

# DİJİTAL VASIYETNAME VE VASİYETLERİN ŞEKLE UYGUNLUĞUNUN TÜRK POZİTİF HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ<sup>(\*)</sup>

Doç. Dr. Ahmet TÜRKMEN<sup>(\*\*)</sup>

**Öz:** Teknolojinin gelişmesi ve dijital ortamda veri oluşturulmasına yarayan araçların ortaya çıkması neticesinde son zamanlarda dijital ortam üzerinden ölüme bağlı son arzuların açıklanmasına sıkça rastlanmaktadır. Bu çalışmada, bu yöntemlerle açıklanan irade açıklamalarının Türk miras hukukunda şekli anlamda ölüme bağlı tasarrufların tabi olduğu “*numerus clausus*” prensibi karşısında nasıl yorumlanması gerektiği ve “*favor testamenti*” yaklaşımıyla bunların geçerli olarak ayakta tutulup tutulamayacağı karşılaştırmalı hukuktaki gelişmelerle birlikte Türk pozitif hukuku açısından incelenmektedir.

Bu çerçevede dijital platformlarda yapılan yazılı, elektronik yazı ve imzalı, biyometrik yazı ve imzalı vasiyetnameler ile görüntü ve/veya sesli vasiyetname ve vasiyetlerin *-de lege lata-* geçerli sayılıp sayılamayacağı ve fonksiyonel yaklaşımla bunlardaki tipik şekil eksikliklerinin aşılıp aşılamayacağı üzerinde durulmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Dijital Vasiyetname, Dijital Vasiyet, Vasiyetçi, Favor Testamenti, Vasiyetnamenin Şekli.

---

<sup>(\*)</sup> Makale Gönderim Tarihi: 07.08.2020. Makale Kabul Tarihi: 02.09.2020.

<sup>(\*\*)</sup> Kırklareli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medenî Hukuk Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi (ORCID kimlik no: 0000-0003-4288-6607; [ahmetturkmen@klu.edu.tr](mailto:ahmetturkmen@klu.edu.tr)).

# AN ANALYSIS OF ELECTRONIC (WRITTEN) AND VIDEO-AUDIO WILLS' COMPLIANCE IN THE MEANS OF FORMALITY UNDER TURKISH CURRENT LAW

## Abstract

As a consequence of the advancements in technology and emergence of data generation devices, it has been widely observed that many individuals prefer to express their last wishes before death on digital environment within the recent years. In this paper, it is analyzed how these methods of intent of will should be interpreted according to the principle of “*numerus clausus*”, which form of testamentary dispositions are subject to and whether the methods are considered valid by the approach of “*favor testamenti*”, under Turkish current law, taking account of the developments in comparative law.

Within this context, it has been reviewed whether written, electronically written and signed, biometric texts, visual and/or audio wills created on digital platforms could be - *de lege lata*- valid or not and whether it is possible to overcome the typical defects in form by utilizing the functional approach.

**Keywords:** Electronic Will (written), Video-Audio Will, Testator, Favor Testamenti, Form of Will.

## GİRİŞ

Teknolojinin gelişmesine bağlı olarak dijital ortamda veri oluşturulmasını sağlayan araçların ortaya çıkması ve bunların toplumlarda kullanımının yaygınlaşması diğer hukuk dallarına nazaran daha statik bir alan olan miras hukuku alanını da tüm dünyada hareketlendirmiştir. Kişinin öldükten sonra geriye bıraktığı dijital terekesi çok fazla sayıda bilimsel araştırmaya konu olmuştur. Mirasbırakanın ardında bıraktığı dijital tereke yanında, miras hukukunu hareketlendiren bir diğer kavram da dijital vasiyetnameler ve bu arada sözlü yapılması halinde dijital vasiyetler olmuştur. İnsanlar artık ölüme bağlı son arzularını kanunların öngördüğü geleneksel yöntemler dışında, her zaman rahatça ulaşabildiği ve günlük sosyal yaşamımızın bir parçası haline gelen dijital ortamlarda da açıklamaya başlamıştır. Henüz Türk hukukunda kişinin ölüme bağlı son arzularını dijital ortamda açıklamasıyla ilgili bir uyuşmazlık mahkemelere yansımış değildir; lâkin karşılaştırmalı hukukta ve özellikle Anglo-Sakson hukukunun egemen olduğu ülkelerde bu konuda

hatrı sayılır içtihatlar oluşmuştur. Hatta ABD'nin bazı eyaletlerinde dijital vasiyetnameler, elektronik vasiyetname (electronic will) adı altında yeni bir tür olarak yasalarda da düzenlemeye kavuşturulmuştur.

Kara Avrupası ve bu arada Türk pozitif hukukunda ise şimdilik dijital vasiyetnameye ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Bizim hukukumuzda vasiyetnameler, *numerus clausus* ilkesine tabi olarak yalnızca resmî, el yazılı ve istisnâî olarak da sözlü olarak yapılabilmektedir (TMK m. 531 vd.). Dolayısıyla pozitif hukukumuzda bu tür ölüme bağlı tasarrufların geçerli olup olmayacağı da bu sınırlı sayıda şekil türü içinde değerlendirilmelidir.

Ölüme bağlı tasarrufun tüm hukukî yollar zorlanarak ayakta tutulmasını amaçlayan miras hukukunun altın ilkesi "*favor testamenti*", dijital ortamda yapılan ölüme bağlı tasarrufların da ayakta tutulması için başvurulması önemli bir fonksiyona sahiptir. Esasında *favor testamenti* yaklaşımı dijital ortamda düzenlenen vasiyetnamelerin şekil yönünden ayakta tutulması, genel olarak vasiyetnamelerdeki ilkelerden bir farklılık arz etmemektedir. Onun farklılığı, modern çağın dijital ortamda veri oluşturulmasını sağlayan imkânlarından yararlanılarak düzenlenen vasiyetnamelerin kanunda yer alan şekil anlamında vasiyetnamelerden ve bu arada geleneksel vasiyetnamelerden farklı bir formatta düzenlenmiş olmasından ibarettir.

Vasiyetnamelerin geçerliliğine ilişkin bir somut uyuşmazlığın çözümünde pozitif hukuk kuralları, toplumu oluşturan kişilerin ihtiyaçları, davranışları, çağın sosyal kültürel gerekleri ve bu arada çağın teknik gelişmelerinden soyutlanamaz. Mademki teknoloji bizlere kişinin başta Anayasal hakkı olan miras bırakma hakkının (AY m. 35/I) ve *animus testandi*'sinin, saygı duyulan son arzularının -kimi olasılıklarda şimdiki düzenlemelerden daha fazla- daha sağlıklı ve güvenli biçimde hayata geçirilmesinde yeni imkânlar sunmuştur, o halde bu imkânlar pozitif hukukun şekle ilişkin kurallarının lafzî yorumuyla, sıkı şekilcilikle ve gelenekçi bir anlayışla görmezden gelinemez. Kısaca çözüm yalnızca *-de lege ferenda-* içinde değil, kanunun ruhu araştırılarak (TMK m. 1/I) *-de lege lata-* içinde de aranmalıdır.

Bu çalışmada genel itibarıyla karşılaştırmalı hukuk yaklaşımları ve gelişmeleri de dikkate alınarak, Türk pozitif hukukunda dijital vasiyetname ve vasiyetlerin "*favor testamenti*" ilkesinin de desteğini alarak aşağıda ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz fonksiyonel yaklaşımla şekle uygunluğu değerlendirilmektedir.

## I. DİJİTAL VASIYETNAME VE VASIYET KAVRAMI

Dijital ölüme bağlı tasarruflara ilgi tüm dünyada gün geçtikçe artmaktadır<sup>1</sup>. İnsanlar ölüme bağlı son arzularını yazılı, sesli ve/veya görüntülü olarak bilgisayarlar, tabletler, akıllı telefonlar gibi offline olarak dijital verileri saklama imkânı veren cihazlarına kaydettikleri gibi, elektronik posta, telefonların kısa mesaj servisleri, sosyal medya hesapları ve online iletişim kurmaya yarayan benzer mecralar üzerinden de yayımlayabilmektedir<sup>2</sup>. Bu şekilde yapılmış vasiyetnamelerin ve bu arada sözlü yapılması halinde vasiyetlerin geçerli olup olmadığı tüm dünyada tartışma konusu olmaktadır.

Ülkemizde bugüne kadar tespit edebildiğimiz kadarıyla yargı kararlarına konu olmuş bir dijital vasiyetname ve vasiyet uyumsuzluğu henüz yoktur<sup>3</sup>; lâkin bu konuda özellikle Anglo-Sakson hukukunun egemen olduğu ülkelerde hatırı sayılır yargısal içtihatlarla rastlanmaktadır<sup>4</sup>. Dijital vasiyetname ve vasiyetin genel kabul görmüş bir tanımı olmamakla birlikte, vasiyetçinin her türlü dijital ortamda son arzularını içeren tek taraflı ölüme bağlı irade açıklamalarının bu kapsama girdiği kabul edilebilir. Bu çerçevede dijital vasiyetname ve bu arada yazılı olarak üretilmemesi halinde dijital vasiyet, vasiyetçinin son arzularını içeren vasiyet bırakma iradesini bir dijital veri olarak üretmesine imkân tanıyan araçlar vasıtasıyla açıklamasını sağlayan yeni nesil tek taraflı bir ölüme bağlı tasarruf olarak tanımlanabilir. Doktrinde bu tanıma ek olarak, vasiyetçi tarafından üretilen dijital verinin kaydedilip saklanmaya da elverişli olması gerektiği ifade edilmektedir<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> HIRSCH, Adam J., “Technology Adrift: In Search of a Role for Electronic Wills, **Boston College Law Review**, Vol. 61, 2020, s. 859; HARVARD LAW REVIEW DEVELOPMENTS IN THE LAW - MORE DATA, MORE PROBLEMS, Chapter Four: What is an Electronic Will”, **Harvard Law Review**, Vol. 131, No. 6, April 2018, s. 1809; HERGENRÖDER Cyril H., “Testieren 2.0: Errichtung eines digitalen eigenhändigen Testaments mittels Touch- oder Smartpen?”, **Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge**, No. 1, 2018, s. 7; ZAŁUCKI Mariusz, “Testamentary Succession, New Technologies and Recodification: On the Research that Needs to Be Conducted”, **Societas Et Iurisprudencia**, Volume II, Issue 2, 2014, (Kısaltma: Testamentary), s. 26.

<sup>2</sup> HORTON David, “Tomorrow’s Inheritance: The Frontiers of Estate Planning Formalism”, **Boston College Law Review**, Vol. 58, Issue 2, 2017 (Kısaltma: Formalism), s. 564-565.

<sup>3</sup> YILDIRIM Arzu / VEREP Gökbüke Deren, “Elektronik Vasiyetname ve Geçerlilik Koşulları”, Part 16, Summer 2018, **GSI Arcticleter**, s. 274.

<sup>4</sup> Bunların geniş bir listesi için bkz. GEE Kyle B., “Electronic Wills and the Future: When Today’s Techie Youth Become Tomorrow’s Testators”, 2015, s. 21.

<sup>5</sup> ORUÇ Murat, “Electronic Will”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 76, Sayı 1, 2018, s. 206. Kanaatimce dijital verinin kaydedilip saklanması, özellikle tek taraflı ölüme bağlı tasarrufun varlığı ve vasiyetçinin iradesinin içeriğini tespit noktasında ispat fonk-

Vasiyetname hukukunun şekil kurallarının gelişim sürecine genel olarak bakıldığında miras hukukunun direngen, sıkı şekilci, muhafazakar ve statik yapısı -*pozitif hukukta geçerlilikleri tartışması bir kenara bırakılacak olursa*- dijital vasiyetnamelerin yeni bir vasiyetname türü olarak kabul edilmesini engelleyemeyecek gibi görünmektedir. Dijital vasiyetnameler, vasiyetçiyi uyarma, içeriğini güvence altına alma ve vasiyetçinin kimliğini teşhis noktasındaki endişeleri tam olarak giderdiğinde ve özellikle el yazılı vasiyetnamelerin şekil kurallarıyla öngörülen asgarî fonksiyonlarını sağladığında el yazılı vasiyetnameye iyi bir alternatif olarak gözükmektedir. Vasiyetnamenin şekil kurallarıyla öngörülen bu amaçlara teknolojinin gelişmesiyle birlikte ulaşılması halinde, özellikle el yazılı vasiyetnamelerin dijital vasiyetnamelere daha ne kadar direnç göstereceği merakla beklenmektedir<sup>6</sup>. Bu vasiyetname türünün yakın zamanda pozitif hukukumuzun şekli anlamda vasiyetname türleri olan sözlü, el yazılı ve resmî vasiyetnameler yanında “*dördüncü vasiyetname*” türü olarak hayatımıza girmesi olasılığı gün geçtikçe artmaktadır<sup>7</sup>. Lâkin itiraf etmek gerekir ki; dijital vasiyetnameler yalnızca vasiyet bırakma iradesini dışı vurmada kullanılacak araçların türünde ve iradenin dış dünyada büründüğü şekil itibarıyla bir yenilik getirecektir. Vasiyetname şekil hukukuna özünde bir yenilik getirmemesi sebebiyle bunları *özgün bir yenilik* olarak nitelenebilir.

Dijital vasiyetnamelerin yeni bir tür olarak kanunlarda yer alıp almaması bir kenara bırakılacak olursa, bunların avantajları şu şekilde sıralanabilir: Dijital vasiyetnameler, el yazılı vasiyetnameler gibi masrafsız ve çabuk olarak hazırlanabilmesi, günümüz sosyal yaşam alışkanlıkları göz önüne alındığında el yazılı vasiyetnameye göre hazırlanmasının daha pratik olması, gerekli güvenlik önlemlerinin ve sistem altyapısının kurulması halinde yok olma ve tahrif edilme risklerine karşı gerek evde gerekse notere tevdi halinde daha güvenli olarak saklanabilmesi, yine gerekli sistem altyapısının kurulması halinde zaman damgası teknolojisi sayesinde el yazılı vasiyetname de düzenleme tarihinin hiç yazılmaması, eksik yazılması, kasten veya sehven hatalı yazılması gibi sorunları kesin olarak ortadan kaldırması, kimi altyapı sistemlerinin dijital verinin oluşturulduğu yeri de koordinatlarıyla

---

siyonunun yerine getirip getirilmediğine ilişkin bir geçerlilik sorunudur; yoksa onun tanımının -*en azından pozitif hukukumuzda*- zorunlu bir unsuru değildir.

<sup>6</sup> SEROZAN Rona, içinde Serozan, Rona / Engin, Baki İlkay, **Miras Hukuku**, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 331; HIRSCH, s. 828.

<sup>7</sup> Doktrinde ORUÇ bu vasiyetname türüne ilişkin bir kanun metni önerisi bile yapmıştır (s. 217).

birlikte kesin olarak saptanmasına imkân vermesi nedeniyle özellikle milletlerarası hukukta şekle uygulanacak hukukun tespitini kolaylaştırması, sistem altyapısı kurulmasa bile vasiyetçinin vasiyet bırakma iradesine ilişkin açıklamasının yer aldığı dijital veriden düzenleme tarihinin saptanabilmesine olanak tanınması, sesli ve görüntülü vasiyetlerde vasiyetçinin son arzularını daha iyi ifade edebilmesini sağlaması, bu yolla yapılan vasiyetlerde vasiyetçinin ses tonu, jest ve mimiklerinden latife beyanı veya zihni kayıta bulunup bulunmadığının en azından el yazılı vasiyetnameye göre daha kolay tespit edilmesine imkân vermesi ve genel olarak vasiyetname içeriğinin yorumlanmasına katkı sağlaması, niteliği itibariyle vasiyete sonradan üçüncü kişiler tarafından yapılabilecek ilaveleri engellemesi, durum ve koşullara göre kanunun öngördüğü diğer vasiyetnamelerin yapılmasına imkân bulunmayan hallerde, örneğin dağda kar ve tipide kaybolan kişinin yazılı vasiyetname (el yazılı olmayan) veya sesli ve/veya görüntülü vasiyet yapmasına olanak tanınması, aynı şekilde olağanüstü durumlarda yapılmasına izin verilen sözlü vasiyetnamelerdeki vasiyetçinin iradesinin tanıklar yoluyla kasten veya sehven değiştirilmesini engellemesi, okuma-yazma bilmeyenlere ve görme engellilere resmî vasiyetname dışında vasiyet yapma imkânı tanıyarak onların da vasiyet içeriklerinin mahremiyetini sağlamalarına olanak tanınması olarak sıralanabilir<sup>8</sup>.

Dijital vasiyetnamenin bu avantajlarına rağmen özellikle vasiyetçiyi uyarma, koruma ve vasiyetname içeriğini belgeleme fonksiyonlarını yerine getirmede yeterli olmaması, dijital ortamda hazırlandığı için yok olma, tahrif edilme ve vasiyetname geri alındığı halde üçüncü kişiler tarafından tekrar dolaşıma sokulma risklerine karşı yeterince koruma sağlamaması, diğer vasiyetname türlerine göre daha fazla sahtelik riski taşıması, vasiyetçinin vasiyetname yapma ehliyetine sahip olup olmadığının veya iradesinin sakatlanıp sakatlanmadığını tespitini güçleştirilmesi -*unutulmasın ki aynı riskler el yazılı vasiyetnamelerde de vardır*-, olağan bir vasiyetname yapma yöntemi olmadığı için vasiyetçinin irade açıklamasının ciddi, samimi ve gerçek olup olmadığını tespit etmeyi güçleştirilmesi, kimi durumlarda oluşturuluş biçimi itibariyle vasiyetname projesinden ayırmanın zor olması ve yaratılmasının

---

<sup>8</sup> Dijital vasiyetnamelerin avantajları hakkında ayrıca bkz. AYBAY Aydın, **Miras Hukuku Dersleri**, 3. Bası, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No. 15, İstanbul, 2002, s. 34, dn. 2; HIRSCH, s. 878; SAVAŞ Abdurrahman, "İnternet Ortamında Yapılan Tek Taraflı Hukukî İşlemler ve Özellikle Elektronik Vasiyetname", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 15, Sayı 2, 2007, s. 79; ORUÇ, s. 207.

daha kolay olması nedeniyle birbiriyle yarışan vasiyetnameler sorununa sebep olabilmesi gibi gerekçelerle eleştirilmektedir<sup>9</sup>.

Dijital vasiyetnameler özellikle, vasiyetçiyi uyarma, gerçek kimliğini teşhis ve iradesini tespit noktasında yoğun eleştirilere uğramaktadır. Bu endişeler yersiz değildir; ama teknolojinin imkânlarından yararlanılarak bu fonksiyonların vasiyetçinin davranışsal özelliklerini taşıyan biyometrik verilerle kimliğinin ve vasiyet yapma iradesinin şüpheye yer vermeyecek derecede veya en azından asgarî olarak el yazılı vasiyetnamelerdekine eşdeğer olarak sağlanması halinde bu dezavantajlar da bertaraf edilmiş olacaktır<sup>10</sup>. Vasiyetçiyi uyarma fonksiyonunun yerine getirilmesi bakımından ise el yazılı vasiyetnamelerdeki uyarı fonksiyonuna eşdeğer özel koşullar gereklidir<sup>11</sup>.

## II. VASİYETNAMEYE İLİŞKİN ŞEKİL KURALLARININ TARİHSEL GELİŞİMİ

Dijital vasiyetnamelerin şekle uygunluğunun değerlendirilmesi tarihsel süreç içinde vasiyetnamelerin şekil sürecindeki evriminden bağımsız düşünülemez. Vasiyetnamenin şekil kurallarına ilişkin tarihsel sürece genel olarak bakıldığında, vasiyetnamelerin başlangıçta daha sıkı şekil kurallarına ve özellikle tanıkların katılımını zorunlu kılan özel bir merasime tabi olduğu, ancak zaman içerisinde vasiyetçinin vasiyet bırakma hakkını ve irade özerkliğini genişletmek amacıyla bu sıkı şekil kurallarının yumuşatıldığı göze çarpmaktadır. Vasiyetçinin hiç kimsenin katılımını gerekli kılmayan, ona kendi başına vasiyetname yapma olanağı tanıyan el yazılı vasiyetnameler bu süreç içinde önemli bir dönüm noktası olmuştur.

Genel olarak tarihsel sürece bakıldığında askeri sözlü vasiyetten dijital vasiyetnameye giden uzun bir yol karşımıza çıkmaktadır. Tüm bu gelişim süreci, esasında vasiyetçinin vasiyetname yapma iradesinin tecellisi için şekil kurallarının esnetilmesi ve her geçen gün bir şekil kuralından daha

---

<sup>9</sup> Dijital vasiyetnamelerin genel olarak dezavantajları hakkında bkz. BODDERY Scott S., “Electronic Wills: Drawing a Line in the Sand Against Their Validity”, **Real Property, Trust and Estate Law Journal**, Vol. 47, No. 1 (Spring 2012), s. 206-207; GRANT Joseph K., “Shattering and Moving Beyond the Gutenberg Paradigm: The Dawn of the Electronic Will”, **University of Michigan Journal Law of Reform**, Vol. 42, No. 1, 2008, s. 121-122; ORUÇ, s. 207-208.

<sup>10</sup> Karş. GRANT, s. 135.

<sup>11</sup> Bu konuda bkz. a.ş.a. III. 3. B.

ödün verilmesi şeklinde ilerlemektedir. Gerçekten de vasiyetçinin iradesinin ortaya çıkmasına engel olan şekil kurallarının esnetilmesi, tam da onun iradesinin tecellisi ve son arzularının hayata geçirilmesi için bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sonuç esasında *favor testamenti* yaklaşımın bu gelişim sürecine vurduğu kaçınılmaz bir damga olarak görülmelidir ve dijital vasiyetnamelerin şekle uygunluğu da bu süreç bağlamında değerlendirilmelidir.

## 1. Klâsik Dönem

Roma hukukunda eski dönemlerde yalnızca savaşa hazır askerlerin yapabildiği ve hiçbir şekil şartına tabi olmayan sözlü vasiyet (*testamentum in procinetu*)<sup>12</sup> ile olağan dönemlerde senede yalnızca iki defa (24 Mart ve 24 Mayıs tarihlerinde) vasiyetçinin iradesini halk meclisi (*comitia*) önünde açıkladığı ve rahiplerin de katılımıyla gerçekleşen “*testamentum calatis comitiis*” türünde vasiyetler mevcut idi<sup>13</sup>. Birinci vasiyetnamenin yalnızca askerler tarafından yapılabilmesi ve istisnaî nitelik taşıması ve ikinci vasiyetnamenin de yalnızca yılın belirli dönemlerinde yapılabilmesi nedeniyle, kişilere vasiyetname yapabilme imkânını tanımak amacıyla rahipler ve uygulayıcılar “*külçe ve terazi*” ile yapılan bir vasiyetname türü geliştirdiler. “*Testamentum per aes et libram*” adı verilen bu vasiyet türünde vasiyetçi mallarını *mancipatio* yoluyla “*emptor familiae*” adı verilen güvenilir bir kişiye teslim ettikten sonra son arzularına ilişkin olarak ona talimat verir, malları alan kişi ise “*nuncupatio*” adı verilen ikinci bir işlemle tanıklar önünde bu arzuları yerine getirmeyi taahhüt ederdi<sup>14</sup>.

Iustiniaus döneminde sözlü, yazılı ve resmî vasiyetname şeklinde üç vasiyetname türü bulunmaktaydı. Sözlü vasiyet (*testamentum per nuncupationem*), vasiyetçinin *yedi* tanığın huzurunda son arzularını beyan etmesi yo-

<sup>12</sup> UMUR Ziya, “Roma Miras Hukuku’nun Ana Hatları”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 31, Sayı 1-4, 1965, s. 168; BERKİ Şakir, “Romada Miras Hukuku”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 10, Sayı 1-4, 1953, s. 544. Bu vasiyet türü daha sonra Iustinianus döneminde “*testamentum militis*” adı altında revize edilmiş haliyle tekrar ortaya çıkmıştır. Bu yeni haliyle sözlü vasiyet, vasiyeti yapan askerin bir yıl içinde ölmemesi halinde kendiliğinden hükümden düşerdi (UMUR, s. 171; GÜNAL A. Nadi, “Roma Miras Hukuku’na Genel Bir Bakış ve Vasiyet Yolu ile Miras”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 44, Sayı 1, Ocak 1995, s. 434).

<sup>13</sup> UMUR, s. 168; BERKİ, s. 543-544.

<sup>14</sup> UMUR, s. 168 vd.; BERKİ, s. 545; DURAL Mustafa, **El Yazılı Vasiyetname**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1967, s. 5; GÜNAL, s. 433.



luyla yapılmakta ve başka bir şekil şartı içermemekteydi<sup>15</sup>. Yazılı vasiyetnamenin (*testamentum per scripturam*) geçerliliği ise vasiyetçinin kendi el yazısıyla yazdığı bir metni ve *yedi* Roma vatandaşı tanığın ve vasiyetçinin aynı anda imzalamalarını gerektirmekteydi<sup>16</sup>. Resmî vasiyetname ise vasiyetçinin *magistra* önünde yaptığı beyanın resmî defterlere kaydedilmesi şeklinde yapılmıyordu (*testamentum apud acta conditum*)<sup>17</sup>.

Roma hukukunun çağdaş vasiyetname hukukuna en büyük etkisi, hiç şüphesiz bugün hem Anglo-Sakson hukuku hem de Kara Avrupası hukuku kodifikasyonlarını etkileyen *yazılı vasiyetnameler* yoluyla olmuştur. Iustinianus döneminde kabul görmemiş bu yazılı vasiyetnamelere ondan önceki dönemde II. Theodosius ve III. Valentinianus döneminde rastlanır<sup>18</sup>. Vasiyetçinin kendisinin ön planda olduğu bu vasiyetnameler, mahremiyeti sağlaması nedeniyle özellikle tercih edilmekteydi<sup>19</sup>. Bu dönemde yazılı vasiyetnamelerin iki türü bulunmaktaydı. Başkası tarafından kaleme alınan vasiyetnamenin vasiyetçi tarafından tanıklar önünde imzalanması şeklinde yapılan türüne *testamentum allographum*<sup>20</sup>, bizzat vasiyetçinin tanıkların katılımı olmaksızın baştan sona kendi el yazısıyla yazıp imzaladığı türüne ise *testamentum holographum* adı verilmekteydi<sup>21</sup>. Bunlardan *testamentum allographum* bugün Anglo-Sakson hukukuna esin kaynağı olurken<sup>22</sup>, Kara Avrupası hukuku tercihini *testamentum holographum*'dan yana kullanmıştır. Bunlardan birincisi vasiyetçinin kimliğinin teşhisini tanıklara ve salt yazılı imzaya bırakıp vasiyetname içeriğinin riskini vasiyetçiye yüklerken ve bu arada vasiyetname yapan kişiyi uyarma fonksiyonu tanıklar önünde merasim

<sup>15</sup> UMUR, s. 170.

<sup>16</sup> UMUR, s. 170.

<sup>17</sup> BERKİ, s. 546; GÜNAL, s. 434.

<sup>18</sup> BERKİ, s. 546; İNAN Ali Naim / ERTAŞ Şeref / ALBAŞ Hakan, **Miras Hukuku**, 10. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 174; GÖNEN Doruk, **El Yazılı Vasiyetname**, Legal Yayınevi, İstanbul, 2007, s. 29.

<sup>19</sup> BERKİ, s. 546.

<sup>20</sup> DURAL, s. 6; GÖNEN, s. 30.

<sup>21</sup> Bu vasiyetname türünde önceleri vasiyetnamenin bir tanığın yanında yapılması ve tanığın da imzası gerekmektedir, sonraları tanığın bulunması şartı kaldırılmıştır (GÜNAL, s. 434).

<sup>22</sup> 1837 tarihli İngiliz Vasiyetname Kanununa göre (Wills Act) vasiyetçi dışında bir başkası tarafından yazılan vasiyetnameler vasiyetçi ve iki tanık tarafından imzalanması halinde geçerli bir vasiyetname olarak kabul edilmektedir (Wills Act Section 9). Ancak Anglo-Amerikan hukukunda alografik vasiyetnameler yanında tamamen el yazılı (holografik) vasiyetnameler de bir vasiyetname türü olarak kabul edilmektedir. ABD'de 26 eyalet holografik vasiyetnameleri bir vasiyetname türü olarak düzenlemiştir (HIRSCH, s. 830).

koşuluyla etkin biçimde yerine getirip onun vasiyetnameye yapmaya ehil olduğunu daha fazla güvence altına alırken, ikincisi ise vasiyetçinin kimliğini teşhiste onun el yazısını yeterli görmekte, düzenleme tarihini bir şekil şartı olarak öngörerek vasiyetname yapma ehliyetini kısmen güvence altına almakta ve vasiyetname içeriğinin riskini ise metnin vasiyetçi tarafından oluşturulması yoluyla ve böylece vasiyetçiyi uyarma fonksiyonuyla sağlamlaştırmaktadır.

Yakın tarihimizde vasiyetname şekil hukukunda en önemli dönüm noktası hiç şüphesiz el yazılı vasiyetnamelerin kabulü olmuştur. Gerçekten de bugün dijital vasiyetnamelerin pozitif hukuka göre geçerli sayılıp sayılmayacağı tartışılabilir hale geldiyse, bunun en büyük dayanağı el yazılı vasiyetnamelere geçerlilik atfedilmesidir. Adli bilimler ve özellikle grafolojideki teknik gelişmelerin özellikle kişiyi teşhis noktasında sağladığı avantajların el yazılı vasiyetnamelerin kabulünde bir role sahip olduğu düşünülürse, bu imkânlardan daha fazla yararlanmayı ve teşhisi kesin biçimde sağlamayı mümkün kılan teknolojik gelişmeler sayesinde yazılı dijital vasiyetname ve görüntülü/sesli dijital vasiyetlerin ilerde alternatif bir ölüme bağlı tasarruf yolu olarak görülmesi kaçınılmaz olacaktır<sup>23</sup>. Almanya’da uzun süre el yazılı vasiyetnamelere karşı tavır takınılmış, bunların yeterli güvenliği sağlamadığı ve özellikle kişinin vasiyetname yapma ehliyeti konusundaki tereddütleri giderememesi gerekçesiyle kabulü gecikmiş, ancak nihayetinde orada da 1938 tarihli *Testamentumgesetz* ile el yazılı vasiyetnameler pozitif hukukun bir parçası haline gelmiştir<sup>24</sup>. Türk Medenî Kanununun kaynağı İsviçre hukukunda ise el yazılı vasiyetnameler yalnızca bunların mahkemelere tevdiinin zorunlu tutulup tutulmaması bağlamında tartışılmış ve sonunda bunun zorunlu olmayıp isteğe bağlı olarak yapılabileceği kabul edilmiştir (TMK m. 538/II)<sup>25</sup>.

Türk hukukunda İsviçre Medenî Kanunundan iktibas edilen 743 sayılı Medenî Kanunda resmî, el yazılı ve sözlü vasiyetname türleri düzenlenmişti

<sup>23</sup> Karş. HALL Paige, “Welcoming E-Wills into the Mainstream: The Digital Communication of Testamentary Intent, *Nevada Law Journal*, Vol. 20, Issue 1, Fall 2019, s. 359.

<sup>24</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, *Miras Hukuku*, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987, s. 191; AKKANAT Halil, “El yazısı ile Vasiyetnamede Vasiyetname Metninin Özellikleri”, *Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı*, 2. Cilt, Beta Yayınları, İstanbul, 2001, s. 800; GÖNEN, s. 40.

<sup>25</sup> OĞUZMAN M. Kemal, *Miras Hukuku*, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995, s. 118; DURAL, s. 9 vd.

(eMK m. 478 vd.). Türk kanun koyucusu İsviçre Medenî Kanununda olduğu gibi bunlardan yazılı vasiyetnamelerde el yazılı vasiyetname *-testamentum holographum-* türünü tercih etmiş ve yine İsviçre Medenî Kanunu (ZGB) ile uyumlu olarak vasiyetnamenin metni, imza, düzenleme tarihi ve düzenleme yerinin vasiyetçinin el yazısıyla yazılmasını bir şekil şartı olarak kabul etmiştir (eMK m. 485). Bunlardan kantonal bir yapıya sahip İsviçre’de özel bir önem taşıyabilecek, bizim hukukumuzda ise yalnızca milletlerarası özel hukukta kanunlar ihtilafı bakımından önemi haiz olabilecek *düzenleme yeri* 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun kabulüyle şekil şartı olmaktan çıkarılmış, ancak *düzenleme tarihi* şeklin bir zorunlu unsuru olarak görülmeye devam edilmiştir. İsviçre’de ise 1996 yılında yapılan değişiklikle, düzenleme tarihinin eksikliği veya yanlışlığı yalnızca bu eksiklik veya yanlışlık başka yollardan giderilemediğinde ve tarih de vasiyetnamenin geçerliliği bakımından belirleyici olduğunda vasiyetnamenin geçersizliğine yol açacak bir unsur olarak kabul edilmiştir (ZGB Art. 520a)<sup>26</sup>. *Favor testamenti* yaklaşımıyla vasiyetnamenin şekil kurallarının amaca uygun yorumlanması sonucunda ortaya çıkan bu yeni düzenleme, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu bu değişiklikten daha sonra, 1.1.2002 tarihinde yürürlüğe girdiği halde kanun metnine alınmamıştır.

Bu süreçte genel olarak merasim formalitelerinin azaltılması, çok tanıklı vasiyetnameden onlara nazaran mahremiyeti daha fazla sağlayan az tanıklı vasiyetnamelere geçilmesi, vasiyetnamelerin resmî makamlar önünde bir merasim şeklinde düzenlenmesinden vazgeçilmemekle birlikte, alternatif bir yol olarak kişiye tek başına masrafsız, zahmetsiz vasiyetname düzenleme hakkı veren ve böylece vasiyetnamenin mahremiyetinin mutlak olarak sağlanması (*el yazılı vasiyetname*) gibi vasiyetçinin iradesine üstünlük tanıyan ve onun vasiyetname yapmasına kolaylık sağlayan gelişmeler göze çarpmakta, vasiyetçinin gerçek ve samimi vasiyet bırakma iradesinin saptanması ilkesinden ödün verilmeyerek törpülediği görülmektedir. Bu kapsamda önce düzenleme yerinin bir şekil şartı olmaktan çıkarılması, sonrasında düzenleme tarihinin şekil kuralının amacıyla sınırlandırılması bunun güncel örnekleridir.

Tüm bu gelişmeler, esasında *favor testamenti* yaklaşımın bir sonucu olarak görülmelidir. Bu gelişim sürecinin son evresinde teknolojinin de gelişmesiyle insan hayatı ve yaşam alışkanlıklarının değişmesi sonucunda dijital vasiyetnamelerin de kapısı aralanmaya başlanmıştır.

---

<sup>26</sup> AS 1995 4882; BBl 1994 III 516, V 607.

## 2. Dijital Dönem

Alışveriş yaşamı, ticaret, bankacılık, eğitim, çalışma, kamu hizmetleri ve hatta sosyal ilişkilerde bile bunları aynı fizikî ortamda yürütmenin minimize edildiği modern hayatta el yazılı usûl de hızlı biçimde yerini dijital ortamdaki yazılı usûle bırakmaya devam etmektedir. Dijital dönüşüm süreci olarak adlandırılan bu süreç, başta 5070 sayılı Elektronik İmza Kanununun kabulü<sup>27</sup>, sonrasında Türk Borçlar Kanununun hukukî işlemlerde güvenli elektronik imzanın el yazılı imzayla aynı sonuçları doğuracağını düzenleyen TBK m. 15/I c. 2 hükmü ile hukukî işlemleri ve UYAP (Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi), SEGBİS (Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi) gibi sistemlerin hayata geçirilmesiyle yargısal faaliyetleri, E-Devlet organizasyonu ile da kamusal faaliyetler ve özellikle belgelendirme işlemlerini pratik ve hızlı bir hale getirmiştir.

Artık günümüzde insanlar yanlarında el yazılı vasiyetname yapmaya olanak tanıyan kâğıt ve kalemden ziyade, başta mobil telefonlar olmak üzere dijital veri oluşturmaya yarayan araçlar bulundurmaktadırlar<sup>28</sup>. Teknolojinin gelişmesi sonucunda insanların yaşam alışkanlıklarının değişmesi ve dijital ortamda iradelerini açıklayacak olanakların artması dijital vasiyetnamelerin de bu araçlar vasıtasıyla yapılıp yapılamayacağını gündeme getirmiştir. Kara Avrupası miras hukuku alanında bu gelişime temkinli, soğuk ve tavırlı bir yaklaşım sergilenirken, Anglo-Sakson hukukunun egemen olduğu ülkelerde ise yavaş yavaş yasal düzenlemeler yapılmaya başlanmıştır.

Kanunlarda dijital vasiyetnameye ilişkin bir düzenleme olmaması karşısında yakın tarihte Fransa'da ilginç bir davaya rastlanmaktadır. Metz yerel mahkemesi, bir kadının el yazılı vasiyetnameye ilişkin kanun hükümlerinin dijital vasiyetname yapmayı engellediği gerekçesiyle bunun Fransa Anayasası tarafından da güvence altına alınan 1789 tarihli Yurttaş ve İnsan Hakları Bildirisinde yer alan mülkiyet hakkının uzantısı olarak kabul edilebilecek miras bırakma hakkını engellediği ve temel hak ve özgürlüklerini kısıtladığı gerekçesiyle yaptığı Anayasaya aykırılık itirazını, mahkeme, bilakis el yazılı vasiyetnamenin bu hakları yeterince güvence altına aldığı gerekçesiyle *ciddi bulmayarak* Anayasa mahkemesine gönderilmesine gerek görmemiş ve davayı reddetmiştir<sup>29</sup>. Mülkiyet hakkının uzantısı olarak bir temel hak olarak

<sup>27</sup> RG S. 25355, T. 23.1.2004.

<sup>28</sup> HIRSCH, s. 902.

<sup>29</sup> Kararın İngilizce tam metni için bkz. Tribunal De Grande Instance Ordinary Court of Original Jurisdiction, Metz, Civ., Aug. 17, 2018, 17/01794 (HIRSCH, s. 897 vd.)

görülebiyecek miras bırakma hakkının devletlere, kişilere pozitif hukukun kabul ettiği vasiyetname türleri yanında dijital vasiyetname yapma olanağı da tanıyacak şekilde bir pozitif yükümlülük yükleyip yüklemediği Anayasa hukukunun konusu olduğundan çalışma alanımız dışındadır; lâkin bu karar Kara Avrupası Hukukunda bu konudaki yasal gelişmeleri tetikleyici bir rol oynayabilecek ve en azından daha fazla tartışmaya açabilecek niteliktedir. Anglo-Sakson Hukuku ile Kara Avrupası hukuku rejiminin bir karması sayılabilecek İskandinav Hukuk sisteminde de dijital vasiyetnamelere ihtiyatla yaklaşılmaktadır. Vasiyetçinin kendi yazdığı yazılı vasiyetnamelerin geçerli kabul edildiği İsveç'te meydana gelen bir olayda yerel mahkeme, akıllı telefonun mesaj uygulamasıyla gönderilen vasiyetçinin son arzularını içeren beyanının teknolojik gelişmeler de göz önüne alınarak kanunun amacı çerçevesinde yazılılık koşulunu sağladığını kabul etmiş<sup>30</sup>, ancak bu karar temyiz mahkemesi tarafından vasiyetname her ne kadar vasiyetçi tarafından yazılmış olsa da bunların teknik olarak imzalanmaya elverişli olmadığı ve dolayısıyla yazılılık şekil şartının gerçekleşmediği gerekçesiyle kararı bozmuş ve geçerli bir vasiyetname olarak kabul etmemiştir<sup>31</sup>.

Bugün itibariyle dijital vasiyetnameye ilişkin yasal bir düzenleme Türk-İsveç ve Alman hukukunda da yapılmamıştır. Tespit edebildiğimiz kadarıyla karşılaştırmalı hukukta dijital vasiyetnamelere ilişkin düzenlemelere, *elektronik vasiyetname* (electronic will) adı altında ABD hukukunda ve Çin hukukunda rastlanır. 2020 yılı itibariyle ABD'de Nevada, Indiana, Arizona ve Florida eyaletleri ile Çin'de dijital vasiyetnameye ilişkin düzenlemeler yapılmıştır<sup>32</sup>. Öte yandan Kanada'nın Britanya Kolumbiyası (British Columbia) eyaletinde de şekil şartlarına uygun olmayan vasiyetnamelerde, şartlar gerektirdiği takdirde vasiyetçinin vasiyet yapma iradesinin kaydedilmiş ve saklanmış bir elektronik kayıttan anlaşılabilirdiği hallerde "*favor testamenti*" yaklaşımıyla şekil eksikliğinin sağalacağı (*curing deficiency*) ve bunların geçerli bir vasiyetname olarak ayakta tutulabileceği kabul edilebilmektedir (Wills, Estate and Succession Act m. 58)<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> Tingsrätt District Court, 2012-11-16 T5746-11 (HIRSCH, s. 900 vd.)

<sup>31</sup> Hovrätt Court of Appeal, 2013-06-13 T11306-12 (HIRSCH, s. 903 vd.). Bu karar İsveç başınında kanunların artık zamanın ihtiyaçlarına cevap vermediği gerekçesiyle yoğun biçimde eleştirilmiştir (ZALUCKI, Testamentary, s. 26)

<sup>32</sup> HIRSCH, s. 846.

<sup>33</sup> [http://www.bclaws.ca/civix/document/id/complete/statreg/09013\\_01#section58](http://www.bclaws.ca/civix/document/id/complete/statreg/09013_01#section58) (Erişim Tarihi: 10.5.2020).

Yalnız Anglo-Sakson ve bu arada ABD hukukunda dijital vasiyetname-  
lere ilişkin yasal bir düzenleme olmayan federal devletlerde bile, bunlara  
Avustralya ve Kanada'nın bazı eyaletlerinde “*dispensing power*” (bağışık  
tutma yetkisi), ABD hukukunda ise önceleri “*substantial complicity*”  
(maddî gerçeğe uygunluk) sonrasında da “*harmless error*” (zararsız ha-  
ta/eksiklik) doktrini<sup>34</sup> yoluyla geçerlilik kazandırma eğilimi kuvvetlenmiştir.

Dijital vasiyetnameleri yasal bir düzenlemeye kavuşturan ABD eyaletle-  
rinde ise sistem şu şekilde işlemektedir. Dijital vasiyetnameye ilişkin ilk  
olarak 2001 tarihinde yürürlüğe giren ve sonradan revize edilen Nevada  
Revised Statute 133.085 maddesine göre; elektronik ortamda üretilen ve  
saklanabilen ve buna ek olarak vasiyetnamenin düzenlendiği tarih ve vasi-  
yetçinin elektronik imzasını içeren vasiyetnameler, vasiyetçinin fiziksel veya  
davranışsal özelliklerini taşıyan ve ona münhasır parmak izi, retina taraması,  
ses tanıma, yüz tanıma, video kaydı, el yazılı dijital biyometrik imza (elekt-  
ronik imza değil!) veya kişiye münhasır özellikleri taşıması kaydıyla makul  
ticarî kimlik doğrulamalarını içermesi kaydıyla geçerli kabul edilmektedir<sup>35</sup>.  
Aynı yasaya göre düzenleme tarihi ve vasiyetçinin elektronik imzasını içere-  
mesi kaydıyla, elektronik olarak hizmet veren noterin elektronik imzası ve  
damgası veya iki tanığın elektronik imzasıyla onayladığı vasiyetnameler de  
vasiyetçinin huzurunda (fizikî huzurunda yapılması şart değil!) yapılması  
kaydıyla geçerli kabul edilmektedir. Tanıklar ve noter bu vasiyetnameye  
görsel-işitsel iletişim kurmaya olanak tanıyan araçlarla katılabilmektedirler.  
Elektronik ortamda yapılan bu vasiyetnameler, Nevada Eyaletinin gözetim  
ve denetiminde olan *LockBox* adı verilen bir veritabanında saklanmaktadır<sup>36</sup>.  
Henüz Nevada'da dijital vasiyetname mevzuatından kaynaklı yargıya yansı-  
yan bir uyuşmazlık olmadığı için hukukî olarak bu vasiyetnamelerin geçerli-  
liğinin denetimi de şimdilik yapılamamıştır.<sup>37</sup> 2018 yılında kabul edilen ve  
revize edilen Arizona Revised Statute m. 14-2500 vd.<sup>38</sup> ile 2018 tarihli Indi-  
ana Probate Code m. 29-1-21-1 vd. maddelerinde<sup>39</sup> de Nevada Revised Sta-

<sup>34</sup> *Harmless error* doktrini hakkında geniş bilgi için bkz. HIRSCH, s. 840 vd; HORTON, For-  
malism, s. 559 vd.; HALL, s. 349 vd.

<sup>35</sup> <https://www.leg.state.nv.us/NRS/NRS-133.html#NRS133Sec085> (Erişim Tarihi: 10.5.2020).

<sup>36</sup> BODDERY, s. 200; CROUS Ninette, “A Comparative Study of the Legal Status of Electronic  
Wills”, North-West University, Yüksek Lisans Tezi, Mayıs 2019, s. 39.

<sup>37</sup> BODDERY, s. 200; CROUS, s. 39.

<sup>38</sup> <https://www.azleg.gov/legtext/53leg/2r/bills/hb2471p.pdf> (Erişim Tarihi: 10.5.2020).

<sup>39</sup> <https://law.justia.com/codes/indiana/2018/title-29/article-1/chapter-21/> (Erişim Tarihi: 10.5.2020).

tute’de yer alan koşullara benzer koşullar altında yapılan elektronik imzalı ve görüntülü vasiyetnameler geçerli kabul edilmektedir. Yalnız Arizona ve Indiana mevzuatlarında Nevada eyaletindeki düzenlemeden farklı olarak tanıkların da fiziksel olarak vasiyetçinin yanında bulunması şartı *-sanırsız ki vasiyetname ehliyetinin daha güçlü ispatı bakımından-* aranmaktadır<sup>40</sup>.

1 Temmuz 2020’de Florida eyaletinde yürürlüğe girecek yasanın<sup>41</sup> Estates and Trusts başlıklı kısmın 732.521-732.526 maddelerine göre de, vasiyetçinin elektronik imza yöntemiyle imzalaması ve tanıkların veya noterin fiziksel huzurunda olmaksızın elektronik ortamda görsel-işitsel medya araçlarıyla ve fakat noter veya tanıkların sanal ortamda katılımıyla ve onların vasiyetçinin elektronik imzasını onaylaması, buna işitme dahil kanunun öngördüğü diğer yollarla kanaat getirmeleri kaydıyla geçerliliği haiz elektronik vasiyetname düzenlenebilecektir. Ayrıca bu kişiler vasiyetnamelerini saklanmak üzere yasada koşulları belirtilen devletçe ruhsatlandırılmış nitelikli bir yedimeine (*qualified custodian*) tevdi edebilecek ve bunlar sonradan miras davalarına bakmada görevli ve yetkili mahkemelerin bu amaçla tuttuğu elektronik portallara işlenebileceklerdir<sup>42</sup>.

28 Mayıs 2020’de kabul edilen ve 1 Ocak 2021 tarihinde yürürlüğe girecek Çin Medenî Kanununda da gün, ay, yıl bilgileri ile vasiyetçi ve en az iki tanığın görüntülerini veya seslerini içermesi kaydıyla dijital ortamda hazırlanan vasiyetler de geçerli kabul edilmektedir (ÇMK m. 1137).

Dijital vasiyetnamelere ilişkin bu yasal düzenlemeler ilerde Kara Avrupası Hukuku ve bu arada Türk hukukunda da bu konuda yapılacak kodifikasyonlar bakımından yol gösterici bir işleve sahip olabileceklerdir. Yalnız yine de vurgulayalım ki; bu yönde bir yasal bir düzenleme yapılırsa bile, bunlar vasiyetçinin gerçek ve samimi vasiyet bırakma iradesini güvence altına alması kaydıyla geçerli olabilecek, vasiyetname şekil hukukunun genel ilkelelerinden taviz verilemeyecektir.

---

<sup>40</sup> HIRSCH, s. 847.

<sup>41</sup> Daha önce 2017 yılında kabul edilen elektronik vasiyetname hükümlerini içeren yasa, dönemin valisi Rick Scott tarafından vasiyetçinin menfaatlerini özellikle sahteliğe karşı korumadığı ve mevcut teknoloji imkânlarından yararlanacak biçimde tasarlanmadığı gerekçesiyle veto edilmiş, yasa daha sonra revize edilip 2019 yılında yeni haliyle kabul edilerek dönemin valisi Rick DeSantis tarafından da onaylanmıştır (CROUS, s. 35-36).

<sup>42</sup> [http://www.leg.state.fl.us/statutes/index.cfm?App\\_mode=Display\\_Statute&URL=0700-0799/0732/0732.html](http://www.leg.state.fl.us/statutes/index.cfm?App_mode=Display_Statute&URL=0700-0799/0732/0732.html) (Erişim Tarihi: 10.5.2020).

### III. ŞEKİL EKSİKLİKLERİNİ AŞMADA “FAVOR TESTAMENTİ” İLKESİNDEN YARARLANILIP YARARLANILAMAYACAĞI SORUNU

#### 1. Genel Olarak

Vasiyetnamenin yorumlanmasında kabul edilen ilkeler gereğince, genel olarak vasiyetname metninde açıkça belirtilen bir ifadenin artık yorumlanamayacağı (*Eindeutigkeitsregel*) ve vasiyetname metninde hiçbir dayanağı bulunmayan, ima edilmeyen bir arzunun yorum yoluyla vasiyetnameye sokulamayacağı (*Andeutungstheorie*), onun içeriğinde dayanağı bulunmayan bir iradenin yorumunda vasiyetname dışı olgulara (*Externa*) dayanılmayacağı, aksi halde sıkı şekil kurallarının tüm anlamını yitireceği kabul edilmektedir<sup>43</sup>. Özellikle Alman hukukunda egemen olan ve özünde vasiyetçinin iradesinden onun isteğinden farklı bir sonuç çıkarılmasını önlemeye yönelik bu yorum ilkelerinin sınırlayıcı anlayışı, diğer yandan kaynağı Roma hukukuna dayanan ölüme bağlı tasarrufta bulunan kişinin son arzularının bütün hukukî yollar zorlanarak ayakta tutulmasını yeğleyen “favor testamenti” ilkesiyle dengelenmeye çalışılmaktadır<sup>44</sup>. Bu kapsamda ölüme bağlı tasarrufların yorumunda genel olarak açıklayıcı yorum, tamamlayıcı yorum, tahvil, bölümsel hükümsüzlük, düzeltici yorum, vb. yorum yöntemleriyle vasiyetçinin gerçek ve samimi iradesi sağlıklı biçimde hayata geçirilmeye çalışılmaktadır. Bunun sonucunda günümüzde gerek açıklık kuralı (*Eindeutigkeitsregel*), gerek ima teorisinin (*Andeutungstheorie*) yoruma sınır getiren kuralları gitgide etkisini yitirdiği gibi yorumda vasiyetname dışı olgulara (*Externa*) da dayanılabileceği kabul edilmektedir<sup>45</sup>.

Vasiyetnamenin tüm yollar zorlanarak ayakta tutulmaya çalışılmasının köklü sebebi ortadadır. Sağlararası hukukî işlemlerde, irade açıklamasında bulunan kişi gerçek iradesini ortaya koyma, irade açıklamasıyla ilgili iddia-

<sup>43</sup> Bu yorum ilkeleri hakkında bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 322 vd.; SEROZAN, s. 420 vd.; ERGÜNE Mehmet Serkan, **Vasiyetnamenin Yorumu**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 33 vd.; BAYGIN Cem, “Ölüme Bağlı Tasarruflarda Yorum”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. IV, S. 1-2, s. 572; ÖNCÜ Özge, “Vasiyetnamelelerin Yorumunda İma Teorisi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 20, Sayı: 2, 2018, s. 314 vd.

<sup>44</sup> SEROZAN, s. 281 vd.; BAYGIN, s. 574; ERGÜNE, s. 74 vd.

<sup>45</sup> SEROZAN, s. 426 vd. ERGÜNE, vasiyetnamedeki şekil eksikliklerini gidermek için vasiyetname dışı olgulara dayanamamanın şekle aykırı vasiyetnamelerin neredeyse tamamının geçersiz olacağı şeklinde yorumlanacağını, bu durumun ise yanan binayı söndürmek için gerekli suyun yalnızca binanın içinden teminiyle eşdeğer olduğunu ifade etmektedir (s. 292).



da bulunma, savunma yapabilme, geçersiz bir işlemi tekrar yapma gibi imkânlarla sahipken, ölüme bağlı işlemlerde tasarrufta bulunan kişi ölümle birlikte tüm bu haklardan mahrum kalmaktadır<sup>46</sup>. Hal böyle olunca, onun son arzularının hayata geçirilmesi ve ölümle birlikte bir daha müdahale edemeyeceği irade açıklamasının ayakta tutulması sağlararası bir işleme nazaran daha büyük önem arz eder<sup>47</sup>.

Esasında tüm bu teoriler son kertede, ölüme bağlı tasarrufta bulunanın yaptığı hukukî işlemin onun son arzularına uygun şekilde hayata geçirilmesini amaçlar. İşte bu amacın gerçekleşmesi yolunda vasiyetname hukukuna en büyük damgayı belki de diğer hiçbir hukukî işlem türünde görülmemeyen sıkı ve nitelikli şekil kuralları vurur. Şekil kuralları adeta bunların yorumuna geçilebilmesinin ön şartı olarak görülmektedir.

İsviçre Federal Mahkemesinin meşhur *Genf Katedrali* kararına konu olan olayda<sup>48</sup> zümre mirasçısı olmayan yaşlı bir kadın, ölüme bağlı tasarruf yoluyla tüm malvarlığını Genf Katedraline bırakmak istemektedir. Bunun için iş yaptığı bankanın memurundan iradesine uygun bir vasiyetname hazırlamasını ister. Banka memuru, kadının görme bozukluğundan dolayı ona kolaylık sağlamak amacıyla vasiyetname metninin bir kısmını bilgisayarda hazırlar ve metnin orta kısmını kadının kendi el yazısıyla doldurması için boş bırakır. Banka memuru, metnin üzerine kadının adını ve soyadını, ortasına ölüm halinde malvarlığının *aşağıda yazılan şekilde* dağıtılacağını ve metnin alt kısmına da bankanın adını yazarak bu metnin bilgisayar çıktısını alır. Vasiyetçi kadın da banka memurunun bilgisayarda hazırladığı metinde boş bırakılan yere kendi el yazısıyla “*Tamamı Katedral fonu için Protestan Kilisesine*” yazarak, kendi el yazısıyla tarih atar ve kendi el yazısıyla da imzalar. Kadın düzenleme tarihini, “*katedral*” kelimesinin üzerine yazdığı ve bunun da okunması zor olduğu için banka memuru onun altına kendi el yazısıyla tarihi tekrar yazar. Kadın öldükten sonra yasal mirasçı sıfatıyla Kantonun açtığı vasiyetnamenin iptali davası sonucunda İsviçre Federal

---

<sup>46</sup> OĞUZMAN, s. 108; LANGBEIN, John H.: “Substantial Compliance with the Wills Act”, Harvard Law Review, Vol. 88, Issue 3, January 1975, s. 501; SEROZAN, s. 515-416; FOERSTE Ulrich: “Die Form des Testaments als Grenze seiner Auslegung”, **Deutsche Notar Zeitschrift**, Heft 2, 1993, s. 88; Hall, s. 359; BREITSCHMID, Peter, **Basler Kommentar**, Zivilgesetzbuch II, 4. Auflage, Hrsg.: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel, 2011, ZGB Art. 498 Rn. 5.

<sup>47</sup> SEROZAN, s. 318; ERGÜNE, s. 291.

<sup>48</sup> BGE 131 III 601.

Mahkemesi bir kısmı makine bir kısmı vasiyetçinin el yazısıyla oluşturulan vasiyetnamenin şekle aykırılık nedeniyle iptaline karar verir<sup>49</sup>. Mahkeme vermiş olduğu kararında “*favor testamenti*” yaklaşımı benimsememiş, vasiyetnamenin el yazılı vasiyetnamenin koşullarını taşımadığını, bu hususta vasiyetname dışı olgulara da (banka memurunun tanıklığı) dayanılmayacağını gerekçe göstererek geçersizliği gidermemiştir. Başka bir deyişle ölen kişinin son arzularını dikkate almamış, şekil uğruna ölenin son arzularını feda ederek tercihini bir nevi yasal mirasçılıktan yana *-somut olayda yasal mirasçı sıfatıyla Kanton lehine-* kullanmıştır<sup>50</sup>.

Favor testamenti ilkesinin ölüme bağlı tasarruflardaki şekil eksikliklerini de giderici bir işleve sahip olup olmayacağı öteden beri tartışmalıdır. Doktrinde bir görüşe göre; favor testamenti ilkesinin yalnızca ölüme bağlı tasarrufların yorumunda uygulanabileceği, buna karşılık şekle aykırılık durumunda bu ilkedен yararlanılamayacağı kabul edilmektedir<sup>51</sup>. Alman hukukunda da hakim görüş şekle aykırılığın favor testamenti ilkesiyle aşılacağı yönündedir<sup>52</sup>. Alman hukuku bakımından bu durum şu argümanlarla gerekçelendirilebilir: Birincisi, Alman BGB’de yer alan favor testamenti

<sup>49</sup> Metni Fransızca olan karara konu olan olayın açıklanmasında Christoph de WECK’in Almanca eserinden yararlanılmıştır (s. 16). DURAL/ÖZ de kural olarak vasiyetçinin bilgisi dahilinde yapılan kısımların geçerli olacağını kabul etmekle birlikte, vasiyetname geçerli olarak tamamlanmadan önce yapılan makine eklemelerini vasiyetnamenin tümünü geçersiz kılacağı görüşündedir (de WECK Christoph, “Testament: Die Formstrenge Lebt”, **Private Magazin**, Sayı 4, 2006, s. 81-82). Aynı yönde bkz. OĞUZMAN, s. 120; DURAL, s. 27-28.

<sup>50</sup> Türk hukukunda da uygulamada kimi zaman şeklin dozu o kadar arttırılmıştır ki; ironik biçimde yalnızca şekil eksiklikleri değil, şekil fazlalıkları bile vasiyetnameyi iptal sebebi olarak öne sürülebilmektedir. Neyse ki Yargıtay önüne gelen bir meselede davayı bu yönden reddetmiştir. Yargıtay 3. HD, E. 2012/21142, K. 2013/3991, T. 11.03.2013 (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası). Doktrinde haklı olarak şekil fazlalıklarının geçerliliği etkilemeyeceği yönünde bkz. BREITSCHMID, ZGB Art. 498 Rn. 8. Yazar resmi vasiyetnameler ve sözlü vasiyetnamelerde iki tanık yerine üç tanık bulunmasının başka bir deyişle şekil fazlalığının geçerliliği etkilemeyeceğine işaret etmektedir.

<sup>51</sup> OĞUZMAN, s. 172; DURAL Mustafa / ÖZ Turgut: **Türk Özel Hukuku Cilt IV, Miras Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, s. 221; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 293, 295; ANTALYA Gökhan / SAĞLAM İpek, **Miras Hukuku - Marmara Hukuk Yorumu**, Cilt III, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 289.

<sup>52</sup> LITZENBURGER Wolfgang, in **Beck Online Kommentar BGB**, Hrsg. Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert/Hau, Wolfgang/Poseck, Roman, 53. Edition, München, 2020, § 2084 BGB Rn. 1-5; STÜRNER Rolf, in **Jauernig BGB Kommentar**, 17. Auflage, Beck Verlag, München, 2018, § 2084 BGB Rn. 2-5; LEIPOLD Dieter, in **Münchener Kommentar zum BGB**, 8. Auflage, Beck Verlag, München, 2020, § 2084 BGB, Rn. 80, 81. Aksi görüşte bkz. GRUNDMANN Stefan, “Favor Testamenti: Zu Formfreiheit und Formzwang bei privatschriftlichen Testamenten”, **Archiv für die civilistische Praxis**, 187. Band, Heft 4/5, 1987, s. 429 vd.

ilkesine ilişkin genel hükmün (§ 2084 BGB) lafzı bu yönde bir çıkarım yapılmasına yol açabilir. Bu hükme göre “bir ölüme bağlı tasarrufun *içeriğinin* farklı şekillerde yorumlanması mümkün ise, şüphe halinde onu ayakta tutacak yorum tercih edilmelidir” (§ 2084 BGB). Dikkat edilirse, Alman hukukundaki bu düzenleme ölüme bağlı tasarrufun yalnızca *içeriğinin* yorumlanmasındaki genel ilkeyi belirler, *şekle* ilişkin bir hüküm içermez<sup>53</sup>. İkinci olarak, Alman hukukunda bizde olduğu gibi şekle aykırı vasiyetnamelerin ayakta tutulmasında favor testamenti yaklaşımıyla bir ara rejim olarak kabul edilebilecek *iptal edilebilirlik* yaptırımını düzenlenmemiştir. Ve son olarak bu durum, Alman BGB’nin temelini oluşturan müşterek hukuk döneminde yer almayan el yazılı vasiyetnamelerin geçerli bir vasiyetname türü olarak kabul edilmesinde Alman yasa koyucusunun direngenliğiyle açıklanabilir<sup>54</sup>. Zaten el yazılı vasiyetnameleri zar zor ikna olarak hukuk sistemine dahil eden bir anlayıştan, bir de üstüne üstlük bu el yazılı vasiyetnamenin şekle aykırılığını onu ayakta tutacak şekilde gidermesi beklenemezdi.

Türk hukukunda ise “favor testamenti” ilkesini düzenleyen genel bir hüküm mevcut değildir. Buna karşılık Türk Medenî Kanununun çeşitli hükümlerinde favor testamenti yaklaşımının izlerine rastlanır (TMK m. 504/II, TMK m. 515/III, TMK m. 558/III, TMK m. 577/II). Türk Medenî Kanunu dışında MÖHUK m. 20’de de kanunlar ihtilafı kuralları ölüme bağlı tasarrufu ayakta tutmak için diğer hukukî işlemlerden farklı şekilde düzenlenmiştir<sup>55</sup>. Bu özel düzenlemeler bir kenara bırakılacak olursa, Türk hukukunda “favor testamenti” yaklaşım kendini en çok ölüme bağlı tasarruflara ilişkin *özel hükümsüzlük* rejiminde gösterir<sup>56</sup>. En ağır hukuka aykırılıkları (ehliyet-sizlik ile hukuka ve ahlâka aykırılık - TMK m. 557/I b. 1-3) ve bu arada şekle aykırılığı da *kesin hükümsüzlük* yerine *iptal edilebilirlik* rejimine tabi

<sup>53</sup> Alman hukukunda bu düzenlemenin amacının vasiyetçinin gerçek iradesinin ölümden sonra hayata geçirilmesini amaçladığı ve bu iradenin gerçekliğini güvence altına almak amacıyla yalnızca kanunda öngörülen şekle uygun yapılan vasiyetnamelerin yoruma tabi olacağı kabul edilmektedir (LITZENBURGER, § 2084 BGB Rn. 1-5).

<sup>54</sup> Almanya el yazılı vasiyetnameleri şimdiki şekil unsurlarıyla geçerli bir vasiyetname türü olarak diğer ülkelere nazaran hayli geç bir tarihte, 1938 yılında Testamentgesetz ile kabul etmiştir. Alman hukukunda el yazılı vasiyetnamenin tarihsel süreci hakkında bkz. KOCAYU-SUFPAŞAOĞLU, s.191; DURAL, s. 5 vd.; AKKANAT, s. 800 vd.

<sup>55</sup> Söz konusu hükme göre; ölüme bağlı tasarruflar diğer hukukî işlemler gibi yapıldıkları ülke hukuku ve hukukî işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun maddî hukuk hükümlerinin öngördüğü şekle göre yapılabileceği gibi (MÖHUK m. 7), bunlara ek olarak ölenin millî hukukuna uygun şekilde de yapılabilmektedir (MÖHUK m. 20/IV c. 2).

<sup>56</sup> SEROZAN, s. 283.

tutan bu anlayış “favor testamenti” yaklaşımının kanunla somutlaştırılmış türünden başka bir şey değildir (TMK m. 557)<sup>57</sup>. Kanun koyucu bizatihi kendisi şekle aykırı bir vasiyetnameyi diğer hukukî işlemlerden farklı olarak kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi tutmamakta, onu yalnızca bir *dava* yoluyla kullanılabilir ve dava sonucunda verilecek yenilik doğurucu iptal kararına bağlayarak iptal edilinceye kadar ayakta tutmaya çalışmaktadır. Bunun sonucunda artık hakim önüne gelen bir meselede şekle aykırılığı kesin hükümsüzlükte olduğu gibi re’sen de dikkate alamayacaktır<sup>58</sup>. İşte bu nedenlerle, şekle aykırılığı kesin hükümsüzlük rejimine tabi tutmayan TMK m. 557/I b. 4 kuralı ve ölenin millî hukukuna uygun şekilde yapılan ölüme bağlı tasarrufları geçerli kabul eden MÖHUK m. 20/IV c. 2 kuralı gibi doğrudan şekle ilişkin hükümler ile şekil dışında vasiyetnameyi ayakta tutmaya yarayan diğer hükümler toplu hukukî kıyas yoluyla şekle aykırılıkların da *favor testamenti* ilkesi çerçevesinde değerlendirilmesinin en büyük dayanağını oluştururlar. Değil mi ki şekil kurallarının amacı vasiyetçinin gerçek ve samimi son arzularının hayata geçirilmesidir, o halde onun gerçek ve samimi arzularını yansıttığından emin olunduğu sürece şekil eksiklikleri de vasiyetnameyi ayakta tutacak şekilde yorumlanmalıdır. Böylece vasiyetçinin son arzularının hayata geçirilmesi de tam da kanun koyucunun sıkı şekil kurallarıyla amaçladığı üzere onun iradesine uygun biçimde mümkün olabilecektir<sup>59</sup>.

Esasında ölüme bağlı tasarrufların sıkı şekil şartlarına bağlanması ile *favor testamenti* ilkesi başlangıçta çelişkili gibi görünür. Lâkin ölüme bağlı tasarrufların sıkı şekil şartına tabi tutulmasının altında yatan düşünce, tam olarak da mirasbırakanın iradesinin sağlıklı bir şekilde saptanabilmesine yaradığından aslında son noktada ikisi de aynı amaca hizmet eder. Anayasa-

<sup>57</sup> SEROZAN, s. 283; BREITSCHMID, ZGB Art. 520 Rn. 23.

<sup>58</sup> SEROZAN, s. 284.

<sup>59</sup> DORJEE-GOOD’a göre de özellikle hukukî bilgiden yoksun kişilerin yaptıkları vasiyetnamelerin hayata geçirilmesi için şekil kuralları çok sıkı uygulanmadan *favor testamenti* bir yaklaşım ile ele alınmalıdır (DORJEE-GOOD Andrea, **CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht**, Art. 457-640 ZGB, 3. Auflage, Hrsg. Breitschmid, Peter/Jungo, Alexandra, Schulthess Verlag, Zürich, 2016, ZGB Art. 498 Rn. 6). Ateş de vasiyetçinin amacı tespit edilmekle beraber, onun şekil şartını gereği gibi yerine getirmediğinden şüphe ediliyorsa, şekle ilişkin düzenlemeleri birkaç yönde anlamak imkânı varsa, kanunun amacı izin verdiği ölçüde vasiyetnameyi ayakta tutacak yorumun tercih edilmesi gerektiğini ifade etmektedir (ATEŞ Emir, “Yargıtay Kararları Bağlamında Noterlerin Resmî Vasiyetnamelerden Kaynaklanan Hukukî Sorumluluklarının İrdelenmesi”, **Doktrin ve Uygulama Bağlamında Noterlerin Hukukî Sorumluluğu Sempozyumu**, İstanbul 1-2 Mart 2019, s. 8).

da ifadesini bulan miras bırakma hakkı (AY m. 35/I)<sup>60</sup> ve irade özerkliği de ancak bu yaklaşımla güvence altına alınabilir.

Sonuç olarak katıldığımız görüşe göre *favor testamenti* yaklaşım ölüme bağlı tasarrufların şekline ilişkin kanun hükümlerinin yorumlanmasında da benimsenmelidir<sup>61</sup>. Aksi bir anlayış, vasiyetçinin işlemi bir daha yineleme olasılığı bulunmadığı gözönüne alındığında onun son arzularının yerine getirilememesine yol açar. Böyle bir sonuç mirasbırakanın son arzularına geçerlilik ve işlerlik kazandırılmasını amaçlayan *favor testamenti* prensibiyle bağdaşmaz<sup>62</sup>. *Serozan*, esasında vasiyetnamedeki sıkı şekil şartlarının *favor testamenti* ilkesi ışığında yumuşatılıp yumuşatılmayacağı meselesinin, son noktada yasal mirasçılıkla iradî mirasçılık arasında hangisinin üstün tutulacağı ile ilgili olduğunu ifade etmektedir.<sup>63</sup> Yazara göre hal böyle olunca yasal mirasçılığı önceleyenlerin şekil şartlarını sıkı ve katı biçimde uygulaması, buna karşılık iradî mirasçılığı savunanların şekil şartlarının esnetilmesi gibi bir anlayışı benimsemesi beklenir<sup>64</sup>. Ölüme bağlı tasarruflara ilişkin düzenlemelerin tarihsel sürecine bakıldığında, sözlü ve el yazılı vasiyetnamelerin yasal düzenlemeye kavuşturulması, yasal mirasçıların ve saklı paylı mirasçıların kişi bakımından kapsamının daraltılması ve saklı paylarının azaltılması ve böylece mirasbırakanın tasarruf nisabının genişlemesi, el yazılı vasiyetnamede düzenleme yerinin şekil şartları arasından çıkartılması ve son olarak İsviçre Medenî Kanunu (ZGB Art. 520a) ve Alman Medenî Kanununda (§ 2247 V BGB) düzenleme tarihinin ancak ehliyet ve ölüme bağlı tasarruflarda öncelik-sonralık ilişkisini ilgilendirdiği ölçüde bir geçerlilik şartı olarak görülmesi ibrenin iradî mirasçılığa kaydığının göstergeleridir ve bu nedenle şekil kuralları da bu gelişim evreleri bağlamında *favor testamenti* yaklaşımıyla yorumlanmalıdır<sup>65</sup>. Kanaatimce burada sorun vasiyetçinin gerçek ve samimi iradesinin şüpheye yer vermeyecek şekilde tespit edilmesi

<sup>60</sup> Anayasanın m. 35/I hükmünde geçen miras hakkının, yalnızca mirasçı olma hakkını, yoksa bunun yanında miras bırakma hakkını da içerip içermediği yönünde tartışmalar için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 9 vd.

<sup>61</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 323; SEROZAN, s. 281 vd.; GRUNDMANN, s. 429 vd.; BAYGIN, s. 583; ERGÜNE, s. 291-292; ABT Daniel, **Die Ungültigkeitsklage im schweizerischen Erbrecht unter besonderer Berücksichtigung von Zuwendungen an Vertrauenspersonen**, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel-Genf-München, 2002, s. 139; GÖNEN, s. 22; DORJEE-GOOD, ZGB Art. 498 Rn. 6; ATLI Banu, **Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü ve Hükümden Düşmesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 142.

<sup>62</sup> SEROZAN, s. 318; ERGÜNE, s. 291.

<sup>63</sup> SEROZAN, s. 330.

<sup>64</sup> SEROZAN, s. 330.

<sup>65</sup> SEROZAN, s. 331; BAYGIN, s. 583.

halinde Anayasanın miras bırakma hakkını düzenleyen m. 35/I ve irade özerkliği çerçevesinde onun iradesine üstünlük tanımakla çözümlenmelidir. Bu kabulde, şekil kuralları ne yasal mirasçılarının menfaatine ne de iradî mirasçılar lehine yorumlanabilir; şekil kuralları yalnızca esas amaçları doğrultusunda, yani vasiyetçinin gerçek ve samimi ölümüne bağlı son arzularının hayata geçirilmesi yolunda yorumlanmalıdır<sup>66</sup>.

Bundan başka, özel hukuk ve hatta kamu hukukundaki her türlü hukukî işlemde uygulanan hakkın kötüye kullanılması yasağı (TMK m. 2/II) da favor testamenti yaklaşımıyla vasiyetnameye geçerlilik kazandırma eğiliminin bir diğer dayanağını oluşturur. Bu genel ilkeye göre şekil eksikliğini ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıdığı hallerde, artık bu şekil eksikliği de görmezden gelinebilecektir<sup>67</sup>. İlginçtir Türk içtihatlarında ölümüne bağlı tasarrufların iptali davalarında şekle aykırılığı ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde görüldüğü örneklere çok nadir rastlanır<sup>68</sup>. Bu sonuçta, vasiyetnamenin varması gerekmeyen tek taraflı bir hukukî işlem olmasından kaynaklı olarak şekil eksikliğine bizzat vasiyetçinin kendisinin yol açması etkili olduğu gibi<sup>69</sup>, mahkemelerin vasiyetnamenin şekle ilişkin kurallarını dar yorumlaması da rol oynamış olabilir. Ancak şekle aykırılığa bizzat şekil eksikliğini ileri süren yasal mirasçının yol açması durumunda farklı bir sonuca varılmalıdır. Keza mirasçının şekil eksikliğine bizzat kendisinin yol açmadığı olasılıklarda bile, şekil eksikliği nedeniyle vasiyetnamenin iptali hakkını kullanmak somut olayın özelliklerine göre hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyabilir. Böyle bir olasılık şekil kurallarıyla öngörülen amaca başka araçlarla ulaşılması halinde ve şekil eksikliklerinin vasiyetname dışı olgularla vasiyetçinin iradesinin şüpheye yer bırakmayacak şekilde tespit edilebildiği hallerde karşımıza çıkabilir. Üstelik bu olasılıklarda hakim hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığını re'sen gözetmek zorundadır. Bu yorum tarzı özellikle çalışma konumuz olan dijital vasiyetnamelelerin ve bu vasiyetlerin geçerli kabul edilip edilmemesinde önemli rol oynayacaktır.

<sup>66</sup> Karş. LANGBEIN, s. 491 vd.; ERGÜNE, s. 290.

<sup>67</sup> Aynı yönde bkz. SEROZAN, s. 331. Yazar şekle aykırılığı ileri süren mirasçının şekle aykırılığa kendisi yol açmadığı için bu olgunun genellikle gözden kaçırıldığına işaret etmektedir.

<sup>68</sup> Bu konuda bulabildiğimiz tek örnek de vasiyetnameye değil, miras sözleşmesine ilişkindir. Yargıtay 14. HD., E. 2016/8822, K. 2019/2813, T. 27.03.2019 (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası).

<sup>69</sup> Karş. SEROZAN, s. 331.

## 2. Karşılaştırmalı Hukukta Favor Testamenti Yaklaşımlar

Karşılaştırmalı hukukta dijital vasiyetnamelere favor testamenti yaklaşımıyla geçerlilik kazandırma eğilimi daha ziyade Anglo-Sakson hukukunun egemen olduğu ülkelerde görülmektedir. Bu sonuçta bu ülkelerde insanların daha fazla dijital vasiyetname düzenlemesi ve dolayısıyla bunların uyumsuzluk konusu olması ve içtihat hukukunun yazılı hukuka nazaran hakime daha esnek bir yaklaşım benimseme olanağı bahsetmesinin payı büyüktür.

20. yüzyılın sonlarına doğru Avustralya'nın bazı eyaletlerinde kanunlaşan ve “*dispensing power*” (bağışık tutma yetkisi) adı verilen kural uyarınca, vasiyetçinin vasiyetname yapma iradesi konusunda inandırıcı kanıtlar varsa, önemli bir geçerlilik unsuru olan imza da dahil olmak üzere kanunun aradığı sıkı şekil şartlarının aranmayarak bunların geçerli olacağı kabul edilmektedir<sup>70</sup>. Vasiyetçinin iradesini esas alan bu doktrin uyarınca, mahkeme bu iradenin vasiyetçinin gerçek ve samimi iradesini yansıttığına kanaat getirirse, bunu şekil şartlarından muaf tutarak vasiyetnameyi geçerli sayabilmektedir<sup>71</sup>. Ayrıca mahkemeler, vasiyetçinin iradesini tespit ederken vasiyetname dışı olgulardan da yararlanabilmektedirler.

ABD hukukunda ise mahkemelerin vasiyetnamelerin şekle ilişkin kurallarını, kimi zaman vasiyetçinin gerçek ve samimi iradesini de görmezden gelerek katı ve sert biçimde uygulamalarına tepki olarak 1970'lerde “*substantial compliance*” (maddî gerçeğe uygunluk) doktrini doğmuştur. Esasında özel hukuk ve ceza hukukunun diğer alanlarında uygulama alanı bulan bu doktrinin vasiyetname hukuku alanına taşınması fikri ve bu doktrinin esasları ilk olarak *Langbein*'in 1975 tarihli meşhur “*Substantial Compliance With the Wills Act*” adlı çalışmasıyla ortaya konulmuştur<sup>72</sup>. Vasiyetname hukukunun sıkı şekil kurallarını “*yersiz ve gereksiz*” olarak niteleyen *Langbein*, bu çalışmasında vasiyetnamenin sıkı şekil kurallarının nasıl aşılabileceği fikri üzerinde yoğunlaşmıştır<sup>73</sup>. *Langbein*'a göre vasiyetnamelere ilişkin şekil kuralları lafzına göre değil, amacına göre yorumlanmalıdır. Bu bağlamda

<sup>70</sup> HORTON David, “Wills Without Signatures”, *Boston University Law Review*, Vol. 99, 2019, s. 1631.

<sup>71</sup> HEDLUND Richard: “Introducing a Dispensing Power in English Succession Law”, *Trusts & Trustees*, Vol. 25, No. 7, September 2019, s. 725.

<sup>72</sup> LANGBEIN John H., “Substantial Compliance with the Wills Act”, *Harvard Law Review*, Vol. 88, Issue 3, January 1975, ss. 489-531.

<sup>73</sup> LANGBEIN, s. 489.

vasiyetçinin gerçek vasiyet bırakma iradesinin kanıtlanması ve vasiyetnamenin yazı, el yazısı, imza ve tanık gibi şekil kurallarıyla öngörülen uyarma, koruma, teşhis ve ispat fonksiyonlarının yerine getirilmesi halinde maddî gerçeğe uygun düşen bu vasiyetnameleri geçerli saymamak için hiçbir neden yoktur<sup>74</sup>. Başlangıçta bu doktrini vasiyetname hukuku alanında uygulayan ABD mahkemeleri, daha sonraki içtihatlarında doktrinin uygulama kapsamını oldukça daraltmış ve kanundaki şekil şartlarını taşımayan vasiyetnameleri geçersiz sayma eğilimi tekrar kuvvetlenmiştir<sup>75</sup>. *Langbein*'in oldukça taraftar bulan bu görüşleri daha sonraki yıllarda ABD Uniform Probate Code m. 2-503'de yer alacak olan *harmless error* doktrininin kabul edilmesinde öncü bir rol oynamıştır.

ABD doktrinindeki “*substantial compliance*” ve Avustralya hukukundaki “*dispensing power*” doktrinini devşiren ABD’de de bu yaklaşımı benimseyen ve 1990 yılında revize edilen Amerikan Uniform Probate Code Section 2-503’de yer alan “*harmless error*” (zararsız hata/eksiklik) doktrinine göre Section 2-502’de düzenlenen yazılı ve tanıklı (*alografik*), resmî veya el yazılı (*holografik*) vasiyetnamelerin şekil şartlarını taşımayan vasiyetnameler, vasiyetçinin vasiyetname yapma konusunda ciddi ve inandırıcı kanıtlar olması halinde geçerli bir vasiyetname olarak kabul edilmektedir<sup>76</sup>. Bu doktrinde de vasiyetçinin gerçek iradesinin tespitinde vasiyetname dışı olgulardan yararlanılarak şekil eksiklikleri bertaraf edilebilmektedir. *Harmless error* doktrinini benimseyen eyaletlerde de durum ve koşullara göre imza vasiyetnamenin zorunlu bir unsuru olmayabilmektedir. ABD mahkemeleri birçok olayda dijital vasiyetnameleri bu doktrin vasıtasıyla geçerli saymıştır. Yalnız belirtelim ki 2020 yılı itibarıyla ABD’de yalnızca 11 eyalet bu doktrini uygulamakta, 43 eyalet ya *harmless error* doktrinini uygulamamakta ve Vasiyetname Kanunundaki (Wills Act) vasiyetnamenin sıkı şekil şartlarını halen aramakta ya da *harmless error* doktrinini kısmî olarak uygulamaktadırlar<sup>77</sup>.

Fransız hukuku ve dolayısıyla Kara Avrupası hukuku etkisi altındaki Kanada’nın Quebec Eyaletinde de, kanunda yalnızca el yazılı, resmî ve ta-

<sup>74</sup> LANGBEIN, s. 513 vd.

<sup>75</sup> Harvard Law Review Developments in the Law - More Data, More Problems, s. 1794.

<sup>76</sup> HORTON, Wills, s. 1631; Harvard Law Review Developments in the Law - More Data, More Problems, s. 1794.

<sup>77</sup> HORTON, Wills, s. 1663; Harvard Law Review Developments in the Law - More Data, More Problems, s. 1794.



nıklı vasiyetname yapma imkânı olduğu halde Fransız hukukundan farklı olarak vasiyetnamelerin şekline ilişkin istisna bir hüküm bulunmaktadır. Quebec Medenî Kanununun 714. maddesine göre, el yazılı veya tanıklar huzurunda yapılan vasiyetnameler tam olarak kanundaki şekil kurallarını karşılama bile, vasiyetnamenin şeklin esaslı unsurlarını taşıması ve bunların şüpheye yer vermeyecek ve kesin biçimde vasiyetçinin iradesini yansıttığının tespit edilmesi halinde bunlar geçerli kabul edilmektedir<sup>78</sup>. Kanada'da 1996 tarihinde meydana gelen bir olayda mahkeme vasiyetçinin bilgisayarı vasıtasıyla bir disket (floppy disc) -*bugün kullanılmayan*- üzerine kaydettiği vasiyetnamesini vasiyetçinin iradesini şüpheye yer vermeyecek biçimde yansıttığı gerekçesiyle geçerli kabul etmiştir<sup>79</sup>.

Karşılaştırmalı hukukta vasiyetçinin ölümünden sonra bir daha düzeltmeyeceği, değiştiremeyeceği iradesini güvence altına alan bu doktrinlerin hepsi son noktada vasiyetnamenin *favor testamenti* bir yaklaşımla ayakta tutulmasını amaçlar. Kara Avrupası hukukunda ise bir yasal düzenleme veya muafiyet hükmü olmamakla birlikte, miras hukukunun yorum ilkelerinden *favor testamenti*, vasiyetnameye ilişkin şekil kurallarının amaçlarıyla sınırlandırılması, dürüstlük kuralı ve Anglo-Sakson hukukundaki bu doktrinler tipik şekil eksiklikleri içeren vasiyetnamelere geçerlilik kazandırılmasında pekala bir dayanak oluşturabilirler.

### 3. Fonksiyonel Yaklaşımla Tipik Şekil Eksikliklerinin Aşılması

#### A. Genel Olarak Vasiyetnamelerde Şekil Kurallarının Fonksiyonları

Vasiyetnamelerin tüm hukukî işlemler arasında en sıkı şekil kurallarına tabi olan işlem olduğunu belirtmek herhalde yanlış olmayacaktır. Gerçekten de milyon dolarlık satış sözleşmeleri, onbinlerce liralık kira sözleşmelerinin - *senetle ispatları bir kenara bırakılacak olursa (HMK m. 200)*- geçerliliği şekle tabi değilken, sıradan bir ölüme bağlı arzu bile sıkı şekil şartlarına tabi tutulmuştur. Bunun köklü sebepleri ortadadır. Sağlararası işlemlerden farklı olarak, vasiyetçinin hukukî sonuç doğurmaya yönelik irade açıklaması ilk olarak onun ölümünden sonra sonuçlarını meydana getirir. Hal böyle olunca, onun öldükten sonra değiştiremeyeceği, düzeltmeyeceği, irade açıklamasına ilişkin iddia ve savunmada bulunamayacağı bir gerçeklikte, onun hukukî

<sup>78</sup> <http://www.legisquebec.gouv.qc.ca/en/ShowDoc/cs/CCQ-1991/> (Erişim Tarihi: 10.5.2020).

<sup>79</sup> HIRSCH, s. 856.

işlemden bulunma iradesini taşıyıp taşımadığı, böyle bir irade taşıyorsa bu irade açıklamasının içeriğinin ispatı bakımından belgelenmesi sağlararası hukukî işlemlerden çok daha fazla önem arz eder<sup>80</sup>.

Bu gerekçelerle kanun koyucu vasiyetnamelerin yalnızca kanunda öngörülen sınırlı sayıda şekilde yapılabilmesine imkân tanımıştır. Pozitif hukukumuzda vasiyetnameler, yalnızca resmî, el yazılı ve olağanüstü durumlarda sözlü olarak yapılabilir (TMK m. 531 vd.). Resmî vasiyetnamelerin diğer hiçbir hukukî işlemden görülmeyecek ağır merasim koşullarına bağlanması (TMK m. 532-537), el yazılı vasiyetnamelerin nitelikli yazılı şekil şartına tabi tutulması (TMK m. 538) özünde hep vasiyetçinin gerçek ve samimi iradesinin sağlıklı bir biçimde hayata geçirilmesini amaçlar. Sözlü vasiyetnamelerde bu sıkı şekil kurallarından nispeten ödün verilse de, bunlara da yalnızca olağanüstü durumlarda ve yine kanunun bunlar için aradığı şekil şartlarının yerine getirilmesi koşuluyla geçici karakteri haiz olmak üzere izin verilmiştir (TMK m. 539-541). Resmî ve el yazılı vasiyetnamelerin sıkı şekil kurallarının sözlü vasiyetnamelerde aranmaması ve böylece şeklin fonksiyonlarının hafifletilmesi özünde ölüme bağlı son arzulara duyulan saygının bir yansıması, onları hayata geçirme arzusunun bir tezahürü olarak görülmelidir.

Bir hukukî işlemin şekle tabi kılınmasının altında daima belirli düşünceler yatar. Vasiyetnamelerdeki şekil kuralları da hukukî işleme kesinlik ve açıklık sağlamak, vasiyetçinin ölümünden sonra hukukî sonuçlarını doğuracak tek taraflı bir hukukî işlem olması nedeniyle onu bu işlemi yapmadan önce daha iyi düşünmeye sevk etmek, onu geçici isteklerinden doğabilecek olası sonuçlara karşı korumak (uyarı fonksiyonu), hukukî işlemin gerçekten vasiyetçi tarafından yapıp yapılmadığını belirlemek (teşhis fonksiyonu), irade açıklamasının içeriğini tespit etmek (ispat fonksiyonu) ve onun bu iradesini vasiyetname yapma ehliyetine sahip olduğu bir anda açıkladığını belirlemek gibi fonksiyonlara sahiptir<sup>81</sup>. Bu kuralların tamamı nihayetinde vasiyetçinin gerçek ve samimi iradesini güvence altına almayı amaçlar<sup>82</sup>. Neredeyse şekle tabi olan bütün hukukî

<sup>80</sup> DURAL/ÖZ, s. 62; DORJEE-GOOD, ZGB Art. 498 Rn. 5.

<sup>81</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 156; OĞUZMAN, s. 108; İMRE Zahit / ERMAN Hasan, **Miras Hukuku**, 6. Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2006, s. 69; BREITSCHMID, ZGB Art. 498 Rn. 6; DURAL/ÖZ, s. 62; ERGÜNE, s. 289; BEYER Gerry W. / HARGROVE Claire G., "Digital Wills: Has the Time Come for Wills to Join the Digital Revolution?", **Ohio Northern University Law Review**, No. 33, 2007, s. 878-879; Harvard Law Review Developments in the Law - More Data, More Problems, s. 1793; BODDERY, s. 208 vd.

<sup>82</sup> DORJEE-GOOD, ZGB Art. 498 Rn. 5.

işlemlerde görülen şeklin fonksiyonlarının ölçüsü yapılan hukukî işlemin doğuracağı sonuçlara ve işlemin niteliğine göre farklılık arz eder. Bu fonksiyonların yerine getirilmesi için aranan şekil kurallarının dozajı vasiyetnamelerde en üst noktaya çıkar. Vasiyetnamelerde şeklin teşhis, uyarı ve ispat fonksiyonlarını sağlamak amacıyla diğer hiçbir hukukî işlemde görülmeyecek derecede ağır şekil formaliteleri öngörülmüştür.

Öncelikle vasiyetçi sağlararası işlemlerden farklı olarak sağlığında herhangi bir yüküm altına girmediğinden onun sonradan değiştiremeyeceği ölüme bağlı son arzularının ciddiliğinden emin olunmalıdır (*uyarma fonksiyonu*)<sup>83</sup>. Bu gerekçeyle el yazılı vasiyetnamelerde el yazılı metin ve imza, resmî vasiyetnamelerde ise işlemin resmî memur önünde yapılması ve diğer şekil formaliteleri vasiyetnamenin neredeyse her aşamasında vasiyetçiyi uyarma fonksiyonunu yerine getirirler. Sözlü vasiyetnamelerde ise olağanüstü durumun niteliği gereği şeklin uyarıcı fonksiyonunun eksikliği onun geçiciliğiyle, vasiyetçinin de iradesinden bağımsız olarak kendiliğinden hükümden düşmesiyle kotarılmaya çalışılır (TMK m. 541).

İkinci olarak, vasiyetçinin yine ölümünden sonra kendisinin düzenleyip düzenlemediği ve dolayısıyla onun gerçek ve samimi ölüme bağlı arzularını yansıtıp yansıtmadığı konusunda iddia ve savunmada bulunma olanağı ortadan kalktığından, henüz onun sağlığında bu işlemi bizzat onun yaptığının şüpheye yer vermeyecek derecede tespit edilmesi gereklidir (*teşhis fonksiyonu*). El yazılı vasiyetnamelerde bu fonksiyon vasiyetçinin taklit edilemeyecek davranışsal özelliklerini içeren el yazılı metin ve imza sayesinde sağlanırken, resmî vasiyetnamelerde bu fonksiyon resmî memur ve tanıkların merasime katılmalarıyla güvence altına alınır. Sözlü vasiyetnamelerde ise olağanüstü durumun niteliği gereği el yazılı vasiyetname ve resmî vasiyetname yapma imkânı olmadığından ve onların teşhis kuralları işletilemediğinden bu fonksiyon nispeten daha az güvenli olan tanıklarla sağlanır.

Üçüncü olarak, vasiyetçinin son arzularının ölümünden sonra gerçek ve samimi iradesine uygun biçimde hayata geçirilmesi için onun henüz sağlığında açıkladığı iradesinin belgelenerek bir şekle bürünmesi gerekmektedir (*ispat fonksiyonu*)<sup>84</sup>. Öyle veya böyle, onun son arzularını içeren irade açık-

<sup>83</sup> DURAL/ÖZ, s. 62; İMRE/ERMAN, s. 69; SEROZAN, s. 317-318; ÖZTAN Bilge, **Miras Hukuku**, 7. Bası, Ankara, 2016, s. 188.

<sup>84</sup> İMRE/ERMAN, s. 69; DURAL/ÖZ, s. 62; LANGBEIN, s. 517; SEROZAN, s. 317-318; ÖZTAN, s. 188; FOERSTE, s. 87.

laması henüz sağlığında belgelenmelidir. Türk hukukunda vasiyetçinin son arzularının belgelenmesi özünde *yazılılık* esasına tabidir. Hem resmî vasiyetnamede hem adı üstünde el yazılı vasiyetnamede hem de son kertede sözlü vasiyetnamede<sup>85</sup> onun ölüme bağlı son arzuları hep yazılı şekle büründürülür. Bu yazılı belgeler sayesinde vasiyetçinin son arzularının içeriği de belgelenmiş olur. İşlemin yazılı şekle büründürülmesi vasiyetçiyi sahte vasiyetname yapma ihtimallerine karşı koruduğu gibi, uyuşmazlıkların çözümü bakımından da mahkemelere kolaylık sağlar<sup>86</sup>.

Son olarak, vasiyetçinin bu iradesinin vasiyetname yapma ehliyetine sahip olduğu ve özellikle ayırt etme gücüne sahip olduğu bir anda açıklandığından da emin olmalıdır. Bu amaçla el yazılı vasiyetnamelerde el yazılı düzenleme tarihi (TMK m. 538), resmî vasiyetnamelerde işleme resmî memur ve tanıkların katılımı, resmî memurun vasiyetnameyi tarih koyarak imzalaması (TMK m. 533/III) ve tanıkların ehliyet konusunda şerh düşme zorunluluğu (TMK m. 534/II), sözlü vasiyetnamelerde işleme tanıkların katılımı ve bunların vasiyeti yazıya geçirirken gün, ay, yıl koyma ve ehliyet hususunu şerh etme zorunluluğu öngörülmüştür (TMK m. 540/I).

Tüm bu fonksiyonların hepsi, özünde vasiyetçinin ölümünden sonra sonuç doğuracak son arzularına ilişkin iradesinin onun iradesine uygun olarak hayata geçirilmesine hizmet eder. Bu nedenle vasiyetnamelerin geçerliliği test edilirken daima vasiyetçinin vasiyet bırakma iradesiyle hareket edip etmediği, şayet bu iradeyle hareket etmişse iradesinin neleri içerdiği ve en önemlisi bu iradenin onun tarafından açıklanıp açıklanmadığı ve gerçek ve samimi iradesini yansıtıp yansıtmadığına bakılmalıdır<sup>87</sup>. Şekle ilişkin bu fonksiyonların yerine getirildiğine şüphe bulunmuyorsa, artık bu vasiyetnameyi geçerli saymamak vasiyetçinin gerçek ve samimi iradesini ortaya çıkarmak amacıyla getirilen şekil kurallarının da inkarı anlamına gelir.

---

<sup>85</sup> Kanun koyucu “name” kelimesi yazı anlamına geldiği için sözlü vasiyet (TMK m. 539) terimini tercih etmiştir. Ancak son noktada vasiyetçinin sözlü arzularını içeren beyan içeriğinin tanıklar veya mahkeme tarafından yazılı içeriğe büründürülmesi şart olduğundan bunlar için de sözlü vasiyetname teriminin kullanılmasında bir yanlışlık olmadığı da ifade edilmektedir. Bu konudaki tartışmalar hakkında bkz. KAYAK Sevgi, “Türk Hukukunda Sözlü Vasiyetname”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 58, Sayı 1-2, s. 196-197.

<sup>86</sup> BEYER/HARGROVE, s. 880; HALL, s. 360.

<sup>87</sup> LANGBEIN, s. 491; Harvard Law Review Developments in the Law - More Data, More Problems, s. 1792.

Şekil fonksiyonlarının yerine getirilip getirilmediği, her hukuk kuralında olduğu gibi şekil kurallarının yalnızca lafzıyla değil, amacına göre yorumlanmasını gerektirir. Bu kabulle, Türk Medenî Kanununun şeklî anlamda vasiyetnameler için öngördüğü tipik şekil kurallarının her biri de onların amacı bağlamında değerlendirilmelidir<sup>88</sup>. Aslında Türk Medenî Kanununun 1. maddesi de bu gerçeğe vurgu yapar; kanun yalnız sözüyle değil aynı zamanda özüyle de değindiği bütün konularda uygulanır (TMK m. 1/D). Kanunda yer alan tipik şekil kuralları asla onun öngördüğü amaçlarından soyutlanamaz. Şekil kurallarının öngördüğü amaca göre yorumlanması, sağlanmasında hukukî işlemlerden farklı olarak vasiyetnamelerde daha büyük önem kazanır. Zira vasiyetçinin artık ölümünden sonra hukukî sonuçlarını doğuracak işlem iradesinin şekil kurallarına feda edilmesi halinde, onun gerçek ve samimi iradesine uygun işlemin hayata geçirilmesi olanağı da ortadan kalkar. Bu noktada şekil kurallarının halihazırda zaten vasiyetçinin gerçek iradesinin ortaya çıkarılmasını amaçladığı ve bu nedenle bunlardan taviz verilmesi gerektiği iddia edilebilir. Lâkin kanunun tipik şekil kurallarıyla öngörülen amaca kanunun lafzî olarak aradığı yöntem ve araçlardan başka yöntem ve araçlarla ulaşılmaması halinde de onun son arzularına uygun iradesinin güvence altına alınması mümkün olabilir<sup>89</sup>. Bu durumda vasiyetnamenin tipik şekil kurallarının lafzına göre değil amacına göre yorumlanması, vasiyetçinin son arzularının *-üstelik de kanunun ruhuna uygun bir şekilde-* hayata geçirilmesine imkân tanır. Yeter ki vasiyetnamenin tipik şekil kurallarının fonksiyonları sağlanabilsin.

Dijital vasiyetname ve vasiyetlerin geçerliliği de ilke olarak fonksiyonel bir yaklaşımla değerlendirilmelidir. Dijital ortamda yapılan vasiyetname ve vasiyetler, kanunun öngördüğü tipteki şeklî anlamda vasiyetnamelerin tipik şekil kurallarına uygun olmasa bile, o şekil kuralıyla öngörülen amaca başka bir yoldan ulaşılmamasını sağladığı sürece bunlara da geçerlilik atfetmek gerekir. Hatta teknolojinin insanlara sağladığı imkânlar neticesinde dijital yollardan düzenlenen bu tür ölüme bağlı tasarruflar, kimi zaman kanunun tipik şekil kuralıyla öngördüğü amacın daha sağlam ve etkin gerçekleştirilmesini sağlayabilir<sup>90</sup>. Örneğin, zaman damgası teknolojiyle desteklenmiş bir el yazılı vasiyetname, düzenleme tarihine ilişkin sorunları tamamen ortadan

<sup>88</sup> SEROZAN, s. 331; HIRSCH, s. 902; ANTALYA/SAĞLAM, s. 289; ERGÜNE, s. 290.

<sup>89</sup> SEROZAN, s. 331; LANGBEIN, s. 513 vd.; GRUNDMANN, s. 429 vd.; ERGÜNE, s. 290; ATLI, s. 142.

<sup>90</sup> Harvard Law Review Developments in the Law - More Data, More Problems, s. 1799.

kaldırır. Zaman damgası teknolojisiyle vasiyetçinin el yazılı vasiyetname-  
sindeki geçerlilik şartlarından biri olan düzenleme tarihini hiç yazmaması,  
eksik yazması ve kasten veya sehven hatalı yazması ihtimallerinde gerçek  
vasiyetname tarihini tespit etmekte tereddüt yaşanmayacaktır. Böylece vasi-  
yetçinin en azından sıkça uyuşmazlık konusu olan sürekli ayırt etme gücün-  
den yoksunluğuna ilişkin iddialar daha kolay tespit edilebilecektir.

Sonuç olarak, kanunun vasiyetnamenin şekil kurallarıyla öngördüğü  
amaca başka bir yoldan ve bu arada çalışma konumuz olan dijital yollardan  
ulaşılması halinde bu vasiyetnameleri ve vasiyetleri de kural olarak geçerli  
kabul etmek gerekir. Aksi bir düşünce, sıkı şekil şartları getirilmesinin altın-  
da yatan temel düşünceyi, vasiyetçinin son arzularına ilişkin gerçek ve samimi  
iradesini onun iradesine uygun biçimde hayata geçirmeyi yadsımak  
olur ki; bu da körü körüne şekilciliğe bağlı olmaktan ve maddi gerçeği inkar  
etmekten öte bir anlam taşımaz. Benimsediğimiz bu anlayış favor testamenti  
yaklaşım yanında, bugüne kadar hukukun diğer alanlarında da yargısal içti-  
hatlarla şekle aykırılığı ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılmasının (TMK  
m. 2/II) kabul edilmesindeki temel anlayış ile de uyumludur<sup>91</sup>. Dijital ortam-  
da yapılan ölüme bağlı tasarrufların şekil yönünden değerlendirilmesine  
yönelik bundan sonraki açıklamalarımız da favor testamenti ilkesi ve tipik  
şekil kurallarının amacına göre yorumlanması bağlamında yapılacaktır.

### **B. Dijital Vasiyetnamelerdeki Tipik Şekil Eksikliklerinin Aşılmasında Bir Kriter Olarak El Yazılı Vasiyetnameler ve Fonksiyonları**

Dijital vasiyetnameler ve bu arada yazılı olarak düzenlenmemesi halin-  
de dijital vasiyetlerdeki tipik şekil eksiklerinin aşılmasında el yazılı vasiyet-  
name, şekil kurallarıyla öngörülen amaca ulaşılmasında elverişli bir kıstas  
aracıdır. Zira zahmetsiz, masrafsız, zamana ve olağanüstü bir durumun var-  
lığını gerektirmeden geçerli olarak yapılabilen ve vasiyetçi dışında başka hiç  
kimsenin katılımını gerektirmeyen bu vasiyetname türü, bu özellikleriyle ve  
oluşturulması itibariyle dijital vasiyetnamelere ve vasiyetlere oldukça ben-  
zerlik göstermektedirler. Gerçekten de dijital ortamın vasiyetçiye son arzula-  
rını bizzat kendisinin yazılı olarak beyan etmesine ve görüntü ve ses veya

---

<sup>91</sup> Karş. SEROZAN da ölüme bağlı tasarrufun onu kaleme alanın aidiyeti, onun animus testan-  
di'si tarafından desteklenmişliği, gerçekliği, güncelliği ve içtenliği açıkça saptanabildikçe,  
şekle aykırılığı ileri sürmenin şekil kuralının amacından saptırılmasından ve hakkın kötüye  
kullanılmasından başka bir anlam taşımayacağını ifade etmektedir (s. 331).

salt ses içeren cihazlar aracılığıyla iletmesine olanak vermesi onun el yazılı vasiyetnamelerin şekil şartlarıyla kıyaslanmasının başlıca dayanağını oluşturur.

Pozitif hukukumuzda göre el yazılı vasiyetnamenin yapıldığı yıl, ay ve gün gösterilerek başından sonuna kadar mirasbırakanın el yazısıyla yazılmış ve imzalanmış olması zorunludur (TMK m. 538/I). Bu şekil unsurlarının her biri vasiyetçinin son arzularının onun gerçek ve samimi iradesine uygun biçimde hayata geçirilmesini amaçlar. Dijital vasiyetnamelerin ve vasiyetlerin geçerli sayılıp sayılmamasında, oluşturuluş biçimindeki benzerlik itibarıyla el yazılı vasiyetnamenin şekle ilişkin kurallarının fonksiyonları kriter olarak ele alınabilir. El yazılı vasiyetnamenin şekil kurallarıyla öngörülen amaca ulaşılması halinde aşağıda ayrıntılı olarak açıklayacağımız üzere bunlar geçerli olarak kabul edilmelidir<sup>92</sup>.

#### a. El Yazılı Metnin Fonksiyonları

El yazılı metin; vasiyetçinin ölüme bağlı tasarrufunun içtenliği ve ciddiliğini tespit edebilmek amacıyla vasiyetçiyi uyarma fonksiyonunu<sup>93</sup>, başından sonuna kadar bizzat vasiyetçinin davranışsal özelliklerini taşıyan el yazısıyla yazılması nedeniyle onun kimliğini teşhis fonksiyonunu<sup>94</sup> ve yine bizzat vasiyetçinin iç iradesindeki ölüme bağlı son arzularının yazılı olarak dış dünyada büründüğü biçim itibarıyla de vasiyetçi öldükten sonra bile vasiyet içeriğini ispat fonksiyonunun<sup>95</sup> yerine getirilmesini sağlar. El yazılı metin, vasiyetçiyi aslında sonuç doğurmasını istemediği bir işlem yapmadan önce onun uyarılmasını sağlar. Zira vasiyetnamelerde kişi sağlararası işlemlerden farklı olarak herhangi bir borç altına girmediği için daha rahat hareket eder, son arzularını düşüncesizce ve sorumsuzca açıklama olasılığı vardır. Bu yüzden onun gerçek, samimi ve ciddi iradesinin tespiti bakımından el yazılı metin önemli bir fonksiyona sahiptir<sup>96</sup>. El yazılı metin sayesinde vasiyetçi son arzuları üzerinde daha fazla düşünür, onları tasarlar, kurgular ve

<sup>92</sup> GRUNDMANN, s. 447. Yazar, el yazılı vasiyetnamenin şekil kurallarıyla amaçlanan hedefe ulaşılması halinde tipik şekil kurallarını içermese bile her türlü vasiyetnamenin geçerli sayılması gerektiğini ifade etmektedir.

<sup>93</sup> SEROZAN, s. 327.

<sup>94</sup> OĞUZMAN, s. 119; ÖZTAN, s. 171; ANTALYA/SAĞLAM, s. 171; ABT, s. 148; ERGÜNE, s. 299.

<sup>95</sup> ABT, s. 154; HIRSCH, s. 899.

<sup>96</sup> SEROZAN, s. 317-318; LANGBEIN, s. 495.

böylece iradesine uygun bir hukukî sonuç doğacağından emin olunması sağlanır. Gerçi vasiyetname varması gerekli olmayan tek taraflı bir hukukî işlem olduğu ve güveni korunmaya değer bir muhatabı olmadığı için vasiyetçi tarafından ölünceye kadar her zaman, sebepsiz ve gerekçesiz olarak geri alınabilir. Bu yüzden vasiyetnamelerde el yazılı metnin uyarıcı bir fonksiyonu olmadığı da iddia edilir<sup>97</sup>. Lâkin böyle bir yorum tarzı vasiyetçinin kendi yazmadığı bir metni okumadan imzalaması ve ölmeye önce geri alma beyanında bulunmayı ihmâl ettiği durumlarda vasiyetçinin gerçek ve samimi iradesini içermeyen hukukî sonuçların doğmasına sebep olabilir. Dolayısıyla resmî vasiyetnamedeki ağır merasim koşullarında da esasında amaçlandığı gibi, el yazılı metin vasiyetçinin ölüme bağlı son arzuları üzerinde acele etmeden karar vermesini ve vasiyet bırakma iradesinin ciddiyetle ortaya konulmasını sağlar. Resmî vasiyetnamelerde bu fonksiyonu işlemin resmî memur ve tanıklar önünde belirli merasim koşullarına göre yapılması sağlarken, el yazılı vasiyetnamelerde bir başına el yazılı metin bu fonksiyonu yerine getirir. Üstelik resmî vasiyetnamelerden farklı olarak, tevdi zorunluluğunun da olmaması sebebiyle o, vasiyetname yaptığını ve bunun içeriğini ölünceye değin gizli tutma imkânına da sahip olur.

El yazılı metin, uyarı fonksiyonu dışında vasiyetçinin kimliğini teşhis fonksiyonunu da bir başına yerine getirir<sup>98</sup>. Bu vasiyetname türünde vasiyetçinin kimliğini teşhis için ne imzasına ne resmî memura ne kimlik belgesine ne tanıklara ne de herhangi başka birine ihtiyaç duyulur. Vasiyetçi bizzat kendi davranışsal özelliklerini taşıyan ve taklit edilmesi imkânsız el yazısıyla işlemi kendisinin yapıp yapmadığına ilişkin şüpheleri de daha sağlıklı ortadan kaldırır ve ölümünden sonra bile kimliğinin teşhis edilmesi böylece güvence altına alınır.

El yazılı metin, uyarı ve teşhis fonksiyonları yanında ayrıca vasiyetçinin ölümünden sonra denetleme olanağının kalmadığı hukukî işlemin yapıp yapılmadığı ve içeriğinin ispatı fonksiyonunu da yerine getirir<sup>99</sup>. Vasiyetçinin son arzularını içeren gerçek ve samimi iradesi de bu yolla daha onun sağlığında ve onun tarafından belgelenmiş olur. Hukuk düzenlerinde kural

---

<sup>97</sup> GRUNDMANN, s. 448-449.

<sup>98</sup> OĞUZMAN, s. 119; ÖZTAN, s. 171; GRUNDMANN, s. 450-451; ANTALYA/SAĞLAM, s. 171; ABT, s. 148; ERGÜNE, s. 299.

<sup>99</sup> SEROZAN, s. 318; LANGBEIN, s. 495; GRUNDMANN, s. 449-450; BEYER/HARGROVE, s. 877.



olarak sözlü vasiyetlere bir geçerlilik atfedilmemesinin altında yatan düşünce de esasında onların ispat fonksiyonunu vasiyetçinin gerçek ve samimi iradesinin sağlıklı biçimde ortaya çıkaracak bir şekilde yerine getirememesinden ve böylece sahteliğe elverişli hale gelmesinden kaynaklanır<sup>100</sup>. Bazı sağlararası hukukî işlemlerde olduğu gibi bunların varlığının ve içeriğinin tanıkla ispatına cevaz verilemez.

Dijital vasiyetnameler ve bu arada sözlü olarak yapılması halinde vasiyetler genel olarak bu fonksiyonlar yönünden değerlendirildiğinde bunların yapılış şekline göre el yazılı metnin uyarma, teşhis ve ispat fonksiyonlarını yerine getireceği söylenebilir. Biyometrik el yazılı metnin yazılış tarzı itibarıyla uyarma, vasiyetçinin davranışsal özelliklerini taşıması nedeniyle teşhis ve dijital ortamda kaydedilebilip saklanabilme özelliği nedeniyle de ispat fonksiyonlarının tamamını<sup>101</sup>; görüntülü ve sesli vasiyetlerin ise kişinin ses ve görüntüsünün onun fiziksel ve davranışsal özelliklerini içermesi itibarıyla teşhis ve bunların da dijital ortamda kaydedilip saklanabilme özelliği nedeniyle ispat fonksiyonlarını *asgarî* el yazılı vasiyetnamelerde olduğu kadar ve hatta kimi durumlarda onlardan da fazla sağladığına şüphe yoktur. Görüntülü ve sesli vasiyetlerde, vasiyetçiyi uyarma fonksiyonunun bir el yazılı metin kadar yerine getirilip getirilmediği ise tartışmalı olmakla birlikte, somut olayın özelliklerine göre bu fonksiyonun da yerine getirildiği kabul edilebilir<sup>102</sup>. Bunlarda vasiyetçinin vasiyet bırakma iradesinin içeriği tıpkı el yazılı metinde olduğu gibi rahatlıkla tespit edilebilir. Dolayısıyla el yazılı metnin uyarı fonksiyonu üzerindeki tereddütler giderildiğinde, bunlar ile el yazılı vasiyetnameler arasındaki temel fark, ölüme bağlı tasarruf içeriğinin dış dünyada büründüğu şekilden başka bir şey değildir. Buna karşılık aşığıda da ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz üzere güvenli elektronik imzalı vasiyetnamelerde elektronik metnin el yazılı metnin fonksiyonlarını yerine getirmedeği söylenebilir<sup>103</sup>.

#### b. El Yazılı İmzanın Fonksiyonları

El yazılı vasiyetnamenin bir diğer zorunlu şekil unsuru vasiyetçinin el yazılı imzasıdır. El yazılı vasiyetnamelerde imzanın başlıca fonksiyonlarının

---

<sup>100</sup> BEYER/HARGROVE, s. 875.

<sup>101</sup> Bu konu hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. aşığa. IV. 1. D.

<sup>102</sup> Bu konu hakkındaki açıklamalarımız için bkz. aşığa. IV. 2. B. c.

<sup>103</sup> Bu konu hakkında bilgi için aşığa. IV. 1. C.

vasiyetçiyi uyarma<sup>104</sup>, kimliğini teşhis<sup>105</sup> ve belki de en önemlisi vasiyetname projesinden ayırma<sup>106</sup> fonksiyonlarıdır. Öte yandan bu fonksiyonlar yanında imzanın metni kapatma- sonuçlandırma fonksiyonlarını da sağladığı ve kural olarak metnin en altında yer alması gerektiği kabul edilir<sup>107</sup>.

El yazılı imza sayesinde el yazılı metinden sonra vasiyetçi vasiyet yapma iradesinin varlığı ve onun içeriği bakımından bir kez daha uyarılır. Böylece vasiyetçinin vasiyet bırakma iradesinin ciddiliği son kez test edilir ve el yazılı imza uyarma fonksiyonunu yerine getirir. Buna karşılık el yazılı imza, adi yazılı sözleşmelerdeki imzanın fonksiyonundan farklı olarak teşhis fonksiyonunun sağlanmasında mutlak bir etkiye sahip değildir<sup>108</sup>. Zira el yazılı vasiyetnamede metnin el yazılı olma koşulu halihazırda teşhis fonksiyonunu zaten yerine getirmektedir<sup>109</sup>. Lâkin vasiyetname metninin bir başkası tarafından yazılması veya dijital ortamda üretilmesi halinde imza yine de teşhis fonksiyonunu yerine getirir. Zira böyle bir durumda imza, vasiyetçinin davranışsal özelliklerini taşıyan tek unsur olması nedeniyle vasiyetçinin kimliğini teşhise yarar. Bu ihtimalde imza teşhis fonksiyonunu yerine getirdiği ve fakat uyarı fonksiyonu eksik kaldığı için *iptal edilebilir* bir vasiyetname

<sup>104</sup> LANGBEIN, s. 495; DORJEE-GOOD, ZGB Art. 505 Rn. 8.

<sup>105</sup> LANGBEIN, s. 518; SEROZAN, s. 327; WEIMAR Peter, Die gesetzlichen Erben; Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen, Art. 457-516 ZGB, **BK - Berner Kommentar**, Band/Nr. III/1/1/1, Bern, 2009, ZGB Art. 505, Rn. 22; DORJEE-GOOD, ZGB Art. 505 Rn. 8.

<sup>106</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 156; OĞUZMAN, s. 108; İMRE/ERMAN, s. 69; EREN Fikret / YÜCER AKTÜRK İpek, **Türk Miras Hukuku**, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 223; LANGBEIN, s. 495, 518; DURAL, s. 68; KÖPRÜLÜ Bülent, **Miras Hukuku Dersleri**, 2. Bası, İstanbul Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1985, s. 156-157; ANTALYA/SAĞLAM, s. 176; GRUNDMANN, s. 452-453; WEIMAR, ZGB Art. 505 Rn. 22; DORJEE-GOOD, ZGB Art. 505 Rn. 8.

<sup>107</sup> LANGBEIN, s. 493; SEROZAN, s. 327; WEIMAR, ZGB Art. 505 Rn. 22-24. Lâkin doktrinde imzanın metni örtme, kapatma, sonuçlandırma fonksiyonunun olmadığı, zira vasiyetçinin halihazırda imza attıktan sonra da vasiyetname yaptığı belge üzerinde olanak olduğu ölçüde eklemeler yapılabileceğine işaret edilmektedir (GRUNDMANN, s. 452). GRUNDMANN'ın bu görüşüne katılmakla birlikte, vasiyetnamenin dijital ortamda biyometrik dijital imza ve elektronik imzayla oluşturulduğu durumda dijital veri üzerinde sonradan ekleme ve değişiklik yapılması imkânsız kılındığından bu ihtimallerde imzanın sonuçlandırma fonksiyonuna sahip olduğu söylenebilir. Hatta elektronik imzalı vasiyetnamelerde dijital ortamda oluşturulmuş metin üzerinde hiçbir şekilde ekleme ve değişiklik yapılamaması nedeniyle bunlarda imza, gerçek anlamda ve kesin olarak sonuçlandırma fonksiyonunu sağlamaktadırlar.

<sup>108</sup> El yazılı (holografik) vasiyetnamelerin tersine bizim hukukumuzda kabul edilmeyen alografik vasiyetnameler için ise imza vasiyetçinin davranışsal özelliklerini taşıyan tek unsur olduğundan teşhis fonksiyonu bakımından hayatî bir öneme sahiptir.

<sup>109</sup> GRUNDMANN, s. 451.

niteliği taşır. Bu da son noktada imzanın vasiyetnamelerde de teşhis fonksiyonunun önemini gösterir.

El yazılı imzanın en önemli fonksiyonu hiç şüphesiz onu vasiyetname projesinden ayırma fonksiyonudur<sup>110</sup>. İmza, vasiyetçinin vasiyet bırakma iradesinin en önemli göstergesidir. Gerçekten de tek başına el yazılı metin her ne kadar uyarma, teşhis ve ispat fonksiyonlarını yerine getirirse de son noktada vasiyetçinin bunların içeriğini onaylaması, doğrulaması, gerçek anlamda bir vasiyet bırakma iradesinin varlığı imzayla tescillenir<sup>111</sup>. Dolayısıyla imza içermeyen bir vasiyetname, vasiyetçinin vasiyet bırakma iradesini (animus testandi) içermediğinden ötürü kural olarak yokluk yaptırımına tabidir<sup>112</sup>. Bunların bir iptal davasıyla iptal edilmesi bile gerekmez, olsa olsa yokluğu bir tespit davasıyla kanıtlanabilir. Yalnız vasiyetçinin vasiyet bırakma iradesinin tereddütsüz çıkarılabildiği ve fakat imzalama eylemini yerine getiremediği bazı istisnaî hallerde imzanın eksikliği de tolere edilir. İmza içermeyen vasiyetnamelerin geçerliliği üzerine yaptığı bir çalışmasında *Horton* bu konuyu ayrıntılı biçimde incelemiştir. Yazar tarafından ortaya atılan momentum teorisine (*momentum theory*) göre, henüz vasiyetçi tarafından imzalanmamış bir vasiyetnamenin sonradan onun tarafından imzalanacağı kesin olarak kabul edilebiliyorsa, bu vasiyetname imza eksikliğine rağmen geçerli sayılarak ölenin son arzuları yerine getirilmelidir<sup>113</sup>. Yalnız bu teoriye göre vasiyetçinin vasiyetnameyi imzalama olanağı olduğu halde ve buna rağmen vasiyetnameyi imzalamadığı durumlarda bu vasiyetnamenin geçerli sayılmasına olanak yoktur.<sup>114</sup>

<sup>110</sup> LANGBEIN, s. 495, 518; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 156; DURAL, s. 34; EREN/YÜCER AKTÜRK, s. 223; GRUNDMANN, s. 452-453; DORJEE-GOOD, ZGB Art. 505 Rn. 8.

<sup>111</sup> İmzayı vasiyetçinin vasiyet bırakma iradesinin varlığı ve dolayısıyla vasiyetnamenin olmazsa olmaz bir koşulu olarak gören *LANGBEIN* bu nedenle imzaya ilişkin şekil koşulunun lafzi yorumu dışında bir yoruma elverişli olmadığını ifade etmektedir (s. 518). Lâkin kanaatimce dijital ortamda imzanın tüm fonksiyonlarını yerine getirecek vasiyetnameler veya vasiyetler bakımından imza koşulu da *favor testamenti* yaklaşımıyla lafzi yorum dışında, amacına göre de yorumlanmaya uygundur.

<sup>112</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 349; HATEMİ Hüseyin, **Miras Hukuku**, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 91; BREITSCHMID, ZGB Art. 520 Rn. 23; ERGÜNE, s. 269-270. İmza eksikliğinin kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacağı yönünde bkz. ÖZTAN, s. 239.

<sup>113</sup> Bu teori hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. HORTON, Wills, s. 1663 vd. *LANGBEIN* da vasiyetçinin tanıklar huzurunda eline kalemi alıp tam vasiyetnameyi imzalayacağı sırada üçüncü bir kişinin kurşunuyla öldürülmesi ve vasiyetçinin kalp krizi geçirerek ölmesi halinde bunun imzalanmış sayılması gerektiğine işaret etmektedir (s. 518).

<sup>114</sup> HORTON, Wills, s. 1638.

Dijital ortamda yapılan yazılı vasiyetnamelerde biyometrik imzanın tüm bu fonksiyonları yerine getirdiği kabul edilebilir ise de, güvenli elektronik imzalı vasiyetnamelerin uyarma, teşhis ve vasiyetname projesinden ayırma fonksiyonlarını yerine getiremediği görülür. Buna karşılık görüntülü ve sesli vasiyetler, teknik olarak kanunun aradığı anlamda el yazılı bir imzaya niteliği gereği elverişli değildir<sup>115</sup>. Lâkin bu vasiyetlerde de el yazılı imzanın fonksiyonlarını görece alternatif yöntemler kullanılarak bunların da el yazılı imzanın gördüğü fonksiyonları sağlaması pekala mümkün olabilir<sup>116</sup>.

#### c. El Yazılı Düzenleme Tarihinin Fonksiyonları

El yazılı vasiyetnamenin bir diğer şekil şartı ise, el yazılı düzenleme tarihidir. Kanuna göre düzenleme tarihi vasiyetçinin kendi el yazısıyla gün, ay, yıl belirtilerek yazılmalıdır (TMK m. 538/I). El yazılı düzenleme tarihi, vasiyetçinin vasiyetname yaptığı tarihte vasiyetname yapma ehliyetini haiz olup olmadığının ve yine vasiyetçinin birden fazla vasiyetname yapması halinde vasiyetçinin bunlardan hangisinin son arzularını yansıttığının tespit edilmesine yarar. Bir şekil şartı olarak el yazılı düzenleme tarihinin bunlardan başka bir fonksiyonu yoktur. Bu nedenle el yazılı düzenleme tarihine ilişkin şekil kuralı öngördüğü bu amaçlarla sınırlandırılmalıdır. Nitekim karşılaştırmalı hukukta Almanya ve Türk Medenî Kanunumuzu iktibas ettiğimiz İsviçre’de bunların yorum yoluyla sınırlandırılmasıyla yetinilmemiş, bu sınırlamalar kanunlaştırılarak (§ 2247 V BGB, ZGB Art. 520a) pozitif hukukun bir parçası haline gelmiştir. Türk doktrininde de düzenleme tarihine ilişkin şekil şartının karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemelerde olduğu gibi amacına uygun şekilde yorumlanması gerektiği neredeyse oybirliğiyle kabul edilmektedir<sup>117</sup>. Aslında karşılaştırmalı hukuktaki bu düzenlemeler ve doktrin bu yöndeki görüşleri favor testamenti yaklaşımının da desteğiyle şekil kurallarının yalnızca fonksiyonuyla sınırlı olarak yorumlanmasının tipik bir örneğidir. Aynı yorum tarzının el vasiyetnamelerin diğer şekil kuralları bakımından da benimsenmesinde hiçbir engel yoktur; olmamalıdır. Böylece

<sup>115</sup> Gerçi görüntülü vasiyetlerde vasiyetçi sözle ifade ettiği son arzularını içeren görüntü kaydının üzerine bir program aracılığıyla biyometrik imzasını da atabilir. Böyle bir durumda el yazılı vasiyetnameler için öngörülen diğer fonksiyonların da yerine getirilmesi şartıyla bunlar geçerli kabul edilebilir.

<sup>116</sup> Bu konu hakkında ayrıntılı açıklamalarımız için bkz. IV. 2. B. c.

<sup>117</sup> DURAL/ÖZ, s. 86; EREN, s. 73; SEROZAN, s. 324-325; BREITSCHMID, ZGB Art. 498 Rn. 5; ÖZTAN, s. 206; HATEMİ, s. 90; ERGÜNE, s. 302-303. Amerikan hukukunda aynı yönde bkz. HIRSCH, s. 886.

düzenleme tarihi yalnızca vasiyetname yapma ehliyetine veya birden fazla vasiyetname olması halinde bunlardan hangisinin geçerli olacağına ilişkin bir uyuşmazlık çıkması halinde dikkate alınacaktır. Yalnız böyle bir ihtimalde dahi düzenleme tarihinin vasiyetnamede el yazılı olarak hiç belirtilmemesi, eksik belirtilmesi veya kasten veya sehven hatalı olarak belirtilmesi halinde, düzenleme tarihi tanık dahil vasiyetname dışı olgularla tamamlanabilir<sup>118</sup>.

Dijital vasiyetnamelerde ise düzenleme tarihi vasiyetçi tarafından dijital ortamda düzenlenen yazılı vasiyetname veya görüntülü ve sesli vasiyette vasiyetçi tarafından bizzat belirtilebileceği gibi, bunun ölüme bağlı tasarruf içeriğinde hiç belirtilmediği, eksik belirtildiği veya kasten veya sehven hatalı olarak belirtildiği durumlarda bile dijital verinin oluşturulduğu tarih adli bilişim uzmanları tarafından imkânsız yakın olarak saptanabilir. Zaman damgası teknolojisiyle desteklenmiş bir vasiyetname, düzenleme tarihine ilişkin tereddütleri neredeyse kesin olarak ortadan kaldırır. Hatta bunlar gün, ay, yıl yanında vasiyetnamenin yapıldığı saat, dakika ve hatta saniyeyi de içermesi nedeniyle ayırt etme gücünün geçici olarak kaybedildiği durumlarda da vasiyetname yapma ehliyetinin tespitinde rol oynayabilirler. Dolayısıyla dijital vasiyetnameler ve vasiyetler, düzenleme tarihinin kesin olarak saptanabilmesine imkân tanınması nedeniyle, vasiyetçinin gerçek ve samimi iradesini yansıtmayı yansıtmadığı noktasında el yazılı vasiyetnamelerden çok daha öndedir.

### C. Ara Sonuç

Vasiyetname için öngörülen sıkı şekil kuralları bunların amacından bağımsız düşünülemez. Favor testamenti yaklaşım da bunu destekler<sup>119</sup>. Şekil kurallarıyla öngörülen amaca başka yollardan, başka araçlarla ulaşılması halinde artık tipik şekil kuralları, ölenin son arzuları karşısında geri çekilebilmelidir<sup>120</sup>. Nitekim vasiyetnamede şekil kuralları da nihaî olarak, onun ölümünden sonra değiştirip düzeltmeyeceği, hakkında iddia ve savunmada bulunamayacağı gerçek ve samimi iradesinin ortaya çıkarılmasına hizmet

<sup>118</sup> Böyle bir anlayışın ima teorisiyle de çelişmeyeceği yönünde ERGÜNE, s. 304; SEROZAN, s. 324. Aksi yönde bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 208-209; OĞUZMAN, s. 120-121; İMRE/ERMAN, s. 72-73.

<sup>119</sup> BREITSCHMID, ZGB Art. 498 Rn. 5.

<sup>120</sup> SEROZAN, s. 331; ERGÜNE, s. 290; ATLI, s. 142. Amerikan hukukunda aynı yönde bkz. LANGBEIN, s. 513 vd. Alman hukukunda aynı yönde bkz. GRUNDMANN, s. 429 vd.

eder. O halde, kanunun bu amaçla öngördüğü tipik şekil kurallarının her birine ilişkin fonksiyonların yerine getirildiği durumlarda bunlar tıpkı tipik şekil kurallarına uygun yapılmışçasına geçerli sayılmalıdır. Aksi bir düşüncenin kabulü, tipik şekil kurallarında ısrar edilmesi, kanunun şekik kurallarıyla öngördüğü amacın dışına çıkılarak vasiyetçinin son arzularının hayata geçirilememesine neden olur. Vasiyetname şekil hukukunda Alman BGB § 2247 V ve İsviçre ZGB Art. 520a'nın el yazılı düzenleme tarihine ilişkin şekil şartının amacına uygun sınırlandırılması da bu görüşümüzü destekler.

Dijital ortamda yapılan yazılı vasiyetnameler ve görüntü ve sesli vasiyetlerin de şekle uygunluğu bu bağlamda değerlendirilmelidir. Dijital ortamda yapılan bu tür ölüme bağlı tasarrufların geçerliliği tüm bu çalışma boyunca savduğumuz fonksiyonel yaklaşımla ele alınmalıdır. Ölüme bağlı tasarrufun kanunun öngördüğü sınırlı sayıda şekilde düzenlenmemesi onun geçersizliğine bir kanıt olarak öne sürülemez. Dijital ölüme bağlı tasarrufların kanunda öngörülen şekil kurallarının fonksiyonlarını içermesi halinde geçerli olarak kabulü sınırlı sayı ilkesini ihlal etmez. Zira aslında tipik şekil kurallarının kendisini değil ve fakat fonksiyonlarını yerine getirerek hayat kazandırılan dijital ölüme bağlı tasarruflar tam da sınırlı sayı ilkesinin öngördüğü amaçların gerçekleştirilmesini sağlar. Bu bağlamda dijital ortamda yapılan ölüme bağlı tasarruflar, özellikle el yazılı vasiyetnameyle öngörülen şekil kurallarının asgarî fonksiyonlarını yerine getirdiği ölçüde geçerli kabul edilmelidir<sup>121</sup>. Uyarı, teşhis ve ispat fonksiyonlarının yerine getirilmesi halinde bunların sınırlı sayıda düzenlenen vasiyetname türlerinden *yegane* farkı, vasiyetçinin iradesini dışı vurduğu *yöntem ve araçlarda* olacaktır.

Vasiyetçinin gerçek ve samimi iradesinin ortaya çıkarılmasında tipik şekil kurallarındaki yöntem ve araçların kullanılmaması ve fakat bunların fonksiyonlarının yerine getirilmesi halinde, bunların geçersizliğine ilişkin iddialar, *favor testamenti* yaklaşımıyla da desteklenerek hakkın kötüye kullanılması yasağıyla savuşturulmalıdır (TMK m. 2/II)<sup>122</sup>. Yasal mirasçının şekil kurallarıyla öngörülen amaçların gerçekleştiği dijital ölüme bağlı tasarrufların geçersizliğini ileri sürmesi halinde, şekle aykırılığa bizzat vasiyetçinin

---

<sup>121</sup> Özel olarak dijital ortamda yapılan ölüme bağlı tasarruflardan bahsetmemekle birlikte el yazılı vasiyetnamelerin şekil kurallarıyla öngörülen fonksiyonlarını karşılayan tüm vasiyetnamelerin *favor testamenti* yaklaşımıyla geçerli kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. GRUNDMANN, s. 447-448.

<sup>122</sup> Dijital ölüme bağlı tasarruflardan özel olarak bahsetmemekle birlikte aynı yönde bkz. SEROZAN, s. 331.

kendisinin yol açması, şekle aykırılığı ileri süren yasal mirasçının şekle aykırılığın ortaya çıkmasında bir dahli olmaması gibi argümanlar da onun hakkını (geçersizliği ileri sürme ve çoğu durumda iptal hakkı) kötüye kullanmadığı anlamında yorumlanmamalıdır<sup>123</sup>. Kanun koyucu özel hukuk ve hatta kamu hukukundaki her türlü hukukî işlemde uygulanan hakkın kötüye kullanılması yasağına (TMK m. 2/II) vasiyetnamelerdeki şekil kuralları bakımından bir istisna getirmiş değildir. Elbette vasiyetçinin ölümünden sonra hukukî sonuçlarını meydana getirecek vasiyetnamenin sıkı şekil kuralları, bunların sağlararası işlemlerdeki şekil kurallarına nazaran dar yorumlanmasını gerektirir. Keza şekle aykırılığı ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde sayılıp sayılmayacağı da özellikle vasiyetçinin vasiyet bırakma iradesinin varlığını ve içeriğini tespit bakımından olağan dışı yöntemle yapılmış bu ölüme bağlı tasarrufların titizlikle incelenmesini gerektirir. Her olayda hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığı ise hakim tarafından re'sen gözetilir. Şekil kurallarındaki dar ve lafzî yorum tarzı, vasiyetçinin vasiyet bırakma iradesinin tereddütsüz çıkarılabildiğı somut olaylarda ve bu arada dijital ölüme bağlı tasarruflarda, *favor testamenti* yaklaşım ve dürüstlük kuralının da desteğiyle tipik şekil eksikliklerine rağmen şeklin fonksiyonlarının test edilerek iradenin ve içeriğinin tespit edilmesi yoluyla vasiyetçinin gerçek ve samimi son arzularının hayata geçirilmesi yolunda geri çekilmelidir.

Bu ön kabullerle dijital vasiyetname ve vasiyetlerin şekle uygunluğunun değerlendirilmesinde, hiç şüphesiz birinci sacayağını “favor testamenti” desteğiyle *fonksiyonel yaklaşım* oluştururken, ikinci sacayağını da dürüstlük kuralı (TMK m. 2) oluşturacaktır. Dolayısıyla kanunun vasiyetname için öngördüğü tipik şekil kurallarıyla güdülen amaca, dijital yöntem ve araçlarla ulaşılmaması halinde bunlar da geçerli kabul edilmelidir. Pozitif hukukumuzun şekle ilişkin kuralları fonksiyonel yaklaşım ile vasiyetnamenin ayakta tutulmasına engel değil, bilakis dayanak oluştururlar. Karşılaştırmalı hukukta da dijital vasiyetname ve vasiyete ilişkin şekil sorunları, *-her ne kadar hukuk kurallarının ve ilkelerinin adı farklı olsa da-* genellikle bu ilkeler çerçevesinde çözülmeye çalışılmıştır. Yalnız fonksiyonel yaklaşımın da ötesine geçerek vasiyetnameyi ayakta tutmaya çalışan Avustralya hukukunda “*dispensing power*” ve Amerikan hukukundaki “*harmless error*” doktrinleri, bizim hukukumuzda yalnızca *hakkın kötüye kullanılması yasağı* (TMK m.

---

<sup>123</sup> SEROZAN, s. 331.

2/II) bağlamında karşılık bulurlar. Pozitif hukukumuzdaki şekil kurallarının fonksiyonlarını içermeyen vasiyetnamelerde ve vasiyetlerde, vasiyetçinin gerçek ve samimi iradesinin ortaya çıkarılması amacıyla bu konuda oldukça dikkatli davranılmalı, bu tür ölüme bağlı tasarruflarda vasiyetçinin gerçek ve samimi iradesi tereddütsüz biçimde ortaya çıkarılmadıkça hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulama alanı da daraltılmalıdır.

Bu arada belirtelim ki dijital vasiyetnamelerin bir kanunla düzenlendiği hallerde bile vasiyetnamelerin geçerliliği bu temel ilkelerden bağımsız düşünülemez. Yapılış tarzına ve yapılışında kullanılan araçlara göre dijital vasiyetnamelerin ve vasiyetlerin geçerli olup olmadığı genel olarak benimsediğimiz *favor testamenti* destekli *fonksiyonel yaklaşım* ve *dürüstlük kuralı* doğrultusunda değerlendirilmelidir.

#### **IV. DİJİTAL ORTAMDA YAPILAN VASİYETNAME VE VASİYETLERİN ŞEKİL KURALLARI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ**

Günümüzde insanların dijital veri üretmesine olanak tanıyan araçların çeşitliliği gün geçtikçe artmaktadır. İnsanlar günümüzde mobil telefonlar, bilgisayarlar, tabletler ve buna benzer diğer dijital veri üretmeye yarayan araçlarla *offline* veya *online* olarak son arzularını da içeren irade açıklamalarında bulunma imkânına sahiptirler. Bunlar telefonlar, tabletler, bilgisayarlar, sosyal medya hesapları aracılığıyla yazılı olarak üretilebileceği gibi, aynı veya benzer araçlar vasıtasıyla salt sesli veya görüntülü-sesli olarak da açıklanabilirler.

Kişinin son arzularını içeren irade açıklamasında kullandığı vasıta ve bu iradenin dış dünyada büründüğü şekil, pozitif hukukumuzda sınırlı sayı esasına göre sayılan tipik vasiyetname türleri arasına girmediği kural olarak kabul edilebilir. Lâkin yukarıda ayrıntılı olarak açıkladığımız üzere *favor testamenti* yaklaşım ışığında, fonksiyonel yaklaşım ve dürüstlük kuralı bağlamında bunlara geçerlilik kazandırılması mümkün olabilir. Aşağıda iradenin yaratılış ve dış dünyada büründüğü şekil esas alınarak ölüme bağlı tasarruflar, yazılı vasiyetnameler ve görüntülü ve sesli vasiyetler olarak ikiye ayrılarak incelenmektedir. Son olarak dijital ortamda bu vasıtalar kullanılarak resmî vasiyetname yapılıp yapılmayacağı da ayrı bir başlık altında değerlendirilmektedir.



## 1. Yazılı Vasiyetnameler

### A. Genel Olarak

Türk hukukunda vasiyetçinin son arzularının belgelenmesi nihayetinde kanundaki sınırlı sayıda sayılan vasiyetname türlerinin tamamında *yazılılık* esasına tabidir. Hem resmî vasiyetnamede hem adı üstünde el yazılı vasiyetnamede hem de son kertede sözlü vasiyetnamede onun ölüme bağlı son arzularını içeren iradesi dış dünyada hep yazılı şekle büründürülür. Bunların son noktada yazılı şekle büründürülmesiyle birlikte vasiyetçinin vasiyet bırakma iradesine ilişkin açıklamaları da belgelenmiş ve ispatlanmış olur.

Peki ama vasiyetçinin son arzularını dijital ortamda yazılı olarak açıklaması halinde ne olacaktır? Bu sorunun cevabı vasiyetçinin iradesini açıklarken kullandığı araç ve onun dış dünyada bürünme biçimine göre farklılık arz edebilir. Bu çerçevede biz konuyu her biri şekli anlamda vasiyetname türleri bakımından geçerliliğine farklı sonuçlar bağlanabilecek güvenli elektronik imza ve biyometrik yazı ve imzalı olmayan vasiyetnameler, güvenli elektronik imzayla yapılan vasiyetnameler ve biyometrik yazı ve imzalı vasiyetnameler olarak üçe ayırarak inceleyeceğiz.

### B. Dijital Ortamda Yapılan Yazılı Vasiyetnameler<sup>124</sup>

Vasiyetçinin bilgisayar, akıllı telefon, tablet vb. araçlarla yazı yazmaya uygun program veya uygulamalarla vasiyetnamesini hazırlaması veya hazırlatması ve imzalaması veya imzalamayıp kaydetmesi halinde bunların geçerli olup olmayacağı kanunun el yazılı vasiyetnameler için aradığı koşullar çerçevesinde değerlendirilmelidir. Bu kapsamda, öncelikle vasiyetçinin vasiyetname metnini dijital ortamda hazırlaması veya hazırlatması ve sonrasında çıktısını alarak imzalaması ve vasiyetçinin vasiyetname metnini dijital ortamda hazırlaması veya hazırlatması ve bunu kaydetmesi ihtimalleri üzerinde durulmalıdır.

Anglo-Sakson hukukunun egemen olduğu ülkelerde (ABD, Avustralya, Kanada, Yeni Zelanda ve bu arada KKTC'de<sup>125</sup>) el yazılı (holographic will)

---

<sup>124</sup> Bu kısımda yalnızca güvenli elektronik imza ve biyometrik yazı ve imzalı vasiyetnameler dışında dijital ortamda yapılan vasiyetnameler incelenmektedir. Güvenli elektronik imzalı vasiyetname ile biyometrik yazı ve imzalı vasiyetnameler önemine binaen aşağıda farklı başlıklar altında incelenecektir.

<sup>125</sup> KOÇANO RODOSLU Emine, "KKTC Hukuku'nda Yasal ve İradî Mirasçılığın Kazanılması ve Kaybedilmesi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 20, Sayı: 1, 2018, s. 283-284.

vasiyetnameler yanında, başkası tarafından ve bu arada dijital ortamda yazılmış vasiyetnamelerin vasiyetçi ve iki tanık tarafından imzalanması halinde geçerli olduğu kabul edilmektedir<sup>126</sup>. Temeli 1837 tarihli İngiliz Vasiyetname Kanunu (Wills Act) Section 9'a dayanan bu kuralın kökenleri de Roma Hukukunda *testamentum allographum* olarak adlandırılan vasiyetname türüne dayanmaktadır<sup>127</sup>. Roma Hukukunda ve Anglo-Sakson hukukundaki bu vasiyetname türü (*alografik vasiyetname*) Türk-İsviçre-Alman hukukuna alınmamıştır. Bu tür vasiyetnamelerin vasiyetçiyi uyarma ve vasiyetçinin kimliğini teşhis fonksiyonlarını ve vasiyetnamenin mahremiyetini el yazılı vasiyetnamelere nazaran daha az sağladığı söylenebilir. Alografik vasiyetnamelerde teşhis fonksiyonu vasiyetçinin imzası ve tanıklarla sağlanırken, uyarma fonksiyonu da merasime en az iki tanığın katılımıyla gerçekleşmektedir. Vasiyetname yapma ehliyetinin tespit edilmesi bakımından tanıkların da işleme katılımı nedeniyle el yazılı vasiyetnamelerden daha güçlü olduğunu kabul etmek gerekir. Ancak son noktada bu tür vasiyetnameleri şekli anlamda bir vasiyetname türü olarak kabul etmek bir hukuk politikası tercihi olarak görülmelidir.

Türk hukukunda ise yazılı vasiyetnamelerin geçerliliği vasiyetnamenin yapıldığı yıl, ay ve gün gösterilerek başından sonuna kadar vasiyetçinin el yazısıyla yazılmış ve imzalanmış olması koşuluna bağlıdır (TMK m. 538/I). Bunlardan el yazılı metnin uyarma, teşhis ve ispat, imzanın uyarma, teşhis ve vasiyetname projesinden ayırma, düzenleme tarihinin de vasiyetname yapma ehliyeti ve çoklu vasiyetnamelerde bunlar arasında öncelik-sonralık ilişkisini ortaya çıkarma fonksiyonlarını icra ettiği kabul edilmektedir<sup>128</sup>. Dolayısıyla güvenli elektronik imza ve biyometrik yazı ve imzalı olmayan dijital ortamda yapılmış yazılı vasiyetnamelerin geçerlilikleri hakkında, kanunun el yazılı vasiyetname için aradığı şekil kurallarıyla aradığı fonksiyonları içerip içermediği tespit edilerek bir yargıya varılabilir.

Bu noktada ilk olarak geçerli bir el yazılı vasiyetnameyle dijital ortamda yapılan bir kayda gönderme yapılması ihtimali üzerinde durulmalıdır. Kanaatimizce el yazılı vasiyetnamenin şekil unsurlarını içeren bir vasiyetnameyle dijital ortamda üretilmiş, kaydedilmiş ve saklanmış bir metne

---

<sup>126</sup> HORTON, Wills, s. 1630.

<sup>127</sup> DURAL, s. 6.

<sup>128</sup> BGE 116 II 117; BREITSCHMID, ZGB Art. 505 Rn. 8.

gönderme yapılması halinde bunların vasiyetnamenin düzenlendiği tarihten sonra değiştirilmediğinin kesin olarak tespit edilebildiği hallerde bunları geçerli bir vasiyetname saymak gerekir<sup>129</sup>. Zira bu ihtimalde dijital ortamda kaydedilip saklanmış metin *vasiyetname dışı bir olgu olarak* kanundaki şekil şartlarını içeren el yazılı vasiyetnameyi tamamlayıcı bir nitelik taşımaktadır<sup>130</sup>. Nitekim 2002 yılında Güney Afrika Cumhuriyetinde Temyiz Mahkemesi *MacDonald v. The Master* kararında, vasiyetçinin intihar etmeden önce kendi el yazısıyla hazırladığı notla bilgisayarında bulunan bir klasördeki dosyaya yaptığı göndermeyi geçerli bir vasiyetname olarak kabul etmiştir<sup>131</sup>.

Bundan başka, Türk hukukunda vasiyetçinin kendi el yazısı dışında bir başkasına yazdırdığı veya daktilo, bilgisayar, tablet, vb. bir makine aracılığıyla yazılan vasiyetnamelerin vasiyetçinin el yazılı imzasını içerse bile geçersiz olduğu oybirliğiyle kabul edilmektedir<sup>132</sup>. Gerçekten de vasiyetname metninin vasiyetçinin el yazısıyla yazılmaması halinde, metnin el yazılı olmasında aranan uyarma, teşhis ve içeriğini belgeleme fonksiyonları yerine getirilmiş olmaz. Gerçi sonradan atılan el yazılı imza da vasiyetçinin kimliğini teşhis fonksiyonunu kısmen yerine getirir; lâkin gerek beyaza imza ihtimali gerekse Anglo-Sakson hukukunda olduğu gibi bunun iki tanıkla da imzalanması koşulu bizim hukukumuzda olmadığından vasiyetname içeriği-

<sup>129</sup> SEROZAN, s. 326; ERGÜNE, s. 301.

<sup>130</sup> SEROZAN, s. 326; ERGÜNE, s. 301. Buna benzer bir davada (*Yazbek v. Yazbek*) Avustralya New South Wales Temyiz Mahkemesi, vasiyetçi intihar etmeden önce bir tanığa bilgisayarda bir vasiyetname hazırladığını, bunun bir tanesinin kopyasının çekmecesinde, diğerinin bilgisayarda bulunduğunu ve bunun son arzularını içerdiğini iletmıştır. Vasiyetçi öldükten sonra mahkeme, vasiyetçinin bilgisayarında yaptığı incelemede bir word (.doc) dosyasında vasiyetçinin hazırladığı vasiyetnameye ulaşmış ve adli bilişim uzmanlarının vasiyetçi tarafından hazırlanan bu metnin sonradan değiştirilmediği veya başka bir yerden yüklenmediğine ilişkin raporu üzerine bunu geçerli bir vasiyetname olarak kabul etmiştir. Kararın tam metni için bkz. GEE, s. 79 vd.

<sup>131</sup> *MacDonald v. The Master*, 2002 (5) SA 64 (N) (South Africa), GEE, s. 23; BODDERY, s. 204-205. Buna karşılık benzer bir olayda ABD Wyoming Temyiz Mahkemesi *In Estate of Reed* kararında vasiyetçinin kendi el yazısıyla yazıp imzaladığı ve içeriğinde bir ses kaydına atıf yaptığı son arzularını içeren ses kaydını *yazılılık* koşulunu sağlamadığı gerekçesiyle geçersiz saymıştır (BEYER/HARGROVE, s. 882).

<sup>132</sup> Geçersizliğin türünü belirtmemekle birlikte daktilo ile yazılan vasiyetnameler yönünden aynı yönde bkz. OĞUZMAN, s. 119; SEROZAN, s. 326; DURAL, s. 17; DURAL/ÖZ, s. 81; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 178; AKKANAT, s. 80; BREITSCHMID, ZGB Art. 505 Rn. 3; SAVAŞ, s. 68; DORJEE-GOOD, ZGB Art. 505 Rn. 2; WEIMAR, ZGB Art. 505 Rn. 12. Daktilo ve bilgisayarda yazılan vasiyetnameler yönünden Alman hukukunda aynı yönde bkz. HERGENRÖDER, s. 9. İptal edilebilir olduğu yönünde bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 338; HATEMİ, s. 90.

ni ve dolayısıyla vasiyetçinin ölümüne bağlı son arzularını onun iradesine uygun biçimde belgeleme ve vasiyetçiyi uyarma fonksiyonu hep eksik kalır. Buna rağmen, bu tür vasiyetnameleri favor testamenti yaklaşımıyla iptal edilebilirlik yaptırımına tabi tutmak daha uygun olur<sup>133</sup>.

Dijital ortamda yazı yazılmasına imkân veren program ve uygulamalar (telefonun kısa mesaj servisleri, anlık iletişim kurmaya yarayan uygulamalar, elektronik posta servisleri, sosyal medya hesapları, vb.) bizzat vasiyetçi tarafından hazırlanan ve ölene kadar kendi fiilî egemenliğinde bulunan cihazlarda ve kamuya açık sosyal medya hesabı gibi sanal ortamlarda vasiyetçinin imzası olmaksızın vasiyetname içeriğinin saklanması halinde ise, vasiyetçinin kimliğini teşhis yanında vasiyetname metnini vasiyetname projesinden ayırma fonksiyonu da kural olarak yerine getirilmiş olmaz. Bu tür vasiyetnameler kural olarak, vasiyetçinin vasiyet yapma iradesinin eksikliğinden dolayı yokluk yaptırımına tabidir<sup>134</sup>. Bu tür vasiyetnamelerde düzenleme tarihinin elle yazılmamış olması, düzenleme tarihinin dijital ortamda vasiyetname dışı olgularla saptanabilirliği karşısında kural olarak önem arz etmez. İris tabakası, parmak izi, retina taraması, vb. biyometrik olarak kimliği teşhise sağlayan sistemler veya bunlardan daha zayıf bir güvenlik sistemi olan kullanıcı şifresiyle bu cihazlara veya hesaplara erişim sağlanarak teşhis fonksiyonunun büyük ölçüde yerine getirilmesi ve vasiyetname metninin ondan sadır olduğunun kesin olmasa bile kuvvetli olduğu ihtimallerde bile bu tür metinler imza içermediği ve dolayısıyla vasiyetname projesinden ayırma fonksiyonunu yerine getirmediği sürece kural olarak geçerli sayılmaz, yokluk yaptırımına tabidir. Bu durumda teşhis fonksiyonu yanında uyarma fonksiyonunun da sağlandığını kabul etmek gerekir. Zira kişinin dijital cihazlarda yazılı veri üretmesi için göstereceği çaba el yazılı vasiyetnamelerle kıyaslandığından çok büyük bir farklılık arz etmez. Böyle bir ihtimalde, el yazılı metnin teşhis ve uyarma fonksiyonu artık sağlandığı için “vasiyetname projesinin” sonradan vasiyetçi tarafından imzalanacağı ispatlanabildiği ölçüde geçersizliğin türü iptal edilebilirlik katına yükseltilebileceği gibi<sup>135</sup>, sadece vasiyetnameler için değil, diğer bütün özel hukuk ilişkile-

<sup>133</sup> Aynı yönde bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 338; HATEMİ, s. 90.

<sup>134</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 349; BREITSCHMID, ZGB Art. 520 Rn. 23.

<sup>135</sup> Konuyu el yazılı vasiyetnamede imza eksikliği bakımından değerlendiren yazarlara göre vasiyetçinin vasiyetname yapmayı istediği ama imza atmayı ihmâl ettiği durumlarda, vasiyetname yokluk yaptırımına değil, iptal edilebilirlik yaptırımına tabi olmalıdır (İMRE/ERMAN, s. 74; OĞUZMAN, s. 123; GÖNEN, s. 99). Karş. WEIMAR, ZGB Art. 505 Rn. 22.

rinde geçerli olan dürüstlük kuralı (TMK m. 2) gereğince şekle aykırılığı ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu hallerde (TMK m. 2/II) tamamen geçerli bir vasiyetname olarak da kabul edilebilmesi mümkün olabilir.

Karşılaştırmalı hukukta da bu tür imza içermeyen vasiyetnamelerin durum ve koşullara göre, vasiyetçinin vasiyet yapma iradesinin şüpheye yer vermeyecek derecede ispatlanması halinde “*dispensing power*” ve “*harmless error*” doktrini yoluyla geçerli bir vasiyetname olarak kabul edilmesi gerektiği kabul edilmektedir<sup>136</sup>. Bu konuda 2016 yılında Avustralya’da görülen *Nichol v. Nichol* davasında Queensland Eyalet Yüksek Mahkemesi, vasiyetçinin telefonunun kısa mesaj gönderme kısmına yazdığı ve fakat göndermediği son arzularını içeren metni “*dispensing power*” doktrini yoluyla geçerli bir vasiyetname olarak kabul etmiştir. Avustralya Queensland’de meydana gelen olayda bir adamın ondan yeni ayrılan eşi onun cansız bedenini yanbaşında cep telefonu ile bir barakada bulmuş, kadın eski eşinin ölüm haberini onun yakınlarına haber vermek amacıyla bir arkadaşından onun telefon rehberine bakmasını istemiş ve arkadaşısı ölen kişinin yazdığı ve fakat göndermediği kısa mesaj metni ile karşılaşmıştır. Bu metinde ölen kişi, malvarlığının bir kısmını iki erkek kardeşine bıraktığını beyan etmiş ve banka şifresini erkek kardeşine yazarak ona bu hesabından para çekebileceğini yazdıktan sonra metnin sonuna “*vasiyetim*” (my will) yazarak bir gülümseme emoji koymuştur<sup>137</sup>. Queensland Yüksek Mahkemesi vasiyetçinin erkek kardeşlerinin onun intihar kararından haberdar olmaması amacıyla mesajı göndermediğini, yoksa vasiyetname metninin onun arzularını içerdiğini ve bunun bir vasiyetname projesi değil, geçerli bir vasiyetname olduğuna karar vererek vasiyetnameyi geçerli kabul etmiştir<sup>138</sup>. Buna benzer bir başka olay da İsveç’te meydana gelmiştir. Vasiyetçi intihar etmeden kısa bir süre önce son arzularını içeren irade açıklamasını arkadaşına mobil telefonun kısa mesaj servisiyle iletmiştir. İsveç yerel mahkemesi görülen davada mesajın vasiyetçi tarafından gönderildiğine ilişkin davanın tarafları arasında bir ihtilaf ol-

---

<sup>136</sup> Michigan Temyiz Mahkemesi vermiş olduğu bir kararında vasiyetçinin cep telefonundaki “*Evernote*” uygulaması üzerinden yazdığı vasiyetnameyi geçerli kabul etmiştir (HORTON, Wills, s. 1632-1633). Avustralya mahkemeleri de vermiş oldukları çeşitli kararlarında vasiyetçinin DVD üzerine kaydettiği, word programında yazdığı ve iPhone üzerine kaydetmiş olduğu son arzularını geçerli bir vasiyetname saymıştır. (HORTON, Wills, s. 1633).

<sup>137</sup> HORTON, Wills, s. 1629.

<sup>138</sup> HORTON, Wills, s. 1633.

madığını ve bunun bir vasiyetname projesi değil, vasiyetname olarak sayılması gerektiğine hükmetmiştir<sup>139</sup>.

Türk hukukunda da benzer ihtimallerde ve istisnâ durumlarda vasiyetnamenin şekil kurallarıyla öngördüğü amaca ulaşılması ve vasiyetçinin gerçek ve samimi iradesinin şüpheye yer vermeyecek derecede ve kesin olarak saptanması halinde şekle aykırılığın ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması (TMK m. 2/II) niteliğinde kabul edilip “favor testamenti” yaklaşımı bunlara geçerlilik sağlanabilir.

### C. Güvenli Elektronik İmzalı Vasiyetnameler

Dijital ortamda vasiyetname yapılması muhtemel bir diğer yol da güvenli elektronik imzayla vasiyetname yapılmasıdır. Öncelikle belirtelim ki; 5070 sayılı Elektronik İmza Kanununun (m. 5/II) kanunların resmî şekle veya özel bir merasime tabi tuttuğu hukukî işlemlerin elektronik imza ile gerçekleştirilemeyeceğine ilişkin hükümleri aykırılığı geçersizliğe yol açacak -lex perfecta- hükümler değil, salt düzen kurallarıdır (lex minus quam perfecta)<sup>140</sup>. Bu nedenle elektronik imzalı vasiyetnamelerin geçerli olup olmadığı Türk Medenî Kanununun vasiyetnameye ilişkin şekil kurallarına göre (TMK m. 531 vd.) değerlendirilmelidir.

Bu noktada ilk tespitimiz, Türk Borçlar Kanununun yazılı şekil kurallarının ve bu arada güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinlerin yazılı şekil şartını sağladığı (TBK m. 14/II) ve güvenli elektronik imzayla atılmış olan imzanın el yazılı imzanın bütün hukukî sonuçlarını doğuracağını düzenleyen TBK m. 15/I hükmünün, vasiyetnameye ilişkin hükümler karşısında -lex specialis- uygulanamayacağıdır. Güvenli elektronik imza, Elektronik İmza Kanununda münhasıran imza sahibine bağlı olan, sadece

<sup>139</sup> Tingsrätt District Court 2012-11-16 T5746-11 (HIRSCH, s. 900 vd.). Yalnız bu karar temyiz mahkemesi tarafından kanundaki el yazılı vasiyetnamenin şekil unsurlarından imzayı içermediği gerekçesiyle bozulmuştur. Hovrätt Court of Appeal 2013-06-13 T11306-12 (HIRSCH, s. 903 vd.). Bu karara iki yüksek mahkeme üyesi, şekil kurallarına amacından fazla anlam verilemeyeceğini ifade ederek şerh koymuşlardır (HIRSCH, s. 902).

<sup>140</sup> Karş. SEROZAN, s. 321. Aynı yönde bkz. OKTAY ÖZDEMİR Saibe, “Ölüme Bağlı Tasarruflara İlişkin Bazı Sorunlara Genel Bakış”, s. 3. Yasaklayıcı nitelik taşıyan bir hukuk normuna aykırılığın geçersizlik sonucunu doğurabilmesi için bu hususun ya açıkça kanun hükmünde yer alması ya da hükmün anlam ve amacından geçersizlik olgusunun tereddütsüz biçimde çıkarılması gerekir (OĞUZMAN, M. Kemal / BARLAS, Nami, **Medenî Hukuk**, 25. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019. s. 225.) Doktrinde güvenli elektronik imzayla yapılan vasiyetnamelerin bu düzenleyici normlara istinaden geçersiz olduğunu savunanlar da vardır (İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 184; YILDIRIM/VEREP, s. 270-271).

imza sahibinin tasarrufunda bulunan *güvenli elektronik imza oluşturma aracı ile oluşturulan, nitelikli elektronik sertifikaya dayanarak imza sahibinin kimliğinin tespitini sağlayan*, imzalanmış elektronik veride sonradan herhangi bir değişiklik yapıp yapılmadığının tespitini sağlayan imza olarak tanımlanmaktadır (5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu m. 4). Bu tanımdan anlaşılacağı üzere güvenli elektronik imza kişinin biyometrik özelliklerini taşıyan bir imza değil, bir imza oluşturma aracı, şifre ve elektronik sertifika aracılığıyla imza sahibinin kimliğinin tespitini sağlayan bir şifreleme yönteminin ibarettir<sup>141</sup>. Her ne kadar kanunda bu imzaların imza sahibinin kimliğinin tespitini sağladığı belirtilse de, imza oluşturma araçlarının ve şifrelerin üçüncü kişiler tarafından kullanılmasının imkân dahilinde olması nedeniyle bu yol biyometrik doğrulama araçlarıyla desteklenmediği sürece bu belge ve imzaların kimden sadır olduğuna şüpheyle yaklaşmak gerekecektir<sup>142</sup>.

Sağlararası işlemlerde işlem sürecinin zahmetsiz, masrafsız, zaman kaybına yol açmadan, hızlı ve kısmen güvenilir şekilde işlemlerini sağlaması nedeniyle tercih edilen güvenli elektronik imza yöntemi, vasiyetname gibi etkilerini vasiyetçinin bir daha düzeltmeyeceği ve savunamayacağı şekilde ölümden sonra doğuran hukukî işlemler bakımından aynı pratikliği ve dahası işlem güvenliğini sağlayamamaktadır. El yazılı vasiyetnameler için öngörülen şekil kurallarının belki de en önemli fonksiyonu, *vasiyetçiyi teşhis fonksiyonu ile vasiyetçiyi uyarma fonksiyonu* güvenli elektronik imzayla oluşturulmuş belgelerde eksiktir. Dolayısıyla bu yöntemle hazırlanmış vasiyetnameler el yazılı vasiyetnamenin ne metin ne de imza şartlarını karşılamaktadır. Güvenli elektronik imza ve imzanın bağlı olduğu elektronik metin, el yazılı metin ve imzada olduğu gibi kişinin biyometrik, yani davranışsal özelliklerinin hiçbirini taşımamaktadır<sup>143</sup>.

<sup>141</sup> ŞENOCAK Zarife, “Dijital İmza ve Dijital İmzanın Borçlar Kanunu Hükümleri Açısından Ele Alınması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 50, Sayı 2, 2001, s. 126; ÖZBEK Mustafa Serdar, “Elektronik Ortamda Düzenlenen Noter Senetleri”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Cilt 2, 2016, s. 2244; KURŞAT Zekeriya, “Yazılı Şekil Şartının Unsuru Olan İmzanın Elektronik Ekranı Atılmasını Etkisi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 75, Sayı 1, 2017, s. 413.

<sup>142</sup> ŞENOCAK, s. 126; ÖZBEK, s. 2244; KURŞAT, s. 425; SAVAŞ, s. 73.

<sup>143</sup> Karş. EREN/YÜCER AKTÜRK, s. 118; ŞENOCAK, s. 128; ORUÇ, s. 215. Ancak ABD Tennessee Temyiz Mahkemesi *Taylor v. Holt* davasında vasiyetçinin elektronik imzayla oluşturduğu vasiyetnamesini iki tanığın ıslak imzayla imzalamasıyla kabul etmiştir (HEDLUND, s. 725).

Teknolojinin ve dijital hizmetlerin bu kadar geliştiği bir çağda el yazılı vasiyetname “*ilkel*” bir yöntem gibi görünse de, elektronik imzalı vasiyetnamelere nazaran vasiyetçinin kimliğini *teşhis* ve vasiyetçiyi *uyarma* fonksiyonları noktasında şu haliyle elektronik imza yoluyla vasiyetname oluşturma yönteminden çok daha öndedir. Vasiyetçinin son arzularının hayata geçirilmesinde en önemli unsur, onun kimliğinin teşhis edilmesi olduğuna göre bu unsurun eksik olduğu bir vasiyetnamenin de geçerliliğinden söz edilemez. Teşhis fonksiyonunun yerine getirildiğinden şüpheli metin içeriğinin elektronik imzalı bir belgeyle düzenlenmiş olması halinde, el yazılı vasiyetnamenin hem el yazılı metin hem de el yazılı imza unsuru eksik olduğundan ve her ikisinin de bulunmaması esaslı bir şekil eksikliği teşkil edeceğinden bunlar kesin hükümsüzdür<sup>144</sup>. Dolayısıyla bunların iptali için bir iptal davası açılması gerekmez. Ancak ilerde güvenli elektronik imza sistemlerinin kişinin kimliğini şüpheye yer bırakmayacak şekilde tespitini mümkün kılan biyometrik veri veya araçlarla desteklendiğinde bunlara geçerlilik kazandırılması gündeme gelebilir<sup>145</sup>. Lâkin böyle bir durumda bile, el yazılı vasiyetnamelerdeki el yazılı metnin uyarma ve teşhis fonksiyonu tam olarak yerine getirilemeyecektir. Uyarma ve teşhis fonksiyonunun yerine getirilmiş olması için metnin de el yazılı olarak yazılması gerekecektir. Elektronik olarak üretilen metinlerin vasiyetçiden sadır olduğu tespit edilemeyeceğinden bunlar yine geçersiz sayılmalıdır. Lâkin bu durumda imzanın vasiyetçiden sadır olduğu biyometrik verilerle ispatlandığından bunlar iptal edilebilirlik katına yükselebileceklerdir. Bunların gerek metninin gerekse imzanın kesin olarak vasiyetçiden sadır olduğunu tespit edecek sistem altyapısının kurulması halinde ise bunlara geçerlilik tanımamak için hiçbir neden kalmaz. El yazılı metnin ve imzanın vasiyetçiyi uyarma ve teşhis fonksiyonları da sağlandığında ise el yazılı vasiyetnamelerde en önemli şekil sorunlarından birini oluşturan el yazılı düzenleme tarihine ilişkin sorunlar da elektronik verinin ne zaman üretildiği, değiştirildiği, gönderildiği, alındığı

<sup>144</sup> Aynı yönde bkz. HATEMİ, s. 91. Geçersizliğin türünü belirtmemekle bunların geçersiz sayılacağı yönünde bkz. EREN/YÜCER AKTÜRK, s. 118; BREITSCHMID, ZGB Art. 505 Rn. 5; DURAL/ÖZ, s. 88; ORUÇ, s. 215; ATLI, s. 163-164. Karşı görüşte olan SAVAŞ ise bu durumda kanunun açıkça el ile yazılmış olma şartını aramasına rağmen, hükmün konuluş amacını da göz önünde bulundurarak klavye ile bilgisayar ortamında dijital olarak yazılmış ve elektronik imza ile imzalanmış vasiyetnamelerin de geçerli olacağı görüşündedir (s. 79).

<sup>145</sup> SAVAŞ, s. 73; YILDIRIM/VEREP, s. 271. ÖZBEK bu durumda bile başka bir kişinin imza anahtarı sahibi olarak elektronik imza kullanmasının önüne kesin olarak geçebilmek için, imzalama işleminin resmî bir görevli huzurunda yapılması en emin yol olduğunu ifade etmektedir (s. 2244).



ve/veya kaydedildiği elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı tarafından bir zaman damgasıyla tartışmasız ve kesin olarak doğrulanabilecektir<sup>146</sup>.

Öte yandan aşağıda da inceleyeceğimiz üzere noterde yapılan resmî vasiyetnamelerde vasiyetçinin memurun yazdığı metni elektronik imza ile imzalaması vasiyetçinin kimliğini teşhis fonksiyonunda bir eksiklik olmadığı için geçerli kabul etmek gerekir<sup>147</sup>. Noterlik İşlemlerinin Elektronik Ortamda Yapılması Hakkında Yönetmeliğin kanunların resmî şekle veya özel bir merasime tabi tuttuğu hukukî işlemlerin güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemeyeceği şeklindeki düzen hükmü (m. 5/I c. 2) -lex minus quam perfecta-, bu yöntemle imzalanmış resmî vasiyetnamenin geçerliliğine etki etmez.

#### D. Biyometrik Yazı ve İmzalı Vasiyetnameler

Yeni elektronik cihazlardan bazılarının ekranları, dijital kalemle (*stylus*) ekran üzerine el yazısı ile yazı yazma, çizim yapma ve bu arada imza atma imkânını da sağlamaktadırlar. Son yıllarda bu yöntemle sözleşme akdedilmesi<sup>148</sup> ve vasiyetname yapılması<sup>149</sup> gitgide yaygınlaşmaktadır. Elektronik imzadan farklı olarak kişiyi teşhise elverişli onun davranışsal biyometrik verilerini taşıyan bu imzaların yazılı şekil şartını yerine getirip getirmediği yalnızca el yazılı vasiyetnameler kapsamında değil, geçerlilik şekli olarak yazılı şekli öngören diğer hukukî işlemler bağlamında da tartışılmıştır<sup>150</sup>.

---

<sup>146</sup> Karş. SAVAŞ, s. 78.

<sup>147</sup> Aynı yönde bkz. ÖZBEK, s. 2233.

<sup>148</sup> ROSSNAGEL Alexander, “Anm. zu OLG München: Keine Wahrung der Schriftform bei Unterzeichnung auf einem elektronischen Schreibrätablett”, Heft 49, NJW, 2012, s. 3586.

<sup>149</sup> HERGENRÖDER, s. 7; Harvard Law Review Developments in the Law - More Data, More Problems, s. 1809.

<sup>150</sup> Bu tür dijital imzaların geçerli olacağı yönünde bkz. KESER BERBER Leyla, “Biyometrik İmza ve Türk Borçlar Kanunu’ndaki Yazılı Şekil Şartı ile Hukuk Muhakemeleri Kanunundaki İmza Açısından Yeri”, İstanbul Bilgi Üniversitesi Bilişim ve Teknoloji Hukuku Enstitüsü Yayınları, Ağustos 2019, s. 8; KURŞAT, s. 418 vd. Münih Yüksek Eyalet Mahkemesi ise 2012 yılında bir tüketici kredisi sözleşmesinin bu yöntemle imzalanmasına ilişkin verdiği bir kararda, tüketici kredisi sözleşmesinin § 427/I BGB’de adi yazılı şekle tabi olduğunu, adi yazılı şekle ilişkin § 126/I BGB hükmünde imza atanın imzayı el yazısıyla cismanî varlığa sahip bir dokümana atması gerektiğini, kanun koyucunun elektronik imzada olduğu gibi böyle bir imza türünü düzenlemediğini, kıyas yoluyla bir boşluğun doldurulması imkânının da olmadığını, zira burada bilinçli bir boşluktan söz edilemeyeceğini ileri sürerek dijital imzayı ve sözleşmeyi geçersiz saymıştır (4. 6. 2012 – 19 U 771/12, NJW 2012, 3584). Alman doktrininde de bu tür imzaların, elektronik bir ortama kaydedildiği, bu imzanın daha sonra kesilerek başka yerlerde de kullanılabilmesi, keza altı imzalanmış metnin de sonradan değiştirilebileceği ve bu tür dokümanların el yazılı imza ve elektronik imzalara nazaran sahteliğe daha elverişli olduğu ve

Öncelikle belirtelim ki; dijital ekran üzerine el yazısıyla atılan imza, Elektronik İmza Kanununda tanımı yapılan bir elektronik imza türü değildir<sup>151</sup>. Elektronik imzanın aksine biyometrik imzada bir şifreleme değil, bizatihi imzayı atanın davranışsal özelliklerini içeren biyometrik el yazılı bir imza söz konusudur. İlgili kişinin el yazısı ile atılmaları bakımından biyometrik imza ile ıslak imza arasında bir fark bulunmamaktadır<sup>152</sup>.

Türk Borçlar Kanununun adi yazılı şekil şartını sağlamak bakımından aradığı tek şart imzanın el yazısıyla atılmasıdır (TBK m. 15/I). Bu şartın aranmasının temel sebebi de borç altına giren kişiyi işlemde önce uyarmak, onun el yazılı imzasından teşhis edebilmek ve işlemi belgelemektir. Türk kanun koyucusu el yazılı imzanın ne atılacağı cisim ne de atılacağı zemin bakımından bir sınırlama getirmiş ve böyle yaparak da isabetli davranmıştır<sup>153</sup>. Zira mademki imzanın el yazılı olması kişiyi uyarı ve teşhis için öngörülmüştür, o halde o kişiyi işlemle ilgili uyarma ve onu teşhise yarayacak imzanın ne yolla atıldığına da bir önemi de olmamalıdır. Teknik olarak biyometrik imzanın, kişiyi uyarma ve teşhis yönünden ıslak imzadan pek bir farkı da bulunmamaktadır<sup>154</sup>. Bu noktada bir fark olarak, kâğıda atılan imzanın mürekkep yaşının belirlenebilirliği ve yazıyı yazan kişinin kalem basısı izlerini (fulaj)<sup>155</sup> tespiti elverişliliği nedeniyle yazının ve imzanın aidiyetini teşhiste daha avantajlı olduğu ileri sürülebilir. Ancak biyometrik yazı ve imza bu amaçla üretilmiş dijital ekranda imza ve yazı görüntüsü yanında, imza atanın ve yazıyı yazanın konum bilgileri, onun dijital ekrana uyguladı-

---

güvenlik açısından yeterli koruma sağlamadığı gerekçesiyle geçersiz sayılması gerektiği ifade edilmektedir (ROSSNAGEL, s. 3586). Sözleşmelerdeki imza bakımından aynı yönde bkz. HERGENRÖDER, s. 9.

<sup>151</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. KURŞAT, s. 422 vd.

<sup>152</sup> KESER, s. 9; KURŞAT, s. 419-420; HERGENRÖDER, s.8.

<sup>153</sup> KESER de Türk kanun koyucusunun böyle bir sınırlama getirmemiş olmasını, aslında kanun koyucunun bu alandaki teknolojik gelişmeleri engellemek istemediği, *teknoloji nötr* yaklaşımını benimsediğini, nitekim geçmişte sadece kâğıda ve sadece kalem kullanılarak imza atıldığını, bugün ise elektronik ortamda herhangi bir elektronik medyada yer alan bir belgeye biyometrik imza şeklinde el yazısıyla imza atanın mümkün olduğuna işaret etmektedir (s. 9).

<sup>154</sup> AKKANAT, s. 808-809; KURŞAT, s. 419; HERGENRÖDER, s. 8.

<sup>155</sup> Fulaj, yazarın istem dışı bir alışkanlığı olarak, kalem veya benzeri materyallere karşı kâğıdın gösterdiği direnci yenmek amacıyla gösterdiği enerjiyle ortaya çıkan, kâğıt üzerinde oluşan bası izi olarak tanımlanmaktadır. El yazısı incelemelerinde teşhis kriteri olarak özel bir öneme sahip olduğu ve yazının aidiyeti ve sürşarj gibi sahteciliklerde en önemli teşhis kriterinin fulaj olduğu ve bu özelliğin taklit edilmesinin hemen hemen imkânsız olduğu ifade edilmektedir. BİRİNCİOĞLU İsmail / KURTAŞ Ömer/ ÇAKIR İsmail, vd., "El Yazısı İncelemelerinde Fulaj Kavramı," *Adli Bilimler Dergisi*, Cilt 9, Sayı 2, 2010, s. 33.

ğın basınç bilgileri, yazı ve imzanın kaleme alınma hızı, yazı ve özellikle imza atma sırasındaki hızlanma, yavaşlama ve ritim değerleri, kalemi kullanma açısı, eğimi gibi davranışsal nitelikli değerler bir veri olarak şifrelenmiş vaziyette saklanabilmektedir. Böylece yazı ve imzayı oluşturanın kimliğini teşhis fonksiyonu neredeyse imkânsız olarak yerine getirilebilmektedir. Bir de bunlar zaman damgası, log tutma ve şifreleme teknikleriyle desteklendiğinde, ıslak imza ve yazı ve bu arada mürekkep yaşı ve fulajın sağladığı teşhis imkânlarından katbekat fazlası sağlanabilecektir<sup>156</sup>.

Türk Medenî Kanununun el yazılı vasiyetnameye ilişkin hükümleri (TMK m. 538) metin, imza ve düzenleme tarihinin el yazılı olmasını bir geçerlilik şartı olarak düzenlemiş ise de, metin, düzenleme tarihi ve imzanın üzerine yazılacağı cisim üzerinde bir kısıtlama getirmemiştir. Metin ve imzanın olağan yaşamda alışılmış bir yöntem olarak bir kâğıt ve kalem vasıtasıyla yazılması beklenirse de, bunların yazılacağı araç ve yazılacağı zemin bakımından bir sınırlama getirilmemesi sebebiyle bunların kalem dışında bir tebeşir, tahta parçası, ruj, kömür, vb. aletlerle kâğıt dışında bir zemine, örneğin duvara, tahtaya, betona vb. başka cisimlere de yazılabileceği Türk doktrininde de oybirliğiyle kabul edilmektedir.<sup>157</sup>

Türk Medenî Kanununun el yazılı vasiyetnameye ilişkin hükümleri (TMK m. 538) metin, imza ve düzenleme tarihinin el yazılı olmasını bir geçerlilik şartı olarak düzenlemiş ise de, metin, düzenleme tarihi ve imzanın üzerine yazılacağı cisim üzerinde bir kısıtlama getirmemiştir. Metin ve imzanın olağan yaşamda bir kâğıt ve kalem vasıtasıyla yazılması beklenirse de, bunların yazılacağı araç ve yazılacağı zemin bakımından bir sınırlama getirilmemesi sebebiyle bunların kalem dışında bir tebeşir, ruj, kömür, tahta parçası vb. aletlerle kâğıt dışında bir zemine, örneğin duvara, tahtaya, betona vb. başka zeminler üzerine de yazılabileceği Türk doktrininde de oybirliğiyle kabul edilmektedir.<sup>158</sup> Metin veya imzanın onları oluşturan kişiden sadır olduğunun tespit edilebilmesi kaydıyla herhangi bir cisimle yazılması veya

---

<sup>156</sup> KESER, s. 10-11; HERGENRÖDER, s. 11.

<sup>157</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 194; OĞUZMAN, s. 119; DURAL, s. 18; KÖPRÜLÜ, s. 153; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 179; EREN/YÜCER AKTÜRK, s. 109; DURAL/ÖZ, s. 82; AKKANAT, s. 806; ABT, s. 148; WEIMAR, ZGB Art 505 Rn. 12; SAVAŞ, s. 67; GÖNEN, s. 53-54.

<sup>158</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 194; OĞUZMAN, s. 119; DURAL, s. 18; KÖPRÜLÜ, s. 153; DURAL/ÖZ, s. 82; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 179; AKKANAT, s. 806; SAVAŞ, s. 67; GÖNEN, s. 53-54.

herhangi bir zemin üzerine yazılmasına bir engel yoktur<sup>159</sup>. Hatta el yazılı vasiyetnamenin yalnızca aslı değil, kopyası da vasiyetçiyi teşhise elverişli olduğu sürece geçerli sayılır<sup>160</sup>. Vasiyetnamenin geçerliliğinin onun kalıcılığına bağlı olmadığı TMK m. 543/II'de düzenlenen kuralın aksi kanıtından da anlaşılır. Yok olan vasiyetnamenin aynen ve tamamen belirlenmesine olanak bulunmayan vasiyetnamelerin hükümsüz sayılacağına ilişkin kuraldan, *içeriği aynen ve tamamen belirlenmesine olanak bulunan* vasiyetnamelerin geçerli olacağı kural olarak kabul edilmelidir<sup>161</sup>. Yeter ki el yazısının vasiyetçiden sadır olduğu anlaşılsın. Nitekim Alman Federal Mahkemesi de 3.2.1967 tarihli meşhur *Blaupause* kararında vasiyetçinin ıslak imza ve metnini içermeyen ve fakat onun davranışsal özelliklerini taşıyan yazı ve imzayla teksir makinesinden üretilen vasiyetnamenin § 2247 BGB kapsamında el yazılı vasiyetnamenin şartlarını sağladığına karar vermiş ve vasiyetnameyi geçerli saymıştır<sup>162</sup>.

Bu açılardan değerlendirildiğinde dijital ekran üzerinde biyometrik yazı ve imza vasıtasıyla oluşturulan vasiyetnameler de el yazılı vasiyetnamenin şekil kurallarını hem lafzî hem de amaçsal olarak karşılamaktadır<sup>163</sup>. Lafzî olarak karşılamaktadır; zira yukarıda ifade ettiğimiz üzere el yazılı vasiyetnamede belirleyici unsur el yazısının yazıldığı alet ve üzerine yazıldığı cisim değil, kişiden sadır olduğunun tespitine imkân verecek bir el yazısıdır. Bu anlamda ıslak imza ve yazı ile dijital ekran üzerindeki biyometrik imza ve yazı arasında bir fark bulunmamaktadır. Hükümün amacı bakımından değerlendirdiğimizde de dijital ekran üzerinde oluşturulan biyometrik yazılı vasiyetname gerek vasiyetçiyi uyarma gerekse onu yazanın kimliğini teşhis

<sup>159</sup> Bunların vasiyetnameyi geçersiz kılacağını belirtmemekle birlikte *DURAL/ÖZ*, imza yerine parmak basmanın yasak olduğunu belirtmektedir (s. 79).

<sup>160</sup> SEROZAN, s. 325; BREITSCHMID, ZGB Art. 505 Rn. 3. Common law'da da bir vasiyetnamenin aslının yok olması veya kaybolması halinde, kopyasının geçerli olacağı kabul edilmektedir (HEDLUND, s. 727).

<sup>161</sup> SEROZAN, s. 325; ERGÜNE, s. 290-291.

<sup>162</sup> BGHZ 47, 68; NJW 1967, 1124. Kararın ayrıntılı tahlili için bkz. GRUNDMANN, s. 436-437.

<sup>163</sup> *SCHOLZ* da özellikle bu kalemlerle de hızla yazılamayacağı için uyarı fonksiyonunun yerine getirildiğini ve parmak izi veya şifreyle güvence altına alınmışsa bunların el yazılı vasiyetname için aranan şekil kurallarının amacını yerine getirdiğini ama nihayetinde hükümün sadece amacından hareket etmenin doğru olmadığını ifade etmektedir (*SCHOLZ Philipp*, "Digitales Testieren - Zur Verwendung digitaler Technologien beim eigenhändigen und Nottestament de lege lata et ferenda", *Archiv für die civilistische Praxis*, 219. Band, Heft 1, Februar 2019, s. 105).

fonksiyonlarını aynen ve hatta kimliği teşhiste ondan daha fazla yerine getirmektedir<sup>164</sup>. Bunlar da üretiliş biçimi itibariyle el yazılı vasiyetnamede el yazılı metnin ve imzanın uyarma fonksiyonunu yeterli derecede yerine getirirler<sup>165</sup>. Kişinin biyometrik özelliklerini taşıyan ıslak imza ve yazı ile yine kişinin biyometrik özelliklerini taşıyan dijital ekran üzerinde oluşturduğu yazı ve imza arasında hiçbir fark yoktur. Bu nedenle bu tür vasiyetnameler geçerli kabul edilmelidir<sup>166</sup>.

Nitekim ABD’de Ohio yerel mahkemesi 2013 tarihinde verdiği meşhur *In re Estate of Castro* kararında vasiyetçi tarafından tablet üzerinde bu şekilde imzalanmış vasiyetnamenin kanundaki *yazılılık* şartını sağladığına karar vermiştir. Karara konu olan olayda, vasiyetçi ölümünden bir ay önce hastanede bir vasiyetname düzenlemek ister. O sırada yanlarında bulunan erkek kardeşlerinin yanında kâğıt kalem olmaması ve fakat tablet olması üzerine, vasiyetçinin son arzularını içeren beyanları erkek kardeşi tarafından ve onun el yazısıyla bir dijital kalem (stylus) vasıtasıyla dijital ekrana yazılmış ve sonrasında vasiyetçiye okunmuştur. Daha sonra vasiyetçi metni imzalamadan başka bir hastaneye nakledilmiş, vasiyetçi dijital kalemle tablet ekranı üzerinde oluşturulan bu metni aynı yöntemle iki tanığın huzurunda imzalamıştır. Tanıklar da aynı şekilde vasiyetnameyi imzaladıktan sonra hastaneye sonradan gelen tanık da üçüncü kişi olarak vasiyetnameyi imzalamıştır. Ohio mahkemesi söz konusu vasiyetnamenin Ohio Revised Code 2107.03’de yer alan yazılı ve imzalı olma şartını taşıdığını *harmless error* doktrinini de olaya uygulayarak kabul etmiştir<sup>167</sup>.

---

<sup>164</sup> Alman hukukunda *SCHOLZ* bu tür vasiyetnamelerin Alman BGB § 2247’nin lafzına ve amacına uygun olsa da, kanun koyucunun elektronik imzayı kabul ederek şekil kurallarını yalnızca alışveriş yaşamı için yumuşatmayı düşündüğünü, bu perspektifle elektronik ortamda düzenlenen vasiyetnamelerin geçersiz kabul edilmesi gerektiğini, biyometrik imzanın adi yazılı şekli düzenleyen BGB § 126 hükmünde bile düzenlenmediğini ve bunların adi yazılı şekil şartını sağlamadığını, dolayısıyla *-a fortiori-* el yazılı vasiyetnamelerde geçerli kabul edilemeyeceğini ifade etmektedir (s. 111). Kanaatimce *SCHOLZ’UN* iddia ettiğinin tam tersine bunlar sözleşme hukukunda geçersiz sayılsa bile *favor testamenti* yaklaşımıyla vasiyetnamelerde geçerli sayılmalıdır. Unutulmamalıdır ki; el yazılı imzanın borçlar hukukunda koruduğu menfaatler ile vasiyetname şekil hukukunda koruduğu menfaatler büyük ölçüde örtüşse de bunların fonksiyonlarının ölçüsü her bir hukukî işlem türü bakımından menfaatler durumuna göre farklı değerlendirilmesini gerektirir.

<sup>165</sup> *SCHOLZ*, s. 201.

<sup>166</sup> *BREITSCHMID*, ZGB Art 505 Rn. 5; *AKKANAT*, s. 808-809; *SAVAŞ*, s. 69; *GÖNEN*, 56-57; *ORUÇ*, s. 214; *HERGENRÖDER*, s. 9 vd.

<sup>167</sup> Karara konu vasiyetname ve kararın tam metni için bkz. *GEE*, s. 69 vd. Bu arada belirtelim ki; Ohio yasalarında yalnızca el yazılı vasiyetnameler değil, metnin başkası tarafından yazıl-

Doktrinde bir kısım yazar tarafından bu tür vasiyetnamelerin sahte olarak üretilme, değiştirilme, vb. şekilde manipülasyon edilebilme tehlikesi karşısında geçersiz sayılması gerektiği ifade edilmektedir<sup>168</sup>. Ancak bu endişe yersizdir; zira ıslak yazı ve imzadan hiçbir farkı olmayan ve kişinin davranışsal özelliklerinin tespit edilebildiği bu vasiyetnamelerde de fulaj ve mürekkep yaşı dışında, yazı ve imzanın boyutu, eğimi, noktalama işaretleri, harfler ve kelimeler arası mesafe, harfler arası bağlantılar, yapılan şekil ve çizgiler, sayfa kenarlarında bırakılan boşluklar, örgüler, ilişkiler, kalem kaldırmalar, kalem duraksamaları, köşelenmeler ve diğer tüm tanı unsurları değerlendirilebilmektedir<sup>169</sup>. Yalnız bu noktada belirtilmelidir ki; bu metnin ve imzanın kişinin el yazısından kimliğini teşhise yarayacak ve kâğıt üzerine el yazısıyla yazma hassasiyetine sahip uygun araçlarla (dijital kalem- stylus) yazılması şarttır. Örneğin, paint programı üzerinde kişinin fare kullanarak yaptığı alelade çizimler ve yazılar, okunabilir olsa bile yazan kişiden sadır olduğunun anlaşılmasına izin vermediği sürece bu işlevin yerine getirilmesine yetmez<sup>170</sup>.

Ayrıca bu tür vasiyetnameler kalıcılığı sağlama bakımından kâğıda yazılmış ıslak imzalı vasiyetnamelerden çok daha fonksiyonel olacaktır. Kâğıda yazılı vasiyetnameleri saklama zorlukları ve bunların yok olma veya üçüncü bir kişi tarafından yok edilme tehlikesi karşısında bunlar bir dijital veri olarak kaydedildiğinde minimize edilmiş olacaktır<sup>171</sup>. Vasiyetçi bu şe-

---

masına olanak tanıyan alografik vasiyetnameler de iki tanığın imzalaması halinde geçerli kabul edilmektedir (Ohio Revised Code m. 2107.03). Bu anlamda olayda metnin vasiyetçi tarafından değil, kardeşi tarafından yazılmasının vasiyetnamenin geçerliliğine bir etkisi bulunmamaktadır.

<sup>168</sup> VOIT Wolfgang, in **Testament und Erbvertrag**, Hrsg. Reimann, Wolfgang/Bengel, Manfred/Dietz, Florian, 7. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2020, § 2247 BGB Rn. 14; STICHERLING Philipp, in **Münchener Kommentar zum BGB**, 8. Auflage, Beck Verlag, München, 2020, § 2247 BGB Rn. 15-16. Benzer şekilde bkz. HERGENRÖDER, s. 9. Yazar bunun ancak el yazılı vasiyetnamenin asgarî gerekliliklerini sağlayacak güvenlik standartları olması durumunda kabul edilebileceğini ifade etmektedir. Sözleşmeler bakımından aynı yönde ROSSNAGEL, s. 3586.

<sup>169</sup> Aynı yönde bkz. AKKANAT, s. 808-809. Tanı unsurları BİRİNCİOĞLU/ÖZKARA'dan alınmıştır (BİRİNCİOĞLU İsmail / ÖZKARA Erdem, "Adli Belge İncelemelerinde Bilinmeyenler, Örneklerle Yazı ve İmza Analizi ile Islak İmza Kavramı", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 87, 2010, s. 415).

<sup>170</sup> Karş. DORJEE-GOOD, ZGB Art. 505 Rn. 2; GÖNEN, s. 54.

<sup>171</sup> Aynı yönde bkz. SAVAŞ, s. 70; AYBAY, s. 34, dn.2. Örneğin, vasiyetçi öldükten sonra kâğıda yazılı vasiyetname notere tevdi edilmemişse üçüncü kişiler tarafından kolayca yok edilebilirken, vasiyetçinin bunu dijital bir ortama, bilgisayara, telefonuna, tablete kaydetmesi halinde üçüncü kişiler bunu yok etse bile yok edilen veriler genellikle geri döndürülebilecektir. Burada yok etme işlemini vasiyetçinin yapıp yapmadığı da belgenin yok edilme tarihinden ve saatinden büyük ölçüde tespit edilebilecektir.

kilde oluşturduğu vasiyetnameyi biyometrik yazı ve imzasına ek olarak elektronik imzayla da imzalaması halinde metinde sonradan değişiklik yapılmasını engellediğinden daha fazla güvence altına alma imkânına da kavuşmuş olur<sup>172</sup>.

İleride biyometrik yazı ve imzanın bu amaçla üretilmiş dijital ekranda oluşturulması mümkün kılındığında ve vasiyetçinin konum ve dijital ekrana uyguladığı basınç bilgileri, yazı ve imzanın kaleme alınma hızı, yazı ve özellikle imza atma sırasındaki hızlanma, yavaşlama ve ritim değerleri, kalem kullanma açısı, eğimi gibi davranışsal nitelikli değerlerin bir veri olarak saklanmasına imkân tanınması ve hatta bunların zaman damgası teknolojisi, log tutma ve şifreleme gibi tekniklerle desteklenmesi halinde güvenliğe yönelik tüm endişeler de tamamen ortadan kalkacak ve vasiyetçinin iradesi daha sağlıklı bir biçimde hayata geçirilebilecektir<sup>173</sup>. Üstelik böyle bir sistem, el yazılı vasiyetnamelerde en büyük sorunlardan biri olan düzenleme tarihinin yazılmasının unutulması, gün-ay-yıl olarak yazılmaması, kasten veya sehven hatalı yazılması, vasiyetçinin vasiyetname yapma ehliyetinin olup olmadığının tespit edilmesi, hatta yeni Türk Medenî Kanununda bir şekil şartı olarak görülmeyen ama milletlerarası özel hukukta kanunlar ihtilafı meselelerine yol açabilecek düzenleme yerinin belirlenmesi gibi sorunları da tamamen çözecektir. Hatta bunların düzenleme tarihi kanunun aradığı gün, ay, yıl şartının ötesinde saat, dakika ve saniye olarak da belgelenebilecektir. Vasiyetçinin tercihinin göre kullanabileceği el yazılı vasiyetnamenin notere tevdi bakımından da ilerde noterliklerle entegre edilebilecek bir sistemle, vasiyetçi hiç evden çıkmadan ve zahmetsiz olarak vasiyetnameyi dijital ortam üzerinden tevdi edebilecektir. Böylece vasiyetnamenin fizikî ortamda kaybolma riski de minimize edilmiş olacaktır. Kısa vadede görünmese bile orta ve uzun vadede durumun bu yöne evrileceği de ortadadır<sup>174</sup>.

---

<sup>172</sup> SAVAŞ, s. 70.

<sup>173</sup> Karş. HERGENRÖDER, s. 11.

<sup>174</sup> *KEŞER* de biyometrik imzanın teknolojik nitelikleri ve bu imzanın imza atan kişi tarafından atılıp atılmadığının tespitine yarayacak teknik kriterler ve parametrelerin ISO standartlarıyla belirlendiğini ve bir konuda standart yayımlanmış olmasının, o konuda bilişim dünyasında ortak bir terminoloji, yöntem, teknik ve güvenlik kriterleri ile süreçler belirlendiği anlamına geldiğine işaret etmektedir (s. 6).

## 2. Görüntülü ve Sesli Vasiyetler

### A. Genel Olarak

Teknolojinin gelişmesi ve buna bağlı olarak insanların yaşam alışkanlıklarının değişmesi son zamanlarda görüntülü (video) ve sesli (audio) vasiyetlerin yaygınlaşmasına yol açmıştır<sup>175</sup>. Vasiyetçinin son arzularını dijital ortamda görüntülü ve sesli olarak kaydedip saklamasına ve hatta yayınlamasına izin veren araçlarla yaptığı bu vasiyetlerin geçerli olup olmadığı -de le ferenda- yanında -de lege lata- kapsamında da hararetili biçimde tartışılmaya başlanmıştır<sup>176</sup>. Şimdilik bunlara ilişkin yalnızca ABD'nin belirli eyaletlerinde yasal düzenlemeler yapılmıştır<sup>177</sup>. ABD'nin diğer eyaletlerinde ve Anglo-Sakson hukukunun egemen olduğu diğer ülkelerde de “*dispensing power*” ve “*harmless error*” doktrini yoluyla bu vasiyetlere belirli şartlar dahilinde geçerlilik kazandırma eğilimi gözlemlenmektedir<sup>178</sup>. Bu çabalar, *favor testamenti* yaklaşımıyla ölen kişinin son arzularının hayata geçirilmesi adına takdire şayan gelişmelerdir. Türk Medenî Kanunumuzu iktibas ettiğimiz İsviçre’de de yeni bir tür olarak bu vasiyetnamelerin düzenlenmesine ilişkin çalışmaların devam ettiği ifade edilmektedir<sup>179</sup>.

Görüntülü ve sesli vasiyetler özellikle el yazılı vasiyetnamelere iyi bir alternatif olarak görülmektedir<sup>180</sup>. Hatta bunlar, el yazılı vasiyetnamelere nazaran vasiyetçiye son arzularını daha iyi ifade edebilme olanağı sağlar<sup>181</sup>. El yazılı vasiyetnamelerden farklı olarak vasiyetçinin ses tonu, genel olarak beden dili, jest ve mimikleri de vasiyet içi bir olgu olarak vasiyetin yorumlanmasına ve varsa kesin hükümsüzlüğe tabi olacak<sup>182</sup> latife beyanı veya zihni kaydın tespit edilmesine yardımcı olurlar. Bunlar ayrıca okuma-yazma

<sup>175</sup> ZALUCKI, Testamentary, s. 26.

<sup>176</sup> BEYER/HARGROVE, s. 881 vd.; ZALUCKI Mariusz, “A Video-Testament on the Possibilities of Audiovideo Format for Disposition of Property Upon Death”, *Istorie, Cultura, Ceta-ntenie in Uniunea Europeana* 1, 2019, (Kısaltma: Video), s. 132.

<sup>177</sup> Bkz. Yuk. II 2.

<sup>178</sup> Bu konuda geniş bir karar listesi için bkz. HIRSCH, s. 879, dn. 332.

<sup>179</sup> ZALUCKI, Video, s. 132.

<sup>180</sup> ZALUCKI, Video, s. 136.

<sup>181</sup> ZALUCKI, Testamentary, s. 28-29; AYBAY, s. 34, dn. 2; ORUÇ, s. 208.

<sup>182</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 350-351. İki taraflı hukukî işlemler ile varması gerekli olan tek taraflı hukukî işlemlerden farklı olarak burada güveni korunması gereken bir muhatap olmadığından bunlar irade teorisinin de doğal bir sonucu olarak kesin hükümsüzlük yaptırımına tabidir. Karş. ERGÜNE, s. 270.



bilmeyen veya eli olmayan kişilerin de vasiyet yapmalarını mümkün kıldığı gibi, olağanüstü durumlarda vasiyetçinin son arzularını hızlı ve kolay biçimde açıklamasına da olanak tanır<sup>183</sup>.

Buna karşılık bu tür vasiyetlere geçerlilik tanınmasında en büyük eleştirisi, vasiyetçinin kâğıt-kalem dışında olağan sayılmayacak bir vasiyet yapma yöntemine başvurmasının bunları eğlence amaçlı veya bir vasiyet projesi olarak hazırlayıp hazırlamadığının anlaşılabilmesi noktasında yapılmaktadır<sup>184</sup>. Lâkin yaşam alışkanlıkları çerçevesinde artık kâğıt kalem kullanmanın mı yoksa dijital ortamda sesli ve görüntülü veri oluşturmanın mı daha alışlagelmiş bir yöntem olduğu artık tartışmalı hale gelmiştir<sup>185</sup>.

Amerikan doktrininde vasiyetname hukukunda “*substantial compliance*” (maddî gerçeğe uygunluk) doktriniyle şekil eksikliği içeren vasiyetnamelerin şekil kurallarıyla öngörülen amaca ulaşılması halinde geçerli sayılacağını savunan *Langbein* bile, sesli ve görüntülü vasiyetlere ihtiyatla yaklaşmaktadır. Yazara göre bunlar her ne kadar vasiyetçinin kimliğini teşhis fonksiyonunu yerine getirirse de, vasiyetçiyi uyarma, vasiyetçinin gerçek ve samimi iradesini yansıtırma ve niteliği gereği imzalanamadığından bunları bir vasiyetname projesinden ayırmanın gösterdiği güçlük nedeniyle *-de lege lata-* geçerli bir ölüme bağlı tasarruf olarak kabul edilmemelidir<sup>186</sup>. Kanaatimce bunlara geçerlilik kazandırılmaması yönündeki eleştiriler haksız değildir. Lâkin bunlar hakkında pozitif hukukta yer alan vasiyetname türlerine ilişkin şekil kurallarının öngördüğü amacın gerçekleşip gerçekleşmediğine

<sup>183</sup> HIRSCH, s. 878.

<sup>184</sup> LANGBEIN, s. 519; LANG Andrew G., “Formality v Intention - Wills in an Australian Supermarket”, *Melbourne University Law Review*, Vol. 15, Issue 1, June 1985, s. 90. Genel olarak kâğıt-kalem dışında başka bir yöntemle yapılan vasiyetnameler bakımından bu görüşte bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 194; OĞUZMAN, s. 119; İMRE/ERMAN, s. 70-71; SEROZAN, s. 327; ERGÜNE, s. 287. Bu arada belirtelim ki vasiyetçinin ölüme bağlı son arzularını vasiyetname olarak nitelendirmesi gerekmez. Onun vasiyet yapma iradesinin kesin olarak saptanabildiği hallerde vasiyetçi bunları gönderme bile bir mektup veya bir posta kartı üzerinde yaptığı irade açıklamalarına da somut olayın özellikleri de haklı gösteriyorsa geçerli bir vasiyetname olarak hukukî sonuç bağlanabilir (OĞUZMAN, s. 119; DURAL/ÖZ, s. 82; ABT, s. 147; ANTALYA/SAĞLAM, s. 172; WEIMAR, ZGB Art. 505 Rn. 27. BGE 117 II 142, BGE 88 II 67).

<sup>185</sup> Karş. HIRSCH, s. 902.

<sup>186</sup> LANGBEIN, s. 519; LANG, s. 90. 1985 yılındaki çalışmasında bu görüşte olan LANG daha sonraki teknolojik gelişmelere bağlı olarak bunların daha yaygın olarak yapılması ve sahteliğe karşı yeterli koruma önlemlerinin alınması halinde bu görüşünü değiştirebileceğine ilişkin şerh koymuştur. Karş. Harvard Law Review Developments in the Law - More Data, More Problems, s. 1798.

göre bir yargıya varılmalıdır. Şekil kurallarıyla öngörülen amacın gerçekleşip gerçekleşmediği ve dolayısıyla bunların vasiyetçinin gerçek iradesini yansıtmayı yansıtmadığı da her somut olay bakımından ayrıca değerlendirilmelidir<sup>187</sup>. Şimdilik Kara Avrupası ve Türk hukukunda bu konuda herhangi bir yasal düzenleme bulunmamakla birlikte genel olarak da bunlara ihtiyatla yaklaşıldığı gözlemlenmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki; vasiyetnamelere ilişkin kanuni düzenlemelerin sıkı şekil kurallarıyla öngördüğü vasiyetçinin kimliğini teşhis fonksiyonu, bunlar genellikle vasiyetçinin kendine münhasır biyometrik özelliklerini taşıyacağı için adlî bilim tekniklerindeki gelişmeler de dikkate alınacak olursa bir sorun teşkil etmeyecektir. Keza vasiyet içeriğindeki montajlama, kurgulama, kaydı kesme gibi olasılıklarda da adlî bilişim alanındaki tekniklerle bunlar rahatlıkla tespit edilebilecektir. Bu gerekçelerle bunların vasiyetçinin kimliğini teşhis fonksiyonunu yerine getirdiğine şüphe bulunmamaktadır. Öte yandan bunların vasiyetçiyi uyarma fonksiyonu ve niteliği gereği imza içermemesi nedeniyle vasiyet projesinden ayırma fonksiyonunu yerine getirip getirmediği ise her somut olay bakımından ayrıca incelenmelidir. Benimsediğimiz fonksiyonel yaklaşım gereğince, bu fonksiyonların asgarî el yazılı vasiyetnamelerdeki şekil kurallarıyla öngörülen amaca ulaşılmasını sağlaması halinde *-de lege lata-* bunları da geçerli bir vasiyet olarak kabul etmek mümkün olabilir. Türk doktrininde ise *-de lege lata-* bunların kanundaki *-numerus clausus-* prensibine bağlı sayılan vasiyetname türlerinin hiçbirinin şekil koşullarını sağlamadığı gerekçesiyle geçersiz sayılması gerektiği ifade edilmektedir<sup>188</sup>.

Kanaatimce bunlara geçerlilik atfedilmesinde en büyük tereddüt, bunların vasiyetçinin vasiyeti düzenlediği sırada vasiyet yapma ehliyetine sahip olup olmadığı ve vasiyet yapma iradesinin sakatlanıp sakatlanmadığının tespiti noktasında yaşanabilecektir. Lâkin bu endişelerin de en azından bizim hukukumuz bakımından önem taşıması gerekir. Zira aynı sorunlar pozitif hukukumuzun kabul ettiği el yazılı vasiyetnameler bakımından da mevcut-

<sup>187</sup> Harvard Law Review Developments in the Law - More Data, More Problems, s. 1798. Görüntülü ve sesli vasiyetlerden söz etmemekle birlikte genel olarak alışılmadık yöntemlerle yapılan ölüme bağlı tasarruflar hakkında aynı yönde bkz. ERGÜNE, s. 287.

<sup>188</sup> SAVAŞ, s. 80 dn. 39. *ANTALYA/SAĞLAM* ses bandına alınan vasiyetnamelerin kanunun öngördüğü hiçbir şekil tipine girmediği için yokluk yaptırımına tabi olduğunu ifade etmektedirler (s. 295). *ORUÇ* ise *-de lege ferenda-* bunların kanunda öngörülen vasiyetname türlerine göre vasiyetçinin iradesini yansıtmada diğer vasiyetname türlerine nazaran daha güvenilir olduğunu ve bu nedenle yapılacak yasal bir düzenleme bunların da bir vasiyet türü olarak tanınması gerektiğine işaret etmektedir (s. 216).

tur. Bu anlamda bu vasiyetlerin bu koşullar yönünden el yazılı vasiyetname-lerden bir farkı olmasa gerektir. Ayrıca unutulmasın ki bizim hukukumuzda gerek irade sakatlığı gerekse de vasiyetname yapma ehliyeti kesin hüküm-süzlük değil, iptal yaptırımına tabidir (TMK m. 557/I b. 1-2). Bu nedenle bu vasiyetlerin getirdiği *sözde dezavantajlar*, bir el yazılı vasiyetnamenin bu anlamda getirdiği dezavantajlardan daha fazla değildir. Üstelik bu vasiyet-lerde vasiyetçinin görüntüsü ve sesi de bulunduğundan vasiyetçinin jest ve mimikleri ile hal ve hareketlerinden, ses analiziyle sesindeki titreşimlerden ehliyet veya irade sakatlığı halleri ve hatta bunlara ek olarak geçici ayırt etme gücünün yokluğu, latife beyanı ve zihni kayıt gibi durumlar el yazılı vasiyetnelere nazaran daha kolay tespit edilebileceği gibi sonradan üçün-cü kişiler tarafından vasiyet içeriğine ilave yapılması da engellenmiş olacaktır.<sup>189</sup> Keza adli bilişim teknolojisindeki gelişmeler sayesinde vasiyet düzenleme tarihi vasiyet içeriğinde yer almasa bile, kaydın yapıldığı tarih *-bir vasiyet dışı olgu olarak-* çoğu zaman el yazılı bir vasiyetnameden daha kuvvetli belirlenebilecektir.

Görsel-işitsel iletişim kurmaya yarayan araçlar vasıtasıyla yapılan vasiyetlerin el yazılı vasiyetnelere nazaran en büyük dezavantajı bunların kaydedilip saklanmaması halinde ortaya çıkabilir. Bu nedenle anlık görüntü *-streaming-* yoluyla yapılan vasiyetler, kural olarak yalnızca olağanüstü durumların varlığı halinde ve tanıklarla desteklenerek belki bir sözlü vasiyetname olarak geçerli kabul edilebilir. Lâkin günümüz teknolojisi rahatlıkla bunların akıllı telefonlara, sosyal medya hesaplarına, bilgisayarlara ve bulutlara (cloud) kaydedilmesine olanak tanımaktadır. Bu şekilde kaydedilip saklanan vasiyetlerin tahrif edilme, yok olma olasılığı bir el yazılı vasiyetnameden fazla olmayacaktır<sup>190</sup>.

Bu türden vasiyetlerin Türk pozitif hukuku bakımından geçerliliği konusunda ise duraksanabilir. Zira görüntülü ve sesli vasiyetname kanunlarımızda düzenlenmiş değildir. Kanunumuzun öngördüğü vasiyetname türleri ise sözlü vasiyetname, el yazılı vasiyetname ve resmî vasiyetname olarak *“numerus clausus”* ilkesine tabidir. Dolayısıyla bu türden vasiyetlerin geçerliliği konusunda ancak bu vasiyetnamelerin kanunun öngördüğü şekil türlerinin öngördüğü amaçların içerisinde mütalaa edilmesiyle bir yargıya varılabilir. Türk hukukunda dijital ortamda yapılan bu tür *yazı içermeyen vasiyet-*

<sup>189</sup> Aynı yönde bkz. ZALUCKI, Video, s. 133-134.

<sup>190</sup> Harvard Law Review Developments in the Law - More Data, More Problems, s. 1799.

*lere* ilişkin özel bir yasal düzenleme olmadığından bunların geçerlilikleri ilk olarak *sözlü vasiyetnameler* bağlamında değerlendirilebilir. Ayrıca benimseydiğimiz fonksiyonel yaklaşım ilkesi gereğince, bunların asgarî el yazılı vasiyetnamelere ilişkin şekil kurallarıyla öngörülen amaca ulaşılmasını sağlayıp sağlamaması da bunları pozitif hukukumuzda geçerli bir vasiyet olarak tanıyıp tanınmamasında belirleyici olacaktır.

## **B. Görüntülü ve Sesli Vasiyetlerin Geçerliliğinin Sözlü Vasiyetnameler Yönünden Değerlendirilmesi**

### **a. Sözlü Vasiyetnameler Yönünden Genel Değerlendirme**

Pozitif hukukumuzda resmî ve el yazılı vasiyetnamelere nazaran vasiyetçinin kimliği ile vasiyetname içeriğinin vasiyetçinin gerçek iradesini yansıtır yansıtmadığı konusunda en büyük şüphe hiç kuşkusuz sözlü vasiyetnamelerdedir. Sözlü vasiyetnamelerde vasiyetçi olağanüstü bir durumun varlığı halinde iradesini iki tanığa sözlü olarak açıklamakta ve tanıklar da bu vasiyetname iradesini ya hemen yazılı hale getirip imzalamakta (TMK m. 540/I) ya da önceden bir belge düzenlemek yerine vakit geçirmeksizin mahkemeye başvurup vasiyetçinin sözle açıkladığı iradesini tutanağa geçirebilmektedirler (TMK m. 540/II). Resmî ve el yazılı vasiyetnameler dışında, belki de bunların sıkı şekil kurallarıyla çelişir şekilde ve fakat yalnızca olağanüstü durumlarda ve yine belirli şekil kurallarını içerecek şekilde sözlü vasiyetname yapma imkânının tanınması, özünde ölüme bağlı son arzulara duyulan saygının bir yansıması olarak görülmelidir.

Kanunun bu düzenlemeleri çerçevesinde şu tespitler yapılabilir. İlk olarak sözlü vasiyetnamelerde resmî vasiyetnamelerde ve el yazılı vasiyetnamelerde olduğu gibi vasiyetçinin kimliğini teşhis fonksiyonunu *kesin* olarak sağlayabilecek bir mekanizma yoktur. Zira sözlü vasiyetnamelerde ne resmî vasiyetnamelerde olduğu gibi beyan sırasında resmî bir memur merasime katılır, ne de el yazılı vasiyetnamelerde olduğu gibi metin ve imza aracılığıyla kimliği tespit edilebilir. Bu vasiyetnamelerde kimliği teşhis fonksiyonu tanıklar aracılığıyla sağlanır. İkinci olarak vasiyetçinin sözlü beyanı ile onun bu beyanının yazılı hale getirilmesi arasında geçecek süre içinde vasiyetçinin gerçek iradesinin tam ve sağlıklı olarak tespit edilebileceği de şüphelidir. Vasiyetçinin sözle dışı vurduğu iradesinin gerçekliğinin de yalnızca iki tanığın karşılıklı denetimine bırakıldığı düşünüldüğünde bu şüphe daha da artar. Ancak bu derin şüphelere rağmen kanun koyucu, vasiyetçinin son arzularına saygı düşüncesiyle sözlü vasiyetname yoluyla vasiyetçinin resmî

veya el yazılı vasiyetname yapma imkânının olmadığı olağanüstü durumlarda vasiyetçiye sözlü olarak son arzularını ifade etme ve onları hayata geçirebilme imkânı tanımıştır. Lâkin bu imkân yalnızca yakın ölüm tehlikesi, ulaşımın kesilmesi, hastalık, savaş gibi olağanüstü durumlarda kullanılabilen “*istisnâ*” (TMK m. 539/I) ve aynı zamanda vasiyetçi için sonradan kanunun öngördüğü diğer şekillerde vasiyetname yapma olanağı doğması halinde, bu tarihin üzerinden bir ay geçince kendiliğinden hükümden düşmesi nedeniyle de “*geçici*” (TMK m. 541) bir nitelik taşır. Bunun köklü sebebi ortadadır. Birincisi, yukarıda da belirttiğimiz üzere bu vasiyetname içeriği özellikle tanıklar tarafından manipüle edilmeye müsaittir. Gerçi TMK m. 539/III atfıyla resmî vasiyetnamelerde başta tanıklara ve bunların kanunda sayılan yakınlarına kazandırmada bulunulamayacağına ilişkin yasaklar (TMK m. 536/II) ile tanıkların niteliklerine ilişkin diğer yasaklar (TMK m. 536/I) sözlü vasiyetnamelerde de uygulanır, lâkin bu düzenlemelerin vasiyetçinin gerçek iradesini ne ölçüde koruduğu daima şüpheli olacaktır. Bu yüzden kanun koyucu bu konuda ikinci bir koruma önlemi olarak bu vasiyetnamenin geçici bir karakteri haiz olduğunu düzenlemiştir (TMK m. 541). İkinci olarak, vasiyetçinin sözlü beyanı ile onun beyanının yazıya dökülmesi arasında geçecek zaman aralığında, vasiyetname içeriğinin vasiyetçinin gerçek iradesinden sapma olasılığı her zaman mevcuttur<sup>191</sup>. İşte bu yüzden ki, kanun koyucu tanıklara bu beyanı “*hemen*” yazma (TMK m. 540/I) veya hemen belge düzenlenmemeleri halinde de “*vakit geçirmeksizin*” mahkemeye başvurma (TMK m. 540/II) görevi yüklemiştir. Lâkin bu koruma önlemleri bile vasiyetçinin son arzularının gerçek biçimde hayata geçirilmesindeki riskleri bertaraf edemez. Vasiyetçi son noktada tanıkların “*insafına*” kalmıştır. Özellikle vasiyetçinin sözlü vasiyetname hükümden düşmeden önce ölmesi halinde sözlü vasiyetnamenin geçici niteliğini kaybedip kesin sonuç doğuracağı<sup>192</sup> düşünüldüğünde artık geriye bu vasiyetnamenin vasiyetçinin gerçek iradesini yansıtmadığını ispat etmekten başka bir yol kalmayacaktır. Üstelik ispat yükü de genel ispat kuralı gereği bunun geçersizliğini iddia eden tarafa düşecektir (TMK m. 6)<sup>193</sup>. İşleme katılmayan bir kişinin bunun geçersizliğini ispatının zorluğu ise ortadadır.

---

<sup>191</sup> DURAL/ÖZ, s. 96.

<sup>192</sup> KAYAK, s. 216; DORJEE-GOOD, ZGB Art. 506-508 Rn. 7.

<sup>193</sup> KAYAK, s. 216.

Sonuç olarak sözlü vasiyetnamelerde vasiyetçinin kimliğini kesin biçimde teşhis ve vasiyetçinin gerçek iradesinin hayata sağlıklı bir şekilde geçirme olasılığı diğer şekli anlamda vasiyetnamelere göre hep daha düşüktür. Oysa bu sözünü ettiğimiz sakıncalar dijital ortamda yapılan vasiyetlerde hep daha aza indirgenir. Bir kere görüntülü ve sesli vasiyetlerde vasiyetçinin kimliği neredeyse şüpheye yer vermeyecek şekilde tespit edilebilir. Görüntülü vasiyetlerde vasiyetçinin yüzü ve sesi, salt sesli vasiyetlerde de vasiyetçinin sesi fiziksel ve davranışsal olarak ölçülebilir ve kimlik tespitinde kullanılabilir nitelik taşırlar. İkinci olarak dijital ortamda görüntülü ve sesli açıklanan irade beyanı, kalıcı bir içerik olarak kaydedildiğinde bu irade beyanının sözlü vasiyetnamelerde ihtimal dahilinde olan vasiyetçinin irade beyanından farklı şekilde ortaya çıkma riski de bertaraf edilir<sup>194</sup>. Böylece vasiyetçinin son arzularının onun dilediği şekilde sağlıklı bir biçimde hayata geçirilmesi sağlanabilir. Vasiyetçinin görüntülü ve sesli beyanlarının kesilip montajlanma olasılığı yine vardır. Ancak günümüz adli bilim teknikleriyle kayıt bütünlüğünü doğrulanması ve bunların tespiti kolayca yapılabilir<sup>195</sup>. Burada sözlü vasiyetnamede olduğu gibi, vasiyetçinin dilekleri tanıkların onu anlama ve ifade etme biçimine göre değil, bizatihi vasiyetçinin irade beyanına göre tespit edilir<sup>196</sup>.

#### b. Olağanüstü Durumda Dijital Ortamda Yapılan Sözlü Vasiyetnameler

İstisnaî bir vasiyetname türü olan sözlü vasiyetname yoluna başvurulabilmesi için vasiyetçinin yakın ölüm tehlikesi, ulaşımın kesilmesi, hastalık, savaş gibi olağanüstü durumlar yüzünden resmî veya el yazılı vasiyetname yapamayacak durumda olması gerekir. Bu olağanüstü durumlar sınırlı sayıda olmayıp amaca uygun yorumlanmalı, vasiyetçinin el yazılı veya resmî vasiyetname yapma imkânının olmadığı diğer durumlara da yaygınlaştırılmalıdır. Bu noktada önemli olan vasiyetçinin vasiyeti yaptığı zamandan itibaren kısa bir süre sonra dahi yaşayıp yaşamayacağını bilmemesidir<sup>197</sup>. Bu olgu da objektif değil, subjektif olarak yorumlanmalıdır<sup>198</sup>. Bu noktada, intihar etme niyetinde olan kişinin resmî veya el yazılı vasiyetname yapma konusunda

<sup>194</sup> ORUÇ, s. 216.

<sup>195</sup> KORKMAZ Yunus / BOYACI Ayтуğ, “Adli Bilişim Açısından Ses İncelemeleri”, **Fırat Üniversitesi Mühendislik Bilimleri Dergisi**, Cilt 30, Sayı 1, 2018, s. 339.

<sup>196</sup> Karş. ORUÇ, s. 216.

<sup>197</sup> İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 195.

<sup>198</sup> BREITSCHMID, ZGB Art. 506-508 Rn. 1.

manevî imkânsızlık içinde olduğunu ve sözlü vasiyetname düzenleyebileceğini kural olarak kabul etmek gerekir<sup>199</sup>.

Kanunun aradığı olağanüstü durumun varlığı halinde vasiyetçinin son arzularını akıllı telefon, bilgisayar, tablet vb. üzerinden açıklaması halinde bu açıklamalar sözlü vasiyetnamenin koşullarını karşılayacak mıdır? Bu hususta ilk olarak vasiyetçinin son arzularını iki tanığa anlatması yönünden incelenecek olursa, şu tespiti yapabiliriz. Öncelikle, vasiyetçinin bu arzularını tanıklara onların fiziksel huzurunda anlatması gerekmez<sup>200</sup>. Hatta doktrinde şahitlerin vasiyetçiyi görmelerinin bile şart olmadığı, kimliğinden emin olmalarının yeterli olduğu kabul edilmektedir<sup>201</sup>. Bu ön kabulle, vasiyetçinin anlık iletişim sağlayan cihazlarla dijital ortamda iki tanıkla aynı anda tele veya video konferans yoluyla iletişim kurup son arzularını onların sanal huzurunda açıklaması halinde vasiyetname bu yönden herhangi bir şekil eksikliği içermeyip geçerlidir. Tele veya video konferans yoluyla bağlanılan tanıklar aynı fizikî ortamda birlikte bulunabileceği gibi, farklı yerlerde de olabilir<sup>202</sup>. Önemli olan bu iradenin tanıklara aynı anda açıklanmasıdır<sup>203</sup>. Örneğin, göçük altında kalan bir kişinin kurtarılmayı beklerken telefonla görüntülü veya sesli olarak iki tanığa aynı anda bağlanması ve son arzularını açıklaması veya karda tipi yüzünden kaybolan kişinin aynı şekilde iki yakınıyla iletişim kurarak onlara vasiyetname yazma veya yazdırma görevi yüklemesinde durum böyledir. Her iki örnekte de vasiyetçi el yazılı veya resmî vasiyetname yapma imkânından mahrumdur. Bu senaryolarda tanıklar ka-

<sup>199</sup> Sonuçta intihar kararını vermiş ve bu yola girmiş kişiden intihar etmeden önce notere gitmesi beklenemez. Bu kişilerin el yazılı vasiyetname düzenleme imkânının olduğu ileri sürülebilirse de içinde bulunduğu durum ve karar sürecinde manevî olarak kendisinden el yazılı vasiyetname hazırlanmasının beklenmemesi gerekir. Karş. HIRSCH, s. 901. Ancak Michigan Temyiz Mahkemesi 2018 yılında, *In re Estate of Horton* kararında vasiyetçinin intihar etmeden önce cep telefonuna kaydettiği son arzularını içeren beyanını yazılı şekil şartını yerine getirmediği gerekçesiyle reddetmiştir (HIRSCH, s. 854 vd.)

<sup>200</sup> Böyle durumlarda zaten çoğu zaman vasiyetçinin fizikî yakınında bulunan kişiler de aynı durumda olacağından iletişim teknolojisinin geliştiği böyle bir dönemde bu şartı aramamak gerekir. Bu noktada borçlar hukukunda telefon, bilgisayar gibi iletişim sağlayabilen araçlarla doğrudan iletişim sırasında yapılan öneriyi hazır olanlar arasında yapılmış sayan kanun hükmü de (TBK m. 4/II) her ne kadar miras hukuku ve borçlar hukukunun fonksiyonları farklı olsa da “*favor testamenti*” yaklaşımıyla kıyasa elverişlidir.

<sup>201</sup> DURAL/ÖZ, s. 93; ANTALYA/SAĞLAM, s. 178; KAYAK, s. 211; SAVAŞ, s. 83; KOYUNCU Ferhat, **Sözlü Vasiyetname**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 76.

<sup>202</sup> Karş. SAVAŞ, s. 85.

<sup>203</sup> Aynı yönde bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 222; EREN, s. 83; İMRE/ERMAN, s. 97; BREITSCHMID, ZGB Art. 506-508 Rn. 4; ERGÜNE, s. 307-308; SAVAŞ, s. 85; ABT, s. 157- 158; ORUÇ, s. 215; KOYUNCU, s. 95.

nunun öngördüğü diğer usûlleri de (TMK m. 539 vd.) yerine getirerek vasiyetnameyi hayata geçirebilirler<sup>204</sup>. Bu arada tanıklar, vasiyetçinin son arzularını el yazısıyla yazabilecekleri gibi dijital veri oluşturulmasına yarayan telefon, tablet, bilgisayar vb. cihazlarla da yazabilirler<sup>205</sup>.

Peki ama vasiyetçinin ölüme bağlı tasarruf yaptığı sırada son arzularını anlatabileceği tanık veya tanıklar yoksa ne olacaktır? Açıkçası sözlü vasiyetnameye ilişkin kanuni düzenleme yapılırken sözlü vasiyetnamelerin tarihi ve geleneksel dokusundan ödün verilmemiş, teknolojinin de gelişmesiyle birlikte vasiyetçinin artık olağanüstü durumlarda bile son arzularını dijital ortam üzerinden kendi başına beyan etme olanağı göz ardı edilmiştir. Bu kanun boşluğunun TMK m. 1/II uyarınca doldurulması gerekir. Vasiyetçinin olağanüstü durumda tanıkların yokluğunda son arzularını kendi yanında bulunan cihazına sesli veya görüntülü *offline* olarak kaydetmesi mümkündür. Bu durumda, vasiyetçinin sesli ve görüntülü kayıt yaptıktan sonra öldüğü senaryolarda onun son arzularını içeren beyanına ancak kendisine ve yaptığı kayda ulaşılabildikten sonra erişilmesi mümkün olacaktır. Böyle bir durumda hakimin kanun boşluğunu doldururken vasiyetçinin son arzularının hayata geçirilebilmesi için sözlü vasiyetname için kanunda aranan şekli şartların yerine getirilmesini aramaması gerekecektir. Zira kanun koyucunun bizatihi resmî ve el yazılı vasiyetnameler dışında sözlü vasiyetname hakkı tanınması, onun son arzularına duyulan saygının bir yansıması olarak bu arzuların onun iradesine uygun biçime hayata geçirilmesini haklı kılar. Ayrıca sözlü vasiyetnamelerde tanıkların fonksiyonu vasiyetçinin son arzularının varlığı ve onun iradesine uygunluğunu tespit etmek olduğuna göre, halihazırda vasiyetçinin bunları tanıklara başvurmaksızın kendi teknik imkânlarıyla yerine getirmesi halinde sözlü vasiyetnamelerde tanıkların katılımıyla sağlanacak bu fonksiyonlar üstelik onların göreceği fonksiyonlardan daha kuvvetli biçimde yerine getirilmiş olacaktır. Bu durumda kanun boşluğunun doldurulması yoluna da gidilmeyip fonksiyonel yaklaşımla pozitif hukuk kuralları içinde de bunlara geçerlilik kazandırma imkânı ortaya çıkar.

Buna benzer bir başka senaryo da şu şekilde gerçekleşebilir. Vasiyetçi olağanüstü durumun varlığı halinde son arzularını iki tanığa anlatmak yeri-

---

<sup>204</sup> SAVAŞ, s. 87; ORUÇ, s. 215.

<sup>205</sup> İMRE/ERMAN, s. 97; EREN/YÜCER AKTÜRK, s. 126; ABT, s. 158; ERGÜNE, s. 309; Aksi görüşte bkz. DURAL/ÖZ, s. 95. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU da bunların üçüncü kişiler tarafından yazılması ve tanıklar tarafından hiç okunmadan mahkemeye intikal ettirileceği endişesiyle bu görüşe karşı çıkmaktadır (s. 224).



ne, bunları kayıt altına almaya yarayan cihazlara kaydedip saklamayı ve hatta bu cihazlar aracılığıyla kamuya açık sosyal medya hesabında veya internette herhangi başka bir ortamdan yayınlamayı da tercih edebilir. Bu ihtimalde kanunun lafzına baktığımızda vasiyetçinin son arzularını iki tanığa anlattıktan sonra onlara bu beyanına uygun bir vasiyetname yazmaları veya yazdırmaları görevini yüklemesi (TMK m. 539/II) ve akabinde tanıkların bunları hemen yazıp imzalayarak gecikmeksizin mahkemeye tevdi etmesi (TMK m. 540/I) veya belge düzenlemeden vakit geçirmeden mahkemeye başvurup onun son arzularını tutanağa geçirilmesi (TMK m. 540/II) unsurlarının eksik olduğu görülür. Lâkin şekle ilişkin tüm bu kuralların vasiyetçinin kimliğini teşhis ve vasiyetçinin son arzularının kendi iradesine uygun olarak hayata geçirilmesini amaçladığı gözetildiğinde, bu amaçların *-üstelik de sözlü vasiyetnamelerde son arzuların yazımında ve tutanağa gecikmeksizin geçirilmesinde vasiyetçinin son arzularının yanlış, eksik veya hatalı olarak ifade edilme riski de vasiyetçi tarafından bir kayıtla bertaraf edildiği için-* hasıl olduğunu söylemek mümkündür<sup>206</sup>. Benimsediğimiz fonksiyonel yaklaşım, bunların geçerli bir vasiyet olarak ayakta tutulmasını sağlar. Bu noktada yalnızca tanıkların vasiyetçiyi vasiyetname yapmaya ehil gördüklerini ve onun son arzularını olağanüstü durum içinde kendilerine anlattığını hâkime beyan etmeleri gerekliliğin eksik olduğu (TMK m. 540/I c. 2) ileri sürülebilir. Lâkin gerek olağanüstü durumun varlığı gerekse vasiyetçinin vasiyetname yapma ehliyetini haiz olup olmadığı vasiyetname dışı olgularla tespit edilebilir. Ayrıca ehliyetsizlik, vasiyetnamelerde kesin hükümsüzlüğe değil, iptal edilebilirlik yaptırımına tabidir (TMK m. 557/I b. 1) ve bu tür vasiyetlerde ehliyet sorunu el yazılı vasiyetnamelerde olduğundan başka bir farklılık arz etmemektedir. Dolayısıyla bu unsurların eksikliği *favor testamenti* yaklaşımıyla bir iptal sebebi oluşturmaz.

### c. Olağan Durumlarda Dijital Ortamda Yapılan Sözlü Vasiyetler

Olağanüstü durumların varlığı halinde belirli koşullar dahilinde dijital ortamda sözlü vasiyetname yapılabilmesi mümkün ise de, olağanüstü bir durum söz konusu olmadığı halde vasiyetçinin son arzularını dijital ortamda açıklaması halinde ne olacaktır? Bu türden vasiyetlerin geçerliliği de yine kanunun sınırlı sayı ilkesine tabi olarak öngördüğü sözlü, el yazılı ve resmî vasiyetnameler için

<sup>206</sup> Aksi görüşte olan *ORUÇ* ise *-de lege lata-* böyle bir vasiyetnamenin geçerli olmayacağını savunmakla birlikte *-de lege ferenda-* vasiyetçinin son arzularının daha açık tespit edilebileceği gerekçesiyle böyle bir düzenlemenin yapılması gerektiği görüşündedir (s. 216).

öngördüğü şekil kuralları çerçevesinde değerlendirilmelidir. Bu bağlamda ilk akla gelen *-vasiyetçinin iradesini görüntülü ve sesli açıklaması nedeniyle-* sözlü vasiyetnamelerdir. İstisnâ bir vasiyetname olan sözlü vasiyetname yapılabilmesi için iki maddî koşulun kümülatif olarak gerçekleşmesi gerekmektedir<sup>207</sup>. Birincisi, vasiyetçi yakın ölüm tehlikesi, ulaşımın kesilmesi, hastalık, savaş gibi olağanüstü durum içinde olmalıdır. İkincisi vasiyetçi bu olağanüstü durum yüzünden resmî veya el yazılı vasiyetname yapamayacak durumda olmalıdır. Öncelikle ifade etmek gerekir ki; bu iki koşul vasiyetnamenin şekline ilişkin değil, esasa ilişkin koşullardır<sup>208</sup>. Bu iki koşulun olmadığı durumlarda yapılan sözlü vasiyetlerin akıbeti doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre bu maddî koşulların bulunmaması vasiyetnameyi *kesin hükümsüz* kılar<sup>209</sup>. Diğer görüşe göre ise bu koşulların yokluğu şekil eksikliği nedeniyle *iptal edilebilirlik* yaptırımına tabi olmalıdır<sup>210</sup>. Bize göre ise bu koşullar her ne kadar şekle ilişkin değilse de bunların yokluğu kesin hükümsüzlük yerine vasiyetnamelerdeki özel hükümsüzlük rejimine, yani iptale tabi olmalıdır. En ağır kesin hükümsüzlük sebeplerinden ehliyetsizlik ve hukuka ve ahlâka aykırılığın bile iptale tabi olduğu bir rejimde, sözlü vasiyetnamenin maddî koşullarının yokluğunun daha ağır bir yaptırıma tabi olması da *-favor testamenti-* ilkesi çerçevesinde beklenemez. Dolayısıyla dijital ortamda yapılan bu tür vasiyetnameler, sözlü vasiyetnamelerin geçerlilik koşullarını taşımadığından *-sözlü vasiyetname olarak-* geçersizdir.

Öte yandan olağanüstü bir durum söz konusu olmaksızın yapılan bu vasiyetlerin kanunda el yazılı vasiyetnameler için öngörülen şekil kurallarıyla güdülen amaca el yazısı dışında, sözlü bir vasiyet yoluyla ulaşıp ulaşılmayacağına da araştırılması gerekir. İlk bakışta, görüntülü veya sesli bir vasiyetin el yazılı vasiyetname koşullarını karşılayıp karşılamadığının bunların geçerliliği bakımından araştırılması şaşırtıcı gelebilir. Lâkin benimsediğimiz fonksiyonel yaklaşım gereğince, el yazılı vasiyetnamenin şekil kurallarıyla öngörülen amaçlara başka araçlarla ulaşma imkânı varsa bu vasiyetler de *-favor testamenti-* yaklaşımla ayakta tutulmalı ve onlara iptal edilemez bir geçerlilik kazandırılmalıdır<sup>211</sup>. Bu bağlamda görüntülü ve sesli vasiyetlerin el

<sup>207</sup> OĞUZMAN, s. 126; DURAL/ÖZ, s. 91.

<sup>208</sup> OĞUZMAN, s. 126; ANTALYA/SAĞLAM, s. 177; ERGÜNE, s. 307; KOYUNCU, s. 51-52.

<sup>209</sup> OĞUZMAN, s. 126; KÖPRÜLÜ, s. 163, dn. 75; İMRE/ERMAN, s. 92; ERGÜNE, s. 307.

<sup>210</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞU, s. 219.

<sup>211</sup> Nitekim 2018 yılında Yeni Zelanda'da mahkeme *Pfaender v. Gregory* kararında amaçsal yaklaşımı benimseyerek vasiyetçinin son arzularını içeren ses kaydını yazılı vasiyetnamenin şekil koşullarını sağladığı gerekçesiyle geçerli bir vasiyet olarak kabul etmiştir (HIRSCH, s. 857).

yazılı vasiyetnamenin zorunlu şekli unsurları olan el yazılı metin, el yazılı imza ve el yazılı düzenleme tarihiyle öngörülen amaçları karşılayıp karşılamadığı esas alınarak bir yargıya varılmalıdır.

El yazılı vasiyetnamede metnin el yazısıyla yazılması vasiyetçiyi teşhis, uyarma ve vasiyet içeriğinin belgelenmesi fonksiyonlarının yerine getirilmesini sağlar. El yazılı vasiyetnamede metnin el yazısıyla yazılması vasiyetçinin kimliğini teşhise yarar. Görüntülü ve sesli vasiyetler bu açıdan değerlendirildiğinde son arzularını kendi görüntüsünü ve sesini içerecek veya salt sesli vasiyetlerde yalnızca sesiyle açıklayan kişinin teşhisi el yazılı vasiyetnamelere nazaran çok daha kolaydır. Hatta görüntülü vasiyetlerde çoğu zaman kişinin teşhisi, el yazılı vasiyetnamelerde olduğu gibi grafolojik inceleme türünden bir inceleme bile gerektirmez. Kişinin el yazısındaki davranışsal özelliklerine ek olarak görüntülü vasiyetlerde kişinin fizikî özellikleri yanında jest ve mimik gibi davranışsal özellikler de teşhisi kuvvetlendirir. Diğer yandan kişiyi teşhis noktasında kişinin fizikî görüntüsü yanında bir de kişiyi sesinden teşhis etme olanağı doğar. Günümüzde ses analizleriyle görüntü ve ses kayıtlarında montaj ve kurguların tespit edilerek kayıt bütünlüğü doğrulanabilmekte, kayıt iyileştirme ile bozuk kayıtların anlaşılabilirliği sağlanabilmekte, ses kaydı ile konuşmacının profili çıkarılabilmekte ve onun dili kullanım biçimi ve aksan öğeleriyle de kimliği teşhis edilebilmektedir<sup>212</sup>. Görüntünün ve sesin manipüle edilmesi ihtimaline karşı bunların senkronize olup olmadığına dikkat edilmelidir<sup>213</sup>. Ayrıca dudak okuma teknikleri bunların senkronize olup olmadığının tespitinde kullanılabilir. Bu arada belirtmek gerekir ki görüntü ve sesin vasiyetçiyi teşhise imkân verecek nitelikte ve kalitede olması lazımdır. Bu nedenle görüntülü ve sesli vasiyetlerin el yazılı metinlerdeki teşhis fonksiyonunu fazlasıyla yerine getirdiğine şüphe bulunmamaktadır<sup>214</sup>. El yazılı metnin ölüme bağı tasarruf içeriğini ispat fonksiyonu da ses ve görüntülü vasiyetlerde bunların kaydedilip saklanması halinde yerine getirilir.

Vasiyetçiyi uyarma fonksiyonu bakımından ise bu vasiyetlerin el yazılı metinlere nazaran uyarı fonksiyonunu yeteri kadar yerine getirmediği iddia edilmektedir<sup>215</sup>. El yazılı vasiyetnamelerde vasiyetçinin metni tekrar gözden geçirme, yeniden okuma ve revize etme imkânı vardır. Aynı imkân görüntü-

---

<sup>212</sup> KORKMAZ/BOYACI, s. 329 vd.

<sup>213</sup> ZALUCKI, Video, s. 137.

<sup>214</sup> LANGBEIN, s. 519.

<sup>215</sup> LANGBEIN, s. 519.

lû ve sesli vasiyetlerde de vardır. Zira bunlarda da vasiyetçi dijital ortama kaydettiği görüntülü ve sesli vasiyetini silme, kaydı baştan yapma ve gözden geçirme imkânına sahiptir<sup>216</sup>. Lâkin bu vasiyetlerde el yazılı metnin uyarma fonksiyonunun yerine getirilmiş sayılması için bunlar yeterli değildir. Vasiyetçinin görüntüsü ve sesinden, vasiyeti hazırlama biçiminden, kullandığı sözcüklerden ve genel olarak ifadelerinden gerçek ve samimi olarak vasiyet bırakma iradesinin çıkarılması gerekir. Vasiyetçinin kayda alınan alelade bir sohbet esnasında son arzularını açıklaması halinde uyarma fonksiyonunun yerine getirilmediği söylenebilir. Buna karşılık, vasiyetçinin vasiyet bırakma iradesiyle görüntülü ve sesli vasiyet yapma hazırlıklarına girişmesi, bunu önceden tasarladığına ilişkin icra hareketleri, vasiyet içeriğinin onun kendi son arzularını yansıttığını ifade etmesi halinde uyarma fonksiyonunun yerine getirildiği vasiyet içi olgularla ispatlanmış olacaktır. Örneğin, vasiyetçinin dijital ortamda ürettiği görüntü veya sesini içeren veri dosyasına “vasiyetim” adını vermesi onun gerçek ve samimi son arzularını içerdiği şeklinde yorumlanabilir<sup>217</sup>. Gerçi vasiyetçinin ölüme bağlı son arzularını nasıl nitelendirdiği kural olarak önem taşımaz, nihayetinde belirleyici olan hukuk düzeninin onun iradesine bağladığı sonuçtur. Doktrinde de vasiyetçinin vasiyet yapma iradesinin kesin olarak saptanabildiği hallerde, vasiyetçi bunları gönderme bile bir mektup veya bir posta kartı üzerinde yaptığı irade açıklamalarına somut olayın özellikleri de haklı gösteriyorsa geçerli bir vasiyetname olarak hukukî sonuç bağlanabileceği kabul edilmektedir<sup>218</sup>. Ancak tipik şekil kurallarına uygun vasiyetnamelerde gösterilen bu esnek yaklaşımın ölçüsü, görüntülü ve sesli vasiyetlerin olağan bir yöntem olmaması, vasiyetçiyi uyarma ve vasiyet projesinden ayırma fonksiyonlarının yerine getirilmesindeki şüphelerin kalkması için katılaştırılmalı ve vasiyetçinin görüntülü ve sesli olarak aktardığı açıklamalarından vasiyet yapma iradesinin tereddütsüz biçimde çıkarılmasına imkân verecek bir ölçü derecesine yükseltilmelidir.

---

<sup>216</sup> HALL, s. 360.

<sup>217</sup> Avustralya Queensland Yüksek Mahkemesi *In the Estate of Leslie Wayne Quinn* kararında vasiyetçinin “vasiyetim” (my will) adıyla kaydettiği video dosyasını aynen bu şekilde yorumlamıştır. Karar metni için bkz. <https://www.queenslandjudgments.com.au/case/id/323602> (Erişim Tarihi: 10.5.2020).

<sup>218</sup> OĞUZMAN, s. 119; DURAL/ÖZ, s. 82; ANTALYA/SAĞLAM, s. 172; ABT, s. 147; WEIMAR, ZGB Art. 505 Rn. 27. ABD’de 1924 tarihli meşhur *Kimmels Estate* kararında Yüksek Mahkeme, vasiyetçinin oğullarına gönderdiği domuz etinin nasıl salamura edileceğiyle başlayan, sonrasında soğuk bir kış geçeceği tahmininde bulunulan ve devamında herhangi bir şey olursa mallarının nasıl dağıtılacağını içeren mektubunu bir vasiyetname olarak kabul etmiştir (LANGBEIN, s. 495).

El yazılı vasiyetnamenin bir diğer şekli unsuru olan el yazılı imzanın vasiyetçiyi uyarma, kimliğini teşhis ve vasiyetname projesinden ayırma fonksiyonlarına sahip olduğu genel olarak kabul edilmektedir<sup>219</sup>. Görüntülü ve sesli vasiyetlerde, uyarma ve teşhis fonksiyonlarının sağlanması bakımından el yazılı metin için yaptığımız açıklamalar aynen el yazılı imza için de geçerlidir. Buna karşılık görüntülü ve sesli vasiyetlerin geçerli bir vasiyet olarak sayılmamasında en çok bunların imzaya elverişli olmadığına ve dolayısıyla bunları bir vasiyet projesinden ayırmanın mümkün olmadığına işaret edilmektedir<sup>220</sup>. Gerçekten de görüntülü ve sesli bir vasiyetin teknik olarak imzalanması da kural olarak söz konusu olamaz<sup>221</sup>. Lâkin el yazılı vasiyetnamelerde vasiyetname projesinden ayırma fonksiyonu gören imzanın fonksiyonu görüntülü ve sesli vasiyetlerde başka araçlarla, bizzat vasiyetçinin ifadeleri ve hareketleriyle sağlanabilir. Vasiyetçinin görüntülü ve sesli vasiyetinde irade açıklamalarının gerçek ve samimi iradesini yansıttığını ifade eden sözcükler ve cümleler kullanması, açıklamaları bittikten sonra bunun nihaî arzuları olduğunu ve açıklamalarının sona erdiğini beyan etmesi halinde imzanın vasiyetname projesinden ayırma fonksiyonu ve vasiyet içeriğini sonuçlandırma fonksiyonları da yerine getirilmiş olacaktır<sup>222</sup>. Vasiyetçinin yapılan kaydının vasiyet projesinden ayrılmasını tespitite onun kullandığı sözcükler, kelimeler ve hatta jest ve mimikleri de yardımcı olabilir. Şayet vasiyetçinin ifade ve hareketlerinden kayıta yer alan son arzularını nihaî

<sup>219</sup> Bu konuda hakkındaki açıklamalarımız için bkz. Yuk. III C 2.

<sup>220</sup> LANGBEIN, s. 519; LANG, s. 90.

<sup>221</sup> Gerçi görüntülü vasiyetlerde vasiyetçinin sözle ifade ettiği son arzularını bir alt yazıyla desteklemesi ve ekran üzerine vasiyetine ilişkin sözlerinin sonunda bunları dijital ekran üzerinde biyometrik imzasını ihtiva edecek şekilde formüle etmesi mümkündür. Böyle bir senaryoda el yazılı metin ve imzanın tüm fonksiyonları üstelik de kanunun aradığı yazılılık koşullarını sağlayacak şekilde yerine getirilmiş olur. El yazılı metnin onun davranışsal özelliklerini içermeyen yöntemlerle alt yazılı olarak ekrana yansıtılması ihtimalinde ise, dudak okuma teknikleriyle ve vasiyetçinin bizzat vasiyet içeriğinde bunlara gönderme yapması halinde artık bunların da el yazılılık koşulunu sağladığına şüphe kalmaz. Lâkin itiraf etmek gerekir ki; teoride böyle bir vasiyet tanzimi mümkün ise de pratikte tercih edilen bir yol olmayacaktır. Kaldı ki bu vasiyetlerin geçerli bir vasiyet olarak nitelendirilebilmesi için böyle düzenlenmeleri de zorunlu değildir.

<sup>222</sup> Avustralya'da Queensland Yüksek Mahkemesi *dispensing power* doktrinini uyguladığı 2019 yılında verdiği *In the Estate of Leslie Wayne Quinn* kararında vasiyetçinin akıllı telefonuyla ürettiği ve sonrasında bilgisayarında ve bir cd üzerinde "vasiyetim" (my will) adı altında yedeklediği videonun esas üretildiği telefon kaydına erişememesine rağmen, onun CD'deki kopyasındaki video vasiyetinin içeriğinden dosya içindeki bilgilerin vasiyetçinin son arzularını yansıttığına kanaat getirmiş ve vasiyeti geçerli kabul etmiştir (HEDLUND, s. 727). Kararın tam metni için bkz. <https://www.queenslandjudgments.com.au/case/id/323602> (Erişim Tarihi: 10.5.2020).

olarak düzenlendiği ve bunları onayladığı sonucu çıkarılabiliyorsa, bu durumda imza fonksiyonunun da yerine getirildiği kabul edilmelidir<sup>223</sup>.

El yazılı düzenleme tarihine gelince, dijital ortamda üretilen görüntülü ve sesli vasiyetin yapıldığı kayıttan vasiyet dışı olgulardan da yararlanılarak, üstelik el yazılı vasiyetnamelerde tarihin hiç yazılmaması, eksik yazılması veya kasten veya sehven hatalı yazılması gibi sorunlar da bertaraf edilerek kesin olarak saptanabilecektir.

Bu tür vasiyetlerde vasiyetçinin son arzularına ilişkin iradesini herhangi bir kişinin korkutması veya zorlaması sonucu açıklayıp açıklamadığı veya açıklamalarını geçici ayırt etme gücünün yokluğuna yol açacak bir maddenin tesiri altında yapmadığının tespit edilemeyeceğine yönelik argümanlar da yersiz kalacaktır. Zira aynı sorunlar el yazılı vasiyetname de vardır. Hatta görüntülü ve sesli vasiyetlerde kişinin ses ve görüntüsünden böyle bir tesir altında kalıp kalmadığı el yazılı vasiyetnamelere nazaran daha kolay ve kuvvetli biçimde tespit edilebilecektir. Kaldı ki hem ehliyetsizlik hem de irade sakatlıkları kural olarak iptal edilinceye kadar vasiyetnamenin geçerliliğine etki etmezler. El yazılı vasiyetnamenin şekil kurallarıyla öngörülen amaçların görüntülü ve sesli vasiyetlerde gerçekleşmesi halinde, bunların ehliyet yönünden geçersiz olduğunu bunu iddia eden taraf kanıtlamalıdır.

Sonuç olarak görüntülü ve sesli vasiyetler, kanunda el yazılı vasiyetnameler için öngörülen şekil kurallarıyla amaçlanan uyarma, teşhis ve vasiyet projesinden ayırma fonksiyonlarını sağladığı sürece *-de lege lata-* geçerli bir vasiyet olarak kabul edilmelidir. Bunların bu fonksiyonları yerine getirip getirmediği ise her bir somut olay bakımından titizlikle incelenmelidir. Benimsediğimiz fonksiyonel yaklaşım gereğince, bu fonksiyonların yerine getirilmesi halinde bunların iptali istemi hakkın kötüye kullanılması yasayla karşı karşıya kalacaktır (TMK m. 2/II).

### 3. Dijital Ortamda Yapılan Resmî Vasiyetnameler

Pozitif hukukumuza göre resmî vasiyetnameler resmî memur düzenlenerek tanıkların da katılımıyla özel bir merasime tabi olarak yapılarak yapılabilmektedir (TMK m. 532 vd.). Öncelikle ifade etmek gerekir ki; Elektronik İmza Kanununun kanunların resmî şekle veya özel bir merasime tabi tuttuğu

<sup>223</sup> LANGBEIN da vasiyetçinin ses kaydından onun vasiyet bırakma iradesinin tereddütsüz çıkarılabileceği istisnâî durumlarda artık tipik şekil kurallarında ısrar etmenin adaletsiz olacağı düşüncesindedir (s. 519).

hukukî işlemlerin güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemeyeceğine ilişkin hükmü (m. 5/II), Noterlik Kanununun düzenleme şeklinde yapılması zorunlu tutulan işlemler ile irade beyanlarının alınmasına ilişkin işlemlerde güvenli elektronik imza kullanabilmek için ilgililerin noter huzurunda olmalarını şart koşan hükmü (Noterlik Kanunu m. 198/A) ve Noterlik İşlemlerinin Elektronik Ortamda Yapılması Hakkında Yönetmeliğin<sup>224</sup> (m. 5/I c. 2) kanunların resmî şekle veya özel bir merasime tabi tuttuğu hukukî işlemlerin elektronik imza ile gerçekleştirilemeyeceğine ilişkin hükümleri aykırılığı geçersizliğe yol açacak -lex perfecta- hükümler değil, salt düzen kurallardır (lex minus quam perfecta)<sup>225</sup>. Bu nedenle resmî memurun katılımıyla dijital ortamda yapılan vasiyetnamelerin geçerli olup olmadığı Türk Medenî Kanununun resmî vasiyetnameye ilişkin şekil kurallarına göre (TMK m. 532 vd.) değerlendirilmelidir<sup>226</sup>. Dolayısıyla benimsediğimiz görüş uyarınca resmî vasiyetnamede öngörülen merasim koşulları, o merasim kurallarıyla öngörülen amaca başka yöntem ve araçlarla ulaşılması halinde geçerli bir vasiyetname gibi kabul edilmelidir<sup>227</sup>. Yalnız itiraf etmek gerekir ki; ilgili kanunların düzen hükümleri teoride resmî vasiyetnamenin şekil kurallarına uygun yapılması halinde geçerliliğine etki edemez ise de pratikte böyle bir vasiyetname yapmayı neredeyse imkânsız kılar. Bu gerçeğe rağmen biz, resmî vasiyetnamenin dijital ortamda yapılıp yapılmayacağını, yapılırsa şekil kurallarıyla öngörülen fonksiyonların nasıl sağlanacağını belki ilerde buna imkân verecek yasal düzenlemelere de ışık tutması amacıyla aşağıda ayrıntılı olarak inceleyeceğiz.

Bu noktada akla gelebilecek ilk soru vasiyetçinin TMK m. 533/I uyarınca son arzularını içeren beyanını önceden resmî memura dijital ortamda gönderip gönderemeyeceğidir. Doktrinde de kabul edildiği üzere vasiyetçinin son arzularını resmî memura dijital ortamda göndermesine bir engel yoktur. Vasiyetçi, e-posta, telefonun mesaj servisleri, anlık iletişim kurmaya

---

<sup>224</sup> RG S. 29413, T. 11.7.2015.

<sup>225</sup> Yasaklayıcı nitelik taşıyan bir hukuk normuna aykırılığın geçersizlik sonucunu doğurabilmesi için bu hususun ya açıkça kanun hükmünde yer alması ya da hükmün anlam ve amacından geçersizlik olgusunun tereddütsüz biçimde çıkarılması gerekir (OĞUZMAN/BARLAS, s. 225). Aksi yönde bkz. İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 184; YILDIRIM/VEREP, s. 270-271.

<sup>226</sup> Genel olarak Noterlik Kanunundaki hükümlerin yalnızca düzen hükmü olduğu ve bunlara aykırılığın resmi vasiyetnameyi geçersiz kılmayacağı yönünde bkz. SEROZAN, s. 321; DURAL/ÖZ, s. 63; ANTALYA/SAĞLAM, s. 161; OKTAY ÖZDEMİR, s. 3.

<sup>227</sup> *ORUÇ* resmi vasiyetnamelerin belirli kişilerin katılımı ve özel bir merasime tabi olması nedeniyle elektronik olarak yapılmasına imkân olmadığı görüşündedir (s. 213).

yarayan uygulamalar, vb. araçlarla son arzularını resmî memura önceden gönderebilir<sup>228</sup>. Zira vasiyetçinin kurucu nitelikteki iradesi bu aşamada değil, onun resmî memurun hazırladığı senedi imzalamasıyla ilk defa ortaya çıkacaktır<sup>229</sup>. İkinci olarak şu ihtimal üzerinde durulabilir. Acaba resmî memurun fizikî huzurunda vasiyetnamede imzası bulunması gereken kişilerin (vasiyetçi, tanıklar, resmî memur) resmî memurun hazırladığı bu vasiyetnameyi elektronik imza yoluyla imzalaması vasiyetnameyi geçersiz kılar mı? Bu soruya olumsuz yanıt vermek gerekir. Resmî vasiyetnamelerde imza, vasiyetçiyi uyarma ve teşhis, tanıklar için de teşhis fonksiyonunu gördüğüne göre, resmî memurun fizikî huzurunda atılan imzanın da artık ıslak imzalı veya elektronik imzalı olması bir fark yaratmayacaktır<sup>230</sup>. Dolayısıyla resmî memurun fizikî huzurunda vasiyetçinin ve/veya tanıkların attığı elektronik imza, vasiyetnameyi geçersiz kılmayacaktır. Elektronik İmza Kanunu m. 5/II, Noterlik Kanunu m. 198/A ve Noterlik İşlemlerinin Elektronik Ortamda Yapılması Hakkında Yönetmeliğin m. 5/I c. 2 hükümlerinin resmî vasiyetnamelerin elektronik imza ile yapılamayacağına ilişkin düzen hükümleri de bu yolla yapılan vasiyetnamenin geçerliliğine etki edemeyecektir.

Dijital ortamda resmî vasiyetname yapılıp yapılamayacağı konusunda asıl sorun, vasiyetçi, resmî memur ve tanıkların aynı fizikî ortamda bulunmamaları durumunda ortaya çıkacaktır. Türk Medenî Kanununun resmî vasiyetnameye ilişkin kuralları (TMK m. 532 vd.) resmî vasiyetnamenin mutlaka vasiyetçi, noter ve tanıkların fizikî huzurunda yapılması gerektiğine ilişkin bir hüküm içermemektedir. Resmî belgelendirme işlemlerinin asıl amacı, ilgililerin hukukî işleme yönelik irade beyanlarının gerçeğe uygun şekilde belgeye geçirilmesi<sup>231</sup> olduğuna göre bu amacın gerçekleşmesini mümkün kılan yollarla yapılan vasiyetnameler resmî vasiyetnamelere ilişkin diğer şekil kurallarına uymak kaydıyla geçerli kabul edilebilirler<sup>232</sup>. Dijital ortam-

<sup>228</sup> ERGÜNE, s. 294; ATEŞ, s. 8.

<sup>229</sup> ERGÜNE, s. 294; ATEŞ, s. 8.

<sup>230</sup> Aynı yönde bkz. ÖZBEK, s. 2233. Aksi görüşte bkz. TANRIVER Süha, “Noterler Tarafından Elektronik Ortamda Yapılabilecek Olan İşlemler ve Bu İşlemlerin Gerçekleştirilmesi Usulü”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 65, Sayı 4, Aralık 2016, s. 3680; Oruç, s. 213; Savaş, s. 71; KILIÇOĞLU YILMAZ Kumru, “Resmî Vasiyetname”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 133, 2017, s. 372.

<sup>231</sup> ÖZBEK, s. 2244.

<sup>232</sup> Nitekim genel olarak malvarlığını ilgilendiren bir işlem olarak vasiyetname yanında, en ağır hukukî yaptırım türü sayılabilecek hürriyeti bağlayıcı ceza gerektiren suçlarda bile sanık, tanık, bilirkişiler resmi görevlilerin refakatinde ses ve görüntü bilişim sistemi (SEBGİS) aracılığıyla dinlenebilmektedir (CMK m. 52, 58, 94, 147I h, 180, 196, 219).



da yapılan vasiyetnamelerin geçerliliğinde “*unitas actus*” (işlemden birlik) ilkesi ise ayrı bir yer tutar. Bu ilkeye göre resmî memurun yazdığı veya yazdırdığı vasiyetname metni *vasiyetçi tarafından okunması için ona verildiği andan itibaren tanıkların vasiyetnameye imza koyduğu ana kadar* yapılan merasim işlemlerinin kesintiye uğramadan yapılması gerekir<sup>233</sup>. Bu ilke, vasiyetçi ve resmî memurun katıldığı vasiyetnamenin birinci aşamasında (TMK m. 533) ve vasiyetçi, resmî memur ve tanıkların katıldığı ikinci aşamada (TMK m. 534) da vasiyetçi, resmî memur ve tanıkların eş zamanlı olarak işleme katılmalarını ve iradelerini açıklamalarını zorunlu kılar<sup>234</sup>. Dolayısıyla bu kişilerin eş zamanlı bir araya gelmelerine olanak tanımayan yöntemlerin kullanılması vasiyetnamenin şekil eksikliği nedeniyle geçersizliğine yol açacaktır. Böylece resmî vasiyetnamelerin geçerliliği, ancak merasimin birinci ve ikinci aşamalarında bulunması gereken kişileri eşzamanlı olarak buluşturacak bir yöntemle, senkron video konferans yöntemiyle gerçekleştirilebilmesi halinde gündeme gelebilecektir. Bu yolla gerçekleştirilecek vasiyetnamelerin ispat fonksiyonunu sağlayabilmesi ise bunların kaydedilip güvenli bir elektronik ortamda saklanmasıyla mümkün olabilecektir. Bu arada vasiyetçinin ve tanıkların kimliğini teşhis yönünden sorunun kökten çözümü için video görüntülerinin kayıt altına alınması yanında, merasime katılmak için parmak izi, iris tabakası, retina taraması gibi biyometrik yöntemlere başvurulması kimliği teşhise yönelik şüpheleri de minimize edecektir.

Kimliği teşhis fonksiyonu garanti altına alındıktan sonra, video konferans yoluyla merasimin ilk aşamasında vasiyetçinin son arzularını resmî memura bildirmesi, resmî memurun vasiyetnameyi yazması veya yazdırması, vasiyetçinin vasiyetnameyi okuması aşamalarında işlemin uzaktan yürütülmesi bir zorluk arz etmeyecektir<sup>235</sup>. Bunlar dijital ortamdaki karşılıklı olarak gönderile-

<sup>233</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 178; DURAL/ÖZ, s. 72; ANTALYA/SAĞLAM, s. 167; BREITSCHMID, ZGB Art. 500 Rn. 3; Dorjee-Good, ZGB Art. 499 Rn.6.

<sup>234</sup> BREITSCHMID, ZGB Art. 500 Rn. 5.

<sup>235</sup> Bu aşamada resmi memurun fizikî huzurunda yapılan vasiyetnamelerden tek fark, vasiyetçinin görüntü alanına girmeyen birisi tarafından korkutma yoluyla iradesini açıklamaya zorlanması ihtimalinde ortaya çıkabilir. Gerçi benzer bir risk, vasiyetçinin resmi memurun fizikî huzurunda yapılan vasiyetnamelerde de vardır, lâkin memurun huzurunda yapılması nedeniyle en azından fizikî olarak yakın bir korkutma ihtimalinden söz edilemeyecektir. Bu noktada noterin fizikî huzurunda yapılan resmi vasiyetnamelerin uzaktan vasiyetnamelere nazaran daha güvenli olduğunu itiraf etmek gerekir. Lâkin unutulmamalıdır ki; vasiyetçinin iradesinin bu şekilde sakatlanması halinde vasiyetnamenin hangi şekilde veya hangi yöntemle yapıldığı önem arz etmeksizin iptal edilebilirlik yolu her zaman açıktır (TMK m. 557/I b. 2).

bilecektir. Sorun daha ziyade vasiyetçinin resmî memur tarafından yazılan veya yazdırılan vasiyetnameyi imzalaması ve noterin daha sonra bu vasiyetnameye tarih koyarak imzalaması aşamalarında ortaya çıkabilir. Resmî vasiyetnamelerde vasiyetçinin imzasının onun kimliği teşhis ve onu uyarma fonksiyonları göz önüne alındığında, vasiyetçiyi teşhis noktasında bu vasiyetnamelerin dijital bir kalem (stylus) aracılığıyla kendi el yazısıyla imzalanması (biyometrik imza) ıslak imza ile aynı sonuçları doğuracağından bir sorun yaratmayacaktır. Güvenli elektronik imzaya biyometrik imzaya nazaran daha tereddütle yaklaşılabilirse de, vasiyetçinin imza atarken eşzamanlı görüntüsünün de bulunması nedeniyle bunların elektronik imzayla da imzalanabileceğini kabul etmek gerekir<sup>236</sup>. Resmî vasiyetnamenin bu ilk aşamasında (TMK m. 533) tanıkların bulunmasına gerek yoktur. Ancak işlemin uzaktan yapılması nedeniyle tanıkların da bu aşamada eşzamanlı olarak video konferansa katılmaları iyi olur. Tanıkların birinci aşamaya katılmamış olması halinde ise, *unitas actus* ilkesi gereği memurun vasiyetnameyi tarih koyarak imzalamasından (TMK m. 533/III) hemen sonra video konferansa bağlanmaları gerekir. *Unitas actus*'a tabi işlemlerin herhangi bir aşamasında internet bağlantısının veya elektriğin kesilmesi nedeniyle video konferansın sona ermesi halinde işleme kaldığı yerden devam edilemez, işlemlerin baştan itibaren tekrarlanması gerekir. Tanıkların katıldığı ikinci aşamada ise vasiyetçi, resmî memurun huzurunda bunun kendi son arzularını içerdiğini iki tanığa dijital ortam üzerinden sözlü olarak beyan edebilir (TMK m. 534/I). Tanıklar da daha sonra bu beyanın *kendi önlerinde* yapıldığını ve vasiyetçiyi tasarrufa ehil gördüklerini yazarak veya yazdırarak beyanlarının altını biyometrik imza veya güvenli elektronik imzayla imzalayabilirler (TMK m. 534/II). Bu aşamada tanıkların bu beyanın *kendi önlerinde* yapıldığını şerh etmelerinden ne anlaşılmalıdır? Kanunun böyle bir beyan aramasının altında yatan düşünce, vasiyetçinin son arzularını kendi özgür iradesiyle açıkladığını tespit etmek ve tanıkların vasiyetçiyi vasiyetname yapmaya ehil gördüklerini şerh etmelerinde de vasiyetçinin vasiyetname yapma ehliyetini haiz olduğunu tespit etmek olduğuna göre, bu aşamada tanıkların vasiyetçinin fizikî olarak yanında bulunmalarının şart olduğu sonucuna varılmalıdır<sup>237</sup>.

<sup>236</sup> Nitekim elektronik noter vasıtasıyla video konferans yöntemiyle geçerli bir vasiyetname yapılmasına imkân tanıyan Florida eyaleti yasalarında da (Florida Statutes, Estates and Trusts - 732.522) düzenleme bu şekildedir. [http://www.leg.state.fl.us/statutes/index.cfm?App\\_mode=Display\\_Statute&URL=0700-0799/0732/0732.html](http://www.leg.state.fl.us/statutes/index.cfm?App_mode=Display_Statute&URL=0700-0799/0732/0732.html) (Erişim Tarihi: 10.5.2020).

<sup>237</sup> Dijital ortam üzerinden resmi vasiyetname yapılmasına olanak tanıyan ender devletlerden olan Arizona ve Indiana mevzuatlarında da düzenleme bu şekildedir (HIRSCH, s. 847).

Vasiyetçinin okumadan ve imzalamadan vasiyetname yapmak istemesi halinde ise (TMK m. 535) okuyarak ve imzalanarak yapılan vasiyetnameler hakkındaki açıklamalarımız geçerlidir. Resmî memur video konferans yoluyla vasiyetnameyi vasiyetçi ve tanıkların eş zamanlı katılımında vasiyetçiye okur ve vasiyetçi bunun son arzularını içerdiğini beyan eder (TMK m. 535/I). Bu şekilde düzenlenen resmî vasiyetnamelerde de vasiyetçi ve tanıkların aynı fizikî ortamda bulunmaları vasiyetçinin beyanının kendi önlerinde yapıldığını ve onu tasarrufa ehil gördüklerini vasiyetnameye yazabilmeleri veya yazdırabilmeleri bakımından gereklidir. Yalnız burada tanıkların vasiyetnamenin *kendi önlerinde* memur tarafından vasiyetçiye okunduğunu beyan etmeleri hususunda *kendi önlerinde* ifadesini (TMK m. 535/II), vasiyetnamenin resmî memurun fizikî huzurunda okunması gerektiği şeklinde anlamamak gerekir. Zira burada vasiyetnamenin tanıkların *kendi önlerinde* vasiyetçiye okunma koşuluyla amaçlanan vasiyetçinin kendi okumadığı vasiyetname hakkında memurun onu son kez uyarma ve vasiyetname içeriği hakkında bilgilendirme fonksiyonlarının yerine getirilmesini sağlamaktır. Bu fonksiyonlar, video konferans yoluyla resmî memurun bunları tanıklar önünde okuması halinde de halihazırda gerçekleşmektedir.

## SONUÇ

Türk Medenî Kanununun vasiyetnamenin şekline ilişkin düzenlemeleri (TMK m. 531 vd.) genel olarak vasiyetçinin ölümünden sonra artık bir daha müdahale edemeyeceği gerçek ve samimi iradesini güvence altına almayı amaçlar. Kanunla getirilen tipik sıkı şekil kurallarının her biri vasiyetçinin vasiyet bırakma iradesini güvence altına almak için farklı fonksiyonlar ihtiva eder ve her biri bu amacın gerçekleştirilmesine hizmet eder.

Her hukuk kuralı gibi şekil kuralları da yalnızca lafzıyla değil, amaçları doğrultusunda yorumlanmalıdır. Kanunun vasiyetnamenin şekil kurallarıyla öngördüğü amaca dijital yöntem ve araçlarla ulaşılması halinde bunlar *favor testamenti* yaklaşımıyla geçerli olarak ayakta tutulmalıdır. Vasiyetnamelerde şekil kuralları genel olarak vasiyetçinin ölüme bağlı son arzularının varlığını ve bunların içeriğini, vasiyetçiyi *uyarma*, onun kimliğini *teşhis* ve vasiyet bırakma iradesini *ispat* fonksiyonuyla sağlarlar. Bu fonksiyonların yerine getirildiği dijital ortamda yapılan her türlü ölüme bağlı tasarruf *favor testamenti* desteğiyle geçerli sayılmalıdır. Bu fonksiyonların yerine getirildiği ve vasiyetçinin gerçek ve samimi iradesinin şüpheye yer vermeyecek şekilde tespit edildiği ölüme bağlı tasarruflarda artık bunların kanundaki tipik şekil

kurallarını taşımadığını ileri sürmek hakkın kötüye kullanılması sayılmalıdır (TMK m. 2/II). Zira böyle bir durumda tipik şekil kurallarının öngördüğü amaç hasıl olmuştur; yalnızca kullanılan yöntem ve araçlar farklıdır. Yapılış yöntemine ve yapılışında kullanılan yöntem ve araçlara göre dijital vasiyetnamelerin ve vasiyetlerin geçerli olup olmadığı *favor testamenti* destekli *fonksiyonel yaklaşım* ve *dürüstlük kuralı* doğrultusunda değerlendirilmelidir. Nitekim karşılaştırmalı hukukta da farklı doktrinler adı altında (*substantial compliance - dispensing power - harmless error*) vasiyet bırakma iradesinin şüpheye yer vermeyecek şekilde tespit edilebilmesi halinde tipik şekil eksiklikleri bertaraf edilebilerek vasiyetname ayakta tutulmaktadır.

Dijital bir kalemle (*stylus*) ekran üzerinde vasiyetçinin kendi el yazısı ve imzası gibi davranışsal özelliklerini içeren *biyometrik yazı ve imzalı vasiyetnameler*, TMK m. 538'deki el yazılı vasiyetnamenin tüm şekli koşullarını taşıdığından *favor testamenti desteğine de gerek kalmaksızın* geçerlidir. Buna karşılık uyarma ve teşhis fonksiyonlarını sağlamayan *elektronik imzalı vasiyetnameleri* geçerli saymaya olanak yoktur. Biyometrik yazı ve imzalı ve elektronik imzalı vasiyetnameler *dışında* dijital ortamda yapılan *diğer yazılı vasiyetnameler* de bu fonksiyonları yerine getirememektedir.

Dijital ortamda sözlü vasiyetname için aranan *olağanüstü bir durum olmaksızın* oluşturulan görüntülü ve sesli vasiyetler de el yazılı vasiyetnamenin şekil kurallarıyla getirilen tüm fonksiyonları sağlamaları halinde *favor testamenti* yaklaşımla ayakta tutulmalıdır. Bunlarda vasiyetçiyi teşhis ve vasiyet içeriğini ispat fonksiyonları kural olarak yerine getirilmiş sayılabilirse de, el yazılı metin ve el yazılı imzayla yerine getirilen *uyarma* fonksiyonu konusunda tereddütler giderilmedikçe bunları geçerli saymaya olanak yoktur. Lâkin her somut olayda bu fonksiyonların yerine getirilip getirilmediği araştırılmadan *tipik* şekil kurallarına aykırılığı nedeniyle bunların geçersizliğine karar verilmemelidir. Diğer vasiyetname türlerine göre niteliği itibariyle vasiyetçiyi *uyarma* fonksiyonu *eksik* olan ve yalnızca kanunun öngördüğü olağanüstü durumlarda yapılabilen sözlü vasiyetnamelerin de kural olarak dijital ortam üzerinden tanıkların *sanal huzurunda* veya vasiyetçinin son arzularını iletebileceği *tanıklar olmaması halinde* dijital ortamda *kendi başına* yapılabileceğini kabul etmek gerekir.

## KAYNAKÇA

- ABT Daniel, **Die Ungültigkeitsklage im schweizerischen Erbrecht unter besonderer Berücksichtigung von Zuwendungen an Vertrauenspersonen**, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel-Genf-München, 2002.
- AKKANAT Halil, “El yazısı ile Vasiyetnamede Vasiyetname Metninin Özellikleri”, **Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı**, 2. Cilt, Beta Yayınları, İstanbul, 2001, ss. 799-815.
- ANTALYA Gökhan / SAĞLAM İpek, **Miras Hukuku - Marmara Hukuk Yorumu**, Cilt III, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- ATEŞ Emir, “Yargıtay Kararları Bağlamında Noterlerin Resmî Vasiyetnamelerden Kaynaklanan Hukukî Sorumluluklarının İrdelenmesi”, **Doktrin ve Uygulama Bağlamında Noterlerin Hukukî Sorumluluğu Sempozyumu**, İstanbul 1-2 Mart 2019, ss. 1-41.
- [https://www.noterlikrehberi.net/rehber/vasiyetnameler-emir-ates-yargitay-uyesi.html?zoom\\_highlightsub=emir+ate%C5%9F](https://www.noterlikrehberi.net/rehber/vasiyetnameler-emir-ates-yargitay-uyesi.html?zoom_highlightsub=emir+ate%C5%9F) (Erişim Tarihi: 10.5.2020).
- ATLI Banu, **Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü ve Hükümden Düşmesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- AYBAY Aydın, **Miras Hukuku Dersleri**, 3. Bası, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No. 15, İstanbul, 2002.
- BAYGIN Cem, “Ölüme Bağlı Tasarruflarda Yorum”, **Atatürk Üniversitesi Erzinan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. IV, S. 1-2, ss. 567-594.
- BERKİ Şakir, “Romada Miras Hukuku”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 10, Sayı 1-4, 1953, ss. 542-576.
- BEYER Gerry W. / HARGROVE Claire G., “Digital Wills: Has the Time Come for Wills to Join the Digital Revolution?”, **Ohio Northern University Law Review**, No. 33, 2007, ss. 865-902.
- BİRİNCİOĞLU İsmail / ÖZKARA Erdem, “Adli Belge İncelemelerinde Bilinmeyenler, Örneklerle Yazı ve İmza Analizi ile Islak İmza Kavramı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 87, 2010, ss. 403-433.
- BİRİNCİOĞLU İsmail / KURTAŞ Ömer/ ÇAKIR İsmail, vd., “El Yazısı İncelemelerinde Fulaj Kavramı,” **Adli Bilimler Dergisi**, Cilt 9, Sayı 2, 2010, ss. 32-37.
- BODDERY Scott S., “Electronic Wills: Drawing a Line in the Sand Against Their Validity”, **Real Property, Trust and Estate Law Journal**, Vol. 47, No. 1 (Spring 2012), ss. 197-212.

- BREITSCHMID, Peter, **Basler Kommentar**, Zivilgesetzbuch II, 4. Auflage, Hrsg.: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel, 2011.
- CROUS Ninette, “A Comparative Study of the Legal Status of Electronic Wills”, North-West University, Yüksek Lisans Tezi, Mayıs 2019.
- <https://repository.nwu.ac.za/bitstream/handle/10394/33493/28376404%20NA%20Crous.pdf?sequence=1> (Erişim Tarihi: 10.5.2020).
- DORJEE-GOOD Andrea, **CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht**, Art. 457-640 ZGB, 3. Auflage, Hrsg. Breitschmid, Peter/Jungo, Alexandra, Schulthess Verlag, Zürich, 2016.
- DURAL Mustafa, **El Yazılı Vasiyetname**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1967.
- DURAL Mustafa / ÖZ Turgut: **Türk Özel Hukuku Cilt IV, Miras Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019.
- EREN Fikret, **Türk Medenî Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davası**, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1966.
- EREN Fikret / YÜCER AKTÜRK İpek, **Türk Miras Hukuku**, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- ERGÜNE Mehmet Serkan, **Vasiyetnamenin Yorumu**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- FOERSTE Ulrich: “Die Form des Testaments als Grenze seiner Auslegung”, **Deutsche Notar Zeitschrift**, Heft 2, 1993, ss. 84-100.
- GEE Kyle B., “Electronic Wills and the Future: When Today’s Techie Youth Become Tomorrow’s Testators”, 2015.
- [https://www.sssblaw.com/media/1140/chapter\\_1\\_gee\\_electronic\\_wills\\_and\\_the\\_future\\_2015\\_pliskin\\_2015918.pdf](https://www.sssblaw.com/media/1140/chapter_1_gee_electronic_wills_and_the_future_2015_pliskin_2015918.pdf) (Erişim Tarihi: 10.5.2020).
- GÖNEN Doruk, **El Yazılı Vasiyetname**, Legal Yayınevi, İstanbul, 2007.
- GRANT Joseph K., “Shattering and Moving Beyond the Gutenberg Paradigm: The Dawn of the Electronic Will”, **University of Michigan Journal Law of Reform**, Vol. 42, No. 1, 2008, ss. 105-139.
- GRUNDMANN Stefan, “Favor Testamenti: Zu Formfreiheit und Formzwang bei privatschriftlichen Testamenten”, **Archiv für die civilistische Praxis**, 187. Band, Heft 4/5, 1987, ss. 429-476.

- GÜNAL A. Nadi, “Roma Miras Hukuku’na Genel Bir Bakış ve Vasiyet Yolu ile Miras”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 44, Sayı 1, Ocak 1995, ss. 425-442.
- HALL Paige, “Welcoming E-Wills into the Mainstream: The Digital Communication of Testamentary Intent”, **Nevada Law Journal**, Vol. 20, Issue 1, Fall 2019, ss. 339-372.
- HARVARD LAW REVIEW DEVELOPMENTS IN THE LAW - MORE DATA, MORE PROBLEMS<sup>238</sup>, Chapter Four: What is an Electronic Will”, **Harvard Law Review**, Vol. 131, No. 6, April 2018, ss. 1790-1811.
- HATEMİ Hüseyin, **Miras Hukuku**, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- HEDLUND Richard: “Introducing a Dispensing Power in English Succession Law”, **Trusts & Trustees**, Vol. 25, No. 7, September 2019, ss. 722-729.
- HERGENRÖDER Cyril H., “Testieren 2.0: Errichtung eines digitalen eigenhändigen Testaments mittels Touch- oder Smartpen?”, **Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge**, No. 1, 2018, ss. 7-11.
- HIRSCH, Adam J., “Technology Adrift: In Search of a Role for Electronic Wills”, **Boston College Law Review**, Vol. 61, 2020, ss. 827- 903.
- HORTON David, “Tomorrow’s Inheritance: The Frontiers of Estate Planning Formalism”, **Boston College Law Review**, Vol. 58, Issue 2, 2017, ss. 539-598 (Kısaltma: Formalism).
- HORTON David, “Wills Without Signatures”, **Boston University Law Review**, Vol. 99, 2019, ss. 1623-1685 (Kısaltma: Wills).
- İMRE Zahit / ERMAN Hasan, **Miras Hukuku**, 6. Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2006.
- İNAN Ali Naim / ERTAŞ Şeref / ALBAŞ Hakan, **Miras Hukuku**, 10. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- KAYAK Sevgi, “Türk Hukukunda Sözlü Vasiyetname”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 58, Sayı 1-2, ss. 189-220.
- KESER BERBER Leyla, “Biyometrik İmza ve Türk Borçlar Kanunu’ndaki Yazılı Şekil Şartı ile Hukuk Muhakemeleri Kanunundaki İmza Açısından Yeri”, **İstanbul Bilgi Üniversitesi Bilişim ve Teknoloji Hukuku Enstitüsü Yayınları**, Ağustos 2019, ss. 1-12.

---

<sup>238</sup> Eserin yazarı belirtilmediğinden eserde yer alan atf önerisi kullanılmıştır. <https://harvardlawreview.org/2018/04/what-is-an-electronic-will/> (Erişim Tarihi: 10.5.2020).

<https://itlaw.bilgi.edu.tr/media/document/2019/08/biyometrik-imza.pdf> (Erişim Tarihi: 10.5.2020).

KILIÇOĞLU YILMAZ Kumru, “Resmî Vasiyetname”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 133, 2017, ss. 369-392.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, **Miras Hukuku**, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987.

KOÇANO RODOSLU Emine, “KKTC Hukuku’nda Yasal ve İradî Mirasçılığın Kazanılması ve Kaybedilmesi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 20, Sayı: 1, 2018, ss. 265-291.

KORKMAZ Yunus / BOYACI Aytuğ, “Adlî Bilişim Açısından Ses İncelemeleri”, **Fırat Üniversitesi Mühendislik Bilimleri Dergisi**, Cilt 30, Sayı 1, 2018, ss. 329-343.

KOYUNCU Ferhat, **Sözlü Vasiyetname**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.

KÖPRÜLÜ Bülent, **Miras Hukuku Dersleri**, 2. Bası, İstanbul Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1985.

KURŞAT Zekeriya, “Yazılı Şekil Şartının Unsuru Olan İmzanın Elektronik Ekranı Atılmasını Etkisi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 75, Sayı 1, 2017, ss. 413-430.

LANG Andrew G., “Formality v Intention - Wills in an Australian Supermarket”, **Melbourne University Law Review**, Vol. 15, Issue 1, June 1985, ss. 82-115.

LANGBEIN John H., “Substantial Compliance with the Wills Act”, **Harvard Law Review**, Vol. 88, Issue 3, January 1975, ss. 489-531.

LEIPOLD Dieter, in **Münchener Kommentar zum BGB**, 8. Auflage, Beck Verlag, München, 2020.

LITZENBURGER Wolfgang, in **Beck Online Kommentar BGB**, Hrsg. Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert/Hau, Wolfgang/Poseck, Roman, 53. Edition, München, 2020.

OĞUZMAN M. Kemal, **Miras Hukuku**, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995.

OĞUZMAN, M. Kemal / BARLAS, Nami, **Medenî Hukuk**, 25. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.

OKTAY ÖZDEMİR Saibe, “Ölüme Bağlı Tasarruflara İlişkin Bazı Sorunlara Genel Bakış”, ss. 1-13.

[https://www.noterlikrehberi.net/rehber/idh\\_topic10440.html?zoom\\_highlightsub=v](https://www.noterlikrehberi.net/rehber/idh_topic10440.html?zoom_highlightsub=v) asiyetname (Erişim Tarihi: 10.5.2020).



- ORUÇ Murat, “Electronic Will”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 76, Sayı 1, 2018, ss. 205–219.
- ÖNCÜ Özge, “Vasiyetnamelerin Yorumunda İma Teorisi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 20, Sayı: 2, 2018, ss. 307-374.
- ÖZBEK Mustafa Serdar, “Elektronik Ortamda Düzenlenen Noter Senetleri”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Cilt 2, 2016, ss. 2213-2282.
- ÖZTAN Bilge, **Miras Hukuku**, 7. Bası, Ankara, 2016.
- ROSSNAGEL Alexander, “Anm. zu OLG München: Keine Wahrung der Schriftform bei Unterzeichnung auf einem elektronischen Schreibtablett”, Heft 49, **NJW**, 2012, ss. 3584-3587.
- SAVAŞ Abdurrahman, “İnternet Ortamında Yapılan Tek Taraflı Hukukî İşlemler ve Özellikle Elektronik Vasiyetname”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 15, Sayı 2, 2007, ss. 51-91.
- SCHOLZ Philipp, “Digitales Testieren - Zur Verwendung digitaler Technologien beim eigenhändigen und Nottestament de lege lata et ferenda”, **Archiv für die civilistische Praxis**, 219. Band, Heft 1, Februar 2019, ss. 100-137.
- SEROZAN Rona, içinde Serozan, Rona / Engin, Baki İlkay, **Miras Hukuku**, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- STICHERLING Philipp, in **Münchener Kommentar zum BGB**, 8. Auflage, Beck Verlag, München, 2020.
- STÜRNER Rolf, in **Jauernig BGB Kommentar**, 17. Auflage, Beck Verlag, München, 2018.
- ŞENOCAK Zarife, “Dijital İmza ve Dijital İmzanın Borçlar Kanunu Hükümleri Açısından Ele Alınması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 50, Sayı 2, 2001, ss. 97-135.
- TANRIVER Süha, “Noterler Tarafından Elektronik Ortamda Yapılabilecek Olan İşlemler ve Bu İşlemlerin Gerçekleştirilmesi Usulü”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 65, Sayı 4, Aralık 2016, ss. 3677-3686.
- UMUR Ziya, “Roma Miras Hukuku’nun Ana Hatları”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 31, Sayı 1-4, 1965, ss. 159-195.
- VOIT Wolfgang, in **Testament und Erbvertrag**, Hrsg. Reimann, Wolfgang/Bengel, Manfred/Dietz, Florian, 7. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2020.

- de WECK Christoph, “Testament: Die Formstrenge Lebt”, **Private Magazin**, Sayı 4, 2006, ss. 16-17.
- WEIMAR Peter, Die gesetzlichen Erben; Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen, Art. 457-516 ZGB, **BK - Berner Kommentar**, Band/Nr. III/1/1/1, Bern, 2009.
- YILDIRIM Arzu / VEREP Gökbüke Deren, “Elektronik Vasiyetname ve Geçerlilik Koşulları”, Part 16, Summer 2018, **GSI Arcticletter**, ss. 263-274.
- ZALUCKI Mariusz, “Testamentary Succession, New Technologies and Recodification: On the Research that Needs to Be Conducted”, **Societas Et Iurisprudentia**, Volume II, Issue 2, 2014, ss. 19-34 (Kısaltma: Testamentary).
- ZALUCKI Mariusz, “A Video-Testament on the Possibilities of Audiovideo Format for Disposition of Property Upon Death”, **Istorie, Cultura, Cetatenie in Uniunea Europeana** 1, 2019, ss. 131-142 (Kısaltma: Video).