

MİRAS SÖZLEŞMESİNDEKİ İKİ TARAFLI BAĞLAYICI KAYITLA VAKIF KURULMASI

Ar. Gör. Göktürk Uyan*

I.

1.1.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı ve 22.11.2001 tarihli Medeni Kanun'un (MK) vakıflara ilişkin "II. Kuruluş Şekli" kenar başlıklı 102. maddesinin 1.fikrasının ilk cümlesi, «*Vakıf kurma iradesi, resmi senetle veya ölüme bağlı tasarrufla açıklanır*» şeklinde bir düzenleme getirmiştir. Söz konusu MK md.102/1/c.1 hükmü, İMK eski md.81/1 hükmünün¹ tercümesi olan 743 sayılı ve 17.2.1926 tarihli eski Türk Medeni Kanunu (eMK) md.74/1'in² 903 sayılı ve 13.7.1967 tarihli Kanun³ ile değiştirilen «*Vakıf, resmi senetle veya vasiyet⁴ yolu ile kurulur...*» şeklindeki düzenlemesine göre içerik itibariyle yeni bir düzenlemedir. Zira yeni MK md.102/1/c.1 hükmünde Türk kanunkoyucusu, eMK md.74/1'den farklı olarak "vasiyet-name" yerine "ölüme bağlı tasarruf" ifadesini kullanmıştır.

* İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı (gokturk@bilgi.edu.tr).

¹ İMK eski md.81/1: «*Kuruluş, bir resmi senetle veya bir vasiyetname ile gerçekleştirilir.*» = «*La fondation est constituée par acte authentique ou par testament.*» İMK eski md.81/1'in almanca metninde ise, vasiyetname (testament) kavramı yerine vasiyetname ile aynı anlama gelen „son arzu tasarrufu“ (letztwillige Verfügung) ifadesi kullanılmıştır: «*Die Errichtung erfolgt in der Form einer öffentlichen Urkunde oder durch letztwillige Verfügung.*»

² eMK eski md.74/1: «*Tesis, resmi bir senetle yahut vasiyet tariki ile vücut bulur.*»

³ RG no.12655.

⁴ Buradaki "vasiyet" ifadesi "vasiyetname" anlamında kullanılmıştır. Ayrıca bkz. HATEMİ Hüseyin, *Önceki ve Bugünkü Türk Hukukunda Vakıf Kurma Muamelesi*, İstanbul 1969, s.156 dn.4, 214-215.

Diğer yandan, MK md.102/1/c.1 hükmü ile koşutluk içeren bir değişiklik de, 1.1.2006 tarihinde yürürlüğe giren 8.10.2004 tarihli Vakıf Hukuku Revizyonu Kanunu⁵ çerçevesinde kaynak İsviçre Medeni Kanunu'nda (İMK) gerçekleştirilmiştir. Söz konusu değişiklik uyarınca İMK md.81/1'in «*Kuruluş, bir resmi senetle veya bir vasiyetname ile gerçekleştirilir*» şeklindeki düzenlemesi, «*Vakıf, bir resmi senetle veya bir ölüme bağlı tasarrufla kurulur*»⁶ şeklinde yeniden formüle edilmiştir. Bu değişikliğe bağlı olarak yeni İsviçre öğretisinde⁷ kabul edilen görüş, miras sözleşmesinde yer alan iki taraflı bağlayıcı bir kayıt yoluyla vakıf kurmanın mümkün hale geldiği yönündedir. Aynı şekilde, yeni MK md.102/1/c.1 hükmünde Türk kanunkoyucusu eMK md.74/1'den farklı olarak vasiyetname yerine açıkça bir üst kavram olan ölüme bağlı tasarruf kavramını kullandığına göre, Türk hukukunda da tıpkı İMK yeni md.81/1 gereğince İsviçre hukukunda olduğu gibi miras sözleşmesinde yer alan iki taraflı bağlayıcı bir kayıt yoluyla vakıf kurmanın mümkün hale geldiğinden bahsetmek mümkün olmalıdır. Ne var ki, yeni Türk öğretisindeki yazarlar⁸ bu görüşte değillerdir.

⁵ AS 2005 4545 4549 - BBl 2003 8153 8191.

⁶ ZGB Art.81/1: «*Die Stiftung wird durch eine öffentliche Urkunde oder durch eine Verfügung von Todes wegen errichtet*» = CC art.81/1: «*La fondation est constituée par acte authentique ou par disposition pour cause de mort*».

⁷ KÜNZLE Hans Rainer, *Stiftungen und Nachlassplanung*, Die Stiftung in der juristischen und wirtschaftlichen Praxis (Hrsg. Riemer), Zürich 2001, s.8; SCHMID Jörg, *Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht*, Zürich 2001, s.277 N.1351; VEZ Parisima, *Le nouveau droit des fondations - Aspects civils de la nouvelle du 8 octobre 2004*, Jusletter (18. Juli 2005), N.39; HAUSHEER Heinz/AEBI-MÜLLER Regina E., *Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Bern 2005, s.315 N.19.12; SPRECHER Thomas, *Die Revision des schweizerischen Stiftungsrechts*, Zürich 2006, s.88 N.80; RIEMER Hans Michael, *Aktuelle Neuerungen im schweizerischen Vereins- und Stiftungsrecht*, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht I, Bern 2006, s.21; RONCORONI Giacomo, *Das neue Stiftungsrecht: Überblick und Ausblick*, ST (2006), s.733; STEINAUER Paul-Henri, *Le droit des successions*, Berne 2006, s.294 N.577; AEBERSOLD Thomas, *Die Stiftungen (Art.80-89bis ZGB)*, Handkommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürich 2006, s.81 Art.81 ZGB N.2; DUC Nicolas/TURIN Nicholas, *Quelques aspects du nouveau droit des fondations: une révision passée (presque) inaperçue*, Aus der Werkstatt des Rechts: Festschrift zum 65.Geburtstag von Heinrich Koller, Basel 2006, s.160. Ayrıca bkz. BBl 2003 [Parlamentarische Initiative - Revision des Stiftungsrechts / Bericht der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerates (vom 23. Oktober 2003)], s.8164, (<http://www.admin.ch/ch/d/ff/2003/8153.pdf>).

⁸ DURAL Mustafa/ÖZ Turgut, *Türk Özel Hukuku IV - Miras Hukuku*, İstanbul 2003, s.162-163; ANTALYA O. Gökhan, *Miras Hukuku*, İstanbul 2003, s.170; DURAL Mustafa/ÖĞÜZ Tufan, *Türk Özel Hukuku II - Kişiler Hukuku*, İstanbul 2004, s.316; AKİPEK Jale/AKINTÜRK Turgut, *Türk*

II.

Bilindiği üzere, eMK md.74/1 ile İMK eski md.81/1'in aynı düzenlemeyi içeren metinlerine göre vakıf, sağlıkta hüküm ifade eden vakıfların kuruluşu bakımından geçerlilik şeklini oluşturan resmi senedin yanı sıra şekli anlamda ölüme bağlı tasarruf türlerinden biri olan vasiyetname ile de kurulabiliyordu. Hatta gerek eski Türk öğretisindeki hakim görüş⁹ ile Yargıtay¹⁰ gerek eski İsviçre öğretisi¹¹ ile İsviçre Federal Mahkemesi¹² tarafından

Medeni Hukuku I: Başlangıç Hükümleri - Kişiler Hukuku, İstanbul 2004, s.686; SEROZAN Rona/ENGİN Baki İlkay, *Miras Hukuku*, Ankara 2004, s.256 N.518; İMRE Zahit/ERMAN Hasan, *Miras Hukuku*, İstanbul 2004; HATEMİ Hüseyin, *Miras Hukuku*, İstanbul 2004, s.66 N.21; ÖĞÜZ Tufan M., *Türk Hukukunda Vakıf Tüzel Kişiliğinin Hukuki Esasları*, İstanbul 2007, s.21, 39. İNAN Ali Naim/ERTAŞ Şeref/ALBAŞ Hakan ise [*İnan Türk Medeni Hukuku - Miras Hukuku*, Ankara 2006, s.245 dn.278], «MK'nun 102/1 hükmü, eMK md.74'de yer alan "vasiyet yoluyla" ibaresini, herhangi bir ayırma gitmeyerek "ölüme bağlı tasarrufla" biçiminde kaleme almakla, miras sözleşmesinin de şekli anlamda ölüme bağlı bir tasarruf olduğu gözönünde bulundurulduğunda, vakıf kurma iradesinin miras sözleşmesi yoluyla da açıklanabileceği sonucuna varılabilir» demekle birlikte, metnin bağlamından bu ifadeyle miras sözleşmesinin tek taraflı içeriğini kastedtikleri anlaşılmaktadır.

⁹ İŞERİ Ahmet, *Türk Medeni Kanununa Göre Vakıf*, Ankara 1968, s.77-78; HATEMİ, *Vakıf Kurma*, s.215-216, 216 dn.16; DOĞANAY Ümit Y., *Hükmi Şahıslar*, İstanbul 1969, s.95; ÖZSUNAY Ergun, *Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler*, İstanbul 1969, s.167; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, *Miras Hukuku*, İstanbul 1987, s.257-258, 284; DURAL Mustafa, *Miras Sözleşmeleri*, İstanbul 1980, s.110-111; AYİTER Nüşin/Kılıçoğlu Ahmet M., *Miras Hukuku*, Ankara 1989, s.130; SEROZAN Rona, *Tüzel Kişiler - Özellikle: Dernekler ve Vakıflar*, İstanbul 1994, s.93; OĞUZMAN Kemal, *Miras Hukuku*, İstanbul 1995, s.158; DOĞAN Murat, *Vakıflarda Malvarlığı*, Ankara 2000, s.33.

¹⁰ 29.11.1945 tarihli ve 35/30 sayılı Yarg. HGK kararı ve yine açık olmamakla beraber 22.12.1972 tarihli ve 7574/7266 sayılı Yarg. 2. HD. kararı. Bkz. DURAL, s.111 dn.20.

¹¹ EGGER August, *Einleitung - Das Personenrecht*, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Privatrecht I, Zürich 1930, s.468 Art.81 ZGB N.3; TUOR Peter, *Die Erben (Art.457-536)*, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht III/1, Bern 1952, Art.493 ZGB N.3; ESCHER Arnold, *Erbrecht*, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Privatrecht III, Zürich 1959, s.330 Art.493 ZGB N.3; von STEIGER, *Errichtung einer Stiftung durch letztwillige Verfügung und deren Eintragung im Handelsregister*, SJZ 62 (1966), s.117 vd.; PIOTET Paul, *Erbrecht*, Schweizerisches Privatrecht IV/1, Basel 1978, s.176-177; BRÜCKNER Christian, *Das Personenrecht des ZGB*, Zürich 2000, s.401 dn.154 N.1336; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, *Das schweizerische Zivilgesetzbuch*, Zürich 2002, s.624; GRÜNINGER Harold, *Art. 493 ZGB*, Basler Kommentar (Hrsg. Honsell-Vogt-Geiser), Zivilgesetzbuch II (Art.457-977 ZGB), Basel 2003, s.207 N.5.

¹² BGE 96 II 273 (9.7.1970 tarihli *Heider und Mitbeteiligte gegen Katharina und Rosalie Schweizer-Stiftung* kararı); BGE 105 II 253 (13.12.1979 tarihli *Kantonalbank Bern gegen Lüthy-Pfund-Stiftung* kararı). Vakıf kurma maddi

da kabul edildiği üzere, şekli anlamda ölüme bağlı tasarrufların ikinci türü olan miras sözleşmesinin tek taraflı içeriğini oluşturmak kaydıyla bir miras sözleşmesinin şekli çerçevesi içinde de (= vasiyetname niteliğindeki bir miras sözleşmesi kaydı yoluyla) bir vakıf kurmak mümkündür. Buna karşılık, miras sözleşmesinde yer alan iki taraflı bağlayıcı bir kayıt yoluyla, yani bir miras sözleşmesi ile vakıf kurmak mümkün değildir. Gerçi Türk öğretisindeki yaklaşımdan farklı olarak İsviçre öğretisinde bu husus dahi tartışmalıydı¹³. Ancak yine de İsviçre öğretisindeki hakim görüş¹⁴ ile İsviçre Federal Mahkemesi'nin yerleşik içtihadı¹⁵, miras sözleşmesinde yer alan sözleşmesel bir kayıt yoluyla bir vakıf kurmanın mümkün olmadığı yönünde olmuştur. Eski Türk öğretisindeki tartışma ise başka bir düzlemde gerçekleşmiştir. Zira bir kısım yazar¹⁶, eMK md.74/1 hükmünü dar yorumlamak suretiyle miras sözleşmesinin bağlayıcı olmayan tek taraflı içeriğini oluştursa dahi miras sözleşmesi yoluyla bir vakıf kurmanın mümkün olmadığını savunmuştur.

III.

Anlaşılan odur ki, yeni Türk öğretisi için yeni MK md.102/1/c.1 hükmü sadece öğretilerde yaşanan bu eski tartış-

anlamda tasarrufuna ilişkin olmamakla birlikte Federal Mahkeme, 20.1.1944 tarihli *Fasoli gegen Asyle «Gottesgnad»* kararında da [BGE 70 II 7, s.11], «*İMK md.512 uyarınca resmi vasiyetname şeklini gerektirdiği için miras sözleşmesinde sözleşmesel tasarruflar yanında kural olarak son arzu tasarruflarının da yapılabileceği*»ni belirtmişti.

¹³ Miras sözleşmesinde yer alan bağlayıcı bir kayıtla vakıf kurulabilmesi gerektiği yönünde: KNAPP Charles, *Les clauses conventionnelles et les clauses unilatérales des pactes successoraux*, Zum Schweizerischen Erbrecht - Festschrift zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. Peter Tuor, Zürich 1946, s.208; LIVER Peter, *Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1970 - Personenrecht*, ZBJV 108 (1972), s.48-49; RIEMER Hans Michael, *Die Stiftungen (Art.80-89bis ZGB)*, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht I/3, Das Personenrecht, Die juristischen Personen, Bern 1975, s.417-424 Art.81 ZGB N.43-57; PICENONI Vito, *Formprobleme bei Testament und Erbvertrag*, La forme dans les actes juridiques, İstanbul 1976, s.67-68; ZEITER Alexandra, *Die Erb Stiftung (Art.493 ZGB)*, Freiburg 2001, s.144 N.489; VEZ Parisima, *La fondation: lacunes et droit désirable. Une analyse critique et systématique des articles 80 à 89 CC*, Berne 2004, s.129 N.435-438.

¹⁴ Bkz. dn.11.

¹⁵ BGE 96 II 273; 105 II 253.

¹⁶ SAYMEN Ferit Hakkı/KÖPRÜLÜ Bülent, *Medeni Hukuk Dersleri I*, İstanbul 1964, s.348; GÖNENSAY Samim/BİRSEN Kemaleddin, *Miras Hukuku*, İstanbul 1963, s.159; İNAN Ali Naim, *Miras Hukuku*, Ankara 1982, s.168-169.

mayı hakim görüş lehine sona erdiren bir düzenlemeden ibaret-
tir¹⁷. Öyle ki, söz konusu hükümde ölüme bağlı tasarruf yoluyla
vakıf kurulabileceği öngörüldüğüne göre, kendisi de şekli an-
lamda bir ölüme bağlı tasarruf olan miras sözleşmesinde yer
alan tek taraflı bir kayıtla vakıf kurulamayacağını savunmak
bundan böyle söz konusu olamayacaktır.

MK md.102/1/c.1'e göre miras sözleşmesinde yer alan söz-
leşmesel bir kayıtla vakıf kurulamayacağı yolundaki yeni öğretiyi
görüşünün hareket noktası, – eskiden olduğu gibi yine – vakıf
kurma işleminin mahiyeti itibariyle tek taraflı bir hukuki işlem
olmasıdır¹⁸. Vakıf kurma işleminin tek taraflı bir hukuki işlem
olduğu hususunda herhangi bir tereddüt yoktur. Zira vakıf
kurma işleminin arzu edilen hukuki sonucu doğurması için her-
hangi bir kişinin kabul iradesine ihtiyaç bulunmamaktadır. Ay-
rıca şu hususu da belirtelim ki, İMK yeni md.81/1'in lafzından
farklı olarak MK 102/2/c.1'in «*Vakıf kurma iradesi, resmi senetle
veya ölüme bağlı tasarrufla açıklanır*» şeklindeki lafzı da – isten-
diğinde – vakfın sadece niteliği itibariyle tek taraflı bir şekli an-
lamda ölüme bağlı tasarruf olan vasiyetnameyle veya bir miras
sözleşmesinin tek taraflı içeriğini oluşturan vasiyetname niteli-
ğindeki bir kayıt yoluyla kurulabileceği şeklinde yorumlanmaya
müsaittir. Zira hükümde vakıf kurma iradesi ölüme bağlı tasar-
rufla açıklanır denilmek suretiyle sanki işlemin tek taraflılığı
açığa çıkarılmak istenmiştir.

Diğer yandan, MK md.102'nin Hükümet gerekçesinde
nedense bu önemli değişikliğe hiç bir surette değinilmemektedir.
Gerekçede sadece «*Birinci fıkrada, vakıf kurma iradesinin resmi
senetle veya ölüme bağlı tasarrufla açıklanabileceği..esasları
getirilmiştir...*» denilerek ilgili madde hükmünün tekrarıyla
yetinilmiştir. Ayrıca eklemek gerekir ki, MK md.102/1/c.1
hükmü, 1984 tarihli Medeni Kanun tasarisininin 67. maddesinin
1.fikrasının ilk cümlesinden aynen alınmış bir düzenleme olup,
bu önemli değişiklik söz konusu 67. madde gerekçesinde de ele
alınmış değildir¹⁹. Daha önceki 1971 tasarisinde (md.74) ise,
eMK md.74/1'e ilişkin olarak sadece terim, ifade ve biçim deği-
şikliği ile yetinilmiş ve hiç bir hüküm değişikliği yapılmamıştı²⁰.

¹⁷ Özellikle bkz. İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s.245 dn.278.

¹⁸ DURAL/ÖZ, s.163; ANTALYA, s.170; SEROZAN/ENGİN, s.256 N.518.

¹⁹ Bkz. UYAR Talih, *Türk Medeni Hukuku (Gerekçeli-İçtihatlı) - Kişiler Hukuku
(MK 8-117) c.II*, Ankara 2002, s.1937-1938.

²⁰ Bkz. UYAR, s.1941-1942.

Bununla beraber öğretilerde *Tandoğan*²¹, söz konusu 1971 tasarısı henüz ön tasarı halinde iken söz konusu md.74'e ilişkin olarak, «vakıf kurma işleminin bir miras mukavelesi içinde de yer alabileceği doktrinde baskın görüş tarafından kabul edildiğinden bu hususta tartışmaya yol açmamak için bu fıkradaki vasiyet kelimesinin ölüme bağlı tasarruf olarak değiştirilmesi düşünülebilir» şeklinde bir öneri getirmiştir. Yukarıda da ima edildiği üzere, yeni MK md.102/1 hükmünü kaleme alan Türk kanunkoyucusunun da aynı yaklaşım tarzı içinde hareket etmiş olması yüksek bir ihtimal olarak karşımızda durmaktadır.

IV.

Vakıf kurma işleminin mahiyeti itibariyle tek taraflı bir hukuki işlem olması, bu işleme bir miras sözleşmesinin iki taraflı bağlayıcı içeriğinde yer verilmesine engel olmamalıdır. Bu görüşün açıklanmasında izlenecek olan akıl yürütme yöntemi şudur: Bir hukuki işlem sağlararası bağlayıcı bir hukuki işlem olarak geçerli şekilde yapılabiliyorsa, bağlayıcı bir şekli anlamda ölüme bağlı tasarruf yoluyla da yapılabilmelidir.

Bu yaklaşım çerçevesinde düşünecek olduğumuzda, kurulacak vakfın kavramsal olarak zorunlu unsurları belirli ya da belirlenebilir olmak kaydıyla vakfedenin belirli bir kişiye karşı sağlığında bir vakıf kuracağını taahhüt etmesi mümkündür. Söz konusu vakfın kurulmasında muhatabın para ile ölçülebilen değere sahip bir menfaati bulunmasa bile, ciddi ve korunmaya değer manevi bir menfaatinin bulunması ve vakıf kurma işlemi için aranan kanuni geçerlilik şekline uyulması²² (bkz. BK md.22, MK md.5, MK md.102/1) halinde böyle bir sözleşme geçerli olacaktır²³. Ya da iki kardeş veya arkadaş, kendilerine ait malvarlığı değerlerini birleştirmek suretiyle sağlıklarında birlikte bir vakıf kurmayı ve de bu müşterek amacı gerçekleştirmek uğruna birlikte gerekli çabayı göstermeyi birbirlerine karşı taahhüt etseler, bu kişiler arasında ideal amaçlı bir adi ortaklık ilişkisi kurulmuş olacaktır²⁴. Her iki örnek de bize göstermektedir ki, bir kimsenin sağlığında hüküm ifade eden vakıf kurma borcu altına girmesi hu-

²¹ TANDOĞAN Halûk, *Türk Medeni Kanunu Ön Tasarısı'nın Tüzel Kişilere İlişkin Hükümleri Üzerinde Görüşler*, AÜHFD 30/1-4 (1973), s.128.

²² Aynı yönde: RIEMER, *Berner Kommentar*, s.367 Art.80 ZGB N.7.

²³ Somut olarak vakıf kurma taahhüdü ele alınmamakla birlikte bu tarz sözleşmelerin geçerli olduğu konusunda bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (forma halinde), İstanbul, s.14 N.16-18.

²⁴ Farklı görüşte: HATEMİ, *Vakıf Kurma*, s.251.

kuken mümkündür²⁵ ve bu durum vakıf kurma işleminin tek taraflı bir hukuki işlem olması gerçeğini değiştirmemektedir. Zira bu iki örnek çerçevesinde gerçekleştirilecek tek taraflı vakıf kurma işlemi, borçlanılmış bir edimi yerine getirmek üzere yapılan bir ifa işlemi olarak karşımıza çıkacaktır²⁶.

Ancak hemen eklemek gerekir ki *Hatemi*²⁷, *Guisan*'ın bu konudaki görüşünü haklı bulduğunu belirtmek suretiyle bir vakıf kurma borcu altına girmenin söz konusu olamayacağını ifade etmektedir. *Hatemi*'nin tercümesi ile aynen aktarırsak, *Guisan* şöyle demektedir: «Bir üçüncü kişiye karşı ileride bir vakıf yaratılması hususunda borçlanılabileceğine ihtimal vermiyorum. İdeal bir gaye seçmek ve ona mal tahsis etmek, tamamlanuncaya kadar serbestçe dönülebilecek bir muamele olmalıdır.» Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira her şeyden önce, bu tarz bir yaklaşımın hiçbir hukuki dayanağı bulunmamaktadır. Diğer yandan, bu sorun bağlamında öğretilerde vakıf kurma işleminin tek taraflılığına yapılan vurgu, vakfedenin vakıf kurma işlemini serbestçe geri alma imkanına sahip olması gerektiği esasının altını çizmek içinse, vakfeden zaten bu imkana mahkemenin tescil kararına kadar her zaman için sahiptir ve sahip olmalıdır da²⁸. Nitekim, İMK ve MK düzenlemelerinden farklı olarak Alman

²⁵ Aynı yönde: PIOTET, s.177; LIVER, s.49. Özellikle bkz. MUSCHELER Karlheinz, *Das vertragliche Stiftungsgeschäft*, ZEV (2003), s.45-46; REUTER Dieter, §§ 21-89 BGB, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch I/1, München 2006, BGB § 81 N.10 ve RIEMER, Berner Kommentar, s.366-367 Art.80 ZGB N.6-7. Türk öğretisinde DOĞAN [s.17 dn.56] da bu görüştedir: «...Bir sözleşme veya tek taraflı tasarrufla vakıf kurma taahhüdünde bulunulmasına bir engel yoktur. Ancak bu taahhüt bir vakıf kurma işlemi olmayıp, bir vakıf kurma vaadidir. Vaade uygun davranılmaması, yani vakıf kurma işleminin yapılmaması, sözleşme ile taahhüt edilmiş olması halinde karşı taraf için bazı haklar doğurabilir...».

²⁶ KOHLER Josef, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I*, Berlin 1906, s.421.

²⁷ HATEMİ, Vakıf Kurma, s.251 dn.7.

²⁸ 25.7.1970 tarihli Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Kurulan Vakıflar Hakkında Tüzük md.5/2'de «Resmi Senetle kurulan vakıflarda vakfeden, ölmesi halinde mirasçılardan birisi tarafından tescil talebinde bulunulabilir. Vakıf senedinin düzenlenmesini takip eden üç ay içinde vakfeden veya ölümü halinde mirasçı tarafından tescil talebinde bulunulmamış veya vakfeden tüzel kişiliği haiz olup ta bu süre içinde infisah etmiş ise vakfın tescili hususundaki başvurma Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından yapılır.» şeklinde bir düzenleme yer almaktadır. Bu düzenlemede vakfedene vakıf senedini düzenlemesinden itibaren tescil talebinde bulunması için 3 aylık bir süre tanınmakta, vakfeden bu süre içinde başvurmazsa, senedi düzenleyen noterin bildirim üzerine vakıf kurma işleminden haberdar olan Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün vakfeden adına tescil talebinde bulunabileceği öngörülmektedir. Bu hüküm, mahkemenin tescil kararından önce vakfedenin vakıf kurma işlemi ile bağlanması esasını getirmektedir.

Medeni Kanunu (AMK) eski § 81/2/c.1'de «vakfın hak ehliyetine sahip olduğunun tanınmasına kadar vakfeden[in] vakıf kurma işlemini geri alma hakkına sahip» olduğu açıkça hükme bağlanmıştır. Aslında böyle bir hükme kanunda yer vermeye gerek bile yoktur. Zira bu vargı, eşyanın tabiatı ilkesinin bir gereğidir. Gelgelelim, vakfedenin söz konusu geri alma imkanına sahip olması, onun – irade özerkliği ilkesine uygun olarak – bu imkanı kullanmayacağı (vakıf kurma işlemini geri almayacağı) yolunda bağlayıcı bir taahhütte bulunması önünde bir engel oluşturmamaktadır.

Belirtmek gerekir ki, *Guisan*²⁹ bu görüşünü *Egger*'in şu açıklamasından hareketle temellendirmektedir: «*Vakıf kurma işlemi, bir alışveriş işlemi değildir*». Doğrusu bu ifade öğretilde³⁰ pek çok yazar tarafından kullanılmakta olup, bununla vurgulanmak istenen husus, bir kişilik yaratma amacı güden vakıf kurma işleminin herhangi bir muhataba yönetilmesi gerekli olmayan irade açıklamasına dayalı tek taraflı bir hukuki işlem olduğudur. Yoksa bu ifadeden hayri saiklerle yapılan vakıf kurma işleminin “bir borç konusu yapılamayacak kadar kutsal bir işlem” olduğu gibi bir sonuç çıkarmak doğru değildir. Aksi yönde bir yaklaşım, somut hayat ihtiyaçlarının farklı bir yön izledikleri gerçeğini gözardı etmiş olacaktır. Nitekim Alman öğretisinde *Muscheler*'in³¹ *Ennecerus*'tan alıntılı olarak verdiği şu örnek son derece çarpıcıdır: Mirasçı kardeşler kendilerine miras yoluyla kalan tereke değerlerine ilişkin olarak aralarında öyle bir sözleşme yaparlar ki, bu sözleşmede kardeşlerden biri diğerlerine karşı terekedeki mallarla sağlığında bir aile vakfı kurmayı taahhüt ederken, buna karşılık olarak diğerleri terekedeki saklı paylarından feragat ederler.

Bu sorun etrafındaki olası tereddütleri ortadan kaldırmak için eski Alman öğretisinden *von Tuhr*'un bu konudaki karşı görüşleri üzerinde de durmak gerekir. Zaten sorunun bu boyutuna yoğun bir şekilde odaklanmamıza vesile olan *Hatemi* de aynı yerde³² *von Tuhr*'un söz konusu görüşlerine gönderme

Söz konusu tüzük hükmü, vakıf kurma işleminin tek taraflı hukuki işlem karakterine uygun olmadığı gibi, MK'da bu yolda bir düzenlemeye dayanak oluşturacak bir esas yer almadığından dolayı kurallar hiyerarşisi ilkesine de aykırıdır.

²⁹ GUISAN François, *Travaux de droit successoral*, ZSR 66 (1947), s.239.

³⁰ Bkz. RIEMER, *Berner Kommentar*, s.431 Art.81 ZGB N.69.

³¹ MUSCHELER, s.45.

³² Bkz. dn.27.

yapmaktadır. *von Tuhr*³³, vakfedenin birlikte vakfeden diğer kişiye karşı vakıf kurma işlemini geri almayacağı yolundaki taahhüdünü geçerli kabul etmekle birlikte – ki yazar böyle bir sözleşmeyi birlikte vakıf kurma işlemini önceleyen bir önsözleşme olarak nitelendirmektedir –, bu taahhüde aykırı davranışı halinde birlikte vakfedenin sözleşmeye aykırı davranan vakfedeni hukuken vakıf kurmaya zorlayamayacağı gibi herhangi bir tazminat talebinde de bulunamayacağını belirtmektedir.

Yazar bu görüşünü şu şekilde gerekçelendirmektedir: «...Böyle bir sözleşme vakfedeni bizzat vakıf kurma işleminin kanun hükmü uyarınca bağladığından daha fazla bağlamamalıdır...Zira kanun [vakfın kuruluşuna ilişkin] devlet iznine kadar vakfedene [vakıf kurma işlemini] geri alma özgürlüğü tanımıştır; burada vakıf kurma işleminin tabi olduğu kolaylaştırılmış geçerlilik şekli ile bir bağlantı vardır (bağışlama şekli ile kıyaslanabilecek adi yazılı şekil). Vakfedenin bir üçüncü kişiyle yapacağı sözleşme uyarınca söz konusu geri alma hakkının kullanılması kaldırılabilir veya güçleştirilebilseydi, vakfedenin düşüncesizce hareket etmeye karşı korunmasının bir anlamı kalmazdı.» *von Tuhr*³⁴, bu bağlamda şu karşılaştırmayı yapmaktadır: «Buradaki hukuki durum, bir önsözleşmenin şekle tabi bir asıl sözleşme ile olan ilişkisine benzer: Şekil, sözleşme yapanı düşüncesizce hareket etmeye karşı korumak üzere getirilmişse, önsözleşme de bu şekle tabi olmalıdır.» Bu karşılaştırma yoluyla yazar aslında şu hususa işaret etmektedir: Bir işlem, işlemi yapanı düşüncesizce hareket etmekten korumak amacıyla serbestçe geri alınabilir bir işlem olarak kabul edildiğinde, söz konusu işlemi geri almama taahhüdünü içeren bir borç sözleşmesi de serbestçe geri alınabilir bir işlem olarak kabul edilmelidir.

Görüldüğü gibi *von Tuhr*, AMK eski § 81/2/c.1'de düzenlenen (ve AMK yeni § 81/2/c.1'de yeniden formüle edilen) vakfedenin geri alma hakkını sınırlandıramaz kanuni bir hak gibi değerlendirmekte ve bu düzenleme ile kanunkoyucunun vakfedeni düşüncesizce hareket etmeye karşı korumak amacı güttüğüne işaret etmektedir. Ancak bu yaklaşımın doğru olduğu varsayımında dahi en azından şu hususa itiraz etmek mümkün olmamalıdır: Bilindiği üzere, tasarruf edilebilir bir hak

³³ von TUHR Andreas, *Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts I - Allgemeine Lehren und Personenrecht*, Berlin 1910, s.600-601.

³⁴ von TUHR, s.601 dn.38.

üzerindeki tasarruf yetkisinin bir hukuki işlem yoluyla kaldırılması veya sınırlandırılması mümkün değildir. Buna karşılık, böyle bir hak üzerinde tasarrufta bulunmama borcu altına sokan bir borç sözleşmesi yapmak geçerli olacaktır. İşte aynı mantık burada da geçerli olmalıdır. Yani söz konusu geri alma hakkını ortadan kaldıran tasarrufi etkili bir anlaşma geçerli olmasa bile, en azından bu hakkı geri almama (veya sağlıkta hüküm ifade eden bir vakıf kurma) taahhüdünü içeren bir borç sözleşmesi yapmak geçerli olmalıdır.

Diğer yandan, tek taraflı vakıf kurma işlemini önceleyen böyle bir sözleşme, yukarıda da işaret edildiği üzere vakıf kurma işlemi ile aynı geçerlilik şekline tabi olarak yapılmalıdır. Bu şekil, vakıf kurma taahhüdünde bulunanı düşüncesizce hareket etme ihtimaline karşı zaten yeterince korumaktadır. Ayrıca AMK'dan farklı olarak MK, bu geçerlilik şeklini *von Tuhr*'un ifadesiyle "kolaylaştırılmış şekil olan adi yazılı şekil" olarak değil, resmi şekil (noter tarafından re'sen düzenleme tarzında düzenlenecek resmi senet = MK md.102/1, Vakıflar Hakkında Tüzük md.3) olarak kabul etmiştir³⁵.

Aslında hepsinden daha önemlisi, Alman kanunkoyucusunun söz konusu geri alma hakkını AMK'da düzenlemesindeki amacının, *von Tuhr*'un bu konudaki yorumunun aksine vakfedeni düşüncesizce hareket etmeye karşı korumak olmamasıdır. AMK'nın hazırlık çalışmalarından hareketle bu sonuca varmak

³⁵ Yukarıda da işaret edildiği üzere, ne İMK ne de MK, vakfedene AMK § 81/2 c.1 hükmünde olduğu gibi kanundan doğan bir geri alma hakkı tanımıştır. Nitekim, MK sisteminden farklı olarak esas itibariyle (ticaret siciline) tescil sistemini kabul etmiş olan İMK sisteminde, vakıf kavramının alt türleri olan aile vakıfları ile kilise vakıflarının kuruluşu, sadece resmi senetle gerçekleşmekte ve vakıf kurma işlemi tamamlandıktan sonra bu işlemi geri almak mümkün olmamaktadır. Hatta kuruluşları, resmi senedin düzenlemesinin ardından ticaret siciline tescille gerçekleşen klasik vakıflar bakımından dahi, resmi senedin tamamlandığı aşamada vakıf kurma işlemi geri almanın mümkün olmadığını savunan ağırlıklı bir öğreti görüşü vardır. Bu görüş, resmi şeklin yeterli bir uyarıcı işleve sahip olduğu esasına dayanmaktadır. Bu konuda bkz. SPRECHER Thomas/von SALIS-LÜTOLF Ulysses, *Die schweizerische Stiftung*, Zürich 1999, s.109-110. Diğer yandan, İMK'dan farklı olarak MK da tıpkı AMK gibi vakfin kuruluşunda izin sistemini benimsemiştir. MK'da vakfedenin vakıf kurma işlemi geri alma hakkı düzenlenmemekle birlikte, Türk öğretisindeki hakim görüş [Bkz. DOĞAN, s.16 dn.55 ve burada atıf yapılan yazarlar], vakfedenin hakim kararı ile gerçekleşen tescile kadar vakıf kurmaktan vazgeçebileceği yönündedir. Vakıf kurma işleminin tek taraflı bir hukuki işlem olması ile açıklanan bu görüş, eşyanın tabiatına uygundur. Nitekim bu çalışmada da bu görüş benimsenmiştir. Ayrıca bkz. dn.28.

mümkündür. Şöyle ki, birinci AMK komisyonunda sağlıkta hüküm ifade eden bir vakıf kurmanın (tıpkı ölüme bağlı tasarruf yoluyla vakıf kurma bakımından olduğu gibi) tek taraflı bir hukuki işlem yoluyla mı yoksa bir sözleşme yoluyla mı gerçekleştirileceği konusunda bir belirsizlik vardır³⁶. Öyle ki, birinci AMK tasarısı § 58 cümle 1 ve 2'de sağlıkta hüküm ifade eden vakıfların sözleşme yoluyla da kurulmasını mümkün kılan şu düzenleme yer almıştır: «Tüzel kişiliğe sahip vakfın sağlararası hukuki işlem yoluyla kurulması için vakfedenin vakıf kurmaya yönelmiş iradesini adli veya notere özgü şekil içinde açıklaması gereklidir. Vakfeden, sadece tek taraflı, kabul edilmemiş irade açıklaması bulursa dahi kuruluşu amaçlayan hukuki işlem ile bağlıdır.»

Belirtmek gerekir ki henüz bu aşamada kuruluş için devlet izni gereği AMK tasarısında düzenlenmemiş, bu konu federe devlet kanunkoyucularına bırakılmıştı. Ancak federe devlet kanunkoyucularının devlet izni aranması yönündeki tavsiyesi üzerine bu ihtimali karşılamak amacıyla birinci AMK tasarısı § 62/2'de şu düzenleme de öngörülmüştür: «Sağlararası bir hukuki işlem yoluyla vakıf kurulması için devlet izni gerekli ise, bu durumda vakfeden, devlet iznine başvuru anından itibaren vakfın kurulmasını amaçlayan hukuki işlem ile bağlıdır.» İkinci AMK komisyonu ise, birinci AMK tasarısı § 62/2'ye koşut biçimde, fakat söz konusu izin şartını genelleştirerek 2002 vakıf hukuku reformuna kadar yürürlükte kalan AMK eski § 80'deki kuruluş için federal devlet izni şartını getirmiş ve buna bağlı olarak da söz konusu AMK eski § 81/2 düzenlemesini öngörmüştür. AMK eski § 81/2 hükmünün gerekçesi şöyledir: «Vakfedenin, henüz devlet izninin verilmediği aşamada vakıf kurma işlemini geri alabilip alamayacağı ve eğer geri alabilecekse vakıf kurma işlemi ile bağlılığın bu askı aşamasının hangi anında devreye gireceğine ilişkin soruların açıklığa kavuşturulmasında yarar vardır. İznin verilmesine kadar serbestçe geri alınabilirlik, tek taraflı hukuki işlemin mahiyetinden kaynaklanmaktadır. Vakfedenin irade değişikliğine müsaade etmek, dikkate değer diğer noktalarla bağdaştığı ölçüde hakkaniyete de uygundur; ne de olsa vakıf kurma bakımından söz konusu olan bir özgürlük işlemidir. Daha önceden bağlanmayı haklı gösterecek üçüncü kişilere ait korunmaya değer menfaatler bulunmamaktadır. Bu özellikle de izinden önce hiç bir surette herhangi bir hak kazanamayacak olan

³⁶ Bu konuda bkz. MUSCHELER, s.46-47.

yararlananlar için geçerlidir. Sözleşme icabına ilişkin kıyas da vakfedenin önceden bağlanması bakımından ileri sürülemez. Ayrıca, vakfedenin izin makamı ile yapacağı görüşmelerin, vakfedeni vakıf kurma işlemini (tamamen veya kısmen) geri almaya yöneltebileceği de dikkate alınmalıdır.»³⁷

AMK'nın ilgili hazırlık çalışmalarından da anlaşılacağı üzere, ikinci AMK komisyonunun vakfedenin geri alma hakkının kanunda açıkça düzenlenmesine ve bu imkanın devlet izninin verilmesine kadar mevcut olmasına bu denli önem vermesinin sebebi, birinci AMK tasarısı § 58 cümle 2 hükmünün vakfedenin vakıf kurma işlemi ile bağlanmasını genel olarak kabul etmiş olmasıdır³⁸. Diğer yandan, izin sisteminin AMK çerçevesinde kabul edilmiş olması, vakfedenin henüz vakıf kurma işlemi aşamasında derhal bağlanmasına gerek olmaması sonucunu doğurmuş, ayrıca vakıf kurma işlemine noter tarafından verilecek resmi şeklin uyarıcı işlevine gerek görülmemiştir. Zira izin usulü yeterince uyarıcı nitelikte bir işleve sahip bulunmaktadır³⁹. Ezcümle, Alman kanunkoyucusu bu düzenleme (AMK § 81/2/c.1) yoluyla vakfedenin kendisini önceden bağlamasına engel olmak istemiş değildir.

V.

Sonuç olarak yukarıda verilen örnekler çerçevesinde düşündüğümüzde, vakıf kurmaktan vazgeçen vakfeden bu davranışıyla sadece üstlenmiş olduğu bir yükümlülüğe aykırı davranmış olacaktır. Ancak bu ihtimalde sözleşmenin diğer tarafının vakfedene karşı açacağı bir aynen ifa davası üzerine mahkeme, bir irade beyanına mahkumiyet kararı (hem vakıf kurma işleminin yapılmış sayılması hem de yetkili Asliye Hukuk Mahkemesi'ne yönelik tescil talebinde bulunulmuş sayılması anlamında bir "gizli yenilik doğuran karar"⁴⁰) verebilecektir⁴¹. Öyle ki davacı, mahkemenin bu konudaki kesinleşmiş kararı ile

³⁷ MUSCHELER, s.47.

³⁸ MUSCHELER, s.47.

³⁹ REUTER, Münchener Kommentar, BGB § 81 N.9.

⁴⁰ Kavram için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.103 N.24 (Ancak vakıf kurma borcunun ifasına yönelik buradaki davada verilen gizli yenilik doğuran kararın önündeki karar da bir yenilik doğuran karardır. Tıpkı Yargıtay uygulamasında taşınmaz satım vadinin yerine getirilmemesi üzerine açılan aynen ifa davasında mahkemelerin MK 716 uyarınca taşınmaz mülkiyetinin alacaklıya geçmiş sayılmasına yönelik olarak verdikleri kararlarda olduğu gibi. Bunun için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.102 N.22).

⁴¹ Aynı yönde: MUSCHELER, s.45.

yetkili Asliye Mahkemesi'ne müracaat ederek vakfın tescilini talep edebilecek, Asliye Hukuk Mahkemesi de gerekli kanuni şartları içermesi halinde vakfın tesciline karar verecektir.

Bu çerçevede ele alınması gereken bir başka ihtimal ise, mahkemenin sadece bir ifa kararı vermesidir⁴². Ancak bu ihtimalde, ifa kararına rağmen vakıf kurma borcunu yerine getirmekten kaçınan vakfedeni vakıf kurma iradesini açıklamaya zorlamak mümkün olmadığından dolayısıdır ki, sözleşmenin diğer tarafı, eğer ortada borcun ifa edilmemesinden kaynaklanan gerçekleşmiş bir zararı varsa bu zararının tazminini istemekle yetinecektir. Böylelikle vakfeden (vakıf kurmak üzere kendisini bağladığı borç sözleşmesinin varlığına rağmen) kurmaktan vazgeçtiği vakfı kurmak zorunda bırakılmayacak, bununla beraber taahhüdüne aykırı hareket etmiş olması sebebiyle şartları varsa karşı tarafa tazminat ödemek zorunda kalacaktır⁴³.

Belirtmek gerekir ki, açılan aynen ifa davası üzerine mahkemenin - BK md.164'ten kıyas yolu ile yararlanarak - bir irade beyanına mahkumiyet kararı vermesi çok daha yerinde olacaktır. Mahkemenin özellikle vakfedeni korumak amacıyla bir ifa kararı vermesinin hiçbir hukuki dayanağı yoktur.

VI.

Bilindiği üzere, ölüme bağlı tasarruflar, ne gerçek anlamda bir borçlandırıcı işlem ne de gerçek anlamda bir tasarruf işlemidirler⁴⁴. Nitekim söz konusu olan ölüme bağlı tasarruf bir miras sözleşmesi olduğunda dahi mirasbırakan herhangi bir borç altına girmemekte, sadece miras sözleşmesi yoluyla yaptığı maddi anlamda ölüme bağlı tasarruf ile bağlanmaktadır. Buna göre, maddi anlamda bir ölüme tasarruf olan vakıf kurma tasarrufu da bir miras sözleşmesinde sözleşmesel bir kayıt olarak yer aldığı anda mirasbırakan bu tasarrufu ile bağlı olacaktır. Zira sağlıkta hüküm ifade eden vakıf kurma işlemi bakımından görüldü ki, vakıf kurma işleminin tek taraflı bir hukuki işlem olması, vakfedenin kendisini bir sözleşme yoluyla vakıf kurma hususunda bağlaması bakımından hiç bir engel oluşturmamaktadır. Diğer yandan mirasbırakan, bu miras sözleşmesi yoluyla kendisine ait malvarlığı değerlerine doğrudan doğruya etki eden (tasarrufi etkili) bir kişilik yaratma işlemi

⁴² Mahkemenin bir ifa kararı vermesi gerektiği yönünde: KOHLER, s.421.

⁴³ Bazı hallerde tazminatın yetersiz kalacağı yönünde: MUSCHELER, s.45.

⁴⁴ SEROZAN Rona, *Sağlararası İşlem Yoluyla Ölüme Bağlı Kazandırma*, İstanbul 1979, s.14.

yapmış da değildir. Zira miras sözleşmesinde yer alan bu kişilik yaratma işleminin gerekleri mirasbırakanın terekesinden gerçekleştirilecektir. Sağlararası borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi aşamaları ile kıyaslandığında miras sözleşmesinin içerdiği bu yapısal ve işlevsel farklılık, (bağlayıcı = serbestçe geri alınamayan) bir ölüme bağlı tasarruf olan miras sözleşmesinin doğasından kaynaklanmaktadır.

Bir mirasbırakanın ve özellikle de bir miras sözleşmesinin taraflarını oluşturan iki mirasbırakanın birlikte bağlayıcı bir ölüme bağlı tasarruf yoluyla bir vakıf kurmak istemesi somut hayat ihtiyaçlarına uygundur. Nitekim gerek İsviçre Federal Mahkemesi'nin gerek Alman Federal Mahkemesi'nin aşağıda yer verilen kararlarına konu olan somut hayat olayları bu yöndeki ihtiyacı açık bir biçimde teyid etmektedir. İrade özerkliği ilkesine dayalı bir özel hukuk düzeninin – uygulamada sıklıkla karşılaşılmayacak da olsa – bireylerin bağlayıcı şekilde ölüme bağlı vakıf kurma tasarrufunda bulunma ihtiyaçlarını görmezden gelerek bu tarz işlemleri yasaklamasının arkasında korunmaya değer hangi hukuki menfaatin bulunduğu hususu öğretilerde hiç bir yazar tarafından açıklığa kavuşturulmuş değildir.

Mirasbırakanın bağlayıcı bir ölüme bağlı vakıf kurma tasarrufunda bulunmasında kendisi açısından hiçbir sakınca bulunmamaktadır. Eğer herhangi bir sakınca bulunsaydı, aynı yaklaşım çerçevesinde mirasbırakanın bir mirasçısına veya bir vasiyet alacaklısına kendisine yaptığı ölüme bağlı malvarlıksal kazandırmanın tamamı veya bir kısmı ile bir vakıf kurma yüklemesinde bulunduğu bir miras sözleşmesinin de sakıncalı görülmesi gerekirdi. Böyle bir sakınca yoktur. Yukarıda sağlıkta hüküm ifade eden vakıf kurma işlemi bakımından ortaya konulduğu üzere bu sakınca fikri hiçbir pozitif hukuki temele dayanmamaktadır. Bu sakınca fikri, aşılması gereken bir öğreti dogmasından başka bir şey değildir.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin miras sözleşmesinde yer alan sözleşmesel bir kayıt yoluyla vakıf kurmanın geçersiz olduğu yolundaki 9.7.1970 tarihli *Heider und Mitbeteiligte gegen Katharina und Rosalie Schweizer-Stiftung* kararına⁴⁵ konu olan olay şöyledir:

Her ikisi de bekar olan Katharina ve Rosalie Schweizer kardeşler, 7 Ocak 1961 tarihinde kanuni geçerlilik şekline uymak

⁴⁵ BGE 96 II 273.

suretiyle birlikte bir miras sözleşmesi yapmışlardır. Söz konusu miras sözleşmesinde birbirlerini karşılıklı olarak terekelerinin tamamı üzerinde mirasçı atamışlar, içlerinden hayatta kalanının ölümünden sonra yerine getirilmek üzere her biri 1000 frank tutarında olan 14 ayrı vasiyet tasarrufu öngörmüşler ve bu vasiyetlerin hayatta kalanın terekesinden düşülmesinden sonra geriye kalan tereke değeri ile de "Katharina und Rosalie Schweizer-Stiftung" adında bir vakıf kurulmasını kararlaştırmışlardır ("Sözleşme tarafları, içlerinden en son ölenin terekesinin...bir vakfa özgülenmesinde mutabıktırlar"). Kurulacak bu vakfın amacı, miras sözleşmesinde şu şekilde tanımlanmıştır: "Vakıf, belediye sınırları içinde mukim, eskiden beri burada yerleşik, fakirlik çeken Reinach'lular ile fakirlik çeken Reinach'luların yetim veya öksüz çocuklarının sıkıntılarını hafifletmeye yardımcı olacaktır. Bundan başka vakıf, kendi imkanları çocuklarının eğitimlerini sağlamaya yetmeyen fakir Reinach'lulara yardım edecektir." Miras sözleşmesi ayrıca vakfın örgütü ile yönetimi konusunda da yeterli düzenleme içermektedir.

Kardeşlerden Rosalie Schweizer 2.10.1961, Katharina Schweizer ise 13.1.1962 günü ölmüştür. Vakıf, 31.8.1963 tarihinde Basel-Landschaft Kantonu Ticaret Siciline tescil edilmiştir. Büyükanne ve büyükbabalarının kökünden gelen 23 kanuni mirasçıdan 10 tanesi, vakfa karşı İMK md.598 çerçevesinde terekenin payları oranında kendilerine iadesine yönelik olmak üzere 26.5.1964 tarihinde bir miras sebebiyle istihkak davası açmışlar ve İMK md.81/1 ve İMK md.493 uyarınca vakfın geçersizliğine hükmedilmesini talep etmişlerdir. Arlesheim Sulh Hukuk Mahkemesi, 21.5.1968 tarihinde davayı reddetmiştir. Red kararının gerekçesi, İMK md.521'de öngörülen dava süresinin kaçırılmış olması ve vakıf kurulmasına ilişkin miras sözleşmesi kaydının iddia edildiği gibi sözleşmesel nitelikte değil, fakat bir vasiyetname niteliğinde olmasıdır. Basel-Landschaft Kantonu Yüksek Mahkemesi ise, 18.11.1969 tarihinde ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır. Yüksek Mahkeme kararının gerekçesi şöyledir: Vakıf kurulmasına ilişkin miras sözleşmesi hükmü sözleşmesel nitelikte olup, İsviçre hukukuna göre miras sözleşmesi yoluyla vakıf kurulması geçerlidir. Buna göre, geçersizliğine hükmedilmesi talep edilen 7.1.1961 tarihli miras sözleşmesi hükmü geçerlidir. Bu sebeple davacıların mirasçılık hakkı bulunmamaktadır. Buna karşılık İsviçre Federal Mahkemesi, davacıların talebini kabul etmiş ve Yüksek Mahkemenin 18.11.1969 tarihli kararını iptal etmiştir.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin söz konusu kararı özetle⁴⁶ şöyledir:

1. Dava miras hukukuna ilişkin olmadığından dolayı herhangi bir süre kaydına tabi değildir. Vakıf geçersiz olsa da (bilinen ve kabul gören uygulamaya uygun olarak) pasif dava ehliyetine sahiptir.

2. Miras sözleşmesi yoluyla vakıf kurulması geçersiz olduğuna göre tescil, «esash olmayan hukuki eksiklik» hallerinden farklı olarak bu eksikliği gideremez.

3.a) Kız kardeşler içlerinden en son ölenin terekesinin kullanılması bakımından birbirlerini karşılıklı olarak bağlamak istediklerinden dolayı bir son arzu tasarrufu söz konusu değildir.

b) Malvarlığının en son ölen kızkardeş aracılığıyla özgülmesi, bir son arzu tasarrufuna dönüştürülemez. Böyle bir tahvil, ancak bu kızkardeşin işlemin geçersizliğini bilmesi halinde karşılıklı bağlanmaktan vazgeçip bir son arzu tasarrufunda bulunacağı kabul edilebileceği ihtimalde yapılabilirdi.

4.a) Miras sözleşmesi yoluyla bir vakıf kurulup kurulamayacağı konusunda İMK md. 493 hiç bir düzenleme içermemektedir. Bu konuda *münhasıran* belirleyici olan hüküm İMK md.81/1'dir.

b) İMK md.81/1'in lafzına göre ölüme bağlı vakıf kurma sadece son arzu tasarrufu yoluyla gerçekleştirilebilir. Hükmün oluşum süreci de hükmün lafzının anlamı ile uyumlu olduğunu teyid etmektedir.

c) Genel olarak kullanılan kanuni terminolojiye göre son arzu tasarrufu ifadesi miras sözleşmesini kapsamadığı gibi miras sözleşmesinde yer alan bir son arzu tasarrufunu da kapsamaktadır. Md. 81/1'in konusu sadece hukuki işlemin şekli olmayıp, bir vakıf kurmanın gerektirdiği resmiyetin bütünüdür. İsviçre öğretisinde hemen hemen oybirliğiyle kabul edilen görüş budur. Sorunu başka bir bakış açısından ele alan CHARLES KNAPP'ın görüşü bir istinadır (Bu hususta GUTZWILLER ve PICENONI de zikredilebilirdi.)

5. Öğretide hakim olan görüş, Ön Tasarı (md. 97/2) ve EUGEN HUBER'in buna ilişkin açıklamaları ile Zürich PGB'si gibi vakıfların ölüme bağlı tasarruf yoluyla kurulmasını öngören kantonal Medeni Kanunlarla da uyumludur.

⁴⁶ Bu özet LIVER [s.42-44]'den aynen alınmıştır.

6. İlk derece mahkemesinin Tasarıda müşterek son arzu tasarruflarının da (md. 513) md. 97/2 kapsamına girdiği, fakat md. 97/2 değiştirilmeksizin bunların sonradan Tasarıdan çıkarıldıkları ve buna bağlı olarak da md. 97/2'nin boşluk içerdiği yolundaki değerlendirmesi isabetli değildir. Zira eşlerden birinin tasarrufunun iptalinin diğer eşin muvafakatine bağlanması halinde bu tasarruflar miras sözleşmesidirler. Oysa ki miras sözleşmeleri Tasarının md. 81/1'e karşılık gelen hükmüne dahil edilmemiştir. (İlk derece mahkemesinin görüşüne göre, müşterek son arzu tasarrufları ancak miras sözleşmeleri olarak ortaya çıkabileceklerinden Ön Tasarı md. 97/2'de miras sözleşmelerine de yer verilmesi gerekirdi).

7. Miras sözleşmesini tanımayan Fransa ve İtalya gibi ülkelerin hukuku ile miras sözleşmesine eşler arası miras hukukunda yer veren Avusturya ile tıpkı Almanya gibi miras sözleşmesini açıkça vakıf kurma işlemi olarak kabul eden Liechtenstein hukuku ele alınmıştır.

8. Md. 81/1'in genişletici şekilde yorumlanmasını gerektirecek maddi sebepler bulunmamaktadır.

a) Md. 81 vakfın miras sözleşmesi yoluyla kurulmasına cevaz vermiyorsa, miras sözleşmesinin şekil itibariyle vakıf kurulmasına müsait olmasının bir önemi yoktur.

b) KNAPP'ın görüşünün ele alınması.

c) Mirasbırakan md. 494 uyarınca terekesini veya belirli bir malını sözleşme tarafına veya bir üçüncü kişiye bırakmak konusunda bağlanabilse bile, bundan hareketle miras sözleşmesiyle bir vakıf kurma konusunda da bağlanabileceği sonucuna varılamaz. Zira, ölüme bağlı vakıf kurma taşıdığı önem itibariyle mirasçı atama veya vasiyet tasarrufunda bulunmanın çok daha ötesindedir.

d) Eşler sağlıklarında düşük malvarlıklı bir vakıf kurup, bir miras sözleşmesi yoluyla tereke değerlerini bu vakfa kazandırmak hususunda karşılıklı olarak bağlanabilirler.

e) Ölüme bağlı tasarruf yoluyla, yani bir miras sözleşmesi yoluyla da vakıf kurmanın mümkün olduğu Almanya'da (AMK § 83) bile istisnai de olsa geri alma imkanının mevcut olduğu kabul edilmektedir (VON TUHR, OERTMANN).

9. Somut olaydaki miras sözleşmesi açıklamalarının son arzu tasarruflarına tahvil edilmeleri mümkün değildir. Zira Schweizer kardeşler karşılıklı bağlanmaya önem vermişlerdir.

a) Md.539/2'ye dayalı olarak da bir tahvil yapılamaz. Zira bu ihtimalde vakıf kurma işlemi iki defa tahvil edilmiş olacaktır. Şöyle ki, işlem önce salt kazandırmalara, sonra bu kazandırmalar da bir vakfa tahvil olunacaktır. Böylelikle geçersiz hukuki işlem yerine benzer amaç ve sonuca sahip bir başka hukuki işlem geçmeyecek, fakat baştan arzulanan ve geçersiz olan aynı hukuki işleme ulaşılabilecektir.

b) Aynı şekilde bağımlı bir vakfa tahvil de mümkün değildir. Zira kız kardeşler kendi adlarını taşıyan bağımsız bir vakfi esas almışlardır.

c) İşlem hayatta kalan kızkardeş tarafından yapılmış yüklemeli bir kazandırmaya da tahvil edilemez. Zira kazandırma leh-darı belirsizdir ve kızkardeşlerin miras sözleşmesi yoluyla vakıf kurmanın geçersiz olduğunu bilmeleri halinde nasıl bir tasarrufta bulunacakları kesinlikle bilinmemektedir.

Bu husus bilinseydi dahi, kanunkoyucunun md. 81/1'i olduğu gibi düzenlemesindeki sebep, her mirasbırakanın vakıf kurma işlemini ve bununla bağlantılı malvarlıksal kazandırmayı (bu düzenleme herhangi bir sebepten kendisine uymadığında) ölümüne kadar geri alma serbestisine sahip olması gerektiği olarak görüldüğünde, bu varsayımsal iradeye uygun düşen bağlanmayı onaylamak konusunda yine de tereddüt duymak gerekirdi.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu kararı, miras sözleşmesinde yer alan sözleşmesel bir kayıt yoluyla vakıf kurmanın mümkün olmadığı görüşünü savunan yazarlar⁴⁷ tarafından dahi çok sert bulunmuştur. Mahkemenin vakfeden-mirasbırakanların son derece açık olan irade açıklamalarının gerçekleştirilmesini mümkün kılan (ayakta tutan) bir hukuki yol bulmaktan adeta kaçınmış olması, İsviçre öğretisinde pek çok yazar⁴⁸ tarafından eleştirilmiştir. Zira bir miras sözleşmesi yoluyla kendisini bağlamak isteyen mirasbırakanın aynı sonuca götüren tek taraflı

⁴⁷ PIOTET, s.177.

⁴⁸ LIVER, s.45-48; MERZ Hans, *Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1970 - Erbrecht*, ZBJV 108 (1972), s.59; RIEMER, *Berner Kommentar*, s.419-424 Art.81 ZGB N.45-56; KRAMER Ernst A., *Juristische Methodenlehre*, Bern 2005, s.72 dn.144.

bir işleme evleviyetle rıza göstereceği bir fiili karine olarak kabul edilmek gerekirdi. Bu olayda mahkemenin kız kardeşlerin karşılıklı irade açıklamalarını birer tek taraflı ölüme bağlı tasarrufa tahvil etmemiş olması gerçekten de önemli bir sorundur. Zira ölümlerinden önceki son günlerinde muhtemelen kendi adlarını taşıyacak bir vakfın ölümlerinden sonra fakir ve muhtaç insanlara yardım edeceği düşüncesi ile avuntu bulan kız kardeşlerin bu hayali, bu yolda güvendikleri bir hukuki işlem de yapmış olmalarına rağmen hukuk düzenince yok edilmiştir. Bunun ne uğruna (miras sözleşmesi yoluyla vakıf kurmayı yasaklarken hangi hukuki menfaati koruyoruz?) yapıldığını açıklamak mümkün değildir.

Diğer yandan, yeni MK md.102/1 çerçevesinde düşündüğümüzde asıl sorun, bu düzenlemedeki ölüme bağlı tasarruf ifadesini somut hayat ihtiyaçlarına uygun şekilde yorumlamak mümkünken (eMK md.74/1'deki vasiyetname ifadesi sebebiyle eskiden bunu yapamıyorduk) bu yönde bir yaklaşımın yeni Türk öğretisinde benimsenmemiş olmasıdır. Karara konu olan olay düşünüldüğünde, bir mirasbırakanın kendisinin daha önce ölme ihtimalini de düşünerek diğer mirasbırakanın ölüme bağlı vakıf kurma tasarrufu ile bağlandığından emin olmayı istemek hususunda açık bir menfaate sahip olduğu ortadadır. Miras sözleşmesi yoluyla vakıf kurma bakımından hangi daha üstün menfaat, mirasbırakanın bu yoldaki açık menfaatini koruyan bağlayıcı geçerli bir hukuki işlem yapma imkanını ortadan kaldırmaktadır?

Kararın yukarıdaki özette yer verilmeyen bir bölümünde İsviçre Federal Mahkemesi de bu yöndeki somut hayat ihtiyacının varlığını kabul etmektedir. Mahkemenin bu ihtiyacı karşılamak üzere önerdiği çözüm yolu şudur: «*Davalıların, başka bir yoldan giderilmesi mümkün olmayan uygulamadaki bu ihtiyacın karşılanması için miras sözleşmesi yoluyla vakıf kurulmasına izin verilmesi gerektiği yönündeki yaklaşımlarına katılmak mümkün değildir. İki kişi (eşler, kardeşler) ölümlerinden sonra malvarlıklarının kendileri tarafından kurulacak bir vakfa geçmesini istiyorlarsa, sağlıklarında birlikte bir vakıf kurar ve başlangıçta vakfa mütevazi bir malvarlığı özgülerler; ayrıca yapacakları bir miras sözleşmesinde birbirlerini karşılıklı olarak mirasçı atar ve aynı sözleşmede vakfın içlerinden önce ölenin ard mirasçısı, sonra ölenin asıl mirasçısı olduğunu kararlaştırırlar.*»⁴⁹ Mirasbırakanları

⁴⁹ BGE 96 II 273, s.296.

bu dolambaçlı yola başvurmak zorunda bırakmaya ne gerek vardır? Ayrıca mirasbırakanlara sağlıklarında baştan düşük malvarlıklı bir vakıf kurmalarını önermek demek, bu kişileri söz konusu mütevazı malvarlığı ile orantılı "mütevazı amaca sahip bir vakıf" kurmak zorunda bırakmak demektir⁵⁰.

Miras sözleşmesinde yer alan sözleşmesel bir kayıt yoluyla vakıf kurmanın geçersiz olduğu sonucuna varılan bu karardaki temel gerekçe, salt lafzi bir yorumun yanı sıra⁵¹ İMK eski md. 81/1'in hazırlık çalışmalarından hareketle yapılan tarihsel yoruma dayanmaktadır. Ancak bu çerçevede şu hususun altının çizilmesi gerekmektedir: İsviçre kanunkoyucusu İMK eski md. 81/1 hükmünü düzenlerken miras sözleşmesi yoluyla vakıf kurma ihtimalini hiç gözönünde bulundurmamıştır⁵². Aslında İsviçre Federal Mahkemesi de söz konusu kararında bu hususu açıkça ifade etmektedir: «*Vakıf kurma için miras sözleşmesinin kullanılıp kullanılmayacağı sorusunun İMK'nin hazırlık çalışmalarında hiç bir zaman açıkça ele alınmamış olduğu doğrudur.*»⁵³ Dolayısıyla İMK eski md. 81/1'in bu sorunu olumsuz şekilde düzenlemiş olduğu söylenemez. Ortada nitelikli bir susma yoktur⁵⁴.

Diğer yandan, Alman öğretisinde hakim olan görüş⁵⁵, miras sözleşmesinde yer alan sözleşmesel bir kayıt yoluyla vakıf kurmanın mümkün olduğu yönündedir. Alman Federal Mahkemesi'nin bu görüşe uygun olarak verdiği 9.2.1978 tarihli kararına⁵⁶ (III ZR 59/76) konu olan olay şöyledir:

«Davalı ve kocası, malvarlıklarında yer alan ve sözleşmede ayrıntılarıyla belirlenen taşınmazlarla içlerinden önce ölenin

⁵⁰ Kurulacak vakfın amacı ile orantılı yeterlilikte bir malvarlığına sahip olması gerektiği konusunda bkz. UYAN Göktürk, *Vakıflarda Üyelik Olmaz – Medeni Kanun Hükümlerine Göre Kurulan Vakıflarda Kanuni Tipe Özgü Örgütlenme Modeli ve MK md.101/3 Hükmü Üzerine Bir Değerlendirme*, Batider 23/4 (2006), s.334 vd.

⁵¹ KRAMER, s.72 dn.144. Yazar İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu kararında uyguladığı yöntemi „*Sherlock Holmes yöntemi*“ olarak nitelendirmektedir.

⁵² LIVER, s.48; RIEMER, Berner Kommentar, s.419 Art.81 ZGB N.46. Bu konuda özellikle bkz. ZEITER, s.108-111 N.366-374.

⁵³ BGE 96 II 273, s.289.

⁵⁴ Bu konuda (vakıf hukuku revizyonu öncesi) İMK'da gerçek bir kanun boşluğu bulunduğu yönünde: RIEMER, Berner Kommentar, s.419 Art.81 ZGB N.46.

⁵⁵ LARENZ Karl/WOLF Manfred, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München 2004, s.222 N.12; REUTER, Münchener Kommentar, BGB § 83 N.1; ayrıca bkz. MUSCHELER, s.41 ve s.41 dn.2'de anılan yazarlar.

⁵⁶ NJW (1978), s.943-945 = BGHZ 70, s.313.

ölümü ile birlikte derhal hüküm ifade edecek ve asli amacı “*mevcut taşınmazları muhafaza etmek ve çoğaltmak*” olan bir aile vakfı kurulması hususunda 1965 yılında noterde bir sözleşme yapmışlardır. Sözleşmeye göre, taşınmazların vakfın hüküm ifade etmesinden önce satılması halinde satıştan ele geçen para taşınmazların yerine geçecektir.

Davalının kocası 1966 yılında ölmüştür. Davalı, kocasının ölümünden sonra 1965 tarihli sözleşmeye konu olan taşınmazlardan birini 1967 yılında satmıştır. Bu satıştan ele geçen net paranın önemli bir kısmı ile bir başka taşınmaz satın almıştır. Eline geçen paranın kalan kısmı ile borçlarını kapatmış ve bazı kişisel ihtiyaçlarını karşılamıştır. 1965 tarihli sözleşmeyi düzenleyen noterin başvurusu üzerine vakfın kuruluşuna 1968 yılında izin verilmiştir. Davalı, 1965 tarihli sözleşmede belirtilen taşınmaz malvarlığını vakfa devretmeye yanaşmamıştır. Davalı, tereke mahkemesine karşı sözleşmede yer alan açıklamalarını hata ve hile sebebiyle iptal ettiğini bildirmiş ve izin makamına karşı da bu açıklamalarını geri almıştır. Kendisine kayyım olarak atanmış noter tarafından temsil edilen vakıf, vakıf için öngörülmüş malvarlığının devri hususunda davalıya yönelttiği dava için Asliye Hukuk Mahkemesi'nde adli yardım talebinde bulunmuştur. Asliye Hukuk Mahkemesi, arzu edilen hak takibinin kamu menfaatine ilişkin olmaması sebebiyle adli yardım dilekçesini geri çevirmiştir. İzin makamı, 1974 tarihinde yaptığı bildirimde vakfın 1969 ila 1974 yılları arasındaki denetim masraflarını tespit etmiştir. Vakfın ödeme yapmaması üzerine izin makamı, vakfın davalıya karşı mevcut özgülenmiş malvarlığının devri talebini söz konusu masraf tutarı kadarıyla haczettirmiş ve kendisini tahsile dahil ettirmiştir.

İlk derece mahkemesi davayı kabul etmiş, istinaf mahkemesi ise davalının istinaf başvurusunu geri çevirmiştir. Davalının temyizi başvurusu da başarısızlıkla sonuçlanmıştır.»⁵⁷

Alman Federal Mahkemesi'nin söz konusu kararının ilgili bölümleri şu şekildedir:

«1. AMK § 82 cümle 1'e göre vakfeden, vakfın kuruluşuna izin verilmesi üzerine vakıf kurma işlemi taahhüt edilen malvarlığını vakfa devretmekle yükümlüdür. Söz konusu talebe ilişkin şartların mevcudiyeti öncelikle davalının vakfeden olmasına bağlıdır. Sözleşmenin açık olan lafzına göre (“...anısına

malvarlığımızla bir...aile vakfı kuruyoruz...") her iki eş vakıf kurmak, yani vakfeden olmak istemişlerdir. Bir vakfın birden fazla kişi tarafından kurulabileceği konusunda ise herhangi bir tereddüt yoktur (krş. *Ebersbach*, Hdb. des dt. StiftungsR, 1972, s.50). 1965 tarihli sözleşmenin §1'ine göre, vakıf için "taahhüt edilen" malvarlığı arasında (diğerlerinin yanı sıra) satılan taşınmaz ile burada söz konusu olduğu üzere vakfın hüküm ifade etmesine kadar bunun satılması ile elde edilen değer de vardır.

2. Talep, vakfın meydana gelmiş olmasını da şart kılmaktadır. AMK § 80 cümle 1'e göre hak ehliyetine sahip bir vakfın meydana gelmesi için vakıf kurma işlemi ve izin gereklidir. Bununla beraber izin, vakıf kurma işlemine ilişkin eksiklikleri gideremez. (RGRK, 12. Aufl., § 80 Rdnr. 5 m.w. Nachw.). Vakıf kurma işlemi, sağlar arasında (AMK § 81/1) ve ölüme bağlı olarak (AMK § 83) yapılabilir. İstinaf mahkemesi, 1965 tarihli sözleşmeyi "iki taraflı" miras sözleşmesi, yani her iki sözleşme tarafının da sözleşmesel bir ölüme bağlı tasarrufta bulunduğu bir sözleşme olarak yorumlamıştır (AMK § 2278/1). Buradan hareketle vakıf kurma işleminin geçerliliği ile vakfın mevcudiyetinden şüphe duymak yersizdir. Zira izin makamının da katıldığı hakim görüşe göre miras sözleşmesi yoluyla bir vakıf kurulabilir (*Ebersbach*, s.52 m.w. Nachw.; RGRK, § 83 Rdnr. 1; *Palandt/Danckelmann*, BGB, 36. Aufl., § 83 Anm.1).

Ancak buradaki vakıf kurma işleminin bir özelliğinden dolayı işlemin geçerliliği konusunda bir şüphe duymanın yerinde olup olmadığı sorusu ortaya çıkmıştır. İzin makamı, vakfın önce ölen eşin ölümüne bağlı olarak kurulması gerektiğinden hareket etmelidir. Bu sonuç istinaf mahkemesinin hukuki açıdan şüphe uyandırmayan ve hiçbir tarafça itiraza konu yapılmayan sözleşme yorumundan çıkmaktadır. Mahkeme, ilk ölenin ölümü ile vakfın yaratılması ve her iki eşe ait taşınmaz malvarlığının vakfa devredilmesi gerektiğini belirtmiştir. Tasarrufta bulunan eş önce ölürse ölümünden sonra taşınmaz malvarlığının vakfa devredilmesi gerekmektedir; aksi takdirde diğer eşin ölümü ile birlikte kendi taşınmaz malvarlığının vakfa nakledilmesi gerekecektir...Eşler tarafından miras sözleşmesi yoluyla kurulan bir vakıf, önce ölen eşin ölümünden sonra meydana gelecekse, bu durumda sadece önce ölen eşin vakıf kurma işlemi bir ölüme bağlı tasarruf olabilir; yoksa hayatta kalan eşin vakıf kurma işlemi değil. Zira bir miras sözleşmesinde yer alan tasarruflar ancak tasarrufta bulunanın ölümü üzerine hüküm ifade ederler.

Bu halde hayatta kalan eşin vakıf kurma işlemi, sağlığında hüküm ifade etmesi gerektiği için bir sağlararası işlemdir. Ancak hangi eşin daha önce öleceği sözleşmenin yapıldığı esnada henüz belirsiz olduğundan ve vakfın kimin önce öldüğüne bakılmaksızın önce ölenin ölümüne bağlı olarak hüküm ifade etmesi gerektiğinden dolayı her iki eş de hem sağlıkta hüküm ifade eden hem ölüme bağlı birer vakıf kurma işlemi yapmakta olup, ilkinin diğer eşin önce ölmesi şartına bağlı olarak, ikincisini ise kendisinin önce ölmesi şartına bağlı olarak yapmaktadırlar... Bir ölüme bağlı tasarrufun sağlararası bir hukuki işlemle bir miras sözleşmesinde biraraya gelmesi vakıf kurma işleminin geçerliliğini etkilemez. Bir miras sözleşmesi sağlararası bir hukuki işlemle birleştirilebilir (BGHZ 36, 65 [70] = NJW 1962, 249). Bundan dolayı sağlıkta hüküm ifade eden bir vakıf kurma işlemi ile birleştirilmesi de herhangi bir tereddüt doğurmamalıdır. Sağlararası ve ölüme bağlı vakıf kurma işlemlerine cevaz veren kanun, birlikte bir vakıf kuran birden fazla kişiden birinin sağlararası diğerinin ölüme bağlı bir tasarrufta bulunmasını engellememektedir. Her bir vakfedenin - bu olayda olduğu gibi - karşılıklı şarta bağlı vakıf kurma işlemine yönelik hukuki bir tereddüte de yer yoktur. Zira buradaki işlemler şarta bağlanamayan işlemler olmadıkları gibi emredici hukuk kurallarına bir aykırılık da içermemektedirler. Bununla beraber, sağlıkta hüküm ifade eden bir vakıf kurma işleminin, burada söz konusu olduğu tarzda bir birlikte vakfedenin vakıf kurma işlemi ile bir sözleşmede birleştirilmiş olsa da AMK § 81/2 uyarınca izin makamının izin verme anına kadar geri alınabilip alınamayacağı sorusu ortaya çıkabilir. Geri alma imkanı sözleşme yoluyla kaldırılmamışsa, bu soruya olumlu cevap vermek gerekirdi (Buna ilişkin olarak krş. *Ebersbach*, s.51; *Strickrodt*, *StiftungsR*, I 2 c)...»⁵⁸

Kararın devamında ele alındığı üzere, vakfa özgülenmek amacıyla belirlenmiş bir taşınmazın davalı tarafından satılmış olması olgusunu davalının kendi sağlararası vakıf kurma işlemini örtülü şekilde geri alma açıklaması olarak değerlendirmek mümkün olsa bile, bu satışın vakfın izin yoluyla kurulmasından sonra yapılmış olması, örtülü geri alma açıklamasının hukuki sonuç doğurmasını engelleyecektir.

Yukarıda da ele alınmış olan Alman hukukundaki kanuni geri alma hakkı, sadece sağlıkta hüküm ifade eden vakıf kurma işlemi bakımından söz konusudur. Somut olayda eşinin

kendinden önce ölmesi (şartının gerçekleşmesi) üzerine davalının sağlararası tek taraflı vakıf kurma işleminin hüküm ifade etmesine karşılık ölen eşin de miras sözleşmesinde yer alan sözleşmesel vakıf kurma tasarrufu hüküm ifade etmiştir. Diğer yandan, taraflar 1965 tarihli sözleşmede sağlıkta hüküm ifade eden vakıf kurma işlemine ilişkin olarak geri alma hakkını kaldıran (veya geri almama taahhüdünü içeren) açık bir anlaşma yapmış değildir. Karardan da anlaşılacağı üzere Federal Mahkeme, davalının geri alma hakkını vakfın kuruluşundan önce kullanmış olması ihtimalinde, ölen eşin ölüme bağlı vakıf kurma tasarrufunun da hükümden düşeceğini kabullenmiş gözükmektedir. Alman öğretisinde *Reuter*⁵⁹ de bu görüştedir. Kanaatimce, bu görüşe şüpheyile yaklaşmak gerekir. Gerçi, sorun sözleşmenin yorumuna ilişkindir. Şöyle ki, 1965 tarihli sözleşmede tarafların karşılıklı olarak bağlanmak istedikleri sonucuna varmak mümkünse, bu durumda sırf sağlıkta hüküm ifade eden vakıf kurma işlemi bakımından geri alma hakkını ortadan kaldıran açık bir anlaşma yapılmadı diye davalı eşin geri alma hakkını kullanarak 1965 tarihli sözleşmeyi hükümden düşürmesine izin vermek yerinde olmayacaktır. Bu ihtimalde 1965 tarihli sözleşmenin geri alma hakkını örtülü şekilde ortadan kaldırmış olduğunu kabul etmek, bu sözleşme ile izlenen müşterek amaç da dikkate alındığında çok daha yerinde olacaktır.

Aslında bu çalışmada ele alınan temel izlek bakımından önem taşıyan husus, Alman Federal Mahkemesi'nin de geri alma hakkını ortadan kaldıran bir anlaşmanın geçerli olduğunu kabul etmiş olmasıdır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, geri alma hakkını ortadan kaldıran veya geri alma hakkını kullanmama taahhüdünü içeren anlaşmalar, bir tüzel kişilik yaratmayı amaçlayan tek taraflı vakıf kurma işlemi ile eş zamanlı veya (vakfın kurulmasına kadar) bunu takiben yapılan anlaşmalar olup, bu çalışmada özel olarak ele alınan ve söz konusu kişilik yaratma işlemini önceleyen vakıf kurma taahhüdünü içeren sözleşmelerden amaç itibariyle ayrılmaktadırlar.

⁵⁹ REUTER, Münchener Kommentar, BGB § 81 N.9.

SONUÇ

1. Vakfedenin geri alma imkanının sınırlandırılmaz ve kullanılması güçleştirilemez bir hak niteliğinde olduğu ve hatta vakfedenin kendisini sağlığında bir vakıf kurma borcu altına sokan geçerli bir borç sözleşmesi yapmasının mümkün olmadığı yolundaki görüşlerin hiç bir hukuki dayanağı yoktur.

2. Vakfedenin Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından verilecek tescil kararına kadar sağlararası vakıf kurma işlemini geri alması mümkündür. Bu vargı, vakıf kurma işleminin tek taraflı bir hukuki işlem olmasının doğal sonucudur. Bununla beraber, sağlığında bir vakıf kurma taahhüdünde bulunmuş olan vakfedenin bu taahhüdüne aykırı davranması halinde, borç sözleşmesinin karşı tarafı, vakfedeni taahhüt etmiş olduğu vakfı kurmaya zorlayabilecektir. Aynı imkan, vakıf kurma taahhüdünde bulunmuş olan vakfedenin borcunu ifa etmek üzere yapmış olduğu vakıf kurma işlemini sonradan geri alması halinde de söz konusudur. Vakfedenin geri alma imkanı, onun sözleşmenin diğer tarafına karşı geri almama taahhüdünde bulunduğu hallerde de mevcuttur. Ancak geri aldığı takdirde, borcuna aykırı davranmasına bağlı hukuki sonuçlara katlanacaktır.

3. Vakıf kurma işleminin mahiyeti itibariyle tek taraflı bir hukuki işlem olması, bu işlemin bir miras sözleşmesinin iki taraflı bağlayıcı içeriğinde yer almasına engel değildir. Vakfeden sağlıkta hüküm ifade edecek bir vakıf kurma konusunda geçerli bir borç sözleşmesi yoluyla bağlanabildiğine göre, bağlayıcı bir ölüme bağlı vakıf kurma tasarrufunda da bulunabilecektir.

4. «Vakıf kurma iradesi, resmi senetle veya ölüme bağlı tasarrufla açıklanır» şeklindeki yeni MK md.102/1/c.1 hükmü, eMK md.74/1/c.1'den farklı olarak vasiyetname yerine bir üst kavram olan ölüme bağlı tasarruf ifadesini kullanmıştır. Söz konusu hükmün lafzi yorumuna göre, şekli anlamda ölüme bağlı tasarruf türlerinden biri olan miras sözleşmesinde yer alan sözleşmesel bir kayıt yoluyla da vakıf kurmak mümkündür. Hükmün lafzi yorumu ile varılan bu sonuçta Medeni Kanun'un özünü zedeleyecek bir yön bulunmamaktadır. Tam tersine, bu yorum irade özerkliği ilkesini esas alan Medeni Kanun'un özüne uygundur. Diğer yandan, MK md.102/1/c.1'in Hükümet Gereğesinde bu yoruma ters düşen hiç bir açıklama bulunmadığı gibi, hükmün bu doğrultuda yorumlanması bu yöndeki somut hayat ihtiyaçlarını da karşılayacaktır. Söz konusu hükmün amacı, geçerli şekilde vakıf kurmanın hukuki yollarını göster-

mektir. Kanunkoyucunun vakıf kurmayı kolaylaştırmak ve yaygınlaştırmak yönündeki genel yaklaşımı (el yazılı vasiyetname veya istisnai sözlü vasiyetname yoluyla dahi ölüme bağlı vakıf kurma tasarrufunda bulunmak mümkündür!) düşünüldüğünde, vakıf kurmaya ilişkin hukuki yolları arttıran böyle bir yorumun hükmün amacına da uygun düştüğü ortadadır.