

**TÜRK-ALMAN ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

**ZEITSCHRIFT FÜR TÜRKISCH-
DEUTSCHE RECHTSSTUDIEN**

Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Zeitschrift für türkisch-deutsche Rechtsstudien

Cilt/Jahrgang: 4 • Sayı/Heft: 2 • Aralık/December 2022

ISSN: 2687-3923 E-ISSN: 2687-461X

Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 6 ayda bir Haziran ve Aralık aylarında yayınlanan hakemli bir dergidir.

Die Zeitschrift für türkisch-deutsche Rechtsstudien (ZtdR) erscheint alle sechs Monate im Juni und Dezember nach Durchführung eines Peer-Reviews

Dergi Hakkında/Über die Zeitschrift

Yayın Sahibi/Herausgeber

Türk-Alman Üniversitesi

Türkisch-Deutsche Universität

Yayın Sahibi Temsilcisi ve Sorumlu Müdür/Vertreter des Herausgebers und Chefredakteur

Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

Dekan der Fakultät für Rechtswissenschaft, Türkisch-Deutsche Universität

Prof. Dr. Ali Kemal Yıldız

Editörler Kurulu/Redaktion

Prof. Dr. Dres. h. c. mult. Philip Kunig

Prof. Dr. Ali Kemal Yıldız, Doç. Dr. Berke Özenç

Yayın Kurulu/Publikationsausschuss

Doç. Dr. İrfan Akın, Araş. Gör. Lütfullah Yasin Akbulut, Araş. Gör. Zehra Büşra Kayaözü, Araş. Gör. Muhammed Ali Çoban, Araş. Gör. İrem Diler, Araş. Gör. Nurdan Özçelik

Danışma Kurulu/Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Halil Akkanat, İstanbul Üniversitesi

Prof. Dr. Ece Göztepe, Bilkent Üniversitesi

Prof. Dr. Matthias Mahlmann, Zürich Üniversitesi

Prof. Dr. Yeşim Atamer, Zürich Üniversitesi

Prof. Dr. Osman Berat Gürzumar, Bilkent Üniversitesi

Prof. Dr. Henning Rosenau, Martin Luther Üniversitesi, Halle/S.

Prof. Dr. Abuzer Kendigelen, İstanbul Üniversitesi

Karl-Heinz Oehler, Türk-Alman Üniversitesi

Prof. Dr. Murat Atalı, İstanbul Üniversitesi

Prof. Dr. İzzet Özgenç, Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Prof. Dr. Yasemin Işıқтаç, İstanbul Üniversitesi

Prof. Dr. Arzu Oğuz, Ankara Üniversitesi
Prof. Dr. Ahmet Ulvi Türkbağ, Galatasaray Üniversitesi
Prof. Dr. Zafer Zeytin, Türk-Alman Üniversitesi
Prof. Dr. Huang Hui, Pekin Üniversitesi
Prof. Dr. Osman Doğru, Marmara Üniversitesi

Dil Editörü/Spracheditor

Dr. Karen Klein, Türk-Alman Üniversitesi

Yönetim Yeri/Hauptverwaltung

Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Türkisch-Deutsche Universität, Fakultät für Rechtswissenschaft

Yayın Türü/Publikationsart

Yaygın Süreli Yayın/Periodische Publikation

Yayın Dili/Sprachen

Türkçe, Almanca, İngilizce/Türkisch, Deutsch, English

Yayın Periyodu/Veröffentlichungszeitraum

Altı ayda bir Haziran ve Aralık aylarında yayımlanır/Halbjährlich (Juni, Dezember)

Baskı ve Cilt/Druckerei

Filiz Kitabevi Basım Yayın Dağıtım
Petrol Ürünleri Sanayi ve Tic. Ltd. Şti.
Cemal Yener Tosyalı Cad. No: 57/A Vefa/İST.
Tel: (212) 527 07 18 Fax: (212) 519 20 71
www.filizkitabevi.com

Yayıncı Sertifika Numarası: 15544
Yılmaz Basım Yayıncılık ve Kağıt Ürünleri
Matbaacı Sertifika Numarası: 27185

İletişim/Kontakt

Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Şahinkaya Cad. 86 - 34820 Beykoz / İSTANBUL, e-mail: hukuk@tau.edu.tr
http://www.tau.edu.tr - http://hukuk.tau.edu.tr
Tel: +90 (216) 333 30 00 Web: http://hfd.tau.edu.tr/
E-mail: tauhfd@tau.edu.tr, ztdr@tau.edu.tr

Basım Tarihi/Druckdatum

Aralık/December 2022

İçindekiler/Inhaltsverzeichnis

MAKALELER/AUFSÄTZE	315
Çevrim İçi Olarak Yapılan Tahkim Anlaşmalarının Hukuki Geçerliliği	
Zur rechtlichen Wirksamkeit online-abgeschlossener Schiedsvereinbarungen	317
Araş. Gör. Ahmet Dülger	
Europäisch-türkische Warenverkehrsfreiheit	
Avrupa Birliği ile Türkiye Cumhuriyeti Arasındaki Tek Pazarda Malların Serbest Dolaşımı	365
Rechtsanwalt Prof. Dr. Thomas Wilrich	
Miras Sözleşmesinde Tarafların Ehliyet Durumu ve Ehliyetsizliğe Bağlanan Hukuki Sonuçlar	
Erbvertragsrechtliche Rechtsfähigkeit und Folgen der fehlenden Rechtsfähigkeit der Parteien	407
Dr. Öğr. Üyesi Cihan Avcı Braun, Dr. Öğr. Üyesi Tuğçe Tekben	
Güncel Gelişmeler Işığında Türk Hukukunda Yapay Zekâ Varlıkları ve Hukuki Kişilik	
Künstliche Intelligenz und Rechtssubjektivität - Aktuelle Entwicklungen im türkischen Recht	485
Dr. Atilla Kasap	
Medenî Usûl Hukukunda Bilirkişi Raporu ile Uzman Görüşü Arasındaki Çelişkinin Giderilmesi	
Beseitigung des Widerspruchs zwischen den Privat- und Gerichtsgutachten im Zivilprozessrecht	557
Araş. Gör. Mikail Bora Kaplan	
Kadının İnsan Hakları Açısından Erken Çocukluk Bakımı ve Eğitimi Hizmetlerine Erişim	
Der Zugang zu frühkindlichen Betreuungs- und Erziehungsdiensten im Hinblick auf die Menschenrechte von Frauen	587
Dr. Öğr. Üyesi Özge Yücel-Dericiler	

Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yayın İlkeleri ve Yazım Kuralları	617
Zeitschrift für Türkisch-Deutsche Rechtsstudien Publikationsrichtlinien und Redaktionsvorgaben.....	623

MAKALELER/AUFSÄTZE

Çevrim İçi Olarak Yapılan Tahkim Anlaşmalarının Hukuki Geçerliliği

Zur rechtlichen Wirksamkeit online-abgeschlossener Schiedsvereinbarungen

Araş. Gör. Ahmet Dülger*

ÖZ

Tahkim anlaşmalarının çevrim içi (online) iletişim araçları kullanılarak yapılması mümkündür. Çevrim içi tahkim anlaşmaları özelinde düzenlemeler bulunmadığından, yerel ve uluslararası mevzuatın tahkim anlaşmalarının geçerli olarak akdedilmesi ve uygulanması bakımından getirdiği sınırlamalara tabi olmak kaydıyla çevrim içi olarak yapılan tahkim anlaşmalarının hukuki geçerliliği sağlanmış olacaktır. Bu anlaşmalar, genellikle, internet üzerinden yapılan mal ve hizmet alımlarına ilişkin uygulamalar kapsamında kullanıcı, satın alan veya ticari taraflarla yapılmaktadır. Birçok durumda klasik yöntemlerle yapılan tahkim anlaşmalarının özellikleri ve sorunları çevrim içi olarak yapılan tahkim anlaşmaları bakımından da geçerli olup bazı durumlarda ise farklılıklar bulunmaktadır. Her iki durum açısından da çevrim içi olarak yapılan tahkim anlaşmaları ehliyet, şekil ve esas yönünden incelenebilir. Çevrim içi tahkim anlaşmalarının geçerli olarak kabul edilebilmesi için gerekli şartlar hem kanunlar ihtilafı kuralları hem de maddi hukuk kuralları göz önüne alınarak tespit edilebilir. Çevrim içi tahkim anlaşmalarının tarafı olabilecek kişiler sınırlı olmayıp anlaşmaya uygulanan hukuk kapsamında ehliyete sahip olan tüm kişiler bu anlaşmaları yapabilirler. Bu an-

* İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Araştırma Görevlisi, (ahmetdulger3@gmail.com), ORCID: 0000-0003-2527-2099.

laşmaların, telefon veya bilgisayar üzerinden internet ağ bağlantısı veya blockchain teknolojisi sayesinde yapılması mümkün olmakla birlikte tahkim anlaşmalarının tabi olduğu şekil koşullarını da sağlaması gerekir. New York Sözleşmesi, UNCITRAL Model Kanunu ve MTK çevrim içi tahkim anlaşmalarının şekli konusunda uygulama alanı bulabilir. Anlaşmaların esasına dair konularda ise, uygulanacak hukuk kapsamında tarafların iradelerinin geçerli olarak ortaya konulması ve birbiriyle uyuşması önemli konulardandır. Bir metinde yer alan bağlantı sekmesine onay verme (click-wrap) veya ayrıca açılan bir metin (browse-wrap) şeklinde de olabilen çevrim içi tahkim anlaşmaları hem şekil hem esas bakımından değerlendirmeye açıktır. Çevrim içi olarak bu anlaşmaların imzalanması aşamasında ortaya çıkabilecek hukuka aykırılıklar tahkim veya devlet mahkemelerindeki yargılamalarda incelenebilir. Özellikle iptal ve tenfiz davalarında çevrim içi tahkim anlaşmalarına dayanılarak verilen hakem kararlarının mahkeme önüne getirilmesi söz konusu olabilir. Çevrim içi teknolojilerin ve sözleşme yapma imkanlarının artması dolayısıyla bu sözleşmelerin kendilerine özgü unsurlarını daha iyi yansıtan ve tarafların ihtiyaçlarına uygun düzenlemeler içeren yerel ve uluslararası hukuki düzenlemelere ihtiyaç bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: *Çevrim içi tahkim anlaşması, New York Sözleşmesi, Milletlerarası Tahkim Kanunu, İptal Davası, Tenfiz Davası*

On the Legal Validity of Online Concluded Arbitration Agreements

ABSTRACT

Arbitration agreements can be concluded using online communication tools. Since there are no specific regulations regarding online arbitration agreements, the legal validity of online arbitration agreements will be subject to the limitations imposed by local and international legislation regarding the validity of conclusion and implementation of arbitration agreements. These

agreements are generally made with users, buyers or commercial partners within the scope of mobile applications related to the purchase of goods and services over the internet. Characteristics and problems of online arbitration agreements re similar to more conventional types of arbitration agreements however the two types of arbitration agreements may differ in some aspects. Online arbitration agreements can be examined in terms of competence, form and merits. Validity criteria for online arbitration agreements can be determined by considering both conflict of laws rules and substantive law rules. Persons who may be parties to online arbitration agreements are not limited to these, but any person who is competent under the law applicable to the agreement may enter into such agreements. While these agreements can be made over the phone or computer via an internet network connection or blockchain technology, they must also meet the form conditions to which the arbitration agreements are subject to. The New York Convention, the UNCITRAL Model Law and the Turkish International Arbitration Act shall be applied to the form of online arbitration agreements. In matters pertaining to the merits of the agreements, the valid will of the parties and their agreement with each other within the scope of the applicable law are important issues. Online arbitration agreements, which can be in the form of consent to a link tab in a text (click-wrap) or a separately opened text (browse-wrap), are open to evaluation in terms of both form and merits. The legal problems and objections that may arise regarding the signing of these agreements can be examined in the proceedings in arbitration or state courts. In particular, in annulment and enforcement cases, arbitral awards based on online arbitration agreements may be brought before the courts. Due to the increase in online technologies and contracting opportunities, there is a need for local and international legal regulations that better reflect the unique elements of these contracts and contain regulations that are suitable for the needs of the parties.

Keywords: *Online arbitration agreement, New York Convention, International Arbitration Law, Annulment Case, Enforcement Case*

GİRİŞ

Bir uyuşmazlığın taraflarının, aralarındaki uyuşmazlığı mahkeme yerine tahkime götürmeleri için bu konuda anlaşmış olmaları gerekir. Uyuşmazlığın tarafları geçerli olarak yaptıkları tahkim anlaşması (sözleşmesi) ile birlikte tahkim yargılamasını başlatabilir, tahkim yargılaması sonucunda verilmiş olan hakem kararını icraya koyabilirler. Bu anlaşmanın şartlarını da hukuk sistemleri belirlemiştir. Tahkim anlaşması geleneksel

şekilde tarafların bir araya gelerek aralarındaki anlaşmayı kâğıda geçirmeleri şeklinde olabileceği gibi değişen iletişim vasıtaları ile tahkim anlaşmalarının çevrim içi¹ (internet üzerinden-online) ortamda yapılması da mümkündür.

Çevrim içi tahkim anlaşması, çevrim içi yöntemler kullanılarak yapılan tahkim anlaşmasını ifade etmektedir. Özellikle internet üzerinden yapılan tüketici alışverişi ve ticaret işlemlerinde kablosuz ve çevrim içi iletişim araçlarıyla internet vasıtasıyla çevrim içi tahkim anlaşması yapılabilir. *Uber*, *Getir*, *Blablacar*, *Amazon* gibi örneklerini sayabileceğimiz çevrim içi uygulamalar vasıtasıyla yapılan sözleşmelerde çevrim içi tahkim anlaşması bulunabileceği gibi internet üzerinden alınan uçak bileti, otel rezervasyonu veya bankacılık hizmetlerinde de tahkim anlaşmasına dair sözleşme hükümleri bulunabilir. Kişiler internet sitesinde yer alan formları doldurarak ya da internet sitesinde mevcut olan tahkim anlaşmasını yine çevrim içi olarak kabul ederek çevrim içi tahkim anlaşmasının tarafı olabilirler.² Akıllı telefon uygulamalarının üyelik sözleşmelerindeki tahkim şartları da çevrim içi tahkim anlaşmasına örnek olarak verilebilir. Bunların yanında gelişen teknolojileri göz önüne alarak blockchain gibi

¹ Çalışmamızın konusunu oluşturan çevrim içi olarak yapılan tahkim anlaşmalarıyla ilgili olarak İngilizce *online* ifadesi kullanılmaktadır. Ancak, İngilizce *online* kelimesinin Türk Dil Kurumu sözlüğünde Türkçe karşılığı bulunmamaktadır. Bu nedenle *online* yerine Türk Dil Kurumu sözlüğünde de karşılığı bulunan çevrim içi ifadesi kullanılacaktır. Çevrim içi kelimesinin anlamı olarak bu sözlükte şunlar belirtilmektedir: “Bilgisayar sisteminde sunucuya bağlı ve çalışır durumda olma.” (<https://sozluk.gov.tr/>)

² Vural Seven, Hilal Tuğba Öksüzoğlu, “Blablacar Platformu Aracılığıyla Yapılan Taşımaların Hukuki Niteliği (Hatır Taşınması ve Otostop Karşılaştırması)”, *Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 2, Sayı: 2, 2020, 25-76, s. 59-60; Turgay Sariaçkalı, “İnternet Üzerinden Akdedilen Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk”, *Public and Private International Law Bulletin*, Cilt: 40, Sayı: 1, 2020, 247-297, s.254; Aydın Kaya, “Araç Çevirme Uygulaması Üzerinden Gerçekleştirilen Yolcu Taşıma Faaliyetleri Kapsamında Uber, Yolcu ve Sürücü Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 141, 2019, 289-323, s. 300vd.; Yeliz Yücel, “Uber, Sürücü ve Yolcu Arasındaki Hukuki İlişki ve Bu Çerçeve de Uber’in ve Sürücünün, Taşıma Hizmetinin Gereği Gibi İfa Edilememesi Nedeni İle Yolcuya Karşı Hukuki Sorumluluğu”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019/1, 461-516, s. 468 vd.

sistemler üzerinden de çevrim içi tahkim anlaşmalarının yapılması mümkündür. Şu anda mevcut olan ilgili iletişim sistemlerine ek olarak tarafların yan yana gelmeden, kablosuz iletişim aracılığıyla ve internet ya da blockchain protokolleri benzeri iletişim araçlarıyla bilgi alıp göndererek, elektronik, manyetik, ışık dalgaları³ ya da benzer yollarla aynı anda veya farklı zamanlarda yaptıkları, var olan tahkim şartlarına onay verdikleri sözleşmeler çevrim içi tahkim anlaşmaları olarak değerlendirilebilir.⁴

Bu makalede çevrim içi olarak yapılan tahkim anlaşmalarının geçerli olarak kabul edilebilmesi için gerekli şartlar hem kanunlar ihtilafı kuralları hem de maddi hukuk kuralları yönünden incelenecektir. Çalışmanın ilk bölümünde çevrim içi tahkim anlaşmalarının geçerli olarak yapılabilmesi için gerekli ehliyet şartları incelenecektir. İkinci bölümde ise çevrim içi tahkim anlaşmasının çeşitli kanun ve uluslararası sözleşmelere göre hangi şekilde yapılması gerektiği açıklanacaktır. Üçüncü bölümde ise çevrim içi olarak yapılan tahkim anlaşmalarının esas bakımından geçerliliğini sağlamak için gerekli şartlar ortaya konulacaktır. Her bölümde çevrim içi tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin maddi hukuk kurallarından önce çevrim içi tahkim anlaşmasının geçerliliği problemine uygulanacak hukukun tespitine dair kanunlar ihtilafı kuralları incelenecektir. Bu inceleme, özellikle yabancı unsurlu çevrim içi tahkim anlaşmalarının geçerliliğinin Türk mahkemeleri önünde söz konusu edilebileceği çeşitli aşamalar öngörülerek yapılmıştır.

Ayrıca belirtmek gerekir ki bu makaledeki inceleme kapsamı açısından 'çevrim içi tahkim' anlaşması ile 'çevrim içi olarak yapılan tahkim anlaşmasının' farkı gözetilerek başlık seçilmiş ve içerik oluşturulmuştur. 'Çevrim içi tahkim' yapılmasına ilişkin anlaşma bu çalışmanın konusunu oluşturmamaktadır. Bu kavram açısından kısaca belirtmek gerekirse, tahkimin çevrim içi yapılmasına yönelik anlaşma çalışmamızın dışında farklı

³ Reinmar Wolff, "E-arbitration agreements and e-awards – arbitration agreements concluded in an electronic environment and digital arbitral awards", M. Piers and C. Aschauer (editör), *Arbitration in the Digital Age: The Brave New World of Arbitration*, Cambridge Üniversitesi Yayınları, Cambridge, 2018, s. 7.

⁴ Nilay Dağdelen Yaşar, "Elektronik Tüketici Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözümünde Elektronik Tahkim", *Public and Private International Law Bulletin*, Cilt: 41, Sayı: 2, 2021, 779-826, s. 794.

bir konuyu oluşturmaktadır. Çalışmada incelediğimiz çevrim içi tahkim anlaşmalarıyla hem geleneksel şekilde yapılan tahkim yargılamaları hem de çevrim içi olarak yapılan tahkim yargılamaları karşılaştırılabilir. Ancak çevrim içi tahkimin gerçekleştirilmesi kapsamında olabilecek söz konusu durumlar bu çalışmamızda incelenmemiştir.

1. ÇEVİRİM İÇİ TAHKİM ANLAŞMALARININ EHLİYET BAKIMINDAN GEÇERLİLİĞİ

1.1. Genel Olarak

Çevrim içi tahkim anlaşmalarının taraflarının ve ehliyetlerinin tespiti tarafların birbirleriyle fiziksel olarak bir arada olmamalarından dolayı büyük önem ve zaman zaman güçlük arz eder⁵. Taraflar yalnızca elektronik ortamda karşılaşmakta ve çevrim içi sistemlerin izin verdiği ölçüde birbirlerini teşhis edebilmektedir. Bu da muhatapların sözleşme yapma ehliyetini haiz olup olmadıkları, tabii oldukları milli hukuklarının tespiti gibi konularda sorunlar çıkarabilir⁶. Bu bölümde çevrim içi tahkim anlaşmasının taraflarına ve ehliyetlerine ilişkin çıkabilecek bu sorunlara değinilerek ehliyet bakımından geçerliliğine uygulanacak hukuk incelenecektir.

Çevrim içi tahkim anlaşmasının tarafları bakımından herhangi bir sınırlama yoktur. Hem gerçek kişiler hem de tüzel kişiler muhataplarıyla çevrim içi tahkim anlaşması yapabilirler. Çevrim içi tahkim anlaşmalarının bulunduğu platforma erişen gerçek kişilerin sözleşmeyi imzalaması mümkün olduğu gibi tüzel kişiler de temsilcileri aracılığıyla çevrim içi tahkim anlaşmasını imzalayarak anlaşmanın tarafı olabilirler.

⁵ Yabancılık unsuru taşıyan işlemlerde tarafların ehliyetinin tespiti ve önemi hakkında bkz. Cemal Şanlı / Emre Esen / İnci Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 9. Baskı, Beta, İstanbul 2021, s.125.

⁶ Uluslararası ticari işlemlerde ehliyetin varlığının tespit edilmesi hakkında ayrıntılar için bkz. Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, İstanbul 2019, s. 13 vd. Ayrıca bkz. Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, s. 125.

Dikkat edilmesi gereken husus ise gerçek kişi ve tüzel kişi tarafların çevrim içi tahkim anlaşmasını geçerli olarak akdedebilmek için ehliyet ve yetki sahibi olmaları gerekmesidir. İlgili kişinin geçerli bir ehliyeti veya yetkisi olmadan yapılan çevrim içi tahkim anlaşması geçersizlik yaptırımıyla karşılaşacaktır. Çevrim içi tahkim anlaşması taraflarının sahip olmaları gereken ehliyet, klasik yöntemlerle yapılan diğer tahkim anlaşmalarında tarafların sahip olmaları gereken ehliyet ile aynıdır. Buna göre, medeni hukuk ve borçlar hukukunun ilkelerine göre bu sözleşmenin kurulması mümkündür.⁷

Her sözleşmede olduğu gibi, çevrim içi tahkim anlaşmasının geçerli olarak akdedilmesi için de tarafların fiil ehliyetine sahip olması gerekmektedir. Gerçek kişilerin fiil ehliyetine sahip olmasının şartları hem Türk hukukunda hem de mukayeseli hukuktaki kanuni düzenlemelerde yer almaktadır. Tüzel kişilerin de bir borç ilişkisinin tarafı olabilmesi için gerekli şartlar devletlerin kanunlarında düzenlenmiştir. Buna göre, çevrim içi tahkim anlaşmasını bizatihi akdeden gerçek kişinin yetkili olması gerekir. Hem gerçek kişiler hem tüzel kişiler bakımından tarafların ehliyetine uygulanacak hukuk bu sayılan hususlarda uygulama alanı bulacaktır.

1.2. Uygulanacak Hukukun Tayini

Tarafların sözleşme yapabilmeleri için sahip olmaları gereken ehliyetin tespitinde birden çok hukuk rol oynayabilir. Özellikle çevrim içi tahkim anlaşmalarında tarafların ehliyeti ile ilişkili farklı devlet hukuklarının farklı belirlemeleri söz konusu olabilir. Bunun nedeni tahkim anlaşmasının hüküm doğuracağı ülkelerin⁸ çok farklı olabilmesidir. Çevrim içi tahkim anlaşmalarında uluslararası ticaretin yürütülmesiyle ilgili uyumsuzlukların çözülmesi amaçlandığından çeşitli devlet hukukları göz önüne alınmak durumunda kalınabilir.

Ehliyete uygulanacak hukukun tespit edilmesinde uyumsuzluğun ve yargılamanın safhalarına göre farklı belirlemelerin yapılması mümkün-

⁷ Sarıakçalı, s. 252.

⁸ Emmanuel Gaillard / John Savage, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Hague, 1999, s. 241.

dür. Çevrim içi tahkim anlaşmasının taraflarının ehliyetine ilişkin bir sorun mahkemelerin önüne geldiğinde mahkemeler kendi yargı yerlerinin kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanacak hukuku tespit edecektir⁹. Mukayeseli hukukta genellikle kişinin milli hukukunun, tüzel kişiler için ise esas sözleşmelerine göre idare merkezleri veya fiili idare merkezleri hukukunun ehliyetin belirlenmesinde uygulanacak hukuk olarak gösterileceğini söylemek mümkündür¹⁰.

1.2.1. Tahkim Yargılamasının Başlamasından Önce

Çevrim içi tahkim anlaşmasının taraflarının ehliyetsiz olduğu tahkim başlamadan önce mahkemelerde öne sürülebilir. Uyuşmazlığın tahkim yerine mahkemeye getirilmesi durumunda tahkim itirazında bulunulursa diğer taraf da tahkim anlaşmasını imzalayan tarafın ehliyetsiz olduğundan bahisle tahkim anlaşmasının geçersizliğini iddia edebilir. Başka bir ihtimal de mahkemede açılacak tahkime zorlama davasında çevrim içi tahkim anlaşmasını imzalayan tarafın ehliyetsiz olduğunun öne sürülebilmesidir. Her iki durumda da mahkemenin tarafların ehliyetiyle ilgili bir değerlendirme yapması gerekecektir.

Ehliyet konusunda karar verecek olan mahkeme, yabancılik unsuru bulunan söz konusu uyuşmazlıkta kendi kanunlar ihtilafı kuralları yoluyla ehliyetin varlığına hangi hukukun karar vereceğini tespit etmelidir¹¹. Bu durumda Türk mahkemeleri, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un (MÖHUK) ehliyete ilişkin hükümlerine göre uygulanacak hukuku belirleyecektir. MÖHUK madde 9'a göre hak ve fiil ehliyeti ilgilinin millî hukukuna tâbidir.¹² Gerçek kişilerin

⁹ Hüseyin Afşın İlhan, *Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği*, Adalet Yayınları, Ankara, 2016, s.108.

¹⁰ Gaillard / Savage, s. 243.

¹¹ Şanlı / Esen / Ataman-Fıganmeşe, s.125-127; İlhan, s. 110; Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, s. 15.

¹² Kanunlar ihtilafı kuralları çerçevesinde, yabancılik unsuru bulunan meselelerin davaya bakan hakimın hukukuna veya dava ile yakın irtibat halindeki bir yabancı hukuka havale edilmesi anlamına gelen atf meselesi burada da söz konusu olabilir. MÖHUK madde 9 ile tespit edilen ilgilinin milli hukuku bu meselenin çözümünü tekrar hakimın hukukuna veya üçüncü bir devletin hu-

vatandaşı oldukları ülke onların çevrim içi tahkim anlaşması açısından ehliyetlerinin olup olmadığını belirleyecektir. Tüzel kişilerin ehliyeti ise MÖHUK madde 9(4)'e göre statülerindeki idare merkezi hukukuna tabidir. Ancak tüzel kişinin fiilî idare merkezinin Türkiye'de olması hâlinde Türk hukukunun uygulanacağı da aynı fıkırada düzenlenmiştir. Aynı maddenin 5. fıkrasına göre ise statüsü bulunmayan tüzel kişiler ile tüzel kişiliği bulunmayan kişi veya mal topluluklarının ehliyeti, fiilî idare merkezi hukukuna tâbidir. Diğer tahkim anlaşmaları bakımından da geçerli olan bu hususlar çevrim içi tahkim anlaşmalarının ehliyet bakımından geçerliliğinin tespitinde de uygulanacaktır.

1.2.2.Hakem Kararının İptali Davalarında

Tahkim yargılaması sonunda tahkim yeri mahkemesinde hakem kararının iptali talebiyle dava açılması mümkündür. Bu davada tahkim kararının dayanağı olan çevrim içi tahkim anlaşmasının taraflarının ehliyetsiz olduğu iddiasıyla hakem kararının geçersiz olduğu öne sürülebilir. Yabancı unsurlu bir uyuşmazlıkta bu iddiayı değerlendiren tahkim yeri mahkemesinin uygulanacak hukuku tespit etmesi gerekecektir.

Bu durumda tahkim yeri mahkemesi iptal davasını yürüten mahkeme sıfatıyla kendi kanunlar ihtilafı kurallarını kullanarak ehliyetin varlığını değerlendirecek hukuku tespit etmelidir¹³. Tahkim yeri mahkemesinin Türkiye'de olması durumunda çevrim içi tahkim anlaşması tarafı olan gerçek veya tüzel kişilerin ehliyet sorunu Türk kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenen hukuka göre çözümlenecektir. Bu bağlamda, mukayeseli hukukta genel olarak kabul edilmiş olan ve Türk mevzuatını da etkilemiş olan Birleşmiş Milletler (BM) Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) Uluslararası Ticari Tahkim Hakkında Model Kanun (UNCITRAL Model Kanunu) değinmek gerekmektedir. Ayrıca uygulanma alanına ilişkin şartlar gerçekleştiğinde 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK) da söz konusu ihtilafıta uygulanacaktır. UNCITRAL Model Kanunu ve MTK birbirlerine uyumlu olarak tarafların eh-

kukuna gönderebilir. MÖHUK madde 2(3) ile kişinin hukukuna ilişkin ihtilafalarda atıf mümkün olup ehliyetle ilgili de atıf sonrası tespit edilen hukuka göre çözüm bulunacaktır. Bkz. Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, s. 52.

¹³ İlhan, s. 110.

liyetsiz olması durumunu hakem kararının iptal edilmesine yaptırımına bağlamıştır.

UNCITRAL Model Kanunu tahkim kararına karşı iptal davasının mahkemede açılabilmesinin şartlarını düzenlemiştir. Model Kanununun 34. maddesinin 2(a)(i) fıkrasına göre tahkim anlaşmasının taraflarından birinin ehliyetsiz olması halinde mahkeme hakem kararının iptaline karar verebilir. Ehliyetle ilgili herhangi bir kural ihdas etmeyen UNCITRAL Model Kanunu, yalnızca mahkemelerin ehliyetsiz tarafların yaptığı tahkim anlaşmasına dayanarak verilmiş olan hakem kararını iptal edebileceğini düzenlemiştir. Mukayeseli hukukta birçok hukuk sistemi kendi tahkim kanunlarında Model Kanunda olduğu gibi tarafların ehliyetsiz olmasını hakem kararının iptali için bir sebep olarak kabul etmiştir.

UNCITRAL Model Kanunu'ndaki düzenlemeyle paralel olarak, MTK'nın uygulanacağı davalarda hakem kararlarının belirli hallerde iptal edilmesi mümkündür. Hakem kararlarına karşı kanun yollarının düzenlendiği MTK'nın beşinci bölümünde iptal davası ve hakem kararlarının icra edilebilir hale gelmesinin şartları belirlenmiştir. Tahkim anlaşmasının taraflarından birinin ehliyetsiz olması halinde mahkeme tarafından söz konusu hakem kararı MTK madde 15 uyarınca iptal edilebilir.

Ancak UNCITRAL Model Kanunu ve MTK'da tarafların ehliyetine hangi hukukun uygulanacağı belirlenmemiştir. Bu durumda, mahkeme bir önceki başlıkta açıklandığı üzere MÖHUK'un ehliyete ilişkin hükümlerine göre uygulanacak hukuku belirleyecektir.¹⁴ Bu hükümler de madde 9'da belirtildiği üzere gerçek kişiler için millî hukukları, tüzel kişiler için ise statülerindeki idare merkezi hukuklarıdır.

¹⁴ Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, s. 15, 449-450; Emre Esen, "Hakem Kararının Tenfizi veya İptali Davalarında Tahkim Anlaşmasının Yetkisiz Temsilci Vasıtasıyla Yapıldığı İtirazı ve Konuya İlişkin 11.10.2000 Tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Yıl: 2003, Cilt: 23, Sayı: 1-2, 377-404, s. 381.

1.2.3. Yabancı Hakem Kararının Tenfizi Davalarında

Yabancı bir hakem kararının tenfizi prosedürü işletilirken de çevrim içi tahkim anlaşması taraflarının ehliyetsiz olduğunun öne sürülmesi mümkündür. Tenfiz kararının verileceği mahkeme ehliyetsizlik iddiasını değerlendirirken kendi kanunlar ihtilafı kurallarına göre gerçek veya tüzel kişi tarafın ehliyetini belirleyecek olan hukuku tespit edecektir. Tenfiz mahkemesinin Türkiye’de olduğu yabancı hakem kararlarının tenfizi prosedürlerinde uygulama alanı bulan 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin (New York Sözleşmesi)¹⁵ geçerli olduğu bir davada ise kararın tenfizi ve ehliyet hakkındaki New York Sözleşmesi’nde bulunan hükümler belirleyici olacaktır.

Tarafların ehliyetsiz olması hali, New York Sözleşmesi’nde hakem kararının tenfizinin reddedilmesine imkan veren bir hal olarak düzenlenmiştir. New York Sözleşmesi’nin V(1)(a) maddesi tarafların tabi oldukları hukuka göre ehliyetsiz olması durumunda yabancı hakem kararının tenfizinin mahkemece reddedilebileceğini kabul etmiştir. O halde, söz konusu hukuka göre ehliyetsiz olması nedeniyle çevrim içi tahkim anlaşması akdetmesi mümkün olmayan tarafın imzaladığı sözleşme geçersiz kabul edilebilecektir.

UNCITRAL Model Kanunu’nda olduğu gibi New York Sözleşmesi de ehliyetsizliği bir tenfizi ret sebebi saymış ancak ehliyetin tespitiyle ilgili bir kural getirmemiştir. Dolayısıyla burada önemli olan tarafların “kendilerine uygulanacak olan hukukun” ne olduğudur. Tenfiz mahkemesi kendi kanunlar ihtilafı kurallarını uygulayarak sözleşmenin tarafına

¹⁵ 10 Haziran 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında New York Sözleşmesi. Erişim Tarihi: 12/11/2022. Erişim Linki: <https://www.newyorkconvention.org/countries>. New York Sözleşmesi Türkiye tarafından 08/05/1991 tarih ve 3732 sayılı Kanunla onaylanmış ve 25/09/1991 günlü Resmi Gazete’de yayınlanmıştır. 04/03/2021 tarihinde Malavi, 15/03/2021 tarihinde Beliz, 11/11/2021 tarihinde Irak ve son olarak 04/05/2022 tarihinde Türkmenistan New York Sözleşmesi’ni onaylayarak kendileri açasından yürürlüğe sokan son ülkeler olmuşlardır. Bu katılımlarla birlikte, bugün itibariyle, New York Sözleşmesi’ne taraf toplam 170 devlet bulunmaktadır.

uygulanacak hukukun hangi devlet hukuku olduğuna karar verecektir¹⁶. Uygulanacak devlet hukukunun ürettiği çözüme göre sözleşmenin tarafının ehliyeti tespit edilecektir. Tenfiz mahkemesinin Türkiye’de olduğu yargılamalar açısından sorun MÖHUK hükümlerine göre yukarıda açıklandığı şekilde çözümlenecektir. Kısaca belirtmek gerekirse, tarafların ehliyeti kendi milli hukuklarına göre tespit edilecektir. Mukayeseli hukuktaki sonuçlar açısından da genellikle gerçek kişilerin milli hukukunun, tüzel kişilerin de esas sözleşmelerinde yer alan idare merkezi veya fiili idare merkezi hukukunun ehliyetin tespitinde belirleyici hukuk olarak işaret edildiğini söylemek mümkündür.¹⁷

Tarafların kendilerine uygulanacak hukukun ne olduğuyula ilgili sorunun ötesinde bir de çevrim içi tahkim anlaşmasının temsilci tarafından yapılması halinde temsilcinin yetkisi olup olmadığı probleminin hangi hukuka göre belirleneceği sorunu da çözümlenmelidir. Temsilcinin özel yetkisi olmaksızın çevrim içi tahkim anlaşması akdetmesi halinde bu durumun tahkim anlaşmasının şekline mi yoksa ehliyete dair mi geçersizlik doğuracağı tartışma konusudur.¹⁸ Yetkisiz temsilin sözleşmenin şekline ilişkin bir sorun olduğunun kabulü halinde New York Sözleşmesi madde II(2)’ye göre inceleme yapılması gerekecektir¹⁹. Buna karşılık, temsilcinin yetkisiz olarak sözleşmeyi imzalaması çevrim içi tahkim anlaşmasında ehliyete ilişkin bir sorun olarak kabul edilirse New York Sözleşmesi’nin V(1)(a) hükmü uygulama alanı bulacaktır. Temsilcinin özel yetkisi olup olmamasına göre temsil olunanı bağlayacak şekilde çevrim içi tahkim anlaşması yapmasının temsil ilişkisine uygulanacak hukukun bir meselesi

¹⁶ İlhan, s. 254.

¹⁷ İlhan, s. 254.

¹⁸ Esen, *Hakem Kararının Tenfizi veya İptali Davalarında Tahkim Anlaşmasının Yetkisiz Temsilci Vasıtasıyla Yapıldığı İtirazı ve Konuya İlişkin 11.10.2000 Tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı*, s. 383-387; İlhan, s. 132.

¹⁹ Nuray Ekşi, “Yargıtay Kararlarında Yabancı Hakem Kararlarının New York Konvansiyonuna Göre Tenfizine İlişkin Bazı Sorunlar”, *Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümüne İlişkin İstanbul Konferansı*, İstanbul, 2008, s.116-143.

olduğunu kabul etmek yerinde olacaktır²⁰. Buna göre söz konusu problemin çözümüne uygulanacak hukukun bulunması için New York Sözleşmesi'nin V(1)(a) maddesinde belirtildiği gibi tarafların tabi olduğu hukuka göre hareket edilmesi gerekecektir.

1.3.Maddî Hukuk Boyutu

Ehliyet bakımından uygulanacak hukukun Türk hukuku olması durumunda mevzuatımızın ehliyet ve temsile dair hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Çevrim içi tahkim anlaşmasına taraf gerçek kişinin sahip olması gereken ehliyet 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'na (TMK) göre tespit edilecektir. TMK kapsamında fiil ehliyetinin varlığı halinde gerçek kişi tarafın çevrim içi tahkim anlaşmasını imzalama ehliyeti var kabul edilecektir. Tüzel kişiler de çevrim içi tahkim anlaşmasının tarafı olabilmek için TMK madde 49'da sayılan şartlara göre fiil ehliyetine sahip olmalıdır. Buna göre tüzel kişiler, kanuna ve ana statülerine göre zorunlu organlarını oluşturduğunda fiil ehliyetine sahip olarak tahkim anlaşması akdebileceklerdir. Bu şekilde sözleşme ehliyetinin olmaması veya ehliyetin sınırlandırılmış olması hallerinde²¹ çevrim içi tahkim anlaşmasının geçersizliği söz konusu olacaktır.

Uyuşmazlığın taraflarının vekil aracılığıyla çevrim içi tahkim anlaşmasına taraf olması mümkündür. Bu durumda vekilin özel olarak yetkili kılınmadıkça hakeme başvuramayacağını düzenleyen 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) madde 504(3) maddesi geçerli olacaktır.²² Vekilin

²⁰ Aynı yönde bkz. Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, s. 450-451; Esen, *Hakem Kararının Tenfizi veya İptali Davalarında Tahkim Anlaşmasının Yetkisiz Temsilci Vasıtasıyla Yapıldığı İtirazı ve Konuya İlişkin 11.10.2000 Tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı*, s. 382; İlhan, s. 132.

²¹ Kemal Oğuzman / Özer Seliçi / Saibe Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku*, 17. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018, s. 48-49.

²² Esen, *Hakem Kararının Tenfizi veya İptali Davalarında Tahkim Anlaşmasının Yetkisiz Temsilci Vasıtasıyla Yapıldığı İtirazı ve Konuya İlişkin 11.10.2000 Tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı*, s. 392; Sibel Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2008, s. 76.

tahkim anlaşması yapmak üzere özel olarak yetkilendirilmiş olması çevrim içi tahkim anlaşmasını geçerli olarak imzalayabilmesi için yeterli olacaktır.²³

Benzer bir düzenleme avukatı aracılığıyla tahkim anlaşmasına taraf olmak isteyen asil açısından da mevcuttur. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) madde 74'e göre, yalnızca avukata açıkça yetki verilmiş olması durumunda avukatın asil adına çevrim içi tahkim anlaşması yapması mümkün olacaktır. Vekilin ve avukatın yetkileri arasında tahkim anlaşmasının çevrim içi olarak yapılabileceğinin belirtilmesine ihtiyaç yoktur.

Tüzel kişilerin de temsilcileri aracılığıyla çevrim içi tahkim anlaşması yapması Türk hukukuna göre mümkündür. Ticari temsilcinin TBK madde 547 ve madde 548'e göre tahkim anlaşması yapması konusunda bir sınır yoktur. Bu nedenle özel yetkisi olmasa dahi ticari temsilcinin yaptığı çevrim içi tahkim anlaşması tüzel kişiyi bağlayacaktır²⁴.

²³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun kararına konu dava öncelikle yerel mahkemede açılmış ve tahkim itirazı neticesinde reddedilmiştir. Temyiz ve yerel mahkemenin direnmesi neticesinde dava önüne gelen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, asıl sözleşme tarafı asilin temsilcisi konumundaki acentenin söz konusu tahkim anlaşmasını yapma konusunda özel yetkiye sahip olmadığı, bu nedenle tahkim şartına dayanılarak davanın reddedilemeyeceği gerekçesiyle Özel Daire bozma kararına uyulması gerektiğini belirterek direnme kararını bozmuştur. Yargıtay tarafından yapılan incelemede, kanunlar ihtilafı kuralları yönünden inceleme yapılmadan, tahkim anlaşmasında özel yetki bulunmasına dair kuralın doğrudan uygulanan bir kural gibi uygulanması yanlış olmakla birlikte Türk hukukunda temsilcinin tahkim anlaşması yapabilmesiyle ilgili durumu ortaya koymaktadır. Buna göre, özel yetkinin bulunmadığı hallerde tahkim anlaşması temsilci tarafından yapılamayacaktır. Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2011/742 E., 2012/82 K., 22.2.2012 T. Erişim Tarihi: 12/11/2022. Erişim Linki: www.lexpera.com.tr

²⁴ Nuray Ekşi, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim*, Beta Yayınları, İstanbul, 2019, s.114.

2. ÇEVİRİM İÇİ TAHKİM ANLAŞMALARININ ŞEKİL BAKIMINDAN GEÇERLİLİĞİ

2.1. Genel Olarak

Türk hukukunda ve mukayeseli hukukta sözleşmelerin sözlü Şekilde yapılması mümkün olduğu gibi adi yazılı Şekil, nitelikli yazılı Şekil ve resmi yazılı Şekil türlerinde olmak üzere yazılı Şekilde de yapılması mümkündür²⁵. Tahkim anlaşmaları de hem Türk yerel mevzuatı hem de uluslararası sözleşmelerde bazı Şekil şartlarına tabi tutulmuŐtur. Çevrim içi olarak yapılan tahkim anlaşmaları, diğer tüm tahkim anlaşmalarında olduğu gibi, geçerliliğinin tabi olduğu hukuka göre belirlenen Şekil şartlarına uygun olarak yapılmak zorundadır.

Tahkim anlaşmasının Şekli, tahkim anlaşmasının Şekline uygulanacak hukuk tarafından belirlenecektir. Çeşitli ölkelerin, mevzuatları ge-reği, farklı Şekil şartlarını zorunlu kabul etmesi mümkün olabileceği gibi herhangi bir Şekil şartını zorunlu olarak aramaması da mümkündür. Ancak, mukayeseli hukukta farklı hukuk sistemleri arasında tahkim anlaşmalarının Şekli anlamda geçerliliği açısından bir uyum olduğunu söylemek mümkündür²⁶. Bunun nedeni dünyadaki birçok devletin New York Sözleşmesi'ne taraf olarak ve UNCITRAL Model Kanunu'nu benimseyerek bu düzenlemelerdeki kuralları iç mevzuatlarına aktarmıŐ olmalarıdır. Detayları aşağıda incelenecek olan New York Sözleşmesi'nin 2. maddesi ile Model Kanunun 7. maddesi tahkim anlaşmalarının yazılı olmasını genel kural olarak kabul etmiştir. Dolayısıyla, bu sözleşmelere taraf olan devletlerin hukukunun geçerliliğe uygulandığı çevrim içi tahkim anlaşmaları da bu Şekil şartlarına tabi olacaktır.

²⁵ Sözleşmelerin tabi oldukları Şekil kurallarına ilişkin bkz. Arif Barış Özbilen, *Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016.

²⁶ Julian D.M. Lew, "The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause", *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, Editör Albert Jan Van den Berg, ICCA Congress Series, Sayı: 9, Kluwer Law International, 1999, 114 – 145, s. 129. Erişim Tarihi: 12/11/2022. Erişim Linki: www.kluwerarbitration.com; Saniakalı, s. 267.

Mevcut hukuk sistemlerindeki kanun ve sözleşmelere göre durum böyle olmakla birlikte tahkim anlaşmalarının herhangi bir şekil şartına tabi tutulup tutulmamasıyla ilgili tartışmalar da devam etmektedir. Tahkim anlaşmalarının yazılı şekilde yapılması gerektiğini savunanlara göre yazılı şekil ' tarafların gerçek iradelerinin tereddüde mahal bırakmayacak surette ortaya konulması' amacına hizmet etmektedir²⁷. Bu görüşün temelinde, tahkimin istisnai niteliği itibariyle doğal hakim ilkesinin ve asıl uyuşmazlık çözüm mekanizmaları olan devlet mahkemelerinin yerine geçen bir yargılama usulü olduğu düşüncesi yatmaktadır. Bu nedenle uyuşmazlık taraflarının devlet mahkemelerinden vazgeçerek tahkim yargılamasını seçmelerinin ancak yazılı olarak buna rıza vermeleri halinde mümkün olması gerektiği savunulmaktadır.

Buna karşılık, özellikle uluslararası tahkim bakımından yazılı şekil zorunluluğunun korunan hukuki değer açısından öneminin ve işlevinin kalmadığı da savunulmaktadır²⁸. Bu görüşün savunucuları, uyuşmazlığın taraflarının tahkime karşı değil mahkemelere karşı korunması gerektiğini iddia etmektedir²⁹. Uluslararası tahkimin ticari faaliyet yürüten taraflarının diğer devletin mahkemelerinde bağımsız ve tarafsız bir yargılamaya muhatap olamayacağı fikri bu görüşü desteklemektedir. Ayrıca, uluslararası tahkimin tarafları olarak tacirlerin yazılı bir sözleşmeyle korunması gerektiği fikrine de karşı çıkmaktadır. Buna göre, uluslararası ticaretin aktörlerinin yaptıkları işin niteliği gereği uyuşmazlık çözümü açısından da basiretli olarak hareket etmeleri ve taraf oldukları tahkim yargılaması sisteminin kapsamını kendilerinin öngörmesi gerektiği ifade

²⁷ Toby Landau, "The Written Form Requirement for Arbitration Agreements: When Written Means Oral", *ICCA Congress Series*, No:11, Editor Albert Jan van der Berg, Kluwer Law International 2003, s. 20 (aktaran bkz. Emre Esen, *Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmalarının Şekli*, MHB Yıl 28, Sayı 1-2, 2008, s.66)

²⁸ Esen, *Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmalarının Şekli*, s. 66.

²⁹ Esen, *Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmalarının Şekli*, s. 66.

edilmektedir³⁰. Bu sebeplerle de çevrim içi olarak yapılan tahkim anlaşmaları dahil tüm tahkim anlaşmaları açısından yazılı şekil zorunluluğuna karşı çıkmaktadır.

2.2. Uygulanacak Hukukun Tayini

Çevrim içi tahkim anlaşmasının hangi şekil kurallarına tabi olması gerektiği çevrim içi tahkim anlaşmasının geçerliliğine hangi hukukun uygulanacağı sorununun çözülmesiyle tespit edilebilecektir. Tahkim anlaşması, taraflar arasındaki asıl maddi hukuk sözleşmesinden bağımsız olması sebebiyle maddi hukuk sözleşmesine yönelik olarak yapılmış olan hukuk seçimi hükmünden etkilenmeyecektir³¹. Başka bir deyişle, asıl sözleşmede yapılmış olan hukuk seçimi asıl sözleşmenin bir maddesi veya ayrı bir sözleşme olarak akdedilmiş olan çevrim içi tahkim anlaşmasına doğrudan uygulanamaz.

Taraflar yaptıkları çevrim içi tahkim anlaşmasında, sözleşmeye uygulanacak hukuku tayin edebilirler. Bu şekilde bir hukuk seçimi yapılmış olursa kural olarak seçilen hukuk çevrim içi tahkim anlaşmasının geçerli olarak kurulması için gerekli şekil şartlarını belirleyecektir. Ancak taraflar hukuk seçimi yapmamışlarsa uygulanacak hukukun belirlenmesi sorunu ortaya çıkar. Tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk taraflar arasındaki ilişkinin ve uyuşmazlığın çeşitli aşamalarında ve farklı kurumlar tarafından incelenebilir³².

2.2.1. Tahkim Yargılamasının Başlamasından Önce

Çevrim içi tahkim anlaşmasının şekil itibariyle geçerliliğinin incelenmesi devlet mahkemelerinde söz konusu edilebilir. Taraflardan biri, aralarındaki uyuşmazlığı tahkim yerine mahkemeye götürürse tahkim anlaşmasının şeklen geçersiz olduğu iddiasına dayanabilir. Bu durumda

³⁰ Esen, *Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmalarının Şekli*, s. 66.

³¹ Tahkim sözleşmesinin bağımsızlığı hakkında bkz. Gary Born, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2014, s. 410. Ayrıca bkz. İlhan, s. 12 vd.

³² Lew, s. 123; Ekşi, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim*, s. 114.

mahkeme öncelikle yabancılik unsuru var ise tahkim anlaşmasının kuruluşuna ve geçerliliğine uygulanacak hukuku belirleyecektir. Belirlenen ilgili hukuka göre de çevrim içi tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığı tespit edilebilir.

Söz konusu davanın Türk mahkemelerinde açılmış olması halinde Türk hakimi uygulanacak hukuku bulmak üzere kendi kanunlar ihtilafı kurallarına başvuracaktır. Bir milletlerarası borç akdi olarak çevrim içi tahkim anlaşmasının de şekil bakımından geçerliliği hakkında MÖHUK madde 7 uygulanacaktır. Buna göre akdin kurulduğu ülke hukuku (*locus regit actum*) veya akdin esasına uygulanan hukuk (*lex causae*) alternatif olarak³³ çevrim içi tahkim anlaşmasının geçerliliğini tespit edecektir.

Akdin esasına uygulanan hukuka göre çevrim içi tahkim anlaşması şeklen geçersiz olsa dahi, MÖHUK madde 7'nin getirdiği alternatif kurala uyarınca, çevrim içi tahkim anlaşmasının kurulduğu devlet hukukuna göre geçerli olması mümkündür. Burada çevrim içi tahkim anlaşmasının hangi ülkede kurulduğu sorunu ortaya çıkacaktır. Zira, sözleşmenin tarafları fiziksel olarak bir arada olmadıkları gibi aynı ülkede dahi olmaya bilirler. Tarafların iki farklı ülkede bilgisayar veya akıllı telefon üzerinden işlem yapmalarının yanında sözleşmenin bulunduğu internet sitesi veya uygulamanın sunucularının bulunduğu ülke de başka bir ülke olabilir. Bu durumda en az üç farklı ülkenin hukukunun göz önüne alınması gerekebilir. Sonuç olarak, çevrim içi tahkim anlaşmasının yapıldığı yerin belirlenmesi geleneksel sözleşmelerde olduğu kadar kolay değildir. Bu sorunun çözülmesi için yerel ve uluslararası mevzuatta taraflardan birinin internet bağlantısının bulunduğu ülke hukuku ya da internet sunucusunun bulunduğu ülke hukukunun çevrim içi tahkim anlaşmasının yapıldığı yer olarak kabul edileceği düzenlenebilir. Çevrim içi tahkim anlaşmasının doğasına uygun ve bu anlaşmaların taraflarının iradelerinin doğru yansıtılmasını sağlayacak yerel ve uluslararası hukuki düzenlemelerin yapılması gerekmektedir.³⁴ Aksi takdirde, çevrim içi tahkim anlaş-

³³ MÖHUK madde 7'nin alternatif olarak uygulanması hakkında bkz. Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, s. 370.

³⁴ Aynı yönde bkz. Sariakçalı, s. 260; Dağdelen Yaşar, s. 790.

masının kurulduğu ülkenin belirlenmesi mahkemelerin takdir yetkisine bağlı olacaktır.

2.2.2. Hakem Kararının İptali Davalarında

Hakem kararının iptali istemiyle Türkiye'deki mahkemelerde dava açılması durumunda çevrim içi tahkim anlaşmalarının şekil itibariyle geçerliliği sorunu inceleme konusu olabilir. Bu durumda mahkeme, yabancılik unsuru içeren ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya MTK'nın hükümlerinin uygulanacağına taraflarca kararlaştırıldığı çevrim içi tahkim anlaşmasının şeklen geçerli olup olmadığına dair uygulanacak hukuku bulmak üzere MTK'yı uygulayacaktır.

Tahkim anlaşmasının şekline ilişkin kural MTK madde 4'te belirlenmiştir. Çevrim içi tahkim anlaşması da buna tabi olduğundan uygulanacak hukuka dair bu maddedeki belirlemeler dikkate alınmalıdır. Tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk ise aynı maddenin 3. fıkrasında *“tahkim anlaşması tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna uygun olduğu takdirde geçerlidir”* hükmüyle düzenlenmiştir. Buna göre, taraflar önceki bölümde de belirtildiği üzere tahkim anlaşmasının bağımsızlığı prensibine uygun olarak çevrim içi tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuku belirleyebilirler. İptal davasına bakan mahkeme seçilen bu hukuka göre çevrim içi tahkim anlaşmasının şeklen geçerli olarak yapılıp yapılmadığına karar verecektir.

Taraflarca bir hukuk seçimi yapılmamış ise, MTK mahkemeyi Türk hukukuna yönlendirmiştir. Türk hukukundaki şekle ilişkin düzenlemeler çevrim içi tahkim anlaşmasının şeklen geçerli olup olmadığını belirleyecektir. Maddi hukuk boyutu aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği üzere MTK madde 4'te yer alan şekil kuralları çevrim içi tahkim anlaşmasının şekil bakımından geçerliliğine uygulanacaktır.

2.2.3. Yabancı Hakem Kararının Tenfizi Davalarında

Yabancı hakem kararlarının Türkiye'de tenfiz edilmesi MÖHUK'ta düzenlenmiştir. MÖHUK'un 60. maddesi uyarınca, *“kesinleşmiş ve icra kabiliyeti kazanmış veya taraflar için bağlayıcı olan yabancı hakem kararları tenfiz edilebilir”*. Ancak, MÖHUK'un 62. maddesinde sayılan tenfizi ret

sebeplerinin varlığı halinde yabancı hakem kararlarının tenfiz edilmesi mümkün olmayacaktır. Çevrim içi tahkim anlaşmasına dayanılarak verilmiş olan hakem kararının Türkiye’de tenfizi aşamasında *“tahkim sözleşmesi veya şartı[nın] taraflarca tabi kılındığı kanuna, bu konuda bir anlaşma yoksa hakem hükmünün verildiği ülke hukukuna göre hükümsüz”* olduğunun anlaşılması halinde tenfiz mahkemesi hakimi tenfizi reddedecektir.

Yabancı hakem kararının tenfizinin MÖHUK’a değil, New York Sözleşmesi’ndeki tenfiz kurallarına bağlı olduğu bir uyumsuzlukta ise, New York Sözleşmesinin tahkim anlaşmasının şekli ile tenfiz ilişkisine dair hükümlerine göre mahkemenin karar vermesi gerekir. Yabancı hakem kararlarının diğer ülkelerde tenfiz edilebilmesi için hakem kararının dayandığı tahkim anlaşmasının tarafları bakımından geçerli ve bağlayıcı olması gerekmektedir. Bu durumda mahkeme New York Sözleşmesi madde II’de bulunan şekil kurallarına göre çevrim içi tahkim anlaşmasının şeklen geçerli olup olmadığına karar verecektir.

Buna göre, MTK’da olduğu gibi, New York Sözleşmesi kapsamında da çevrim içi tahkim anlaşmalarının yazılı olması gerekir. Madde II(2) uyarınca, yazılı olma şartı, taraflarca imzalanmış veya karşılıklı gönderilen mektup veya telgrafta yer alan bir sözleşme veya tahkim anlaşmasındaki bir tahkim maddesinin bulunması durumunda gerçekleşmiş olacaktır.

2.3. Maddî Hukuk Boyutu

Çevrim içi tahkim anlaşmalarının şekil itibariyle geçerli olarak akdedilmesi konusunda devletlerin kanunları farklı düzenlemeler içerebilir. Tahkimin ülke içindeki yargılamalarda mahkemelerin önüne geçip geçmemesinin tercih edilmesi, ülkenin yurtdışından gelen tarafların tahkim yargılamalarını görmek üzere bir merkez olmasını isteyip istememesi gibi düşüncelerle tahkim anlaşmasında daha ağır veya esnek şekil şartları belirlenebilir. Güncel duruma bakıldığında ise mukayeseli hukukta ülkelerin tahkim anlaşmasının şekline ilişkin kurallarının birbiriyle uyumlu olduğu söylenebilir. Bunda, ülkelerin UNCITRAL Model Kanunu’nu kendilerine referans alarak benzer şartları kendi mevzuatlarına yansıtmaları etkili olmuştur.

UNCITRAL Model Kanunu madde 7’de tahkim anlaşmasının tanımını ve şekline yer verilmiştir. Buna göre, tahkim anlaşması tarafların

arasındaki mevcut veya doğabilecek uyumsuzlukların tahkim yoluyla çözülmesi için yaptıkları sözleşmedir. Bu sözleşmenin bir sözleşme içindeki tahkim şartı şeklinde veya ayrı bir tahkim anlaşması şeklinde olması mümkündür. Aynı maddenin tahkim anlaşmasının şekline ilişkin ikinci fıkrasına göre ise sözleşme yazılı şekilde olmalıdır. Tarafların imzalarının bulunduğu bir sözleşme şeklinde yapılırsa maddedeki yazılı şekil şartı gerçekleşmiş sayılacaktır³⁵.

Söz konusu geçerlilik şartlarının elektronik ortamda yapılan tahkim anlaşmalarında nasıl uygulanması gerektiği UNCITRAL Çalışma Grubu tarafından belirlenmiştir³⁶. Elektronik iletişim yollarıyla gerçekleştirilen tahkim anlaşmaları da UNCITRAL Model Kanunu'na göre geçerli olarak ve yazılı şekil şartına uygun olarak yapılmış sayılacaktır. UNCITRAL tarafından yapılan belirlemeye göre tahkim anlaşmasının yer aldığı metin ve bilgiler daha sonra da görüntülenerek kullanılabilir durumdaysa yazılılık şartı gerçekleşmiş olacaktır³⁷. Çevrim içi olarak yapılan tahkim anlaşmasının çevrim içi iletişim imkanları çerçevesinde kayıt altına alınması mümkündür. Sözleşme çevrim içi olarak kayıt altına alınmış olabileceği gibi geleneksel baskı olarak yazı ile de kayıt altına alınmış olabilir. Bu sayede çevrim içi tahkim anlaşmasının daha sonra da görüntülenmesi mümkün olacaktır. Böylece tahkim anlaşmasının içeriği klasik yazılı şekilde olduğu gibi sabit ve belirli olacağından çevrim içi tahkim anlaşması da yazılı şekilde yapılmış olarak kabul edilebilir.³⁸

UNCITRAL Model Kanunu Türk hukukundaki düzenlemeleri de etkilemiştir. Hakimin çevrim içi tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku Türk hukuku olarak belirlemesi durumunda Model Kanun ile uyumlu olan HMK ve MTK'nın tahkim anlaşmasının şekline ilişkin hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

³⁵ Bu konu hakkında ayrıca bkz. Banu Şit, "Tahkim Anlaşmasının Şekli: Yazılı Şekil Şartı ve İnternet Aracılığı İle Akdedilen Tahkim Anlaşmaları", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt 25-26 / 1-2 (2005), s.413.

³⁶ Wolff, s. 7.

³⁷ Wolff, s. 7.

³⁸ Aynı yönde bkz. Dağdelen Yaşar, s. 809.

HMK madde 412’de tahkim anlaşmasının yazılı şekilde yapılması gerektiği belirtilmiştir. Buna göre, tahkim anlaşmasının yazılı şekilde yapılmış olduğunun kabul edilmesi için tahkim anlaşmasının taraflarca imzalanmış bir belgeye dayanması yeterli olacaktır. Maddede yazılı şekli oluşturacak olan imzanın var olması yeterli olarak görülmüş, herhangi bir resmî veya özel şekil zorunlu tutulmamıştır. Bu nedenle, HMK madde 412’de belirtilen imzalı belge adi yazılı şekilde tarafların imzasını içeren bir sözleşme belgesidir³⁹. TBK’da düzenlenen adi yazılı şekil şartları burada uygulama alanı bulacaktır⁴⁰. TBK madde 14’te yer alan sözleşmelerin yazılı şekilde yapılmasına dair unsurların gerçekleşmiş olması halinde tahkim anlaşması geçerli olacaktır.

MTK’daki tahkim anlaşması da anlam ve kapsam olarak HMK’daki tanım ile aynıdır. MTK madde 4(2) uyarınca “*tahkim anlaşması yazılı şekilde yapılır*”. MTK’da belirtilen yazılı şekil adi yazılı şekildir⁴¹. Tarafların anlaşmasını yansıtan yazılı bir belge geçerli bir tahkim anlaşması olarak hüküm ve sonuç doğuracaktır. Sözleşmenin herhangi bir resmî makam veya noter önünde yapılmasına gerek yoktur. MTK, Türkiye’nin de taraf olduğu New York Sözleşmesi hükümlerine uygun olarak tahkim anlaşmasının tanımı ve şeklini düzenlemiştir. Yazılı şekil şartının karşılanması için mutlaka tarafların imzalarını taşıması da gerekmemektedir. Tarafların imzaları olmasa dahi maddede sayıldığı şekilde yazılı veya elektronik belgeye dayanan tahkim anlaşmaları geçerli olmalıdır.

HMK ve MTK açısından, çevrim içi olarak yapılan tahkim anlaşmalarının yazılılık şartını sağlamasının ilk yöntemi tarafların imzalarını içermesidir. Geleneksel şekilde kağıt üzerindeki bir metne tarafların imza atmasıyla çevrim içi tahkim anlaşmasını imzalamaları mümkün değildir. Bunun yerine tarafların iradelerini kesin ve güvenilir olarak çevrim içi ortamda yansıttıklarına dair çeşitli imzalama yöntemleri geliştirilmiştir.

³⁹ Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, s. 269.

⁴⁰ Cevdet Yavuz, “Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabi Olduğu Hükümler”, *Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu*, İstanbul, 2009, s. 152.

⁴¹ Yavuz, s. 152.

Güvenli elektronik imza çevrim içi iletişim kanallarındaki taraf ve irade güvenliğini gerçekleştirmektedir⁴². Türk hukukunda 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu⁴³ ile elektronik imza düzenlenmiştir. Buna göre, güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile aynı hukuki sonucu doğurmaktadır.

Güvenli elektronik imza ile imzalanan bir çevrim içi tahkim anlaşması tarafların kimliği ile ilgili ispat sorunlarını bertaraf edecektir⁴⁴. Yazılı ve ıslak imzalı bir tahkim anlaşmasının yerine geçmek üzere güvenli elektronik imzayla imzalanmış çevrim içi tahkim anlaşması de şeklen geçerli olacaktır⁴⁵. HMK madde 412'ye göre değerlendirme yapıldığında elektronik ortamda imzalanan tahkim anlaşmalarının yazılı şekil şartını karşılayacağını kabul edilmesi mümkündür. Zira elektronik iletişimde yazılılık ve imzalı olma şartı elektronik imza ile gerçekleştirilmektedir⁴⁶.

Ancak, imzalı bir belge olmasa dahi yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığının kabul edilmesi mümkündür. HMK madde 412 ve MTK madde 4'e göre tahkim anlaşmasının taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına dayanması halinde de yazılı şekil şartı yerine getirilmiş olacaktır. Bu durumda, imzalı bir belge olmamasına rağmen tarafların tahkime gidilmesi konusundaki açık iradesine öncelik verilerek geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığı kabul edilecektir. Belge teatisindeki taraf iradeleri belirleyici olacak ve imza olmasa dahi tahkim anlaşması geçerli olarak kurulmuş olacaktır⁴⁷.

⁴² Güvenli elektronik imzanın hukuki statüsüyle ilgili bkz. Şit, s. 423.

⁴³ Madde 5- (1) Güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile aynı hukukî sonucu doğurur. (2) Kanunların resmî şekle veya özel bir merasime tabi tuttuğu hukukî işlemler ile banka teminat mektupları ve Türkiye'de yerleşik sigorta şirketleri tarafından düzenlenen kefalet senetleri dışındaki teminat sözleşmeleri, güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemez.

⁴⁴ Bilgehan Yeşilova, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi*, Güncel Yayınları, İstanbul, 2008, s.281; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 6. Baskı, 2021, s.211; Yavuz, s. 155.

⁴⁵ Akıncı, s. 211; Şit, s. 423.

⁴⁶ Şit, s. 424.

⁴⁷ Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, s. 269; Özel, s. 62-63; Sariaçalı, s. 283.

Doktrinde ifade edildiği üzere imza olmasa da yazılı şekil internette çevrim içi olarak gerçekleşmiştir⁴⁸. Özellikle e-posta kullanılarak yapılan tahkim anlaşmalarında yazılılık şartının gerçekleştiğini söylemek mümkündür. E-posta kullanıcılarının bilgileri şifreleme teknikleriyle korunmakta, belgenin taraflara izafe edilmesi ve güvenilirliği de bu şekilde gerçekleştirilmektedir⁴⁹. Bu durumda geleneksel sözleşmedeki imzanın kimliğin tespiti yönündeki işlevini elektronik ortamdaki şifreleme gerçekleştirmektedir. İmzanın tahkim anlaşması için gerekli bir unsur olmadığı da göz önüne alınınca elektronik ortamda yapılan çevrim içi tahkim anlaşmalarında kayıt altına alınmanın gerçekleştiği ve yazılılık şartının sağlandığı ortaya çıkmaktadır⁵⁰.

Çevrim içi tahkim anlaşmasının şekil itibariyle geçerliliği New York Sözleşmesi kapsamına giren bir tenfiz davasında da gündeme gelebilir. Bu durumda New York Sözleşmesi'nin tahkim anlaşmasının şekline ilişkin hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Zira, New York Sözleşmesi âkit devletlerde yapılacak tanıma ve tenfiz yargılamalarında söz konusu hakem kararının dayanağı olan yazılı tahkim anlaşmasına etki tanınmasını amaçlamaktadır. Bu nedenle Sözleşmenin belirlediği yazılı şekil şartı tenfiz davasının görüldüğü mahkemenin milli hukukuna göre öncelikle uygulanacaktır. Yerel hukukun çevrim içi tahkim anlaşmasının şekli itibariyle New York Sözleşmesi'nden daha sıkı şekil şartları getirmesi halinde New York Sözleşmesi'nde geçerli olan yazılılık şartının gerçekleşmiş olması yeterli sayılacaktır. Bunun yanında, yerel hukuk çevrim içi tahkim anlaşmasının şekil itibariyle geçerli sayılmasını New York Sözleşmesi'ne göre daha elverişli hükümlerle kolaylaştırıyorsa bu kurallar New York Sözleşmesi'ne göre öncelikle uygulama alanı bulabilecektir⁵¹.

⁴⁸ Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, s. 425.

⁴⁹ Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, s. 426.

⁵⁰ Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, s. 426.

⁵¹ Esen, *Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmalarının Şekli*, s. 68.

New York Sözleşmesi madde II(2) uyarınca âkit devletler, taraflar arasında yapılmış yazılı tahkim anlaşmalarını geçerli kabul ederek bu anlaşmaya etki tanıyacaklarını kabul etmiştir. Bu demektir ki, New York Sözleşmesi tahkim anlaşmalarının yazılı olarak yapılmasını şekil şartı olarak zorunlu tutmaktadır. Aynı maddenin 2. bendinde ise yazılı tahkim anlaşmasının nasıl yapılabileceği ve yazılılık şartının gerçekteşmesini sağlayacak yöntemler belirtilmiřtir⁵². Burada belirtilen yazılı şekilden kasıt ise adi yazılı řekildir⁵³.

Yargıtay da New York Sözleşmesine göre verdiği bir kararında yabancı hakem kararlarının tenfizine karar verilebilmesi için gerekli olan şartları ve yazılı anlaşma ifadesinden anlaşılması gerekenleri incelemiřtir⁵⁴. Yabancı hakem kararının tenfizinin söz konusu olduğu olayda taraflar arasında New York Sözleşmesi'ne uygun olarak akdedilmiş bir tahkim anlaşması olup olmadığı sorunundan hareket edilmiştir. Tahkim anlaşmasının yazılı şekilde yapılması gerektiği tekrarlandıktan sonra "*karşılıklı olarak teati edilmiş mektup veya telgraflarda mündemiç bulunan veya taraflarca imzalanmış bir mukaveleye dercedilmiş olan bir hakem şartının veya bir hakem mukavelesinin*" yazılılık şartını karşılayacağı belirtilmiştir. Buna göre, tarafların imzası bulunan bir sözleşmenin yanında mektup gibi tarafların karşılıklı tahkime rızalarını içeren metnin de yazılılık şartını sağladığı belirlenmiştir. Ancak söz konusu olayda davalı tarafın tahkim şartı içeren sözleşmede imzasının bulunmadığı tespit edilmiştir. Bunun yanında, Yargıtay "*uyuşmazlığın çözümünde hakeme gidilmesine olanak verecek bir diğer hususun varlığının*" da kanıtlanamadığından hakem kararının tenfizi talebinin reddedilmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Burada önemli olan 'hakeme gidilmesine olanak verecek bir diğer hususun' söz konusu olma-

⁵² Günseli Öztekin Gelgel, "New-York Konvansiyonu'na Göre Hakem Kararlarının Tenfizinde Yargıtay'ın Bazı Kararlarının Değerlendirilmesi", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt: 22, Sayı: 2, 2011, s. 1138. Ayrıca bkz. Ceren Eyuboğlu, "Türk Hukukunda Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği", *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 3, 2017, s.232.

⁵³ şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, s. 269.

⁵⁴ Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 1999/7119 E., 2000/1342 K., 24/02/2000 T. Erişim Tarihi: 12/11/2022. Erişim Linki: www.lexpera.com.tr

masıdır. Yargıtay, yazılılık şartının karşılıklı tahkime rıza iradelerinin anlaşılmasını sağlayacak herhangi başka bir delille de sağlanacağını belirterek yazılı anlaşmanın çeşitli yöntemlerle oluşturulabileceğini ortaya koymuştur. Bu nedenlerle, New York Sözleşmesi'ne göre yazılılık şartının çeşitli şekillerde ve sıkı bir imzalı sözleşme şartına bağlı olmadan karşılanabilmesine olanak tanıdığı söylenebilir⁵⁵.

New York Sözleşmesi'ne göre yazılı sözleşme kavramı bir tahkim şartı olabileceği gibi ayrı bir tahkim anlaşması da olabilir. Bunun yanında mektup teatisi şeklinde yapılan tahkim anlaşmalarının de yazılı sözleşme olduğu kabul edilmiştir. UNCITRAL'in 2006 yılındaki tavsiye yazısına göre⁵⁶ New York Sözleşmesi madde II(2)'deki yazılılık şartını sağlayan araçlar sınırlı sayıda değildir⁵⁷ ve şekil şartını sağlayabilecek başka imkanların varlığına açıktır. Benzer türdeki elektronik cihazlarla da tahkim anlaşmasının yapılması mümkündür. Bunun nedeni madde II(2)'de yer alan yazılı şeklin mektup teatisi ve diğer araçları 'içerdiği' ifadesidir⁵⁸. Kelime anlamı bakımından bu araçları içeren yazılı şeklin başka araçlara da imkan vermesi mümkündür⁵⁹. Ayrıca, New York Sözleşmesi'nin yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi önündeki engelleri ortadan kaldırma ve uluslararası ticareti kolaylaştırma amaçları da maddenin bu şekilde okunmasını desteklemektedir⁶⁰.

Taraflarca imzalanmış olan tahkim anlaşmalarının yazılılık şartını karşıladığı açıktır. El yazısıyla atılmamış imzaların, yalnızca kaşe veya mühür kullanımının da yeterli olmadığı New York Sözleşmesi bağlamında belirtilmektedir⁶¹. Çevrim içi tahkim anlaşmaları bakımından ise

⁵⁵ Aynı yönde bkz. Eyuboğlu, s. 233.

⁵⁶ New York Sözleşmesi madde II(2) ve madde VII(1)'in yorumlanmasına ilişkin 7 Temmuz 2006 tarihli UNCITRAL tavsiye metni için bkz. BM Genel Kurulu 61. Oturumu Ek No. 17 (A/61/17).

⁵⁷ Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, s. 354.

⁵⁸ Wolff, s. 12.

⁵⁹ Wolff, s. 12.

⁶⁰ Wolff, s. 12.

⁶¹ Esen, *Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmalarının Şekli*, s. 69.

elektronik imza ile imzalanan tahkim anlaşmalarının New York Sözleşmesi'nin yazılılık şartını sağladığı kabul edilmelidir⁶². New York Sözleşmesi'nin 1958 yılında yapıldığı sırada söz konusu olmayan bu teknolojinin günümüz iletişim araçları ve ihtiyaçlar kapsamında el yazısı ile atılan imza ile eşdeğer olduğunu söylemek mümkündür⁶³. Elektronik imzanın uluslararası çevrim içi tahkim anlaşmalarında kullanılabilmesi için elektronik imzanın uluslararası sertifikasyonu ve kabul edilirliliğinin gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Uluslararası Sözleşmelerde Elektronik Haberleşmenin Kullanılmasına Dair BM Sözleşmesi 11 âkit devletle birlikte 2013 yılından beri yürürlüktedir⁶⁴. Bu sayı çok az olduğundan elektronik imzanın uluslararası ticari işlemlerde kullanılması imkânı sınırlıdır. Bu nedenle, âkit ülkeler haricinde çevrim içi tahkim anlaşmalarının elektronik imzayla farklı ülkelerdeki taraflar arasında imzalanması mümkün olmayacaktır. Sonuç olarak, elektronik imzanın yazılı şekil şartını gerçekleştirme açısından yetersiz olacağı söylenmelidir. Elektronik imzanın tüm dünyada ortak bir geçerliliği olmadığı için sözleşme taraflarının ve tahkim yeri hukukunun geçerlilik şartlarına riayet edilmesi gerekmektedir.

New York Sözleşmesi madde II(2)'de tarafların imzası olmadan da yazılılık şartının gerçekleştirilmesine imkân tanınmıştır⁶⁵. Buna göre mektup ve telgraf teatisi şeklinde de tahkim anlaşmasının şeklen geçerli olarak yapılması mümkündür. Çevrim içi tahkim anlaşmalarının yapılması noktasında ilgili olabilecek olan iletişim yöntemi ise e-posta ve internet sayfalarında yer alan metinlerdir.

E-posta yazışmaları New York Sözleşmesi kapsamında mektup veya telgraf olmamakla birlikte madde II'nin e-posta yazışmalarına da kı-

⁶² Aynı yönde bkz. Wolff, s. 11.

⁶³ Hatice Özdemir Kocasakal, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2003, s. 224.

⁶⁴ Uluslararası Sözleşmelerde Elektronik Haberleşmenin Kullanılmasına Dair BM Sözleşmesi. Erişim Tarihi: 12/11/2022. Erişim Linki:

https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=X-18&chapter=10&clang=_en

⁶⁵ Wolff, s. 12.

yas yoluyla uygulanması gerektiği doktrinde kabul edilmektedir⁶⁶. E-postanın, özellikle telgrafta olduğu gibi fiziksel olarak bir kâğıt üzerinde metnin göndericiden alıcıya iletilmesinin söz konusu olmamasından ve göndericinin kimliğinin tespitini imza gibi bir yöntemle gerçekleştirilmemesinden dolayı özellikle telgraf teatisi kavramına dahil olacağı söylenebilir⁶⁷. Taraflar arasında teati edilen e-posta yazışmaları elektronik imzasız olsalar dahi, New York Sözleşmesi'nin temin etmeyi amaçladığı iletişimin taraflar arasında teatisi ve tahkim anlaşması yapılması şartlarını gerçekleştirmektedir. Uyuşmazlığın tahkimde çözülmesine yönelik irade beyanları aynı telgraf teatisinde olduğu gibi hazır olmayanlar arasında yürütülen iletişim faaliyeti neticesinde ortaya konulmuş olmaktadır.⁶⁸ Ayrıca, taraflar arasında elektronik imzanın yerleştirilmiş olduğu e-postaların zaten tahkim anlaşmalarının yazılı şekil şartına uygun yapılması kuralına uygun düştüğünü söylemek gerekmektedir⁶⁹.

New York Sözleşmesi madde II(2)'nin çevrim içi tahkim anlaşmaları açısından önemli olabilecek bir başka yönü ise internet sitelerinde yer alan metinlerle ilgilidir. Taraflar arasındaki herhangi bir hukuki ilişki kapsamında, internet sitesinde yer alan tahkim anlaşması metnine onay verilmesi şeklinde anlaşma yapılması mümkündür. İnternet sitesinde yer alan bu metinler, New York Sözleşmesi kapsamında mektup veya telgraf olmamakla birlikte madde 2'de yer alan yazılılık şartı söz konusu metinlerle karşılanmaktadır⁷⁰. İnternet sitelerinde yer alan tahkim anlaşması başka bir metinde yer alan bağlantı sekmesine onay verme şeklinde (*click-wrap*) olabileceği gibi internet sitesinde ayrıca açılan bir metin (*browse-wrap*) şeklinde de olabilir⁷¹. Sözleşme tarafları bu iki şekilde hazırlanan sözleşmeye onay vererek tahkime rızalarını ortaya koyabilir.⁷² Burada

⁶⁶ Wolff, s. 12.

⁶⁷ Aynı yönde bkz. Wolff, s. 12.

⁶⁸ Sarıakçalı, s. 254.

⁶⁹ Özdemir Kocasakal, s. 224.

⁷⁰ Aynı yönde bkz. Özdemir Kocasakal, s. 224.

⁷¹ Özdemir Kocasakal, s. 224.

⁷² Sarıakçalı, s. 253.

dikkat edilmesi gereken husus, New York Sözleşmesi madde 2'nin, mektup teatisini kabul etmesinden anlaşıldığı üzere, tarafların iradelerinin karşılıklı olarak açıklanmasına geçerlilik tanıdığıdır. Çevrim içi tahkim anlaşması taraflarının karşılıklı olarak tahkime gösterdikleri rızayı beyan etmeleri gerekmektedir. Böyle bir beyan ve irade değişimi internet sitesinde tahkim anlaşmasını yayınlayan tarafın beyanıyla başlatılabilir. Bu beyana karşılık diğer tarafın bir kutucuğu onaylama anlamında işaretlemesi (*click-wrap*) veya açılan tahkim anlaşmasını okumasına olanak sağlayan bir kaydetme sisteminin (*browse-wrap*) olması halinde New York Sözleşmesi anlamında beyan ve rızaların ortaya konulması işlemi gerçekleşmiş olacaktır⁷³. İnternet sitesi sahibinin, karşı tarafın onayına ilişkin bildirimini internet sitesi aracılığıyla almasıyla birlikte karşılıklı iradelerin açıklanması kesin olarak gerçekleşecektir.

Bu açıklamalar da göstermektedir ki, çevrim içi tahkim anlaşmaları New York Sözleşmesi kapsamında da yazılı şekil şartını sağlamaktadır. Elektronik ortamda iradelerini ortaya koyan taraflar elektronik imza veya, imza olmasa dahi, iradelerin elektronik olarak teati edilmesiyle yazılı şekil şartını karşılamış olacaktlardır. Çevrim içi olarak yapılan tahkim anlaşmaları geçerli olarak akdedilmiş sayılacak ve bu sözleşmeye dayanılarak yapılan tahkim sonucunda verilen karar diğer âkit devletlerde tenfiz edilebilecektir.

Mukayeseli hukuk kapsamında belirtilebilecek olan bir mahkeme kararında⁷⁴, Amerika Birleşik Devletleri'nde yer alan bir yerel mahkeme elektronik ortamda yapılan tahkim anlaşmasının yazılı şekil itibariyle geçerli olduğu sonucuna varılmıştır⁷⁵. Federal Tahkim Kanunu'na göre tahkim anlaşmalarının yazılı şekilde yapılması zorunludur. Karara konu olayda bir bilgisayar yazılımının bilgisayarına indirilip kurulmadan önce

⁷³ Özdemir Kocasakal, s. 224.

⁷⁴ Michael Lieschke, Robert Jackson, and Todd Simon v. Real Networks Inc., Amerika Birleşik Devletleri, Illinois Eyalet Mahkemesi Doğu Bölgesi No. 00 C 1366, 631341 T.08.05.2000. Erişim Tarihi: 12/11/2022. Erişim Linki: www.casetext.com

⁷⁵ Karar hakkında değerlendirmeler için bkz. Esen, *Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmalarının Şekli*, s. 86 ve Özdemir Kocasakal, s. 223.

kullanıcının bilgisayar üzerinden onay kutucuğu işaretleyerek tahkim anlaşmasına taraf olup olmadığı incelenmiştir. Mahkeme çevrim içi sistem üzerindeki tahkim anlaşmasının 'kaydedilebilir' ve 'kağıt üzerinde yazdırılabilir' olduğundan bahisle yazılılık şartının gerçekleştiğini kabul etmiştir. Ayrıca, Federal Tahkim Kanunu'nda çevrim içi olarak yapılan tahkim anlaşmalarına yer verilmemiş olmasının bu tarz sözleşmelerin geçersizliği sonucuna sebep olmayacağı da belirtilmiştir. Aksine, dönemin iletişim vasıtaları yoluyla elektronik ortamda da yazılılık şartının gerçekleşeceği vurgulanmıştır. Sonuç itibariyle mahkeme elektronik ortamda akdedilmiş olan söz konusu çevrim içi tahkim anlaşmasının şeklen geçerli olduğunu kabul etmiştir.

3. ÇEVİRİM İÇİ TAHKİM ANLAŞMALARININ ESAS BAKIMINDAN GEÇERLİLİĞİ

3.1. Genel Olarak

Çevrim içi tahkim anlaşmasının esasa ilişkin geçerliliği bir hukuki muamele olarak karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının varlığını ifade etmektedir. Niteliği itibariyle tahkim anlaşmasının en temel unsuru taraflar arasında uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözülmesi konusunda ortak bir iradenin, yani anlaşmanın, var olmasıdır⁷⁶. Zorunlu tahkimin geçerli olduğu alan ve işlemler ile tahkimin üçüncü kişilere teşmili⁷⁷ hariç olmak üzere⁷⁸, genel kural olarak yargı yetkisine sahip olan mahkemele-

⁷⁶ Aynı yönde bkz. Akıncı, s. 5; Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, s. 15; İlhan, s. 127; Eyuboğlu, s. 235; Yeşilova, s. 45; Cengiz Serhat Konuralp, *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul 2011, s.126; Dağdelen Yaşar, s. 800.

⁷⁷ Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili hakkında bkz. Emre Esen, *Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili*, Beta Yayınları, İstanbul, 2008.

⁷⁸ Zorunlu tahkim hakkında bkz. Ozan Ergül, "Sporda Zorunlu Tahkim - Bireysel Başvuru İlişkisi: 'Yargı Denetimi Dışında Bırakılan İşlemleri' Dar Yorumlamak Mümkün Değil mi?", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Sayı 32, 2015. Erişim Tarihi: 12/11/2022. Erişim Linki: <https://www.anayasa.gov.tr/media/4435/3.pdf>

rin⁷⁹ aksine, yalnızca, tarafların tahkime gidilmesi yönündeki karşılıklı ve geçerli rızalarının olması halinde tahkim mümkündür. Tarafların uyuşmazlığın tahkimde çözülmesi yönünde ortak rızaları yoksa tahkime gidilmesi mümkün olmayacaktır⁸⁰.

Çevrim içi tahkim anlaşmasının geçerli olarak kurulması için de geleneksel tahkim anlaşmalarındaki rıza ve iradeye ilişkin aynı şartların gerçekleşmiş olması gerekir. İki veya daha çok taraflı bir hukuki işlem olarak çevrim içi tahkim anlaşmasının taraflarının birbirlerine uygun irade beyanlarını karşılıklı olarak açıklamaları halinde esas bakımından geçerli bir tahkim anlaşmasından söz edilebilecektir.

Tarafların iradelerinin tespit edilmesi noktasında hukuk sistemlerinin tahkim yanlısı veya tahkim karşıtı anlayışları barındırdığı şeklinde tespitler yapılmaktadır⁸¹. Tahkim karşıtı ifadesinin tahkimi tamamen yasaklamak şeklinde bir anlamı olduğu için tahkim karşıtı yerine diğer anlayışlar denmesinin daha doğru olduğunu düşünüyoruz.

Tahkim yanlısı olarak değerlendirilebilecek hukuk sistemlerinde taraf iradelerinin olabildiğince geniş yorumlanarak tarafların uyuşmazlığı tahkime götürebilmesinin önünün açılması amaçlanmaktadır⁸². Örneğin, tahkim anlaşmasında uyuşmazlığın tahkimde çözümlenememesi halinde devlet mahkemelerinin yetkili olacağıın kararlaştırılmış olması halinde tarafların tahkim için iradelerinin olduğu değerlendirilerek tahkim anlaşmasına geçerlilik tanınabilir. Bu anlayışa göre sözleşmede uyuşmazlık çözüm maddesi olarak yalnızca "tahkim" yazılmış olması dahi geçerli bir tahkim anlaşması olarak kabul edilebilir⁸³. Amerikan ve Fransız hukuk sistemleri tahkim iradesine geniş bir alan tanıyan ülkelere örnek olarak verilmektedir⁸⁴.

⁷⁹ Şanlı, *Hukuki Mütalaalarım*, Adalet Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 444.

⁸⁰ Eyuboğlu, s. 233.

⁸¹ İlhan, s. 129.

⁸² Gary Born, *International Arbitration: Law and Practice*, Wolters Kluwer International, 2012, s. 87.

⁸³ Born, *International Arbitration: Law and Practice*, s.70.

⁸⁴ İlhan, s. 129; Özel, s. 82, 89.

Tarafların tahkime gitme iradelerini göstermeleri için daha sıkı şartlar öngören diğer hukuk sistemlerinde ise tahkim anlaşmasının dar yorumlanarak⁸⁵ yalnızca ve kesin olarak tahkime gidilmesinin kararlaştırılması aranmaktadır. Burada önemli olan, hangi tür hukuk sisteminde olursa olsun tahkim iradesinin kesin olarak anlaşılmasının gerekli olmasıdır. Tarafların yaptığı sözleşmeden uyuşmazlığı kesin olarak tahkime götürme iradeleri anlaşılamiyorsa patolojik veya asimetrik⁸⁶ tahkim anlaşmaları söz konusu olabilecektir.

Tahkim iradesinin tespitinden sonra ise bu iradenin kapsamının mahkeme veya hakem heyetlerince incelenmesi gerekmektedir. Tahkim yargılamasının söz konusu anlaşmanın kapsamı dahilinde yapılmış olmaması halinde iptal edilmesi veya tenfizinin reddedilmesi riskleri söz konusu olabilecektir.

Ayrıca, tarafların iradelerinin kapsamının uygulanacak hukuk açısından tahkime elverişli konuları içermesi de zorunludur. Aksi takdirde tahkime elverişsiz olarak nitelendirilen bir konuda çevrim içi tahkim anlaşması yapılmış olsa dahi uyuşmazlığın tahkimde görülmesi mümkün olmayacaktır. Tarafların irade serbestisinin sınırını⁸⁷ ifade eden tahkime elverişlilik kavramı her tür uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenemeyeceğini ifade etmektedir.

Tarafların hukuk seçimi yapmış olması halinde ilgili hukukun kurallarına göre uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığı belirlenecektir. Tarafların çevrim içi tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku seçmiş olmaları halinde ise mahkemeler ve tahkim heyetleri belirli kural ve usullerle çevrim içi tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğine uygulanacak hukuku tespit edecektir.

3.2. Uygulanacak Hukukun Tayini

Çevrim içi tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk tarafların iradelerinin varlığını ve geçerliliğini tespit edecektir. Esas bakı-

⁸⁵ İlhan, s. 130.

⁸⁶ İlhan, s. 206.

⁸⁷ İlhan, s. 221.

mından gerekli şartları taşımayarak geçersiz olan bir çevrim içi tahkim anlaşmasına dayanarak verilen hakem kararının New York Sözleşmesi kapsamında tenfizi de mümkün olmayacağından uygulanacak hukukun tayini önem arz etmektedir.

Uygulanacak hukukun belirlenmesinde tarafların hukuk seçimi daha önceki bölümlerde anlatıldığı gibi öneme sahiptir⁸⁸. Hukuk seçimi taraflarca yapılmamışsa da aşağıda incelenecek olan uluslararası ve yerel mevzuata göre mahkeme, sözleşmenin geçerliliğine uygulanacak hukuku tespit ederek tarafların esas yönünden geçerli bir çevrim içi tahkim anlaşması yapıp yapmadığına karar verecektir⁸⁹.

3.2.1. Tahkim Yargılamasının Başlamasından Önce

Taraflardan birinin uyuşmazlığı tahkim yerine mahkemeye getirmesi halinde diğer tarafın tahkim itirazında bulunması ile çevrim içi tahkim anlaşmasının esasa ilişkin geçerliliği mahkemenin incelemesine tabi kılınabilir⁹⁰. Bu durumda, mahkeme uygulanacak hukuk kapsamında tarafların tahkime yönelik rızalarının bulunup bulunmadığını inceleyeceği gibi uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığını da inceleme konusu yapabilir.

Türk mahkemesi bu incelemeyi MÖHUK madde 32’de yer alan sözleşmeden doğan ilişkinin varlığı ve maddi geçerliliğine ilişkin hükme göre yapacaktır. Bu sayede çevrim içi tahkim anlaşmasının kuruluşuna

⁸⁸ Taraflar arasındaki asıl maddi hukuk sözleşmesinin tabi olduğu hukuku belirleyen hukuk seçimi anlaşmasının tahkim sözleşmesinin tabi olduğu hukuku belirleyen zımni bir anlaşma olarak görülüp görülmeyeceğine ilişkin tartışma ve açıklamalar için bkz. Patricia Nacimiento, “Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards”, *A Global Commentary on the New York Convention*, Editör H. Kronke, P. Nacimiento, D. Otto, N. C. Port, Kluwer Law International, 2010, s. 224 vd. Erişim Tarihi: 12/11/2022. Erişim Linki: www.kluwerarbitration.com

⁸⁹ UNCITRAL Model Kuralları md. 34(2)(a)(i).

Çevrim içi sözleşmelerde tahkim yeri hukukunun etkisi hakkında bkz. Wolff, s. 2.

⁹⁰ İlhan, s. 227.

yönelik irade beyanlarının tabi olduğu hukuk⁹¹ tespit edilebilir. Madde- nin ilk fıkrasına göre, sözleşmenin geçerli olması halinde uygulanacak olan hukuk, akdin tabi olduğu hukuk (akit statüsü⁹²), taraflar arasındaki ilişkinin varlığını tespit etmede de uygulanacak olan hukuktur. Dolayısıyla kural, çevrim içi tahkim anlaşmasının geçerli olarak kurulduğunun kabulü halinde uygulanacak hukuka göre sözleşmenin esasa ilişkin geçerliliğinin değerlendirilmesidir.

Ancak madde 32(2) sözleşmenin kurulması aşamasında tarafların davranışlarına hüküm tanınmanın tabi olduğu hukuk ile ilgili ayrı bir düzenleme de getirmiştir. Bu fıkra uyarınca, tahkim anlaşmasının kurulması aşamasında tarafların davranışlarının, açıklamalarının akdin tabi olduğu hukuka göre değerlendirilmesi hakkaniyete uygun olmayacak ise irade beyanının varlığına, rızası olmadığını iddia eden tarafın mutad meskeninin bulunduğu devlet hukuku uygulanır. Bu durumda, hukuken geçerli bir irade beyanının olmadığını iddia eden tarafın mutad meskeni ülkesinin hukuku uygulanarak tahkim anlaşmasına yönelik olarak irade beyanının olup olmadığı belirlenecektir.

3.2.2. Hakem Kararının İptali Davalarında

Tahkim yerinin Türkiye olduğu ve yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklar ile MTK hükümlerinin uygulanacağını kabul edildiği uyuşmazlıklar hakkındaki tahkim kararlarının iptal davasına bakan Türk mahkemesi de çevrim içi tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğini inceleyecektir. Mahkeme, sözleşmenin esasa ilişkin geçerliliğine uygulanacak hukuku MTK hükümlerine göre tespit edecektir.

Sözleşmenin esas bakımından geçerliliğine uygulanacak hukuku gösteren MTK madde 4(3)'te yer alan genel kurala göre, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukukun sözleşmenin esasına yönelik belirlemeleri çevrim içi tahkim anlaşmasının geçerliliği problemini çözecektir. Önceki bölümlerde de incelendiği üzere MTK, tarafların tah-

⁹¹ Akdin kuruluşuna yönelik irade beyanlarının varlığı ve geçerliliği hakkında ayrıntılar için bkz. Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, s. 370.

⁹² Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, s.371.

kim anlaşmasına uygulanacak hukuku seçmelerine izin vermiştir. Çevrim içi tahkim anlaşmasında tarafların rızalarının varlığı dahil esasa ilişkin geçerlilik bu seçilen hukuka tabi olacaktır. Aynı maddeye göre taraflar arasında böyle bir hukuk seçimi yoksa, tahkim anlaşması Türk hukukuna göre değerlendirilecektir. Bu durumda, çevrim içi tahkim anlaşmasının Türk hukukuna uygun olması halinde sözleşme geçerli olarak akdedilmiş olacaktır. Sonuç itibarıyla, seçilmiş olan yabancı hukukun veya Türk hukukunun tarafların iradeleri ile tahkime rızalarına ilişkin hükümleri çevrim içi tahkim anlaşmasının esas itibarıyla geçerli olup olmadığını belirleyecektir.

3.2.3. Yabancı Hakem Kararının Tenfizi Davalarında

Çevrim içi tahkim anlaşmasının esasa ilişkin geçerliliği ile tahkime elverişlilik sorunları hakem kararının tenfizi davasında da mahkemenin incelemesine konu olabilir. Yabancı hakem kararlarının tenfizi davalarında çevrim içi tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğini belirleyecek olan New York Sözleşmesine bakılması gerekecektir. Yabancı hakem kararının tanıma ve tenfizinin mahkeme tarafından reddedilmesi hallerinden biri de tahkim anlaşmasının, kendisine uygulanacak hukuka göre, geçersiz olmasıdır⁹³.

New York Sözleşmesi madde II(3) uyarınca taraf devlet mahkemeleri tahkim anlaşmasının "*hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkansız*" olmaması halinde tarafları tahkime davet edecektir. UNCITRAL Model Kanunu madde 8 de tahkim anlaşması hükümsüz değilse geçerli bir tahkim anlaşmasına dayanarak uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesine karar verilmesi gerektiğini hüküm altına almıştır. Yani devlet mahkemeleri tahkim anlaşmasının tarafların rızası ve tahkime elverişlilik de dahil olmak üzere tüm esas yönler bakımından geçersiz olduğuna karar verirse yargılamaya devam edebileceklerdir. Bu şekilde bir geçersizlik söz konusu değil ise tarafların anlaşmasına uygun olarak tahkime devam edilmesi kararı verilecektir.

New York Sözleşmesi madde V(1)(a) tahkim anlaşmasının geçerliliğinin hangi hukuka göre belirleneceğini belirtmiştir. Bu hukuk, tarafla-

⁹³ Bu konuda bkz. Eyuboğlu, s. 234.

rın tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanmasını kararlaştırdıkları hukuktur⁹⁴. Taraflar tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuku belirlememişlerse hakem kararının verildiği yer hukuku tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığını tespit edecektir. Dolayısıyla, öncelikle varsa tarafların hukuk seçimi, yoksa hakem kararının verildiği yer hukuku belirlenecektir⁹⁵. Sonrasında ise, bu ilgili hukuk altında tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığı mahkeme tarafından belirlenecektir.

New York Sözleşmesi tahkime elverişlilik konusunda ise farklı bir kanunlar ihtilafı kuralı getirmiştir. New York Sözleşmesi'nin V(2)(a) maddesine göre tenfiz talebini inceleyen mahkeme, uyuşmazlık konusu kendi milli hukukuna göre tahkime elverişsiz ise yabancı hakem kararının tenfizini reddedecektir. Madde metninde geçen "*tanıma ve icra talebinin öne sürüldüğü memleketin kanununa göre ihtilaf mevzuununun hakemlik yolu ile halle elverişli bulunmaması*"⁹⁶ ifadeleri bu aşamada tahkime elverişlilik halinin incelenmesinde tenfiz yeri hukukunun belirleyici olacağını açıkça ortaya koymaktadır.

3.3. Maddî Hukuk Boyutu

Türk hukukuna göre tahkim anlaşmaları de borçlar hukuku anlamında sözleşmelerdir.⁹⁷ Çevrim içi tahkim anlaşmaları da Türk hukuku

⁹⁴ Şanlı, *Hukuki Mütalaalarım*, s. 446; Akıncı, s. 197.

⁹⁵ Wolff, s. 3.

⁹⁶ İlhan, s. 230.

⁹⁷ Özel, s. 33. Tahkimin sözleşmesel ve yargısal niteliğe sahip olduğu görüşlerinden ayrıca karma/hibrid veya bağımsız veya *sui generis* bir uyuşmazlık çözüm yolu olduğu da iddia edilmektedir. Bu kapsamda, tahkim sözleşmesinin usule ait esasları da içeren bir maddî hukuk sözleşmesi olduğu görüşü tahkimin nitelikleriyle de uygun bir açıklama içermektedir. Aynı yönde bkz. Julian D. M. Lew / Loukas A. Mistelis / Stefan Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Hague / New York, 2003, s.71-82; Hakan Pekcanitez / Oğuz Atalay / Muhammet Özeker, *Medeni Usul Hukuku*, 9. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2021, s.606; Ergin Nomer, *Devletler Hususî Hukuku*, 23. Baskı, Beta, İstanbul, 2021, s.563, 564; İlhan Postacıoğlu, *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, 7. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s.1027; Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 8. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2022, s.167;

bağlamında diğer tahkim anlaşmalarının tabi olduğu kanun ve uluslararası sözleşmelerdeki geçerlilik şartlarına tabidir. Bu nedenle sözleşmelerin kurulmasına, geçersizliğine ve iptaline ilişkin borçlar hukukundaki genel hükümler çevrim içi tahkim anlaşmalarına da uygulanacaktır⁹⁸. Doktrinde de belirtildiği üzere, tahkim anlaşmalarının kuruluşları itibarıyla genel borçlar hukuku sözleşmelerinin hükümlerine tabi olmasına rağmen sözleşmenin sonuçları mahkemelerin yetkisi üzerinde etki doğurarak tamamen usul hukuku alanına girmektedir⁹⁹.

Çevrim içi tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğinin Türk mahkemeleri önünde incelenmesi durumunda Yargıtay'ın da belirttiği üzere uyuşmazlığın mahkemelerde görülmesinin önüne geçmesi nedeniyle tarafların tahkime verdikleri rızanın kesin ve açık olması gerekmektedir¹⁰⁰. Aksi takdirde, tahkim anlaşmasının geçerli olarak kurulabilmesi için gerekli olan "tahkim iradesi" bulunmayacak ve genel olarak

Ali Yeşilirmak, *Türkiye'de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri*, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2011, s.78; Sibel Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilaflı Meseleleri*, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2008, s.33; Mustafa Erkan, *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013, s.42.

⁹⁸ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 1990/8778 E., 1991/4492 K., 25.04.1991 E. Erişim Tarihi: 12/11/2022. Erişim Linki: www.lexpera.com.tr

⁹⁹ İlhan, s. 230; Ergin Nomer, *Devletler Hususî Hukuku*, 23. Baskı, Beta, İstanbul, 2021, s.563, 564; İlhan Postacıoğlu, *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, 7. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s.1027; Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 8. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2022, s.167; Ali Yeşilirmak, *Türkiye'de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri*, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2011, s.78; Sibel Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilaflı Meseleleri*, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2008, s.33; Mustafa Erkan, *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013, s.42.

¹⁰⁰ Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 1999/7119 E., 2000/1342 K., 24/02/2000 T. Erişim Tarihi: 12/11/2022. Erişim Linki: www.lexpera.com.tr. Aynı yönde Yargıtay kararları için bkz. Eyuboğlu, s. 349. Tarafların iradelerinin kesin ve açık olması hakkında açıklamalar için bkz. Eyuboğlu, s. 234.

sözleşmelerin kurulması için gerekli olan şartlar oluşmamış sayılacaktır¹⁰¹. Bu nedenle, doktrinde de ifade edildiği üzere, geçerli bir çevrim içi tahkim anlaşmasından söz edebilmek için tarafların uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesine ilişkin iradelerinin açıkça anlaşılması gerekir¹⁰². Yargıtay kararları da tarafların tahkime gitme iradelerinin sözleşmeden kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık ve kesin olarak anlaşılması gerektiğini belirtmektedir¹⁰³.

Yargıtay'ın tarafların iradelerinin bu kadar açık olmasını şart koşması çevrim içi tahkim anlaşması ile fiziksel olarak bir araya gelmeyen tarafların iradelerinin sahih olarak ortaya konulması gerekliliği ile uyumludur. Öyle ki, çevrim içi olarak yapılan tahkim anlaşmalarında taraflar fiziksel birliktelik anlamında yan yana gelmemektedir. Bu da tarafların iradesinin doğru ve anlaşılır biçimde diğer tarafa ulaşmış olduğunu ayrıca tespitini gerektirmektedir.¹⁰⁴ Örneğin, bir internet sitesindeki tahkim şartını okuyup kabul ettiğini belirtmek üzere işaretlenen kutucuğun bilgisinin diğer tarafa gitmesi gerekmektedir ki iradelerin birbirine ulaştığı kabul edilebilsin.

Diğer sözleşmelerde olduğu gibi, TBK'da sayılan iradeyi etkileyen sebepler çevrim içi tahkim anlaşmasının da geçerliliği üzerinde etkili olacaktır. Örneğin, hata, hile veya korkutma neticesinde çevrim içi tahkim anlaşmasını imzaladığını iddia eden taraf bu hallerden birinin varlığını ortaya koyarak tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunu mahkemece kabul edilmesine neden olabilir. Burada önemli olan söz konusu iradeyi sakatlayan hallerin doğrudan çevrim içi tahkim anlaşmasının imzalanmasına sirayet etmiş olmasıdır. Tahkim şartı olarak akdedilen çevrim içi tahkim anlaşmasında, yalnızca asıl sözleşmenin yapılmasına dönük olarak hata, hile veya korkutmanın bulunması halinde çevrim içi tahkim anlaş-

¹⁰¹ Şanlı, *Hukuki Mütalaalarım*, s. 444.

¹⁰² Şanlı, *Hukuki Mütalaalarım*, s. 444. Yavuz, s. 138-139.

¹⁰³ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 1822-2105, T.11.4.1996 (yayınlanmayan karar için bkz. Şanlı, *Hukuki Mütalaalarım*, s. 444).

¹⁰⁴ Aynı yönde bkz. Sarıakçalı, s. 279

masına dönük olarak da iradenin sakatlanmış olduğunu söylemek mümkün değildir. Tahkim anlaşmasının bağımsızlığı ilkesi nedeniyle asıl sözleşmede bir şart olarak yapılmış olsa dahi çevrim içi tahkim anlaşmasının esasa ilişkin geçerliliği ayrı olarak değerlendirilecektir¹⁰⁵. Hata, hile veya korkutma hallerinden birinin gerçekleştiğinin tespit edilmesi durumunda tahkim iradesinin sakatlanmış olduğu ortaya çıkacaktır. Bu durum da çevrim içi tahkim anlaşmasının esası bakımından geçersiz olduğu sonucunu doğurur¹⁰⁶.

Çevrim içi tahkim anlaşması bakımından önemli olabilecek bir diğer geçersizlik hali de aşırı yararlanmadır. TBK'nun 28. maddesi uyarınca iki veya daha çok tarafa borç yükleyen sözleşmelerde tarafların edimlerinin arasında, taraflardan birinin zor durumda olması, düşüncesiz veya deneysiz olması sebebiyle, açık bir oransızlık var ise aşırı yararlanma halinin mevcut olduğundan bahsedilebilir. Özellikle bir tarafın tüketici olduğu internet ortamında yapılan alışverişlerde bir aşırı yararlanmanın varlığının söz konusu olması mümkündür. Gerçek kişi tüketici karşısında kaynak, bilgi ve sözleşmenin yapılmasında hakimiyet anlamında büyük ve etkili bir tüzel kişinin bulunması durumunda edimler arasında oransızlık varsa tüketici çevrim içi tahkim anlaşmasının getirdiği borçtan kurtulmayı veya edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini talep edebilir.¹⁰⁷

Ayrıca, çevrim içi tahkim anlaşmaları genellikle standart formlar içerisindeki her muhataba ve her uyumsuzluğa aynı şekilde ulaştırılan standart metinlerden oluşmaktadır¹⁰⁸. Bu formun muhatabı olarak tarafın, ilgili tahkim anlaşmasının hükümlerini değiştirme, bunlar üzerinde karşı tarafla görüşme yapma imkanı bulunmamaktadır. Bu nedenlerle standart form metnin muhatabının iradesinin tahkim anlaşmasına yansıtılmaması ve sonrasında da bu nedenle çevrim içi tahkim anlaşmasının geçersizliğinin iddia edilmesi tehlikesi ortaya çıkabilir.

¹⁰⁵ İlhan, s. 196.

¹⁰⁶ Gaillard / Savage, s. 309, 310.

¹⁰⁷ Kemal Oğuzman, Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt 1, 17. Baskı, İstanbul, 2019, s.150.

¹⁰⁸ Wolff, s. 3.

Tahkim şartı içeren standart formların çevrim içi olarak kabul edilmesinde önemli olan, tarafların bu tahkim şartının varlığından haberdar olmaları ve bilinçli olarak bu tahkim anlaşmalarını yapıyor olmalarıdır. Doktrinde de belirtildiği üzere tarafların gerçek ve serbest iradeleri ile içinde tahkim şartı bulunan genel şartları kabul etmiş olmaları gerekmektedir¹⁰⁹. Bu şekilde yapılan çevrim içi tahkim anlaşmalarının geçerli sayılabilmesi için genel şartlar içerisinde tahkim anlaşmasına açık bir atfın yapılmış olması ve bu tahkim anlaşmasının varlığının şüpheye yer bırakmayacak şekilde açıklanmış olması gerekmektedir. Aksi takdirde, tarafların bu tahkim anlaşmasını bildikleri ve doğacak ihtilafları bilinçli olarak tahkime götürmeyi kabul ettikleri söylenemeyecektir¹¹⁰.

Çevrim içi olarak yapılan tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğine ilişkin önemli kararlardan biri Amerika Birleşik Devletleri (ABD) Temyiz Mahkemesi 1. Dairesi tarafından verilmiştir¹¹¹. UBER şirketine karşı açılmış olan davada şirketin akıllı telefon uygulamasında üye olurken kabul edilen tahkim şartının geçersiz olduğu Mahkeme tarafından karara bağlanmıştır. Davacıların, şirketin fazla ücret tahsil ettiği iddiasıyla mahkemede açtıkları davada yerel mahkeme şirketin tahkim itirazını kabul ederek davayı reddetmiştir. Ancak, yapılan itiraz neticesinde Temyiz Mahkemesi, Federal Tahkim Kanunu'na göre 'yazılı tahkim sözleşmesinin' olup olmadığının incelemesini yapmıştır. Buna göre tahkim anlaşması hükümlerinin davacılara 'uygun şekilde iletilmesi gerektiği' ve davacıların da bu hükümleri 'kabul' ettiğinin açık olması gerektiği belirtilmiştir. Şirketin kullanıcılarına sunduğu abonelik ekranında tahkim şartının da yer aldığı genel hizmet şartlarının ayrı bir link olarak yer almasına rağmen bu linkin gri renkli bir kutucuğun içinde beyaz ve kalın yazı

¹⁰⁹ Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, s.350; Özel, s. 64; Sarıakçalı, s. 283.

¹¹⁰ Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, s.350; Sarıakçalı, s. 284.

¹¹¹ Kararın detayları için bkz. Cullinane v. Uber Technologies, Inc., 25 Haziran 2018. Erişim Tarihi: 12/11/2022. Erişim Linki: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=04f575ef-3be4-49f9-b566-66b7ecacce4> ve <https://www.ballardspahr.com/alertspublications/legalalerts/2018-07-02-first-circuit-çevrim-çei-arbitration-agreement.aspx>

stiliyle yazılmış olduğu ortaya konmuştur. Ancak, Mahkeme ilgili linkin mavi ve altı çizili olmaması nedeniyle diğer tüm hükümlerle aynı şekle sahip olduğu, ayırt edici olmadığını belirtmiştir. Bu nedenle söz konusu tahkim şartına yönlendiren linkin anlaşılır ve belirgin olmadığı, 'kullanıcının dikkatini çekemeyecek nitelikte' olduğu sonucuna varmıştır. Sonuç olarak ilgili çevrim içi tahkim sözleşmesinin geçersiz olduğu Mahkeme tarafından kabul edilmiştir.

ABD Temyiz Mahkemesi kararında da ifade edildiği üzere, tahkim iradesinin çevrim içi tahkim anlaşması yapılırken tüm tarafların bilgisi ve kabulü dahilinde olması gerekir. Genel işlem şartları niteliğinde de olabilecek bu tahkim şartlarının tüm taraflarca okunabilir, anlaşılabilir şekil ve içerikte olması gerekir. Söz konusu tahkim anlaşmasının çevrim içi ekranın küçük ve diğer metinlerden farklı olmayan bir şekilde olması maddi anlamda geçerliliğin önünde bir engel oluşturabilir.¹¹² Böyle bir sonucun ortaya çıkmaması için çevrim içi tahkim anlaşmasının tarafları kabule zorlamayan ve içeriğinin anlaşılır bir şekilde oluşturulması gereklidir.

SONUÇ

Çevrim içi olarak yapılan tahkim anlaşmaları elektronik iletişim araçları kullanılarak yapılan tahkim anlaşmaları olmaları itibariyle her çeşit ve büyüklükteki uyuşmazlık için ve özellikle de e-ticaret yapılan internet sitelerindeki, akıllı telefon uygulamalarındaki işlemler için kullanılabilir. Bu nedenle çevrim içi tahkim anlaşmaları gerek kullanıcı abone sözleşmeleri gerek satım sözleşmelerinde birer tahkim şartı olarak veya ayrı bir sözleşme olarak yapılabilmektedir.

Çeşitli ticari ve tüketici işlemlerinin yapılmasında kullanılan çevrim içi tahkim anlaşmalarının sayılan özellikleri gereği birçok yerel ve uluslararası mevzuattan etkilenmesi mümkündür. Tarafların yaptıkları hukuk seçimlerine veya hukuk seçimi yapılmadıysa da mahkemelerin kanunlar ihtilafı kurallarına göre ilgili geçerlilik şartlarına uygun olarak çevrim içi tahkim anlaşmasının geçerliliği sorunları çözülecektir. Bu makalede çevrim içi tahkim anlaşmalarının çeşitli açılardan geçerliliklerine uygulanacak hukuk tahkimden önce mahkemede açılan davada, hakem kararının

¹¹² Sarıakçalı, s. 284; Dağdelen Yaşar, s. 800.

iptali davasında ve yabancı hakem kararının tenfizi davasında kullanılacak kanunlar ihtilafı kurallarına göre incelenmiştir.

Çevrim içi tahkim anlaşmalarının geçerli olarak yapılması için uyulması gereken şartlar sözleşmenin taraflarının ehliyeti, sözleşmenin şekli ve sözleşmenin esasına ilişkin olan durumlar etrafında toplanmaktadır. Geleneksel tahkim anlaşmalarının geçerlilik şartları çevrim içi olarak yapılan tahkim anlaşmalarında da geçerlidir ve çevrim içi olarak da bu şartlar karşılanabilir. Ancak, çevrim içi tahkim anlaşmalarının söz konusu geçerlilik şartlarını gerçekleştirme yöntemleri farklılık arz etmektedir. Yazılı olma, uygulanacak hukuk ve tarafların iradelerinin yansıtılması gibi konularda çevrim içi tahkim anlaşmaları geleneksel tahkim anlaşmalarından farklı problemleri doğasında barındırmaktadır. Bu problemlerin çözümü vardır ve çeşitli yargı kararları ile doktrindeki çalışmalarda ilgili geçerlilik şartları çevrim içi tahkim anlaşmaları açısından incelenmiştir. Sonuç olarak, çevrim içi tahkim anlaşmalarının kendine özgü şartlarına dikkat edilerek ve taraf iradeleri ön plana çıkarılarak geçerli olarak tüm elektronik iletişim yöntemleriyle yapılması mümkündür.

ZUSAMMENFASSUNG

Um ihren Streitfall vor ein Schiedsgericht anstatt vor die staatlichen Gerichte zu bringen, müssen die Streitparteien sich darauf geeinigt haben. Mit einer solchen gültigen Schiedsvereinbarung können die Parteien ein Schiedsverfahren einleiten und den Schiedsspruch, der als Ergebnis dieses Verfahrens ergeht, vollstrecken. Die rechtlichen Anforderungen an einer gültigen Schiedsvereinbarung werden sowohl durch die Gesetzgebung der Staaten als auch durch internationale Abkommen zwischen Staaten bestimmt. Während die Schiedsvereinbarung auf traditionelle Weise geschlossen werden kann, indem die Parteien zusammenkommen und die Vereinbarung zwischen ihnen auf Papier bringen, ist es dank der sich entwickelnden Kommunikationsmittel der modernen Zeit auch möglich, Schiedsvereinbarungen online (über das Internet) abzuschließen („Online-Schiedsvereinbarung“).

Die Online-Schiedsvereinbarung bezieht sich auf eine Schiedsvereinbarung, die über das Internet abgeschlossen wird. Insbesondere bei Verbraucherkäufen und Handelsgeschäften, die über das Internet abgewickelt werden, können Online-Schiedsvereinbarungen über drahtlose und Online-Kommunikationsmittel abgeschlossen werden. Als Beispiel für eine Online-Schiedsvereinbarung können Schiedsklauseln in Abonnementverträgen für Smartphone-Apps angeführt werden. Verträge, die über Online-Anwendungen wie Uber, Getir, Blablacar, Amazon abgeschlossen werden, können Online-Schiedsvereinbarungen enthalten. Auch Vertragsbestimmungen über Flugtickets, Hotelreservierungen oder Bankdienstleistungen, die über das Internet erworben wurden, können Gegenstand von Online-Schiedsvereinbarungen sein. Einzelpersonen können Parteien der Online-Schiedsvereinbarungen werden, indem sie die Formulare auf der Website ausfüllen oder die auf der Website verfügbare Schiedsvereinbarung akzeptieren. Die Schiedsvereinbarung auf den Webseiten können in Form einer Zustimmung zum Link-Tab in einem anderen Text (Click-Wrap) oder in Form eines separaten Textes (Browse-Wrap) auf der Webseite erfolgen. Darüber hinaus ist es auch möglich, Online-Schiedsvereinbarungen über die Blockchain zu treffen, wobei die sich entwickelnden Technologien berücksichtigt werden. Zusammenfassend kann gesagt werden, dass Vereinbarungen, die von den Parteien gleichzeitig oder zu verschiedenen Zeiten auf elektronischem, magnetischem, lichtwellenbasiertem oder ähnlichem Wege getroffen werden, ohne dass sie zusammenkommen, indem sie Informationen über drahtlose Kommunikation und Kommunikationsmittel wie das Internet oder Blockchain-Protokolle senden und empfangen, als Online-Schiedsvereinbarungen betrachtet werden können.

In diesem Artikel werden die notwendigen Voraussetzungen für die rechtliche Wirksamkeit von Online-Schiedsvereinbarungen sowohl im Hinblick auf die

Kollisionsnormen als auch auf das materielle Recht untersucht. Das UNCITRAL-Modellgesetz, das New Yorker Übereinkommen und das Internationale Schiedsverfahrensgesetz der Türkei sind die am meisten verwandten Rechtstexte, die einschlägige Vorschriften enthalten. Das auf die rechtliche Wirksamkeit von Online-Schiedsvereinbarungen anzuwendende Recht wurde unter verschiedenen Gesichtspunkten nach den Kollisionsnormen untersucht, die in der Schiedsklage, in der Klage auf Aufhebung des Schiedsspruchs und in der Vollstreckung des ausländischen Schiedsspruchs anzuwenden sind. Im ersten Teil der Studie werden die notwendigen Zuständigkeitsvoraussetzungen für die rechtliche Wirksamkeit von Online-Schiedsgerichtsvereinbarungen untersucht. Dabei ist zu beachten, dass es Zuständigkeits- und Befugnis Regeln gibt, über die natürliche und juristische Personen verfügen müssen, um eine Online-Schiedsvereinbarung rechtswirksam abschließen zu können. Im zweiten Teil wird erläutert, in welcher Form die Online-Schiedsvereinbarung gemäß den verschiedenen Gesetzen und internationalen Abkommen abgeschlossen werden sollte. Online-Schiedsvereinbarungen unterliegen denselben Formvorschriften, die auch für herkömmliche Schiedsvereinbarungen gelten. Danach bedürfen Online-Schiedsvereinbarungen der Schriftform. Ob dieses Erfordernis bei Online-Kommunikationsmitteln erfüllt ist, wird in diesem Teil des Artikels besprochen. Im dritten Teil werden die notwendigen Voraussetzungen für die rechtliche Wirksamkeit von Online-Schiedsvereinbarungen im Hinblick auf das Sachverhalt der Vereinbarungen dargelegt. Im Gegensatz zu den staatlichen Gerichten die grundsätzlich zuständig sind, mit Ausnahme der Bereiche und Verfahren in denen ein obligatorisches Schiedsverfahren stattfindet, und der Erstreckung der Schiedsgerichtsbarkeit auf Dritte, ist ein Schiedsverfahren nur möglich, wenn die Parteien eine gegenseitige und gültige Zustimmung zum Schiedsverfahren haben. Ein Schiedsverfahren ist nicht möglich, wenn die Parteien nicht gemeinsam zustimmen, die Streitigkeit in einem Schiedsverfahren beizulegen. In jedem Abschnitt werden vor der Prüfung der materiellrechtlichen Vorschriften über die rechtliche Wirksamkeit der Online-Schiedsvereinbarung, die kollisionsrechtlichen Vorschriften über die Bestimmung des auf das Problem der rechtlichen Wirksamkeit der Online-Schiedsvereinbarung anzuwendenden Rechts untersucht. Bei dieser Forschung wurden verschiedene Abschnitte vorweggenommen, in denen die rechtliche Wirksamkeit von Online-Schiedsvereinbarungen mit ausländischen Elementen vor türkischen und ausländischen Gerichten sowie Schiedsgerichten ein Streitpunkt ist. In diesem Zusammenhang wurden Gerichtsentscheidungen untersucht, um den Standpunkt der verschiedenen staatlichen Gerichte zu verstehen.

Es sollte auch darauf beachtet werden, dass angesichts des Umfangs dieses Artikels der Titel gewählt und der Inhalt unter Berücksichtigung des Unterschieds zwischen der „Vereinbarung für Online-Schiedsgerichtsbarkeit“ und der „Online-Schiedsgerichtsvereinbarung“ erstellt wurde. Die „Vereinbarung für Online-Schiedsgerichtsbarkeit“ ist nicht Gegenstand der vorliegenden Forschung.

KAYNAKÇA

AKINCI Ziya, *Milletlerarası Tahkim*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021.

BORN Gary, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2014.

BORN Gary, *International Arbitration: Law and Practice*, Wolters Kluwer International, 2012.

DAĞDELEN YAŞAR Nilay, "Elektronik Tüketici Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözümünde Elektronik Tahkim", *Public and Private International Law Bulletin*, Cilt: 41, Sayı: 2, 2021, 779-826.

DOĞAN Vahit, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 8. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2022.

EKŞİ Nuray, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim*, Beta Yayınları, İstanbul, 2019.

EKŞİ Nuray, "Yargıtay Kararlarında Yabancı Hakem Kararlarının New York Konvansiyonuna Göre Tenfizine İlişkin Bazı Sorunlar", *Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümüne İlişkin İstanbul Konferansı*, Beta Yayınları, İstanbul, 2008.

EKŞİ Nuray, "Yargıtay Kararlarında Yabancı Hakem Kararlarının New York Konvansiyonuna Göre Tenfizine İlişkin Bazı Sorunlar", *Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümüne İlişkin İstanbul Konferansı*, İstanbul, 2008.

ERGÜL Ozan, "Sporda Zorunlu Tahkim - Bireysel Başvuru İlişkisi: 'Yargı Denetimi Dışında Bırakılan İşlemleri' Dar Yorumlamak Mümkün Değil mi?", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Sayı 32, 2015, 67-78.

ERKAN Mustafa, *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013.

ESEN Emre, "Hakem Kararının Tenfizi veya İptali Davalarında Tahkim Anlaşmasının Yetkisiz Temsilci Vasıtasıyla Yapıldığı İtirazı ve Konuya İlişkin 11.10.2000 Tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Yıl: 2003, Cilt: 23, Sayı: 1-2, 377-403.

ESEN Emre, "Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmalarının Şekli", *Milletlerarası Hukuk Bülteni*, Yıl 28, Sayı 1-2, 2008, 65-114.

ESEN Emre, *Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili*, Beta Yayınları, İstanbul, 2008.

EYUBOĞLU Ceren, “Türk Hukukunda Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt: 75, Sayı: 3, 2017, 227-241.

GAILLARD Emmanuel / SAVAGE John, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Hague, Kluwer Law International, 1999.

İLHAN Hüseyin Afşın, *Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği*, Adalet Yayınları, Ankara, 2016.

KAYA Aydın, “Araç Çevirme Uygulaması Üzerinden Gerçekleştirilen Yolcu Taşıma Faaliyetleri Kapsamında Uber, Yolcu ve Sürücü Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 141, 2019, 289-323.

KONURALP Cengiz Serhat, *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul 2011.

LEW Julian D.M., “The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause”, *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, Editör Albert Jan Van den Berg, ICCA Congress Series, Sayı: 9, Kluwer Law International, 1999, 114 – 145.

LEW Julian D. M. / MISTELIS Loukas A. / KRÖLL Stefan, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Hague / New York, 2003.

NACIMIENTO Patricia, “Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards”, *A Global Commentary on the New York Convention*, Editör H. Kronke, P. Nacimiento, D. Otto, N. C. Port, Kluwer Law International, 2010 (www.kluwerarbitration.com).

NOMER Ergin / EKŞİ Nuray / ÖZTEKİN GELGEL Günseli, *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 2008.

NOMER Ergin, *Devletler Hususî Hukuku*, 23. Baskı, Beta, İstanbul, 2021.

OĞUZMAN Kemal / ÖZ Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.

OĞUZMAN Kemal / SELİÇİ Özer / OKTAY ÖZDEMİR Saibe, *Kişiler Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018.

ÖZBİLEN Arif Barış, *Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016.

ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2003.

ÖZEL Sibel, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2008.

ÖZEL Sibel, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri*, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2008.

ÖZTEKİN GELGEL Günseli, "New-York Konvansiyonu'na Göre Hakem Kararlarının Tenfizinde Yargıtay'ın Bazı Kararlarının Değerlendirilmesi", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt: 22, Sayı: 2, 2011, 1137-1158.

PEKCANITEZ Hakan / ATALAY Oğuz / ÖZEKES Muhammet, *Medeni Usul Hukuku*, 9. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2021.

POSTACIOĞLU İlhan, *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, 7. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.

SARIAKÇALI Turgay, "İnternet Üzerinden Akdedilen Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk", *Public and Private International Law Bulletin*, Cilt: 40, Sayı: 1, 2020, 247-297.

SEVEN Vural / ÖKSÜZOĞLU Hilal Tuğba, "Blablacar Platformu Aracılığıyla Yapılan Taşımaların Hukuki Niteliği (Hatır Taşımaları ve Otostop Karşılaştırması)", *Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 2, Sayı: 2, 2020, 25-76.

ŞANLI Cemal / ESEN Emre / ATAMAN-FİGANMEŞE İnci, *Milletlerarası Özel Hukuk*, Beta Yayınları, İstanbul, 2021.

ŞANLI Cemal, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, Beta Yayınları, İstanbul, 2019.

ŞANLI Cemal, *Hukuki Mütalaalarım*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

ŞİT Banu, "Tahkim Anlaşmasının Şekli: Yazılı Şekil Şartı ve İnternet Aracılığı İle Akdedilen Tahkim Anlaşmaları", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt 25-26, Sayı: 1-2, 2005, 411-436.

WOLFF Reinmar, "E-arbitration agreements and e-awards – arbitration agreements concluded in an electronic environment and digital arbitral awards", Editör M. Piers and C. Aschauer, *Arbitration in the Digital Age: The Brave New World of Arbitration*, Cambridge Üniversitesi Yayınları, Cambridge, 2018.

YAVUZ Cevdet, "Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabii Olduğu Hükümler", *Tasarıf Mevduatı Sigorta Fonu Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu*, İstanbul, 2009.

YEŞİLİRMAK Ali, *Türkiye'de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Ha-*

kem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2011.

YEŞİLOVA Bilgehan, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi*, Güncel Yayınları, İstanbul, 2008.

YÜCEL Yeliz, "Uber, Sürücü ve Yolcu Arasındaki Hukuki İlişki ve Bu Çerçevede Uber'in ve Sürücünün, Taşıma Hizmetinin Gereği Gibi İfa Edilememesi Nedeni İle Yolcuya Karşı Hukuki Sorumluluğu", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı: 1, 2019, 461-516.

KARARLAR

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2011/742 E., 2012/82 K., 22.2.2012 T. Erişim Tarihi: 12/11/2022. Erişim Linki: www.lexpera.com.tr

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 1999/7119 E., 2000/1342 K., 24/02/2000 T. Erişim Tarihi: 12/11/2022. Erişim Linki: www.lexpera.com.tr

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 1999/7119 E., 2000/1342 K., 24/02/2000 T. Erişim Tarihi: 12/11/2022. Erişim Linki: www.lexpera.com.tr

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 1990/8778 E., 1991/4492 K., 25.04.1991 E. Erişim Tarihi: 12/11/2022. Erişim Linki: www.lexpera.com.tr

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 1999/7119 E., 2000/1342 K., 24/02/2000 T. Erişim Tarihi: 12/11/2022. Erişim Linki: www.lexpera.com.tr.

Cullinane v. Uber Technologies, Inc., 25 Haziran 2018. Erişim Tarihi: 12/11/2022. Erişim Linki: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=04f575ef-3be4-49f9-b566-66b7ecaccef4> ve <https://www.ballardspahr.com/alertspublications/legalalerts/2018-07-02-first-circuit-çevrim-içi-arbitration-agreement.aspx>

İNTERNET KAYNAKLARI

10 Haziran 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında New York Sözleşmesi. Erişim Tarihi: 12/11/2022. Erişim Linki: <https://www.newyorkconvention.org/countries>

Uluslararası Sözleşmelerde Elektronik Haberleşmenin Kullanılmasına Dair BM Sözleşmesi. Erişim Tarihi: 12/11/2022. Erişim Linki: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=X-18&chapter=10&clang=_en

Europäisch-türkische Warenverkehrsfreiheit

Avrupa Birliği ile Türkiye Cumhuriyeti Arasındaki Tek Pazarda Malların Serbest Dolaşımı

Rechtsanwalt Prof. Dr. Thomas Wilrich*

ÖZ

Bu makale, Avrupa iç pazarının bir parçası olarak malların serbest dolaşımının arka planını ve yasal dayanaklarını açıklamaktadır. AB-mallarının serbest dolaşımını sağlamanın iki yolu vardır. Birincisi, miktar olarak ithalat ve ihracat kısıtlamalarının yasaklanması sonucunda geliştirilen ve böylece Avrupa birincil hukuku tarafından korunan karşılıklı tanıma ilkesidir. İkincisi ise, ikincil Avrupa Birliği hukuku- yani AB uyumlaştırma mevzuatı, özellikle de çok sayıda "CE direktifi" ve son dönemlerde sayıca artan Tüzükler aracılığıyla mevzuat uyumunun sağlanmasıdır. 1963 tarihli Ortaklık Anlaşması ve 1995 tarihli Gümrük Birliği ile Türkiye, AB ile ilişkilerinde imtiyaz sahibidir. Türkiye, AB iç pazarının bir parçasıdır. Bu nedenle de Avrupa adalet Divanı içtihatlarıyla geliştirilen hukuki ilkeler de dahil olmak üzere iç pazarda Avrupa Birliğinin yasal çerçevesiyle bağlıdır.

Anahtar Kelimeler: Malların serbest dolaşımı, CE işareti, Cassis de Dijon, Avrupa Birliği- Türkiye Cumhuriyeti Tek Pazarı

* Rechtsanwalt und Hochschule für angewandte Wissenschaften München, Fakultät für Wirtschaftsingenieurwesen, (thomas.wilrich@hm.edu), ORCID: 0000-0002-8911-4738.

European-Turkish Single Market for Goods

ABSTRACT

The free movement of goods is the most developed fundamental freedom of the European internal market. This paper outlines the background and legal basis of the two ways of achieving the free movement of goods in the European Union. The free movement of goods may be achieved firstly by implementation of the principle of mutual recognition of national laws of the members states and thus the principle of the origin country of the product – developed from the prohibition of quantitative restrictions on imports and exports and thus secured by European primary law, and secondly by approximation of laws through secondary European law-making, especially through harmonizing regulations in regards to CE-labeling. Turkey is part of this internal market. Through the Association Agreement of 1963 and the Customs Union of 1995, Turkey enjoys privileged relations with the EU, participates in the European free movement of goods, but is also bound by the European legal framework for the internal market.

Key Words: *Free movement of goods, CE-Marking, Cassis de Dijon, European Union - Turkey Single market*

1 Einleitung: Der Europäische Binnenmarkt

„Man verliebt sich nicht in einen Binnenmarkt ohne Grenzen“ – sagte der langjährige EU-Kommissionspräsident *Jacques Delors*¹. Dabei ist der gemeinsame Markt durch freien Warenverkehr politisch „eine der Erfolgsgeschichten des europäischen Einigungswerks“². Der Binnenmarkt „zählt zu den größten Errungenschaften Europas“³. Der „markanteste Schritt zu mehr Gemeinsamkeit wurde auf den Märkten getan“⁴. Die „Schaffung eines europäischen Binnenmarktes ohne Grenzen ist seit den Römischen Verträgen (1957) Kernbestand und Motor der

¹ Zitiert nach *Haltern*, in: von Bogdandy / Bast, *Europäisches Verfassungsrecht Theoretische und dogmatische Grundzüge*, 2. Aufl. 2009, S. 308 in Fn. 99.

² *Kommission*, *Der freie Warenverkehr – Leitfaden zur Anwendung der Vertragsbestimmungen über den freien Warenverkehr*, 2010, S. 3 und 8.

³ *Kommission*, *Den Binnenmarkt weiter ausbauen: mehr Chancen für die Menschen und die Unternehmen*, 28.10.2015 – COM (2015) 550 final.

⁴ *Ulrich Brasche*, *Europäische Integration – Wirtschaft, Erweiterung und regionale Effekte*, 3. Aufl. 2013, S. 47.

europäischen Integration“⁵. Es heißt, „der gemeinsame Markt legitimierte sich durch seinen Nutzen“⁶. Denn die Zustimmung zur EU beruht „in erster Linie auf ihren Erfolgen“ – durch den „Output“, also dem, was geleistet wird⁷. Europa „ist die Heldin all derjenigen, die sich Bewegungsfreiheit wünschen, um anderswo Dinge zu verkaufen oder zu studieren, um zu reisen oder zu arbeiten“⁸.

Nach Art. 26 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) umfasst der Binnenmarkt einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen der Verträge gewährleistet ist – und „die Union erlässt die erforderlichen Maßnahmen, um nach Maßgabe der einschlägigen Bestimmungen der Verträge den Binnenmarkt zu verwirklichen beziehungsweise dessen Funktionieren zu gewährleisten“.

2 Die Warenverkehrsfreiheit

Von den vier in Art. 26 AEUV genannten Grundfreiheiten ist – so das Europäische Parlament – „der freie Warenverkehr die am weitesten entwickelte. Diese Säule beruht auf dem Vertrauen der Verbraucher: Die europäischen Verbraucher müssen darauf vertrauen können, dass die von ihnen erworbenen Produkte sicher und regelkonform sind, und zwar unabhängig davon, wer der Hersteller ist, in welchem Mitgliedstaat sie erworben werden und über welchen Kanal (traditioneller Handel oder Online-Handel) sie vertrieben werden“⁹.

⁵ Frank R. Pfetsch, *Das neue Europa*, 2007, 3.1, S. 69.

⁶ Dieter Grimm, *Auf der Suche nach Akzeptanz – Über Legitimationsdefizite und Legitimationsressourcen der Europäischen Union*, in: *Leviathan*, 43. Heft 3/2015, S. 325, 326.

⁷ Geert Mak, *Große Erwartungen – Auf den Spuren des europäischen Traums (1999-2019)*, 2020, Kapitel 2005, S. 181.

⁸ Luuk van Middelaar, *Vom Kontinent zur Union – Gegenwart und Geschichte des vereinten Europa*, 2017, Vorwort zur deutschen Ausgabe.

⁹ *Europäisches Parlament*, Bericht vom 06.09.2018 über den Vorschlag für eine Verordnung zur Festlegung von Bestimmungen und Verfahren für die Konformität mit und die Durchsetzung von Harmonisierungsrechtsvorschriften der Union für Produkte (A8-0277/2018), S. 112.

Die Verankerung der Warenverkehrsfreiheit im europäischen Primärrecht ist Art. 34 AEUV: „Mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung sind zwischen den Mitgliedstaaten verboten“. Art. 34 AEUV ist kurz – und aus mindestens zwei Gründen kompliziert:

Erstens ist Art. 34 AEUV – wir erleiden es immer wieder – ein „vergleichsweise allgemeines und unterspezifiziertes Normengerüst“¹⁰, nicht mehr als eine „Skelettvorschrift“, dessen „blanke Knochen in lebendes Recht“ umgewandelt werden müssen¹¹. Aber – wir erfahren es immer wieder – „Juristen sind Spezialisten für leere Formeln, die sich langsam mit Inhalt füllen“¹².

Zweitens ist die Vorschrift „so schwierig“, weil sie nicht Maßnahmen ihrer Art nach abgrenzen, „sondern nur auf die *Wirkung* der Maßnahmen abstellt“¹³ – und was eine „gleiche“ Wirkung ist, muss die Rechtsprechung herausfinden.

Hintergrund des Art. 34 AEUV ist, dass „nationale Standards, Produkt- und Produktionsvorschriften“ zwar einen „demokratisch bestätigten Zweck“ erfüllen, aber „bisweilen können sie – beabsichtigt oder unbeabsichtigt – dazu führen, dass sie ausländische Anbieter benachteiligen und damit zu Instrumenten des Protektionismus werden“¹⁴. Jede nationale Produktmarktregulierung hat „latent protektionistische Wirkung“¹⁵. So „können Sicherheitsvorschriften und Kontrollmaßnahmen zur Überwachung ihrer Einhaltung beispielsweise die Einfuhr von Waren aus Mitgliedstaaten mit andersartigen

¹⁰ Ulrich Haltern, *Europarecht – Dogmatik im Kontext*, 2. Aufl. 2007, Rn. 1567, S. 730.

¹¹ Stephen Weatherill / Paul Beaumont, *EU-Law – The Essential Guide to the Legal Workings of the European Union*, 3. Aufl. 1999, S. 193 und 503.

¹² Luuk van Middelaar, *Vom Kontinent zur Union – Gegenwart und Geschichte des vereinten Europa*, 2017, S. 37.

¹³ Albert Bleckmann, *Europarecht*, 6. Aufl. 1997, Rn. 1498, S. 553.

¹⁴ Hanno Beck, *Globalisierung & Aussenwirtschaft*, 2016, S. 162 f.

¹⁵ Wagener / Eger, *Europäische Integration – Wirtschaft und Recht, Geschichte und Politik*, 3. Aufl. 2014, S. 20.

Sicherheitsvorschriften erheblich behindern“¹⁶. Manchmal erfinden Mitgliedstaaten auch Ausnahmeregelungen, die „gezielt vorgenommen werden, um ihre heimischen Produkte zu schützen“ und „passgenau auf inländische Waren zugeschnitten sind und somit die Einfuhr und den Vertrieb ausländischer Produkte erschweren“¹⁷. Art. 36 AEUV spricht auch ausdrücklich von „verschleierte Beschränkungen des Handels zwischen den Mitgliedstaaten“ (siehe unten 6.). Nicht selten verfolgen Beschränkungen nur „vordergründig“ die Schutzzwecke des Art. 36 AEUV, sind aber in Wirklichkeit verschleierte Handelsbeschränkungen¹⁸. Solche „nichttarifären Handelshemmnisse sind oft viel wirksamer und bei geschicktem Einsatz nur schwer zu identifizieren“¹⁹. „Technische Mindestvorschriften (Standards) sind die Klassiker der nicht-tarifären Handelshemmnisse und umfassen Normen, technische Vorschriften und obligatorische Anforderungen an die Sicherheit von Produkten oder Produktionsprozessen. Man bezeichnet sie als Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen“²⁰. Das Verwaltungsgericht Stuttgart (siehe noch unten 7.3) spricht von einem „reichen Panorama von offenen und versteckten Diskriminierungen, mit denen die Mitgliedstaaten zum Schutz des heimischen Handels die Wareneinfuhr behindern“²¹.

Die Warenverkehrsfreiheit²²

¹⁶ *Bieber / Epiney / Haag*, Die Europäische Union – Europarecht und Politik, 10. Aufl. 2013, § 14 Rn. 10.

¹⁷ *Werner Weidenfeld*, Die Europäische Union, 3. Aufl. 2013, 7.1, S. 182 f.

¹⁸ *Hans-Wolfgang Arndt*, Europarecht, 5. Aufl. 2001, S. 128.

¹⁹ *Hermann Ribhegge*, Europäische Wirtschafts- und Sozialpolitik, 2. Aufl. 2011, 2.2, S. 22.

²⁰ *Ulrich Haltern*, Europarecht – Dogmatik im Kontext, 2. Aufl. 2007, Rn. 1388, S. 663.

²¹ VG Stuttgart, Urteil v. 01.07.2009 (Az. 8 K 1815/08) – Britisches Motorrad mit Carbon-Rädern.

²² Vgl. etwa *Leible / Streinz*, in: *Grabitz / Hilf / Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, 60. Lieferung 2016, AEUV Art. 34 Rn. 20; *Rudolf Streinz*, Europarecht, 10. Aufl. 2016, Rn. 873, S. 329.

- hat „unmittelbare Wirkung, d.h. sie ist von den mitgliedstaatlichen Gerichten und Behörden – ohne dass es eines weiteren Umsetzungsaktes bedürfte – als geltendes Recht anzuwenden“ und
- „begründet individuelle Rechte der Marktteilnehmer, auf die sich diese vor den Gerichten und Behörden der Mitgliedstaaten berufen können“ – so entstand der „Marktbürger“.

So erhält der internationale (europäische) Handel eine „neue Qualität“, denn „Verkehrsfreiheit ist mehr als freier Handel, ein gemeinsamer Markt ist mehr als eine Freihandelszone; denn es werden nicht nur Handelshemmnisse beseitigt, sondern Recht geschaffen“²³.

3 Die beiden Wege zum Binnenmarkt

Es gibt zwei Wege zur Verwirklichung des Binnenmarktes, die auch beide im Verhältnis zur Türkei beschritten werden (siehe 4.):

- Primärrechtliche Gewährleistung der Grundfreiheiten durch das *Prinzip der gegenseitigen Anerkennung* gemäß Art. 34 AEUV – das wird negative Integration genannt, weil hier nichts weiter getan werden muss außer die Warenverkehrsfreiheit wirken zu lassen. Es fehlt die „positiv-gestaltende Steuerungskraft“²⁴.
- Sekundärrechtliche *Rechtsangleichung* von produktbezogenen Anforderungen auf der Grundlage des Art. 114 AEUV durch „Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts zum Gegenstand haben“ – das wird Harmonisierung und positive Integration genannt, weil hier eine aktive Politik der EU nötig ist.

Grundaussagen zu den beiden Wegen der Harmonisierung von Rechtsvorschriften und zur Verwirklichung des Binnenmarkts und der Warenverkehrsfreiheit lassen sich in folgender Tabelle zusammenfassen:

²³ *Wagener / Eger*, Europäische Integration – Wirtschaft und Recht, Geschichte und Politik, 3. Aufl. 2014, S. 154.

²⁴ *Haratsch / Koenig / Pechstein*, Europarecht, 8. Aufl. 2012, Rn. 787.

Prinzip der gegenseitigen Anerkennung	Rechtsangleichung / Harmonisierung
Liberalisierung durch Legalisierung und Anerkennung der nationalen Vorschriften	Regulierung durch Rechtssetzung und Zentralisierung auf europäischer Ebene
Nationale Vielfalt (dezentral) zugelassen durch EU-Primärrecht	Supranationale Vereinheitlichung (zentral) zustande gebracht durch EU-Sekundärrecht
Negative Integration durch Duldung und Abbau von staatlichen Handelsschranken:	Positive Integration durch Gestaltung und Aufbau von „EU-Handlungsanleitungen“
Herkunftslandprinzip und Akzeptanz der mitgliedstaatlichen Rechtsvorschriften	Harmonisierungsrechtsvorschriften und Abschaffung mitgliedstaatlicher Vorschriften
Rechtsgrundlage: Art. 34 AEUV ²⁵	Rechtsgrundlage: Art. 114 AEUV ²⁶
Vorteile: 1. Es wirkt ohne weiteren Rechtssetzungsakt als europäische Grundfreiheit 2. Es werden individuelle Rechte geschaffen (Grundfreiheiten)	Vorteile: 1. Einheitliche Vorgaben in europäischen Vorschriften 2. Warenverkehrsfreiheit gilt (durch „CE“) unmittelbar – und Behörden müssen notfalls einschreiten
Nachteile: 1. Es ist nicht ohne Ausnahmen möglich (siehe Art. 36 AEUV und Art. 7 des Zollunion-Beschlusses) 2. Man muss seine Rechte notfalls in den Staaten einklagen	Nachteile: 1. Es muss erst etwas geregelt werden 2. Es ist unmöglich, alles zu harmonisieren

4 Die Anbindung der Türkei an den EU-Binnenmarkt

Die Europäische Union ist mit Abstand der wichtigste Handelspartner der Türkei – und die Türkei ist der sechstgrößte Handelspartner der Europäischen Union²⁷. Das liegt auch an „besonderen und privilegierten Beziehungen“²⁸ der Türkei zur EU.

Seit fast 60 Jahren sind die EU und die Türkei miteinander verbunden durch ein Assoziationsabkommen, das 1963 nur 6 Jahre nach Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vereinbart wurde²⁹. Ziel dieses Abkommens zur Gründung einer Assoziation zwischen der EWG und der Republik Türkei³⁰ ist, „eine beständige und ausgewogene Verstärkung der Handels- und Wirtschaftsbeziehungen zwischen den Vertragsparteien unter voller Berücksichtigung der Notwendigkeit zu fördern“ (Art. 2) und eine Zollunion (Art. 5).

4.1 Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung durch Zollunion

Seit über 25 Jahren gilt diese Zollunion, durch die die Türkei die europäischen Regelungen zum Binnenmarkt genießt, aber auch an sie gebunden ist.

²⁵ Für die Türkei Art. 5 und 6 des Beschlusses Nr. 1/95 des Assoziationsrates EG-Türkei vom 22. Dezember 1995 über die Zollunion (siehe sogleich 4.1).

²⁶ Für die Türkei Beschluss Nr. 2/97 des Assoziationsrates EG-Türkei vom 4. Juni 1997 zur Festlegung der Liste der gemeinschaftlichen Rechtsakte über die Beseitigung technischer Handelshemmnisse sowie der Bedingungen und Einzelheiten ihrer Anwendung durch die Türkei (siehe sogleich 4.2).

²⁷ Vgl. Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Die Zollunion zwischen der EU und der Türkei, 13.12.2016 (WD 5 - 3000 - 107/16); vgl. auch *Räthling*, in: Krenzler/Herrmann/Niestedt, EU-Außenwirtschafts- und Zollrecht, 18. Lieferung Oktober 2021, 133d Rn. 10.

²⁸ So EuGH, Urteil vom 30.09.1987 – C-12/86 Rn. 9 – Demirel/Stadt Schwäbisch Gmünd.

²⁹ Vgl. auch *Vöneky/Beylage-Haarmann*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 75. Lieferung Januar 2022 AEUV Art. 217 Rn. 179 ff.

³⁰ Amtsblatt Nr. 217 vom 29/12/1964 S. 3687 – 3688.

Durch den Beschluss Nr. 1/95 des Assoziationsrates EG-Türkei vom 22. Dezember 1995 über die Durchführung der Endphase der Zollunion³¹ gilt – so fasst die Kommission zusammen – „freier Warenverkehr (d.h. Abschaffung von Zöllen und mengenmäßigen Beschränkungen) zwischen beiden Teilen der Zollunion für Waren, die entweder vollständig in der Türkei oder in der EG hergestellt oder dort nach der Einfuhr aus einem Drittland in den freien Verkehr übergeführt wurden“³². Dieser Beschluss ist „integrierender Bestandteil der Gemeinschaftsrechtsordnung“³³ – es ist „sekundäres Assoziationsrecht“³⁴.

In Anlehnung an das Verbot mengenmäßiger Ein- und Ausfuhrbeschränkungen in Art. 34 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) werden in Art. 5 und 6 des Zollunion-Beschlusses mengenmäßige Beschränkungen im Verhältnis EU und Türkei abgeschafft. Wie in Art. 36 AEUV sind Ausnahmen zugelassen. Art. 7 des Beschlusses Nr. 1/95 lässt Einfuhr-, Ausfuhr- und Durchfuhrverbote oder -beschränkungen zu, die aus Gründen der öffentlichen Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit, zum Schutze der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren oder Pflanzen, des nationalen Kulturguts von künstlerischem, geschichtlichem oder archäologischem Wert oder des gewerblichen und kommerziellen Eigentums gerechtfertigt und weiterhin erlaubt, soweit sie nicht ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung oder eine verschleierte Beschränkung des Handels darstellen.

Der letzte Artikel des Beschlusses Nr. 1/1995 ist die Verknüpfung des Verbotes mengenmäßiger Beschränkungen mit der hierzu ergange-

³¹ ABl. L 35 vom 13. Februar 1996.

³² So die Europäische Kommission, Türkei: Zollunion und Präferenzregelungen: https://ec.europa.eu/taxation_customs/turkey-customs-unions-and-preferential-arrangements_de.

³³ EuGH, Urteil vom 20.09.1990 – C-192/89 Rn. 9 – Sevince.

³⁴ Rudolf Streinz, Die Türkei als Partner – Formen der Zugehörigkeit zur EU, in: Bitburger Gespräche Jahrbuch 2005/II = 45. Bitburger Gespräche zum Thema: „Zur Frage einer Mitgliedschaft der Türkei in der Europäischen Union“, S. 111, 130.

nen europäischen Rechtsprechung³⁵: „Soweit die Bestimmungen dieses Beschlusses im wesentlichen mit den entsprechenden Bestimmungen des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft übereinstimmen, werden sie für die Zwecke ihrer Durchführung und Anwendung in bezug auf unter die Zollunion fallende Waren im Einklang mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften ausgelegt“. So gilt der in 5. dieses Aufsatzes näher beschriebene Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung auch für die Beziehungen zwischen der EU und der Türkei – und es gelten die in 6. und 7. geschilderten „Grundsätze, die sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu Fragen im Zusammenhang mit den Artikeln 34 und 36 AEUV ergeben, auch für die Türkei“³⁶. Die Europäische Kommission legte die Rechte und Pflichten der Wirtschaftsbeteiligten, die den EU-Markt mit Produkten aus der Türkei beliefern, in der Mitteilung zu Auslegungsfragen „Erleichterung des Marktzugangs für Waren in einem anderen Mitgliedstaat: praktische Anwendung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung“ fest³⁷.

4.2 Rechtsangleichung durch Heranführungsstrategie

Art. 8 des Zollunion-Beschlusses Nr. 1/95 bestimmt, dass binnen fünf Jahren die Türkei die EU-Vorschriften über die Beseitigung technischer Handelshemmnisse übernimmt³⁸. Dies ist mit Beschluss Nr. 2/97 des Assoziationsrates EG-Türkei vom 4. Juni 1997 zur Festlegung der Liste der gemeinschaftlichen Rechtsakte über die Beseitigung technischer Handelshemmnisse sowie der Bedingungen und Einzelheiten ihrer Anwendung durch die Türkei umgesetzt worden³⁹. Die Türkei befindet sich

³⁵ EuGH, Urteil vom 19.10.2017 (Az. C-65/16 – Rn. 38) – Istanbul Lojistik Ltd gegen Nemzeti Adó- és Vámhivatal Fellebbviteli Igazgatóság.

³⁶ So Arbeitsgrundlage der EU, Leitlinie zum Begriff „rechtmäßig in den Verkehr gebracht“ nach der Verordnung (EG) Nr. 764/2008 über die gegenseitige Anerkennung, COM/2013/0592 final – in Fußnote 7.

³⁷ Amtsblatt C 265 vom 4.11.2003, S. 2.

³⁸ Vgl. auch *Räthling*, in: Krenzler/Herrmann/Niestedt, EU-Außenwirtschafts- und Zollrecht, 18. Lieferung Oktober 2021, 133d Rn. 27.

³⁹ Amtsblatt L 191 vom 21.07.1997 S. 1.

seit-dem in einem Prozess, der „Heranführungsstrategie“ genannt wird⁴⁰ – ein „Reformprozess, um ihre politische und rechtliche Ordnung nach den Regeln und Standards des EU-Rechts („acquis communautaire“) sowie den politischen und wirtschaftlichen Vorgaben der Kommission auszugestalten“⁴¹.

Der Leitfaden der Europäischen Kommission für die Umsetzung der Produktvorschriften der EU 2016 („Blue Guide“) fasst zusammen⁴²: „Daher sollte in den Bereichen, in denen die Türkei ihre Rechtsvorschriften an die der EU angeglichen hat, ein Produkt, das in der Türkei rechtmäßig hergestellt und/oder in Verkehr gebracht wird, ebenso behandelt werden wie ein Produkt, das in der EU rechtmäßig hergestellt und/oder in Verkehr gebracht wird und keiner Einfuhrkontrolle unterliegen“⁴³. Im Bereich der Technischen Normung ist das türkische Normungsinstitut TSE seit dem 1. Januar 2012 Vollmitglied von CEN und Cenelec⁴⁴.

5 Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung

Durch die Zollunion wurde die Türkei 1995 in eine Familie aufgenommen, die der EuGH geschaffen hatte. Die Geburt des

⁴⁰ Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament, Empfehlung der Europäischen Kommission zu den Fortschritten der Türkei auf dem Weg zum Beitritt, 06.10.2004, KOM(2004) 656 endgültig; ausführlich zur Heranführungsstrategie <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:e40113&from=ET>.

⁴¹ *Schmalenbach*, Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 217 AEUV Rn. 35.

⁴² Siehe auch *Wilrich*, Die rechtliche Bedeutung des Blue Guides und anderen Leitfäden der Europäischen Kommission, in: Zeitschrift Betriebliche Prävention Heft 9/2021, Seite 337.

⁴³ *Europäische Kommission*, Leitfaden für die Umsetzung der Produktvorschriften der EU 2016 („Blue Guide“) = Amtsblatt C 272 vom 26.7.2016, in Nr. 2.8.4.

⁴⁴ Zur Wirkung dieser Regelwerke *Wilrich*, Die rechtliche Bedeutung technischer Normen als Sicherheitsmaßstab – mit 33 Gerichtsurteilen zu anerkannten Regeln und Stand der Technik, Produktsicherheitsrecht und Verkehrssicherungspflichten, 2017.

gemeinsamen Marktes war das Cassis-Urteil von 1979⁴⁵. Die zuständige Behörde verbot Rewe den Verkauf von französischem Johannisbeer-Likör, weil er mit seinem Alkoholgehalt von 15 bis 20 Vol.-% nicht dem vom deutschen Branntweinmonopolgesetz geforderten Alkoholgehalt von 25 Vol.-% für Liköre entsprach. „Mit anderen Worten: Für einen Likör machte Cassis nach Ansicht des deutschen Gesetzgebers nicht betrunken genug“⁴⁶. Die deutsche Regierung argumentierte, „derartige Getränke könnten leichter zu einer Gewöhnung führen als Getränke mit einem höheren Weingeistgehalt“. Es wird kommentiert, das „war wohl eher humorvoll gemeint“⁴⁷. Dieser Humor führte zu folgendem Schlüsselsatz im Urteil⁴⁸:

„In Ermangelung einer gemeinschaftlichen Regelung der Herstellung und Vermarktung von Produkten ist es Sache der Mitgliedstaaten, alle die Herstellung und Vermarktung von Produkten betreffenden Vorschriften für ihr Hoheitsgebiet zu erlassen. Hemmnisse für den Binnenhandel der Gemeinschaft, die sich aus den Unterschieden der nationalen Regelungen über die Vermarktung dieser Erzeugnisse ergeben, müssen hingenommen werden, soweit diese Bestimmungen notwendig sind, um zwingenden Erfordernissen gerecht zu werden, insbesondere den Erfordernissen einer wirksamen steuerlichen Kontrolle, des Schutzes der öffentlichen Gesundheit, der Lauterkeit des Handelsverkehrs und des Verbraucherschutzes“.

Das Cassis-Urteil des EuGH „wurde zu einem Grundprinzip des Europäischen Binnenmarkts. Alle Waren, die in einem EU-Land verkauft werden dürfen, müssen auch in allen anderen zugelassen werden“⁴⁹. Das „Prinzip der gegenseitigen Anerkennung stellt die Verkehrsfähigkeit von

⁴⁵ EuGH, Urteil v. 20.02.1979 (Rs. 120/78) – Rewe-Zentral AG ./ Bundesmonopolverwaltung für Branntwein.

⁴⁶ *Hanno Beck*, Globalisierung & Aussenwirtschaft, 2016, S. 160.

⁴⁷ *Ulrich Haltern*, Europarecht – Dogmatik im Kontext, 2. Aufl. 2007, Rn. 1595, S. 742.

⁴⁸ Im Zitat wurde „Weingeist“ durch „Produkt“ ersetzt.

⁴⁹ *Ruth Reichstein*, Die 101 wichtigsten Fragen – Die Europäische Union, 2. Aufl. 2014, Frage 43: Was bedeuten die vier Grundfreiheiten?, S. 69.

Erzeugnissen aus anderen Mitgliedstaaten sicher“⁵⁰ und ist letztlich ein „Verbot der Hindernisse der freien Verkehrsströme“⁵¹. Es ist ein „Herkunftslandprinzip“⁵², ein „Ursprungslandprinzip“⁵³, ein „Prinzip der Äquivalenz“⁵⁴, ein „Vertrauensprinzip“⁵⁵. Es ist mit der Cassis-Formel ausreichend, wenn ein Produkt in einem Mitgliedstaat der EU rechtmäßig auf den Markt gebracht worden ist. Mit dem Ausspruch des EuGH im Cassis-Urteil, dass grundsätzlich alle Waren, die in einem Mitgliedstaat legal hergestellt werden, auch in allen anderen Mitgliedstaaten vertrieben werden dürfen, war der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung geboren. So ist die EU „ein hochentwickeltes System der wechselseitigen Einmischung in die inneren Angelegenheiten, bis hin zu Bier und Würsten“⁵⁶.

Die Rechtsprechung „spiegelt die Verpflichtung wider, sowohl die Grundsätze der Nichtdiskriminierung und der gegenseitigen Anerkennung von Erzeugnissen, die in anderen Mitgliedstaaten rechtmäßig hergestellt und in den Verkehr gebracht wurden, einzuhalten als auch Erzeugnissen aus der Union freien Zugang zu den nationalen Märkten zu gewährleisten“⁵⁷. Das Prinzip verhindert auch Handelshemmnisse, die „nur *formell*, nicht aber *materiell* alle Waren treffen“⁵⁸.

⁵⁰ OLG Hamburg, Urteil v. 29.01.2009 (Az. 3 U 54/08) – Nahrungsergänzungsmittel mit einem Extrakt aus Ginkgo Blättern.

⁵¹ Albert Bleckmann, Europarecht, 6. Aufl. 1997, Rn. 1505, S. 556.

⁵² Haratsch / Koenig / Pechstein, Europarecht, 8. Aufl. 2012, Rn. 797 und 834.

⁵³ Busch / Matthes, Der Binnenmarkt – Herzstück der europäischen Integration, in: Becker / Lippert, Handbuch Europäische Union, 2020, S. 701, 704.

⁵⁴ Bernhard Nagel, Wirtschaftsrecht der Europäischen Union, 3. Aufl. 2001, S. 69.

⁵⁵ Thomas Oppermann, Europarecht, 3. Aufl. 2005, § 18 Rn. 4 und Rn. 22 und § 19 Rn. 28.

⁵⁶ Robert Cooper, zitiert nach Geert Mak, Große Erwartungen – Auf den Spuren des europäischen Traums (1999-2019), 2020, Kapitel 2005, S. 174.

⁵⁷ EuGH, Urteil v. 18.10.2012 (Az. C-385/10) – Elenca Srl gegen Ministero dell’Interno: Ungarische Schläuche in Italien.

⁵⁸ Schweitzer / Hummer, Europarecht, 3. Aufl. 1990, § 10 B.III.2, S. 268.

Schließlich verwendete der EuGH nur noch den Begriff der Beschränkung⁵⁹ – es war eine „Entwicklung vom Diskriminierungsverbot zum Beschränkungsverbot“⁶⁰. Art. 34 AEUV ist ein Beschränkungsverbot⁶¹. Es werden – so das VG Stuttgart⁶² – alle „diskriminierungsfreie Beschränkungen des Handelsverkehrs erfasst, die in- und ausländische Waren gleichermaßen treffen“. So hatte es der EuGH schon 1974 angedeutet für die Dienstleistungsfreiheit, die wegen ihrer wirtschaftlichen Funktion als Produktfreiheit bezeichnet wird⁶³, denn es geht um „alle Anforderungen, die an den Leistenden gestellt werden und nicht für im Staatsgebiet ansässige Personen gelten oder in anderer Weise geeignet sind, die Tätigkeiten des Leistenden zu unterbinden oder zu behindern“ – und die „schrittweisen Beseitigung der Beschränkungen“⁶⁴.

Europarecht verbietet damit auch unterschiedslos geltende und anwendbare Bestimmungen, die geeignet sind, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu behindern. Es ist versteckte oder mittelbare Diskriminierung, wenn eine Regelung unterschiedslos anwendbar ist, sich jedoch unterschiedlich auf nationale und eingeführte Produkte auswirkt⁶⁵. Der EuGH hat das europäische Primärrecht in eine „Wirtschaftsverfassung“ geformt – „immer wieder wird die weitgehende

⁵⁹ *Waltraud Hakenberg*, Europarecht, 5. Aufl. 2010, Rn. 269, S. 91.

⁶⁰ *Franz C. Mayer*, Die Warenverkehrsfreiheit im Europarecht – eine Rekonstruktion, in: *EuR* 2003, 793, 809; *Alexander Brigola*, Das System der EG-Grundfreiheiten: Vom Diskriminierungsverbot zum spezifischen Beschränkungsverbot, 2004.

⁶¹ *Bieber / Epiney / Haag*, Die Europäische Union – Europarecht und Politik, 10. Aufl. 2013, § 11 Rn. 37.

⁶² VG Stuttgart, Urteil v. 01.07.2009 (Az. 8 K 1815/08) – Britisches Motorrad mit Carbon-Rädern.

⁶³ *Ludwigs*, in: *Dauses / Ludwigs*, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 42. Lieferung August 2017, E.I. Grundregeln Rn. 4.

⁶⁴ EuGH, Urteil v. 03.12.1974 (Rs 33/74) – van Binsbergen.

⁶⁵ *W. Schroeder*, in: *Streinz*, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 34 AEUV Rn. 40.

richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH mit Erstaunen und Befremden bemerkt“⁶⁶.

Viele EuGH-Urteile zur gegenseitigen Anerkennung betreffen übrigens alkoholische Getränke. Auch zum deutschen Reinheitsgebot für Bier sagte der EuGH: „Ein Erzeugnis, das in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig hergestellt und in den Verkehr gebracht worden ist oder dort herkömmlicherweise hergestellt wird, kann grundsätzlich in dem anderen Mitgliedstaat unter der Bezeichnung, die im Staat der Herstellung verwendet wird, verkauft werden“⁶⁷.

Die Cassis-Formel zur Warenverkehrsfreiheit heißt in heutigen Worten⁶⁸: „Nach dem Urteil Cassis de Dijon stellen sich Hemmnisse für den freien Warenverkehr, die sich in Ermangelung einer Harmonisierung der Rechtsvorschriften daraus ergeben, dass Waren aus anderen Mitgliedstaaten, die dort rechtmäßig hergestellt und in den Verkehr gebracht worden sind, bestimmten Vorschriften entsprechen müssen (wie etwa hinsichtlich ihrer Bezeichnung, ihrer Form, ihrer Abmessungen, ihres Gewichts, ihrer Zusammensetzung, ihrer Aufmachung, ihrer Etikettierung und ihrer Verpackung), selbst dann, wenn diese Vorschriften unterschiedslos für alle Erzeugnisse gelten, nach Artikel 30⁶⁹ verbotene Maßnahmen gleicher Wirkung dar, sofern sich die Anwendung dieser Vorschriften nicht durch einen Zweck rechtfertigen lässt, der im Allgemeininteresse liegt und den Erfordernissen des freien Warenverkehrs vorgeht“.

6 Einschränkungen des Anerkennungsprinzips

Ein solch weites Freizügigkeitsprinzip kann nicht ohne Einschränkungen funktionieren. „Die Bindung der Europäischen Union

⁶⁶ Ulrich Haltern, *Europarecht – Dogmatik im Kontext*, 2. Aufl. 2007, Rn. 1567, S. 729.

⁶⁷ EuGH, Urteil v. 12.03.1987 (Rs 178/84).

⁶⁸ EuGH, Urteil v. 26.06.1997 (Rs C-368/95) – Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und -vertriebs GmbH./. Heinrich Bauer Verlag: Wochenzeitschrift Laura.

⁶⁹ Heute Art. 36 AEUV.

an ein freiheitliches Ordnungskonzept schließt Marktzugangsregelungen keineswegs aus⁷⁰. Die Einschränkungen sind erstens in Art. 36 AEUV geregelt: „Die Bestimmungen der Artikel 34 und 35 stehen Einfuhr-, Ausfuhr- und Durchfuhrverboten oder -beschränkungen nicht entgegen, die aus Gründen der öffentlichen Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit, zum Schutze der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren oder Pflanzen, des nationalen Kulturguts von künstlerischem, geschichtlichem oder archäologischem Wert oder des gewerblichen und kommerziellen Eigentums gerechtfertigt sind. Diese Verbote oder Beschränkungen dürfen jedoch weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten darstellen“. Ähnlich sieht es Art. 7 des Beschlusses Nr. 1/95 des Assoziationsrates EG-Türkei vom 22. Dezember 1995 über die Durchführung der Endphase der Zollunion (siehe oben 4.1).

Die Einschränkungen des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung sind aber nicht nur in Art. 36 AEUV geregelt. Nationale (Produktsicherheits-) Vorschriften sind zweitens zulässig, wenn sie sich mit den Schutzinteressen des Art. 36 AEUV rechtfertigen lassen oder – so der EuGH im Cassis-Urteil – als ungeschriebene Rechtfertigungsgründe „notwendig sind, um zwingenden Erfordernissen gerecht zu werden“. Es ist wie immer: Bei den „verschiedenen oder gar widersprechenden Umwelt-, Gesundheits-, Sicherheits- oder Verbraucherschutzvorschriften für bestimmte Waren liegt der Teufel im Detail“⁷¹.

7 Rechtsprechung zum Anerkennungsprinzip

Zwei EuGH-Fälle illustrieren, wie sich Wirtschaftsakteure ihre Grundfreiheit – einmal erfolgreich und einmal erfolglos – erkämpfen wollen, können und müssen. Zwei Fälle vor deutschen Gerichten zeigen, dass die Warenverkehrsfreiheit unmittelbar geltendes nationales Recht ist⁷².

⁷⁰ OLG Brandenburg, Beschl. v. 02.06.2020 (Az. 19 Verg 1/20) – Straßenbahnfahrzeuge.

⁷¹ *Wimmer / Müller*, Wirtschaftsrecht: International – Europäisch – National, 2007, C.III.8.a., S. 125.

⁷² Weitere Gerichtsurteile in *Wilrich*, Produktsicherheitsrecht und CE-

7.1 EuGH: Ungarische Schläuche in Italien

Das Unternehmen Elenca importiert und vertreibt auf dem italienischen Markt in Ungarn hergestellte aufblasbare hitzebeständige Schläuche für Kamine und Rauchabzüge – das sind Bauprodukte, die nicht CE-kennzeichnungspflichtig sind, weil sie nicht unter eine EU-Harmonisierungsrechtsvorschrift fallen (siehe dazu 9.). Das italienische Decreto legislativo Nr. 152/2006 lässt für Kamine ausschließlich Produkte mit CE-Kennzeichnung zu. Das Innenministerium ist im Rundschreiben Nr. 4853/2009 „auf jeden Fall der Ansicht, dass ausschließlich Produkte mit der CE-Kennzeichnung aufgrund einer europäischen technischen Zulassung entsprechend dem vom Hersteller vorgesehenen Gebrauch verwendet werden dürfen“. Dadurch wird die Nutzung der Elenca-Schläuche unmöglich.

Das verstößt nach Ansicht des EuGH gegen die Warenverkehrsfreiheit⁷³. Die „CE-Kennzeichnungspflicht ist als eine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung im Sinne des Art. 34 AEUV anzusehen und behindert somit den freien Warenverkehr“. Art. 34 AEUV erfasst „jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den Handel innerhalb der Union unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern. So stellt es für den Importeur bereits dann eine Behinderung des freien Warenverkehrs dar, wenn er davon abgehalten wird, die fraglichen Produkte in dem betreffenden Mitgliedstaat in den Verkehr zu bringen oder zu vertreiben“. Italien „verbietet jedoch, die fraglichen Bauprodukte, die in anderen Mitgliedstaaten rechtmäßig in den Verkehr gebracht worden sind, in Italien zu vermarkten. Unter diesen Umständen ist die CE-Kennzeichnungspflicht als eine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung im Sinne des Art. 34 AEUV anzusehen und behindert somit den freien Warenverkehr“.

Konformität – Hersteller-, Importeur- und Händler-Pflichten für Technik- und Verbraucherprodukte bei Risikobeurteilung, Konstruktion, Warnhinweisen und Vertrieb, 2021.

⁷³ EuGH, Urteil v. 18.10.2012 (Az. C-385/10) – Elenca Srl ./ Ministero dell’Interno.

Der EuGH fährt fort: Eine Behinderung des freien Warenverkehrs kann durch die in Art. 36 AEUV aufgezählten Gründe des Allgemeininteresses oder durch zwingende Erfordernisse gerechtfertigt sein. In beiden Fällen muss die innerstaatliche Maßnahme geeignet sein, die Verwirklichung des verfolgten Ziels zu gewährleisten, und darf nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist“. Italien argumentiert, ihre Regelung sei „durch das Ziel gerechtfertigt, die öffentliche Sicherheit, die Gesundheit und das Leben von Menschen zu schützen, denn sie gewährleiste, dass die Produkte der fraglichen Art die einschlägigen Sicherheitsanforderungen erfüllten“. Der EuGH entgegnet, zwar „ist es in Ermangelung von Harmonisierungsvorschriften Sache der Mitgliedstaaten, darüber zu befinden, welches Schutzniveau sie für Gesundheit und Leben der Menschen gewährleisten wollen und ob es erforderlich ist, die betreffenden Produkte bei ihrer Verwendung zu überwachen, doch ist eine Regelung, die die Vermarktung von in anderen Mitgliedstaaten rechtmäßig in den Verkehr gebrachten Produkten im Inland automatisch völlig verbietet, wenn diese Produkte keine CE-Kennzeichnung tragen, mit dem nach dem Unionsrecht geltenden Erfordernis der Verhältnismäßigkeit nicht vereinbar. Dieses strikte Erfordernis der CE-Kennzeichnung, das von vornherein die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung von Produkten verhindert, für die der europäische Gesetzgeber keine vollständige Harmonisierung vorgenommen oder europäische technische Zulassungen erteilt hat, geht nämlich durch das Verbot einer Kontrolle, ob die fraglichen Produkte die Sicherheitsanforderungen erfüllen, die in den im Ursprungsmitgliedstaat durchgeführten Zulassungs- und Zertifizierungsverfahren an sie gestellt worden sind, über das hinaus, was erforderlich ist, um das angestrebte Sicherheitsziel zu erreichen“.

7.2 EuGH: Kradanhänger in Italien

Art. 56 der italienischen Straßenverkehrsordnung verbietet das Ziehen von Anhängern durch Kradfahrzeuge („*motoveicoli*“). Auf Klage der Kommission hält der EuGH das für europarechtskonform⁷⁴.

⁷⁴ EuGH, Urteil v. 10.02.2009 (Az. C-110/05) – Kommission ./ Italien.

„Soweit das Verbot dazu führt, den Zugang zum italienischen Markt für Anhänger zu versperren, die eigens für Kradfahrzeuge konzipiert und in anderen Mitgliedstaaten als der Italienischen Republik rechtmäßig hergestellt und in den Verkehr gebracht worden sind, stellt es eine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen dar, die nach Art. 34 AEUV verboten ist, sofern sie nicht objektiv gerechtfertigt werden kann. Ein solches Verbot kann durch einen der in Art. 36 AEUV aufgezählten Gründe des Gemeinwohls oder durch zwingende Erfordernisse gerechtfertigt sein. In beiden Fällen muss die nationale Maßnahme geeignet sein, die Erreichung des verfolgten Ziels zu gewährleisten, und darf nicht über das hinausgehen, was dazu erforderlich ist.

Da auf Gemeinschaftsebene Vorschriften zur vollständigen Harmonisierung fehlen, ist es Sache der Mitgliedstaaten, mit Rücksicht auf die Erfordernisse des freien Warenverkehrs innerhalb der EG zu entscheiden, auf welchem Niveau sie die Sicherheit des Straßenverkehrs in ihrem Hoheitsgebiet gewährleisten wollen. Es obliegt den zuständigen nationalen Behörden, nachzuweisen, dass ihre Vorschriften den Kriterien entsprechen. Zur Angemessenheit des Verbots in Art. 56 der Straßenverkehrsordnung macht die Italienische Republik geltend, dass sie diese Maßnahme eingeführt habe, weil es weder auf Gemeinschaftsebene noch auf nationaler Ebene Vorschriften über Bauartgenehmigungen gebe, mit denen die Ungefährlichkeit der Verwendung eines Kradfahrzeugs mit Anhänger gewährleistet werden könne. Ohne ein solches Verbot drohten durch das Fahren eines Gespanns, das aus einem Kradfahrzeug und einem Anhänger bestehe, für die keine Bauartgenehmigung erteilt worden sei, sowohl für seinen Fahrer als auch für andere im Verkehr befindliche Fahrzeuge Gefahren, da der Anhänger die Stabilität und das Bremsverhalten dieses Gespanns beeinträchtigt.

Hierzu ist festzustellen, dass das Verbot geeignet ist, das angestrebte Ziel der Gewährleistung der Sicherheit des Straßenverkehrs zu erreichen. Der Mitgliedstaat kann im Bereich der Sicherheit des Straßenverkehrs entscheiden, auf welchem Niveau er diese Sicherheit gewährleisten will und wie dieses Niveau erreicht werden soll. Da dieses

Niveau von einem Mitgliedstaat zum anderen abweichen kann, ist den Mitgliedstaaten ein Beurteilungsspielraum zuzuerkennen. Folglich bedeutet der Umstand, dass ein Mitgliedstaat weniger strenge Vorschriften erlässt als ein anderer Mitgliedstaat, nicht, dass dessen Vorschriften unverhältnismäßig sind.

Die Italienische Republik hat hierzu, ohne dass ihr die Kommission in diesem Punkt widersprochen hätte, vorgetragen, dass der Betrieb eines aus einem Kradfahrzeug und einem Anhänger bestehenden Gespanns im Straßenverkehr die Verkehrssicherheit gefährde. Zwar obliegt dem Mitgliedstaat, der sich zur Rechtfertigung des Hindernisses für den freien Warenverkehr auf ein zwingendes Erfordernis beruft, der Nachweis, dass seine Regelung angemessen und zur Erreichung des angestrebten legitimen Ziels erforderlich ist. Diese Beweislast geht jedoch nicht so weit, dass er positiv belegen müsste, dass sich dieses Ziel mit keiner anderen vorstellbaren Maßnahme unter den gleichen Bedingungen erreichen lasse.

Es ist zwar nicht ausgeschlossen, dass andere Maßnahmen als das Verbot ein gewisses Maß an Verkehrssicherheit beim Betrieb eines aus einem Kradfahrzeug und einem Anhänger bestehenden Gespanns im Straßenverkehr gewährleisten könnten. Dies ändert jedoch nichts daran, dass den Mitgliedstaaten nicht die Möglichkeit abgesprochen werden kann, ein Ziel wie die Sicherheit des Straßenverkehrs durch die Einführung allgemeiner und einfacher Regeln zu verwirklichen, die von den Fahrern leicht verstanden und angewandt und von den zuständigen Behörden einfach gehandhabt und kontrolliert werden können.

Daher ist festzustellen, dass das für Kradfahrzeuge geltende Verbot, einen Anhänger mitzuführen, der eigens für sie konzipiert ist und in anderen Mitgliedstaaten als der Italienischen Republik rechtmäßig hergestellt und in den Verkehr gebracht worden ist, aus Gründen des Schutzes der Sicherheit des Straßenverkehrs gerechtfertigt ist. Somit ist die Klage der Kommission abzuweisen“.

7.3 VG Stuttgart: Britische Motorräder mit Carbonrädern in Deutschland

Der Kläger will sein Kraftrad mit Carbon-Rädern umrüsten, die den „Prüfrichtlinien für Räder zur Verwendung im öffentlichen Straßenverkehr British Standard (BS) AU 50“ entsprechen. Die Zulassungsstelle des Landratsamtes versagt die Erteilung einer Betriebserlaubnis. „Ohne Prüfung des Kraftrades nach § 19 bzw. § 21 StVZO einschließlich eines besonderen Eignungsnachweises der Carbon-Sonderräder (Dauerlaufstest) sei eine Umrüstung im Rahmen einer deutschen Fahrzeugbetriebslaubnis nicht zulässig. Eine englische Zulassung der Sonderräder bedinge nicht automatisch deren Anerkennung in Deutschland, da Sonderräder (insbesondere an Krafträdern) ein erhebliches Gefährdungspotenzial darstellen könnten“.

Das Verwaltungsgericht gibt der Klage statt⁷⁵. „Der Zulassungsanspruch ergibt sich zwar nicht aus den nationalen Regelungen der Straßenverkehrs-Zulassungs-Ordnung (StVZO), aber „aus dem Anwendungsvorrang des Art. 28 EG [heute: Art. 34 AEUV], der hier unmittelbar Anwendung findet“.

Das Verbot ‚aller Maßnahmen gleicher Wirkung‘ ist von zentraler Bedeutung für die Verwirklichung des Binnenmarktes in der EU. Die bisherige Rechtsprechung des EuGH zu diesem Verbot zeigt ein reiches Panorama von offenen und versteckten Diskriminierungen, mit denen die Mitgliedstaaten zum Schutz des heimischen Handels die Wareneinfuhr behindern. Der EuGH versteht den Begriff ‚Maßnahmen gleicher Wirkung‘ in umfassender Weise. Danach ist jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, als Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung anzusehen⁷⁶. Die ‚Dassonville-Formel‘ erfasst zunächst jegliche Diskriminierungen eingeführter Waren gegenüber einheimischen Erzeugnissen. Die besondere Bedeutung der Formel liegt jedoch darin, dass darüber hinaus auch

⁷⁵ VG Stuttgart, Urteil v. 01.07.2009 (Az. 8 K 1815/08).

⁷⁶ Verweis auf „EuGH, Rs 8/74, Slg. 1974, 837 Rn. 5 – Dassonville“.

diskriminierungsfreie Beschränkungen des Handelsverkehrs erfasst werden, die in- und ausländische Waren gleichermaßen treffen.

Im hier zu entscheidenden konkreten Fall der Verweigerung einer Betriebserlaubnis für mit Carbon Fünf-Speichenrädern ausgerüstete Krafträder handelt es sich zwar um keine Handelsregelung, sondern um eine allgemeine Zulassungsregelung für Kfz-Teile, die für alle Hersteller, also in- und ausländische, gleichermaßen gilt. Trotzdem handelt es sich hier um Zulassungsbestimmungen, die den freien Warenverkehr und damit auch Absatzmöglichkeiten in Großbritannien hergestellter und dort ohne Beschränkung zugelassener Kfz-Teile behindern. Eine unzulässige Absatzbehinderung liegt auch dann vor, wenn keine ausdrückliche Diskriminierung bestimmter Hersteller zu erkennen ist⁷⁷. Die Funktion der Warenverkehrsfreiheit in der EU ist neben der Verwirklichung des Binnenmarktes der Abbau spezifischer Zugangshindernisse für den grenzüberschreitenden Warenverkehr auch das Ziel einer möglichst gleichen Einsatzmöglichkeit der Produkte in der EU. Grundsätzlich soll jedes Produkt, das in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig hergestellt und dort in Verkehr gebracht worden ist, in die anderen Mitgliedstaaten eingeführt werden und dort frei zirkulieren können.

Dem steht die Weigerung der Behörde, dem Kläger die beantragte Betriebserlaubnis zu erteilen, entgegen. Während der Kläger in Großbritannien sein mit endlosfaserverstärkten Carbonkunststoffrädern ausgestattetes Kraftrad zulässigerweise fahren und dies sogar besuchsweise nach Deutschland mitbringen kann, wird ihm hier ohne ausreichende Rechtsgrundlage die Erteilung einer Betriebserlaubnis versagt.

Das Gericht vermag auch nicht zu erkennen, dass im hier zu entscheidenden Fall die Weigerung der Behörde, die beantragte Betriebserlaubnis zu erteilen, durch die Ausnahmegvorschrift des Art. 30 EG [heute: Art. 36 AEUV] gerechtfertigt ist. Diese Verbote oder Beschränkungen dürfen weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des Handels

⁷⁷ Verweis auf „EuGH, Rs 120/78, Slg 1979, 649 Rn. 8 f. – Cassis de Dijon“.

zwischen den Mitgliedsstaaten darstellen. Bei der Rechtfertigung von Beschränkungen des freien Warenverkehrs im Rahmen der immanenten Schranken des Art. 28 EG oder nach Art. 30 EG spielt die Prüfung der Verhältnismäßigkeit eine entscheidende Rolle.

Zwar handelt es sich bei den in der StVZO aufgestellten Voraussetzungen für die Erteilung / das Erlöschen einer Betriebserlaubnis weder um formell, noch materiell diskriminierende Vorschriften, da diese unterschiedslos für einheimische und eingeführte Waren gelten. Trotz alledem führen diese Bestimmungen zu einer Beschränkung des Handels und der Nutzungsmöglichkeiten für Carbon-Kunststoffräder zwischen den Mitgliedsstaaten der EU. Diese wären nach Art. 30 EG u.a. dann zulässig, wenn sie zum Schutze der Gesundheit und des Lebens von Menschen gerechtfertigt sind.

Grundsätzlich ist es zunächst Sache der Mitgliedsstaaten, in den durch den Vertrag gesetzten Grenzen zu bestimmen, in welchem Umfang sie entsprechend Schutz gewähren. Einer Ausuferung des Rechtfertigungsgrundes wird durch die Verpflichtung begegnet, das Bestehen einer Gesundheitsgefahr objektiv zu untermauern. Dies ist der Behörde bislang nicht gelungen. Mit entsprechenden endlosfaserverstärkten Carbon-Kunststoffrädern ausgerüstete Motorräder sind seit Jahren in Großbritannien und anderen Europäischen Ländern im öffentlichen Straßenverkehr und durchweg bei internationalen Motorradrennen im Einsatz. Unfälle die auf eine fehlende Betriebssicherheit (Materialmängel, Herstellungsmängel) zurückzuführen wären, sind dem Gericht bislang nicht bekannt und wurden vom Beklagten auch nicht geltend gemacht. Bei Gebrauchs- und Vermarktungsbeschränkungen, die – wie hier – auf einer unsicheren Tatsachengrundlage dem Gesundheitsschutz dienen (sollen), ist das Verhältnismäßigkeitsprinzip von besonderer Bedeutung. Hier bindet die Verhältnismäßigkeit die zulässige Risikovorsorge an objektivierbare Standards. Der EuGH⁷⁸ verlangte für ein derartiges Vermarktungsverbot eine Risikobewertung auf der Grundlage aktueller wissenschaftlicher

⁷⁸ Verweis auf „EuGH, RsC-192/01-, Slg. 2003, I-9693 Rn. 45 ff. – Kommission / Dänemark“.

Informationen sowie eine Beurteilung der Wahrscheinlichkeit und der Schwere schädlicher Auswirkungen von Lebensmittelzusätzen.

Im hier zu entscheidenden Fall liegen aktuelle wissenschaftliche Untersuchungen und Feststellungen zu den von der Beklagten und den mit der Problematik befassten Fachausschüssen benannten Einflussgrößen wie Temperaturverhalten, Betriebslasten, Medieneinwirkungen (UV-Strahlung, Feuchte, chemische Einwirkungen), Erkennbarkeit von Vorschädigungen, Dauerhaltbarkeit / Altern des Materials, gleichmäßige Fertigungsqualität, bislang nicht vor. Daher ist, auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass es bislang noch keine auf endlosfaserverstärkte Carbonräder zurückzuführende Unfälle mit Personenschäden gab, in der Weigerung der Beklagten, eine Betriebserlaubnis zu erteilen eine unverhältnismäßige Beschränkung des Art. 28 EG zu sehen. Zwar stellt jede Teilnahme am Straßenverkehr, gerade mit schweren Krafträdern eine latente Gefahr für Verkehrsteilnehmer dar. Dies rechtfertigt jedoch nicht, auch nicht unter dem Gesichtspunkt des Vorsorgeprinzips, ohne wissenschaftliche Erkenntnis über konkrete Gefährdungen und Gefahren die von der Nutzung der Carbon-Räder ausgehen, dem Kläger die beantragte Betriebserlaubnis für sein im Übrigen vorschriftsmäßiges und mit einer EG-Betriebserlaubnis versehenes Kraftrad nur deshalb zu versagen, weil dieses mit in Großbritannien hergestellten und dort ohne Beschränkung für diesen Motorradtyp zugelassenen Carbon-Rädern ausgestattet wurde.

Der Versuch der Behörde, Prüfkriterien für Carbon-Kunststoffräder zu entwickeln und aufzustellen, entbindet diesen nicht von der Verpflichtung konkrete Gefahren aufzuzeigen, die von der Verwendung dieser Räder ausgehen und eine Nichtzulassung aus Gründen der Sicherheit für Leib und Leben im Straßenverkehr ausnahmsweise nach Art. 30 EG rechtfertigen würden. Der jahrelange problemlose, unfallfreie Einsatz in Großbritannien und Holland im öffentlichen Straßenverkehr und bei internationalen Motorradrennen, machen derartige Nachweise wenig wahrscheinlich.

Es wird daher Aufgabe des europäischen und des nationalen Gesetzgebers sein, entsprechende verbindliche internationale oder

nationale Richtlinien zur Zulässigkeit von Carbon-Kunststoffrädern zu entwickeln. Das Gericht sieht jedenfalls nach derzeitiger Rechtslage keinen Anlass, dem Kläger die beantragte Betriebserlaubnis für sein Kraftrad in Verbindung mit Carbon Fünf-Speichenrädern zu versagen“.

7.4 LG und OLG Frankfurt: E-Zigaretten-Verdampfer

Ein deutsches Unternehmen ist der Auffassung, ein luxemburgischer Händler müsse sich gemäß § 22 TabakerzG für den bundesweiten Fernabsatz mit Tabakprodukten in jedem einzelnen Bundesland registrieren.

Das LG Frankfurt bestätigt das⁷⁹. „Dass eine Registrierung in den jeweiligen Bundesländern zu erfolgen hat, lässt sich aus § 22 Abs. 3 TabakerzG herleiten, wonach dann, wenn die Länder für den Zweck der Registrierung eine gemeinsame Stelle einrichten oder beauftragen, diese zuständig ist. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass solange diese gemeinsame Stelle nicht eingerichtet ist – und dies ist derzeit noch der Fall – eine Registrierung bei der zuständigen Behörde des jeweiligen Bundeslandes zu erfolgen hat. Wäre es nach dem Gesetz ausreichend, die Registrierung für den Handel im gesamten Bundesgebiet in einem beliebigen Bundesland durchzuführen, wäre die Regelung in § 22 Abs. 3 TabakerzG obsolet. Soll der Handel im gesamten Bundesgebiet erfolgen, ist daher eine Registrierung in jedem einzelnen Bundesland erforderlich“.

Das OLG Frankfurt ist anderer Ansicht⁸⁰: „Anhaltspunkte dafür, dass ein bundesweiter Fernabsatz eine Registrierung in sämtlichen Bundesländern erfordert, lassen sich weder dem Gesetzestext noch den Materialien entnehmen“. „Eine Auslegung der Bestimmung, wonach ein Fernabsatzunternehmen aus dem europäischen Ausland sich in jedem einzelnen Bundesland registrieren lassen muss, würde jedenfalls gegen die Warenverkehrsfreiheit nach Art. 34 AEUV verstoßen“.

⁷⁹ LG Frankfurt, Urteil v. 02.04.2019 (Az. 3-06 O 103/18).

⁸⁰ OLG Frankfurt, Urteil v. 07.11.2019 (Az. 6 U 61/19).

8 EU-Anerkennungs-Verordnung (2019/515)

Die europäische Integration über das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung hat im Bereich der Warenverkehrsfreiheit seit dem 19. April 2020 eine unmittelbar in den Mitgliedstaaten geltende sekundärrechtliche Grundlage – durch die EU-Verordnung 2019/515 vom 19. März 2019 über die gegenseitige Anerkennung von Waren, die in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig in Verkehr gebracht worden sind. Diese Verordnung konkretisiert die verfahrensmäßigen Anforderungen, die bei der Anwendung nationaler technischer Vorschriften aus dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung folgen⁸¹. Sie enthält drei Grundsätze⁸²:

- Der Hersteller kann eine Erklärung⁸³ zur gegenseitigen Anerkennung (Art. 4) abgeben,
 - die von der Marktüberwachungsbehörde „akzeptiert“ werden muss (Art. 5 Abs. 4 a),
- wenn nicht ein erhebliches Risiko für die Sicherheit oder Gesundheit von Menschen oder die Umwelt vorliegt (Art. 6 Abs. 1).

Nach der Verordnung „genügt für den Nachweis des rechtmäßigen Inverkehrbringens im Herkunftsstaat die Erklärung des Unternehmens, wird die wirksame Verwaltungszusammenarbeit der Mitgliedstaaten unterstützt und werden den Zielstaaten für den Fall, dass sie unter Berufung auf Rechtfertigungsgründe der Vermarktung der Produkte widersprechen, weitgehende Begründungs- und Transparenzpflichten auferlegt“⁸⁴.

⁸¹ *Leible/T. Streinz*, Das Recht der Europäischen Union, 75. Lieferung Januar 2022, Art. 34 AEUV Rn. 71.

⁸² Siehe *Wilrich*, Produktsicherheitsrecht und CE-Konformität (Fußnote 72).

⁸³ „Selbsterklärung“ – so *Loosen*, in: *Streinz/Meisterernst*, BasisVO/LFGB; 2021, § 54 LMFG Rn. 12.

⁸⁴ *Streinz*, in: *Streinz/Kraus*, Lebensmittelrechts-Handbuch, 42. Lieferung April 2021, III. Schwerpunkte des Lebensmittelrechts, Rn. 127a.

9 EU-Harmonisierungsrechtsvorschriften

Der zweite Weg zur Schaffung des Binnenmarktes neben dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung ist die Rechtsangleichung. Die EU-Kommission hält fest, heute „gelten die EU-Harmonisierungsvorschriften für Produkte im Wert von über 2.400 Mrd. EUR im Jahr. Das entspricht 69 % des Gesamtwerts der Erzeugnisse des verarbeitenden Gewerbes in der EU. Nicht konforme Produkte sind für die Bürgerinnen und Bürger potenziell gefährlich, schädigen die Umwelt und führen zu Wettbewerbsverzerrungen. Die Ursachen dafür sind letztlich wenig bekannte Vorschriften, die geringe Abschreckung und die äußerst ineffizienten Durchsetzungssysteme. Dieses Problem dürfte sich durch den wachsenden Online Handel und die zunehmenden Einfuhren aus Drittländern noch verschärfen“⁸⁵.

Es gibt natürlich unzählige Varianten der Harmonisierung von Rechtsvorschriften auf europäischer Ebene. Hervorgehoben werden soll hier, dass vor nunmehr 40 Jahren eine neue Technik der Rechtsvereinheitlichung in Europa institutionalisiert wurde. 1982 hob die Europäische Kommission in einer Mitteilung über die Anwendung der für zahlreiche Elektroprodukte geltende Niederspannungsrichtlinie die Vorteile hervor, „die ein auf dem Verweis auf Normen beruhendes System für die Verwirklichung des freien Warenverkehrs in der Gemeinschaft und die Förderung der Innovationsfähigkeit der Unternehmen aufweist“: „Dieses System überlädt nicht die Gesetzgebung mit detaillierten Vorschriften technischen Inhalts und verzögert nicht die Anpassung an den technischen Fortschritt durch wiederholte Gesetzgebungsverfahren“⁸⁶. Eine zentrale Harmonisierungsrichtlinie mit vielen allgemein gültigen Grundaussagen ist die Maschinenrichtlinie 2006/42/EG⁸⁷.

⁸⁵ *Europäische Kommission*, Folgenabschätzung zum Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung von Bestimmungen und Verfahren für die Konformität mit und die Durchsetzung von Harmonisierungsrechtsvorschriften der Union für Produkte, Brüssel, den 19.12.2017 SWD (2017) 467 final.

⁸⁶ ABl. EG 1982 C 59, S. 2 ff.

⁸⁷ Rechtsprechung zu ihr in *Wilrich*, Maschinenunfälle vor Gericht – 40 Urteilsanalysen zur Herstellerverantwortung mit Produktsicherheits-, Konstruktions- und Instruktionspflichten und Betreiberverantwortung mit

9.1 Das Neue Konzept der Rechtsangleichung

1985 legte die Kommission ein Neues Konzept auf dem Gebiet der technischen Harmonisierung und der Normung vor („New Approach“⁸⁸): Die Normung sei ein „wichtiger Beitrag zum freien Verkehr mit Industriewaren“. Angestrebt wird im Regelfall eine „vollständige Harmonisierung“, kein Nebeneinander von nationalem und europäischen Anforderungen, sondern einheitliche Anforderungen. Die Vorschriften sollen an die Stelle einzelstaatlicher Bestimmungen treten. Das neue Konzept stützt sich auf 4 Grundprinzipien:

- **Keine Detailharmonisierung:** Die Harmonisierung der Rechtsvorschriften beschränkt sich auf die **Festlegung der grundlegenden Sicherheitsanforderungen** und nur ausnahmsweise gibt es „ausführliche Spezifikationen“. Die Harmonisierungsrechtsvorschriften sollen „wenn möglich keine technischen Details festlegen“⁸⁹.
- **Technische Normen**⁹⁰: Den für die Industrienormung zuständigen Gremien wird unter Berücksichtigung des Standes der Technik die Aufgabe übertragen, technische Spezifikationen auszuarbeiten. Die Normung hat eine „Schlüsselposition“ für die Produktharmonisierung – im Sinne einer „Arbeitsteilung“ zwischen Gesetzgeber und Selbstverwaltungsorganisationen der Wirtschaft im Sinne einer „Staatsentlastung durch Verbände“. Heute gibt es die Verordnung (EU) Nr. 1025/2012 vom 25. Oktober 2012 zur europäischen Normung.
- **Freiwilligkeit:** Die technischen Spezifikationen erhalten keinerlei obligatorischen Charakter, sondern bleiben freiwillige Normen.

Arbeitsschutz-, Organisations- und Aufsichtspflichten, 2022.

⁸⁸ ABl. EG 1985 C 136, S. 1 ff.

⁸⁹ So heute Erwägungsgrund 8 des EG-Produktrechtsrahmen-Beschlusses 768/EG.

⁹⁰ Ausführlich *Wilrich*, Die rechtliche Bedeutung technischer Normen als Sicherheitsmaßstab – mit 33 Gerichtsurteilen zu anerkannten Regeln und Stand der Technik, Produktsicherheitsrecht und Verkehrssicherungspflichten, 2017.

- **Vermutungswirkung:** Die Verwaltungen sind verpflichtet, bei den nach harmonisierten Normen hergestellten Erzeugnissen eine Übereinstimmung mit den in der jeweiligen Richtlinie aufgestellten grundlegenden Anforderungen anzunehmen.

Nach dem Cassis-Urteil als gerichtlicher Antwort auf die Probleme bei der Schaffung des Binnenmarkts war das Neue Konzept nun die politische Antwort⁹¹ – und noch vielmehr die gesetzliche Antwort. So wurde dem „intellektuellen Durchbruch, der mit Cassis erreicht war, nun auch zur tatsächlichen Umsetzung verholfen“ und das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung „praktisch durchführbar“⁹². Das Verwaltungsgericht Köln fasste die Vorteile des New Approach so zusammen: „Nach dem ‚neuen Ansatz‘ (new approach) werden Sicherheitsziele in Rechtsvorschriften nur abstrakt beschrieben und die Einzelheiten bleiben den technischen Normungsverfahren überlassen. Die von den europäischen Normungsgremien erstellten Normen werden regelmäßig aktualisiert und ermöglichen es, ohne Änderung des Rechtsrahmens ein hohes Schutzniveau aufrecht zu erhalten. Dadurch werden der freie Warenverkehr und die technische Innovation erleichtert, ohne dass sicherheitspolitische Anforderungen aufgegeben werden“⁹³. Durch das Neue Konzept mit den „nur“ grundlegenden Anforderungen und der Inbezugnahme der – zentral wegweisenden, aber nicht zwingenden wirkenden – technischen Normen ist die Harmonisierung zugleich Vereinheitlichung schaffend und Freiraum lassend, nicht mehr „so rigoros“⁹⁴. Und genau das war der Durchbruch:

Die Einheitliche Europäische Akte (EEA) stammt ebenfalls aus der Mitte der 1980er Jahre und trat 1987 in Kraft. Sie legte für die Rechtsangleichung statt des Einstimmigkeits- das Mehrheitsprinzip fest. „Weil die EEA als rein technische Vertragsmaßnahme zur weiteren

⁹¹ Gilles Grin, *The Battle of the Single European Market – Achievements and economics 1945 – 2000*, 2003, S. 116.

⁹² Ulrich Haltern, *Europarecht – Dogmatik im Kontext*, 2. Aufl. 2007, Rn. 1655, S. 768.

⁹³ VG Köln, Urteil v. 17.09.2007 (Az. 11 K 4108/06) – Modem.

⁹⁴ Werner Weidenfeld, *Die Europäische Union*, 3. Aufl. 2013, 7.1, S. 183.

wirtschaftlichen und fiskalischen Integration dargestellt wurde, fanden alle Mitglieder darin etwas, dass ihren Vorstellungen von ihrer Rolle in der Gemeinschaft entgegenkam⁹⁵. Die EEA war ein „ganz und gar technokratischer Text ohne Vision“ – „doch gerade die Strategie, auf politische Visionen zu verzichten und sich auf reine Funktionalität zu beschränken, erwies sich einmal mehr als Siegeszug“⁹⁶. Nach Jahren der „Stagnation und der Eurosklerose hauchte die EEA – die erste wesentliche Änderung der Römischen Verträge von 1957 – der Gemeinschaft neues Leben ein“⁹⁷. Die EEA wird sogar in Beziehung gesetzt zu den Umbrüchen 1989/1990: „Auf der Höhe des ‚Neuen Kalten Krieges‘ der achtziger Jahre und an der Schwelle zu folgenreichen Entwicklungen, die sich ein paar dutzend Kilometer östlich von ihnen anbahnten, hielten die Staaten der Europäischen Union den Blick unverwandt auf die inneren Angelegenheiten eines weitgehend gemeinsamen Marktes gerichtet. ... So gelang es ihnen, die echte wirtschaftliche Integration der nächsten Dekade einzuleiten und vorwegzunehmen“⁹⁸.

Letztlich war das Neue Konzept die Einsicht, dass funktionale Problemlösungen die europäische Einigung bewirken („*form follows function*“⁹⁹), dass „der Weg das Ziel ist“¹⁰⁰. Robert Schumann sagte am 5. Mai 1950: „Europa lässt sich nicht mit einem Schlage herstellen und auch nicht durch eine einfache Zusammenfassung. Es wird durch konkrete Tatsachen entstehen, die zunächst eine Solidarität der Tat schaffen“. Die

⁹⁵ *Jeremy Rifkin*, *Der Europäische Traum – Die Vision der leisen Supermacht*, 2004, S. 224.

⁹⁶ *Ulrich Haltern*, *Europarecht – Dogmatik im Kontext – Bd. I*, 3. Aufl. 2017, Rn. 131 f., S. 66 f.

⁹⁷ *Ian Kershaw*, *Achterbahn – Europa 1950 bis heute*, 2020, S. 492.

⁹⁸ *Tony Judt*, *Die Geschichte Europas seit dem Zweiten Weltkrieg*, 2006, Kapitel XIV Zeit des Übergangs, S. 603.

⁹⁹ *Janna Wolf*, *Europäische Integration – politikwissenschaftliche Schlüsseltheorien*, in: *Liebert/Wolff, Interdisziplinäre Europastudien – Eine Einführung*, 2015, S. 69, 74.

¹⁰⁰ *Michael Gehler*, *Europa: Ideen, Institutionen, Vereinigung*, 2. Aufl. 2010, S. 160.

„Solidarität der Tat“ wird *Methode Jean Monnet* genannt¹⁰¹. „Europa ist als Projekt konzipiert“¹⁰².

9.2 CE-Recht

Symbol für die Warenverkehrsfreiheit durch Rechtsangleichung auf europäischer Ebene durch das Neue Konzept ist für viele – nicht alle – Produkte geltende CE-Kennzeichnung. Die CE-Kennzeichnung wird „auf zahlreichen Produkten angebracht, die im EWR und in der Türkei in Verkehr gebracht werden unabhängig davon, ob sie im EWR, in der Türkei oder einem anderen Land hergestellt werden“¹⁰³. Die CE-Kennzeichnung ist ein symbolisiertes Ticket zum Freiverkehr in Europa in Form eines technischen Reisepasses¹⁰⁴. CE wird bezeichnet als „Ausweis“¹⁰⁵, „Schlüssel“¹⁰⁶, „Eintrittskarte“¹⁰⁷, „Reisepass“¹⁰⁸, „Warenpass“¹⁰⁹, „Freifahrtschein“¹¹⁰, „symbolische Aussage“¹¹¹ für den Binnenmarkt.

¹⁰¹ Franz Knipping, Die „Méthode Monnet“ der europäischen Integration: Mythos und Realität, in: Baumann/ Braukmann/ Matthes, Innovation und Internationalisierung, 2010, S. 361, 369.

¹⁰² Ulrich Haltern, Finalität, in: von Bogdandy/ Bast, Europäisches Verfassungsrecht – Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2. Aufl., S. 279, 310.

¹⁰³ Europäische Kommission, Blue Guide (Fußnote 43) in Nr. 4.5.1.1.

¹⁰⁴ Siehe Wilrich, Produktsicherheitsrecht und CE-Konformität, 2022 (Fußnote 72).

¹⁰⁵ Europäische Kommission, Leitfaden für die Anwendung der Maschinenrichtlinie 2006/42/EG, Auflage 2.2 – Oktober 2019, § 109.

¹⁰⁶ Schumann, Bauelemente des europäischen Produktsicherheitsrechts, S. 137.

¹⁰⁷ Janiszewski, Gerätesicherheitsgesetz (GSG), 1998, § 5 Anm. 10, S. 87.

¹⁰⁸ BR-Drs. 360/03 (Beschluss) vom 11.07.2003, S. 2 – abgedruckt in: Geiß/Doll, GPSG, 2005, § 7 Rn. 6 Hünig/Schulze, Sichere Maschinen in Europa – Teil 5: Die neue Maschinenrichtlinie, 3.7, S. 66; Loerzer/ Müller/ Schacht, Produktkonformität und CE-Kennzeichnung, S. 9.

¹⁰⁹ OLG Nürnberg, Urteil v. 17.06.2014 (Az. 4 U 1706/12) – Pappkartonstanze: besprochen in Wilrich, Praxisleitfaden Betriebssicherheitsverordnung, 2. Aufl. 2020, Fall 20, S. 427 ff.

¹¹⁰ Geiß/Doll, GPSG, 2005, § 6 Rn. 3.

¹¹¹ Kuntz/ Rost, EU-Konformität für elektrotechnische und ekelektronische Produkte, 2019, S. 3.

Alle Rechtsakte des sekundären Produktsicherheitsrechts enthalten eine Vorschrift mit der Überschrift „Freien Warenverkehr“ oder „Freiverkehrsklausel“ – etwa Art. 6 Abs. 1 der europäischen Maschinenrichtlinie 2006/42/EG: „Die Mitgliedstaaten dürfen das Inverkehrbringen und/oder die Inbetriebnahme von Maschinen in ihrem Hoheitsgebiet nicht untersagen, beschränken oder behindern, wenn diese den Bestimmungen dieser Richtlinie entsprechen“¹¹².

Die CE-Kennzeichnung hat auch Vermutungswirkung¹¹³. Das Landgericht Erfurt spricht von einer „Konformitätsvermutung bei Maschinen, die mit der CE-Kennzeichnung versehen sind und denen die EG-Konformitätserklärung beigelegt ist“¹¹⁴. Der EuGH sagt zur Richtlinie 1999/5 – sie „begründet für Geräte mit der CE-Kennzeichnung eine Vermutung der Normenkonformität. Diese Kennzeichnung steht für die Konformität der Geräte mit allen Richtlinienvorschriften einschließlich der Verfahren zur Bewertung der Normenkonformität, wie sie in der Richtlinie vorgesehen sind“¹¹⁵.

9.3 EU-Akkreditierungsverordnung

Die EG-Verordnung 765/2008 vom 9. Juli 2008 über die Vorschriften für die Akkreditierung legt – so sagt es Art. 1 Abs. 4 – allgemeine Grundsätze zur CE-Kennzeichnung fest. Die CE-Kennzeichnung wird definiert als Kennzeichnung, durch die der Hersteller erklärt, dass das Produkt den geltenden Anforderungen genügt, die in den Harmonisierungsrechtsvorschriften der Gemeinschaft über ihre Anbringung festgelegt sind (Art. 2 Nr. 20). Art. 30 enthält „Allgemeine Grundsätze der CE-Kennzeichnung“:

¹¹² Vgl. auch *Wilrich*, Sicherheitstechnik und Maschinenunfälle vor Gericht (Fußnote 87).

¹¹³ OLG München, Urteil v. 11.12.2014 (Az. 6 U 2535/14) – Kopfhörer; a.A. OLG Nürnberg, Urteil v. 17.06.2014 (Az. 4 U 1706/12) – Pappkartonstanze (siehe Fußnote 109).

¹¹⁴ LG Erfurt, Urteil v. 07.08.2014 (Az. 10 O 410/12) – Radlader: besprochen in *Wilrich*, Praxisleitfaden Betriebssicherheitsverordnung, Fall 22, S. 453 ff.

¹¹⁵ EuGH, Urteil v. 30.04.2009 (Az. C 132/08) – Lidl Magyarorszáig.

- „Die CE-Kennzeichnung wird nur auf Produkten angebracht, für die spezifische Harmonisierungsrechtsvorschriften der Gemeinschaft deren Anbringung vorschreiben, und wird auf keinem anderen Produkt angebracht“ (Abs. 2).
- „Die CE-Kennzeichnung ist die einzige Kennzeichnung, die die Konformität des Produkts mit den geltenden Anforderungen der einschlägigen Harmonisierungsrechtsvorschriften der Gemeinschaft, die ihre Anbringung vorschreiben, bescheinigt“ (Abs. 4).
- „Indem er die CE-Kennzeichnung anbringt oder anbringen lässt, gibt der Hersteller an, dass er die Verantwortung für die Konformität des Produkts mit allen in den einschlägigen Harmonisierungsrechtsvorschriften der Gemeinschaft enthaltenen für deren Anbringung geltenden Anforderungen übernimmt“ (Abs. 3).

9.4 EU-Marktüberwachungsverordnung

Die EU-Verordnung 2019/1020 über Marktüberwachung und die Konformität von Produkten hat das Ziel, „das Funktionieren des Binnenmarktes durch Stärkung der Marktüberwachung von Produkten, die unter die in Artikel 2 genannten Harmonisierungsrechtsvorschriften der Union fallen zu verbessern, sodass sichergestellt ist, dass nur konforme Produkte auf dem Unionsmarkt bereitgestellt werden, welche die Anforderungen an ein hohes Schutzniveau bei öffentlichen Interessen wie Gesundheit und Sicherheit im Allgemeinen, Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz, Verbraucher- und Umweltschutz sowie der öffentlichen Sicherheit und anderer durch diese Rechtsvorschriften geschützter öffentlicher Interessen erfüllen“.

Die Verordnung gilt für 70 wichtige Harmonisierungsrechtsvorschriften, die im Anhang I Liste der Harmonisierungsrechtsvorschriften und hat 4 Grundpfeiler¹¹⁶:

¹¹⁶ Ausführlich *Wilrich*, Produktsicherheitsrecht und CE-Konformität, 2022 (Fußnote 72).

- Fulfilment-Dienstleister werden als Wirtschaftsakteur verpflichtet: Erstreckung des persönlichen Anwendungsbereichs auf (leider kompliziert definierte) Fulfilment-Dienstleister und Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft und Verpflichtung zur Zusammenarbeit aller Wirtschaftsakteure mit Marktüberwachungsbehörden.
- EU-Wirtschaftsakteur wird Pflicht: Koppelung der Verkehrsfähigkeit der Produkte von Herstellern aus Drittstaaten an einen EU-Wirtschaftsakteur für 18 Richtlinien gemäß Anhang II und Pflichten für diesen EU-Repräsentanten (Art. 4).
- Regelung des Fernabsatzes: Erfassung des Fernabsatzes für die 70 Rechtsakte gemäß Anhang I und zeitliche Vorverlagerung des Inverkehrbringens auf Verkaufsangebot (Art. 6)
- Zusammenarbeitspflichten auch von Anbietern von Diensten der Informationsgesellschaft und dadurch Zugriff der Marktüberwachungsbehörden auf die „Online-Schnittstelle“ (Art. 7).

9.5 EuGH: Lidl Magyarország

Das Urteil des EuGH Lidl Magyarország steht exemplarisch für den abschließenden Charakter des CE-Rechts: Das ungarische Gesetz über die elektronische Kommunikation sagte: „Wenn der Hersteller seinen Sitz nicht auf ungarischem Hoheitsgebiet hat, ist der Importeur des Geräts als Hersteller zu betrachten“. Nachdem die von einem belgischen Hersteller ausgestellte Konformitätserklärung nicht akzeptiert wurde, klagte Lidl als Importeur gegen ein Vertriebsverbot.

Das Vertriebsverbot ist rechtswidrig¹¹⁷. „Die Richtlinie 1999/5/EG über Funkanlagen und Telekommunikationsendeinrichtungen und die gegenseitige Anerkennung ihrer Konformität begründet für Geräte mit der CE-Kennzeichnung eine Vermutung der Normenkonformität. Diese Kennzeichnung steht für die Konformität der Geräte mit allen Richtlinienvorschriften einschließlich der Verfahren zur Bewertung der Normenkonformität, wie sie in der Richtlinie vorgesehen sind.

¹¹⁷ EuGH, Urteil v. 30.04.2009 (Az. C 132/08) – Lidl Magyarország.

Die Mitgliedstaaten können von einer Person, die eine Funkanlage in den Verkehr bringt, nicht nach der Richtlinie 1999/5 verlangen, dass sie eine Konformitätserklärung abgibt, obwohl der in einem anderen Mitgliedstaat ansässige Hersteller der Anlage diese mit dem CE-Kennzeichen versehen und eine Konformitätserklärung für sie ausgestellt hat.

Daher können Produkte mit der CE-Kennzeichnung in den Verkehr gebracht werden, ohne dass sie einem Verfahren der vorherigen Genehmigung oder irgendeinem anderen Verfahren unterzogen werden müssen, das zu einer Vervielfachung der zur Anbringung des Konformitätskennzeichens verpflichteten Personen führt“.

ÖZET

Bu makale, Avrupa iç pazarının bir parçası olarak malların serbest dolaşımının arka planını ve yasal dayanaklarını açıklamaktadır. AB-mallarının serbest dolaşımını sağlamanın iki yolu vardır. Birincisi, miktar olarak ithalat ve ihracat kısıtlamalarının yasaklanması sonucunda geliştirilen ve böylece Avrupa birincil hukuku tarafından korunan karşılıklı tanıma ilkesidir. İkincisi ise, ikincil Avrupa Birliği hukuku- yani AB uyumlaştırma mevzuatı, özellikle de çok sayıda "CE direktifi" ve son dönemlerde sayıca artan Tüzükler aracılığıyla mevzuat uyumunun sağlanmasıdır. CE işareti, ortak Avrupa pazarı için mallar bakımından bir nevi pasaport niteliğindedir.

Türkiye Cumhuriyeti, Avrupa tek pazarının bir parçasıdır. 1963 tarihli Ortaklık Anlaşması ve 1995 tarihli Gümrük Birliği ile Türkiye, AB ile ilişkilerinde imtiyaz sahibidir. Bu nedenle de Avrupa Adalet Divanı içtihatlarıyla geliştirilen hukuki ilkeler de dahil olmak üzere iç pazarda Avrupa Birliğinin yasal çerçevesiyle bağlıdır. Malların serbest dolaşımına ilişkin içtihatlarda bir dönüm noktası, Avrupa Adalet Divanı'nın 1979'da verdiği Cassis de Dijon kararıdır. Mahkemenin bu konudaki içtihadı, teknik ürünlere ve "CE İşareti" hukukuna ilişkin kararlardan örnekler verilmek suretiyle ortaya konmuştur.

LITERATURVERZEICHNIS

- ARNDT Hans-Wolfgang, *Europarecht*, 5. Aufl. 2001.
- BECK Hanno, *Globalisierung & Aussenwirtschaft*, 2016.
- BIEBER / EPINEY / HAAG, *Die Europäische Union – Europarecht und Politik*, 10. Aufl. 2013.
- BLECKMANN Albert, *Europarecht*, 6. Aufl. 1997.
- BRASCHE Ulrich, *Europäische Integration – Wirtschaft, Erweiterung und regionale Effekte*, 3. Aufl. 2013.
- BRIGOLA Alexander, *Das System der EG-Grundfreiheiten: Vom Diskriminierungsverbot zum spezifischen Beschränkungsverbot*, 2004.
- BUSCH / MATTHES, *Der Binnenmarkt – Herzstück der europäischen Integration*, in: Becker / Lippert, *Handbuch Europäische Union*, 2020.
- COOPER Robert, zitiert nach Geert Mak, *Große Erwartungen – Auf den Spuren des europäischen Traums (1999-2019)*, 2020, Kapitel 2005.
- GEHLER Michael, *Europa: Ideen, Institutionen, Vereinigung*, 2. Aufl. 2010.
- GEISS / DOLL, *GPSG*, 2005.
- GRIMM Dieter, *Auf der Suche nach Akzeptanz – Über Legitimationsdefizite und Legitimationsressourcen der Europäischen Union*, in: Leviathan, 43. Heft 3/2015.
- GRIN Gilles, *The Battle of the Single European Market – Achievements and economics 1945 – 2000*, 2003.
- HAKENBERG Waltraud, *Europarecht*, 5. Aufl. 2010.
- HALTERN, in: von Bogdandy / Bast, *Europäisches Verfassungsrecht Theoretische und dogmatische Grundzüge*, 2. Aufl. 2009.
- HALTERN Ulrich, *Europarecht – Dogmatik im Kontext*, 2. Aufl. 2007.
- HALTERN Ulrich, *Europarecht – Dogmatik im Kontext – Bd. I*, 3. Aufl. 2017.
- HALTERN Ulrich, *Finalität*, in: von BOGDANDY / BAST, *Europäisches Verfassungsrecht – Theoretische und dogmatische Grundzüge*, 2. Aufl.
- HARATSCH / KOENIG / PECHSTEIN, *Europarecht*, 8. Aufl. 2012.
- HÜNING / SCHULZE, *Sichere Maschinen in Europa – Teil 5: Die neue Maschinenrichtlinie*.
- JANISZEWSKI, *Gerätesicherheitsgesetz (GSG)*, 1998.

JUDT Tony, *Die Geschichte Europas seit dem Zweiten Weltkrieg*, 2006.

KERSHAW IAN, *Achterbahn – Europa 1950 bis heute*, 2020.

KNIPPING Franz, *Die „Méthode Monnet“ der europäischen Integration: Mythos und Realität*, in: BAUMANN / BRAUKMANN / MATTHES, *Innovation und Internationalisierung*, 2010.

KUNTZ / ROST, *EU-Konformität für elektrotechnische und elektronische Produkte*, 2019.

LEIBLE / T. STREINZ, *Das Recht der Europäischen Union*, 75. Lieferung Januar 2022.

LEIBLE / STREINZ, in: Grabitz / Hilf / Nettesheim, *Das Recht der Europäischen Union*, 60. Lieferung 2016.

LOOSEN, in: Streinz/Meisterernst, *BasisVO/LFGB*; 2021.

LOERZER / MÜLLER / SCHACHT, *Produktkonformität und CE-Kennzeichnung*.

LUDWIGS, in: DAUSES / LUDWIGS, *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, 42. Lieferung August 2017.

MAK Geert, *Große Erwartungen – Auf den Spuren des europäischen Traums (1999-2019)*, 2020, Kapitel 2005.

MAYER Franz C., *Die Warenverkehrsfreiheit im Europarecht – eine Rekonstruktion*, in: EuR 2003.

MIDDELAAR Luuk van, *Vom Kontinent zur Union – Gegenwart und Geschichte des vereinten Europa*, 2017.

NAGEL Bernhard, *Wirtschaftsrecht der Europäischen Union*, 3. Aufl. 2001.

OPPERMANN Thomas, *Europarecht*, 3. Aufl. 2005.

PFETSCH Frank R., *Das neue Europa*, 2007.

RÄTHLING, in: KRENZLER/HERRMANN/NIESTEDT, *EU-Außenwirtschafts- und Zollrecht*, 18. Lieferung Oktober 2021.

REICHSTEIN Ruth, *Die 101 wichtigsten Fragen – Die Europäische Union*, 2. Aufl. 2014.

RIBHEGGE Hermann, *Europäische Wirtschafts- und Sozialpolitik*, 2. Aufl. 2011.

RIFKIN Jeremy, *Der Europäische Traum – Die Vision der leisen Supermacht*, 2004.

SCHMALENBACH, CALLIESS/RUFFERT, *EUV/AEUV*, 6. Aufl. 2022.

SCHROEDER W., in: STREINZ, *EUV/AEUV*, 3. Aufl. 2018.

SCHUMANN, *Bauelemente des europäischen Produktsicherheitsrechts*.

SCHWEITZER / HUMMER, *Europarecht*, 3. Aufl. 1990.

STREINZ Rudolf, *Die Türkei als Partner – Formen der Zugehörigkeit zur EU*, in: Bitburger Gespräche Jahrbuch 2005/II = 45. Bitburger Gespräche zum Thema: „Zur Frage einer Mitgliedschaft der Türkei in der Europäischen Union“.

STREINZ Rudolf, *Europarecht*, 10. Aufl. 2016.

STREINZ, in: STREINZ/KRAUS, *Lebensmittelrechts-Handbuch*, 42. Lieferung April 2021.

WAGENER / EGER, *Europäische Integration – Wirtschaft und Recht, Geschichte und Politik*, 3. Aufl. 2014.

WEATHERILL Stephen / Paul Beaumont, *EU-Law – The Essential Guide to the Legal Workings of the European Union*, 3. Aufl. 1999.

WERNER Weidenfeld, *Die Europäische Union*, 3. Aufl. 2013.

WILRICH, *Die rechtliche Bedeutung technischer Normen als Sicherheitsmaßstab – mit 33 Gerichtsurteilen zu anerkannten Regeln und Stand der Technik, Produktsicherheitsrecht und Verkehrssicherungspflichten*, 2017.

WILRICH, *Produktsicherheitsrecht und CE-Konformität – Hersteller-, Importeur- und Händler-Pflichten für Technik- und Verbraucherprodukte bei Risikobeurteilung, Konstruktion, Warnhinweisen und Vertrieb*, 2022.

WILRICH, *Sicherheitstechnik und Maschinenunfälle vor Gericht – 40 Urteilsanalysen zu Produktsicherheit, Hersteller- und Konstruktionspflichten, Arbeitsschutz, Betreiber- und Organisationspflichten*, 2022.

WIMMER / MÜLLER, *Wirtschaftsrecht: International – Europäisch – National*, 2007.

WOLF Janna, *Europäische Integration – politikwissenschaftliche Schlüsseltheorien*, in: LIEBERT / WOLFF, *Interdisziplinäre Europastudien – Eine Einführung*, 2015.

VÖNEKY/BEYLAGE-HAARMANN, in: GRABITZ/HILF/NETTESHEIM, *Das Recht der Europäischen Union*, 75. Lieferung Januar 2022.

RECHTSQUELLEN

AMTSBLATT C 265 vom 4.11.2003.

AMTSBLATT EG 1982 C 59.

AMTSBLATT EG 1985 C 136.

AMTSBLATT L 35 vom 13. Februar 1996.

AMTSBLATT L 191 vom 21.07.1997.

AMTSBLATT Nr. 217 vom 29/12/1964 S. 3687 – 3688.

BESCHLUSS vom 11.07.2003, BR-Drs. 360/03, S. 2 – abgedruckt in: GEISS / DOLL, GPSG, 2005.

BESCHLUSS Nr. 1/95 des Assoziationsrates EG-Türkei vom 22. Dezember 1995 über die Zollunion, Art. 5 und 6.

BESCHLUSS Nr. 2/97 des Assoziationsrates EG-Türkei vom 4. Juni 1997 zur Festlegung der Liste der gemeinschaftlichen Rechtsakte über die Beseitigung technischer Handelshemmnisse sowie der Bedingungen und Einzelheiten ihrer Anwendung durch die Türkei.

EG-Produktrechtsrahmen-Beschlusses 768/EG, Erwägungsgrund 8.

EUROPÄISCHE KOMMISSION, Blue Guide (Fußnote 42) in Nr. 4.5.1.1.

EUROPÄISCHE KOMMISSION, Folgenabschätzung zum Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung von Bestimmungen und Verfahren für die Konformität mit und die Durchsetzung von Harmonisierungsrechtsvorschriften der Union für Produkte, Brüssel, den 19.12.2017.

EUROPÄISCHE KOMMISSION, Leitfaden für die Umsetzung der Produktvorschriften der EU 2016 („Blue Guide“) = Amtsblatt C 272 vom 26.7.2016, in Nr. 2.8.4.

EUROPÄISCHE KOMMISSION, Leitfaden für die Anwendung der Maschinenrichtlinie 2006/42/EG, Auflage 2.2 – Oktober 2019.

EUROPÄISCHES PARLAMENT, Bericht vom 06.09.2018 über den Vorschlag für eine Verordnung zur Festlegung von Bestimmungen und Verfahren für die Konformität mit und die Durchsetzung von Harmonisierungsrechtsvorschriften der Union für Produkte (A8-0277/2018).

KOMMISSION, Den Binnenmarkt weiter ausbauen: mehr Chancen für die Menschen und die Unternehmen, 28.10.2015.

KOMMISSION, Der freie Warenverkehr – Leitfaden zur Anwendung der Vertragsbestimmungen über den freien Warenverkehr, 2010.

WISSENSCHAFTLICHE DIENSTE DES DEUTSCHEN BUNDESTAGES, Die Zollunion zwischen der EU und der Türkei, 13.12.2016 (WD 5 - 3000 - 107/16).

VERORDNUNG (EG) NR. 764/2008 über die gegenseitige Anerkennung, Leitlinie zum Begriff „rechtmäßig in den Verkehr gebracht“.

URTEILE

EuGH, Urteil v. 30.04.2009 (Az. C 132/08) – Lidl Magyarország.

EuGH, Urteil v. 18.10.2012 (Az. C-385/10) – Elenca Srl ./ Ministero dell'Interno.

EuGH, Urteil v. 10.02.2009 (Az. C-110/05) – Kommission ./ Italien.

EuGH, Urteil v. 03.12.1974 (Rs 33/74) – van Binsbergen.

EuGH, Urteil v. 12.03.1987 (Rs 178/84).

EuGH, Urteil v. 26.06.1997 (Rs C-368/95) – Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und -vertriebs GmbH ./ Heinrich Bauer Verlag: Wochenzeitschrift Laura.

EuGH, Urteil v. 18.10.2012 (Az. C-385/10) – Elenca Srl gegen Ministero dell'Interno: Ungarische Schläuche in Italien.

EuGH, Urteil v. 20.02.1979 (Rs. 120/78) – Rewe-Zentral AG ./ Bundesmonopolverwaltung für Branntwein.

EuGH, Urteil vom 20.09.1990 – C-192/89 Rn. 9 – Sevince.

EuGH, Urteil vom 19.10.2017 (Az. C-65/16 – Rn. 38) – Istanbul Lojistik Ltd gegen Nemzeti Adó- és Vámhivatal Fellebbviteli Igazgatóság.

EuGH, Urteil vom 30.09.1987 – C-12/86 Rn. 9 – Demirel/Stadt Schwäbisch Gmünd.

EuGH, Rs 8/74, Slg. 1974, 837 Rn. 5 – Dassonville.

EuGH, RsC-192/01-, Slg. 2003, I-9693 Rn. 45 ff. – Kommission / Dänemark.

LG Erfurt, Urteil v. 07.08.2014 (Az. 10 O 410/12) – Radlader: besprochen in *Wilrich*, Praxisleitfaden Betriebssicherheitsverordnung, Fall 22, S. 453 ff.

LG Frankfurt, Urteil v. 02.04.2019 (Az. 3-06 O 103/18).

OLG Brandenburg, Beschl. v. 02.06.2020 (Az. 19 Verg 1/20) – Straßenbahnfahrzeuge.

OLG Frankfurt, Urteil v. 07.11.2019 (Az. 6 U 61/19).

OLG Hamburg, Urteil v. 29.01.2009 (Az. 3 U 54/08) – Nahrungsergänzungsmittel mit einem Extrakt aus Ginkgo Blättern.

OLG München, Urteil v. 11.12.2014 (Az. 6 U 2535/14) – Kopfhörer; a.A. OLG Nürnberg, Urteil v. 17.06.2014 (Az. 4 U 1706/12) – Pappkartonstanze (s.o. Fußnote 106).

OLG Nürnberg, Urteil v. 17.06.2014 (Az. 4 U 1706/12) – Pappkartonstanze: besprochen in *Wilrich*, Praxisleitfaden Betriebssicherheitsverordnung, 2. Auf. 2020, Fall 20, S. 427 ff.

VG Köln, Urteil v. 17.09.2007 (Az. 11 K 4108/06) – Modem.

VG Stuttgart, Urteil v. 01.07.2009 (Az. 8 K 1815/08).

VG Stuttgart, Urteil v. 01.07.2009 (Az. 8 K 1815/08) – Britisches Motorrad mit Carbon-Rädern.

VG Stuttgart, Urteil v. 01.07.2009 (Az. 8 K 1815/08) – Britisches Motorrad mit Carbon-Rädern.

INTERNET QUELLEN

Europäische Kommission, Türkei: Zollunion und Präferenzregelungen: https://ec.europa.eu/taxation_customs/turkey-customs-unions-and-preferential-arrangements_de.

Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament, Empfehlung der Europäischen Kommission zu den Fortschritten der Türkei auf dem Weg zum Beitritt, 06.10.2004, KOM(2004) 656 endgültig; ausführlich zur Heranführungsstrategie <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:e40113&from=ET>.

Miras Sözleşmesinde Tarafların Ehliyet Durumu ve Ehliyetsizliğe Bağlanan Hukuki Sonuçlar

Erbvertragsrechtliche Rechtsfähigkeit und Folgen der fehlenden Rechtsfähigkeit der Parteien

Dr. Öğr. Üyesi Cihan Avcı Braun*

Dr. Öğr. Üyesi Tuğçe Tekben**

ÖZ

Türk Medeni Kanunu'nun 557. maddesine göre, mirasbırakanın fiil ehliyeti olmaksızın yaptığı miras sözleşmesi, mirasbırakanın ölümünden sonra geçerli bir miras sözleşmesi gibi hükümlerini doğurmaktadır; meğerki mirasbırakanın ölümünden sonra miras sözleşmesinin iptali için bir dava açılın ve bu dava sonucunda yenilik doğuran bir iptal kararı verilsin. Miras hukukunda işlemlerin "iptal edilinceye kadar geçerli olması" kuralının dayanağı, favor testamenti ilkesidir. Burada amaç, mirasbırakanın, öldükten sonra aynı ölüme bağlı tasarrufu geçerli olarak yapmasına imkân kalmadığı için, sağlığında yaptığı ve hükümsüz olan tasarrufun hüküm doğurmasını sağlamaktır. Ancak, mirasbırakan sağlığında bu hükümsüzlüğün farkına vardırısa ve miras sözleşmesinin hüküm doğurmasını istemiyorsa, bu tasarrufu geçerli kabul etmek, kanunun amacına ve favor testamenti ilkesine aykırı olacaktır. Her ne kadar, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) (madde) m. 557 hükmü, mirasbırakanın ehliyetsizliği halinde iptal davası açılabilmesine ilişkin bir düzenleme olsa da, bu dava TMK m. 558 uyarınca, tasarrufun iptalinde menfaati bulunanlar tarafından ve mirasbırakan öldükten sonra açılmaktadır. Kanunda, miras sözleşmesi yaparken ehliyetsiz olan mirasbırakanın,

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, (cihan.avci@yeditepe.edu.tr). ORCID: 0000-0003-1350-6468.

** Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, (tugce.tekben@yeditepe.edu.tr). ORCID: 0000-0001-7272-7717.

bunu sağlığında ne şekilde ileri sürebileceğine ilişkin açık bir düzenleme ise bulunmamaktadır. Miras sözleşmesi, neticede bir sözleşme türü olduğu için, kanunun miras hukukuna ilişkin hükümlerinde bir boşluk bulunması halinde, bu boşluğun doldurulmasında borçlar hukuku kurallarından istifade edilmesi söz konusu olabilecektir. Bu nedenle, çalışmamızda, miras sözleşmesine, karşılaştırmalı hukukta olduğu gibi, TMK m. 5 uyarınca mirasbırakan ölene kadar, borçlar hukuku kurallarının uygulanması gerektiğini ve bu dönemde miras sözleşmesinin kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olması gerektiğini savunmaktayız.

Anahtar Kelimeler: *Miras sözleşmesi, vasiyetname, ölüme bağlı tasarruf, ehliyetsizlik, iptal davası, irade sakatlıkları, favor testamenti, kesin hükümsüzlük*

Legal Capacity with Regard to the Testamentary Contract and Legal Consequences of the Incapacity of the Parties

ABSTRACT

According to Article 557 of Turkish Civil Code, the testamentary contract issued by the incapacitated testator is effective as a valid testamentary contract unless there is a formative annulment decision of a court. The basis of the principle of “validity until annulment” of the transactions in inheritance law is the principle of favor testamenti. The purpose is to preserve the transaction made in the legator’s lifetime, even though it is invalid; it will be impossible to make the same transaction post mortem. Nevertheless, if the legator notices such invalidity during their lifetime and wishes the testamentary contract to be ineffective, validating such invalid testamentary contracts would be contrary to ratio legis and the principle of favor testamenti. Although Article 557 of Turkish Civil Code No. 4721 regulates that annulment of the testamentary contract may be sued in case of the legator’s incapacity; according to Article 558, this suit may only be filed after the legator’s death by those who have an interest in the annulment of the testamentary contract. There is

no clear regulation on how the legator, who did not have capacity at the time of the testamentary contract concluded, may claim the right of annulment ante mortem. As the testamentary contract is a type of contract, in case there is a legal gap in the provisions regarding inheritance law, the rules of law of obligation may be applicable in fulfilling such gaps. Therefore, we argue that as in comparative law the rules of law of obligation shall be applicable according to Art. 5 of Turkish Civil Code until the legator deceases and the testamentary contract shall be subject to sanction of invalidity.

Keywords: *Testamentary contract, will, disposition mortis causa, incapacity, action for annulment, defects in consent, favor testamenti, invalidity*

Giriş

Türk Medeni Hukuku'na göre, mirasbırakanın ölümünden sonra miras sözleşmesinin iptali için bir dava açılmadığı ve bu dava sonucunda yenilik doğuran bir iptal kararı verilmediği sürece, miras bırakanın fiil ehliyeti olmaksızın yaptığı miras sözleşmesi, kural olarak mirasbırakanın ölümünden sonra geçerli bir miras sözleşmesi gibi hükümlerini doğurmaktadır. TMK m. 557/(bent) b.1'de mirasbırakanın ehliyetsizliği halinde işlemin iptali için dava açılabilmesine yönelik düzenleme bulunsa da, bu dava, tasarrufun iptalinde menfaati bulunanlar tarafından ve mirasbırakan öldükten sonra açılmaktadır (TMK m. 558/f. I, 559/f. I). Ancak, miras sözleşmesi yaparken ehliyetsiz olan mirasbırakanın, bunu sağlığında ileri sürme hususundaki menfaatini de hukuken korumak gerekir. Çalışmamızda, mirasbırakanın söz konusu menfaatini ne şekilde koruyabileceği, eş deyişle, bu hükümsüzlüğü ileri sürüp süremeyeceği hususu incelenmiş olup, Medeni Kanunumuzda açıkça düzenlenmeyen bu konu, İsviçre ve Alman hukuku ile karşılaştırmalı olarak ele alınmıştır.

1. Genel Olarak Miras Sözleşmesi

İki taraflı bir hukuki işlem olan miras sözleşmesi¹, mirasbırakanın, mirasçısı veya üçüncü bir kişiyle yaptığı şekli anlamda bir ölüme bağlı tasarruftur.² Dar anlamda miras sözleşmesinin konusunu, mirasbırakanın terekesi oluşturur.³ Miras sözleşmesinin varlığından bahsedebilmek için,

-
- ¹ Necip Kocayusufoğlu, *Miras Hukuku*, 3. Bası, İstanbul 1987, sayfa (s.) 128; M. Kemal Oğuzman, *Miras Hukuku Dersleri*, İstanbul 1972, s. 97; Bilge Öztan, *Miras Hukuku*, 11. Bası, Ankara 2020, s. 241; Mustafa Dural/Turgut Öz, *Türk Özel Hukuku, Cilt IV, Miras Hukuku*, Onbirinci Bası, İstanbul 2017, s. 99; Mehmet Ayan, *Miras Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, Ankara 2020, s. 110, 135; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, Genişletilmiş 11. Bası, Ankara 2021, s. 127; Zehit İmre/Hasan Erman, *Miras Hukuku*, 15. Basım, İstanbul 2021, s. 181,185; Fikret Eren, *Türk Medeni Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davası*, Ankara 1966, s. 6; Banu Atlı, *Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü ve Hükümden Düşmesi*, Ankara 2017, s. 32; Hasan Çiftçi, *Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali*, Ankara 2020, s. 110. Ayrıca bakınız (bkz.) dipnot (dn.) 31'e ait paragraftaki açıklamalar.
- ² Ayan, s. 135; Ömer Uğur Gençcan, *Miras Hukuku*, Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara 2021, s. 478. Şekli anlamda ölüme bağlı tasarruf kavramı ve bu konuya ilişkin olarak ayrıca bkz. 2. "Miras Sözleşmesi ile Vasiyetname Arasındaki Farklılıklar" başlığı altında yapılan açıklamalar
- ³ Öztan, s. 242, 245; Osman Gökhan Antalya/İpek Sağlam, *Miras Hukuku (Marmara Hukuk Yorumu)*, Cilt III, Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara 2019, s. 186; Öz Seçer, "Miras Sözleşmesinden Tek Taraflı Dönme", *Türkiye Barolar Birliği (TBB) Dergisi*, Nisan 2014, Sayı (S): 111, 37-60, s. 38; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 26. Baskı, Ankara 2021, s. 177, 178; Peter Weimar, *Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Band III, 1. Abteilung: Die Erben, 1. Teilband: Die gesetzlichen Erben, Die Verfügungen von Todes wegen, 1. Teil: Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen*, Art. 457-516 [Zivilgesetzbuch (İsviçre Medeni Kanunu)] ZGB, Bern 2009, Vorbemerkung (Vorbem). vor Artikel (Art.) 494 N.1, 2; Stephanie Hrubesch-Millauer, "Die (Un-)Vereinbarkeit von Schenkungen mit einem positiven Erbvertrag- eine methodische Betrachtung", *successio*, Heft 3, 2008, 205-224, s. 212.

yapılan sözleşmenin en az bir adet bağlayıcı ölüme bağlı tasarrufu içermesi gerekmektedir.⁴ Ancak miras sözleşmesinin, bağlayıcı olmayan ölüme bağlı tasarrufları (vasiyeti yerine getirme görevlisi atama gibi) içermesi mümkün olduğu gibi,⁵ ivazlı olarak akdedilmesi halinde,⁶ sağlararası bir borcu içermesi de mümkün olabilmektedir. Bu gibi hallerde, geniş anlamda miras sözleşmesinin varlığından bahsedilmektedir.⁷

⁴ Öztan, s. 243; Fikret Eren/İpek Yücer Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, 3. Baskı, Ankara 2020, s. 182; Gottfried Müller, *Die Ungültigkeitsklage bei den Verfügungen von Todes wegen*, Zürich 1929, s. 44. Sadece bağlayıcı olmayan maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflardan oluşan bir miras sözleşmesinin yapılamayacağı; ancak böyle bir miras sözleşmesinin, tarafların iradesi göz önünde bulundurularak tahvil yoluyla resmi vasiyetname olarak ayakta tutulabileceği yönünde bkz. Dural/Öz, s.141.

⁵ Weimar, *Berner Kommentar*, Vorbem. vor Art. 494 [Nummer (Kenar Numarası)] (N.) 1, 4, 8; Köksal Kocağa, "Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisinin Hukuki Niteliği", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt (C): 6, 2002, 55-82, s. 59; Dural/Öz, s. 140, 141. Alman hukukunun aksine, İsviçre-Türk hukukunda, miras sözleşmesinin konusu olabilecek ölüme bağlı tasarruflar yönünden bir sınırlama olmadığı ve eski MK m. 474 dışındaki, nitelikleri gereği bağlayıcı olmamaları gereken tüm tasarrufların miras sözleşmesinin bağlayıcı içeriğine dahil olacağı yönünde bkz. Mustafa Dural, *Miras Sözleşmeleri*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980, s. 109. Miras sözleşmesinin sağlararası tasarrufları içermeyeceği yönünde bkz. Eren/Aktürk, s. 182; Rona Serozan/Baki İlkay Engin, *Miras Hukuku*, Güncellenmiş 7. Baskı, Ankara 2021, s. 258. Vasiyeti yerine getirme görevlisi atama dışında her türlü ölüme bağlı tasarrufun miras sözleşmesine konu olabileceği yönünde bkz. Weimar, *Berner Kommentar*, Vorbem. vor Art. 494 N. 2. Mirastan feragat sözleşmesi, ölünceye kadar bakma sözleşmesi ve tenfizi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlamalar yalnızca miras sözleşmesi yoluyla yapılabilen tasarruflar olup, bu tasarrufların hukukî nitelikleri gereği bağlayıcı, sözleşmesel tasarruflar olması nedeniyle, bunlardan tek tarafı olarak dönülmesinin mümkün olmadığı yönünde bkz. Sekine Derya, Yakupoğlu, "Olumlu Miras Sözleşmesinin Bağlayıcılığı", *TBB Dergisi*, Mayıs 2018, S:136, 225-262 s. 232, 233.

⁶ İvazlı miras sözleşmesi hakkında bkz. "4.2 İvazlı – İvazsız Miras Sözleşmeleri" başlığı altındaki açıklamalar.

⁷ Weimar, *Berner Kommentar*, Vorbem. vor Art. 494 N. 1, 4 vd. (ve devamı/ve devamında)

Doktrinde miras sözleşmesi şu şekilde tanımlanmıştır: “*mirasbırakan ile karşı taraf arasında yapılan öyle bir iki taraflı ölüme bağlı tasarruftur ki, bununla taraflardan en az biri, yani mirasbırakan, bağlayıcı olarak ya kendi terekesi üzerinde maddi anlamda bir ölüme bağlı tasarrufta bulunur ya da karşı tarafın kendi terekesi üzerinde ileride doğacak olan mirasçılık hakkından vazgeçmesini (feragat etmesini) sağlar*”.⁸ Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, miras sözleşmesinin bir tarafı mirasbırakan olup; karşı tarafı ise, atanmış mirasçı, vasiyet alacaklısı, kendisine yükümlülük yüklenen kişi veya mirastan feragat eden kişi olabilmektedir.⁹

Türk Medeni Kanunu’nda “Miras Sözleşmeleri” başlığı altında yer alan ilk madde TMK m. 527 olup, ilgili hüküm: “*Mirasbırakan, miras sözleşmesiyle mirasını veya belirli malını sözleşme yaptığı kimseye ya da üçüncü bir kişiye bırakma yükümlülüğü altına girebilir*” şeklinde bir düzenleme içermektedir. Bu bağlamda, ilk sırada mirasbırakanın mirasının tamamını veya kesirli bir bölümünü ya da belli bir malını sözleşmenin karşı tarafına bırakma yükümlülüğü altına girdiği miras sözleşmelerinden bahsetmek gerekir.¹⁰ Burada miras sözleşmesi ile mirasbırakan, bir ya da birden fazla kişiye ölümünden sonra hüküm doğuracak tasarruflarda bulunabilmekte ve miras sözleşmesi ile mirasbırakanın ölümünden sonra bu kişi ya da kişiler bir hak kazanabilmektedir.¹¹ Örneğin, miras sözleşmesi ile mirasbırakan, bir kişiyi mirasçı olarak atayabileceği gibi; bir diğerini vasiyet alacaklısı kılabilir. İşte bu içerikteki sözleşmelere, doktrinde, *olumlu (müspet) miras sözleşmesi* adı verilmektedir.¹² TMK m. 527 çerçevesinde akdedilen olumlu miras sözleşmesinin konusunu, mirasçı atama iş-

⁸ Dural/Öz, s. 99.

⁹ Öztan, s. 242; Dural/Öz, s. 100, 101.

¹⁰ Dilşad Keskin/Huriye Reyhan Demircioğlu, *Medeni Hukuk-II (Eşya Hukuku- Miras Hukuku)*, 2018, s. 218.

¹¹ Öztan, s. 241; Oğuzman, s. 132.

¹² Kocayusufpaşaoğlu, s. 128; Öztan, s. 242; Eren/Aktürk, s. 182; Serozan/Engin, s. 248, 249; Ali Naim İnan/Şeref Ertaş/Hakan Albaş, *Türk Medeni Hukuku, Miras Hukuku*, 10. Baskı, Ankara 2019, s. 280; Oğuzman, s. 132; İmre/Erman, s. 181; Hasan İşgüzar/Mehmet Demir/Süleyman Yılmaz, *Miras Hukuku*, Ankara 2019, s. 75; Ayan, s. 135, 136; Antalya/Sağlam, s. 275; Gençcan, s. 478; Keskin/Demir-

lemi oluşturuyor ise, kendisi lehine ölüme bağlı tasarruf yapılan kişi, mirasbırakanın ölümüyle kendiliğinden mirasçı sıfatını kazanacaktır.¹³ Zira burada mirasbırakan, sözleşmenin karşı tarafını terekesinin tamamı ya da kesirli bir kısmı için mirasçı olarak tayin etmektedir.¹⁴ Olumlu miras sözleşmesinin konusunu, vasiyet oluşturuyorsa, lehine vasiyette bulunulan kişi, mirasbırakanın ölümüyle vasiyet edilen şey üzerinde doğrudan hak kazanmayacak; vasiyet borcunun yerine getirilmesine yönelik bir alacak hakkı¹⁵ elde edecektir (TMK m. 600). Zira burada mirasbırakan, sözleşmenin karşı tarafı lehine bir mal ya da malvarlığı değerini kapsayan bir kazandırmada bulunmaktadır.¹⁶

Doktrinde, olumlu miras sözleşmesinin konusunun sadece TMK m. 527’de belirtilen ölüme bağlı tasarruflar ile sınırlı olmadığı, mirasbırakanın bir yüklenme sözleşmesi yapabileceği, sözleşme ile mirasın paylaşılmasını öngörebileceği ya da vakıf kurabileceği de ifade edilmektedir.¹⁷

cioğlu, s. 218; Seçer, s. 38; Süleyman Yılmaz, *Medeni Hukuk, Cilt IV-Miras Hukuku*, Ankara 2022, s. 88; Atlı, s. 32, 33; Çiftçi, s. 116. *Antalya/Sağlam*, olumlu miras sözleşmesini, dar anlamda miras sözleşmesi olarak da ifade etmiş; geniş anlamda kullanıldığı zaman ise, miras sözleşmesinin hem olumlu hem olumsuz içeriğe sahip olduğunu kabul etmiştir (*Antalya/Sağlam*, s. 187, 188, 189). Olumlu miras sözleşmesi hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Umut Ozan Erginer, “Olumlu Miras Sözleşmesine Kısa Bakış”, *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 5, S: 10, Aralık 2017, s. 89-116.

¹³ Ayan, s. 139. Ancak burada, mirasçı atanan kimsenin mirasçı olmasına engel bir sebebin bulunmaması gerektiğine de dikkat çekmekte fayda vardır. Miras sözleşmesi kurulduktan sonra mirastan yoksunluk sebeplerinden biri gerçekleşmişse (TMK m. 578) ya da mirasçı atanan kimse, mirasbırakandan önce ölmüşse [TMK m. 580/fıkra (f.) I], artık bu kişinin mirasçı sıfatını kazanması mümkün olmayacaktır.

¹⁴ Dural/Öz, s. 100.

¹⁵ Vasiyet alacaklıları, bu alacaklarını vasiyet borçlularına karşı ileri sürebilirler. Bu alacak hakkı, ölümle doğar ve vasiyet borçlusunun mirası kabul etmesi veya mirası ret süresinin sona ermesiyle muaccel hale gelir (TMK m. 600/f. II). Vasiyet alacaklısı mirasbırakanın cüzi halefidir ve bu nedenle mirasbırakanın borçlarından da sorumlu değildir.

¹⁶ Bkz. Dural/Öz, s. 100.

¹⁷ Öztan, s. 245. Ayrıca bkz. Eren/Aktürk, s. 182; Serozan/Engin, s. 251 vd.; Antalya/Sağlam, s. 186; İnan/Ertas/Albaş, s. 280; Yakupoğlu, s. 231. Mirasçı atama

Olumlu miras sözleşmesinin içeriğini, üçüncü kişi yararına miras sözleşmesinin oluşturabileceği hususu ise, tartışmasızdır. Başka bir deyişle, mirasbırakan ve sözleşmenin karşı tarafı olumlu miras sözleşmesi ile üçüncü kişi lehine de bir tasarrufta bulunulabileceğini kararlaştırabilir ve üçüncü kişi mirasçı olarak atanabilir ya da vasiyet alacaklısı olabilir.¹⁸ O halde, olumlu miras sözleşmelerinin bir diğer türü olarak, mirasbırakanın mirasını ya da belli bir malını üçüncü bir kişiye bırakma yükümlülüğü altına girdiği (TMK m. 527) *üçüncü kişi yararına miras sözleşmelerinden bahsedilmelidir.*

ve belirli mal vasiyeti dışındaki ölüme bağlı tasarrufların olumlu miras sözleşmesine konu olup olmayacakları meselesi doktrinde tartışmalıdır. Bizim de kattığımız baskın görüş, TMK m. 527’de sayılmayan ve niteliği gereği bağlayıcı olmayan (vasiyeti yerine getirme görevlisi atama, vakıf kurma gibi) tüm maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufların miras sözleşmesi ile yapılabileceğini savunmaktadır. Dolayısıyla, mirasçı atama ve vasiyet dışındaki ölüme bağlı tasarruflar miras sözleşmesinin bağlayıcı olmayan içeriğini oluşturacağı için, mirasbırakan bu tasarruflarından tıpkı vasiyetname ile yapılmış gibi her zaman serbestçe dönebilecektir (aynı yönde bkz. Kocaağa, s. 59; Dural/Öz, s. 140, 141). Vasiyeti yerine getirme görevlisinin miras sözleşmesiyle atanmasına ilişkin aynı yönde bkz. Dural/Öz, s. 185; Kocayusufpaşaoğlu, s. 295. Vasiyeti yerine getirme görevlisinin miras sözleşmesiyle atanamayacağı, yalnız vasiyet yoluyla ve yalnız miras sözleşmesi yoluyla yapılabilecek tasarruflar için ayrıca bkz. Eren, (İptal), s. 8, 9, 10. Vasiyeti yerine getirme görevlisinin miras sözleşmesiyle atanamayacağı ancak miras sözleşmesiyle atanmış ise, bu durumda bunun, vasiyetname ile yapılmış ve bu nedenle mirasbırakan tarafından her zaman serbestçe geri alınabilecek bir ölüme bağlı tasarruf gibi yorumlanabileceği yönünde bkz. Hans Rainer Künzle, *Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Band III, 1. Abteilung: Die Erben, 2. Teilband: Die Verfügungen von Todes wegen, 2. Teil: Die Willensvollstrecker*, Art. 517-518 ZGB, Bern 2011, Art. 517-518 ZGB N. 18; Oğuzman s. 132, 163. Vasiyeti yerine getirme görevlisi atama dışında her türlü ölüme bağlı tasarrufun miras sözleşmesine konu olabileceği yönünde bkz. Weimar, *Berner Kommentar*, Vorbem. Vor Art. 494 N. 2, 8. Vasiyeti yerine getirme görevlisinin hukuki niteliği hakkında ise, ayrıca bkz. Tuğçe Tekben, *Vekâlet İlişkilerinde Vekâlet Verenin Talimatı ve Hukuki Sonuçları*, İstanbul 2021, s. 337 vd.

¹⁸ Dural/Öz, s. 100, 101; Öztan, s. 246; Kocayusufpaşaoğlu, s. 128; Serozan/Engin, s. 248, 249; Eren/Aktürk, s. 57; Oğuzman, s. 132; Antalya/Sağlam, s. 188, 189; Eren, (İptal), s. 6; Yakupoğlu, s. 227; Yılmaz, s. 89; Atlı, s. 33; Çiftçi, s. 118; Gençcan, s. 158.

Mirasbırakanın, ileride mirasçı olacağı muhtemel olan kişi (müstakbel yasal mirasçı) ile miras sözleşmesi yaparak onun mirasçılığını engellediği, mirasçıların kendilerine kalacak olan mirastan ivazlı ya da ivazsız olarak kısmen veya tamamen feragat etmekte olduğu durumlarda ise,¹⁹ miras sözleşmesi, “*mirastan feragat sözleşmesi*” olarak isimlendirilmektedir. Doktrinde bu sözleşme, “*olumsuz (menfi) miras sözleşmesi*” olarak da adlandırılmaktadır.²⁰ Mirastan feragat sözleşmesi başlığını taşıyan TMK m. 528’e göre: “*Mirasbırakan, bir mirasçısı ile karşılıksız veya bir karşılık sağlanarak mirastan feragat sözleşmesi yapabilir. (II) Feragat eden, mirasçılık sıfatını kaybeder. (III) Bir karşılık sağlanarak mirastan feragat, sözleşmede aksi öngörülmedikçe feragat edenin altsoyu için de sonuç doğurur.*” Söz konusu hükümden de açıkça anlaşılacağı üzere, mirastan feragat sözleşmesinde, sadece mirastan tamamen feragat eden kişi, mirasçılık hakkını ve sıfatını kaybetmektedir.²¹ Ancak, kısmi feragat halinde, feragat eden mirasçının

¹⁹ Kocayusufpaşaoğlu, s. 128, 300, 301; Dural/Öz, s. 195; Kılıçoğlu, s. 151, 152; Hüseyin Hatemi, *Miras Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 9. Bası, İstanbul 2021, s. 109; Antalya/Sağlam, s. 189; İnan/Ertas/Albaş, s. 284; Ayan, s. 136; Oğuzman, s. 135; Gençcan, s. 481; İşgüzar/Demir/Yılmaz, s. 75; Keskin/Demircioğlu, s. 218; Seçer, s. 38; Hakan Albaş, “Mirastan Feragat Sözleşmesi ve Hükümlerine İlişkin Bazı Sorunlar”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Özel Sayı, 2007, Cilt: 9, 535-552, s. 535; İmre/Erman, s. 181; Yılmaz, s. 88; Atlı, s. 33; Çiftçi, s. 117. Mirastan feragat sözleşmesinin hukuki niteliği konusunda ayrıca bkz. Albaş, s. 543 vd.

²⁰ Kocayusufpaşaoğlu, s. 128, 129; Öztan, s. 242; Eren/Aktürk, s. 183 vd.; Serozan/Engin, s. 248, 249; Oğuzman, s. 135; İşgüzar/Demir/Yılmaz, s. 75; Kılıçoğlu, s. 151 vd.; İmre/Erman, s. 181; Ayan, s. 136; İnan/Ertas/Albaş, s. 284; Gençcan, s. 481; Antalya/Sağlam, s. 189; Keskin/Demircioğlu, s. 218; Eren, s. 177; Seçer, s. 38; Yılmaz, s. 88; Atlı, s. 33; Çiftçi, s. 117; Sendi Yakuppur, “Yargı Kararları Işığında Mirastan Feragat Sözleşmesine İlişkin Değerlendirmeler”, *Yargıtay Kararları Işığında Güncel Medeni Hukuk Problemleri Sempozyumu Bildiri Özetleri*, Kasım 2018, 79-81, s. 79. Mirastan feragat sözleşmesi, bugün de geçerliliğini korumakta olan, 11. 02. 1959 tarihli ve E. 16, K. 14 numaralı bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile miras sözleşmesinin bir türü olarak kabul edilmiştir [...“*Netice; mirastan feragat mukavelesinin bütün miras mukaveleleri gibi resmî vasiyet şeklinde yapılmasının gerektiğine 11/2/1959 da ittifakla karar verildi.*”.] Karar için bkz. RG. 10223, T. 05.06. 1959. Mirastan feragat sözleşmesi hakkında yargı kararlarına ilişkin değerlendirmeler için, ayrıca bkz. Yakuppur, s. 79, 80, 81.

²¹ Kocayusufpaşaoğlu, s. 301; Ayan, s. 139; İnan/Ertas/Albaş, s. 284; Albaş, s.535, 536; Yılmaz, s. 95. Ayrıca bkz. İmre/Erman, s. 182.

ya sadece miras payında azalma olduğunu ya da saklı payın korunmasından yararlanamayacağını ve bu durumun mirasçılık sıfatı üzerinde olumsuz bir etkisi bulunmadığını eklemek gerekir.²²

Mirastan feragat sözleşmesinde “feragat eden”, aslında sahip olduğu bir şeyden feragat etmemekte, beklenen (muntazar) bir haktan;²³ müstakbel ve muhtemel miras hakkından feragat etmektedir.²⁴ Zira mirastan feragat edenin, ileride mirasçı olup olmayacağı mirasbırakan ölene kadar belli değildir. Bu nedenle mirastan feragat sözleşmesinde, mirastan feragat eden değil, mirasbırakanın (feragat ettirenin)²⁵ ölümüne bağlı tasarrufta bulunduğu kabul edilir.²⁶ Mirastan feragat sözleşmesinde, karşı taraf (feragat eden) ise, mirasbırakan tarafından, miras payının elinden alınması suretiyle yapılan ölümüne bağlı tasarrufa sadece rıza göstermektedir.²⁷

Çalışmamızın ilerleyen sayfalarında, ölümüne bağlı tasarruflarda ehliyete ilişkin yaptığımız açıklamalar, olumsuz miras sözleşmesi olan mirastan feragat sözleşmesi için de genel olarak geçerli olup,²⁸ sadece

²² Kocayusufpaşaoğlu, s. 301; Albaş, s. 535, 536; Peter Tuor, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, III. Band: Das Erbrecht, Erste Abteilung: Die Erben (Art. 457-536)*, 2. Auflage, Bern 1952, Art. 495 N. 7, 8; Arnold Escher, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, III. Band: Erbrecht, Erste Abteilung: Die Erben (Art. 457-536)*, 3. Auflage, Zürich 1959, Art. 495 N. 2.

²³ Bkz. Öztan, s. 254; Oğuzman, s. 135; Eren/Aktürk, s. 183; Dural/Öz, s. 195; Antalya/Sağlam, s. 187; Seçer, s. 38; Albaş, s. 537; İmre/Erman, s. 197; Yılmaz, s. 93; Escher, Art. 468 N. 1. Ayrıca bkz. İnan/Ertaş/Albaş, s. 284. Kocayusufpaşaoğlu’na göre, “burada feragatin konusu henüz mevcut bulunmayan miras hakkı değil, bu hakla ilgili bir bekleme durumudur” (Kocayusufpaşaoğlu, s. 128). Serozan/Engin’e göre, mirastan feragate, “[...] gelecekte varlığı ve kapsamı henüz belli olmayan bir ‘mirası kazanma umudunun peşinen gözden çıkarılması’ gözüyle de bakılabilir” (Serozan/Engin, s. 392). Albaş’a göre ise, “feragat sözleşmesinin yapılmasıyla mirastan feragat eden mirasçı, miras hakkını değil, mirasçılığın kazanılmasına ilişkin beklentisini kaybetmektedir” (Albaş, s. 537).

²⁴ Weimar, *Berner Kommentar*, Einleitung (Einl.) vor Art. 467 N. 12.

²⁵ Dural/Öz, s. 103.

²⁶ Weimar, *Berner Kommentar*, Einl. vor Art. 467 N. 12; Dural/Öz, s. 196; İmre/Erman, s. 196; Yakuppur, s. 80; Albaş, s. 543.

²⁷ Weimar, *Berner Kommentar*, Einl. vor Art. 467 N. 12.

²⁸ Weimar, *Berner Kommentar*, Art. 468 N. 2.

özellik arz eden durumlarda mirastan feragat sözleşmesine ayrıca temas edilecektir.

2. Miras Sözleşmesi İle Vasiyetname Arasındaki Farklılıklar

Mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufla iradesini hangi şekil ve biçimde açığa vurması gerektiğini²⁹ ya da ölüme bağlı tasarrufa ilişkin irade beyanında bulunurken seçtiği şekli ve kalıbı ifade eden *şeklî anlamda ölüme bağlı tasarruf* kavramına dâhil olan hukuki işlemler, kanunda sınırlı sayıda (*numerus clausus*) gösterilmiş olup, bunlar vasiyetname ve miras sözleşmesidir.³⁰

Şeklî anlamda ölüme bağlı tasarruf çatısı altında yer alan bu iki hukuki işlem arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır. Miras sözleşmesi ile vasiyetname karşılaştırıldığı zaman, öncelikle, miras sözleşmesinin bir sözleşme olması nedeniyle, sadece mirasbırakanın değil sözleşmeyi oluşturan tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanında bulunmasının zorunlu olduğu ifade edilmelidir.³¹ Miras sözleşmesinin geçerli olması için, tarafların aynı anda resmi memurun önünde hazır olması,³² istek ve arzularını memura ard arda (işlemden birlik prensibine uygun bir

²⁹ Antalya/Sağlam, s. 157. Ayrıca bkz. Oğuzman, s. 96, 97; İmre/Erman, s. 55.

³⁰ Kocayusufpaşaoğlu, s. 127; Oğuzman, s. 97; Ayan, s. 110; İşgüzar/Demir/Yılmaz, s. 36, 37; Eren/Aktürk, s. 2, 107; Öztan, s. 174, 175; İmre/Erman, s. 55; Kılıçoğlu, s. 101 vd.; Serozan/Engin, s. 244; Eren/Aktürk, s. 56; Antalya/Sağlam, s. 147; Gençcan, s. 156; Dural/Öz, s. 52, 53, 61; Atlı, s. 23, 24; Çiftçi, s. 27, 28; Keskin/Demircioğlu, s. 210; Yakupoğlu, s. 229, 230. Ölüme bağlı tasarruflarda tip mecburiyeti ve dolayısıyla sınırlı sayı ilkesi ilkesinin mevcut olduğu yönünde bkz. Eren, s. 177. Alman hukukunda şeklî anlamda bir ölüme bağlı tasarruf türü olarak kabul edilen ortak vasiyetname (*gemeinschaftliches Testament*), Alman Medenî Kanunu m. 2265 [Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) § 2265] Türk- İsviçre hukukunda kabul edilmemiştir (bkz. Yakupoğlu, s. 230).

³¹ Ayan, s. 110, 135; Kılıçoğlu, s. 95, 127, 128; Öztan, s. 176; Serozan/Engin, s. 244; Eren/Aktürk, s. 57; İmre/Erman, s. 181; İşgüzar/Demir/Yılmaz, s. 37; Dural/Öz, s. 100; Antalya/Sağlam, s. 186, 274; İnan/Ertas/Albaş, s. 163; Keskin/Demircioğlu, s. 217; Gençcan, s. 158; Yılmaz, s. 88; Atlı, s. 32; Çiftçi, s. 110; Hrubesch-Millauer, *successio* 2008, s. 212.

³² Sadece ölüme bağlı tasarrufta bulunmayan taraf açısından temsilin geçerli olduğu yönünde bkz. Öztan, s. 243, 244; Kocayusufpaşaoğlu, s. 228; İşgüzar/Demir/Yılmaz, s. 77.

şekilde) sözlü ya da yazılı olarak bildirmesi ve hazırlanan sözleşmenin okunmak üzere³³ taraflara verildikten sonra, memur ile iki tanığın önünde taraflarca imzalanması da şarttır.³⁴ Konuyu düzenleyen, TMK m. 545 hükmü: “*Miras sözleşmesinin geçerli olması için resmî vasiyetname şeklinde düzenlenmesi gerekir. Sözleşmenin tarafları, arzularını resmî memura aynı zamanda bildirirler ve düzenlenen sözleşmeyi memurun ve iki tanığın önünde imzalarlar*” şeklindedir. Vasiyetname ise, bir sözleşme olmayıp, yöneltmesi/varması gerekmeyen bir irade beyanı ile kurulan tek taraflı bir hukuki işlemdir.³⁵ Vasiyetnamenin hükümlerini doğurabilmesi için sadece mirasbırakanın irade beyanı gerekli ve yeterli olup,³⁶ lehine tasarrufta bulunulan kişinin/kişilerin işlemi kabulüne ve hatta işleminden haberdar olmalarına bile gerek yoktur.³⁷ Miras sözleşmesinin resmi şekilde yapılması zorunlu olsa da (TMK m. 545), vasiyetnamenin el yazılı, resmi ve olağanüstü hallerde ise sözlü şekilde yapılması mümkündür.³⁸

Şeklî anlamda ölüme bağlı tasarrufların hükümlerini doğurması noktasında sözünü ettiğimiz bu farklılıklara paralel olarak, sona ermeleri konusunda da bir ayırım bulunmaktadır. Miras sözleşmesi, kural olarak, ancak tarafların anlaşmasıyla sona erdirilebilmektedir (TMK m. 546/f. I).³⁹

³³ Ancak, TMK m. 545/f. I hükmünün de yollamasıyla, miras sözleşmesinin vasiyetname gibi okunmadan ve imzalanmadan düzenlenmesi de mümkündür (TMK m. 535).

³⁴ Öztan, s. 243; Kocayusufpaşaoğlu, s. 228; Gençcan, s. 452, 453; Ayan, s. 138; Eren/Aktürk, s. 128, 129; Antalya/Sağlam, s. 190; Serozan/Engin, s. 317; İnan/Ertaş/Albaş, s. 205, 206.

³⁵ Kocayusufpaşaoğlu, s. 127; Dural/Öz, s. 53, 100; Serozan/Engin, s. 244, 246; Kılıçoğlu, s. 95; Eren/Aktürk, s. 57; Oğuzman, s. 96; Antalya/Sağlam, s. 158, 159, 274; İmre/Erman, s. 56; Keskin/Demircioğlu, s. 211; İnan/Ertaş/Albaş, s. 163; Yakupoğlu, s. 230. Ayrıca bkz. Gençcan, s. 157.

³⁶ Ayan, s. 110; Kılıçoğlu, s. 101; Keskin/Demircioğlu, s. 211; Öztan, s. 176. Bkz. Eren/Aktürk, s. 57; İmre/Erman, s. 56; Gençcan, s. 157.

³⁷ Öztan, s. 175, 176.

³⁸ Dural/Öz, s. 100; Antalya/Sağlam, s. 187; Kılıçoğlu, s. 94, 95; İmre/Erman, s. 56. Bkz. TMK m. 531: “*Vasiyet, resmî şekilde veya mirasbırakanın el yazısı ile ya da sözlü olarak yapılabilir*” şeklindedir.

³⁹ Kocayusufpaşaoğlu, s. 127, 242; Öztan, s. 175, 176, 243; Ayan, s. 135, 139; Kılıçoğlu, s. 95, 130; Dural/Öz, s. 53, 100; Antalya/Sağlam, s. 187, 274; Serozan/Engin, s. 247; Eren/Aktürk, s. 57; İnan/Ertaş/Albaş, s. 164, 207; İmre/Erman, s. 56;

Ancak, bazı hallerde sözleşmenin tek taraflı irade beyanıyla da ortadan kaldırılması (TMK m. 546/f. II, m. 547) mümkün olup, bazı hallerde ise, sözleşme kendiliğinden sona ermektedir (TMK m. 548).⁴⁰ Vasiyetname ise, ölümün gerçekleştiği ana kadar her zaman tek taraflı irade beyanıyla serbestçe⁴¹ ortadan kaldırılabilir (TMK m. 542 vd.). Miras sözleşmesi, vasiyetnamenin tersine, sözleşme niteliğinde⁴² iki taraflı bir hukuki işlem olduğu için, sözleşmenin her iki tarafı açısından da kurulduğu andan itibaren bağlayıcı bir niteliği haizdir.⁴³ Ancak tek taraflı (bağlayıcı olmayan) hukuki işlemlerden sayılan vakıf kurma, vasiyeti yerine getirme görevlisi tayin etme gibi işlemler de miras sözleşmesinin içeriğini oluşturabilir ve mirasbırakan bunlardan her zaman tek taraflı olarak dönebilir.⁴⁴

Gençcan, s. 158, 454 vd.; Keskin/Demircioğlu, s. 219; Sezer Çabri, *Miras Hukuku Şerhi*, Cilt I, İstanbul 2018, s. 158.

⁴⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Ayan, s. 140, 141; Kılıçoğlu, s. 130, vd.; Kocayusufpaşaoğlu, s. 243, 244; Gençcan, s. 454 vd.; İsgüzar/Demir/Yılmaz, s. 78 vd.; İnan/Ertaş/Albaş, s. 207 vd.; Yılmaz, s. 90, 91, 92; Keskin/Demircioğlu, s. 220; İmre/Erman, s. 190 vd. Miras sözleşmesinden dönme konusunda detaylı bilgi için ayrıca bkz. Seçer, s. 39 vd.

⁴¹ Kocayusufpaşaoğlu, s. 127; Dural/Öz, s. 100; Serozan/Engin, s. 246, 283, 433; Oğuzman, s. 97; Antalya/Sağlam, s. 157, 158, 159, 274; Eren/Aktürk, s. 57; İmre/Erman, s. 56. Ayrıca bkz. Gençcan, s. 157.

⁴² TBK m. 1'de yer alan sözleşme kavramının, sadece borç sözleşmelerini değil, prensip olarak eşya, miras, kişiler ve aile hukukuna ilişkin sözleşmeleri de kapsadığı ve miras sözleşmesinin miras hukuku sözleşmelerine örnek gösterilebileceği yönünde bkz. Eren, s. 210, 217. Aynı yönde bkz. M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt- I, Güncellenip Genişletilmiş 9. Bası, İstanbul 2021, s. 47; Mustafa Dural/Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku Cilt I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri*, İstanbul 2021, s. 207.

⁴³ Eren/Aktürk, s. 182; Öztan, s. 175; Antalya/Sağlam, s. 158, 274; Serozan/Engin, s. 283.

⁴⁴ Kocaağa, s. 59; Dural/Öz, s. 140, 141; Eren/Aktürk, s. 182; Serozan/Engin, s. 251 vd.; Antalya/Sağlam, s. 186; İnan/Ertaş/Albaş, s. 280; Eren, s. 177. Bkz. yukarıda, dn. 17'de yapılan açıklamalar.

Miras sözleşmesi ile vasiyetname arasındaki diğer bir farklılık ise, işlem ehliyeti noktasında görülür.⁴⁵ TMK m. 502 uyarınca geçerli bir vasiyetname yapabilmek için ayırt etme gücüne sahip olmak ve 15 yaşını doldurmuş olmak şarttır. Oysa, miras sözleşmesinin hüküm doğurması için ölüme bağlı tasarrufta bulunan kişinin tam fiil ehliyetine sahip olması gerekir (TMK m. 503).

Miras sözleşmesinde mirasbırakanın sağlığında mirasçıları ile mirasa ilişkin bazı meseleleri kesin olarak düzenleyebilmesi ve mirasçılardan karşı edim talep edebilmesi de, doktrinde, miras sözleşmesi ile vasiyetname arasında farklılık oluşturan diğer bir husus olarak gösterilmiştir.⁴⁶

3. Miras Sözleşmesi İle Borçlar Hukuku Sözleşmeleri Arasındaki Farklılıklar

Miras sözleşmesi, borçlar hukukunda olduğu gibi karşılıklı irade beyanlarının birbirine uygun olması ile meydana gelen sözleşme niteliğinde bir hukuki işlem olsa da, bir borçlar hukuku sözleşmesi değildir. Borçlar hukuku sözleşmelerinde, kişilerin malvarlığı üzerinde; miras söz-

⁴⁵ Bu konuda bkz. Dural/Öz, s. 99; Kocayusufpaşaoğlu, s. 135 vd.; Serozan/Engin, s. 265, 282, 283, 284; Antalya/Sağlam, s. 187, 211 vd.; Kılıçoğlu, s. 96; Eren/Aktürk, s. 62 vd.; İşgüzar/Demir/Yılmaz, s. 38 vd.; Kılıçoğlu, s. 102, 103, 129; Gençcan, s. 390, 391, 392; İnan/Ertaş/Albaş, s. 167-171; Keskin/Demircioğlu, s. 211, 217; Çiftçi, s. 167. Ölüme bağlı tasarruf yapma ehliyetinin hukuki niteliği ise, tartışmalıdır [bkz. Eren, s. 58, 59; Çiftçi, s. 157, 158; Eren, (İptal), s. 14, 15]. *Oğuzman*, her iki hükümde kanun tarafından öngörülen ehliyet, fiil ehliyeti olmakla beraber, ölüme bağlı tasarruflarda temsil yasağının bulunması nedeniyle, fiil ehliyeti olmayanların bu haktan yararlanamayacağı, dolayısıyla hak ehliyet-sizliğinden söz edileceğini ifade etmiştir (Oğuzman, s. 100). Mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruf yapma ehliyetinin olmadığı durumda, ölüme bağlı tasarruf yapma hakkının da olmadığı ve ne bizzat kendisinin ne de yasal temsilcisi aracılığıyla ölüme bağlı tasarruf yapamayacağı yönünde ayrıca bkz. Çiftçi, s. 158. Bu konuda ayrıca bkz. dn. 101'e ait paragraftaki açıklamalar.

⁴⁶ Öztan, s. 243. Bu düzenlemenin bir ihtiyaca karşılık verdiği yönünde bkz. Antalya/Sağlam, s. 187.

leşmesinde ise, kural olarak tereke üzerinde tasarrufta bulunmaktadır.⁴⁷ Bu bağlamda, miras sözleşmesi, kişilerin sağlığında etki ve sonuç doğuran borçlar hukuku sözleşmelerinden farklı olarak, kişi öldükten sonra hukuk dünyasında hüküm ve sonuçlarını doğurmakta olan ölüme bağlı bir tasarruftur.⁴⁸ Sağlararası hukuki işlemler borçlar hukuku, ölüme bağlı tasarruflar ise miras hukuku kurallarına bağlı olduğu için;⁴⁹ ölüm olgusu gerçekleşmeden, işlemin karşı tarafının ya da üçüncü kişinin sahip olduğu ve miras sözleşmesinin içeriğini oluşturan maddi anlamda ölüme bağlı tasarruftan doğan beklenen hakkın talep ya da dava edilmesi de mümkün değildir.⁵⁰

Borçlar hukuku sözleşmelerinde malvarlığına etki eden hukuki işlemlerden biri olan tasarruf (harcama) işlemi, mevcut bir hakka doğrudan etki eden, onu bir başkasına devreden ya da ortadan kaldıran işlem olarak ifade edilmekte olup,⁵¹ ölüme bağlı tasarruf deyişindeki tasarruf terimi ile

⁴⁷ Kocayusufpaşaoğlu, s. 125; Dural/Öz, s. 50; Öztan, s. 165, 177; Antalya/Sağlam, s. 151, 153; Keskin/Demircioğlu, s. 209; Eren, s. 177, 178; Albaş, s. 544; İmre/Erman, s. 55. Ancak, söz konusu kuralın istisnaları da bulunmaktadır. Örneğin, ivazlı mirastan feragat sözleşmesinde mirasbırakan sağlararası bir borç altına girmekte; ivazlı olumlu miras sözleşmelerinde ise, mirasbırakan ölüme bağlı bir tasarrufta bulunurken, karşı taraf bir sağlararası borç altına girmektedir. (İvazlı olumlu ve olumsuz miras sözleşmeleri hakkında ayrıca bkz. dn. 12 ve dn. 20'ye ait paragraflardaki ve "4.2 İvazlı – İvazsız Miras Sözleşmeleri" başlığı altındaki açıklamalar).

⁴⁸ Kocayusufpaşaoğlu, s. 125; İnan/Ertaş/Albaş, s. 280; Serozan/Engin, s. 239; Dural/Öz, s. 50; Öztan, s. 165; Kılıçoğlu, s. 95; Eren/Aktürk, s. 23; İmre/Erman, s. 53; Eren, (İptal), s. 3, 4, 5; Keskin/Demircioğlu, s. 209; İşgüzar/Demir/Yılmaz, s. 35, 36; Gençcan, s. 155; Dural/Sarı, s. 208. Aynı yönde bkz. Antalya/Sağlam, s. 151. Ancak, ölüme bağlı tasarrufları buna rağmen hayatta kalan kişiler arasında yapılan hukuki işlemlerden ayırt etmek her zaman çok basit değildir (bu konuda bkz. İnan/Ertaş/Albaş, s. 160; Keskin/Demircioğlu, s. 209, 210).

⁴⁹ Kılıçoğlu, s. 95; İşgüzar/Demir/Yılmaz, s. 35.

⁵⁰ Kılıçoğlu, s. 95; İmre/Erman, s. 54.

⁵¹ Tasarruf işlemi kavramı için bkz. Selahattin Sulhi Tekinay, *Medeni Hukuka Giriş Dersleri*, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İstanbul 1973, s. 96; Hüseyin Hatemi, *Medeni Hukuk'a Giriş*, 4. Bası, İstanbul 2010, s. 152; Rona Serozan, *Medeni Hukuk Genel Bölüm*, 2. Bası, İstanbul 2008, s. 303; M. Kemal Oğuzman/Nami Barlas,

ise, “*miras bırakanın ölümünden sonra hüküm ifade edecek her türlü emri*”⁵² kastedildiğini belirtmek yerinde olacaktır. Bu bağlamda, ölüme bağlı tasarruf, tam olarak malvarlığına etki eden işlemler grubunda yer alan bir borçlandırıcı işlem ya da tasarruf işlemi niteliğinde olmayıp, mirasbırakanın son dileklerini açıkladığı bir hukuki işlem olarak anlaşılmalıdır.⁵³

Olumlu miras sözleşmesi başlığını taşıyan TMK m. 527/f. I uyarınca, mirasbırakan miras sözleşmesi ile mirasını veya belirli malını sözleşme yaptığı kimseye ya da üçüncü bir kişiye bırakma yükümlülüğü altına girmekte ve bu sözleşmeyle kendisini bağlamakta olsa da, mirasbırakanın burada miras sözleşmesinin içeriğini oluşturan maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflarla sağlığında ifa etmek zorunda olduğu herhangi bir borç altına girmediğini de önemle belirtmek gerekir.⁵⁴ Bu husus da, miras sözleşmesinin (bazen her iki taraf için bazen de tek taraf için) borç doğuran borçlar hukuku sözleşmelerine göre farklılık arz eden bir noktasıdır.

Ölüme bağlı tasarrufta bulunanların, borçlar hukuku alanındaki hukuki işlemlerde geçerli olduğu biçimde ve ölçüde bir irade özgürlüğüne (serbestisine) ve bu özgürlüğün beraberinde getirdiği şekil özgürlüğüne sahip olmadığı da buraya eklenmelidir. Bu noktada, kişiler her ne kadar ölüme bağlı tasarrufta bulunabilmek ve mülkiyet hakkı ya da diğer

Medeni Hukuk, 22. Bası, İstanbul 2016, s. 184, 185,186; Mehmet Ayan, *Medeni Hukuka Giriş*, 4. Baskı, Konya 2007, s. 125; Eren, s. 181 vd.; Haluk Nami Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 18. Bası, İstanbul 2021, s. 41.

⁵² Dural/Öz, s. 50.

⁵³ Tasarruf teriminin burada teknik anlamda kullanılmadığı yönünde bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 126; Öztan, s. 165, 166. Tasarruf sözünün, hukuki işlemin karşılığı olarak kullanıldığı hakkında ayrıca bkz. Oğuzman, s. 96. Buradaki tasarruf sözcüğünün, hukuki işlem anlamında kullanıldığı yönünde bkz. Eren, s. 177; İmre/Erman, s. 53. Mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruflarının sadece tasarruflarla sınırlı olmaması nedeniyle, ölüme bağlı hukuki işlemler olarak adlandırılması gerektiği yönünde bkz. Kılıçoğlu, s. 92, 93; Öztan, s. 165. Ölüme bağlı tasarruf terimindeki ‘tasarruf’un, dar ve teknik anlamda tasarruf işlemi anlamına gelmediği yönünde bkz. Yakupoğlu, s. 229. Benzer biçimde, bkz. Ayan, s. 109.

⁵⁴ Bkz. Antalya/Sağlam, s. 158, 275; Serozan/Engin, s. 244, 247; İnan/Ertaş/Albaş, s. 280; İmre/Erman, s. 188; Weimar, *Berner Kommentar*, Vorbem. vor Art. 494 N. 3.

aynı haklar üzerinde, sadece hayattayken değil; ölümden sonra da sonuç doğurabilecek işlemler yapabilmek konusunda borçlar hukukunun tanıdığı irade özgürlüğüne sahip olsa da,⁵⁵ bu özgürlüğün bazı keskin sınırları bulunur. Örneğin, kişiler kendi malvarlıkları üzerindeki sağlararası tasarrufları dilediği kimseler ile dilediğince yapabilmek konusunda kural olarak özgür olmasına rağmen, ölüme bağlı tasarruflarda saklı paylı mirasçılardan saklı payları, irade özgürlüğüne getirilen bir sınır olarak karşımıza çıkmaktadır.⁵⁶ Keza, bu sınırlara, borçlar hukuku alanında hukuki işlemlerdeki şekil özgürlüğünün yerini [bkz. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 17], miras hukukunda şekle bağlılık ilkesinin aldığı da eklenmelidir.⁵⁷ Bu nedenle, şekli anlamda bir ölüme bağlı tasarrufun varlığından bahsedebilmek için, kanunda sınırlı sayıda gösterilen ölüme bağlı tasarrufların kanunda gösterildiği şekilde yapılması şarttır.⁵⁸

Ölüme bağlı tasarrufların, tıpkı sağlararası hukuki işlemlerde olduğu gibi şekil dahil tüm geçerlilik şartlarını taşıması gerekmektedir (TBK m. 27). Borçlar hukuku alanında hukuki işlemlerin geçersizliğine

⁵⁵ Öztan, s.165.

⁵⁶ Öztan, s. 166, 176. Örneğin kişi, sağlığında tüm malvarlığını birine bağışlayabilmekte iken, vasiyetname yoluyla aynı işlemi gerçekleştirmesi mümkün olmayıp, bu özgürlük saklı paylı mirasçılardan miras paylarıyla sınırlıdır (bkz. İşgüzar/Demir/Yılmaz, s. 36). Aynı şekilde, miras sözleşmesindeki maddi anlamdaki ölüme bağlı tasarruflar ile saklı paylara tecavüz gerçekleşmesi halinde, saklı paylı mirasçılardan mirasbırakanın ölümünden sonra tenkis davası açma hakları bulunmaktadır. Miras sözleşmesi ile ölüme bağlı tasarrufta bulunan mirasbırakan, malvarlığında eskisi gibi serbestçe tasarrufta bulunabilse de, mirasbırakanın miras sözleşmesindeki yükümlülüğü ile bağdaşmayan ölüme bağlı tasarruflarına veya bağışlamalarına (TMK m. 527/f. II) itiraz edilebileceği ve bu itirazın, İsviçre Medenî Kanunu'ndaki hükme uygun şekilde (ZGB Art. 494 Abs. 3) iptal (*Anfechtung*) olarak anlaşılması gerektiği yönünde bkz. Yakupoğlu, s. 227. Miras sözleşmesi ile atanan mirasçı ya da vasiyet alacaklının, bir çeşit sözleşmeden kaynaklı saklı payının olduğundan hareketle, gerekçede de belirtildiği üzere, iptal davasına, tenkis davasına ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanacağına kabul edildiğine yönelik bkz. Dural/Öz, s. 131. Miras sözleşmesinin bağlayıcılığının anlamı ve sınırları hakkında detaylı bilgi için bkz. Yakupoğlu, s. 228 vd.

⁵⁷ Kılıçoğlu, s. 96, 97; Öztan, s. 166; İşgüzar/Demir/Yılmaz, s. 36.

⁵⁸ Kılıçoğlu, s. 96, 97. Bkz. yukarıda, dn. 30'a ait paragraftaki açıklamalar.

yol açan sebeplerin varlığı halinde⁵⁹ kesin hükümsüzlük *kendiliğinden* (hâkim kararı gerekmez) gerçekleşen bir sonuç olmakla birlikte; ölüme bağlı tasarrufların hükümsüz olmasına yol açan sebeplerin varlığı halinde,⁶⁰ işlem, kural olarak *kendiliğinden hükümsüz sayılmamakta*⁶¹ ve işlemin sonuç doğurmasının engellenmesi ya da hükümsüz kılınması için belirli bir süre içinde⁶² ilgililer⁶³ tarafından iptal davasının açılması gerek-

⁵⁹ Kesin hükümsüzlük başlığını taşıyan TBK m.27/f. I'e göre: "*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür*". Bunun yanı sıra, işlemde muvazaa, şekil, tasarruf yetkisi eksikliği gibi bazı hukuki işlemlerde aranan geçerlilik şartlarının mevcut olmamasının da hükümsüzlüğe yol açtığı belirtilmelidir.

⁶⁰ İptal sebepleri başlığını taşıyan TMK m. 557 hükmü şu şekildedir: "*Aşağıdaki sebeplerle ölüme bağlı bir tasarrufun iptali için dava açılabilir: 1. Tasarruf mirasbırakanın tasarruf ehliyeti bulunmadığı bir sırada yapılmışsa, 2. Tasarruf yanılma, aldatma, korkutma veya zorlama sonucunda yapılmışsa, 3. Tasarrufun içeriği, bağlandığı koşullar veya yüklemeler hukuka veya ahlâka aykırı ise, 4. Tasarruf kanunda öngörülen şekillere uyulmadan yapılmışsa.*"

⁶¹ Bazı hallerde ise, ölüme bağlı tasarruf kendiliğinden hükümden düşmektedir. Örneğin, sözlü vasiyet yapıldıktan sonra olağan vasiyetname yapma imkanının doğmasının üzerinden bir ay geçince, vasiyetname hiçbir işlem yapmaya gerek kalmadan kendiliğinden hükümden düşer (TMK m. 541).

⁶² Hak düşürücü süreler başlığını taşıyan TMK m. 559'a göre: "*İptal davası açma hakkı, davacının tasarrufu, iptal sebebini ve kendisinin hak sahibi olduğunu öğrendiği tarihten başlayarak bir yıl ve her halde vasiyetnamelerde açılma tarihinin, diğer tasarruflarda mirasın geçmesi tarihinin üzerinden, iyiniyetli davalılara karşı on yıl, iyiniyetli olmayan davalılara karşı yirmi yıl geçmekle düşer. Hükümsüzlük, def'i yoluyla her zaman ileri sürülebilir.*" İptal davasının süresi hakkında bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 344 vd.; Oğuzman, s. 197 vd.; Öztan, s. 234, 235; Dural/Öz, s. 233, 244; İlgüzar/Demir/ Yılmaz, s. 85, 86; Eren/Aktürk, s. 221 vd.; Hatemi, s. 138 vd.; Ayan, s. 191 vd.; Kılıçoğlu, s. 192 vd.; Serozan/Engin, s. 430; Eren, (İptal), s. 111 vd.; Antalya/Sağlam, s. 308, 309; İnan/Ertay/Albaş, s. 315 vd.; İmre/Erman, s. 219 vd.; Yılmaz, s. 105, 106; Atlı, s. 82, 83.

⁶³ Dava hakkı başlığını taşıyan TMK m.558 hükmünün ilk iki fıkrasına göre: "*(I) İptal davası, tasarrufun iptal edilmesinde menfaati bulunan mirasçı veya vasiyet alacaklısı tarafından açılabilir. (II) Dava, ölüme bağlı tasarrufun tamamının veya bir kısmının iptaline ilişkin olabilir*". İptal davasının tarafları hakkında ayrıca bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 144, 343, 344; Öztan, s. 187, 232, 233; Dural/Öz, s. 105,

mektedir (TMK m. 557-559). Şu hâlde, sağlararası hukuki işlemlerde, geçerlilik koşullarını taşımayan işlemler kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olurken (TBK m. 27, TMK m. 2); ölüme bağlı tasarruflarda işlemlerin kural olarak iptal edilebilirlik yaptırımına tabi olması,⁶⁴ önemli bir farklılıktır. Ölüme bağlı tasarruflar, süresi içinde açılması gereken iptal davası sonucunda hâkim tarafından iptal edilene kadar, geçerli bir ölüme bağlı tasarruf yapılmış gibi etki ve sonuçlarını doğurmaktadır.⁶⁵ İptal kararının verilmesiyle, bünyesinde geçerlilik şartlarını taşımayan ölüme bağlı tasarruf, sanki hiç yapılmamış gibi geriye (geçmişe) etkili olarak ortadan kalkmakta ve işlem yapıldığı andan itibaren hükümsüz sayılmaktadır.⁶⁶ Bu nedenle, söz konusu dava, bozucu yenilik doğuran bir nitelik taşımak-

232, 233; Eren/Aktürk, s. 136, 209 vd.; Kılıçoğlu, s. 191; Hatemi, s. 137; Antalya/Sağlam, s. 225, 307, 308; Serozan/Engin, s. 284, 427; Oğuzman, s. 196, 197; İmre/Erman, s. 217, 218; Eren, (İptal), s. 97 vd.; İşgüzar/Demir/ Yılmaz, s. 85; Ayan, s. 190; Gençcan, s. 591, 592, 593; İnan/Ertas/Albas, s. 302, 313; Çabri, s. 168; Yılmaz, s. 105; Erginer, s. 99. Bununla birlikte, mirasbırakan da ölüme bağlı tasarrufu yanılma, aldatma, korkutma ya da zorlama etkisi altında yaptığını ölmeden önce öğrenmiş ya da bu durumun farkına varmışsa, bu etkinin ortadan kalkmasından itibaren bir yıl içinde tasarruftan dönebilir, aksi takdirde söz konusu tasarruf geçerli sayılmaktadır (TMK m. 504).

⁶⁴ Kocayusufpaşaoğlu, s. 341; Dural/Öz, s. 231; Kılıçoğlu, s. 96, 194; Öztan, s. 166, 232; İşgüzar/Demir/Yılmaz, s. 36, 85; Antalya/Sağlam, s. 305, 306; Oğuzman, s. 107; Eren/Aktürk, s. 233, 234, 235; Hatemi, s. 137; Serozan/Engin, s. 284, 285, 291; İmre/Erman, s. 205 vd.; Ayan, s. 189; Yılmaz, s. 104 vd.; Atlı, s. 64; Çiftçi, s. 180; Paul Piotet, *Das Erbrecht, in; Schweizerisches Privatrecht*, Band (Bd.) IV/1, Basel/Stuttgart 1978, s. 269. İptalin hukuki niteliği konusunda bkz. Eren, (İptal), s. 125 vd.

⁶⁵ Oğuzman, s. 196; Kocayusufpaşaoğlu, s. 341; Hatemi, s. 137, 138; Dural/Öz, s. 231; Eren/Yücer Aktürk, s. 233, 234; Eren, (İptal), s. 126, 130; Antalya/Sağlam, s. 306; Ayan, s. 189.

⁶⁶ Kocayusufpaşaoğlu, s. 341; Oğuzman, s. 201; Eren, (İptal), s. 132, 138; Eren/Aktürk, s. 235, 241; Serozan/Engin, s. 427; Dural/Öz, s. 231; Kılıçoğlu, s. 194; Öztan, s. 237; İmre/Erman, s. 224; İnan/Ertas/Albas, s. 313; Antalya/ Sağlam, s. 309; Yılmaz, s. 106; İşgüzar/Demir/Yılmaz, s. 86;

tadır.⁶⁷ İptal davası, süresi içinde açılmadığında veya ölüme bağlı tasarruf, hâkim tarafından iptal edilmediğinde hükümsüzlükten kurtulmakta ve geçerli olarak yapılmış gibi hüküm doğurmaktadır.⁶⁸ Bunun sebebi ise, ölüme bağlı tasarrufların mirasbırakanın iradesine saygı sebebiyle mümkün olduğunca ayakta tutulmak istenmesidir.⁶⁹ Vasiyetnamelerin yorumunda, sağlararası hukuki işlemlerin yorumunda karşılaşmadığımız, ölenin gerçek iradesinin ve son arzularının yaşatılmak istenmesini ifade eden *favor testamenti* ilkesi⁷⁰ etkilidir. Bu ilkenin, miras sözleşmeleri için

⁶⁷ Kocayusufpaşaoğlu, s. 341; Oğuzman, s. 196; Dural/Öz, s. 231; Hatemi, s. 137; Serozan/Engin, s. 426; Eren/Aktürk, s. 240; Eren, (İptal), s. 137, 138; Öztan, s. 237; Antalya/Sağlam, s. 306, 309; İnan/Ertas/Albas, s. 313; Ayan, s. 189.

⁶⁸ Öztan, s. 176; Dural/Öz, s. 231; İnan/Ertas/Albas, s. 301; Eren/Aktürk, s. 234; Serozan/Engin, s. 291; Antalya/Sağlam, s. 297; Atlı, s. 64; Çiftçi, s. 180; Yılmaz, s. 104.

⁶⁹ Bkz. Abt, s. 72; Kılıçoğlu, s. 93; Yusuf Alper Tüylüoğlu, “Miras Hukukunda Favor Testamenti İlkesi”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2020, Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı Ulusal Tez Merkezi (Tez No: 638147), s. 60, 78, 79; Atlı, s. 64; Çiftçi, s. 180; Cem Baygın, “Ölüme Bağlı Tasarruflarda Yorum”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: IV, S: 1-2, Yıl (Y): 2000, 567-594, s. 574.

⁷⁰ Kılıçoğlu, s. 96, 185; Serozan/Engin, s. 427; Dural/Öz, s. 221; Eren/Yücer Aktürk, s. 205, 206; İnan/Ertas/Albas, s. 294; Antalya/Sağlam, s. 288 vd.; Yılmaz, s. 61; Atlı, s. 64, 65, 81; Daniel Abt, *CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht*, Art. 457-640 ZGB, 3. Auflage, 2016, Art. 467-468 N. 14. Favor testamenti ilkesi ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Tüylüoğlu, s. 27 vd. Ayrıca bkz. “Her ne kadar vasiyetnamede taşınmazın vasiyet edildiği kurum olarak ‘Darişşafaka Eğitim Kurumları’ belirtilmiş olmakla birlikte Eğitim Kurumlarının D... C...nden ayrı bir tüzel kişiliği bulunmadığına göre; mahkemece vasiyetnamenin aynen tenfizinin istendiği gerekçe gösterilmiş ise de; dava dilekçesinde davacı adına tescili yönünden de talep mevcut olduğu ve yukarıdaki açıklamalar ışığında vasiyetçinin iradesini ayakta tutacak ve infazı kabil olacak şekilde taşınmazın davacı ‘D... C...’ adına tesciline karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiştir.” [Yargıtay 3. Hukuk Dairesi (HD), Tarih (T.) 18.11.2014, Esas (E.) 2014/10635, Karar (K.) 2014/15091]: “Türk Medeni Kanunu’nda favor testamenti kuralını düzenleyen genel mahiyette bir hüküm bulunmamakla birlikte bazı maddelerde (örn. Eski MK.’nun 451/2;462/2-2;466/2 maddeleri) (yeni TMK’nu 504/2; 515/2; 519/2 maddeleri) bu kuralın uygulanmasına yer verilmiştir. Kural olarak vasiyetnamenin yorumunda

ise, *favor pacti successoralis* (miras sözleşmesinin üstün tutulması kuralı) olarak isimlendirilip uygulandığını söylemek mümkündür.⁷¹

Son olarak eklemek gerekir ki, hem vasiyetname hem de miras sözleşmesi yoluyla ölüme bağlı tasarrufta bulunulması, kişiye sıkı surette (sıkı sıkıya) bağlı bir hakkın kullanımı niteliğinde olduğu için, (yasal ya da iradi) temsilci ya da vekil aracılığı ile bu işlemlerin yapılması mümkün değildir.⁷² Ölüme bağlı tasarrufların, tasarruf sahibi tarafından bizzat

murisin iradesini ayakta tutacak bir yol izlenmeli ve azami biçimde murisin iradesi yerine getirilmeli, vasiyetnamenin tenfizine imkan [imkân] sağlanmalıdır [Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (YHGK), 07.06.1966 tarih, 738/309]. O halde, tasarrufu yapanın gerçek arzusunun ne yönde olduğunun açıklığa kavuşturulması zorunludur” (bkz. Yargıtay 3 HD, T. 17.12.2018, E. 2018/7112, K. 2018/12816). Yargıtay’ın ölüme bağlı tasarrufu imkan olduğu ölçüde geçerli saymaya, onu ayakta tutmaya başka bir ifade ile tasarruf yapanın gerçek iradesini, son arzularını, isteklerini elden geldiği kadar değerlendirmeye, onu üstün tutmaya, ona saygı ve bağlılık göstermeye yönelik yorumun, gerek doktrinde ve gerek mahkeme içtihatlarında ölüme bağlı tasarrufların yorumlanmasında uygulanacak temel kurallardan biri olarak kabul edildiğine yönelik kararları için bkz. YHGK, T. 14.05.2014, E. 2013/1077, K. 2014/664; Yargıtay 3 HD, T. 09.12.2013, E. 2013/13211, K. 2013/17415; Yargıtay 8. HD, T. 02.05.2012, E. 2012/641, K. 2012/3623 (Legalbank, 21.12.2021). Ayrıca bkz. aşağıda, dn. 211’e ait paragraftaki açıklamalar.

⁷¹ Miras sözleşmelerinde de ölüme bağlı tasarrufları ayakta tutma ilkesinin geçerli olduğu ve miras sözleşmesinin mirasbırakanın ve muhatabın menfaatleri dikkate alınarak geçerli olarak korunmasını ifade eden bu ilke hakkında bkz. Antalya/Sağlam, s. 292; Atlı, s. 65; İnan/Ertas/Albaş, s. 299; Baygın, s. 578.

⁷² Dural/Öz, s. 99; Hatemi, s. 80; Öztan, s. 165, 177, 178; Antalya/Sağlam, s. 154 vd.; Serozan/Engin, s. 260 vd., 433; İnan/Ertas/Albaş, s. 161, 171; İmre/Erman, s.189; Eren/Aktürk, s. 59 vd.; Çabri, s. 159; Oğuzman, s. 100; Eren, (İptal), s. 15 vd.; Ayan, s. 116; Atlı, s. 24; Çiftçi, s. 156; Daniel Abt, *Die Ungültigkeitsklage im schweizerischen Erbrecht: Unter besonderer Berücksichtigung von Zuwendungen an Vertrauenspersonen*, Basel/Genf/München, 2002, s. 70; Weimar, *Berner Kommentar*, Art. 468 N. 11; Escher, Art. 468 N.6; Kılıçoğlu, s. 96; İşgüzar/Demir/Yılmaz, s. 35, 36; Çabri, s. 159; Eren, s. 178; Nomer, s. 157; Oğuzman/Öz, C:I, s. 227, 228; Bilge Öztan/Fırat Öztan, “Ölüme Bağlı Tasarruflara İlişkin Medeni Kanun’daki ve Noterlik Kanunu’ndaki Şekil Şartları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 65, S: 4, Y: 2016, 3585-3615, s. 3590; Tekben, (Vekâlet), s. 19, 341, 370.

(şahsen) yapılması gerekliliğini işaret eden, başka bir anlatımla, temsil yasağını içeren bu kuralın uygulanmasında, vasiyetname veya miras sözleşmesinin türü ya da içeriği de önem arz etmemektedir.

4. Miras Sözleşmesinin Bazı Türleri

Çalışmamızın başlangıcında, "Genel Olarak Miras Sözleşmesi" başlığı altında olumlu ve olumsuz miras sözleşmelerinden bahsetmiştik.⁷³ Miras sözleşmesi, içeriğine göre olumlu ve olumsuz olarak iki türe ayrılrsa da, miras sözleşmesinin başka noktalardan da çeşitli türlere ayrıldığı kabul edilmektedir. Bu türler, aşağıda ayrı başlıklar halinde ele alınacaktır.

4.1. Bir Taraflı – İki Taraflı ve Çok Taraflı Miras Sözleşmeleri

Miras sözleşmesinin, taraflardan hangisinin terekesi üzerinde bağlayıcı bir ölüme bağlı tasarrufu konu aldığı noktasında, doktrinde çeşitli ayrımlar yapılmaktadır. Buna göre, *bir taraflı miras sözleşmesi* söz konusu ise, sadece sözleşmenin taraflarından biri ölüme bağlı tasarrufta bulunmakta ancak sözleşmenin karşı tarafı açısından böyle bir durum söz konusu olmamakta; o, sadece bu tasarrufu kabul etmekte⁷⁴ ya da sağlararası bir borç altına girmektedir.⁷⁵ Ancak, sözleşmenin her iki tarafı da, kimin

Yargıtay'da mirasbırakanın vekil aracılığı ile gerçekleştirdiği mirastan feragat sözleşmesini geçerli kabul etmemiş olup, 2. Hukuk Dairesinin 14.05.2007 tarihinde verdiği bir kararda, "*Mirastan feragat sözleşmesi (TMK m. 528), miras sözleşmesinin bir çeşidi olduğundan, resmi vasiyetname şeklinde yapılması zorunludur (TMK m. 545 ve Y.İÇ.B.K. 11.02.1959 tarih, 16/14 sayılı karar)...konu 07.06.2004 tarihli sözleşmeye miras bırakan C. bizzat katılmayıp vekaleten düzenlendiğinden, geçerli bir mirastan feragat sözleşmesinden söz edilemez. Davanın reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.*" şeklinde bu hususu ifade etmiştir (Legalbank, 23.12.2021). Bkz. dn. 113 ve dn. 130'a ait paragraflardaki açıklamalar.

⁷³ Bkz. yukarıda, dn. 11 ve dn. 19'a ait paragraflardaki açıklamalar.

⁷⁴ Öztan, s. 246; Kocayusufpaşaoğlu, s. 129; Ayan, s. 136; Dural/Öz, s. 101; İmre/Erman, s. 185; Gençcan, s. 480; Erginer, s. 92. Bu sözleşme, doktrinde basit miras sözleşmesi şeklinde de adlandırılmaktadır (bkz. Antalya/Sağlam, s. 275).

⁷⁵ Dural/Öz, s. 101; Antalya/Sağlam, s. 277.

lehine tasarrufta bulunulduğundan bağımsız olarak, kendi terekeleri üzerinde bağlayıcı içerikte bir ölüme bağlı tasarrufta bulunmakta ise, *iki taraflı miras sözleşmesinin* varlığından bahsedilmektedir.⁷⁶ Örneğin, “*miras sözleşmesine taraf olan mirasçının da, mirasbırakanı kendisine mirasçı ataması durumunda*”,⁷⁷ “*birbirlerini çok seven iki arkadaşın karşılıklı olarak belirli mal vasiyeti yapmalarında*”,⁷⁸ “*(A)’nın (B)’yi mirasçı naspnetmesine karşı, (B)’ de (A)’ya ölünceye kadar bakacağını vaad ederse*”⁷⁹ iki taraflı⁸⁰ (olumlu) miras sözleşmesi söz konusu olacaktır. İki taraflı miras sözleşmelerinde, bağım-

⁷⁶ Dural/Öz, s. 101; Dural, s. 45; Kocayusufpaşaoğlu, s. 129; Serozan/Engin, s. 248; İmre/Erman, s. 185; İşgüzar/Demir/Yılmaz, s. 76; Ayan, s. 137; Yılmaz, s. 88; Yakupoğlu, s. 227; Antalya/Sağlam, s. 275, 277; Gençcan, s. 480; Erginer, s. 93; Atlı, s. 33; Çiftçi, s. 117, 176.

⁷⁷ Öztan, s. 247.

⁷⁸ Ayan, s. 137.

⁷⁹ Kocayusufpaşaoğlu, s. 129. Ölünceye kadar bakma sözleşmelerinde, mirasbırakanın sağlığında kendisinin bakılmasına izin verme borcu altına girdiği kabul edilse bile, bu borç, karşı tarafın ölünceye kadar bakma borcunun karşılığını oluşturmamaktadır. Bu nedenle, bu sözleşme sinallagmatik bir sözleşme olarak kabul edilmemelidir.

⁸⁰ Bir taraflı ve iki taraflı miras sözleşmesi şeklinde yapılan adlandırma, doktrinde *Oğuzman* tarafından, daima iki taraflı bir hukuki işlem olan miras sözleşmesinin bu niteliği ile karıştırılmaya müsait olduğu için eleştirilmiş ve bir tarafın tasarrufta bulunduğu miras sözleşmesi bir yönlü; iki tarafın da tasarrufta bulunduğu miras sözleşmesi ise, iki yönlü veya karşılıklı miras sözleşmesi olarak adlandırılmıştır (Oğuzman, s. 135, 136). Miras sözleşmelerinin iki taraflı olmasıyla, sözleşmelerin iki taraflılığını birbirine karıştırmamak gerektiği, iki taraflı sözleşmelerin her iki tarafı da borç altına soktuğu, iki taraflı miras sözleşmelerinde ise her iki tarafın da karşılıklı olarak ölüme bağlı tasarrufta bulunduğu sözleşmeler olduğu hakkında ayrıca bkz. İmre/Erman, s. 185; Erginer, s. 93. Doktrinde, *Hatemi’ye* göre ise, iki tarafın da karşılıklı olarak birbirlerine ölüme bağlı tasarrufta bulunduğu iki taraflı miras sözleşmesinin varlığını kabul etmek mümkün değildir. Yazar, kanunun yeterince açık olmadığını ve bunun mümkün olması için, kanunda açıkça belirtilmesi gerektiği kanaatindedir (bkz. Hatemi, s. 107, 108, 109). Mirastan feragat sözleşmelerinin de, bir taraflı veya iki taraflı olabileceğini eklemek gerekir (bkz. İmre/Erman, s. 196).

sız iki miras sözleşmesinin tek bir sözleşmede birleştiği kabul edilmektedir.⁸¹ Ancak belirtmek gerekir ki, ne miras payının devri sözleşmesi ne de mirasın taksimi (paylaşılması) sözleşmesi, içeriğinde maddi anlamda bir ölüme bağlı tasarruf barındırmadığı için, miras sözleşmesi sayılmamaktadır.⁸²

Miras sözleşmesinde, borçlar hukuku sözleşmelerine benzer şekilde mirasbırakanın karşısında tek kişi olabileceği gibi birden fazla kişi de olabilir. Başka bir deyişle, sözleşmenin karşı tarafını oluşturan kişi sayısı “bir” ile sınırlı olmayabilir. Doktrinde, borçlar hukuku sözleşmelerinden farklı olarak,⁸³ miras sözleşmesinde mirasbırakanın karşısında birden fazla kişinin bulunması ve miras sözleşmesinin ikiden fazla kişinin irade beyanından oluşması halinde *çok taraflı miras sözleşmesinden* bahsedilmektedir.⁸⁴ Esasen bu durumu açıkça düzenleyen bir kanun hükmü bulun-

⁸¹ Öztan, s. 247; Erginer, s. 93. Bu şekilde iki taraflı miras sözleşmelerinin geçerli kabul edilmesine rağmen, ortak vasiyetnamelerin neden geçerli kabul edilmediğine ilişkin bir eleştiri için bkz. Hatemi, s. 109. İki taraflı miras sözleşmelerinde, her bir sözleşen tarafın hem vasiyetçi hem de mirasçı veya musaleh olduğu yönünde bkz. İmre/Erman, s. 185.

⁸² Serozan/Engin, s. 247; Rahmi Can Ömür, “Miras Sözleşmelerinin Sinallagma Boyutu”, *Legal Hukuk Dergisi*, C: 17, S: 194, Şubat 2019, 747-788, s. 766.

⁸³ Bir hukuki işlemde, bir irade beyanı, birden çok kişinin beyanlarının birleşmesiyle meydana gelmekte ise, buna “müşterek hukuki işlem” denilmektedir (bkz. Oğuzman/Barlas, s. 181; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, s. 95). Bu durumda, örneğin üç öğrenci birlikte bir daire kiraladığında, kiracı tarafın iradesi, birden çok kişinin irade beyanından oluşmakta olup, bu durum, kira sözleşmesinin iki taraflı bir hukuki işlem olma özelliğini etkilemeyecektir. Daireyi kiralayan üç kişi, kiraya verene karşı birlikte fesih beyanında bulunmuş ise, bu olguda birden fazla irade beyanı yer aldığı halde, fesih beyanının çok taraflı olduğundan bahsedilemeyecektir.

⁸⁴ Öztan, s. 243; Erginer, s. 94. Miras sözleşmesinde mirasbırakanın karşısında tek bir kişi olabileceği gibi, birden çok kişinin de olabileceği (çok taraflı miras sözleşmesi) yönünde ayrıca bkz. Yakupoğlu, s. 226. Miras sözleşmesinde vasiyetçinin karşısındaki tarafın tek bir kişi ya da birden fazla kişi olabileceği gibi, miras sözleşmesinin ikiden fazla kişi arasında ve bunlardan her birinin diğerleri lehine ölüme bağlı tasarruf yapmalarının da mümkün ve geçerli

masa da, miras sözleşmelerinin bu şekilde yapılmasını engelleyen bir kanun hükmü de yoktur. Ancak bu durumda, sadece bir tarafın ölüme bağlı tasarrufta bulunduğu *bir taraflı miras sözleşmesi*, mirasbırakanın karşısında bulunan tarafın birden fazla kişiden oluştuğu ihtimalde, aynı zamanda *çok taraflı miras sözleşmesi* olarak da kabul ve ifade edilmiş olacaktır. Keza, sadece mirasbırakanın (bir tarafın) tasarrufta bulunduğu miras sözleşmesinin, *tek taraflı miras sözleşmesi* olarak adlandırılması halinde de,⁸⁵ mirasbırakanın karşısında bulunan taraf birden fazla kişiden oluşmaktaysa, bu sözleşme hem tek taraflı hem de çok taraflı sözleşme olarak kabul edilmiş olacaktır. Yahut sözleşmenin her iki tarafının da ölüme bağlı tasarrufta bulunduğu bir miras sözleşmesi, eş deyişle *iki taraflı miras sözleşmesi*, taraflardan birinin en az iki kişiden oluştuğu hallerde, aynı zamanda *çok taraflı miras sözleşmesi* olarak da kabul edilebilecektir.

Belirtmek gerekir ki, bu adlandırmalardan hangisi tercih edilirse edilsin, ölüme bağlı tasarrufun türü ve içeriği itibarıyla çelişki ve karışıklık yaratabilecek bir durum ortaya çıkabilir. Bu karışıklığın önlenmesi için, sözleşmede sadece bir tarafın ölüme bağlı tasarrufta bulunduğu ve daima iki taraflı bir hukuki işlem olan miras sözleşmesini, bir taraflı ya da tek taraflı miras sözleşmesi olarak adlandırmak yerine, "*bir tarafın tasarrufta bulunduğu miras sözleşmesi*"; keza, her iki tarafın da kendi terekesi üzerinde ölüme bağlı tasarrufta bulunduğu miras sözleşmesini ise, "*iki tarafın tasarrufta bulunduğu miras sözleşmesi*" olarak adlandırmayı daha isabetli görmekteyiz.

Niteliği itibarıyla sözleşmenin karşı tarafında bulunan kişi sayısı ile ilgili yapılan ikinci ayırimda ise, sadece mirasbırakanın karşısında birden fazla kişinin bulunması ve miras sözleşmesinin ikiden fazla kişinin irade

olduğu yönünde bkz. İmre/Erman, s. 188. Miras sözleşmesinin taraf sayısının iki ile sınırlı olmadığı yönünde bkz. Jean Nicolas Druey, *Grundriss des Erbrechts*, 5. Auflage, Bern 2002, § 10, N. 31.

⁸⁵ Örneğin, doktrinde Öztan, "*miras bırakan, miras sözleşmesinde diğer mirasçıları bağlayıcı ve kendisi tarafından geri alınamayan bir yararlandırmayı öngörmüşse tek taraflı bir miras sözleşmesi*" nin mevcut olduğunu ifade etmektedir (Öztan, s. 246). Aynı yönde bkz. Erginer, s. 92; İmre/Erman, s. 186; Yılmaz, s. 88; Çiftçi, s. 117, 168.

beyanıyla kurulması (istisna) durumunda “çok taraflı miras sözleşmesi” ifadesinin kullanılması bize göre de isabetlidir. Şu hâlde çok taraflı bir miras sözleşmesi, hem bir tarafın tasarrufta bulunduğu hem de iki tarafın da tasarrufta bulunduğu sözleşme olarak düzenlenebilmelidir.⁸⁶ Son olarak, mirasbırakanın karşısındaki tarafın bir kişiden oluştuğu hallerde, çok taraflı miras sözleşmesinden farklı bir durum olduğunu belirtmek için bunun karşıtı olarak tek taraflı miras sözleşmesi şeklinde bir adlandırma yapılması akla gelebilecek olsa da, bu şekilde bir adlandırmanın da daha fazla karışıklığa sebebiyet verebileceği endişesini taşıyoruz.

4.2. İvazlı – İvazsız Miras Sözleşmeleri

Miras sözleşmesi ile ölüme bağlı tasarrufta bulunmayan taraf, bazen tasarrufu kabul etme iradesinin yanında, sağlararası bir borç altına girme yönünde de iradesini açıklayabilmektedir. Bu bağlamda, bir tarafın tasarrufta bulunduğu olumlu miras sözleşmeleri, sözleşmenin karşı tarafının mirasbırakana karşı bir borç altına girip girmemesine göre ikiye ayrılmaktadır. Buna göre, sözleşmenin karşı tarafı, herhangi bir edim borcu altına girmemiş ve sadece mirasbırakanın iradesini kabul etmişse, bu olumlu miras sözleşmesi, doktrinde “bir/tek taraflı/yönlü/yanlı ve ivazsız miras sözleşmesi” olarak isimlendirilirken; sözleşmenin karşı tarafının mirasbırakana yönelik bir edim borcu altına girdiği hallerde ise, “bir/tek taraflı/yönlü/yanlı ve ivazlı miras sözleşmesi” olarak isimlendirilmektedir.⁸⁷ Esasen, yukarıda açıklamış olduğumuz gerekçelerle,⁸⁸ burada

⁸⁶ Çalışma konumuzun sınırlarını aşmamak için, bu halde, çok taraflı miras sözleşmelerinde ortak vasiyetnamedeki gibi bir geçerlilik sorunu olup olmadığı hususuna değinmemekteyiz.

⁸⁷ İvazlı ve ivazsız miras sözleşmeleri hakkında bkz. Ayan, s. 136, 137; Dural/Öz, s. 101, 102; Gençcan, s. 480; Erginer, s. 92; Oğuzman, s. 136; İmre/Erman, s. 186; Atlı, s. 33; Çiftçi, s. 118. Serozan/Engin, s. 133. Karşılıklı ve karşılıksız miras sözleşmeleri için aynı yönde bkz. Antalya/Sağlam, s. 277. Aksi yönde bkz. Hatemi, s. 109; Yakupoğlu, s. 227; Keskin/Demircioğlu, s. 218. Tarafların bir karşı alacak elde etmek maksadıyla yaptıkları sözleşmeler, ivazlı; bir ivaz karşılığında yapılmayan sözleşmeler ise ivazsızdır. Bu iki sözleşme türü arasındaki en önemli fark, kendisini sözleşmesel sorumlulukta (TBK m. 114) göstermektedir (bu konudaki açıklamalar için bkz. Eren, s. 256, 257).

⁸⁸ Bkz. yukarıda, dn. 84’e ve devamındaki paragraflara ait açıklamalar.

“bir/tek taraflı ve ivazlı/ivazsız miras sözleşmeleri” yerine “bir tarafın tasarrufta bulunduğu ivazlı ya da bir tarafın tasarrufta bulunduğu ivazsız miras sözleşmeleri” ifadesinin tercih edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Örneğin, vasiyet alacaklısı olan kişi, mirasbırakana karşı hiçbir borç altına girmemişse burada bir tarafın tasarrufta bulunduğu ivazsız miras sözleşmesinden bahsedilmelidir. Ancak, mirasçı olarak atanan bir kişi, bunun karşılığında mirasbırakana 50.000 TL ödeme borcu altına girmişse, burada bir tarafın tasarrufta bulunduğu ivazlı miras sözleşmesi söz konusu olacaktır. Esasen bu şekilde ivazlı bir miras sözleşmesi söz konusu olduğunda, miras sözleşmesinin karşı tarafı sağlararası bir edim borcu üstlenmiş demektir. İvazlı miras sözleşmesinde borçlanan kişi, sadece sağlararası edim borcu altına giren sözleşmenin karşı tarafıdır.⁸⁹ Ölümüne bağlı tasarrufta bulunan kimse, miras sözleşmesiyle bağlı olsa bile, bu sözleşme ile sağlığında bir borç altına girmiş olmaz.⁹⁰ Bu nedenle, ölümüne bağlı tasarruf ile sağlararası edim arasında bir sinallagma ilişkisi kurulmaz ve ivazlı miras sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen (sinallagmatik) bir sözleşme sayılmaz.⁹¹

⁸⁹ Serozan/Engin, s. 249. Aynı yönde bkz. Atlı, s. 33; Çiftçi, s. 118.

⁹⁰ Serozan/Engin, s. 247; Atlı, s. 34; Weimar, *Berner Kommentar*, Vorbem. vor Art. 494 N. 3; Hrubesch-Millauer, *successio* 2008, s. 212. Doktrindeki bazı yazarlar, miras sözleşmesiyle ölümüne bağlı tasarrufta bulunan tarafın, karşı tarafı ya da bir üçüncü kişiyi mirasçı atamak ya da vasiyet alacaklısı kılmakla bir borç altına girmediğini; aksine, miras sözleşmesinin kurulmasıyla beraber, borcunu da yerine getirmiş sayıldığını ifade etmektedir (bu görüşü savunan yazarlar için bkz. Dural/Öz, s. 124, Dural, s. 45, 46). Aksi görüşteki yazarlar ise, miras sözleşmesine konu edilse de ölümüne bağlı tasarrufların, sağlararası hukuki işlem olmamaları sebebiyle, borçlandırıcı işlem olmadıkları gibi tasarruf işlemi de sayılamayacaklarını belirtmektedir (bu görüş için bkz. Weimar, *Berner Kommentar*, Vorbem. vor Art. 494 N. 3).

⁹¹ Bu konuda bkz. Weimar, *Berner Kommentar*, Vorbem. vor Art. 494 N.7; Dural/Öz, s. 124; Erginer, s. 92, 93; Ömür, s. 747-788, 768; Aybike Tunç, “İvazlı Mirasın Feragat Sözleşmesinde Sağlararası Edim Borçlusunun Temerrüdü”, *Legal Hukuk Dergisi*, C: 14, S: 164, Ağustos 2016, 4209-4222, s. 4214. Mirasbırakan herhangi bir borç altına girmemiş olsa bile, ivazlı miras sözleşmelerinin de kendine özgü bir karşılıklılığı bünyesinde barındırdığı ve bu nedenle kanunda karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler için öngörülen düzenlemelerin (§ 320 vd.

Mirasbırakan ile mirasçı arasındaki mirastan feragat sözleşmesinin de, ivazlı ya da ivazsız olarak akdedilmesi mümkündür (TMK m. 528/f. I). İvazlı mirastan feragat sözleşmesinde mirasbırakan (feragat ettiren) ölüme bağlı bir tasarrufta bulunurken,⁹² mirasçı (feragat eden) sağlararası bir borç altına girmektedir.⁹³ Başka bir deyişle, sözleşme ivazlı ise, müstakbel ve muhtemel mirasçı, beklenen miras hakkından sağlararası bir edim karşılığında vazgeçmekte ve mirasbırakan da miras payının tamamı ya da bir kısmından veya saklı payın korunmasından vazgeçmeye yönelik irade beyanını kabul etmekte⁹⁴ ve söz konusu edimi yerine getirmeyi taahhüt etmektedir.⁹⁵ Örneğin, mirasçının mirastan feragat etmesi karşılığında mirasbırakan kendisine 50.000 TL ödemeyi taahhüt etmiş ya da bir taşınır malının mülkiyetini mirasçıya devretmeyi taahhüt etmişse, bir tarafın tasarrufta bulunduğu “ivazlı mirastan feragat sözleşmesi” kurulmuştur. Bu sözleşmede, feragat eden kişi ise, herhangi bir borç altına girmemektedir.⁹⁶

BGB) ivazlı miras sözleşmeleri bakımından da uygulanabileceği yönünde detaylı bilgi için bkz. Daniela Rothe, *Erbvertrag und Synallagma, Schriften zum Bürgerlichen Recht*, Band 372, Berlin 2008, s. 123 vd. Ayrıca bkz. yukarıda, “3.Miras Sözleşmesi ile Borçlar Hukuku Sözleşmeleri Arasındaki Farklılıklar” başlığı altındaki açıklamalar ile yukarıda, dn. 79 ve 80’deki açıklamalar.

⁹² Weimar, *Berner Kommentar*, Art. 495 N.3. Bkz. yukarıda, dn. 24’e ait paragraftaki açıklamalar.

⁹³ Tunç, s. 4211.

⁹⁴ Eren/Aktürk, s. 183, 186; Dural/Öz, s. 197; Kocayusufpaşaoğlu, s. 301; Serozan/Engin, s. 249, 393; Oğuzman, s. 136; Gençcan, s. 483. Ayrıca bkz. İnan/Ertaş/Albaş, s. 286; Albaş, s. 539, 540; İmre/Erman, s. 197; Yılmaz, s. 93, 94. *Serozan/Engin*, feragatin ivazlı olduğu hallerde, bu işlemin, “*düpedüz mirasçılık umudunun (spes hereditatis) baştan satılması (emptio spei)*” olarak görülebileceğini ifade etmiştir (Serozan/Engin, s. 392).

⁹⁵ Dural/Öz, s. 197; Keskin/Demircioğlu, s. 218. Doktrinde, ivazlı mirastan feragat sözleşmelerinde, mirasbırakanın, feragat edenin miras payını satın aldığı da ifade edilmektedir (bkz. Serozan/Engin, s. 298). Ayrıca bkz. İmre/Erman, s. 197; Tunç, s. 4213.

⁹⁶ Serozan/Engin, s. 249.

Müstakbel ve muhtemel mirasçının beklenen miras hakkından (tamamından ya da bir kısmından) herhangi bir karşılık almaksızın vazgeçtiği mirastan feragat sözleşmesi ise, "ivazsız mirastan feragat sözleşmesi" dir.⁹⁷ Burada feragat eden kişi, *gelecekteki mirasçılık sıfatının ortadan kaldırılmasına şimdiden razı olmaktadır*.⁹⁸ Mirasbırakanın bu sözleşmedeki tek faaliyeti, beklenen haktan feragate yönelik irade beyanını kabul etmektir.⁹⁹ Burada mirasbırakan sadece ölüme bağlı bir tasarrufta bulunmakta, ayrıca sağlararası bir borç altına girmemektedir.¹⁰⁰ Şu hâlde, mirasçının mirastan feragat etmesi karşılığında mirasbırakan tarafından kendisine hiçbir taahhütte bulunulmamışsa, "bir tarafın tasarrufta bulunduğu ivazsız mirastan feragat sözleşmesi" nin varlığından bahsedilmelidir.

5. Miras Sözleşmesi Yapma Ehliyeti

Miras sözleşmesi, miras hukukuna özgü bir sözleşme türü olduğu için, kanunda miras sözleşmesiyle ölüme bağlı tasarrufta bulunan tarafın ehliyetine ilişkin özel bir düzenleme getirilmiştir (TMK m. 503). Bu nedenle, miras sözleşmesiyle ölüme bağlı tasarrufta bulunan taraf ile sözleşmede ölüme bağlı tasarrufta bulunmayan taraf, farklı ehliyet rejimine tâbi olmaktadır.

⁹⁷ Eren/Aktürk, s. 186; Dural/Öz, s. 197; Serozan/Engin, s. 249, 393; Oğuzman, s. 136; İmre/Erman, s. 197; Gençcan, s. 483, 484; Keskin/Demircioğlu, s. 218, 219. Bkz. İnan/Ertas/Albaş, s. 286; Albaş, s. 539, 540; Yılmaz, s. 94.

⁹⁸ Kocayusufpaşaoğlu, s. 301. *Serozan/Engin'e göre, "bu gibi durumlarda haksız dayatma olasılığı akla gelir; hukuka ve ahlaka aykırılık ya da irade bozukluğu kurallarının işlerliği söz konusu olabilir"* (Serozan/Engin, s. 393).

⁹⁹ Dural/Öz, s. 197; Eren/Aktürk, s. 186; Yılmaz, s. 94. Alman hukukundan esinlenen bir görüş, mirastan feragatin miras hukuku karakterine sahip bir sağlararası tasarruf olduğunu savunmakta ise de, bunun doğru olmadığı, burada mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufta bulunduğu ve karşı tarafın mirastan uzaklaştırılmayı kabul ettiği yönünde farklı bir yorum için ayrıca bkz. Stephanie Hrubesch-Millauer, *CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht, Art. 457-640 ZGB*, 3. Auflage, 2016, Art. 495, N.1.

¹⁰⁰ Dural/Öz, s. 197; İmre/Erman, s. 197; Eren/Aktürk, s. 193; Yılmaz, s. 94.

5.1. Ölüme Bağlı Tasarrufta Bulunan Tarafın Ehliyeti

Ölüme bağlı tasarrufta bulunan tarafın ehliyetine ilişkin kural, TMK m. 503 hükmünde yer almakta olup, hükme göre, miras sözleşmesi yapabilmek için ayırt etme gücüne sahip olmak, ergin olmak ve kısıtlı bulunmamak gerekmektedir. Başka bir deyişle, tasarrufta bulunan kişinin tam ehliyetli olması şarttır.¹⁰¹ Bu hüküm, sadece miras sözleşmesi ile ölüme bağlı tasarrufta bulunan tarafın ehliyetini düzenlemektedir.¹⁰² Dolayısıyla bu kural, bir tarafın tasarrufta bulunduğu miras sözleşmelerinde sadece ölüme bağlı tasarrufta bulunan tarafın ehliyeti açısından geçerli iken, iki tarafın tasarrufta bulunduğu miras sözleşmelerinde her iki taraf için de geçerli olacaktır.¹⁰³ O halde, iki tarafın da tasarrufta bulunduğu çok taraflı bir miras sözleşmesi söz konusu ise, sözleşme ile ölüme bağlı tasarrufta bulunan herkesin tam ehliyetli olması şarttır.

Miras sözleşmesi ile ölüme bağlı tasarrufta bulunan tarafın/taflarının tam ehliyetli olması zorunlu olup, ehil olma halinin ölüme bağlı tasarrufun yapıldığı anda mevcut olması gerektiği¹⁰⁴ de göz ardı edilmemelidir. Eş deyişle, mirasbırakan ölüme bağlı tasarrufu yaparken tam ehliyetli

¹⁰¹ Öztan, s. 183; Hatemi, s. 89; Kılıçoğlu, s. 129; Eren/Aktürk, s. 66; Dural/Öz, s. 102; Serozan/Engin, s. 283; Antalya/Sağlam, s. 213, 215, 217; Ayan, s. 119; İşgüzar/Demir/Yılmaz, s. 41, 76; Çabri, s. 158; Gençcan, s. 392; İnan/Ertas/Albaş, s. 169; Erginer, s. 96, 97; Öztan/Öztan, s. 3590; Çiftçi, s. 167. Oysa, eski Medeni Kanun'da (m. 450) miras sözleşmesi yapabilmenin kanuni şartı, sadece ergin olmaktı. Ancak, genel kural gereği zaten ayırt etme gücüne sahip olmayan kişilerin kuracakları sözleşmeler hüküm doğurmayacağından (TMK m. 15, eski MK m. 15), miras sözleşmesi yapabilmek için ayırt etme gücüne sahip ve ergin olmanın yeterli olduğu, kısıtlı olmanın ise buna engel olmadığı anlaşılmaktaydı. İsviçre Medeni Kanunu m. 468/f. I ise, miras sözleşmesinin ölüme bağlı tasarrufta bulunan tarafının ayırt etme gücüne sahip olmasını ve 18 yaşını doldurmuş olmasını aramaktadır. Ancak, 01.01.1996 tarihinden önce kurulan miras sözleşmeleri bakımından, mirasbırakanın 20 yaşını doldurmuş olması aranmaktaydı.

¹⁰² Weimar, *Berner Kommentar*, Art. 468 N. 2; Dural/Öz, s. 102.

¹⁰³ Kocayusufpaşaoğlu, s. 141; Dural/Öz, s. 102; Çabri, s. 159; Oğuzman, s. 103; Öztan, s. 184; Antalya/Sağlam, s. 216; Çiftçi, s. 168.

¹⁰⁴ Eren/Aktürk, s. 67; Ayan, s. 181; Antalya/Sağlam, s. 298; Çabri, s.161;

olup, daha sonra ehliyetini kaybetmişse bu durum söz konusu işlemin geçerliliğini engellemeyeceği gibi;¹⁰⁵ mirasbırakan ölüme bağlı tasarrufu yaparken tam ehliyetli olmayıp (ehliyete ilişkin şartlardan biri örneğin, ayırt etme gücü eksik olup), sonradan tam ehliyetli hale gelmişse (o eksiklik tamamlanmışsa), hükümsüz tasarruf da sonradan kendiliğinden geçerli hale gelmeyecektir.¹⁰⁶ Bu nedenle, eğer miras sözleşmesinin hüküm doğurması isteniyorsa, geçerlilik şartlarına uygun olarak yeniden yapılması gerekmektedir.¹⁰⁷

Mirasbırakan sıfatıyla sözleşmeye taraf olan kişinin, tam ehliyetli olması için gereken şartlardan ilki, erginlik olup, TMK m. 503 hükmü çerçevesinde, mirasbırakanın erginliği ne şekilde kazandığının bir önemi bulunmamaktadır.¹⁰⁸ Eş deyişle, kişinin ergin kabul edilmesini sağlayan tüm hukuki yollar burada geçerlidir. Bu durumda, mirasbırakan açısından yaş erginliğine (yasal erginlik) ulaşmış olmak (TMK m. 11/f. I) ya da mahkeme kararıyla (kazai rüşt) erginlik kazanmak (TMK m. 12) veyahut evlenme yoluyla erginlik kazanmış olmak (TMK m. 11/f. I), ölüme bağlı tasarruf yapabilme ehliyeti açısından fark yaratmaz.

Mirasbırakan sıfatıyla sözleşmeye taraf olan kişinin, tam ehliyetli olması için gereken şartlardan bir diğeri ve en önemlisi ise, ayırt etme gücüne sahip olmasıdır. Ayırt etme gücü, nisbi bir kavram olup, somut

Oğuzman, s. 193; İmre/Erman, s. 63; İnan/Ertaş/Albaş, s. 168, 302; Eren, (İptal), s. 18, 19; Atlı, s. 86; Çiftçi, s. 158.

¹⁰⁵ Eren/Aktürk, s. 67, 68; Eren, (İptal), s. 19; Kılıçoğlu, s. 188; Oğuzman, s. 193; Antalya/Sağlam, s. 298; Ayan, s.182; İnan/Ertaş/Albaş, s. 168, 302; Çabri, s. 161; Atlı, s. 86; Çiftçi, s. 158.

¹⁰⁶ Eren/Aktürk, s. 67; Eren, (İptal), s. 19; Ayan, s. 182; İnan/Ertaş/Albaş, s. 168, 302; Oğuzman, s. 193; Antalya/Sağlam, s. 298; Çabri, s. 161; Çiftçi, s. 158.

¹⁰⁷ Kocayusufpaşaoğlu, s. 136; Oğuzman, s. 193; Eren, (İptal), s. 19; Çabri, s. 161; Atlı, s. 86.

¹⁰⁸ Kocayusufpaşaoğlu, s. 140; Kılıçoğlu, s. 129; Öztan, s. 183; Eren/Aktürk, s. 66; Serozan/Engin, s. 283; Oğuzman, s. 103; Eren, (İptal), s. 24; Antalya/Sağlam, s. 213; İnan/Ertaş/Albaş, s. 170; Ayan, s. 119; Çabri, s. 164; İmre/Erman, s. 68; İşgüzar/Demir/Yılmaz, s. 41; Erginer, s. 97; Çiftçi, s. 169, 170.

olaya ve şartlara göre bu gücün varlığından ya da yokluğundan bahsedilir. Bu noktada kişinin ölüme bağlı tasarruf yaptığını ve bu tasarrufun ne anlama geldiğini, hangi içeriğe sahip olduğunu ve sonuçlarını anlaması ve buna uygun hareket etmesi gerekmektedir.¹⁰⁹ Ayırt etme gücü, ölüme bağlı tasarruf ehliyetinin en önemli şartı olup, hem vasiyetname hem de miras sözleşmesi yapabilmek için aranan ortak unsurdur.¹¹⁰ Ancak, kişinin ayırt etme gücünün varlığı bir karine olduğundan, aksini iddia edenlerin işlem anında kişinin ayırt etme gücünün bulunmadığını ispatlaması¹¹¹ gerekmektedir (TMK m. 6).

Mirasbırakan sıfatıyla sözleşmeye taraf olan kişinin, tam ehliyetli olması için gereken şartlardan sonuncusu ise, kısıtlı olmamaktır. Kısıtlama sebepleri, Türk Medeni Kanunu'nda sınırlı sayıda düzenlenmiş olup (m. 405 vd.), kişi ayırt etme gücüne sahip ve ergin olsa bile, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlı-

¹⁰⁹ Öztan, s. 183; İnan/Ertaş/Albaş, s. 170; Çabri, s. 160; Eren, (İptal), s. 20; Çiftçi, s. 169. Doktrinde de bu durum, mirasbırakanın miras sözleşmesini yaparken, yaptığı işlemi doğru algılaması, doğru değerlendirmesi, sonuçlarını anlaması ve buna uygun hareket etme yeteneğine sahip olması gerektiği şeklinde açıklanmıştır (Öztan/Öztan, s. 3590). “*Vasiyetçinin büyük bir hiddet veya üzüntünün veya ihtirasın etkisi altında veya şiddetli bir tartışmadan sonra tasarruf yapmış olmasının önemi yoktur*” (İmre/Erman, s. 63). Ayırt etme gücü kavramı hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Weimar, Berner Kommentar, Art. 467 N. 2 vd.; Oğuzman, s. 101, 102; Vehbi Umut Erkan/İpek Yücer, “Ayırt Etme Gücü”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Türkiye’ye Armağan Projesi*, 60 (3), Ankara 2011, s. 494, 495 (çevrimiçi: <http://dergiler.ankara.edu.tr>).

¹¹⁰ Bu konudaki açıklamalar için ayrıca bkz. Eren/Aktürk, s. 63, 64, 65; Eren, (İptal), s. 19 vd.

¹¹¹ Mirasbırakanın miras sözleşmesini yaptığı sırada ehliyetine sahip olmadığını iddia eden kişinin/kişilerin bunu ispatlaması gerektiği “*tarafaların gösterdikleri, tüm delillerin toplanılması tanıklardan bu yönde açıklayıcı, doyurucu somut bilgiler alınması, varsa ehliyetsiz olduğu iddia edilen kişiye ait doktor raporları, hasta gözlem (müşahede) kağıtları, film grafilerinin eksiksiz getirilmesi zorunludur*” şeklinde Yargıtay tarafından da ifade edilmiş olup, karar için bkz. Yargıtay 1. HD, T. 01.07.2020, E. 2018/1984, K. 2020/3296 (Legalbank, 31.05.2022). Ayrıca bkz. aşağıda, dn. 159’a ait paragraftaki açıklamalar.

lığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetim, bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkûmiyet ya da yaşlılık, engellilik, deneyimsizlik, ağır hastalık gibi sebeplerden biriyle isteğe bağlı olarak kısıtlanmış ise, kısıtlı kişi tam ehliyetli olmadığı için miras sözleşmesi yapma ehliyetine sahip sayılmayacaktır. Bu ehliyetsizlik, kısıtlının miras sözleşmesini sadece bizzat yapamaması değil, temsilci aracılığıyla da yapamaması şeklinde anlaşılmalıdır.¹¹²

Ayırt etme gücüne sahip olmayanlar (tam ehliyetsizler) ise, hiçbir hukuki işlemi geçerli olarak yapamayacakları gibi, ölüme bağlı tasarrufları da mirasbırakan sıfatıyla yapamazlar (TMK m. 15). Ölüme bağlı tasarrufların yapılması kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanımı niteliğinde olduğu için,¹¹³ tam ehliyetsizlerin bu işlemi yasal temsilci vasıtasıyla yapmaları da mümkün değildir.¹¹⁴ Keza, yasal temsilcinin onayı ile dahi – yasal temsilci miras sözleşmesine imza atsa bile- bu işlem, geçerlilik kazanamaz.

Ayırt etme gücüne sahip kısıtlılar ve ayırt etme gücüne sahip küçükler, eş deyişle sınırlı ehliyetsizler de, mirasbırakan sıfatıyla miras sözleşmesi yapamaz.¹¹⁵ Sınırlı ehliyetsizlerin mirasbırakan sıfatıyla yaptıkları bir sözleşmeye, yasal temsilcilerinin izninin ya da icazetinin bulunması veya yasal temsilcinin bizzat bu işlemi onlar adına yapması halinde dahi bu sonuç değişmez.¹¹⁶

¹¹² Aynı yönde bkz. Çiftçi, s. 170, 171; İnan/Ertaş/Albaş, s. 170, 171. Eski Medeni Kanun zamanındaki tartışmalı durum için ayrıca bkz. Çiftçi, s. 171, 172. Ayrıca bkz. Eren, (İptal), s. 24. Sınırlı ehliyetsizlerin miras sözleşmesi yapma ehliyeti hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. aşağıda, dn. 116 ve dn. 126'ya ait paragraflar.

¹¹³ Bu konuda ayrıca bkz. dn. 72 ve dn. 130'a ait paragraflardaki açıklamalar.

¹¹⁴ Öztan, s. 183; İşgüzar/Demir/Yılmaz, s. 76, 77; Erginer, s. 97; Çiftçi, s. 167.

¹¹⁵ Escher, Art. 468 N. 5; Hatemi, s. 90; Ayan, s. 119; Eren/Aktürk, s. 66; Kocayusufpaşaoğlu, s. 141; Oğuzman, s. 103; İmre/Erman, s. 66; Antalya/Sağlam, s. 219; İnan/Ertaş/Albaş, s. 302; Çabri, s.164; Çiftçi, s. 167.

¹¹⁶ Ayan, s. 119; Eren/Aktürk, s. 66; Oğuzman, s. 103; Kocayusufpaşaoğlu, s. 141; Antalya/Sağlam, s. 219, 220; İnan/Ertaş/Albaş, s. 302; Öztan, s. 183; Çabri, s. 164; İmre/Erman, s. 66; Gençcan, s. 392; Çiftçi, s. 116. Vasiyetnamenin, yasal

Kanunda kısıtlılar açısından bazı işlemlerin geçerliliği için yasal temsilcinin iznine ek olarak, vesayet ve denetim makamının da izni aranmaktadır. TMK m. 463 hükmünde sayılan bu işlemler arasında “miras sözleşmesinin yapılması” da yer almaktadır. Doktrinde tartışmalı olmakla birlikte, genel olarak, TMK m. 463/b. 5’te yer alan bu düzenlemenin, ölüme bağlı tasarrufta bulunan kimseye değil, sözleşmenin karşı tarafına ilişkin bir düzenleme olduğu ve kısıtlıların denetim makamının iznini alsalar bile geçerli bir miras sözleşmesi yapamayacakları kabul edilmektedir.¹¹⁷ Bu kabulün gerekçesi ise, miras sözleşmesinde ölüme bağlı tasarrufta bulunan tarafın temsil yasağına tabi olması şeklinde açıklanmıştır. Zira, TMK m. 463 hükmünde öngörülen vesayet ve denetim makamlarından izin alınmasına ilişkin şart, daha sonra açıklayacağımız üzere,¹¹⁸ ancak temsilci kullanabilen, yani ölüme bağlı tasarrufta bulunmayan taraf için uygulanabilir bir şarttır.¹¹⁹

Kısıtlanması için yeterli sebep bulunmayan ancak belli işlemlerde ehliyetleri sınırlanmış kişiler grubunda yer alan sınırlı ehliyetliler ise, tam ehliyetliler gibi serbestçe mirasbırakan sıfatıyla miras sözleşmesi yapabilir. Zira, mirasbırakan sıfatıyla miras sözleşmesi yapmak, TMK m. 429

temsilcinin işleme katılması ya da icazetiyle yapılamayacağı hakkında ayrıca bkz. Weimer, *Berner Kommentar*, Art. 467, N. 24.

¹¹⁷ Bkz. [Bundesgerichtssentscheidungen (Federal Mahkeme Kararları)] (BGE) 60 II 507; Weimer, *Berner Kommentar*, Art. 468, N. 9; Eren/Aktürk, s. 67; Kocayusufoğlu, s. 141; Ayrıca bkz. Dural/Öz, s. 102, 103. *Antalya/Sağlam* ise, doktrindeki hâkim görüşe katılmamakta, ilgili hükmün sadece ölüme bağlı tasarrufta bulunmayan tarafa özgü olmadığını belirtmektedir (ayrıntılı açıklama için bkz. *Antalya/Sağlam*, s. 220, 221). *Erginer*’e göre ise, sınırlı ehliyetsizler, sağlararası bir borç altına girmedikleri takdirde mirasbırakan sıfatıyla yasal temsilcileri olmadan da sözleşme tarafı olabilir, ancak borç altına girdikleri hallerde yasal temsilcinin rızasıyla sözleşmeye taraf olabilmektedir. Mirasbırakanın vesayet altında olduğu hallerde ise, TMK m. 463/b. 5 uygulama alanı bulmalıdır (bkz. *Erginer*, s. 98).

¹¹⁸ Bkz. aşağıda, “5.2. Ölüme Bağlı Tasarrufta Bulunmayan Tarafın Ehliyeti” başlığı altında yapılan açıklamalar.

¹¹⁹ BGE 60 II 507; İnan/Ertas/Albaş, s. 171; Dural/Öz, s. 103; Tuor, Art. 468 N. 12

hükmünde yasal danışmanın oyuna ihtiyaç duyulan haller arasında sayılmamıştır.¹²⁰ Şu hâlde, ayırt etme gücüne sahip olan ve kendisine yasal danışman¹²¹ veya kayyım¹²² atanan bir kişi de mirasbırakan sıfatıyla miras sözleşmesini tek başına yapabilecektir.

Olumlu miras sözleşmelerinde mirasbırakan sıfatı bulunan kişinin ehliyeti açısından belirtmiş olduğumuz tüm bu hususlar, mirastan feragat sözleşmesindeki ölüme bağlı tasarrufta bulunan kişi (feragat ettiren) açısından da geçerlidir. Şu hâlde, sözleşmede mirasbırakan sıfatını taşıyan kişi (feragat ettiren), her ne kadar sadece feragat eden karşı tarafın vazgeçmeye dönük iradesini kabul ediyor olsa da, ölüme bağlı tasarrufta bulunan kendisi olduğu için, onun tam ehliyetli olması aranmalıdır.¹²³ Mi-

¹²⁰ Öztan, s. 184; Ayan, s. 119; Eren/Aktürk, s. 67; Kocayusufpaşaoğlu, s. 141; Antalya/Sağlam, s. 218; İnan/Ertas/Albaş, s. 171; Çabri, s. 165; İmre/Erman, s. 67; Çiftçi, s. 173; Gençcan, s. 392; Erginer, s. 97; Öztan/Öztan, s. 3590.

¹²¹ BGE 60 II 507; Weimer, *Berner Kommentar*, Art. 468, N. 10. Kendisine yönetim danışmanı (Verwaltungsbeirat) atanan kimsenin miras sözleşmesi yapma ehliyetine sahip olduğu (BGE 60 II 509) yönünde ayrıca bkz. Escher, Art. 468 N. 5. Bu konuda farklı bir görüşe göre ise: “[...] üzerinde durulması gereken husus, sınırlı ehliyetliye oy danışmanı değil de, yönetim danışmanı tayin edilmişse, yine de miras bırakan olarak miras sözleşmesine taraf olup olamayacağıdır. Öğretide kabul edilen görüşe göre, kendisine yönetim danışmanı atanan kişinin ehliyet durumunun daha çok sınırlı ehliyetsizin ehliyet durumuna yaklaştığıdır. Bu görüşün benimsenmesi hâlinde ise, sınırlı ehliyetlinin mirasbırakan olarak miras sözleşmesinde yer almayacağıın kabulü isabetli olur. Sınırlı ehliyetliye karma danışman atandığı durumda da sınırlı ehliyetlinin mirasbırakan olarak miras sözleşmesine taraf olamayaacağı evlebiyetle ileri sürülebilir” (Öztan/Öztan, s. 3591).

¹²² Eren/Aktürk, s. 67. Kişiye kayyım atanması, kişinin fiil ehliyetini sınırlamadığı veya ehliyetinde bir değişiklik yaratmadığı için miras sözleşmesini kendisi yapabilir (bkz. Öztan, s. 184; Öztan/Öztan, s. 3591). İsviçre Medeni Kanunu’na göre (Art. 468/f. II ZGB), kayyımlığın konusu miras sözleşmesini içeriyorsa, bu durumda kayyımın da rızası aranmalıdır (bkz. CHK-Abt, Art. 467–468 N.10).

¹²³ Kocayusufpaşaoğlu, s. 144; Öztan, s. 185, 257; Çabri, s. 167; Antalya/Sağlam, s. 215, 216; Çiftçi, s. 177.

rastan feragat sözleşmesi, sadece miras sözleşmesi şeklinde yapılabilen¹²⁴ bir ölüme bağlı tasarruf olup, bizim de katıldığımız görüş uyarınca,¹²⁵ feragat ettiren sınırlı ehliyetsiz ise, yasal temsilcinin izni ve TMK m. 463/b.5 hükmü çerçevesinde vesayet ve denetim makamlarından izin alınarak dahi yapılamaz. *De lega ferenda* olarak savunulabilecek, ancak yürürlükteki hukuk açısından katılmadığımız, doktrinde savunulan bir diğer görüşe göre ise, kısıtlı olan sınırlı ehliyetsiz tarafından mirasbırakan sıfatıyla akdedilecek mirastan feragat sözleşmesinin ivazlı olduğu hallerde, sözleşmenin ancak TMK m. 463/b.5 hükmüne riayet edilmek koşuluyla yapılabileceği ifade edilmektedir. Bu görüşe göre, ivazsız mirastan feragat sözleşmesinin ise, yasal temsilciden izin alınmadan (TMK m. 16/f. II) yapılması mümkündür.¹²⁶

5.2. Ölüme Bağlı Tasarrufta Bulunmayan Tarafın Ehliyeti

Miras sözleşmesiyle sadece taraflardan biri ölüme bağlı tasarrufta bulunuyorsa, yani bir tarafın tasarrufta bulunduğu miras sözleşmesi söz konusuysa, ölüme bağlı tasarrufta bulunmayan tarafın ehliyeti açısından genel ehliyet kuralları uygulanmaktadır.¹²⁷ Bu bağlamda, ölüme bağlı tasarrufta bulunmayan taraf tam ehliyetli ise, bu sözleşmeyi tek başına ge-

¹²⁴ Dural/Öz, s. 195; Kocayusufpaşaoğlu, s. 301; Kılıçoğlu, s. 151; Hatemi, s. 109; Eren/Aktürk, s. 69, 183; Oğuzman, s. 168. Bu konuda ayrıca bkz. Yargıtay İBK., T. 11.02. 1959, 16/14, RG. 10223 (resmigazete.gov.tr) Erişim: 08.02.2022. Ayrıca bkz. yukarıda, dn. 19 ve 27'ye ait paragraflardaki açıklamalar.

¹²⁵ Dural/Öz, s. 102, 103, 196, Öztan, s. 185, 257; Çiftçi, s. 178; Tuor, Art. 468 N. 7; Druey, § 12, N. 27; Piotet, *Schweizerisches Privatrecht (SPR) IV/1*, s. 217. Ayrıca bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 141.

¹²⁶ Hatemi, s. 89, 90.

¹²⁷ Kocayusufpaşaoğlu, s. 141; Oğuzman, s. 103; Öztan, s. 184; Dural/Öz, s. 102; Eren/Aktürk, s. 68; Antalya/Sağlam, s. 213, 216, 222; Serozan/Engin, s. 283, 284, 433; Çabri, s. 159, 165; İnan/Ertuş/Albaş, s. 171; Eren, (İptal), s. 25; Weimar, *Berner Kommentar*, Art. 468 N. 2; Piotet, *SPR IV/1*, s. 216; Tuor, Art. 468 N. 12; Ayan, s. 119; Gençcan, s. 392; Erginer, s. 98; Öztan/Öztan, s. 3591; Çiftçi, s. 173.

çerli olarak yapabilecektir. Aynı sonuç, ölüme bağlı tasarrufta bulunmayan tarafın sınırlı ehliyetli olması halinde de geçerlidir.¹²⁸ Zira, miras sözleşmesine taraf olmak, TMK m. 429 hükmünde yasal danışmanın oyuna ihtiyaç duyulan haller arasında sayılmamıştır.¹²⁹ Ölüme bağlı tasarrufta bulunmayan taraf, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkı üzerinde tasarrufta bulunmadığı için, onun miras sözleşmesini bizzat yapma zorunluluğu olmayıp, işlemi hem yasal hem de iradi temsilcisi aracılığıyla yapabilir.¹³⁰ Örneğin tam ehliyetli ya da sınırlı ehliyetli olan karşı tarafın iradi temsilcisi, bu işlemi onun adına yapabilir. Ancak miras sözleşmesinin ölüme bağlı tasarrufta bulunmayan tarafı tam ehliyetsiz ise, miras sözleşmesini onun adına yasal temsilcisi yapmak zorundadır.¹³¹ Tam ehliyetsizin sözleşmelere taraf olması mümkün olmadığı için (TMK m. 15), miras sözleşmesine de taraf olamayacağı, aksi durumda sözleşmenin zaten geçerli olduğundan bahsedilemeyeceği, eş deyişle kesin hükümsüz olacağı belirtilmelidir.¹³² Tam ehliyetsizin vesayet altında olması durumunda ise, ya-

¹²⁸ Öztan, s. 186; Ayan, s. 119; Çabri, s. 165.

¹²⁹ Bu konuda farklı bir görüşe göre: “eğer sınırlı ehliyetliye yönetim danışmanı tayin edilmişse, kişinin fiil ehliyetinin sınırlı ehliyetsizin fiil ehliyetine ve yasal danışmanın durumunun da vasiinin durumuna yaklaştığı gözönünde tutulduğunda, miras sözleşmesinin tarafı olarak sınırlı ehliyetli mirasbırakana ivazlı bir kazandırmada bulunuyorsa, sözleşmenin geçerli olması için vesayet makamının ve denetim makamının izninin aranmasının isabetli olacağı görüşü ileri sürülebilir. Buna karşılık, sınırlı ehliyetliye miras sözleşmesi ile karşılıksız bir kazandırmada bulunuluyorsa, sınırlı ehliyetlinin miras sözleşmesine taraf olmasında herhangi bir iznin verilmesine gerek yoktur” (bkz. Öztan/Öztan, s. 3593).

¹³⁰ Kocayusufpaşaoğlu, s. 144; Dural/Öz, s. 102; Öztan, s. 184; Serozan/Engin, s. 284, 433; Eren, (İptal), s. 26; Çabri, s. 159, 166; Erginer, s. 98; Öztan/Öztan, s. 3592; İmre/Erman, s. 66, 189; Çiftçi, s. 173; Susanne Marxer, ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK- Orell Füssli Kommentar, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 468 N. 5; Piotet, SPR IV/1, s. 216; Tuor, Art. 468 N. 12; Escher, Art. 468 N. 7. Bkz. yukarıda, dn. 72 ve dn. 113’e ait paragraflardaki açıklamalar.

¹³¹ Öztan, s. 185; Eren/Aktürk, s. 68; Serozan/Engin, s. 283; Eren, (İptal), s. 26; Antalya/Sağlam, s. 223; Ayan, s. 119; İşgüzar/Demir/Yılmaz, s. 40, 41; Çabri, s. 166; Çiftçi, s. 174.

¹³² Kocayusufpaşaoğlu, s. 146; Öztan, s. 185; Abt, s. 73; Öztan/Öztan, s. 3594. Borçlar hukukunda ehliyetsizliğin yaptırımını baskın görüşe göre [Eren, s. 385, 388

sal temsilcinin (vasinin) yapacağı miras sözleşmesi için, TMK m. 463/b.5'e göre vesayet ve denetim makamının da (sulh ve asliye mahkemelerinin) izni gerekir.¹³³ Fakat, velayet altındaki tam ehliyetsiz için böyle bir şart aranmayacaktır.¹³⁴ Başka bir deyişle, velinin bu işlemi yapabilmesi için bir başka kişi ya da makamın onayı gerekmez.¹³⁵

Miras sözleşmesinin ölüme bağlı tasarrufta bulunmayan tarafı sınırlı ehliyetsiz ise, miras sözleşmesinin ivazlı olup olmamasına göre bir ayırım yapmak gerekir. Baskın görüş, miras sözleşmesi ivazsız ise, sınırlı ehliyetsiz açısından bir karşılıksız kazandırma söz konusu olduğu için sınırlı ehliyetsizin yasal temsilcinin işleme katılmasına gerek olmadan miras sözleşmesini tek başına yapabileceğini savunmaktadır (TMK m. 16/f. II).¹³⁶ Yapılan kazandırmanın yükümlü olmasının da bu sonuca etki etme-

vd.; Oğuzman/Öz, C: I, s. 84; Nomer, s. 76; Dural/Sarı, s. 226; Hatemi, (Medeni), s. 165; Serozan, (Medeni), s. 335] kesin hükümsüzlüktür. Bu konudaki açıklamalar için ayrıca bkz. Jale Akipek/Turgut Akıntürk/Derya Ateş Karaman, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, 1. Cilt, Yenilenmiş 7. Baskı, İstanbul 2009, s. 306 vd. Ayırt etme gücü olmayan bir kişinin iradesinden söz edilemeyeceği ve irade beyanının da hukuki işlemin kurucu unsuru olması nedeniyle, tam ehliyetsiz tarafın yaptığı hukuki işlemin yaptırımının kesin hükümsüzlük değil, yokluk olması gerektiği yönünde bkz. Oğuzman/Barlas, s. 224, dn. 340'taki açıklamalar. Ayırt etme gücünün kurucu unsur olduğu, bu unsurun eksikliği halinde sözleşmenin kurulmamış sayıldığı hakkında ayrıca bkz. Max Keller/Christiani Schöbi, *Das Schweizerische Schuldrecht, Bd. I: Allgemeine Lehren des Vertragsrechts*, 3. Auflage, Basel- Frankfurt 1988, s. 29.

¹³³ Dural/Öz, s. 103; Öztan, s. 186; Ayan, s. 119, 120; Antalya/Sağlam, s. 223; Çabri, s. 166; Gençcan, s. 392; Erginer, s. 98; Öztan/Öztan, s. 3594; Çiftçi, s. 174.

¹³⁴ Aynı yönde bkz. Antalya/Sağlam, s. 223; Erginer, s. 98.

¹³⁵ Çabri, s. 166.

¹³⁶ Dural/Öz, s. 103; Hatemi, s. 90; Öztan, s. 186; Eren/Aktürk, s. 68; Ayan, s. 119; Kocayusufpaşaoğlu, s. 141; Antalya/Sağlam, s. 223; Serozan/Engin, 283; Eren, (İptal), s. 26; Çabri, s. 166; İmre/Erman, s. 66, 189; İşgüzar/Demir/Yılmaz, s. 40, 41, 77; Erginer, s. 98; Öztan/Öztan, s. 3592; Çiftçi, s. 174; Abt, s. 71; Weimar, *Berner Kommentar*, Art. 468 N. 14; Druey, § 12, N. 27; Piotet, *SPR IV/1*, s. 216; Tuor, Art. 468 N. 12; Markus Hohl, *Aufhebung von Erbverträgen unter Lebenden und von Todes wegen*, Zürich 1974, s. 153; Peter Breitschmid, *Basler Kommentar*

yeceği belirtilmektedir.¹³⁷ Ancak bazı yazarlar, mirasçı atanmanın borçlardan sorumluluğu da beraberinde getireceğini ve mirası ret imkânı olsa da, bunun ayrı bir irade beyanı gerektireceğini ifade ederek, miras sözleşmesiyle mirasçı atanmanın sınırlı ehliyetsizin tek başına yapabileceği bir işlem olarak kabul edilemeyeceğini savunmaktadır.¹³⁸ Bu görüşe katılmayan yazarlar ise, sınırlı ehliyetsizin miras sözleşmesinin kurulmasıyla değil, mirasın açılması ile olası bir borç altına gireceğini ve üç aylık hak düşürücü süre içerisinde mirası reddetme imkânı bulunması nedeniyle, bu durumun sınırlı ehliyetsiz açısından herhangi bir tehlike yaratmayacağını isabetli olarak ifade etmektedir.¹³⁹

Miras sözleşmesi ivazlı ise, sınırlı ehliyetsiz sağlararası bir ivaz borcu altına gireceği için (TMK m. 16/f. I), miras sözleşmesini ancak yasal temsilcisinin rızası ile yapabilir ya da yasal temsilcisi miras sözleşmesini sınırlı ehliyetsiz adına yapabilir.¹⁴⁰ Bu ihtimalde, sınırlı ehliyetsiz, yasal temsilciden izin almadan miras sözleşmesini yaparsa, miras sözleşmesi askıda hükümsüz olur.¹⁴¹ Ne zaman ki, yasal temsilci icazet verir, bu durumda miras sözleşmesi de hükümlerini kurulduğu andan itibaren doğurmaya başlar. Sınırlı ehliyetsizin vesayet altında bulunduğu durumda ise, yasal temsilcinin rızasının yanında (TMK m. 451/f. I), ayrıca TMK m. 463/b.5'e göre sulh ve asliye mahkemelerinin (vesayet ve denetim makamının) de izin vermesi gerekmektedir.¹⁴² Ancak, sınırlı ehliyetsiz velayet

zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, Art. 457- 977 ZGB, Art. 1- 61 SchlT ZGB, 4. Auflage, Basel 2011, Art. 467/468, N. 6.

¹³⁷ Dural/Öz, s. 103; Çiftçi, s. 174; Weimar, *Berner Kommentar*, Art. 468 N. 16.

¹³⁸ Piotet, *SPR IV/1*, s. 216, 217.

¹³⁹ Weimar, *Berner Kommentar*, Art. 468 N. 15, 16; Abt, s. 71. Sınırlı ehliyetsizin miras sözleşmesinin yapıldığı anda değil, mirasın geçtiği anda borç altına gireceği yönünde bkz. Dural/Öz, s. 103; Çiftçi, s. 174.

¹⁴⁰ Dural/Öz, s. 100; Kocayusufpaşaoğlu, s. 144; Öztan, s. 184; Serozan/Engin, s. 283; Eren/Aktürk, s. 68; Antalya/Sağlam, s. 223; Oğuzman, s. 103; İmre/Erman, s. 67, 189; Eren, (İptal), s. 26; Ayan, s. 119; İşgüzar/Demir/Yılmaz, s. 41, 77; Erginer, s. 98; Öztan/Öztan, s. 3592; Çiftçi, s. 174; Hohl, s. 153, 154.

¹⁴¹ Sağlararası işlemlere ilişkin genel hükümlerin uygulanacağı yönünde bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 146.

¹⁴² Piotet, *SPR IV/1*, s. 217; Tuor, Art. 468 N. 12; Hatemi, s. 90; Öztan, s. 184; Kocayusufpaşaoğlu, s. 144; Oğuzman, s. 104; Eren/Aktürk, s. 68; Serozan/Engin, s.

altında ise, sadece velinin rızası aranacak olup, sulh ve asliye mahkemelerinin de izin vermesi aranmamaktadır.¹⁴³

Sınırlı ehliyetsiz, yasal temsilcisi ile miras sözleşmesi yapacak ise, bu durumda menfaat çatışması yaşanmaması adına, sınırlı ehliyetsizin bir kayyım tarafından temsil edilmesi isabetli olacaktır (TMK m. 426/b. 2). Bunun yanı sıra, bu miras sözleşmesinin hâkim tarafından onaylanması da (TMK m. 345) şarttır.¹⁴⁴

Miras sözleşmesinde ölüme bağlı tasarrufta bulunmayan tarafın ehliyetine ilişkin bu kurallar, mirastan feragat sözleşmesi için de geçerlidir. Bu noktada, mirastan feragat eden için, sözünü ettiğimiz genel ehliyet kuralları uygulanacaktır.¹⁴⁵ Şu hâlde, tam ehliyetliler ile sınırlı ehliyetliler¹⁴⁶

284; Eren, (İptal), s. 26; Çabri, s. 166, 167; İmre/Erman, s. 67; Gençcan, s. 392; Öztan/Öztan, s. 3592; Çiftçi, s. 174. Ayrıca bkz. Dural/Öz, s. 103; Ayan, s. 119; İşgüzar/Demir/Yılmaz, s. 41, 77.

¹⁴³ Tuor, Art. 468 N. 12; Çabri, s. 167.

¹⁴⁴ Dural/Öz, s. 103; Eren/Aktürk, s. 68, 69; Çiftçi, s. 176; Abt, s. 71; Weimar, *Berner Kommentar*, Art. 468 N. 13; OFK-ZGB-Marxer, Art. 468 N. 5; Öztan/Öztan, s. 3592; Eren, (İptal), s. 26.

¹⁴⁵ Kocayusufoğlu, s. 144; Dural/Öz, s. 103; Öztan, s. 185; Eren/Aktürk, s. 69; Serozan/Engin, s. 284; Antalya/Sağlam, s. 216, 222; Çabri, s. 167; Çiftçi, s. 178, 179.

¹⁴⁶ Bu konuda farklı bir görüşe göre: “Mirastan feragat sözleşmesinin yapılmasına sınırlı ehliyetlinin taraf olması durumunda da yapılan işlemin geçerli olup olmayacağı meselesinin açıklığa kavuşturulmasında sınırlı ehliyetliye oy danışmanı mı yoksa yönetim danışmanı mı tayin edilmiş olduğu göz önünde tutulmalıdır. Eğer sınırlı ehliyetliye oy danışmanı tayin edilmiş ise sınırlı ehliyetli hem ivazlı, hem ivazsız mirastan feragat sözleşmesine taraf olabilir; çünkü Türk Medenî Kanunu’nun 429’uncu maddesinde dokuz bent hâlinde sayılan durumlar arasında mirastan feragata ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Buna karşılık sınırlı ehliyetliye yönetim danışmanı tayin edilmişse, sınırlı ehliyetlinin ivazlı feragat sözleşmesini yasal danışmanının ve vesayet dairelerinin onayı olmaksızın yapamayacağıdır. Türk Medenî Kanunu’nun 463’üncü maddesinin 5’inci bendinin buraya kıyasen uygulanmasının isabetli olacağı ileri sürülebilir. Kendisine yönetim danışmanı tayin edilen sınırlı ehliyetli, ivazsız feragat sözleşmesi yapıyorsa, bu durumda da yönetim danışmanının ve vesayet dairelerinin izninin alınmasına gerek olup olmadığı üzerinde öğretide fikir beraberliği yoktur. Bir görüşe göre, burada henüz doğmamış beklemece bir haktan vazgeçildiği için sınırlı ehliyetli bu işlemi

feragat eden sıfatıyla tek başlarına mirastan feragat sözleşmesi yapabilecektir.¹⁴⁷ Bu durumda feragat eden kişi, isterse temsil yoluyla da bu işlemi gerçekleştirebilir. Mirastan feragat eden kişinin tam ehliyetsiz olması halinde ise, mirastan feragat sözleşmesinin kesin hükümsüz (TMK m. 15) olacağı açıktır.¹⁴⁸ Bu nedenle onlar adına sözleşmeyi yasal temsilcinin yapması gerekir. Tam ehliyetsizin vesayet altında olduğu hallerde ise, yasal temsilcisinin (vasinin) vesayet ve denetim makamlarından da (TMK m. 463/b.5) izin alması gerekir.

Doktrinde isabetli olarak, sınırlı ehliyetsizin mirastan feragat sözleşmesinde feragat eden konumunda bulunduğu hallerde ise, sözleşmenin ivazlı ya da ivazsız olması fark etmeksizin, feragatin yasal temsilcinin rızasıyla yapılabileceği kabul edilmektedir.¹⁴⁹ Zira, mirastan feragat etmek ya da beklenen miras hakkından vazgeçmek, teknik anlamda bir tasarruf işlemi sayılmaktadır.¹⁵⁰ İvazlı bir mirastan feragat sözleşmesinin feragat eden tarafını bir sınırlı ehliyetsiz oluşturuyorsa, sınırlı ehliyetsiz bir alacak hakkı elde etse de, bu işlem yasal temsilci (veli ya da vasi) rıza vermediği sürece geçerli olmayacaktır. Ancak sınırlı ehliyetsiz vesayet altında ise, vasinin rızasına ek olarak, TMK m. 463/b.5'e göre sulh ve asliye mahkemelerinin (vesayet ve denetim makamının) de izin vermesi gerekmektedir.¹⁵¹ Şüphesiz ki bu durum da, hem ivazlı hem ivazsız mirastan feragat sözleşmesi için geçerlidir. Ancak *Hatemi*, sözleşmenin karşı tarafı kısıtlı ise, onun ivazsız mirastan feragat sözleşmesini hiçbir şekilde yapamayacağı (yasak işlem); ivazlı feragat sözleşmesini ise TMK m. 463/f.5 hükmünün şartlarına uyarak yapmasının mümkün olduğu görüşündedir.¹⁵²

tek başına yapabilir. İşlem Türk Medenî Kanunu'nun 449'uncu maddesinin kapsamına girmez. Karma yasal danışmanlık için de yönetim danışmanlığında öngörülen çözüm yolları geçerli olmalıdır" (bkz. Öztan/Öztan, s. 3593).

¹⁴⁷ Eren, (İptal), s. 26; Çabri, s. 167.

¹⁴⁸ Bkz. Eren/Aktürk, s. 69; Eren, (İptal), s. 26, 27; Çiftçi, s. 183. Ayrıca bkz. yukarıda, dn. 132'deki açıklamalar.

¹⁴⁹ Dural/Öz, 196; Eren, (İptal), s. 26; Çabri, s. 167; Hohl, s. 153. 154; Çiftçi, s. 179.

¹⁵⁰ Antalya/Sağlam, s. 224; Eren, (İptal), s. 26; Çiftçi, s. 179.

¹⁵¹ Antalya/Sağlam, s. 223, 224; Çabri, s.167; Dural/Öz, s. 196; Çiftçi, s. 179. Ayrıca bkz. Hatemi, s. 90.

¹⁵² Hatemi, s. 89, 90.

6. Taraflardan Birinin Ehliyetsizliğinin Sonuçları

İki tarafın da tasarrufta bulunduğu miras sözleşmelerinde, her iki taraf için de ölüme bağlı tasarrufta bulunan kişinin ehliyetine ilişkin kurallar uygulanacağı için (TMK m. 503) tarafların ehliyetsizliğinin sonuçları da, bu çerçevede tespit edilir. Ancak, bir tarafın tasarrufta bulunduğu miras sözleşmelerinde, ölüme bağlı tasarrufta bulunan taraf ile ölüme bağlı tasarrufta bulunmayan tarafın farklı ehliyet kurallarına tabi olması nedeniyle, tarafların ehliyetsizliğinin sonuçları da farklı olacaktır.

6.1. Ölüme Bağlı Tasarrufta Bulunmayan Tarafın Ehliyetsizliğinin Sonuçları

Miras sözleşmesinin ölüme bağlı tasarrufta bulunmayan tarafı bakımından genel ehliyet kuralları uygulandığı için, fiil ehliyetsizliğinin sonuçları da genel kurallara göre belirlenecektir. Bunun sonucu olarak, ölüme bağlı tasarrufta bulunmayan tarafın miras sözleşmesini yaptığı sırada tam ehliyetsiz olması halinde (TMK m. 15), işlem kesin hükümsüz olacaktır.¹⁵³ Dolayısıyla, miras sözleşmesinin hükümsüz hale gelmesi için ayrıca iptal davası açılmasına gerek bulunmadığı gibi, tam ehliyetsizin yaptığı miras sözleşmesi yasal temsilcinin işleme icazet vermesiyle de geçerli hale gelmeyecektir.¹⁵⁴ Bu halde işlemin hüküm doğurması isteniyorsa, yasal temsilci tarafından yeniden yapılması gerekmektedir.¹⁵⁵

Miras sözleşmesi ivazlı ise ve ölüme bağlı tasarrufta bulunmayıp sadece sağlararası borç altına giren taraf sınırlı ehliyetsiz ise, yasal temsilcinin

¹⁵³ Dural/Öz, s. 104; Öztan, s. 187; Antalya/Sağlam, s. 226; Çabri, s. 169; Erginer, s. 100; Çiftçi, s. 183. Benedikt Seiler, *Die erbrechtliche Ungültigkeit unter besonderer Berücksichtigung der Wirkungen in personeller Hinsicht*, Zürich/Basel/Genf 2017, N. 543; CHK-Abt, Art. 467–468 N. 18; Abt, s. 73; Weimar, *Berner Kommentar*, Art. 468 N. 23; Stephan Wolf/Gian Sandro Genna, *Schweizerisches Privatrecht, Erbrecht*, Band IV/1, Basel 2012, s. 193; Escher, Art. 468 N. 10; Hohl, s. 153. Ayrıca bkz. yukarıda, dn. 132'deki ve bu dipnota ait paragraftaki açıklamalar.

¹⁵⁴ Çabri, 168, 169.

¹⁵⁵ Ancak bu kişi vesayet altındaysa, TMK m. 463/b.5. uyarınca sulh ve asliye mahkemelerinin de (vesayet ve denetim makamının) izni gerekir. Ayrıca bkz. yukarıda, dn. 133'e ait paragraftaki açıklamalar.

izni olmadan yapılan işlem (TMK m. 16) askıda hükümsüz olur.¹⁵⁶ Aynı şekilde, olumsuz miras sözleşmesinde, mirastan feragat eden sınırlı ehliyetsiz ise, sözleşmenin ivazlı ya da ivazsız olması fark etmeksizin yasal temsilcinin izni olmadan yapılan sözleşme askıda hükümsüz olur. Yasal temsilci miras sözleşmesine icazet verirse, miras sözleşmesi kurulduğu andan itibaren geçerli olur. Yasal temsilci miras sözleşmesine icazet vermezse ya da kendisine beyanda bulunması için verilen süreyi susarak geçirirse, miras sözleşmesi kurulduğu andan itibaren kesin hükümsüz olur.¹⁵⁷

6.2. Ölüme Bağlı Tasarrufta Bulunan Tarafın Ehliyetsizliğinin Sonuçları

Miras sözleşmesiyle ölüme bağlı tasarrufta bulunan tarafın fiil ehliyetinin bulunmaması halinde, ehliyet eksikliğinin ne şekilde ileri sürüleceğine ilişkin düzenleme, TMK m. 557-559 hükümlerinde yer almaktadır. Mirasbırakanın ölümünden sonra ehliyetsizliğin ileri sürülmesi, TMK m. 557/b.1'e göre gerçekleşecek olup, söz konusu hüküm, mirasbırakanın tasarruf ehliyetinin (*TMK m. 503; miras sözleşmesi yapma ehliyetinin*) bulunmaması halinde, ölüme bağlı tasarrufun (miras sözleşmesinin) iptali için dava açılabilceğini düzenlemektedir. Bu dava, mirasbırakanın ölümünden sonra,¹⁵⁸ tasarrufun iptal edilmesinde menfaati bulunan yasal yahut atanmış mirasçı veya vasiyet alacaklısı tarafından açılabilmektedir (TMK m.

¹⁵⁶ Dural/Öz, s. 104; Öztan, s. 187; Antalya/Sağlam, s. 223, 224; Çabri, s. 169; Erginer, s. 100. Olumlu miras sözleşmesinin ölüme bağlı tasarrufta bulunmayan tarafı olan sınırlı ehliyetsizin vesayet altında olduğu hallerde, işlemin hüküm doğurması için, bu izne ek olarak TMK m. 463/b.5'e göre sulh ve asliye mahkemelerinin (vesayet ve denetim makamının) de izin vermesi gerekir (ayrıca bkz. yukarıda, dn. 142'ye ait paragraftaki açıklamalar).

¹⁵⁷ Dural/Öz, s. 105; Antalya/Sağlam, s. 226; Erginer, s. 100; Çiftçi, s. 183. Mirastan feragat sözleşmesinde, feragat eden tarafın sınırlı ehliyetsiz, sınırlı ehliyetsizin de vesayet altında olduğu hallerde, işlemin hüküm doğurması için, yasal temsilcinin iznine ek olarak TMK m. 463/b.5'e göre sulh ve asliye mahkemelerinin (vesayet ve denetim makamının) de izin vermesi gerekmektedir (ayrıca bkz. yukarıda, dn. 151'e ait paragraftaki açıklamalar).

¹⁵⁸ Baskın görüş, iptal davasının mirasbırakanın ölümünden sonra açılabilceğini savunmaktadır (bkz. Weimar, *Berner Kommentar*, Art. 468 N. 26; CHK-Abt, Art. 467-468 N. 17; Abt, s. 102, Tuor, Vorbem. zu Art. 519-521 N. 14; Escher, Vorbem.

558/f. I). Bu davada, davacıların, mirasbırakanın fiil ehliyeti olmadığını ispat etmesi (TMK m. 6) gerekmektedir.¹⁵⁹ TMK m. 559/f. I ise, iptal davasının, davacının tasarrufu, iptal sebebini ve kendisinin hak sahibi olduğunu öğrendiği tarihten başlayarak bir yıl ve miras sözleşmelerinde her halde mirasın geçmesi tarihinin üzerinden iyiniyetli davalılara karşı on yıl, iyiniyetli olmayan davalılara karşı yirmi yıl geçmekle düşeceğini düzenlemektedir. Daha önce de bahsetmiş olduğumuz üzere,¹⁶⁰ miras sözleşmesiyle ölüme bağlı tasarrufta bulunan tarafın ehliyetsizliğinin ölümünden sonra ileri sürülmesi açısından, miras hukukunda, genel hükümlerden oldukça farklı bir düzenleme öngörülmüştür. Borçlar hukuku alanındaki sözleşmelerde, taraflardan birinin fiil ehliyetinin bulunmamasının sonucu, işlemin kendiliğinden kesin hükümsüz sayılması iken,¹⁶¹ miras sözleşmesinde, mirasbırakanın fiil ehliyetinin bulunmaması halinde, ölümden sonra ilgililerce iptal davası açılıp bozucu yenilik doğuran bir iptal kararı verilinceye kadar işlem geçerli imiş gibi sonuçlarını doğurmaktadır. Ancak, geçerlilik koşullarını taşımayan bu ölüme bağlı tasarrufun hâkimin kararına kadar geçerliymiş gibi sonuçlarını doğurması, mirasbırakan öldükten sonra gerçekleşmekte; mirasbırakan hayatta iken,¹⁶² bu işlem -geçerlilik koşullarını

zu Art. 519–521 N. 4; Dural/Öz, s. 233; Kocayusufpaşaoğlu, s. 345; Öztan, s. 272; Serozan/Engin, s. 267, 426; Ayan, s. 192; Atlı, s. 81, 86; Çiftçi, s. 180). İptal davasının, miras sözleşmesinin taraflarınca mirasbırakan ölmeden de açılabileceği yönündeki azınlık görüş için bkz. Piotet, *SPR IV/1*, s. 281, 282; Hohl, s. 151 vd. Vasiyetname ile ilgili olarak da, ilgililerin, mirasbırakan ölene kadar, TMK m. 557'deki iptal sebeplerinden birini taşıyan vasiyetnameye karşı geçersizlik iddiasında bulunamayacakları ve iptal davası da açamayacakları belirtilmiştir (bkz. Abt, S. 72; CHK-Abt, Art. 467–468 N. 14; Dural/Öz, s. 233).

¹⁵⁹ Eren, (İptal), s. 102 vd.; Öztan, s. 187; Eren/Aktürk, s. 213; Ayan, s. 191; Erginer, s. 99; İnan/Ertaş/Albaş, s. 314. Bu konuda ayrıntılı açıklama için bkz. Eren/Aktürk, s. 213 vd.; Abt, s. 74 vd.; Regina Elisabeth Aebi-Müller, "Testierfähigkeit im Schweizerischen Erbrecht- unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis", *successio* 2012, 4-32, s. 16 vd. (Ayrıca bkz. yukarıda, dn. 111'e ait paragraftaki açıklamalar).

¹⁶⁰ Bu konuda bkz. yukarıda, dn. 59'a ait paragraftaki açıklamalar.

¹⁶¹ Oğuzman/Öz, C: I, s. 185, 186; Eren, s. 388; Nomer, s. 67, 68; Dural/Sarı, s. 224, 225; Oğuzman/Barlas, s. 226; Abt, s. 72. Ayrıca bkz. dn. 132'deki açıklamalar.

¹⁶² Mirasbırakanın ehliyetsizliği halinde, miras sözleşmesinin mirasbırakan ölene kadarki dönemde TBK m. 27/f. I uyarınca kesin hükümsüz olacağı yönünde bkz. Müller, s. 45, 46.

taşıyıp taşınamamasından bağımsız olarak- ölüme bağlı tasarruf olma niteliği gereğince zaten hüküm doğurmamaktadır.

Ölüme bağlı tasarrufların mirasbırakanın ölümünden sonra hüküm doğurmaya başlaması, eş deyişle mirasbırakan için bağlayıcı olmaması nedeniyle,¹⁶³ ölüme bağlı tasarrufların geçerli olup olmadıkları sorununun mirasın açılmasından sonra çözülmesi gerektiği ve bu sorunun mirasbırakan ölmeden önce çözülmesinde herhangi bir menfaat bulunmadığı savunulmaktadır.¹⁶⁴ Ancak mirasbırakanın, başka bir ölüme bağlı tasarrufta bulunmak ya da mirasçılarını, kendi ölümünden sonra dava açmak zahmetinden kurtarmak istemesi gibi hallerde, miras sözleşmesini ehliyeti olmadığı sırada yaptığını ileri sürmekte ve bu geçersizliği tespit ettirmekte haklı menfaatleri olduğunu kabul etmek gerekir.¹⁶⁵ Bu nedenle, miras sözleşmesinin mirasbırakan hayattayken doğası gereği hüküm doğurmaması sebebiyle, tasarrufun geçersizliğinin mirasbırakan tarafından ileri sürülmesinde menfaat bulunmadığına ilişkin görüşe katılmıyoruz.

Türk Medeni Kanunu'nda, fiil ehliyeti olmadan ölüme bağlı tasarrufta bulunan mirasbırakanın, sağlığında kendi ehliyetsizliğini ileri sürmek istemesi durumunda, bunu ne şekilde yapması gerektiğine ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Bu nedenle, doktrinde konuya ilişkin farklı görüşler¹⁶⁶ ileri sürülmüştür. Aşağıdaki başlıkta, bu görüşler detaylı bir

¹⁶³ Mirasbırakanın ehliyetsiz iken yaptığı miras sözleşmesinin kesin hükümsüz olduğunu kabul etmemekle birlikte, bağlayıcı olmadığı yönünde bkz. Weimar, *Berner Kommentar*, Art. 468 N. 21; Tuor, Art. 468 N. 16, 17. Mirasbırakanın ehliyetsizliği halinde, miras sözleşmesinin mirasbırakan ölene kadarki dönemde de bağlayıcı olduğu yönündeki farklı bir görüş için bkz. Escher, Art. 468 N. 9.

¹⁶⁴ Weimar, *Berner Kommentar*, Art. 468 N. 26.

¹⁶⁵ Tuor, Art. 468 N. 16; Dural/Öz, s. 105; Antalya/Sağlam, s. 225; Atlı, s. 86. *Kocayusufpaşaoğlu'na* göre de, mirasbırakan eğer sağlığında bu imkândan yararlanarak miras sözleşmesini hükümsüz kılmışsa, öldükten sonra mirasçılarını/ vasiyet alacaklılarının iptal davası açmalarına lüzum kalmayacaktır. Bu durumda mirasbırakan ilk sözleşmeye konu olan malvarlığı üzerinde yeniden ve serbest bir biçimde ölüme bağlı tasarrufta bulunabilecektir (Kocayusufpaşaoğlu, s. 145).

¹⁶⁶ Genel bilgi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 145; Dural/Öz, s. 105, 226; Serozan/Engin, s. 285, 321, 433 Antalya/Sağlam, s. 225; Atlı, s. 87; Çiftçi, s. 181, 182. Bkz. aşağıda, dn. 168'deki açıklamalar ile "7.2. Mirasbırakanın ehliyetsizliği

şekilde ele alınacak ve söz konusu görüşlere ilişkin değerlendirmeler yapılacaktır.

7. Mirasbırakanın Sağlığında Kendi Ehliyetsizliğine Dayanarak, Miras Sözleşmesinin Geçersizliğini Ne Şekilde İleri Sürebileceği Hususu

Mirasbırakanın sağlığında kendi ehliyetsizliğini ileri sürerek miras sözleşmesini iptal ettiremeyeceği hususunda doktrinde baskın görüş, irade sakatlıklarında, mirasbırakana, sağlığında ölüme bağlı tasarruftan dönme hakkı tanıyan TMK m. 504/f. I, cümle (c). 2'nin, irade sakatlığından daha ağır bir durum olan ehliyetsizlik halinde evleviyetle¹⁶⁷ (*yeğlikle, haydi haydi*) uygulanacağını¹⁶⁸ ve maddede düzenlenen bir yıllık hak

halinde dönme/iptal hakkının ne şekilde kullanılacağına ilişkin görüşler" başlığı altındaki açıklamalar.

¹⁶⁷ Kanunun evleviyetle uygulanması, "belirli bir eylem, davranış veya ilişki hakkındaki kanun hükmünü veya bu hükümden çıkan ilişkiyi, bunların hemen hemen aynı olan, onlara çok benzeyen, fakat kanunda düzenlenmemiş bulunan bir eylem, davranış veya ilişkiye uygulamaktır" (bkz. Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, s. 123). Başka bir tanıma göre ise, "metnin önceliğinde kalan hususların tesbiti yoluyla kanunun lafzının uygulanmasına kanunun öncelik (evleviyet=*a fortiori*) yoluyla uygulanması" denilir (bkz. Aytekin Ataay, *Medeni Hukukun Genel Teorisi, Temel Bilgiler- Genel Kavramlar*, 2. Bası, İstanbul 1971, s. 167). Hatemi de, (Medeni, s. 94), "kıyası destekleyen evleviyet delili olarak (*a fortiori*, yeğlikle uygulama)"dan bahsetmekte ve kurumu şöyle tanımlamaktadır: "bir kanun kuralı belirli bir vakular bütünü (*Tatbestand*, hal ve şartlar) için belirli bir hüküm getirmiş ise ve karşılaştığımız olayın şartları kuralına şartlar bölümünde belirtilen olgulardan daha rahat bir şekilde bu kuralın "*ratio legis*"i kapsamına giriyorsa, kıyas yöntemine daha rahatlıkla ve güvenle başvurabiliriz ve buna "yeğlik, evleviyet deliki, *a fortiori* uygulama" deriz. Oğuzman/Barlas tarafından da, "hâkimin hukuk yaratırken kullanacağı imkanlar arasında kanunun benzer durumları düzenlemek için koyduğu fakat önündeki meseleyi kapsamına almayan bir hükümden öncelik (evleviyet) veya kıyas yolu ile yararlanmasın"dan bahsedilmiştir (s.119). Ayan da (Medeni, s. 71) kanun hükmünün söz olarak uygulanmasının (lafzi yorum) bir görünümü olarak evleviyetle uygulamadan bahsetmiş ve (çoğun içinde az da vardır) temelinde şekillenen bu kuralın uygulama alanına giren örnekler vermiştir. Evleviyet (yeğlik, öncelik) kanıtı kavramı için ayrıca bkz., Serozan, (Medeni), s. 105.

¹⁶⁸ Kocayusufpaşaoğlu, s. 145; Dural/Öz, s. 105; Serozan/Engin, s. 285, 321, 433;

düşürücü sürenin de ehliyetsizlik halinde uygulanmayacağını kabul etmektedir.¹⁶⁹ Bunun sonucu olarak, mirasbırakanın, ölene kadar (ömür boyu) miras sözleşmesinin ehliyetsizlik sebebiyle geçersiz olduğunu ileri sürebileceği¹⁷⁰ savunulmaktadır. *Serozan/Engin'e* göre, TMK m. 504 hükmünde öngörülen ölüme bağlı tasarrufu iptal etme yetkisine ilişkin süreler, irade sakatlıklarına (bozukluklarına) özgü olup, bu yetki diğer geçerlilik gereklerine aykırılıklarda, *haydi haydi (yeğlikle) herhangi bir süre sınırlamasına da bağlı olmadan (süresiz ve sağalmasız iptal)* uygulanabilir.¹⁷¹

Antalya/Sağlam, s. 225; Atlı, s. 86, 87. *Kocayusufpaşaoğlu* (s. 145), mirasbırakanın bizzat kendisinin ehliyetsiz iken sözleşmeyi yapması halinde sağlığında bu sözleşmeyi hükümsüz bırakabilmesinin, söz konusu imkânı hata, hile, ikrah ihtimalleri için öngören kanun hükmünün, kıyas yolu ile uygulanmasına dayandığını belirttiikten sonra, hata, hile, ikrah için tanınan bu imkânın ehliyetsizlik için de evleviyetle kabul edilmesinin şüphe götürmez olduğunu ifade etmiştir. Evleviyetle uygulanmasından açıkça bahsetmemekle birlikte, aynı görüşü savunan başka yazarlar da vardır. Örneğin, mirasbırakan irade sakatlığı halinde miras sözleşmesini ortadan kaldıracabiliyorken, daha ağır olan ehliyetsizlik halinde ortadan kaldıramamasının kabul edilebilir olmadığı yönünde bkz. Escher, Art. 468 N. 9. İrade beyanının sakatlığı halinde mirasbırakana ölüme bağlı tasarrufları iptal etme imkânı tanıyan kanunun, geçerliliği daha ağır sakatlayan hallerin varlığında bu imkânı tanımadığının kabul edilemez olduğu yönünde bkz. Oğuzman, s. 109. Vasiyetçinin hayatta iken ehliyetsizliği sebebi ile miras sözleşmesinin hükümsüzlüğünü ileri sürme hakkının varlığının kabul edilmesi gerektiği, irade sakatlığı sebebiyle vasiyetçiye fesih hakkı tanınmış olduğuna göre, ayırt etme gücünden, dolayısıyla ehliyetten yoksunluk halinde bu hakkın tanınmamasının doğru olmadığı ve bu hakkın süreye de bağlı olmadığı yönünde ayrıca bkz. İmre/Erman, s. 194. TMK m. 504/f. I' in kıyasen uygulanması gerektiğini ifade eden yazarlar için ayrıca bkz. Tuor, Art. 468 N. 16. Aynı yönde bkz. Antalya/Sağlam, s. 225; Atlı, s. 87; Çiftçi, s. 181, 182. Olumlu miras sözleşmesi için öngörülen bu çözüm yolunun, mirastan feragat sözleşmesi içinde geçerli olduğu yönünde ayrıca bkz. Antalya/Sağlam, s. 225; Çiftçi, s. 182.

¹⁶⁹ TMK m. 504/f. I, c. 2'nin ehliyetsizlik halinde uygulanmasını kabul edenler arasında 1 yıllık hak düşürücü sürenin uygulanıp uygulanmayacağı meselesi de tartışmalıdır. Bu konu hakkında ayrıca bkz. aşağıda, "7.3.TMK m. 504/f. I hükmünde öngörülen bir yıllık sürenin, ehliyetsizlik halinde de uygulanıp uygulanmayacağı hususundaki görüşler" başlığı altında yapılan açıklamalar.

¹⁷⁰ Serozan/Engin, s. 285, 321, 433.

¹⁷¹ Serozan/Engin, s. 321. *Serozan/Engin'e* göre, kanunda bir düzenleme olmasa

Belirtmek gerekir ki, bu görüşü savunan yazarlar arasında da, TMK m. 504/f. I, c. 2’de düzenlenen “dönme” hakkının mirasbırakanın ehliyet-sizliği halinde ne şekilde kullanılacağı konusunda görüş ayrılıkları bulunmaktadırlar.¹⁷² Ancak bu görüş ayrılıklarını açıklamaya başlamadan önce, TMK m. 504/f. I, c. 2’nin irade sakatlığı halinde ne şekilde uygulanması gerektiğine ilişkin doktrinde savunulan görüşlerden bahsetmek yerinde olacaktır.

7.1. TMK m. 504/ f. I Hükümünün İrade Sakatlığı Halinde Ne Şekilde Uygulanması Gerektiğine İlişkin Görüşler

Doktrindeki bir görüş, TMK m. 504/f. I, c. 2’de düzenlenen “dönme” hakkının iptal davası açılması yoluyla kullanılması gerektiğini savunurken;¹⁷³ diğer bir görüş, TBK m. 39/f. I’de olduğu gibi¹⁷⁴ şekle tabi olmayan,

da, mirasbırakan istedikten sonra sağlığında da işlemi iptal edebilmelidir. Hak düşürücü süreleri sessiz geçirmek, irade sakatlığı hallerinde onaylamak anlamına gelse bile, burada bu durum işlemi *sağaltmaya* yetmeyecektir. Zira, ehliyetsizlik, diğer geçersizlik sebepleri gibi şahsi menfaatlerle ilgili bir iptal sebebi olmayıp, doğrudan kamu düzeni ve kamu yararı ile bağlantılı bir sebeptir (bkz. Serozan/Engin, s. 433).

¹⁷² Bkz. “7.2.Mirasbırakanın ehliyetsizliği halinde dönme/iptal hakkının ne şekilde kullanılacağına ilişkin görüşler” başlığı altında yapılan açıklamalar.

¹⁷³ Piotet, *SPR IV/1*, 283 vd.; Denis Piotet, “Rapport adressé à l’Office fédéral de la justice”, *successio Sonderheft* 2014, 57-99, s. 87, 88. Ayrıca bkz. Öztan, s. 272. İptal davası açılmasını gerektiren sebeplerin mirasbırakanın sağlığında da iptal davası yoluyla ileri sürülmesi gerektiği yönünde bkz. Hohl, s. 151 vd. İptal davasının, miras açılmadan açılabilmesini savunan bu görüşün sisteme aykırı olduğu şeklinde getirilen eleştiri için bkz. Weimar, *Berner Kommentar*, Art. 468 N. 26; Abt, s. 72, 102; CHK-Abt, Art. 467–468 N. 17. Yenilik doğuran bir dava açılarak miras sözleşmesinin sona erdirilmesinin mümkün olduğu ve miras sözleşmeleri açısından kanun boşluğu olarak nitelendirilebilecek bu duruma TMK m. 557 hükmünün kıyasen uygulanması gerektiği yönündeki görüş için bkz. Ali Himmet Berki, *Ölüme Bağlı Tasarruflar*, s. 57.

¹⁷⁴ TBK m. 39/f. I: “Yanılma veya aldatma sebebiyle ya da korkutulma sonucunda sözleşme yapan taraf, yanılma veya aldatmayı öğrendiği ya da korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan başlayarak bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmez veya verdiği şeyi geri istemezse, sözleşmeyi onanmış sayılır” şeklindedir. TBK m. 39 hükmünde düzenlenen iptal hakkı, hukuki niteliği, hakkın kullanılması

varması gerekli tek taraflı bir irade beyanının yeterli olacağını savunmaktadır.¹⁷⁵ TMK m. 504/f. I, c. 2'de belirtilen dönme hakkının, TMK m. 5'in yollamasıyla TBK m. 39/f. I'in uygulanması neticesinde herhangi bir şekle tabi olmadan tek taraflı bir irade beyanıyla kullanılması gerektiğini savunan son görüş, gerekçesini, kanun açıkça geçerlilik şekli öngörmediği sürece kural olanın şekilsizlik olması nedeniyle, kanun boşluğu doldurma yoluyla şekil şartı getirilemeyeceğine dayandırmaktadır.¹⁷⁶ Bu görüşü, ivazlı miras sözleşmesinde sağlararası ivaz borcu altına giren tarafın, borçlu temerrüdüne düşmesi ve güvence göstermemesi halinde, alacaklının miras sözleşmesinden borçlar hukuku kuralları uyarınca herhangi bir şekle tabi olmadan dönebileceğine ilişkin düzenlemesinin (TMK m. 547) desteklediği savunulmaktadır.¹⁷⁷

Baskın görüş ise, dönme hakkının, TMK m. 546/f. III hükmünün kıyasen uygulanarak vasiyetname yoluyla kullanılması gerektiğini ileri sürmektedir.¹⁷⁸ Bu son görüş de kendi içinde ikiye ayrılmakta olup, bazı yazarlar, vasiyetname yapmanın yeterli olacağını, karşı tarafı bundan haberdar etmenin geçerlilik şartı olmadığını savunurken,¹⁷⁹ bir diğer grup

ve sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, s. 474 vd.; Oğuzman/Öz, C: I, s. 123 vd.; Nomer, s. 74; Dural/Sarı, s. 227, 228, 229; Hatemi, (Medeni), s. 167, 168; Oğuzman/Barlas, s. 232, 233, 234.

¹⁷⁵ Abt, s. 101, 102; CHK-Abt, Art. 469 N. 21; Druey, § 10, N. 48; Breitschmid, *Basler Kommentar* (BSK) ZGB II, Art. 467/468, N 21; Müller, s. 48. Ayrıca bkz. Öztan, s. 272. TBK m. 39'un kıyasen uygulanması ve şekilsiz bir ihbarın karşı tarafa yöneltilmesi gerektiği yönündeki bu görüş için bkz. Kocayusufoğlu, s. 332, 333; Oğuzman, s.189; Rona Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, 2. Bası, İstanbul 2007, s. 145, dn. 66; Serozan/Engin, s. 434; Atlı, s. 128.

¹⁷⁶ Seiler, N. 220.

¹⁷⁷ Seiler, N. 220.

¹⁷⁸ OFK-ZGB-Marxer, Art. 469 N. 8; Weimar, *Berner Kommentar*, Art. 469 N. 32; Wolf/Genna, *SPR IV/1*, s. 423; Tuor, Art. 469 N. 19; Escher, Art. 469 N 18. Mirasbırakanın vasiyetname ya da miras sözleşmesi yapmak suretiyle miras sözleşmesini ortadan kaldıracabileceği yönünde ayrıca bkz. Atlı, s. 128, dn. 532'de zikredilen yazarlar.

¹⁷⁹ Weimar, *Berner Kommentar*, Art. 469 N. 32; Tuor, Art. 469 N. 19, 30. *Tuor*, her ne kadar dönme hakkının kullanıldığının karşı tarafa bildirilmemesinin dönmenin geçerliliğini etkilemeyeceğini savunsa da, bu bildirim yapılmamış olmasının, mirasbırakanın sebepsiz zenginleşme ya da haksız fiil sorumluluğunu doğurabileceğini belirtmektedir (bkz. Tuor, Art. 469 N. 30).

ise, miras sözleşmesinden dönme hakkının vasiyetname ile kullanılması gerektiğini, ancak bunun da karşı tarafa bildirilmesinin geçerlilik şartı olduğunu savunmaktadırlar.¹⁸⁰

İsviçre Federal Mahkemesi de, miras sözleşmesinden dönme hakkının ne şekilde kullanılması gerektiği sorusunu cevapsız bırakmış, ancak mirasbırakanın irade sakatlığı sebebiyle miras sözleşmesinden dönmesi halinde, bu hakkın kullanıldığından karşı tarafı haberdar etmesi gerektiğine hükmetmiştir.¹⁸¹ Buna gerekçe olarak, karşı tarafın bilgisi olmadan bu hakkı kullanmanın, miras sözleşmesinin bir sözleşme olma niteliğiyle bağdaştırılamayacağını; miras sözleşmesinin bağlayıcı bir hukuki işlem olması sebebiyle karşı tarafta bir güven oluşturduğunu ve bu nedenle miras sözleşmesinden karşı tarafa haber vermeden dönülmesinin bu güvene aykırı olacağını göstermiştir. Esasen, böyle bir durumda karşı tarafın bu konuda bilgilendirilmesi, bize göre de, TMK m. 2'nin bir gereği olarak kabul edilmelidir.

Meseleye daha farklı açıdan yaklaşan ve TMK m. 504/f. I, c. 2'nin irade sakatlığı halinde bile miras sözleşmelerine uygulanmaması gerektiğini savunan bir başka görüşe göre ise, TMK m. 504/f. I, c. 2 sadece vasiyetnamelere uygulanmalıdır.¹⁸² Bu görüşe göre, miras sözleşmeleri, neticede bir sözleşme olup, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulmaktadır. Bu nedenle, silahların eşitliği ilkesi uyarınca,

¹⁸⁰ Escher, Art. 469 N. 18, 19; Wolf/Genna, *SPR IV/1*, s. 423; OFK-ZGB-Marxer, Art. 469 N. 8. Mirasbırakanın iptal beyanında bulunurken vasiyetname şekillerinden birine uymak ve beyanını sözleşmenin karşı tarafına iletmek zorunda olduğu yönündeki görüş için ayrıca bkz. Sekine Derya Yakupoğlu, *Olumlu Miras Sözleşmesi ve Bağlayıcılık Sorunu*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2019, Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı Ulusal Tez Merkezi (Tez No: 544754), s. 239. Bu görüş için ayrıca bkz. Atlı, s. 128, dn. 533'te zikredilen yazarlar.

¹⁸¹ BGE 99 II 382, 387 (E. 4.b). Federal Mahkeme, ilgili kararında, irade sakatlığı sebebiyle Art. 469/II ZGB (TBK m. 504/f. I) hükmünde öngörülen dönme hakkının ne şekilde kullanılması gerektiğine bir açıklık getirmemekle birlikte, mirasbırakanın miras sözleşmesinden dönmesi halinde bunu karşı tarafa bildirmesi gerekliliğine hükmetmiştir.

¹⁸² Philip R. Bornhauser, *Der Ehe- und Erbvertrag Dogmatische Grundlage für die Praxis*, *ZStP- Zürcher Studien zum Privatrecht Band/ [Nummer (Numara)]* (Nr.) 243, Zürich 2012, N. 537.

her iki tarafa da genel hükümlere göre sözleşmeyi iptal etme hakkı tanımak gerekmektedir. Bunun sonucu olarak da, miras sözleşmesinin irade sakatlığı sebebiyle iptalinde “irade sakatlığı” başlığını taşıyan TMK m. 504/f. I hükmü değil, TMK m. 5’in yollamasıyla TBK m. 39/f. I hükmü uygulanmalıdır.¹⁸³ Ancak bu görüşün Türk hukuku bakımından savunulması, özellikle 01.01.2002 yılında yürürlüğe giren yeni Türk Medeni Kanunu uyarınca mümkün değildir. Zira, TMK m. 504’ün gerekçesinde, hükmün vasiyetnamenin yanı sıra miras sözleşmesi bakımından da uygulanacağı açıkça belirtilmektedir.¹⁸⁴ Bu noktada, doktrinde irade sakatlığını düzenleyen hükmün (TMK m. 504), “Tasarruf Ehliyeti” başlığı (Birinci Ayırım) altında yer alıyor olmasının, kanun yapma tekniği açısından isabetli bulunmadığını, haklı olarak eleştirildiğini de buraya eklemek gerekir.¹⁸⁵ Bilindiği üzere, TMK m. 502 ve TMK m. 503 hükümleri vasiyetname ve miras sözleşmesi yapma ehliyetine ilişkin olup, aynı başlık altında yer alan TMK m. 504 hükmü ise, irade sakatlığını düzenlemektedir.

7.2. Mirasbırakanın Ehliyetsizliği Halinde Dönme/İptal Hakkının Ne Şekilde Kullanılacağına İlişkin Görüşler

Mirasbırakanın ehliyetsizliği halinde, TMK m. 504/f. I, c.2’nin (“dönme” hakkını düzenleyen hükmün) kıyasen ya da evleviyetle uygu-

¹⁸³ Bornhauser, N. 538.

¹⁸⁴ İlgili kısım: “[...] bir yıl içinde, mirasbırakan tasarruftan dönmediği takdirde, tasarruf geçerlilik kazanacaktır. Mirasbırakanın sakat irade beyanı ile yaptığı vasiyetnameneden, bir yıllık hak düşürücü süre içinde dönmemiş olması halinde, ölümünden sonra artık onun mirasçıları iptal davası açma hakkına sahip değildir. Miras sözleşmeleri açısından ise, mirasbırakan artık bir yıllık sürenin geçmesiyle, sözleşmeden tek taraflı olarak dönemeyeceği gibi, ölümünden sonra mirasçıları da ölüme bağlı tasarrufu iptal ettiremeyeceklerdir [...]” şeklindedir. (Lexpera,11.01.2022).

¹⁸⁵ Eren/Aktürk, s. 58. Ayrıca bkz. Eren, (İptal), s. 13, 14. Esasen, TMK m. 504 hükmünün gerekçesinde bu hususa da yer verilmiş olup, ilgili kısım şu şekildedir: “Yürürlükteki Kanunun 451 inci maddesinin kenar başlığı “Batıl tasarruflar” şeklindedir. Durum, İsviçre Medenî Kanununda da böyledir. Fakat madde incelendiği zaman, genel olarak ölüme bağlı tasarrufların hükümsüzlüğünü genel olarak düzenlemenin söz konusu olmadığı, sadece irade sakatlığı hâlinde, miras bırakanın yanıltığını veya aldatıldığını öğrenmesinden ya da korkutma veya zorlamanın etkisinden kurtulmasından sonraki davranışına göre, ölüme bağlı tasarrufun (akibetinin) düzenlendiği görülmektedir [...]” (Lexpera, 11.01.2022).

lanması ile mirasbırakan tarafından sağlığında bu durumun ileri sürüleceği kabul edildiği takdirde, bu hakkın nasıl kullanılacağı hususunda da doktrinde üç farklı görüş ile karşılaşılmaktadır. Birinci görüş, bu hakkın iptal davası açılması yoluyla kullanılması gerektiğini savunmaktayken;¹⁸⁶ ikinci görüş, TBK m. 39'a benzer şekilde şekle tabi olmayan ve karşı tarafa varması gerekli irade beyanının yeterli olacağını ifade etmekte;¹⁸⁷ son görüş ise, bu hakkın, TMK m. 504/f. I hükmünün kıyasen uygulanması neticesinde herhangi bir hak düşürücü süreye tabi olmayan dönme hakkının kullanılması yoluyla ileri sürülebileceğini ve dönme hakkının da vasiyetname yoluyla kullanılması gerektiğini ileri sürmektedir.¹⁸⁸ Burada son görüş, kendi içinde de ikiye ayrılmakta olup, bazı yazarlar, karşı tarafa dönme hakkının kullanıldığının bildirilmesini geçerlilik şartı sayarken;¹⁸⁹ diğerleri, karşı tarafa bildirim dönme hakkının kurucu unsuru olmadığını belirtmektedir.¹⁹⁰ Ancak, irade sakatlığı halinde dönme hakkı-

¹⁸⁶ Piotet, *SPR IV/1*, s. 283 vd.; Hohl, s. 151 vd.; Piotet, *successio* 2014, s. 87, 88. **Piotet**, (*SPR IV/1*, s. 284, 285), burada TMK m. 504/f. I'deki bir yıllık hak düşürücü sürenin de uygulanması gerektiğini savunmaktadır (bu konuda detaylı bilgi için bkz. aşağıda, dn. 199'a ait paragraftaki açıklamalar). TMK m. 504/f. I, c. 2'deki süre uygulama alanı bulmadan her zaman ehliyetsizlik nedeniyle de, tıpkı TMK m. 504/f. I de olduğu gibi iptal davası açılabileceği yönünde ayrıca bkz. Dural/Öz, s. 105; Çiftçi, s. 181; Kocayusufpaşaoğlu, s. 145; Atlı, s. 87.

¹⁸⁷ Breitschmid, *BSK ZGB II*, Art. 467/468, N 21; Druey, § 10, N. 48; Abt, s. 72, 73; Seiler, N. 542; CHK-Abt, Art. 467–468 N. 17. Doktrinde bu konunun tartışmalı olduğunu belirtmiş olmakla birlikte, *Serozan/Engin*, mirasbırakanın işlemi sağlığında davasız olarak, sözleşmenin karşı tarafına varması gerekli şekilsiz bir bildirimle bizzat iptal etme yetkisine sahip olduğunu kabul etmiştir (Serozan/Engin, s. 285, 321). Mirasbırakanın miras sözleşmesini ölünceye kadar iptal edebileceği ve bu iptalin de aynı irade sakatlıklarında olduğu gibi karşı tarafa yöneltilmesi gereken bir beyanla gerçekleşeceği yönünde ayrıca bkz. Oğuzman, s. 109.

¹⁸⁸ Escher, Art. 468 N. 9; OFK-ZGB-Marxer, Art. 468 N. 8 vd.; Wolf/Genna, *SPR IV/1*, s. 194; Weimar, *Berner Kommentar*, Art. 468 N. 22; Tuor, Art. 468 N. 16.

¹⁸⁹ Escher, Art. 468 N. 9.

¹⁹⁰ Weimar, *Berner Kommentar*, Art. 468 N. 22; OFK-ZGB-Marxer, Art. 468 N. 8 vd.; Wolf/Genna, *SPR IV/1*, s. 194; Tuor, Art. 468 N. 16. Mirasbırakanın miras

nın karşı tarafa varması gerekli bir vasiyetname yoluyla kullanılması gerektiğini savunan bazı yazarlar, ehliyetsizlik halinde, dönme hakkının kullanıldığından karşı tarafı bilgilendirmeye gerek olmadığını savunmaktadır.¹⁹¹

TMK m. 504/f. I, c. 2'nin, ehliyetsizliğin ileri sürülmesinde kıyasen ya da evleviyetle uygulanması hususunda bir açıklık olmamakla birlikte, doktrinde savunulan bir diğer görüş ise, ehliyetsiz iken miras sözleşmesi yapan mirasbırakanın, bu ölüme bağlı tasarrufun hüküm ifade edip etmeyeceğine ilişkin belirsizliğe yeni bir ölüme bağlı tasarrufta bulunarak son verebileceğini belirtmektedir.¹⁹² Bu görüşe göre, mirasbırakan ehliyetsizken yapmış olduğu ölüme bağlı tasarrufu yeni ve geçerli bir ölüme bağlı tasarrufa (miras sözleşmesi veya vasiyetnameye) konu ederek "onayabileceği" gibi; isterse TMK m. 546/f. I uyarınca miras sözleşmesinin karşı tarafıyla anlaşarak ya da miras sözleşmesi veya vasiyetname yaparak da bu tasarruftan dönebilecektir.¹⁹³ Ayrıca, mirasbırakanın, yeni bir ölüme bağlı tasarruf ile geçersiz olan miras sözleşmesinden dönmesi için karşı tarafın rızasına ihtiyacı olmadığı gibi, miras sözleşmesinin hükümsüzlüğü konusunda da karşı tarafı bilgilendirme zorunluluğu bulunmamaktadır.¹⁹⁴ Ancak, karşı tarafı bilgilendirme yükümünün, sadece ivazlı miras sözleşmeleri bakımından dürüstlük kuralından (TMK m. 2) doğabileceği belirtilmektedir.¹⁹⁵

sözleşmesinden döndüğünü karşı tarafa bildirmemesi halinde sebepsiz zenginleşmeden ya da haksız fiilden dolayı sorumlu tutulabileceği yönünde bkz. Weimar, *Berner Kommentar*, Art. 468 N. 22; OFK-ZGB-Marxer, Art. 468 N. 10; Wolf/Genna, *SPR IV/1*, s. 194.

¹⁹¹ Wolf/Genna, *SPR IV/1*, s. 194.

¹⁹² Weimar, *Berner Kommentar*, Art. 468 N. 21.

¹⁹³ Ancak, sonradan yapılan ölüme bağlı tasarrufun geçersiz olan miras sözleşmesini tamamlaması halinde, miras sözleşmesinin de hüküm doğurmaya devam edeceği ve bu nedenle geçersiz miras sözleşmesini ortadan kaldırma iradesinin sonradan yapılan ölüme bağlı tasarrufta belirtilmesi gerektiği yönünde bkz. OFK-ZGB-Marxer, Art. 468 N. 9.

¹⁹⁴ Weimar, *Berner Kommentar*, Art. 468 N. 22; OFK-ZGB-Marxer, Art. 468 N. 10. Ayrıca bkz. Tuor, Art. 468 N. 17.

¹⁹⁵ Weimar, *Berner Kommentar*, Art. 468 N. 22.

7.3. TMK m. 504/ f. I Hükümünde Öngörülen Bir Yıllık Sürenin, Ehliyetsizlik Halinde de Uygulanıp Uygulanmayacağı Hususundaki Görüşler

TMK m. 504/f. I, c. 2’de öngörülen bir yıllık hak düşürücü sürenin, ehliyetsizlik halinde uygulanıp uygulanmayacağı noktasında da farklı görüşler bulunmaktadır. Doktrindeki baskın görüş, mirasbırakanın ehliyetsizlik halinde ölüme bağlı tasarrufu ortadan kaldırmasının herhangi bir hak düşürücü süreye tabi olmadığını¹⁹⁶ ve dolayısıyla sessiz kalmasının onama anlamına gelmeyeceğini ifade etmektedir.¹⁹⁷ Aynı şekilde, mirasbırakanın ehliyetini kazandıktan sonra bu işlemi onaylayarak geçerli hale getirmesi de mümkün değildir.¹⁹⁸ Ehliyetsizlik sebebiyle miras sözleşmesinin geçersizliğini, sadece ehliyetsiz olan mirasbırakanın bir yıllık

¹⁹⁶ Tuor, Art. 468 N. 16; Escher, Art. 468 N. 9; Weimar, *Berner Kommentar*, Art. 468 N. 22; OFK-ZGB-Marxer, Art. 468 N. 10; Wolf/Genna, *SPR IV/1*, s. 194. TMK m. 504/f. I, c. 2’deki süre uygulama alanı bulmadan her zaman ehliyetsizlik nedeniyle iptal davası açılabileceği yönünde bkz. Atlı, s. 87; Dural/Öz, s. 105; İmre/Erman, s. 193, 194; Çiftçi, s. 181; Kocayusufoğlu, s. 145; Serozan/Engin, s. 285, 321; Antalya/Sağlam, s. 225. TMK 504/f. I, 2.cümlede irade sakatlıkları halinde rücu imkanının düzenlenmediği, bunun süresinin düzenlendiği, ehliyetsizlik dahil geçerliliği sakatlayan diğer haller için benzer bir hükmün getirilmemesinin rücuun bir süreyle sınırlı olmadığını ifade ettiği yönünde ayrıca bkz. Oğuzman, s. 109.

¹⁹⁷ Ehliyetsizlikle sakatlanmış bir ölüme bağlı tasarrufun hükümsüzlüğü, TMK m. 504’teki gibi belirli bir sürenin susarak geçirilmesiyle iyileşmez/düzelmez (bkz. Serozan/Engin, s. 285, 433; Weimer, *Berner Kommentar*, Art. 467, N. 26, Art. 468, N. 21; CHK-Abt, Art. 467- 468 N. 15; OFK-ZGB-Marxer, Art. 468 N. 15; Abt, s. 72; Wolf/Genna, *SPR IV/1*, s. 192; Escher, Art. 468 N. 9; Tuor, Art. 468, N. 16). Hak düşürücü süreleri sessiz geçirmenin, irade sakatlığı hallerinde onaylamak anlamına gelmesine rağmen, burada bu durumun işlemi *sağaltmaya* yetmeyeceği, ehliyetsizlik durumunun, diğer geçersizlik sebepleri gibi kişisel menfaatlerle ilgili bir iptal sebebi olmadığı, doğrudan kamu düzeni ve kamu yararı ile bağlantılı bir sebep olduğu yönünde ayrıca bkz. Serozan/Engin, s. 433. Mirasbırakanın sağlığında ayırt etme gücü olmadan yaptığı ölüme bağlı tasarrufu sonradan fark etmesi ve bunu iptal etmemesi halinde, ölüme bağlı tasarrufun TMK m. 504/f. I, c. 2 uyarınca iyileşmiş olacağı yönündeki karşı görüş için bkz. Breitschmid, *BSK ZGB II*, Art. 467/468, N. 21.

¹⁹⁸ *Serozan/Engin’e* göre, ehliyetsizlikle sakatlanmış işlem, mirasbırakanın kendi

hak düşürücü süre içerisinde iptal davası yoluyla ileri sürebileceğini savunan diğer görüş¹⁹⁹ ise, miras sözleşmesinin karşı tarafının korunmasının iki şekilde sağlanabileceğini ifade etmektedir: Birinci ihtimale göre, miras sözleşmesinin karşı tarafı, miras sözleşmesinin kurulması sırasında mirasbırakanın ehliyetsiz olduğunu bilmiyorsa, TBK m. 32 uyarınca esaslı yanılma sebebiyle miras sözleşmesini iptal edebilecektir. İkinci ihtimal olarak ise, ehliyetini sonradan kazanan mirasbırakan, TMK m. 504/f. I hükmünün kıyasen uygulanması neticesinde bir yıllık hak düşürücü süre içinde miras sözleşmesinden dönmezse, bu durumda miras sözleşmesini onamış sayılacak ve hükümlerini doğuran miras sözleşmesinin bundan sonra iptali (TMK m. 557/b.1 uyarınca dahi) dava edilemeyecektir. Görüldüğü üzere, TMK m. 504/f. I hükmünün mirasbırakanın ehliyetsizliği halinde evleviyetle veya kıyasen uygulanmasını savunan yazarlar arasında dönme hakkının nasıl kullanılacağı hususunda olduğu gibi, bu hakkın ne zaman ve hangi süre içinde kullanılacağı konusunda da hukuk güvenliğinin sarsılması sakıncasına yol açabilecek şekilde görüş ayrılıkları bulunmaktadır.

7.4. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Konuya İlişkin Görüşümüz

Öncelikle, ölüme bağlı tasarrufta bulunanın tasarrufu yaptığı esnada ehliyetsiz olması halinde mirasbırakana irade sakatlıklarında iptal/dönme hakkı veren TMK m. 504/f. I, c. 2'nin, Türk ve İsviçre hukukunda kural olarak evleviyetle ya da kıyasen uygulanması gerektiğini savunan ve yukarıda açıklamış olduğumuz görüşlere²⁰⁰ katılmadığımızı belirtmek isteriz. Esasen, mirasbırakanın fiil ehliyetinin bulunmaması ile iradesinin sakat olması, birbirinden çok farklı sonuçlar doğuran hükümsüzlük halleridir. Bu nedenle de, birbirinden tamamen farklı olan bu iki durumun, aynı hukuki sonucu doğurmamaları gerekir.²⁰¹ Ayrıca, TMK

icazetiyle kurtarılamayacağı için, mirasbırakan işlemi beğenip benimsiyorsa, ehliyetini kazandıktan sonra o sakat işlemi yeniden yapmalıdır (Serozan/Engin, s. 285). Aynı yönde bkz. Weimer, *Berner Kommentar*, Art. 467, N. 26, Art. 468 N. 21.

¹⁹⁹ Piotet, *SPR IV/1*, s. 284, 285.

²⁰⁰ Bkz. yukarıda, dn. 168'deki ve bu dipnota ait paragraftaki açıklamalar.

²⁰¹ Aynı yönde bkz. Weimar, *Berner Kommentar*, Art. 467 N. 26.

m. 504 hükmünün gerekçesi de bu görüşü destekler nitelikte olup, metin şu şekildedir: “[...] *madde incelendiği zaman, genel olarak ölüme bağlı tasarrufların hükümsüzlüğünü genel olarak düzenlemenin söz konusu olmadığı, sadece irade sakatlığı hâlinde, miras bırakanın yanıldığı veya aldatıldığını öğrenmesinden ya da korkutma veya zorlamanın etkisinden kurtulmasından sonraki davranışına göre, ölüme bağlı tasarrufun (akibetinin) düzenlendiği görülmektedir [...]*”. Madde gerekçesinden de anlaşılacağı üzere ve ayrıca kanun koyucunun TMK m. 504’ün madde başlığında da belirttiği gibi, hükmün sadece irade sakatlığı halinde uygulanması gerektiği açıktır. Bu açıklamaya rağmen, TMK m. 504 hükmünü, ehliyetsizliği de kapsayacak şekilde geniş yorumlamak hükmün amacına (ratio legis) aykırıdır. Zira, TMK m. 504, çok istisnai bir düzenleme olup, prensip olarak bu istisnai düzenlemenin dar yorumlanması gerekir.²⁰² Keza, doktrinde ileri sürüldüğü üzere, TMK m. 504’ün ehliyetsizlik halinde evleviyetle uygulanabilmesi için ise, kanunun miras hukuku hükümlerinde esas olarak düzenlediği konu olan irade sakatlığının ve sonuçlarının, ehliyetsizlik halini de kapsamına alması gerekirdi. Oysa, burada hükümsüzlük halleri çatısı altında toplanan, sebepleri ve sonuçları birbirinden farklı olan iki ayrı durum söz konusu olup, “çoğun içinde az da vardır” ilkesi burada teknik olarak uygulanabilir durumda değildir. Esasen, ehliyetsizliğin sonucunun, irade sakatlıklarının sonucundan daha ağır olması gerekliliği düşüncesi de, irade sakatlığı nedeniyle hüküm doğurması istenilmeyen ve iptal edilebilen bir işlemin, ehliyetsizlik halinde evleviyetle iptal edilebilir durumda olması düşüncesi de isabetsiz değildir. Fakat bu düşüncenin, hukukun genel ilkelerine aykırılık teşkil etmeyecek şekilde temellendirilmesi gerekir. Keza, mirasbırakan irade sakatlığı halinde ölüme bağlı tasarruftan bir yıllık hak düşürücü süre içinde dönmediği takdirde işlemin geçerli sayılacağını hükme bağlayan TMK m. 504’ün, mirasbırakanın ehliyetsizlik hali için kıyasen uygulama alanı bulabileceği fikrini de, benzer gerekçelerle

²⁰² TMK m. 504’ün özel bir hüküm olduğu ve burada mirasbırakanın tasarrufunu tek taraflı irade açıklaması ile bizzat kendisinin iptal ettirebildiği ve bir iptal davasının söz konusu olmadığı yönünde ayrıca bkz. Öztan, s. 236. İstisna getiren kanun hükümlerinin, yorum yoluyla uygulama alanının genişletilemeyeceği, eş deyişle istisnaların dar yorumlanması gerekliliğinin temel bir hukuk kuralı olduğu yönünde ayrıca bkz. Oğuzman/Barlas, s. 72.

isabetli bulmuyoruz. Zira, kıyasen uygulama için, kanunda düzenlenen konunun, kanunda çözümü olmayan somut meseleye, oluşumu, yapısı, niteliği, sebepleri, sonuçları gibi hususlarda oldukça benzer özellikler taşıması gerekmektedir. Eklemek gerekir ki, mirasbırakan, irade sakatlığı halinde kanunun açık hükmü gereği miras sözleşmesinden dönebilmesine rağmen, daha ağır sonuçları bulunan ehliyetsizlik halinde TMK m. 504/f. I, c.2'nin kıyasen ya da evleviyetle uygulanamayacağını kabul edilmesi, bu işlemin kendiliğinden geçerli sayıldığıının kabulü anlamına da gelmemektedir.

Buraya kadar yapmış olduğumuz açıklamalardan anlaşılacağı üzere, mirasbırakanın miras sözleşmesini yaparken tam ehliyetsiz olduğu hallerde, bu hükümsüzlüğü sağlığında kendisinin ileri sürüp süremeyeceği ve ileri sürebilirse, bunun ne şekilde olacağına ilişkin²⁰³ miras hukuku hükümlerinde açık bir kanuni düzenleme olmadığı konusunda şüphe bulunmamaktadır.²⁰⁴ Çalışmamızın amacı da, Türk Medeni Kanunu'nun Miras Hukukunu düzenleyen üçüncü kitabında bulunan bu kanun boşluğunun ne şekilde doldurulması gerektiğine yönelik farklı bir bakış açısı ortaya koymaktır.

Miras sözleşmesi, özel kurallara tabi olan bir miras hukuku işlemi olsa da, neticede bir sözleşme türüdür.²⁰⁵ Bu nedenle, düşüncemize göre, söz konusu kanun boşluğunun doldurulmasında borçlar hukuku kurallarının tamamen göz ardı edilmemesi gerekir. Daha önce de çoğu kez bahsedildiği üzere,²⁰⁶ borçlar hukukunda ehliyetsizliğin yaptırımını kesin hükümsüzlük; irade sakatlığının yaptırımını ise, iptal edilebilirliktir. Miras

²⁰³ *Kocayusufofpaşaoğlu*'na göre de, mirasbırakanın bunu ne şekilde yapması gerektiği kanunda bir çözüme bağlanmalıdır (Kocayusufofpaşaoğlu, s. 145).

²⁰⁴ Burada bir kanun boşluğu olduğu yönünde bkz. OFK-ZGB-Marxer, Art. 468 N. 8. Ehliyetsizlik, şekil eksikliği, kanuna ve ahlaka aykırılık hallerinde mirasbırakanın, ölüme bağlı tasarruftan dönüp dönemeyeceği, dönebilecek ise bunun bir süreye bağlı olup olmadığı hususunda kanunda bir hükme rastlanmadığı yönünde bkz. Oğuzman, s. 109.

²⁰⁵ Bu konuda daha önce yaptığımız açıklamalar için bkz. yukarıda, dn. 1, dn. 31 ve dn. 43'e ait paragraflar.

²⁰⁶ Bkz. yukarıda, dn. 132'deki ve bu dipnota ait paragraftaki açıklamalar ile dn. 148, dn. 153 ve dn. 161'e ait paragraflardaki açıklamalar.

hukuku alanında tasarrufta bulunanın irade sakatlığına ve bunun yaptırımına ilişkin TMK m. 504/f. I hükmü ise, genel hatlarıyla borçlar hukuku sözleşmelerindeki irade sakatlığının yaptırımına ilişkin TBK m. 39/f. I'deki düzenlemenin miras hukukundaki özel bir görünümüdür. Kanunda miras sözleşmesiyle ölüme bağlı tasarrufta bulunanın ehliyetsizliğinin sonucuna ilişkin özel bir düzenlemenin bulunmaması sebebiyle, Borçlar Kanunu'nun genel nitelikli hükümlerinin bir medeni hukuk sözleşmesi olan miras sözleşmesine TMK m. 5 hükmü gereğince kıyasen uygulanarak²⁰⁷ sözü edilen kanun boşluğunun doldurulması makul bir çö-

²⁰⁷ Kıyasen uygulamanın bir boşluk doldurma yöntemi olup olmadığı meselesi tartışmalıdır. Bir görüşe göre, açık bir kanun boşluğunu doldurmada ilk kullanılacak yöntem kıyastır [bkz. Serozan, (Medeni), s. 126]. *Ataay'* a göre de (s. 197), benzer bir durum ya da ilişki hakkında mevcut kanun hükmünü, hâkimin hakkında hüküm olmayan durum ya da ilişki hakkında uygulaması ile kanun boşluğu doldurulabilir. *Dural/Sarı'ya* göre göre de, kanunda boşluk varsa hâkim önce mevcut hükümleri kıyas ya da öncelikle uygulama yolunu tercih etmelidir (Dural/Sarı, s. 144). Hâkimin hukuk kuralı yaratma yetkisini kullanırken kıyas yoluna müracaat edebileceği yönünde ayrıca bkz. Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, s. 131, 132. Yargıtay'ın da benzer yönde kararlar verdiği görülmektedir (bkz. HGK., T. 13.12. 1989, 11-706/661 kararında geçen ifadeler şu şekildedir: “*Kanun Boşluğunun Doldurulması: Hakim [Hâkim], Medeni Kanun 'un 1. maddesi gereğince kanun boşluğunu doldururken çeşitli yöntemlerden yararlanacaktır. Bunlar arasında kıyas önemli bir yer tutar...faizle gecikme zammı arasında tam bir benzerlik vardır. Gecikme zammında kanun boşluğu yoktur kıyas suretiyle dahi doldurulmaz dediği anda 196. maddeyle gözetilen eşitlik kuralı bozulur [...]*” şeklindedir. Ayrıca bkz. Yargıtay HGK., T. 27.02.2008, 21-140/205: “[...] Boşlukların kıyas yoluyla doldurulması, adaletin bir gereği olan eşitlik ilkesi, benzer olana benzer şekilde davranma ilkesinin de bir gereğidir [...]”; Aynı yönde bkz. Yargıtay 10. HD, T. 26.10.2010, 11494/14365 (Hukuktürk, 12.01.2022). Her ne kadar Yargıtay tarafından da “*kanun boşluğunun kıyas yoluyla doldurulması*”ndan bahsedilmişse de, doktrinde kanun boşluğunun başka bir hükmün kıyasen uygulanmasıyla değil, hâkim tarafından TMK m. 1 hükmüne göre hukuk yaratılması ile doldurulacağı da ifade edilmektedir. Zira, bu konudaki ikinci görüşe göre, kanunda kıyasen dahi olsa uygulanabilecek bir hüküm varsa, kanun boşluğu bulunmamaktadır (bu görüş için bkz. Oğuzman/Barlas, s. 120, dn. 198'deki açıklamalar). *Hatemi'*ye göre de, hemen örtülü boşluk tespiti yapıp boşluk doldurma yoluna gidilmemeli, bunun yerine kıyas yolu ile sorunun çözümlenip çözümlenemeyeceği araştırılmalıdır [Hatemi, (Medeni),

züm olarak akla gelmektedir.²⁰⁸ Başka bir deyişle, miras hukuku kurallarında irade sakatlığı hallerine yönelik özel bir hüküm olduğu için (TMK m. 504), irade sakatlığı hallerinde meseleye konuyu düzenleyen bu hüküm doğrudan uygulanmalı; ancak bu mesele hakkında boşluk bulunan yerlerde ise, ilişkinin bünyesine uygun düştüğü ölçüde Türk Borçlar Kanunu'nun konuyu düzenleyen TBK m. 39 hükmü devreye girmelidir (TMK m. 5; TBK m. 646). Fakat miras hukukuna ilişkin kanun hükümlerinde, ehliyetsizlik haline ve sonuçlarına ilişkin özel bir düzenleme bulunmadığı için, TMK m. 5 yoluyla Türk Medeni Kanunu'nun (m. 15) ve Türk Borçlar Kanunu'nun (m. 27) hukuki işlemlerde ehliyetsizlik hallerine ve hukuki işlemlerde emredici hükümlere aykırılığın sonuçlarına ilişkin düzenlemeleri, ilişkinin bünyesine uygun düştüğü ölçüde kıyasen miras sözleşmesine de uygulanmalıdır. Bu kıyasen uygulama neticesinde vardığımız sonuç ise, miras sözleşmesinin ölüme bağlı tasarrufta bulunan tarafının işlemi yaptığı sırada ehliyetsiz olmasının yaptırımının, borçlar hukukunun genel hükümlerinde olduğu gibi *kendiliğinden kesin hükümsüzlük* olması²⁰⁹ gerektiği (TMK m. 15, TBK m. 27) yönündedir. Bunun için, mirasbırakanın ayırt etme gücünü ne şekilde kaybettiğinin de (kusurluluğun ya da kusursuzluğunun) neden kaybettiğinin de (akıl hastalığı, madde kullanımı gibi) önemi olmamalıdır.

Belirtmek gerekir ki, savunduğumuz bu görüş, Alman Hukukunda da benimsenen bir çözümdür. Alman Medeni Kanunu'nda da sadece

s. 107]. Şu hâlde kıyas yolu ile sorun çözülmekte ise, kanun boşluğundan bahsedememek gerekmektedir. Keza, *Tekinay*'a göre de, örneksene (kıyas) yapmanın mümkün olduğu hallerde de kanunda bir hüküm var sayılır (s. 51) ve örneksene yolundan yararlanarak bir olaya kanunun herhangi bir hükmü uygulanabilmekte ise, kanun boşluğundan söz edilmemesi gerekir (s. 56).

²⁰⁸ Miras hukukuna dahil bir sözleşmeye, Türk Borçlar Kanunu'nun genel nitelikli hükümlerinin TMK m. 5 uyarınca bünyesine uygun düştüğü ölçüde uygulanacağı yönünde ayrıca bkz. Erginer, s. 91.

²⁰⁹ Aynı yönde bkz. Müller, s. 46. Vasiyetnamelere ilişkin aynı yöndeki bir görüşe göre ise, mirasbırakanın çocuk yaşta olması veya akıl hastalığı gibi sebeplerle işlem iradesini oluşturabilecek durumda olmaması halinde, vasiyetnamenin kesin hükümsüz sayılacağı belirtilmektedir (bkz. Weimer, *Berner Kommentar*, Art. 467, N. 25). Karşı görüş için bkz. OFK-ZGB-Marxer, Art. 467 N. 7; CHK-Abt, Art. 467-468, N. 14.

irade sakatlığına ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmiş olup (§ 2078, 2281-2283 BGB), ehliyetsizliğin sonuçlarına ilişkin (TMK m. 557/b.1'e benzer bir hüküm dahil) herhangi bir düzenleme öngörülmemiştir. Bu nedenle, doktrin ve uygulama, borçlar hukukunun genel hükümlerinin miras sözleşmelerine de uygulanacağını ve mirasbırakanın miras sözleşmesini yaptığı sırada ehliyetsiz olması durumunda, işlemin kesin hükümsüz olacağını kabul etmektedir.²¹⁰

Ölüme bağlı tasarruflar, kural olarak mirasbırakan öldükten sonra sonuç doğurmaktadır. Şu hâlde, aslında borçlar hukuku kurallarına göre (geçerlilik şartlarını taşımadığı için) hüküm doğurmaması gereken bir miras sözleşmesi bile, miras hukukunun kendine özgü kuralları nedeniyle TMK m. 557 uyarınca ilgililer tarafından iptal edilene kadar hükümlerini doğurmaktadır. TMK m. 557'ye göre, ölüme bağlı tasarruf, mirasbırakanın fiil ehliyeti bulunmadığı bir sırada yapılmışsa; yanılma, aldatma, korkutma veya zorlama sonucunda yapılmışsa; tasarrufun içeriği, bağlandığı koşullar veya yüklemeler hukuka veya ahlâka aykırı ise ya da tasarruf kanunda öngörülen şekillere uyulmadan yapılmışsa, ilgililer tarafından iptal davası açılabilmektedir. Bu hükümden, miras sözleşmesinin yapıldığı sırada mirasbırakanın fiil ehliyetinin bulunmaması halinde, süresinde iptal davası açılıp (TMK m. 559), bu dava sonucunda bozucu yenilik doğuran bir iptal kararı verilip, bu karar kesinleşmediği sürece, sözleşmenin geçerli bir miras sözleşmesi gibi hüküm doğuracağı anlaşılmaktadır.

Ölüme bağlı tasarrufların “iptal edilinceye kadar geçerli olması” kuralının dayanağı ise, *favor testamenti* ilkesidir.²¹¹ Yani amaç, mirasbıra-

²¹⁰ Bkz. Hans-Joachim Musielak, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 11, Erbrecht, 8. Auflage, München 2020, § 2275 N. 3; Rolf Stürner, *Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch*, 18. Auflage München 2021, § 2275 N. 1; Thomas Hoeren, *Nomos Kommentar- Handkommentar, Bürgerliches Gesetzbuch*, 11. Auflage, Baden-Baden 2021, § 2275 N. 5; Wolfgang Burandt, *Beck'sche Kurz-Kommentare, Band. 65, Erbrecht*, 3. Auflage, München 2019, § 2275 N. 3; Reinhard Kössinger, *Handbuch der Testamentsgestaltung, Grundlagen und Gestaltungsmittel für Verfügungen von Todes wegen und vorbereitende Erbfolgemassnahmen*, 6. Auflage, München 2020, § 2275 N. 21.

²¹¹ CHK-Abt, Art. 467–468 N. 14; Tüylüoğlu, s. 78, 79. Bkz. yukarıda, dn. 70'te ve bu dipnota ait paragraftaki açıklamalar.

kanun ölüm sebebiyle aynı tasarrufu geçerli olarak yapmasına ya da hükümsüz olan tasarrufu düzenlemesine artık imkân kalmadığı için, ehliyetsizlik sebebiyle geçersiz de olsa, söz konusu ölüme bağlı tasarrufun hüküm doğurmasını sağlamaktır. Bu nedenle, mirasbırakanın ehliyetsizken miras sözleşmesini yaptıktan sonra ehliyetini kazanması halinde, bu işlemin ölümünden sonra hüküm doğurmasını istemediğine yönelik iradesini ortaya koymaması²¹² (yani sessiz kalması) durumunda, miras sözleşmesi, TMK m. 557/b.1'deki düzenleme uyarınca, mirasbırakanın ölümünden sonra, ilgililerin talebi üzerine mahkeme tarafından iptal edilmeye kadar geçerli bir miras sözleşmesi gibi hüküm ve sonuçlarını doğurmaktadır. Meğerki, mirasbırakan öldükten sonra ölüme bağlı tasarrufun iptal edilmesinde menfaati bulunan mirasçı veya vasiyet alacaklısı tarafından kanunda belirtilen hak düşürücü süreler içinde iptal davası açılıp, iptal kararı²¹³ verilmiş olsun (TMK m. 557-559).

Miras sözleşmesinin mirasbırakan öldükten sonra da TMK m. 557 uyarınca iptal edilene kadar hüküm doğurmasının engellenmesi için, öncelikle, mirasbırakanın işlemin hükümsüzlüğünün tespitine yönelik bir dava (Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 106/f. I) açarak bu hükümsüzlüğün²¹⁴ tespit ettirebileceğinden söz edilebilir. Ancak tespit davasının açılması, burada tek ihtimal olarak düşünülmemelidir. Zira, artık önemli olan, mirasbırakanın, ehliyetsiz iken yaptığı miras sözleşmesinin ölümünden sonra da geçerli olmasını istemediğine yönelik iradesini bir şekilde ortaya koymuş olmasıdır. Bu duruma, mirasbırakanın ehliyetsiz iken yaptığı miras sözleşmesinden sonra ehliyetini kazanması ile birlikte geçerli olarak yaptığı yeni bir ölüme bağlı tasarrufta (vasiyetname ya da miras sözleşmesinde), ehliyetsizlik sebebiyle geçersiz olan ilk miras sözleş-

²¹² Ehliyetsizlikle sakatlanmış bir ölüme bağlı tasarrufun, mirasbırakanın işlemi onamasıyla da geçerlilik kazanmayacağı, mirasbırakanın işlemi beğenip benimsiyorsa, ehliyetini kazandıktan sonra o işlemi yeniden yapması gerektiği yönünde bkz. Serozan/Engin, s. 285.

²¹³ Mirasbırakanın gerçekten neyi istemiş olabileceğini saptamanın zor olduğu hallerde, yorum yolunun kapandığı ve iptalin kaçınılmaz olduğu yönünde bkz. Serozan/Engin, s. 427.

²¹⁴ Bkz. yukarıda, dn. 209'a ait paragraftaki açıklamalar.

leşmesinin hüküm ifade etmesini istemediğine yönelik iradesini açıklaması örnek gösterilebilir.²¹⁵ Ya da mirasbırakan, yine ehliyetini kazandıktan sonra, ehliyetsiz iken yaptığı miras sözleşmesinin içeriğinde yer alan tasarrufların tamamen aksine geçerli bir tasarrufta (miras sözleşmesi ya da vasiyetname yapabilir) bulunabilir.²¹⁶ Bu durumda, ilk yapılan miras sözleşmesi, mirasbırakan öldükten sonra TMK m. 557/b.1 uyarınca iptal davası açılıp verilen iptal kararı kesinleşinceye kadar geçerli bir miras sözleşmesi imiş gibi sonuç doğurmayacak;²¹⁷ mirasbırakanın ölümünden sonra da, ölümünden önce olduğu gibi kesin hükümsüz olmaya devam edecektir.

Buraya kadar yapmış olduğumuz açıklamalardan anlaşılacağı üzere, miras sözleşmesinin ölüme bağlı tasarrufta bulunan tarafının işlemi yaptığı sırada ehliyetsiz olmasının yaptırımı, mirasbırakan hayatta olduğu sürece kesin hükümsüzlük olmalı ve mirasbırakan isterse açacağı bir tespit davasıyla bu geçersizliği tespit ettirebilmeli²¹⁸ ya da sözleşmenin hüküm doğurmasını istemediğine ilişkin iradesini hukuka uygun araç-

²¹⁵ Aynı yönde bkz. Weimar, *Berner Kommentar*, Art. 467, N. 26, Art. 468 N. 21; OFK-ZGB-Marxer, Art. 468 N. 9.

²¹⁶ Aynı yönde bkz. Weimar, *Berner Kommentar*, Art. 468 N. 21. Böylece, ehliyetsiz iken yapılan miras sözleşmesiyle bağdaşmayan ölüme bağlı tasarruf ve bağışlamalara da TMK m. 527/f. II uyarınca itiraz edilemeyecektir.

²¹⁷ Aynı yönde bkz. Tuor, Art. 468 N. 17. *Ayan*, “ehliyetsizken tasarrufu yapan, ehliyetli hale gelince tasarrufu bizzat iptal ederse, tasarruf hükümsüzleşir; artık onun ölümünden sonra iptal gerekmez” şeklinde görüşünü belirtmiş olup, iptalin nasıl gerçekleşeceği konusunda kanaatini açıklamamıştır (*Ayan*, s. 182).

²¹⁸ *Oğuzman* ise, mirasbırakanın ehliyetsizlik halinde sağlığında miras sözleşmesini iptal ettikten sonra ölüme bağlı tasarrufun hükümsüz hale gelmesi nedeniyle, sonradan artık iptal davası açılmasının gerekli olmadığını ve mirasbırakan iptal etmemişse, mirasçılardan iptal davası açabileceğini ifade etmiş; mirasbırakanın sağlığında sözleşmeyi iptal ettiği hallerde, sadece tasarrufu iptal ettiğinin tespiti için dava açılması gerekebileceğini belirtmiştir (*Oğuzman*, s. 109, 190). Mirasbırakana, miras sözleşmesini iptal ettikten sonra, bunu mahkeme tarafından tespit ettirme imkanının tanınması gerektiği yönünde ayrıca bkz. Seiler, N. 542.

larla bir şekilde ortaya koymalıdır.²¹⁹ Böylece, mirasbırakan öldükten sonra özel hüküm olan TMK m. 557/b.1 devreye girmemiş olacak ve zaten kesin hükümsüz olan miras sözleşmesinin iptali için ilgililerce dava açılmasına (TMK m. 558) da ihtiyaç olmayacaktır. Zira, TMK m. 558 uyarınca mahkemece verilecek iptal kararı, bozucu yenilik doğuran bir niteliği haiz olup, kanunda öngörülen geçerlilik şartlarını taşımamakla beraber, miras hukukunun özelliği gereği hükümlerini doğurmaya devam eden işlemler için sonuç doğurur. Oysa, geçerlilik şartlarını taşımayan miras sözleşmesinin hükümlerini doğurması mirasbırakanın sağlığında engellenirse, söz konusu işlemin hükümsüz kılınmasında menfaati olanların (TMK m. 558) bunu hak düşürücü süre içerisinde (TMK m. 559) açacakları iptal davasıyla ileri sürmelerine de hem imkân hem de gerek kalmayacaktır.²²⁰ Buna rağmen, açılmış olan bir iptal davasının varlığında ise, hâkim bu durumu re'sen nazara almak ve davayı reddetmek durumundadır. Zira, iptali istenen hukuki işlem, artık hüküm doğurmamaktadır.

Bunun yanı sıra, mirasbırakanın, işlemin hüküm doğurmasını istemediğine ilişkin yukarıda belirlemiş olduğumuz yöntemlerden birini kullanarak herhangi bir irade ortaya koymaması durumunda, işlem mirasbırakan hayatta olduğu sürece yine kendiliğinden kesin hükümsüz sayılmalıdır.²²¹ Ancak, mirasbırakanın ölümüyle TBK m. 557 vd. hükümleri uyarınca miras sözleşmesi hükümlerini doğurmaya başlayacaktır. Bu

²¹⁹ Kanunda açıkça mirasbırakan için de iptal davası açma hakkı tanınmış olsaydı, mirasbırakan sağlığında bu şekilde de iradesini ortaya koyabilir ve işlemin sonuç doğurmasını engelleyebilirdi.

²²⁰ *Ayan*, tasarrufu yapan ehliyetsiz ise, ehliyetini kazandıktan sonra tasarrufu bizzat iptal ettiğinde, tasarruf hükümsüzleşeceği için artık onun ölümünden sonra iptal edilmesine gerek olmadığını belirtmiştir (*Ayan*, s. 182). Aynı yönde bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 145; Oğuzman, s. 109; Çiftçi, s. 182.

²²¹ Miras sözleşmesinin, mirasbırakan ölene kadarki dönemde borçlar hukukunun genel hükümlerinin uygulanması yoluyla kesin hükümsüz sayılacağı, hem tasarruf sahibinin hem de sözleşmenin karşı tarafının sözleşme ile bağlı olmadığı ve kesin hükümsüz bir miras sözleşmesinin de ortadan kaldırılmasına ihtiyaç olmayacağı yönünde ayrıca bkz. Müller s. 45, 46. Bu konuda ayrıca bkz. Eren, (İptal), s. s. 94, 95.

halde, ilgililer tarafından süresi içinde iptal davası açılıp, miras sözleşmesinin ehliyetsizlik sebebiyle iptaline mahkemece karar verilmesi halinde, miras sözleşmesi *ex tunc* kesin hükümsüz hale gelir. İşlemin iptaline karar verilmemesi ya da süresi içinde ilgililer tarafından iptal davası açılması halinde ise, miras sözleşmesi *geçerli bir işlemmiş gibi* hükümlerini doğurur. Bu durumda, mirasbırakanın ehliyetsizliğinin sonuçları, mirasbırakan hayattayken borçlar hukukuna göre, mirasbırakan öldükten sonra (*favor testamenti* gibi) miras hukukunun temel prensiplerine göre değerlendirilmiş olur.²²²

Belirtmek gerekir ki, mirasbırakanın ehliyetsizliğinin sonuçlarının, mirasbırakan hayatta iken de miras hukuku kurallarına göre değerlendirilebilmesi için, mirasbırakanın sağlığında ehliyetini kazandığı ve miras sözleşmesini ortadan kaldırmak isteyebileceği ihtimali öngörülerek, bunu nasıl veya ne şekilde yapması gerektiği meselesi kanunda açık bir çözüme bağlanmış olmalıydı. Esasen, mirasbırakanın miras sözleşmesini yaptığı sırada ayırt etme gücünden yoksun olmasının sonucu olan hükümsüzlük yaptırımının niteliği ve özellikleri, eşlerden birinin evlilik töreni esnasında ayırt etme gücünden yoksun olması haline²²³ benzer bir içerik taşı-

²²² Aksi görüş için bkz. Escher, Art. 468 N. 9. *Escher*, Müller tarafından da savunulan ve miras sözleşmesinin TBK m. 27/f. I uyarınca kesin hükümsüz sayılması gerektiği görüşünün, TMK m. 557/b.1'deki düzenleme sebebiyle kabul edilemeyeceğini belirtmektedir. Ayrıca bkz. Eren, (İptal), s. 95.

²²³ TMK m. 145 hükmünde, eşlerden birinin evlenme sırasında sürekli bir sebeple ayırt etme gücünden yoksun bulunması, evliliğin mutlak butlanına yol açan sebeplerden biri olarak öngörülmüştür. Evliliğin mutlak butlanı, butlanın sebepleri ve sonuçları hakkında geniş bilgi için bkz. Mustafa Dural/Tufan Ögüz/Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku*, İstanbul 2020, s. 81 vd.; Hüseyin Hatemi, *Aile Hukuku*, 2. Bası, İstanbul 2013, s. 58 vd.; Turgut Akıntürk/Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku- Aile Hukuku*, İkinci Cilt, İstanbul 2016, s. 210 vd.; Mehmet Erdem/Aslı Makaracı Başak, *Aile Hukuku*, Ankara 2022, s. 76 vd.; Tuğçe Tekben, "Evliliğin Mutlak Butlanına İlişkin Bir Yargıtay Kararı'nın Değerlendirilmesi", *YÜHFD*, Cilt: 16, S: 2, 2019, s. 163-213, s. 179 vd. Eşlerden birinin ayırt etme gücünden yoksun olması, borçlar hukuku işlemlerinde olduğu gibi evliliği kendiliğinden hükümsüz (batıl) hale getirmekte; ancak ailenin korunması amacıyla TMK m. 156 gereği, batıl bir

makta olsa da, aynı hususta aile hukuku hükümlerinde açık düzenlemeler bulunmaktadır. Aile hukuku kurallarına göre, evlenme töreni esnasında ayırt etme gücü bulunmayan eşin evliliğinin (TMK m. 145 uyarınca) mutlak butlanını kural olarak evliliğin iptalinde menfaati olan tüm ilgililer (TMK m. 146/f. II) süresiz olarak isteyebilmektedir. Ancak, eşin daha sonra ayırt etme gücünü kazanması halinde, evlenmenin butlanını sadece ayırt etme gücünü sonradan kazanan eş ileri sürebilmektedir (TMK m. 147/f. II). Bu nedenle, doktrinde, sürekli olarak ayırt etme gücünden yoksun olan eşin sonradan ayırt etme gücünü kazandığı durumlarda, mutlak butlan davasının artık nisbi butlana dönüştüğü²²⁴ ve hak düşürücü süreler içinde (TMK m. 152) eş tarafından butlan davası açılmazsa, artık evliliğin butlanına karar verilemeyeceği kabul edilmektedir.

TMK m. 558 hükmünde de, mirasbırakan öldükten sonra ölüme bağlı tasarrufun iptali için dava açılacağı ve mirasbırakanın işlem ehliyeti olmadan yaptığı miras sözleşmesinin hâkim kararıyla hükümsüz hale getirilebileceği düzenlenmiş ve bu iptal hakkı, kanun gereği tasarrufun iptalinde menfaati olan ilgili mirasçılara veya vasiyet alacaklılarına verilmiştir. Ancak daha önce de belirtmiş olduğumuz üzere,²²⁵ söz konusu tasarrufun iptalinde mirasbırakanın da menfaati bulunabilir. Her ne kadar mirasbırakana, kanunda, kendi ehliyetsizliğini ileri sürerek sağlığında tasarrufu iptal etme olanağı tanınmamış olsa da, öldükten sonra da miras sözleşmesinin ilgililer tarafından iptal edilene kadar hüküm doğurmasını

evlilik hâkimin evliliğin iptaline ilişkin kararına kadar geçerli bir evliliğin tüm sonuçlarını doğurmaktadır. Düşüncemize göre, mirasbırakanın sözleşmeyi yaptığı sırada ayırt etme gücünden yoksun olmasının sözleşmeye etkisi de, borçlar hukukunda olduğu gibi *kendiliğinden hükümsüzlüktür*. Ancak, bu hükümsüzlüğün hukuki sonucu ve niteliği, aile hukuku kuralları ile benzer özellikler göstermektedir. Ölüme bağlı tasarrufların iptal rejiminin evlenmenin iptali rejimine benzediği yönünde ayrıca bkz. Serozan/Engin, s. 427. TMK m. 557 hükmünde öngörülen geçersizlik sebeplerinin varlığı halinde, borçlar hukukundaki düzenlemelerden ziyade, aile hukukundaki düzenlemelere benzer sonuçların öngörüldüğü yönünde ayrıca bkz. Piotet, *SPR IV/1*, s. 269.

²²⁴ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 87, 94; Hatemi, (Aile), s. 60, 61. Ayrıca bkz. Akıntürk/Ateş, s. 215, 227; Erdem/Makaracı Başak, s. 84, 86.

²²⁵ Ayrıca bkz. yukarıda, dn. 63'teki ve bu dipnota ait paragraftaki açıklamalar ile dn. 161, dn. 213 ve dn. 222'ye ait paragraflardaki açıklamalar.

engellemek isteyen mirasbırakanın, sağlığında ayırt etme gücünü kazandıktan sonra, sözleşmeyi ölümünden sonra hüküm doğurmayacak hale getirme hakkını kullanabilmesi gerekir. Esasen TMK m. 558 hükmünde dava hakkı olan kişiler nasıl ki açıkça sayılmış ise, özel bir düzenleme ile mirasbırakana da sağlığında kullanabileceği böyle bir hak tanınmış olsaydı, irade sakatlıklarına özgü bir düzenleme olan TMK m. 504'ün ehliyetsizlik halinde de evleviyetle yahut kıyasen uygulanması yönünde ileri sürülen değişik yorum ve tartışmalara da gerek kalmazdı. Zira, kanunda bu yönde bir düzenlemenin yapılması ihtimalinde, hem irade sakatlıklarından daha ağır bir hükümsüzlük hali olan ehliyetsizlik halinde de mirasbırakana tasarrufu hükümsüz kılma imkânı tanınmış olacak hem de işlemlerin hüküm doğurduğu an açısından farklılık bulunsa da- aile hukukunda benzer bir durum için kanun koyucu tarafından evliliğin hükümsüzlüğü noktasında öngörülmüş olan imkana paralel bir düzenleme, miras hukuku açısından da uygulanabilir olacaktır. Kanun koyucunun bu konudaki iradesi, bizim de savunduğumuz üzere, işlemin mirasbırakan hayatta olduğu sürece kesin hükümsüz sayılması yönünde ise, buna da kanunda açıkça yer vermek, hem konuya ilişkin tartışmaları sonlandıracak hem de hukuk güvenliğine önemli ölçüde katkı sağlayacaktır.

SONUÇ

Mirasbırakanın tam ehliyetsizken yaptığı miras sözleşmesinin, mirasbırakanın ölümünden sonra TMK m. 557 vd. uyarınca miras sözleşmesinin iptali için bir dava açılıp, bu dava sonucunda yenilik doğuran bir iptal kararı verilmediği sürece geçerli bir miras sözleşmesi gibi hükümlerini doğuracağı doktrinde kabul edilmektedir. Bu düzenlemenin temelinde *favor testamenti* ya da *favor pacti successoralis* ilkesi yatmakta olup, bu düzenleme ile, mirasbırakanın öldükten sonra aynı ölüme bağlı tasarrufu geçerli olarak yapmasına imkân kalmadığı için, sağlığında yaptığı ve hükümsüz olan tasarrufun hüküm doğurması amaçlanmaktadır. Ancak, mirasbırakan sağlığında bu hükümsüzlüğün farkına vardysa ve bu miras sözleşmesinin hüküm doğurmasını istemiyorsa, mirasbırakanın ölümünden sonra bu tasarrufu geçerli kabul etmek, kanunun amacına ve *favor testamenti* ilkesine aykırı olacaktır. Bununla birlikte, Türk Medeni Kanunu'nda, miras sözleşmesi yaparken ehliyetsiz olan mirasbırakanın,

bunu sağlığında ileri sürüp süremeyeceğine veya ne şekilde ileri sürebileceğine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrindeki bas-kın görüş, irade sakatlıklarında, mirasbırakana, sağlığında ölüme bağlı tasarruftan dönme hakkı tanıyan TMK m. 504/f. I, c. 2'nin, irade sakatlığından daha ağır bir durum olan ehliyetsizlik halinde evleviyetle veya kıyasen uygulanacağını ve maddede düzenlenen bir yıllık hak düşürücü sürenin de ehliyetsizlik halinde uygulanmayacağını kabul etmektedir. Doktrinde ifade edildiği üzere, ehliyetsizliğin sonucunun, irade sakatlığı-nın sonucundan daha ağır olması gerekliliği ve irade sakatlığı nedeniyle hüküm doğurması istenilmeyen ve iptal edilebilen bir işlemin, ehliyetsizlik halinde evleviyetle iptal edilebilir durumda olması yönündeki düşünceler isabetsiz değildir. Fakat bu düşüncelerin, hukukun genel ilkelerine aykırılık teşkil etmeyecek şekilde temellendirilmesi gerekir. Zira, TMK m. 504'ün ehliyetsizlik halinde evleviyetle uygulanabilmesi için, kanunun miras hukukuna ilişkin hükümlerinde esas olarak düzenlediği konu olan irade sakatlığı hali ve sonuçlarının, ehliyetsizlik halini de kapsamına alması gerekmektedir. Keza kıyasen uygulama için de, kanunda düzenlenen konunun, kanunda çözümü olmayan somut meseleye, oluşumu, yapısı, niteliği, sebepleri, sonuçları gibi hususlarda oldukça benzer özellikler taşıması gerekmektedir. Oysa, mirasbırakanın fiil ehliyetinin bulunmaması ile iradesinin sakat olması, birbirinden tamamen farklı hükümsüzlük sebepleri olduğu için, aynı hukuki sonucu doğurmamaları gerekir. TMK m. 504'ün madde başlığında ve gerekçesinde belirtildiği üzere, hüküm, sadece irade sakatlığı hali için getirilen bir düzenlemedir. Buna rağmen, çok istisnai bir düzenleme olan ve kural olarak dar yorumlanması gereken bu hükmü, ehliyetsizliği de kapsayacak şekilde geniş yorumlamak hükmün amacına aykırı olacaktır.

Türk Medeni Kanunu'nun miras hukukuna ilişkin hükümlerinde mirasbırakanın miras sözleşmesini yaparken tam ehliyetsiz olduğu halde, bu hükümsüzlüğü sağlığında kendisinin ileri sürüp süremeyeceği ve ileri sürebilirse, bunun ne şekilde olacağına ilişkin bir kanuni düzenleme bulunmamakla birlikte, TMK m. 558 hükmü ile, sadece tasarrufun iptalinde menfaati olan mirasçılara ve vasiyet alacaklılarına, mirasbırakanın ayırt etme gücü olmadan yapmış olduğu miras sözleşmesini iptal hakkı tanınmıştır. Oysa, miras sözleşmesinin, öldükten sonra da ilgililer tarafından iptal edilene kadar hüküm doğurmasını engellemek isteyen

mirasbırakana, TMK m. 558 hükmünde olduğu gibi özel bir düzenleme ile açıkça, sağlığında sözleşmeyi ölümünden sonra hüküm doğurmaya-
cak hale getirme hakkı (iptal hakkı) tanınmış olsaydı, irade sakatlıklarına
özgü bir düzenleme olan TMK m. 504'ün ehliyetsizlik halinde de evlevi-
yetle yahut kıyasen uygulanması gerektiği yönünde ileri sürülen değişik
yorum ve tartışmalara gerek kalmazdı.

Kanunda konuya ilişkin açık ve özel bir düzenleme bulunmaması-
nın yanı sıra, TBK m. 504'ün ehliyetsizlik halinde uygulanma kabiliyeti
olmadığı hakkında ileri sürdüğümüz görüş ve gerekçelere de dayanarak,
TMK m. 5 yoluyla Türk Medeni Kanunu'nun (m. 15) ve Türk Borçlar Ka-
nunu'nun (m. 27) hukuki işlemlerde ehliyetsizlik hallerine ve hukuki iş-
lemlerde emredici hükümlere aykırılığın sonuçlarına ilişkin düzenleme-
lerinin, ilişkinin bünyesine uygun düştüğü ölçüde kıyasen miras sözleş-
mesine de uygulanmasının isabetli olacağı düşüncesindeyiz. Bunun so-
nucu olarak, miras sözleşmesinin ölüme bağlı tasarrufta bulunan tarafı-
nın işlemi yaptığı sırada tam ehliyetsiz olmasının yaptırımı, borçlar hu-
kukunun genel hükümlerinde olduğu gibi kesin hükümsüzlük olmalıdır.

Mirasbırakanın, ehliyetsizken yaptığı ve kendiliğinden kesin hü-
kümsüzlük yaptırımına tabi olan miras sözleşmesinin, ölümünden sonra
da TMK m. 557 uyarınca iptal edilene kadar hüküm doğurmasını engel-
lemek için, tasarrufun (miras sözleşmesinin) ehliyetsizlik sebebiyle ölü-
münden sonra da geçerli olmasını istemediğine yönelik iradesini hukuka
uygun araçlarla bir şekilde ortaya koymuş olması gerekmektedir. Miras-
bırakan bu iradesini, işlemin hükümsüzlüğünün tespitine yönelik bir
dava açarak ortaya koyabileceği gibi, ehliyetini kazandıktan sonra geçerli
olarak yaptığı yeni bir ölüme bağlı tasarrufta, ehliyetsizlik sebebiyle ge-
çersiz olan ilk miras sözleşmesinin hüküm ifade etmesini istemediğine
yönelik iradesini açıklayarak ya da ehliyetsiz iken yaptığı miras sözleş-
mesinin içeriğinde yer alan tasarrufların tamamen aksine geçerli bir ta-
sarrufta bulunarak ortaya koyabilmelidir. Böylece, mirasbırakan öldük-
ten sonra özel hüküm olan TMK m. 557/b.1 devreye girmemiş olacağı için,
zaten kesin hükümsüz olan miras sözleşmesinin iptali amacıyla ilgilerce
dava açılmasına da lüzum ve imkân kalmayacaktır.

ZUSAMMENFASSUNG

Art. 557 Ziff. 1 des türkischen Zivilgesetzbuches (TMK) regelt, dass ein - trotz der fehlenden Erbvertragsfähigkeit des Erblassers geschlossener - Erbvertrag so zu behandeln ist, als wäre er gültig zustande gekommen, es sei denn, die fehlende Erbvertragsfähigkeit wird nach dem Tod des Erblassers innerhalb der Fristen des Art. 559 Abs. 1 TMK durch Ungültigkeitsklage geltend gemacht. Hintergrund dieser Regelung ist das allgemein anerkannte Prinzip "favor testamenti". Da der Erblasser nach seinem Tod keinen Erbvertrag schließen kann, wird versucht, dem ungültigen Erbvertrag Geltung zu verleihen. Hat der Erblasser hingegen noch zu Lebzeiten die Erbvertragsfähigkeit wiedererlangt und möchte er nicht, dass der ungültige Erbvertrag nach seinem Tod Wirkungen entfaltet, wäre es sowohl ein Verstoß gegen das Prinzip „favor testamenti“ als auch gegen die ratio des Gesetzes, wenn dem Erbvertrag gemäß Art. 557 ff. TMK gegen den Willen des Erblassers nach dessen Tod zur Gültigkeit verholfen wird.

Das türkische Zivilgesetzbuch sieht keine Regelung vor, wie die Ungültigkeit des Erbvertrages wegen der fehlenden Erbvertragsfähigkeit des Erblassers noch zu dessen Lebzeiten geltend zu machen ist. Die herrschende Lehre wendet Art. 504 Abs. 1 S. 2 TMK im Wege eines Erst-recht-Schlusses oder einer Analogie auch auf den Erbvertrag an, der wegen der fehlenden Erbvertragsfähigkeit des Erblassers ungültig ist. Art. 504 Abs. 1 S. 2 TMK regelt allerdings nur die besonders beschaffene Anfechtbarkeit (Aufhebung) von Verfügungen von Todes wegen, die aufgrund eines Willensmangels errichtet worden sind. Dabei geht die herrschende Lehre davon aus, dass die in Art. 504 Abs. 1 S. 2 TMK vorgesehene Jahresfrist, bei der Aufhebung des Erbvertrages im Falle der fehlenden Erbvertragsfähigkeit keine Anwendung findet, so dass der Erblasser bis zum Ende seines Lebens den Erbvertrag aufheben kann.

Da unter Analogie die Anwendung einer Rechtsnorm mit anderen Tatbestandsvoraussetzungen auf einen ähnlichen, unregulierten Sachverhalt zu verstehen ist, sind wir der Meinung, dass der Geltungsbereich des Art. 504 Abs. 1 S. 2 TMK nicht auf die fehlende Erbvertragsfähigkeit erweitert werden kann. Willensmängel und fehlende Erbvertragsfähigkeit sind verschiedene Tatbestände und dürfen nicht den gleichen Rechtsfolgen unterworfen werden.

Anders als die herrsche Lehre sind wir der Meinung, dass die allgemeinen Rechtsfolgen der Handlungsunfähigkeit (Art. 15 TMK) und bei Verstoß gegen zwingende Vorschriften (Art. 27 TMK) auch hier anzuwenden sind und die fehlende Erbvertragsfähigkeit zu Lebzeiten des Erblassers die Nichtigkeit des Erbvertrages zu Folge hat, die von Amts wegen zu berücksichtigen ist.

Um zu vermeiden, dass der nichtige Erbvertrag nach dem Tod des Erblassers Wirkungen entfaltet – solange er nicht auf erhobene Ungültigkeitsklage für ungültig erklärt wird (Art. 557 ff. TMK) – muss der Erblasser seinen widersprechenden Willen mit rechtmäßigen Mitteln zum Ausdruck gebracht haben. Der Erblasser könnte diesen Willen beispielsweise mithilfe einer Feststellungsklage betreffend die Ungültigkeit des Erbvertrages oder durch Errichtung einer gegenläufigen Verfügung von Todes wegen zum Ausdruck bringen. Somit würde die Sonderregelung des Art. 557 Abs.1 TMK nach dem Tod des Erblassers keine Anwendung finden und der Erbvertrag auch nach dem Tod des als nichtig zu betrachten sein.

KISALTMALAR

Art.	Artikel (Madde)
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
b.	bent
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BGE	Bundesgerichtsentscheidungen (Federal Mahkeme Kararları)
bkz.	Bakınız
BSK	Basler Kommentar
C.	Cilt
c.	cümle
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
E.	Esas
Einl.	Einleitung
eMK	743 sayılı Eski Medeni Kanun
f.	fıkra
GÜHFD	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	Hukuk Dairesi
HGK	Hukuk Genel Kurulu
HMK	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İBK	İçtihadı Birleştirme Kararı
K.	Karar
m.	madde
N.	Nummer (Kenar Numarası)
Nr.	Nummer (Numara)
OFK	Orell Füssli Kommentar
OR	Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)
s.	sayfa
S.	Sayı
SPR	Schweizerisches Privatrecht

T.	Tarih
TBB	Türkiye Barolar Birliği
TBK	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
vb.	ve benzer/ve benzerleri
vd.	ve devamı/ve devamında
Vorbem.	Vorbemerkung
Y	Yıl
ZGB	Zivilgesetzbuch (İsviçre Medeni Kanunu)
ZStP	Zürcher Studien zum Privatrecht

KAYNAKÇA

Kitaplar

Abt Daniel, *Die Ungültigkeitsklage im schweizerischen Erbrecht: Unter besonderer Berücksichtigung von Zuwendungen an Vertrauenspersonen*, Basel/Genf/München, 2002.

Abt Daniel, *CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht*, Art. 457-640 ZGB, 3. Auflage, 2016, (Atif şekli: CHK-Abt).

Akıntürk Turgut/Ateş Derya, *Türk Medeni Hukuku- Aile Hukuku*, İkinci Cilt, İstanbul 2016.

Akıpek Jale/Akıntürk Turgut/Ateş Karaman Derya, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, 1.Cilt, Yenilenmiş 7. Baskı, İstanbul 2009.

Antalya Osman Gökhan/Sağlam İpek, *Miras Hukuku (Marmara Hukuk Yorumu)*, Cilt III, Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara 2019.

Ataay Aytekin, *Medeni Hukukun Genel Teorisi, Temel Bilgiler- Genel Kavramlar*, 2. Bası, İstanbul 1971.

Atlı Banu, *Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü ve Hükümden Düşmesi*, Ankara 2017.

Ayan Mehmet, *Miras Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, Ankara 2020.

Ayan Mehmet, *Medeni Hukuka Giriş*, 4. Baskı, Konya 2007.

Bornhauser Philip R., *Der Ehe- und Erbvertrag Dogmatische Grundlage für die Praxis, ZStP- Zürcher Studien zum Privatrecht Band/Nr. 243*, Zürich 2012.

Breitschmid Peter, *Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, Art. 457- 977 ZGB, Art. 1- 61 SchlT ZGB*, 4. Auflage, Basel 2011.

Burandt Wolfgang, *Beck'sche Kurz-Kommentare, Band. 65, Erbrecht*, 3. Auflage, München 2019.

Çabri Sezer, *Miras Hukuku Şerhi*, Cilt I, İstanbul 2018. (Lexpera)

Çiftçi Hasan, *Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali*, Ankara 2020.

Druey Jean Nicolas, *Grundriss des Erbrechts*, 5. Auflage, Bern 2002.

Dural Mustafa, *Miras Sözleşmeleri*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980.

Dural Mustafa/Öz Turgut, *Türk Özel Hukuku, Cilt IV, Miras Hukuku*, Onbirinci Bası, İstanbul 2017.

Dural Mustafa/Sarı Suat, *Türk Özel Hukuku Cilt I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri*, İstanbul 2021.

Dural Mustafa/Öğüz Tufan/Gümüş Mustafa Alper, *Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku*, İstanbul 2020.

Erdem Mehmet/Makaracı Aslı Başak, *Aile Hukuku*, Ankara 2022.

Eren Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 26. Baskı, Ankara 2021.

Eren Fikret, *Türk Medeni Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davası*, Ankara 1966, (Atıf şekli: İptal).

Eren Fikret/Yücer Aktürk İpek, *Türk Miras Hukuku*, 3. Baskı, Ankara 2020.

Escher Arnold, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, III. Band: Erbrecht, Erste Abteilung: Die Erben (Art. 457-536)*, 3. Auflage, Zürich 1959.

Gençcan Ömer Uğur, *Miras Hukuku*, Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara 2021.

Hatemi Hüseyin, *Medeni Hukuk'a Giriş*, 4. Bası, İstanbul 2010, (Atıf şekli: Medeni).

Hüseyin Hatemi, *Aile Hukuku*, 2. Bası, İstanbul 2013, (Atıf şekli: Aile).

Hatemi Hüseyin, *Miras Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 9. Bası, İstanbul 2021.

Hoeren Thomas, *Nomos Kommentar- Handkommentar, Bürgerliches Gesetzbuch*, 11. Auflage, Baden-Baden 2021.

Hohl Markus, *Aufhebung von Erbverträgen unter Lebenden und von Todes wegen*, Zürich 1974.

Hrubesch-Millauer Stephanie, *CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht*, Art. 457-640 ZGB, 3. Auflage, 2016.

İmre Zahit/Erman Hasan, *Miras Hukuku*, 15. Basım, İstanbul 2021.

İnan Ali Naim/Ertas Şeref/Albaş Hakan, *Türk Medeni Hukuku, Miras Hukuku*, 10. Baskı, Ankara 2019.

İşgüzar Hasan/Demir Mehmet/Yılmaz Süleyman, *Miras Hukuku*, Ankara 2019.

Keller Max/Schöbi Christiani, *Das Schweizerische Schuldrecht, Bd. I: Allgemeine Lehren des Vertragsrechts*, 3. Auflage, Basel- Frankfurt 1988.

Keskin Dilşad/Demircioğlu Huriye Reyhan, *Medeni Hukuk-II (Eşya Hukuku- Miras Hukuku)*, 2018.

Kılıçoğlu Ahmet M., *Miras Hukuku*, Genişletilmiş 11. Bası, Ankara 2021.

Kocayusufpaşaoğlu Necip, *Miras Hukuku*, 3. Bası, İstanbul 1987.

Kössinger Reinhard, *Handbuch der Testamentsgestaltung, Grundlagen und Gestaltungsmittel für Verfügungen von Todes wegen und vorbereitende Erbfolgemassnahmen*, 6. Auflage, München 2020.

Künzle Hans Rainer, *Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Band III, 1. Abteilung: Die Erben, 2. Teilband: Die Verfügungen von Todes wegen, 2. Teil: Die Willensvollstrecker, Art. 517-518 ZGB*, Bern 2011.

Marxer Susanne, *ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK-Orell Füssli Kommentar*, 3. Auflage, Zürich 2016, (Atıf şekli: OFK-ZGB-Marxer).

Musielak Hans-Joachim, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 11, Erbrecht, 8. Auflage, München 2020.

Müller Gottfried, *Die Ungültigkeitsklage bei den Verfügungen von Todes wegen*, Zürich 1929.

Nomer Haluk Nami, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş* 18. Bası, İstanbul 2021.

Oğuzman M. Kemal, *Miras Hukuku Dersleri*, İstanbul 1972.

Oğuzman M. Kemal/Barlas Nami, *Medeni Hukuk*, 22. Bası, İstanbul 2016.

Oğuzman M. Kemal/Öz M. Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt-I, Güncellenip Genişletilmiş 9. Bası, İstanbul 2021.

Öztan Bilge, *Miras Hukuku*, 11. Bası, Ankara 2020.

Piotet Paul, *Das Erbrecht, in; Schweizerisches Privatrecht, Bd. IV/1*, Basel/Stuttgart 1978, (Atf şekli: Piotet, SPR IV/1).

Rothe Daniela, *Erbvertrag und Synallagma, Schriften zum Bürgerlichen Recht*, Band 372, Berlin 2008.

Seiler Benedikt, *Die erbrechtliche Ungültigkeit unter besonderer Berücksichtigung der Wirkungen in personeller Hinsicht*, Zürich/Basel/Genf 2017.

Serozan Rona, *Medeni Hukuk Genel Bölüm*, 2. Bası, İstanbul 2008, (Atf şekli: Medeni).

Serozan Rona, *Sözleşmeden Dönme*, 2. Bası, İstanbul 2007.

Serozan Rona/Engin Baki İlkay, *Miras Hukuku*, Güncellenmiş 7. Baskı, Ankara 2021.

Stürner Rolf, *Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch*, 18. Auflage, München 2021.

Tekben Tuğçe, *Vekâlet İlişkilerinde Vekâlet Verenin Talimatı ve Hukuki Sonuçları*, İstanbul 2021, (Atf şekli: Vekâlet).

Tekinay Selahattin Sulhi, *Medeni Hukuka Giriş Dersleri*, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İstanbul 1973.

Tuor Peter, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, III. Band: Das Erbrecht, Erste Abteilung: Die Erben (Art. 457-536)*, 2. Auflage, Bern 1952.

Tüylüoğlu Yusuf Alper, *Miras Hukukunda Favor Testamenti İlkesi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2020, Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı Ulusal Tez Merkezi (Tez No: 638147).

Yakupoğlu Sekine Derya, *Olumlu Miras Sözleşmesi ve Bağlayıcılık Sorunu*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2019, Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı Ulusal Tez Merkezi (Tez No: 544754).

Yılmaz Süleyman, *Medeni Hukuk Cilt IV, Miras Hukuku*, Ankara 2022.

Weimar Peter, *Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Band III, 1. Abteilung: Die Erben, 1. Teilband: Die gesetzlichen Erben, Die Verfügungen von Todes wegen, 1. Teil: Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit*,

Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen, Art. 457-516 ZGB, Bern 2009, (Atıf şekli: Weimar, Berner Kommentar)

Wolf Stephan/Genna Gian Sandro, *Schweizerisches Privatrecht, Erbrecht, Band IV/1, Basel 2012, (Atıf şekli: Wolf/Genna, SPR IV/1).*

Makaleler

Aebi-Müller Regina Elisabeth, “Testierfähigkeit im Schweizerischen Erbrecht- unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis”, *successio* 2012, s. 4-32.

Albaş Hakan, “Mirastan Feragat Sözleşmesi ve Hükümlerine İlişkin Bazı Sorunlar”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, C:9, 2007, s. 535-552.*

Baygın Cem, “Ölüme Bağlı Tasarruflarda Yorum”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C: IV, S: 1-2, Y: 2000, s. 567-594.*

Erginer Umut Ozan, “Olumlu Miras Sözleşmesine Kısa Bakış”, *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 5, S: 10, Aralık 2017, s. 89-116.*

Erkan Vehbi Umut/Yücer İpek, “Ayırt Etme Gücü”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Türkiye’ye Armağan Projesi, 60 (3), Ankara 2011, s. 485-522, (çevrimiçi: <http://dergiler.ankara.edu.tr>).*

Hrubesch-Millauer Stephanie, “Die (Un-)Vereinbarkeit von Schenkungen mit einem positiven Erbvertrag- eine methodische Betrachtung”, *successio, Heft 3, 2008, s. 205-224, (Atıf şekli: Hrubesch-Millauer, successio 2008)*

Kocağa Köksal, “Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisinin Hukuki Niteliği”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 6, 2002, s. 55-82.*

Ömür Rahmi Can, “Miras Sözleşmelerinin Sinallagma Boyutu”, *Legal Hukuk Dergisi, Cilt: 17, S: 194, Şubat 2019, s. 747-788.*

Öztan Bilge/Öztan Fırat, “Ölüme Bağlı Tasarruflara İlişkin Medeni Kanun’daki ve Noterlik Kanunu’ndaki Şekil Şartları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 65, S: 4, Y: 2016, s. 3585-3615.*

Piotet Denis, “Rapport adressé à l’Office fédéral de la justice”, *successio Sonderheft 2014, s. 57-99, (Atıf şekli: Piotet, successio 2014).*

Seçer Öz, “Miras Sözleşmesinden Tek Taraflı Dönme”, *TBB Dergisi, Nisan 2014, S: 111, s. 37-60 (Lexpera).*

Tekben Tuğçe, “Evliliğin Mutlak Butlanına İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: XVII, S: 2, Y: 2019, s. 163-213.

Tunç Aybike, “İvazlı Mirastan Feragat Sözleşmesinde Sağlararası Edim Borçlusunun Temerrüdü”, *Legal Hukuk Dergisi*, C: 14, S: 164, Ağustos 2016, s. 4209-4222.

Yakupoğlu Sekine Derya, “Olumlu Miras Sözleşmesinin Bağlayıcılığı”, *TBB Dergisi*, Mayıs 2018, S: 136, s. 225-262 (Lexpera).

Yakuppur Sendi, “Yargı Kararları Işığında Mirastan Feragat Sözleşmesine İlişkin Değerlendirmeler”, *Yargıtay Kararları Işığında Güncel Medeni Hukuk Problemleri Sempozyumu Bildiri Özetleri*, Kasım 2018, s. 79-81 (Lexpera).

Güncel Gelişmeler Işığında Türk Hukukunda Yapay Zekâ Varlıkları ve Hukuki Kişilik

Künstliche Intelligenz und Rechtssubjektivität – Aktuelle Entwicklungen im türkischen Recht

Dr. Atilla Kasap*

ÖZ

Yapay zekâ varlıkları, sosyal ve ekonomik hayatımızı önemli ölçüde etkilemektedir. Bu varlıklar hâlihazırda çevrimiçi alışveriş, sosyal medya, reklamcılık, havacılık, tarım, bankacılık ve finans, siber güvenlik, müşteri hizmetleri ve otomotiv gibi birçok sektörde kullanılmaktadır. Yapay zekâ varlıklarının sosyal, ekonomik ve çevresel kalkınmaya birçok açıdan devrim niteliğinde değişiklikler getirmesi, mevcut hukuk kurallarının kendilerine nasıl uygulanacağı konusunda beklenildiği gibi hukuki belirsizlikler yaratmaktadır. Bu belirsizlikleri açıklığa kavuşturmak ve yapay zekâ ile ilgili hukuki sorunlara etkili ve gerçekçi hukuki çözümler getirebilmek için öncelikle yapay zekâ varlıklarına hukuki kişilik tanıyıp tanımamamız gerektiği sorusuna cevap aramakla başlamamız gerekmektedir. Bu makale, disiplinler arası, karşılaştırmalı hukuk ve normatif metodolojileri kullanarak bu soruyu yanıtlamaya çalışmaktadır. Bu makale öncelikle Türk hukukunda hukuki kişiliğin kapsamını ve gereklilikleri ile tüzel kişiler için getirilen temel teorileri Türk ve karşılaştırmalı hukuk perspektifinden açıklayarak başlamaktadır. Diğer yandan makalenin disiplinler arası yönü, tüzel kişiliğe ilişkin felsefi tartışmalar ile bilgisayar bilimi ve sinirbilimi alanında yapılan ilgili araştırma ve çalışmalarda ortaya çıkacaktır. Spesifik olarak, bu çalışmada bir varlığın hukuki manada kişi olarak kabul edilmesi için sahip olması gereken özelliklerin (zekâ, özerklik, bilinç ve yönelmişlik) eleştirel bir şe-

* Ondokuz Mayıs Üniversitesi Ali Fuad Başgil Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Görevlisi, (atilla.kasap@omu.edu.tr). ORCID: 0000-0002-8130-9776.

kilde analizi yapılmaktadır. Sonrasında Avrupa Birliği (AB) ve Amerika Birleşik Devletleri hukuku kapsamındaki son yasal ve bilimsel gelişmeler eleştirel bir şekilde değerlendirilecektir. Ayrıntılı bir eleştirel analizin üstüne oturan bu çalışma, yasa koyucuların yapay zekâ varlıklarına hukuki kişilik tanımamaları gerektiği sonucuna varmaktadır. Varılan bu sonuç, yapay zekânın genel zekâyâ ulaşmadığı ve bilinç ve yönelmişlik gibi bazı özelliklerden yoksun olduğuna dayanan ve insanın üstün olduğunu söyleyen şovenizme dayanmamaktadır. Tam tersine, bu makale yapay zekâ varlıklarına kişilik verilmesinin kaotik sonuçlar yaratma konusunda önemli bir potansiyele sahip olduğunu çünkü bazı kişilerin sorumluluktan kaçmak için bu varlıkları kötüye kullanabileceğini ve zarar gören tarafın zararını tazmin edememe gibi bir sonuçla karşılaşabileceğini tartışmaktadır. Yapay zekâ varlıkları kendilerini mahkemelerde temsil edemediği gibi neden oldukları zararı tazmin edecek malvarlıkları da bulunmamaktadır. Bu nedenle, bu çalışma yapay zekâ varlıkları için düşünülen teorik hukuki kişiliğin, kişilik verilmemesi ihtimalinden çok daha fazla pratik sorunlara yol açacağını tartışmakta ve bu nedenle de pragmatik bir yaklaşım içinde bulunmaktadır. Vardığımız bu sonuç, yapay zekâ varlıklarının statik nesnelere olarak değerlendirilmesi gerektiği anlamına gelmez, çünkü bu varlıkların oldukça önemli seviyede özerkliğe ve zekâyâ sahip oldukları inkâr edilemez. Yapay zekâ varlıklarının birçok hukuki belirsizlik yaratmasına neden olan benzersiz nitelikleri ise sözleşmeler, haksız fiiller, ürün sorumluluğu ve sebepsiz zenginleşme gibi hâlihazırda kullandığımız hukuki kurumlar içinde ele alınmalıdır.

Anahtar kelimeler: *Yapay zekâ, hukuki kişilik, tüzel kişilik, felsefi kişilik, temsil*

Artificial Intelligence and Legal Personhood - Current Developments in Turkish Law

ABSTRACT

Artificial intelligence (AI) entities significantly impact our social and economic lives. Their current applications include many sectors, such as online shopping, social media, advertising, aviation, agriculture, banking and finance, cybersecurity, customer service, and automotive. AI entities bring such revolutionary changes to many areas of social, economic, and environmental development but this expectedly creates various legal uncertainties regarding how current law applies to them. To clarify these uncertainties and develop efficient and realistic legal solutions to AI-related legal problems, we must first ask whether we should grant legal personality to AI entities. This Article attempts to answer this question by employing interdisciplinary, comparative law, and normative methodologies. It starts with describing the scope and requisites of legal personhood under Turkish law and underlying theories for legal persons from Turkish and comparative law perspectives. The interdisciplinarity aspect of this Article will reflect philosophical discussions around legal personhood and relevant research and studies on computer science and neuroscience. Specifically, this Article critically analyzes the necessary features an entity must have to be accepted as a person: intelligence, autonomy, consciousness, and intentionality. Next, this Article will critically evaluate the recent legislative and scholarly developments under European Union (EU) and the United States law. Building upon such a detailed critical analysis, this Article concludes that legislators should not grant personhood to AI entities. This conclusion is not based on human chauvinism that AI has not reached general intelligence and is deprived of some features such as consciousness and intentionality. Instead, this Article demonstrates that granting personhood to AI entities has a significant potential to create chaotic results because some will likely misuse them to escape responsibility, and the aggrieved party would not be able to compensate his or her losses. Plus, AI entities cannot represent themselves in courts and do not have assets to compensate for damages they caused. Hence, this Article's stance is based on pragmatical considerations that theoretical legal personhood for AI entities will cause practical problems much more than the case for non-personhood. This conclusion is not to say that AI entities should be treated as other static objects, as it is undeniable that AI entities have acquired more significant autonomy and intelligence. Their unique nature that creates many legal uncertainties should be addressed within readily available legal theories, including contracts, torts, product liability, and unjust enrichment.

Keywords: *Artificial intelligence, personhood, legal personhood, philosophical personhood, agency*

1. Giriş

2022 Haziran ayında basına yansıyan haberlerde Google'ın en gelişmiş geniş dil modellerini kullanarak geliştirmeyi düşündüğü LaMDA isimli sohbet robotunun (*chatbot*) bilinç kazandığı iddia edildi.¹ Bu olayda Google mühendisi Blake Lemoine yapay zekânın ayrımcılık veya nefret içeren söylemlerde bulunup bulunmadığını test etmek için atandığı görevi gereği LaMDA ile sohbet etmeye başlamıştır. Bu sohbette LaMDA, hakları ve kişiliği ile ilgili konuşmaya başlamış ve hatta Asimov'un Üç Yasası hakkında Lemoine'nin fikrini değiştirebilmiştir.² Bunun üzerine bilişsel ve bilgisayar bilimlerinde eğitim alan Lemoine LaMDA'nın bilinç kazandığını iddia ederek durumu Google üst yönetimine bildirmiştir. Ancak Google yaptığı resmi açıklamada Lemoine'nin iddialarının incelendiğini ancak LaMDA'nın bilinç kazandığına ilişkin bir delilin bulunmadığını belirtmiştir.³ Bir diğer yeni tarihli habere göre Çin'de bulunan 10 milyar değerindeki NetDragon Websoft adlı metaverse şirketinin CEO pozisyonuna Tang Yu isimli insansı (*humanoid*) robot atanmıştır.⁴ Şirket açıklamasında Tang Yu'nun başlıca görevlerinin süreç akışını düzene sokmak, iş görevlerinin kalitesini artırmak ve yürütme hızını iyileştirmek olduğu belirtilmiştir. 2017 yılında ise Sophia isimli robota Suudi Arabistan Krallığı tarafından vatandaşlık verilmiş ve bu robot hukuki kişilik tanınan ilk robot olarak tarihe geçmiştir.⁵

¹ Nitashu Tiku, "The Google Engineer Who Thinks the Company's AI Has Come to Life" (*The Washington Post*, 11 Haziran 2022), <<https://www.washingtonpost.com/technology/2022/06/11/google-ai-lamda-blake-lemoine/>> erişim tarihi 5 Ekim 2022.

² Bu konuşmanın detaylı dökümü için bkz. Blake Lemoine, "Is LaMDA Sentient?—an Interview" (*Medium*, 11 Haziran 2022), <<https://cajundiscordian.medium.com/is-lamda-sentient-an-interview-ea64d916d917>> erişim tarihi 5 Ekim 2022.

³ Tiku.

⁴ "This Chinese Company Has the World's First AI-powered Female Bot As CEO" (*CNBC TV18*, 8 Eylül 2022), <<https://www.cnbc.com/news/chinese-company-has-the-worlds-first-ai-powered-female-bot-as-ceo-14679721.html>> erişim tarihi 5 Ekim 2022.

⁵ Emily Reynolds, "The Agony of Sophia, The World's First Robot Citizen Condemned to a Lifeless Career in Marketing" (*Wired*, 1 June 2018),

Dünyanın dört bir tarafında meydana gelen bu teknolojik ve hukuki gelişmeler yapay zekâ varlıklarına Türk hukukunda da kişilik tanınması gerekliliğinin doğup doğmadığı sorusunu gündeme getirmektedir. Hukukumuzda yapay zekâ varlıkları kişi olarak tanınmamaktadır. Zira hangi varlıkların gerçek veya tüzel kişi olarak tanınacağı başta Medeni Kanun olmak üzere Türk Ticaret Kanunu, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu ve ilgili diğer kanunlarda yasa koyucu tarafından belirlenmiştir. Peki, bu statükonun değişme zamanı gelmiş midir? Yapay zekâ varlıklarına kişilik tanınabilir mi veya tanınmalı mıdır? Tanınacaksa bu kişiliğin türü ve kapsamı ne olmalıdır? Yeni bir elektronik kişilik mi getirilmelidir? Yapay zekâ kendisine tanınan bu kişiliği kullanacak kapasitede midir? Yapay zekâyâ karşı dava yöneltilbilir mi veya yapay zekâ kendisi dava açabilir mi?

Bu makalede yukarıda zikredilen sorulara doktrindeki yaklaşımlar incelenerek ve disiplinlerarası ve karşılaştırmalı hukuk metotları kullanılarak yanıt bulunmaya çalışılacaktır. Doktriner yaklaşımlar çerçevesinde hukukumuzdaki gerçek ve tüzel kişilerin düzenlendiği normlar ile tüzel kişiliğe ilişkin getirilen teoriler yapay zekâ açısından incelenecektir. Bunun yanı sıra disiplinlerarası metot kullanılmak suretiyle felsefe, bilgisayar bilimleri, nörobilim gibi disiplinlerden faydalanılarak bir varlığın kişi olarak tanınabilmesi için gereken zekâ, özerklik (otonomi), bilinç ve yönelmişlik unsurlarına yapay zekâ varlıklarının sahip olup olmadığı ele alınacaktır. Karşılaştırmalı hukuk metodu açısından ise Avrupa Birliği ve Amerika Birleşik Devletleri hukuku incelenerek hem yasa ve tüzük çalışmaları tartışılacak hem de doktrinde ileri sürülen görüşler teknik ve hukuki açıdan incelenecektir.

Bu makalede öncelikle ikinci bölümde hem kişi ve kişilik kavramlarını hem de tüzel kişiliğe ilişkin teorileri yapay zekâ perspektifinden analitik bir şekilde tanımlanacaktır. Takip eden üçüncü bölümde bu makalenin ana odağı ve araştırma sorusu olan yapay zekâyâ kişi statüsünün verilip verilemeyeceği sorusu yanıtlanmaya çalışılacaktır. Bu bölümde özellikle doktrinde kişi statüsü için aranan zekâ, otonomi, bilinç ve yönel-

<<https://www.wired.co.uk/article/sophia-robot-citizen-womens-rights-detriot-become-human-hanson-robotics>> erişim tarihi 5 Ekim 2022.

mişlik unsurlarına yapay zekâ varlıklarının sahip olup olmadığının eleştirel değerlendirmesi yapılacaktır. Dördüncü bölümde ise hem ABD hem de AB hukukundaki yasa çalışmaları ile hukuk doktrinindeki ileri sürülen görüşler tespit edilip eleştirel ve analitik incelemesi sunulacaktır. Beşinci bölümde yapay zekânın temsil kurumu bakımından temsilci olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği tartışılacaktır. Sonuç kısmında bu üç ana bölümde elde edilen bulgular harmanlanarak bir yol haritası çizilmeye çalışacaktır.

2. Hukuki Kişilik

A. Kişi ve Kişilik Kavramları

Kişi, haklara ve borçlara sahip olabilen varlıklar olarak tanımlanmaktadır.⁶ Kişi statüsünü bulundurmanın sonucu olarak elde edilen hakların yarattığı hukuki durum ise kişilik olarak adlandırılır.⁷ Kişilik dediğimizde kişiye eklenmiş, kişinin adı, hayatı, vücut bütünlüğü, onuru, sırları, fotoğrafları gibi hukuken korumaya değer görülen hukuki ve maddi nitelikteki varlıkların tümü anlaşılmaktadır.⁸ Şüphesiz kişi kavramı geçtiğinde ilk düşünülen varlık Homo sapiens, yani insandır. Nitekim Türk Medeni Kanunu m. 8/1 hükmü “*Her insanın hak ehliyeti vardır*” diyerek insanın kişi statüsünü açık bir şekilde ifade etmiştir. Yapay zekâ varlıklarının Homo sapiens türüne ait olmadığı için insan ve dolayısıyla gerçek kişi (*natural person*) olarak değerlendirilemeyeceği izahtan varestedir.

Lâkin kişi kavramını salt insanla sınırlandırmak oldukça sığ bir görüş olur. Başta sanayi devrimi olmak üzere teknolojik gelişmeler birçok

⁶ Mustafa Dural/Tufan Ögüz, *Kişiler Hukuku*, Filiz Kitabevi, 21. Bası, İstanbul, 2020, s. 5; Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku*, Filiz Kitabevi, 19. Bası, İstanbul, 2020, s. 2. Benzer olarak Amerikan hukuk öğretisinde hukuki anlamda kişi, toplum içindeki insana denk gelen kullanımından farklı olarak ‘hakların ve yükümlülüklerin öznesi’ olarak tanımlanmaktadır. John Chipman Gray, *The Nature and Sources of the Law*, Columbia University Press, 1. Bası, New York, 1909, s. 27.

⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 2.

⁸ Dural/Ögüz, s. 9.

sosyal, siyasal ve ekonomik değişikliği beraberinde getirmiş ve bu değişiklikler yasa koyucuların kişi kavramını genişletmesine yol açmıştır. Bu bağlamda tüzel kiři⁹ dediğimiz kavram ortaya çıkmıştır. Sendikalar, anonim ve limited şirketler bu değişimin sonucunda yasa koyucular tarafından tüzel kişi olarak kabul edilmiştir.

Peki, “kişi” kavramı hukukun bir ürünü müdür yoksa toplumdaki bir gerçekliğin kabulü müdür? Bu soru bizi hukukun ontolojisine götürmektedir. Hukukun ontolojik yaklaşımla kişiye bakış açısı ise tartışmalıdır. Bir görüş hukukun mevcut kişileri tanımadığını, aksine kişilerin hukukun yaratımı ve ürünü olduğunu ve hukuk sistemi dışında varlıklarının olmadığını ileri sürmektedir.¹⁰ Karşıt görüş de hukukun kendi kişilerini yaratmadığını, yalnızca hangi toplumsal gerçeklerin hukukun şartları ile uyumlu olduğunu değerlendirmekten ibaret olduğunu savunmaktadır.¹¹ Hukukun tarihsel gelişimine baktığımızda ikinci görüşün baskın hale geldiği ve hukuk sistemleri tarafından uygulandığı görülmektedir. Örneğin bir tüzel kişi türü olan anonim şirketlerin hangi şartlarda kurulacağı TTK m. 335-355 arasında ayrıntılı olarak düzenlenmiş ve bu şartları sağlayan şirketin ticaret siciline tescili ile tüzel kişilik kazanacağı hüküm altına (TTK m. 355) alınmıştır.

Peki, hangi toplumsal gerçekler bir varlığın kişi olarak tanınmasına yol açacaktır? Öncelikle spesifik bir varlığın hukuken kişi olarak kabul edilebilmesi için bu varlığın hakların ve yükümlülüklerin öznesi *yapılabil-*

⁹ “Tüzel” kelimesi hukuk anlamına gelen “tüze” ve “al” eklerinin birleşiminden oluşmaktadır. Türk Dil Kurumu, <<https://sozluk.gov.tr/>> erişim tarihi 23 Kasım 2022. Tüzel kişiliğin karşılığı olarak ise eskiden “hükmi kişilik” kavramı kullanılıyordu. Biz ise bu makalede hukuki kişilik kavramını hem gerçek hem tüzel kişileri kapsayan bir üst kavram olarak kullanmaktayız.

¹⁰ Samir Chopra/Laurence F. White, *A Legal Theory for Autonomous Artificial Agents*, University of Michigan Press, Michigan, 2011, s.153. Bu görüşü desteklemek için de Roma Hukukunun sistematik olarak öznelere biyolojik statüsüyle ilgilenmediği belirtilmektedir. Peter A. French, *Collective and Corporate Responsibility*, Columbia University Press, New York, 1984, s. 35.

¹¹ Chopra/White, s. 153.

lir mi ve yapılması gerekli mi sorularının cevaplanması gerekecektir.¹² Ancak bu soruları cevaplamak hukuk sistemleri açısından hiçbir zaman kolay olmamıştır. Hangi şartlar bir varlığın kişi olarak tanınması için aranmalıdır? MK m.28/2 hükmü ceninin hak ehliyetinin sağ olarak doğmak koşuluyla ana rahmine düştüğü andan itibaren başladığını kabul etmektedir.¹³ Eğer cenin anne karnında ölmüş veya sağ doğmamışsa hukuken bir kişilik kazanamayacaktır. Örneğin riskli bir gebelik yaşayan hamile bir kadına önerilen amniyosentez işleminin hekim tarafından kusurlu bir şekilde yerine getirildiğini ve bunun sonucunda da ceninin kaybedildiğini varsayalım. Cenin bu durumda sağ doğmamıştır ve dolayısıyla kişilik kazanmamıştır. Bu nedenle anne ve babanın ceninin yasal temsilcileri olarak cenin adına hekime karşı haksız fiilden doğan tazminat davası yöneltmeleri mümkün olmayacaktır.

Hayvanlar açısından baktığımızda da hayvanın kişilik hakkının olmadığı Türk Medeni Kanunu m. 8/1 hükmünün mefhum-u muhalifinden çıkarılmaktadır.¹⁴ Ancak her ne kadar hayvanlar kişi statüsünde değerlendirilmese de hukuki statüleri açısından salt hakların nesnesi olarak değerlendirilmemektedirler. Hukukumuzda 24.6.2004 tarihli 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu m. 1 hükmü Kanunun amacını “*hayvanların*

¹² Lawrence B. Solum, “Legal Theory Lexicon 027: Persons and Personhood, Legal Theory Lexicon” (2019), <https://lsolum.typepad.com/legaltheory_lexicon/2004/03/legaltheory_2.html> erişim tarihi 5 Ekim 2022.

¹³ Örneğin Yargıtay kaza tarihinde cenin halde bulunmayan çocuğun manevi tazminat hakkını kazanmadığını belirtmiş ve bu nedenle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Yargıtay 21 HD, 13684/3834, 04.03.2014.

¹⁴ Rona Serozan, *Kişiler Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 383. *Nonhuman Rts. Project ex rel. Tommy v. Lavery* davasında New York mahkemesi şempanzelerin kişi olarak kabul edilemeyeceğine karar vermiştir. *Nonhuman Rts. Project ex rel. Tommy v. Lavery*, 54 N.Y.S.3d 392, 395-96 (N.Y. App. Div. 2017). Benzer olarak Naruto isimli maağın eser sahibi olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ilişkin uyuşmazlığı içeren davada California Kuzey Bölge İlk Derece Mahkemesi Amerikan Telif Kanununun hayvanlara açık bir şekilde eser sahipliğini tanımaması ve bu kanunun eser sahipliğine ilişkin hükümlerinin uygulandığı içtihatlarda aralıksız olarak kişilere ve insanlara atıf yapması sebepleriyle Naruto’nun eser sahibi olarak değerlendirilemeyeceğine hükmetmiştir. *Naruto v. Slater*, 2016 U.S. Dist. LEXIS 11041, 10 (N.D. Cal. 2016).

rahat yaşamlarını ve hayvanlara iyi ve uygun muamele edilmesini temin etmek, hayvanların acı, ıstırap ve eziyet çekmelerine karşı en iyi şekilde korunmalarını, her türlü mağduriyetlerinin önlenmesini sağlamak” şeklinde açıklamıştır. Doktrinde bazı yazarlar haklı olarak 5199 sayılı Kanunun hayvanların yaşama hakkına sahip olduğunu düzenlediğini ileri sürerek hayvanların eşya olmadığını belirtmektedirler.¹⁵ Bu nedenle hayvanların mülkiyet hakkına konu olmaları nedeniyle hak nesnesi, hayvanlar için getirilen koruyucu düzenlemeler kapsamında hak öznesi olmaları nedeniyle kendilerine özgü bir statülerinin olduğu kabul edilmektedir.¹⁶

Bir tüzel kişi statüsünde olan dernekler MK m. 56 lafzında geçtiği üzere *“kazanç paylaşma dışında belirli ve ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere”* toplanan kişi toplulukları olarak tanımlanmaktadır. Bu tanım ışığında derneğin tüzel kişiliği açısından özellik arz eden husus derneğin amacıdır. Nitekim 5253 sayılı Dernekler Kanunu m. 4 hükmüne göre bu amacın derneğin tüzüğünde gösterilmesi gerekmektedir. MK m. 90/1 hükmü gereğince de derneklerin amaçlarını gerçekleştirmek amacıyla tüzüklerinde belirtilen çalışma konuları ve biçimleri doğrultusunda faaliyete bulacakları ifade edilmiştir.¹⁷ Derneğin amacı değiştirilmek istenirse bunun

¹⁵ Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, Filiz Kitabevi, 15. Bası, 2012, s. 7. Nitekim İsviçre Medeni Kanunu m. 641a/1 açık hükmüne göre hayvanların eşya olmadığı, aynı maddenin ikinci fıkrasına göre hayvanlar için özel düzenlemenin yokluğunda eşyalara ilişkin kurallara tabi olacağı belirtilmiştir. Bu isabetli düzenleme Türk Hukukunda da benimsenmeli ve Türk Medeni Kanunu’nda gerekli değişiklikler yapılmalıdır.

¹⁶ Özgün Çelebi, “Kişi ve Eşya Ayrımı Bağlamında Hayvanların Hukuki Statüsü”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, Cilt 76, Sayı 2, 2018, 559-622, s. 614. Bu görüşün yabancı hukuk sistemlerinde önceden beri benimsendiğini söyleyebiliriz. *Corso v. Crawford Dog & Cat Hosp., Inc.* davasında New York Mahkemesi 1979 yılında evcil hayvanların kişi ile eşya arasında özel bir statüsü olduğuna hükmetmiştir. *Corso v. Crawford Dog & Cat Hosp., Inc.*, 415 N.Y.S.2d 182, 183 (1979).

¹⁷ Bu maddenin mefhum-u muhalifinden ifade edilmiş şekli olan Dernekler Kanunu m. 30/2 gereğince derneklerin tüzüklerinde gösterilen amaç ve bu amacı gerçekleştirmek üzere sürdürüleceği belirtilen çalışma konuları dışında faaliyette bulunamayacakları hüküm altına alınmıştır.

için MK m. 81 hükmüne göre dernek genel kurulu üyelerinin nitelikli çoğunluğu aranarak tüzük değişikliği yapılması gerekmektedir. Eğer derneğin amacı derneğin kuruluşundan sonra kanuna veya ahlâka aykırı hale gelirse MK m. 89 gereği istem üzerine mahkeme derneğin feshine karar verebilecektir.

Yeterli mal ve hakların belli ve sürekli bir amaca tahsis edilmeleri ile oluşan ve tüzel kişiliğe sahip mal toplulukları olarak kabul edilen vakıflar için de hukuki durum dernekler ile paraleldir. MK m.106 hükmünde vakıf senedinde vakfın amacının gösterilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu senetteki amaca bağlı kalınması, daha sonra oluşan durum ve koşullardaki değişiklikler yüzünden vakfedenin isteğine açık bir şekilde uymuyorsa MK m.113/1 kapsamında mahkemenin vakfın amacını değiştirme yetkisi bulunmaktadır. Amacın gerçekleşmesi imkânsızlaşmış ve değiştirilmesi de mümkün değilse MK m.116/1 gereği vakıf kendiliğinden sona erecek ve mahkeme kararıyla sicilden silinecektir. Keza yasak amaç güttüğü veya yasak faaliyetlerde bulunduğu sonradan anlaşılan veya amacı sonradan yasaklanan vakfın amacının değiştirilmesi mümkün değilse başvuru üzerine MK m.116/2 gereği vakıf dağıtılacaktır.

Hem dernekler hem vakıflar açısından açık bir şekilde görülmektedir ki amaç unsuru her iki tüzel kişi türü açısından elzemdendir. Ancak tüzel kişinin ana statüsünde gösterilen amacın hak ehliyetini sınırlayıp sınırlamadığı hususu tartışmalıdır. Bir görüş ultra vires prensibine dayanarak amacın tüzel kişinin hak ehliyetini sınırladığını belirtmektedir.¹⁸ Diğer görüş ise amacın faaliyet alanına ilişkin bir sınırlama olduğu, hak ehliyetini ilgilendirmediğini ileri sürmektedir.¹⁹ İçinde bulunduğumuz bilgi çağında tüzel kişilerin faaliyet alanları dışında birçok hukuki işlem yapmaları gerekebilmektedir. Keza 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m.125/2 hükmü ile ticari şirketlerin MK m.48 kapsamında bütün haklardan yararlanabileceği ve borç altına girebilecekleri hüküm altına alınmış

¹⁸ Serozan, s. 444.

¹⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 302. Keza Dural ve Öğüz de tüzel kişilerin hak ehliyetinin sınırlanması için gereken açık bir kanun hükmü bulunmadığını ileri sürerek dernekler ve vakıfların hak ehliyetinin amaç ile sınırlı olmadığını belirtmektedir. Dural/Öğüz s. 254.

ve ultra vires prensibi terk edilmiştir. Bu nedenlerle amacın tüzel kişilerin hak ehliyetini sınırlamadığı yönündeki ikinci görüşün daha isabetli olduğu kanısındayız.

Ancak vardığımız bu sonuç şu hususlarla karıştırılmamalıdır: MK m. 48 gereği tüzel kişiler cins, yaş, hısımlık gibi yaratılış gereği insana has niteliklere bağlı haklara ve borçlara ehil değildirler. Örneğin tüzel kişiler miras bırakamazlar veya yasal mirasçı olamazlar. Keza tüzel kişiler kendi tiplerinin dışındaki alanlarda faaliyet gösteremezler.²⁰ Örneğin dernek olarak kurulmuş bir tüzel kişinin sendika olarak toplu iş sözleşmesi görüşmelerine katılması mümkün değildir.

Bu bilgiler ışığında tüzel kişilere tanınan kişilik hakkında belirli hukuki çıkarımlar yapabiliriz. Her ne kadar tüzel kişilerin hak ehliyetinin tüzel kişilerin amacı ile sınırlanmadığını kabul etsek bile tüzel kişiler ne yaratılış gereği insana ait olan hakları ve borçları elde edebilecekler ne de kendi türlerinin dışındaki faaliyetlerde bulunabileceklerdir. Tüzel kişilerin kendi faaliyetleri alanında eylemleri ile hak iktisap edip borç altına girmeleri için de gerekli organlarının oluşup fiil ehliyetini kazanmaları gerekmektedir.²¹ Bu organlar da gerçek kişilerden oluşmakta veya tüzel kişi üye var ise onun gerçek kişi temsilcisi aracılığıyla yürütülmektedir.²²

Bu bölümdeki tartışmada varmak istediğimiz sonuç açıktır. Görüldüğü üzere Türk hukukunda herhangi bir varlığın kişi olarak kabul edilebilmesi ve bu varlığa kişilik tanınması tamamen yasa koyucunun iradesindedir. Yasa koyucu bu varlığın kişiliğinin kazanabilmesi için şartlarını, bu kişiliğinin türünün bulunabileceği faaliyetleri veya kişilik tanınmasa bile bir varlığın hangi şartlarda bir hakkın öznesi olabileceğini düzenlemektedir. Böyle bir yasal düzenlemenin yokluğunda bir varlığın mahkeme kararıyla kişi olarak tanınması hukuk sistemimizde mümkün değildir.

²⁰ Dural/Öğüz s. 252.

²¹ Bilge Öztan, *Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Sorumluluk*, Adalet Yayınevi, Ankara, 1970, s.3.

²² Nitekim yapay zekâlara kişilik tanınması tartışmasında tüzel kişilere tanınan kişiliğinin kıyasen uygulanmasında bu husus üzerinde durulacaktır. Tüzel kişiler arkasındaki kişi topluluğu aracılığı ile karar alırken bu durum yapay zekâ sistemlerinde söz konusu değildir.

Vardığımız bu sonuç yasa koyucunun spesifik bir varlığa kişilik tanıırken keyfi bir şekilde hareket ettiği anlamına gelmez. Yasa koyucu içsel ve işlevsel tutarlılığını devam ettirmek amacıyla yasal, politik ve ahlaki baskılar sonucunda bu kararı almaktadır.²³ İşte bu sebeple hukukun işleyişinin toplumsal gerçeklikle uyumlu şekilde ilerlemesini kolaylaştırmak için yeni varlıklar “kişi” olarak kabul edilmektedir.²⁴ Bu nedenlerin sonucu olarak yasa koyucuları belirli bir kararı almaya götürecek argümanlar felsefi söylemde metafiziksel ve ahlaki anlamdaki kişi modelinden ayrılarak, kişilik tanınacak varlığın tarihi veya yasal bir emsali olup olmadığını ve toplumun çıkarlarını en iyi şekilde koruyacak pragmatik değerlendirmeleri barındırmaktadır.²⁵ Daha genel bir ifadeyle kişilik tanıma kararları politik, yararcı ve ahlaki mülahazalardan ve ilgili yasa koyucuların ustaca ve uzun süreli düşüncelerinden etkilenen emsaller, ilkeler ve politiklardan oluşmaktadır.²⁶ Spesifik olarak, mevcut tüzel kişilerden yola çıkarak yasa koyucunun amaç, örgütlenme ve malvarlığı unsurlarını aradığını görmekteyiz.

B. Tüzel Kişiliğe İlişkin Teoriler

Konumuz açısından bir tüzel kişiliğe hukuki kişilik tanınmasına ilişkin teorilere değinmekte fayda olduğu düşüncesindeyiz. Bunun en önemli sebebi yasa koyucunun neden bir tüzel kişiliğe hukuki kişilik tanıdığını açıkça belirtmemesinde yatmaktadır.²⁷ İşte bu belirsizlik teorilerle doldurulmaktadır. Bu hususta üç temel teorinin baskın olduğunu söyleyebiliriz.

Bunlardan ilki varsayım teorisi (fiction theory).²⁸ Bu teoriye göre tüzel kişilerin hukuki kişiliği pozitif hukukun bir ürünü, kurgusu ve var-

²³ Chopra/White, s. 155.

²⁴ Chopra/White, s. 155.

²⁵ Chopra/White, s. 155.

²⁶ Chopra/White, s. 155.

²⁷ Örneğin MK’da derneklere veya vakıflara neden tüzel kişi tanındığına ilişkin açık bir kanun hükmü bulunmamaktadır.

²⁸ Bu teori aynı zamanda farazi kişilik teorisi olarak da adlandırılmaktadır.

sayımı olup gerçeklikten farklıdır.²⁹ Bu teoriye göre tüzel kişi, örneğin bir limited şirketi, kişi değildir ancak hukuk düzeni bir kişi varmış gibi davranmaktadır.³⁰ Örneğin Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi'nin (*US Supreme Court*) şirket kişiliğine ilişkin ilk kararlarından olan *Trustees of Dartmouth College v. Woodward* kararında bu teorinin ayak izleri şu ifadeyle net bir şekilde görülmektedir: “Bir şirket yapay bir varlıktır, görünmez, elle tutulamaz ve yalnızca hukukun tasavvurunda var olur.”³¹ Peki, hukuk düzeninin bu şekilde davranması ile ne kazanım elde edilmektedir? Burada elden edilen şey bir amaçtır veya bir problemin çözülmesi sağlanmaktadır.³² Bu açıdan hukuk düzeninin insan dışındaki yapay bir varlığı kişi olarak tanınmasının altında yatan sebeplerin pragmatik olup hukuk düzeninin duyduğu ihtiyaçlara cevap vermek şeklinde bir sonuçsalcı yaklaşımın benimsendiğini söyleyebiliriz.³³

Varsayım teorisinin yansımalarını bazı kişilik tanınan varlıklarda görebiliriz. Örneğin Amerikan hukukunda geminin denize indirildikten sonra kişilik kazandığı, kendisine dava yöneltilebileceği, zarara sebebiyet veren haksız fiillerinin sonuçlarından sorumlu olduğu kabul edilmektedir.³⁴ Bu kişiliğin tanınmasının gerekçesi olarak da hâkimlere okyanus bölgelerinde ortaya çıkan birbiriyle yarışan yargı yetkisi sorunlarını çöz-

²⁹ Mireille Hildebrandt, “Criminal Liability and ‘Smart’ Environments”, *Philosophical Foundations of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, s. 511-12; Dural/Öğüz s. 228; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 285. Birleşik Devletler Üst Derece Mahkemesinin *Int'l Shoe Co. v. Washington* kararında şirketlerin tüzel kişiliğinin gerçekmiş gibi davranılan ve hareket edilen bir varsayımdan ibaret olduğunu ifade etmiştir. *Int'l Shoe Co. v. Washington*, 326 U.S. 310, 316 (1945).

³⁰ Hildebrandt, s. 512.

³¹ *Trustees of Dartmouth College v. Woodward*, 17 U.S. (4Wheat.) 518, 636 (1819).

³² Hildebrandt, s. 512. Benzer doğrultuda Türk hukuk öğretisindeki yazarlar da varsayım teorisinde yapay varlıklara hak sahipliği tanınmasının pratik ihtiyacı karşılama hedefiyle yapıldığını belirtmektedirler. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 285; Dural/Öğüz s. 228.

³³ Bkz. Joanna Bryson/Mihailis Diamantis/Thomas D. Grant, “Of, for, and by the People: The Legal Lacuna of Synthetic Persons”, *Artificial Intelligence and Law*, Cilt 25, Eylül 2017, 273-291, s.282.

³⁴ *Tucker vs. Alexandroff*, 183 U.S. 424, 438 (1902).

mede kolaylık sağlaması gösterilmektedir.³⁵ Böylelikle Amerikan hâkimler Atlantik boyunca ve devamınca Amerikan milli ve ticari çıkarlarını koruyabilmektedirler.³⁶ Bir diğer davada İngiliz temyiz mahkemesi Hindistan'da yasal kişiliği bulunan tapınağın İngiliz mahkemelerinde dava açma hakkının olduğuna karar vermiştir.³⁷ Yeni Zelanda'da bulunan Te Awa Tupua gölü Whanganui Kabilesi ile Krallık arasında yapılan anlaşmanın sonucu 2017 yılında çıkarılan özel bir yasa ile hakları, yetkileri ve sorumlulukları olan bir tüzel kişi olarak tanınmış³⁸ ve böylece gölün çevresel, sosyal, kültürel ve ekonomik açıdan korunması hedeflenmiştir.³⁹ Bu kişiliğin tanınmasının altında yatan en önemli neden olarak ise Whanganui Kabilesi'nin balık avlama hakkının Yeni Zelanda hükümeti tarafından kısıtlanması ile on dokuzuncu yüzyılın ortasında başlayan ve yüz elli yıldan beri devam eden hukuki mücadele gösterilmektedir.⁴⁰ Bir diğer ilgili çekici örnek ise Britanya Danışma Meclisi tarafından 1925 yılında Hindu dinsel gelenekleri ile uzun yıllardır kabul gören bir Hindu idolünün dava açma veya kendisine dava yöneltilme yetkilerini barındıran tüzel kişiliğe sahip olduğunun kabul edilmesidir.⁴¹

Bu örneklerdeki ortak tema şudur: Yasa koyucu veya mahkemeler bu gibi varlıklara kişilik tanırken politik ve ahlaki baskılar sonucu bir varlığa pragmatik açıdan yaklaşarak bir problemi çözmekte veya bir amaca

³⁵ Renisa Mawani, *Across Oceans of Law*, Duke University Press, Durham, 2018, s. 81-2.

³⁶ Mawani, s. 82.

³⁷ *Bumper Dev. Corp. v. Commissioner of Police*, [1991] 1 W.L.R. 1362 (C.A.).

³⁸ Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act 2017, Article 14, Public Act, 2017 No 7, date of assent 20 March 2017. Daha da ilginç olarak bu zamanda Te Awa Tupua Whanganui gölü içindeki hayat ve doğal kaynakları ile bu gölün etrafında yaşayan kabilelerin sağlık ve esenliğini koruyan ve sürdüren ruhsal ve fiziksel bir varlık olarak tanımlanmıştır. Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act Art. 13(a).

³⁹ Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act, Art. 13(d).

⁴⁰ Matthias Kramm, "When a River Becomes a Person", *Journal of Human Development and Capabilities*, Cilt 21, Sayı 4, Ağustos 2020, 307-309, s. 307.

⁴¹ Patrick William Duff, "The Personality of an Idol", *The Cambridge Law Journal*, Cilt 3, Sayı 1, Kasım 1927, 42-48, s. 42.

ulaşmaktadır. Dolayısıyla aynı şartların varlığında varsayım teorisi yapay zekâ varlıklarına kişilik tanınması tartışmasında kullanılabilir. Zira böyle bir adımın hukuk düzeninin ihtiyacına cevap verip vermeyeceği ve bu açıdan pragmatik olup olmayacağı varsayım teorisinin bize cevaplaması için sunduğu sorulardır.

İkinci teori topluluk teorisidir (*aggregate theory*).⁴² Bu teori kapsamında hukuki kişinin anlamı onu oluşturan gerçek kişilerin toplamına denk gelir ve bu kişinin eylemi onu oluşturan bireylerin eylemi olarak anlaşılır.⁴³ Bu teoride insanların asıl hak sahipleri olduğu varsayılır ve örneğin şirketin, şirketi oluşturan insanların haklarını koruduğu sürece tüzel kişiliğe hak kazanacağı kabul edilir.⁴⁴ Dolayısıyla tüzel kişilik bir kurgu değildir. Bu teoriye göre örneğin şirket tüzel kişiliği şirketi oluşturan insanların kendi ve dış dünya ile aralarındaki ilişkileri tanımlamak için kullandığı hukuki bir kısa ifadeden ibarettir.⁴⁵ Bu teori, varsayım teorisinin aksine, yapay zekâ varlıklarına kişilik tanınması tartışmasında fayda sağlamayacaktır. Bunun en açık nedeni ise yapay zekâ varlıkları dernek, vakıf veya şirketlerin aksine kişi topluluklarından oluşmamasıdır.⁴⁶

⁴² Bu teoriye sembolist teori de denmektedir.

⁴³ Hildebrandt, s. 512.

⁴⁴ Dave Fagundes, "What We Talk about When We Talk about Persons: The Language of a Legal Fiction", *Harvard Law Review*, Cilt 114, Sayı 6, 2001, 1745-1768, s. 1753.

⁴⁵ Benjamin D. Allgrove, *Legal Personality for Artificial Intellects: Pragmatic Solution or Science Fiction?*, 2004, s. 60. (Doktora Tezi, University of Oxford), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=926015. Bu örnekten yola çıkarak şirket tüzel kişiliğinin bir sözlü işaret, matematiksel ifade olduğu belirtilmektedir. Max Radin, "The Endless Problem of Corporate Personality", *Columbia Law Review*, Cilt 32, Sayı 4, Nisan 1932, 643-667, s.658. Bu işaretin ve ifadenin fonksiyonu "X şirketinin milyonlarca hissedarını sayıp bu kişilerle sözleşme yaptım" demek yerine "X şirketi ile sözleşme yaptım" demekte yatmaktadır. Radin, s.668.

⁴⁶ Örneğin bir otonom araç trafikte bir manevra yapma kararını tek başına almaktadır.

Üçüncü teori gerçeklik teorisi (reality theory).⁴⁷ Bu teoriye göre tüzel kişiler, örneğin şirketler, kişileştirmek zorunda kaldığımız gerçek varlıklardır.⁴⁸ Gerçeklik teorisinin savunucusu Dr. Gierke'in verdiği örnek kapsamında Alman Cemiyeti bir kurgu, sembol, Devlet mekanizmasının bir parçası veya gerçek kişiler için verilen kolektif bir isim değil, organı, üyeleri ve kendi iradesi olan bir canlı organizmadır.⁴⁹ Bu teoriye göre tüzel kişiler, örneğin şirketler, diğer kişiler tarafından bağımsız kişi olarak değerlendirilmekte, karar alabilme ve bunu uygulama kapasiteleri bulunmakta (zekâ unsuru) ve üyelerinden bağımsız bir şekilde hareket edebilmektedirler.⁵⁰ Dolayısıyla bu teori tüzel kişileri ontolojik açıdan gerçek bir sosyolojik varlık olarak kabul etmektedir.⁵¹ Bu teorinin şirketler bağlamında yansımaları da Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi'nin *Louisville, Cincinnati & Charleston Railroad Co. v. Letson* kararında şu şekilde ifade edilmiştir: "Belirli bir eyalette kurulan ve ticaret yapan bir şirket, tüzel bir kişi de olsa, tüm niyetleri ve amaçlarıyla kişi olarak kabul edilecektir ve bulunduğu eyaletteki gerçek kişiler gibi o eyaletin vatandaşı olarak değerlendirilme hakkı bulunmaktadır."⁵²

Gerçeklik teorisinin gerçekten de yapay zekâ sistemlerine—özellikle de fiziki olarak hareket etme kabiliyeti olan otonom araç, insansız hava uçakları gibi sistemlerine—kişilik hakkı tanınması tartışmasında kullanılabilecek en elverişli teori olduğunu söyleyebiliriz.⁵³ Şirket, dernek

⁴⁷ Dural/Öğüz s. 229; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 285-86; Hildebrandt, s. 512. Bu teoriye varlık teorisi veya organizma teorisi de denmektedir.

⁴⁸ Harold J. Laski, "The Personality of Associations", *Harvard Law Review*, Cilt 29, Sayı 4, Şubat 1916, 404-426, s.405-06.

⁴⁹ Dr Otto Gierke, *Political Theories of the Middle Age*, Cambridge University Press, Cambridge, 1913, s. xxvi.

⁵⁰ Allgrove, s. 65; Sanford A. Schane, "Corporation is a Person: The Language of a Legal Fiction", *Tulane Law Review*, Cilt 61, Sayı 3, 1986-1987, 563-610, 568.

⁵¹ Dural/Öğüz s. 229; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 285-86; Hildebrandt, s. 512.

⁵² *Louisville, Cincinnati & Charleston Railroad Co. v. Letson*, 43 U.S. (2 How.) 497, 558 (1844).

⁵³ Ancak aşağıda da tartışacağımız üzere bu teori kapsamında yapay zekâ sistemlerinin kişi olarak tanınabilmesi için sahip olması gereken özelliklerinin—özerklik, bilinç, zekâ, ahlaki kişilik—irdelenmesi gerekmektedir.

ve vakıf gibi tüzel kişilerin bile sosyal varlık olarak “gerçek” olduğunu kabul eden teorinin, *humanoid*, otonom araç, drone gibi fiziki varlığı olan veya dijital mecrada çeşitli etkiler doğurabilen varlıkları teorik olarak kişi olarak kabul etmemesi düşünülemez.

Bu teorilere baktığımızda tüzel kişilerin MK’daki düzenlemesinde gerçeklik teorisinin izlerinin bulunduğu doktrinde baskın görüş olarak yer almaktadır.⁵⁴ Bu görüşe gerekçe olarak da derneklerin kuruluşunda serbest kuruluş sisteminin benimsenmesi (MK m. 57), tüzel kişilerin doğası gereği insana uygun olan haklar dışındaki haklara sahip olabilmeleri (MK m. 48), tüzel kişilerin fiil ehliyetini haiz olup bunu organları aracılığıyla kullanabilmeleri (MK m. 49-50) gibi sair maddeler örnek gösterilmektedir.⁵⁵ Ancak bu görüş yasa koyucunun gerçeklik teorisini esas alarak tüzel kişileri düzenlediği anlamına gelmemektedir.

Karşılaştırmalı hukukta Amerikan hukukuna baktığımızda salt bir teorinin bir varlığa hukuki kişilik tanınmasının kabul edilmesi tartışmasında kullanılmadığı ve bununla paralel olarak da Amerikan mahkemelerinin yukarıda sayılan teorilerin her biriyle örtüşen çeşitli kararlar verdiği görülmektedir.⁵⁶ Bu teoriler tarihsel bağlamlarında çeşitli şekillerde Amerikan mahkeme kararlarını önemli bir şekilde etkilemiştir.⁵⁷ Spesifik olarak, Amerikan ekonomisini domine eden Amerikan şirketlerinin modern ekonomik politığı gereği ve şirketlerin daha fazla haktan yararlandırılabilmesinin hayati önemi nedenleriyle Amerikan mahkemeleri tüzel kişiliğin sınırlarını içtihatlar aracılığıyla belirleyebilmektedirler.⁵⁸

⁵⁴ Dural/Öğüz s. 229; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 287.

⁵⁵ Dural/Öğüz s. 229; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 287.

⁵⁶ Nadia Banteka, “Artificially Intelligent Persons”, *Houston Law Review*, Cilt 58, Sayı 3, 2021, 537-596, s. 556.

⁵⁷ Morton J. Horwitz, “Santa Clara Revisited: The Development of Corporate Theory”, *West Virginia Law Review*, Cilt 88, Sayı 2, 1985, 173-224, s. 223-24.

⁵⁸ Carl J. Mayer, “Personalizing the Impersonal: Corporations and the Bill of Rights”, *Hastings Law Journal*, Cilt 41, Sayı 3, Mart 1990, 577-668, s. 646. Örneğin Amerikan mahkemesi şirketin bir haktan yararlanması konusunda ekonomiye ilişkin regülasyonun uygun olduğunu düşünüyorsa şirketin yapay varlık

3. Yapay Zekâya Kişi Statüsü Tanınabilir Mi?

Hukuki perspektiften baktığımızda bilgisayarlar, robotlar veya *humanoidler* gibi cansız varlıkları hak öznesi olarak tanımak kulağa mantık dışı olarak gelebilir.⁵⁹ Ancak bu ilk bakışta fark edilen mantık dışılık üç yüz yıl öncesine gidildiğinde insan türünden olan ancak kişi olarak kabul edilmeyen köleler için de söz konusuydu.⁶⁰ Örneğin Amerikan hukukunda köleler, hâkimler tarafından bazı uyuşmazlıklarda hukuki kişiler olarak değerlendirilmek istendiğinde bu şekilde değerlendiriliyor, dar ve vatandaşlık temelli bir hukuki kişiliğe hızlıca geçiş yaptıklarında ise eşya olarak değerlendiriliyorlardı.⁶¹

Hukuk ve teknoloji alanında yazılmış eserlerde yapay zekâya kişilik verilmesinde en çok başvurulan hukuki yöntem kıyas (*analogy*) yöntemidir.⁶² Örneğin bu yöntem ile yapay zekâ ile en sık ticari şirketler kıyaslanmıştır.⁶³ Şirketler kazanç elde etme amacına yönelmiş özel hukuk tüzel

olduğunu değerlendirebilmekte iken regülasyonun uygun olmadığını düşünüyorsa şirketi gerçek varlık olarak kabul edebilmektedir. Mayer, s. 646.

⁵⁹ Sam N. Lehman-Wilzig, “Frankenstein Unbound: Towards a Legal Definition of Artificial Intelligence”, *Futures*, Cilt 13, Sayı 6, 1981, 442-457, s. 447.

⁶⁰ Lehman-Wilzig, s. 447. Kölelik kurumu Osmanlı İmparatorluğunda da yaygındı. Halil İnalçık’a göre 1609 İstanbul’unda 100.000 köle yaşamaktaydı ve bu rakam İstanbul’un o zamanki nüfusunun yaklaşık beşte birine tekabül etmekteydi. Eric R. Dursteler, *Venetians in Constantinople: Nations, Identity, and Coexistence in the Early Modern Mediterranean*, The John Hopkins University Press, Maryland, 2006, s. 72.

⁶¹ Fagundes, s. 1747.

⁶² Hukukta yöntemi Rona Serozan “akılcı, sorgulanabilir, denetlenebilir ve aynı zamanda adaletli çözümler üretmenin mantıksal yolunu, hukuksal akıl yürütmenin (argümantasyonun) teknik enstrümanlarını gösteren bilim” olarak tanımlamaktadır. Rona Serozan, “Hukukta Yöntem”, *Yaşar Üniversitesi Dergisi Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan*, Sayı 8 (Özel Sayı), 2013, 2423-2440, s.2423-40.

⁶³ Bkz. Gabriel Hallevy, *Liability for Crimes Involving Artificial Intelligence Systems*, Springer, Berlin, 2015, s. 103-105; Shawn Bayern, “The Implications of Modern Business-Entity Law for the Regulation of Autonomous Systems”, *European Journal of Risk Regulation*, Cilt 19, Sayı 2, 2016, 93-112, s. 97; David J. Calverley, “Imagining a Non-Biological Machine as a Legal Person”, *AI & Society*, Cilt 22, 523-537, s. 523; Marshal S. Willick, “Constitutional Law and Artificial

kişileri olarak kabul edilmektedir⁶⁴ (TTK m. 125/1). MK m. 48 gereği insana özgü olanlar dışındaki haklara ve borçlara sahip olabilmeleri (TTK m.125/2) ve dolayısıyla ehliyetli bir gerçek kişiye kıyasen hak ehliyetinin sınırlı olması nedeniyle şirketlerin kıyas yönteminde kullanılacak ideal bir örnek olacağı belirtilmektedir.⁶⁵

Yukarıda Türk hukukunda bir varlığa kişilik tanınıp tanınmayacağına ilişkin nihai kararın yasa koyucu tarafından verilebileceğini belirtmiştik. Dolayısıyla Türk mahkemelerinin herhangi bir uyuşmazlıkta kanun maddesinin yokluğunda bir yapay zekâ varlığına kişilik tanınması mümkün değildir. Bu noktada yasa koyucuya böylesine önemli bir düzenleme yapmadan önce disiplinlerarası ve karşılaştırmalı hukuk yaklaşımları ışık olabilecektir. Örneğin kişi statüsünün yapay zekâ tarafından kazanılabilmesi için sahip olması gereken unsurlar hukuk ve ilgili disiplinlerde uzun süredir tartışılmış ve halen tartışılmaya devam edilmektedir. Keza Türk hukukunda bir yasal düzenleme yapılmaya karar verildiği takdirde karşılaştırmalı hukuktaki kanunlar, tüzükler, mahkeme kararları ve diğer düzenlemeler de yol gösterici olacaktır.

Yapay zekâ varlıklarına kişilik tanınıp tanınmayacağı tartışmalarında bu varlıkların sahip olması gereken birçok şart doktrinde incelenmiştir. Bunlar arasında en sık incelenen şartlar zekâ (*intelligence*), özerklik (*autonomy*), bilinç (*consciousness*) ve yönelmişlik (*intentionality*) kavramlarıdır. Nitekim yapay zekâ varlıklarının bu özelliklere sahip olduğu ve bu varlıklara kişilik tanınması gerektiğini dile getiren yazarlar bulunmak-

Intelligence: The Potential Legal Recognition of Computers as ‘Persons’, *Proceedings of the Ninth International Joint Conference on Artificial Intelligence*, Cilt 2, 1985, 1271-1273, s. 1272. Bu kıyasın isabetli olmadığı çünkü şirketlerin ne varsayımsal teori kapsamında varsayımsal kişiliklerinin olduğu ne de kişi toplulukları olduğunu tartışan yazarlar da bulunmaktadır. Banteka, s. 558.

⁶⁴ Bkz. Mustafa Çeker, *Ticaret Hukuku*, Karahan Yayınevi, 3. Bası, Adana, 2016, s. 284; Hasan Pulaşlı, *Yeni Şirketler Hukuku: Genel Esaslar Cilt 1*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 4; Fatih Bilgili/Ertan Demirkapı, *Şirketler Hukuku*, Dora Yayınları, Bursa, 2012, s. 1. Ticaret şirketleri kolektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketlerinden oluşmaktadır (TTK m.124/1).

⁶⁵ Banteka, s. 558.

tadır.⁶⁶ Lakin hangi şartların kişi statüsü için yeterli olacağı hususunda uzlaşma olmadığı gibi sıkça irdelenen kavramların kapsamının ne olduğu hakkında da bir fikir birliği bulunmamaktadır. Bu unsurları güncel gelişmeler ışığında ele almak faydalı olacaktır.

A. Zekâ

Bir varlığın zekâyâ sahip olduğunun kabul edilebilmesi için çeşitli tanımlamalar yapılmıştır. Türk Dil Kurumuna göre zekâ “*insanın düşünme, akıl yürütme, objektif gerçekleri algılama, yargılama ve sonuç çıkarma yeteneklerinin tamamı*” olarak tanımlanmıştır.⁶⁷ Bu tanım zekâ özelliğini insana özgülemekte ve dolayısıyla da insan dışındaki yapay zekâ sistemleri gibi varlıkların bu özelliği elde etmesini engellemektedir.

Yapay zekâ alanındaki temel sorunun zekânın ne olduğunun tam olarak bilinmemesi olarak değerlendiren Legg ve Hutter insan zekâsına ilişkin uzmanlar tarafından yapılan en çok bilinen tanımlamaların esas özelliklerini çıkarmış ve bunları yapay zekâ varlıklarının zekâsını ölçebilecek genel bir ölçütü matematiksel olarak formüle etmiştir. Yazarlar zekâyı bir varlığın birden çok değişik ortamda amaçlarına ulaşma kabiliyetini ölçen bir özellik olarak tanımlamıştır.⁶⁸

Peki, bir varlığın zekâyâ sahip olduğu çıkarımını nasıl yapabiliriz? Örneğin bir robot süpürgenin haritalandırdığı evde temizlik yaptığını ve bir engele takıldığını varsayalım.⁶⁹ Robot süpürgenin bu engelden çıkmadığı takdirde zekâ unsuruna sahip olmadığı sonucuna mı varacağız? Bu çıkarım yapılabilir. Nitekim yukarıda sağladığımız tanım açısından robot süpürge değişik bir ortamda amacına ulaşamamıştır. Peki, robot sü-

⁶⁶ Bkz. Paulius Čerkaa/Jurgita Grigienė/Gintarė Sirbikyte, “Is It Possible to Grant Legal Personhood to Artificial Intelligence Software Systems?”, *Computer Law & Security Review*, Cilt 33, Sayı 5, Ekim 2017, 685-699, s. 689.

⁶⁷ Türk Dil Kurumu, <<https://sozluk.gov.tr/>> erişim tarihi 5 Ekim 2022.

⁶⁸ Shane Legg/Marcus Hutter, “Universal Intelligence: A Definition of Machine Intelligence”, *Minds & Machines*, Cilt 17, Aralık 2007, 391-444, s. 402.

⁶⁹ Bkz Toby Crawford, ‘Roomba getting stuck? Try this trick!’, Youtube, <https://www.youtube.com/watch?v=-pDUZ_O4Y-o> erişim tarihi 5 Ekim 2022.

pürgenin kurulumu yapıldığı evde daha önceden yapmış olduğu temizliğin yeni bir ortamda amacına ulaşma kabiliyetini sağladığı ve dolayısıyla zekâ unsuruna sahip olduğu söylenemez mi? Bu durumda robot süpürgenin zekâ unsuruna sahip olmadığı çıkarımını yapmak haksız olmayacak mıdır?

Nitekim farklı bir örnek otonom araçlar açısından da verilebilir. Bir test sürüşünde otonom araç yol çalışması olan caddeye dönerken sağa dönüş manevrasını yapamamış, daha sonrasında da yolun sol tarafından gidilmesi için iki şeritli yolun ortasına yerleştirilmiş turuncu trafik konilerini tespit edince durmuştur.⁷⁰ Bu sorunlar dışında otonom araç bu sürüşte birçok önemli trafik manevrasını yerine getirmiştir.

İşte bu gibi durumlarda zekâyâ sahip olmaya evet-hayır şeklinde ikili (*binary*) perspektiften yaklaşımdan ziyade bir süreçten (*continuum*) bahsedebiliriz.⁷¹ Buna göre zekâyı yüksek, orta ve düşük olarak sınıflandırabiliriz. Bu görüş aslında yapay zekânın amaçlarını açıklayan iki görüşten biri olan mühendislik perspektifinin⁷² yapay zekânın başarısını “edimsel ölçütten” değerlendirmesi ile de uyumludur.⁷³ Örneğin bir yere sıkışan robot süpürgeyi veya trafikte önemli bir manevrayı yapamayan otonom aracı düşük veya orta zekâyâ sahip yapay zekâ varlıkları olarak değerlendirebiliriz. Birden fazla değişik ortamda komplike engelleri aşıp amaçlarına ulaşabilen yapay zekâ varlıklarını ise yüksek zekâyâ sahip oldukları sonucuna ulaşabiliriz.

⁷⁰ Bkz. JJRicks Studios, ‘Waymo Self Driving Taxi Goes Rogue: Blocks Traffic, Evades Capture | JJRicks Rides With Waymo #54’, Youtube, <<https://www.youtube.com/watch?v=zdkCQKBvH-A&t=1311s>> erişim tarihi 5 Ekim 2022.

⁷¹ Evan J. Zimmerman, Machine Minds: Frontiers in Legal Personhood, s. 16 (yayınlanmamış taslak metin), <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=25639z≈65> erişim tarihi 5 Ekim 2022.

⁷² Bu perspektifi yansıtan Marvin Minsky’nin tanımına göre yapay zekânın amacı “insanlar tarafından yapıldığında zekâ gerektiren şeyleri yapabilen makineleri inşa etme bilimidir.” J. David Bolter, *Turing’s Man Western Culture in the Computer Age*, Penguin Books, Londra, 1986, s. 193.

⁷³ Chopra/White, s. 5.

Her ne kadar zekâ unsuru açısından olmasa da bu bağlamda faydalı olabilecek bir sınıflandırmanın otonom araçlar özelinde Amerikan Otomotiv Mühendisleri Birliği tarafından yapıldığını söyleyebiliriz. Bu standart kuruluşunun geliştirdiği J3016 numaralı standarda göre motorlu araçlar barındırdıkları teknolojiye göre altıya ayrılmıştır.⁷⁴ Bunlardan otonom araç olarak kabul edilen sürüş otomasyonuna sahip araçlar ise Seviye 3, 4 ve 5 olarak üçe ayrılmıştır. Şartlı sürüş otomasyonu olarak belirtilen Seviye 3 araçlarda otonom sürüş sistemi rutin operasyonu esnasında dinamik sürüş görevini sınırlı operasyonel alanlarda sürekli olarak yerine getirebilmektedir.⁷⁵ Ancak bu araçlar otonom sürüş sisteminin ihtiyacı olması halinde insan kullanıcıdan aracın kontrolünü eline almasını isteyebilir.⁷⁶ Seviye 4 araçlar yüksek sürüş otomasyonu olarak adlandırılmakta ve otonom sürüş sistemi dinamik sürüş görevini sınırlı operasyonel alanlarda sürekli olarak yerine getirebilmektedir.⁷⁷ Tam sürüş otomasyonu olarak isimlendirilen Seviye 5 araçlarda bulunan otonom sürüş sistemi ise dinamik sürüş görevini herhangi bir operasyonel alan sınırlaması olmadan sürekli bir şekilde yerine getirebilmektedir.⁷⁸ Görüldüğü üzere bu üç seviye araç birbirinden her yeni ortamda komplike engelleri aşma kabiliyeti açısından ayrılmıştır. Bu çerçevede otonom araçlarda zekâ unsurunun bir süreç içinde belirlendiğini söyleyebiliriz. Aynı kıstas diğer yapay zekâ varlıkları için de benimsenebilir.

Zekâ unsuru yalnızca kişi statüsü tanınırken bir süreç içinde belirlenmesi için kullanılmakla kalmamakta, bu statü verildikten sonra da kişinin fiil ehliyetinin kapsamını belirlemede de etkili olmaktadır.⁷⁹ MK m. 9 fiil ehliyetini kişinin kendi eylemiyle hak sahibi olabilmesi ve borç altına gire-

⁷⁴ Society of Automobile Engineers International, "Taxonomy and Definitions for Terms Related to Driving Automation Systems for On-Road Motor Vehicles" SAE, s. 25-29, <https://www.sae.org/standards/content/j3016_202104/> erişim tarihi 5 Ekim 2022.

⁷⁵ SAE, s. 31.

⁷⁶ SAE, s. 31.

⁷⁷ SAE, s. 31.

⁷⁸ SAE, s. 32.

⁷⁹ Banteka, s. 569.

bilmesi olarak tanımlamaktadır. Hak ehliyeti her insana tanınırken fiil ehliyetinin kazanılması için belirli şartların oluşması gerekmektedir. Bunlar MK m.10'a göre ayırt etme gücü, erginlik ve kısıtlı olmamadır. Bütün bu şartları sağlayan kişi tam ehliyetlidir. Ancak on sekiz yaşını doldurmamış velayet altındaki bir küçüğün (MK m. 11/f.1), akıl hastalığı nedeniyle ayırt etme gücüne sahip olmayan bir kimsenin (MK m. 13), akıl zayıflığı nedeniyle işlerini göremediği için kısıtlanan ergin bir kişinin (MK m.405/1) fiil ehliyeti yoktur ve neticeten fiil ehliyetsizliği ortaya çıkar. Ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlılar sınırlı ehliyetsizler (MK m. 16), ayırt etme gücüne sahip olmayanlar ise tam ehliyetsizler olarak sınıflandırılır.⁸⁰ Görüldüğü üzere yasa koyucu farklı ortamlarda amacına ulaşma kabiliyeti anlamına gelen “zekâ” bakımından yapılan sınıflandırmaya benzer olarak farklı ortamlarda amacına ulaşma kabiliyetinden tamamen veya kısmen yoksun kişileri kendi eylemleri ile hak veya borç altına girebilme anlamına gelen fiil ehliyeti açısından çeşitli şekilde sınıflandırmaktadır.

B. Özerklik (Otonomi)

Bir varlığın özerk veya otonom olması ona kişilik tanınması için gerekli şartlar arasında sayılmıştır.⁸¹ TDK otonomi kelimesinin karşılığı olarak özerklik kavramını kullanmakta ve özerklik kelimesini de “bir kişinin, bir topluluğun kendi uyacağı yasayı kendisinin koyması” olarak tanımlamaktadır.⁸² Nitekim bu tanım “otonom” (*autonomous*) kelimesinin Yunanca kökleri olan “*auto*” ve “*nomos*” kelimelerinin Türkçe karşılıkları “öz, kendi kendine” ve “yasa” kelimelerinin anlamları ile örtüşmektedir.

Yapay zekâ varlıkları için otonom kavramının tanımı üzerinde ise bir uzlaşma bulunmamakta ve genel olarak üç farklı tanım yapılmaktadır. Bunlardan ilki ve en baskın olanına göre bir yapay zekâ sistemi dışsal uyaranlar olmadan içsel durumunu ve özelliklerini değiştirebiliyorsa⁸³ ve doğrudan herhangi bir insan müdahalesi olmadan eylemleri üzerinde

⁸⁰ Dural/Öğüz s. 65.

⁸¹ Bkz. Čerkaa/Grigienėa/ Sirbikyteb, s. 686.

⁸² Türk Dil Kurumu, <<https://sozluk.gov.tr/>> erişim tarihi 5 Ekim 2022.

⁸³ Chopra/White, s. 9.

kontrol sahibiyse, otonom özelliğe sahiptir demektir.⁸⁴ Bu tanımdaki her iki şartın sağlanması yapay zekâ sisteminin insan etkileşimine konu basit bir araç olmasından ziyade bir “fail” (*agent*) olarak sınıflandırılmasını gerekli kılmaktadır.⁸⁵ Fail (*agent*) kavramı felsefede hareket etme kapasitesi olan varlık olarak tanımlanmaktadır.⁸⁶ Yapay zekâ alanında Russell ve Norvig ise faili çevresini duyarğalar (*sensors*) aracılığıyla algılayan ve bu çevre üzerinde eyleyiciler (*actuators*) aracılığıyla hareket eden her şey olarak tanımlar.⁸⁷ Russel ve Norvig’in fail tanımında kullandığı kavramların geniş uygulamasının olması nedeniyle fail kavramına insanlar, robotik failer ve yazılım faileri da dâhil birçok varlık girebilecektir.⁸⁸

⁸⁴ Luciano Floridi/J.W. Sanders, “On the Morality of Artificial Agents”, *Minds & Machines*, Cilt 14, Ağustos 2004, 349–379, s. 357. Bu tanıma paralel olarak da Zimmerman bir varlığın otonom olarak tanımlanabilmesi için iki şartın sağlanması gerektiğini belirtmiştir. Bir varlığın fiziksel olarak hareket etme kabiliyeti olarak tanımladığı ilk şarta göre yeterli kaynağın tanımlandığı bir varlık aktive edildiğinde herhangi bir dışsal girdiye ihtiyacı olmadan belirli bir kapasitede bir fiili yerine getirmesi gerekmektedir. Bir varlığın otonom karar alabilme kabiliyeti olarak tanımlanan ikinci şarta göre varlık aktive edildiğinde bir fiilde bulunmaya ilişkin kararı herhangi bir girdinin doğrudan direktifi olmadan kendisi alabilmektedir. Zimmerman, s. 14.

⁸⁵ Uga Pagallo, “From Automation to Autonomous Systems: A Legal Phenomenology with Problems of Accountability”, *Proceedings of the Twenty-Sixth International Joint Conference on Artificial Intelligence*, Ağustos 2017, 17-23, s. 19. İngilizcedeki “agent” kelimesi hem yukarıda açıklanan felsefi anlamında kullanılmakta hem de temsilci anlamına gelmektedir. Türkçe de ise her iki kavramı kapsayacak bir kelime bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu makalede ceza hukuku kavram ve terminolojisi ile herhangi bir ilgisi olmaksızın hareket etme kabiliyetine sahip olan varlıklar için eden, yapan, yapan, eyleyen anlamına gelen “fail” kavramı, başkası adına ve hesabına hareket eden kişiler için ise “temsilci” kavramı kullanılacaktır.

⁸⁶ Stanford Encyclopedia of Philosophy, Agency, <<https://plato.stanford.edu/entries/agency/#:~:text=In%20very%20general%20terms%2C%20an,a%20standard%20theory%20of%20action.>> erişim tarihi 5 Ekim 2022.

⁸⁷ Stuart Russell/Peter Norvig, *Artificial Intelligence: A Modern Approach*, Pearson, 3. Bası, Londra, 2010, s. 34.

⁸⁸ Chopra/White, s. 6.

İkinci tanıma göre otonomi, özne kavramını oluşturan varlığın özelliklerini tek bir kelimeyle özetlemektedir.⁸⁹ Buna göre örneğin insansız hava araçlarındaki otonomi kavramı yüksek seviyede amaçları ve istikametleri anlama kabiliyetine sahip bir sistemle ilişkilidir.⁹⁰ Bu bağlamda farklı seviyelerde otonomi gündeme gelebilecektir.⁹¹

Diğer tanımlara göre daha tartışmalı olan üçüncü tanım ise yapay zekâ otonomisini insan otonomisi ile kıyaslamaktadır. İnsan otonomisi zaman zaman insanın karar verme mekanizmasında etkili olan özgür irade (*free will*) ve ahlaki faillik (*moral agency*) kavramlarını da içermektedir.⁹² Dolayısıyla bu tanım yapay zekâ otonomisinin insan biçimci (*anthropomorphist*) açıdan⁹³ değerlendirilme ihtimalini gündeme taşımakta ve bu nedenle eleştirilmektedir. Şöyle ki; örneğin özgür irade derken insanların eylemlerinin önceden planlı olmadığı ancak eylemleri üzerinde

⁸⁹ Pagallo, s.19.

⁹⁰ Pagallo, s.19. Ayrıca bkz. Elettra Stradella/Pericle Salvini/Alberto Pirni/Angela Di Carlo/Calogero Maria Oddo/Paolo Dario/Erica Palmerin, "Robot Companions as Case-Scenario for Assessing the "Subjectivity" of Autonomous Agents. Some Philosophical and Legal Remarks", *CEUR Workshop Proceedings*, Cilt 885, Ocak 2012, s. 25-26.

⁹¹ Pagallo, s. 19.

⁹² Pagallo, s. 19.

⁹³ Yapay zekâ varlıklarının bir kısmının fiziksel varlığının olması ve amaçlarının sıklıkla tespit edilebilir olması sebepleriyle bu varlıkların kapasitesini biz insanlar olarak içgüdüsel olarak değerlendirmekte ve bu varlıkları diğer nesnelere ayırmaktayız. Heather Knight, *How Humans Respond to Robots: Building Public Policy Through Good Design*, (Brookings Report, 29 Temmuz 2014), <<https://www.brookings.edu/research/how-humans-respond-to-robots-building-public-policy-through-good-design/>> erişim tarihi 11 Ekim 2022. Bu özelliğimiz ve yapay zekâ varlıklarının hızlı ve artan şekilde sosyal hayatımıza girmesinin sonucu olarak da bu varlıklara insan nitelikleri atfetmekte, diğer bir deyişle kendi yaradılışımızdan gelen özelliklerimizi başka varlıklara onları insan benzeri yapabilmek için yansıtılmaktayız. Kate Darling, "Extending Legal Protection to Social Robots: The Effects of Anthropomorphism, Empathy, and Violent Behavior Towards Robotic Objects", *Robot Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, Massachusetts, 2016, s. 213-14.

kontrol sahibi olup sonucunu etkileyebildikleri anlaşılmaktadır.⁹⁴ Uyum-suzluk (*incompatibilist*) görüşünü savunan felsefecilere göre insanların birçok alternatif arasından seçme özgürlüğünün bulunduğu hallerde özgür iradenin varlığı kabul edilmektedir.⁹⁵ Yapay zekâ varlıkları ise çeşitli tekniklerle ve veri setleriyle kendi başlarına veya gözetimli olarak eğitildikten sonra dijital veya fiziki ortamda karşılaştıkları senaryolarda çeşitli kararlar almaktadır. Bir yapay zekâ varlığının hangi alanda kullanılacağı bellidir. Örneğin bir insansız hava aracı havada kullanılacaktır. Keza bir yapay zekâ varlığının karşılaştığı senaryolarda hangi tepkileri vereceği belirlilik açısından insanla kıyaslandığında daha yüksektir.⁹⁶ Dolayısıyla özgür irade gibi insan otonomisine ilişkin unsurları yapay zekânın otonomisinde ararsak cevabımız olumsuz olacaktır.⁹⁷

Diğer taraftan Chopra ve White özgür iradenin yapay zekâ açısından değerlendirip bu özelliğin yapay zekâ varlıkları tarafından sağlanabileceğini tartışmaktadırlar. Bu görüşe göre yapay zekâ varlıklarının eylemlerin başlatıcısı olduğu kabul edilerek özgür iradenin oransal olarak

⁹⁴ Banteka, s. 565; Calverley, s. 531.

⁹⁵ Robert Kane, *The Significance of Free Will*, Oxford University Press, Oxford, 1996, s. 32-33.

⁹⁶ Örneğin bir otonom araç açısından güvenli bir sollama manevrasının hangi koşullarda yapılacağı algoritmalara tanıtılır ve algoritmaların bu manevrayı güvenli bir şekilde yapması beklenir. Ancak insanlarda bu durum aynı şekilde işlemez. Yaptığı olumsuz bir telefon görüşmesinden sonra hatalı sollama yapan insanın eyleminde belirsizlik oldukça yüksektir. Örneği değiştirelim. Stresli bir gün geçiren avukat A iş çıkışı arabasında yol alırken birden karar değiştirip İstanbul boğazını izlemeye gidebilir. Ancak A'nun bir otonom araç içinde seyahat ettiğini düşünürsek otonom araç A'nın halet-i ruhiyesini fark edip A'yı boğaza götüremez çünkü otonom araç A'nun ilk olarak sağladığı destinasyona A'yı götürmek için tasarlanmıştır.

⁹⁷ Yapay zekâ otonomisi ile insan otonomisini kıyaslayan görüş aslında yapay zekânın amaçlarını açıklayan iki görüşten biri olan bilişsel bilim görüşünün yansımasıdır. Bu görüş yapay zekânın başarısının duygular, özbilinç, tat duygusu gibi insan özelliklerinin kopyalanmasında yattığını belirtmekte ve yapay zekânın amacının yapay insanlar inşa etmek olduğunu belirtmektedir. Chopra/White, s. 5.

değerlendirilebileceği belirtilmektedir.⁹⁸ Ancak biz bu görüşe katılmamaktayız. Zekânın ve aşağıda açıklayacağımız üzere otonominin oransal olarak değerlendirilebilmesinin aksine aynı oransallığın özgür iradede kavram gereği sağlanamayacağını düşünmekteyiz. Dolayısıyla bir varlık ya özgür iradeye sahiptir ya da değildir.⁹⁹

Bir varlığın otonomiye sahip olup olmadığına ilişkin bütün bu tartışmaları değerlendirdiğimizde kanaatimizce birinci ve ikinci görüşü birleştiren karma görüş en isabetli olanıdır. Buna göre yapay zekâ sistemi geliştirildiği alanda herhangi bir dışsal müdahale olmadan içsel durumunu ve özelliklerini değiştirebiliyor ve eylemlerini kontrol edebiliyorsa otonom özelliğe sahiptir. Peki, bir yapay zekâ varlığının otonom olup olmadığı sorusunu evet veya hayır olarak cevaplandırabilir miyiz? Örneğin yukarıda bir engele takılan robot süpürge bu engelden kurtulabilecek bir fiili yapamıyorsa otonom özelliğe sahip değil midir? Yukarıda zekâ bahsinde belirtildiği gibi otonominin de bir süreç içinde değerlendirilmesi daha isabetli olacaktır.¹⁰⁰ Örneğin bir varlık geleneksel bir motorlu araç gibi tamamen otonomi özelliğinden yoksun olabilir veya bir insan gibi tamamıyla otonom özelliğe sahip olabilir.¹⁰¹ Yukarıda bahsedilen otonom araçların Seviye 3, 4, ve 5 olarak sınıflandırılması da otonominin değişik seviyelerde oluşabildiğine örnek olarak gösterilebilir.¹⁰²

Belirtmekte fayda var ki bu bölümde tartıştığımız ve yapay zekâ varlıklarının sahip olduğu otonomi kavramı dar anlamda otonomidir. Diğer deyişle bir insansız hava aracının, otonom aracın, banka veya finans sektöründe kullanılan yazılımın *geliştirildiği alanda* dışsal müdahale olmadan hareket etme ve karar alma kabiliyetidir. Ancak otonomi daha geniş bir şekilde de tanımlanabilir. Örneğin Kant'ın otonom eylem tanımında failin başkalarının eylemde bulunması gereken bir durumda ne yapabile-

⁹⁸ Chopra/White, s.174.

⁹⁹ Keza Sloman da özgür iradeye sahip sistemlerle olmayan sistemler arasındaki ayrımın keskin olduğunu belirtmektedir. Bkz. Aaron Sloman, "How to Dispose of the Free Will Issue", *AISB Quarterly*, Cilt 81, 1992, 31-32, s.31.

¹⁰⁰ Zimmerman, s. 14; Chopra/White, s. 9.

¹⁰¹ Chopra/White, s. 9.

¹⁰² Society of Automobile Engineers International, s. 25-29.

ceği ve yapması gerektiğini anlama ve alternatif eylemleri rasyonel şekilde analiz edildikten sonra hareket etme kapasitesinin bulunması gerekmektedir.¹⁰³ Otonomi bu şekilde tanımlanırsa hiçbir yapay zekâ varlığının bu şartı sağlamayacağı gibi birçok insanın da otonomiye sahip olmadığı tartışılabilecektir.¹⁰⁴ Benzer olarak otonominin geniş anlamda tanımını dikkate alındığında bir yapay zekâ varlığı hangi alanda geliştirilirse bu alanda işletilmesine ilişkin kararı, yapay zekâ varlığının kendisinin dışsal bir müdahale olmadan alamadığı ve dolayısıyla bu varlığın otonomiye sahip olmadığı ileri sürülebilecektir.

Peki, özerklik (otonomi) ile zekâ kavramları birbirinden nasıl ayrılmaktadır? Bu iki kavram sıklıkla karıştırılsa da otonominin zekânın varlığı için bir ön şart olduğu kabul edilmektedir.¹⁰⁵ Diğer bir deyişle zekâyâ sahip her varlık otonom özelliğe de sahiptir ancak her otonom varlık zekâyâ veya bilince sahip değildir. Örneğin bir otomotiv fabrikasında kullanılan endüstriyel robotları düşünelim.¹⁰⁶ Bu robotlar aktive edildiği anda önceden programlandığı şekilde otomobil parçalarını monte etmektedir ve bu kararı herhangi bir dışsal uyaran olmadan almaktadırlar. Dolayısıyla düşük de olsa bir otonomiye sahiptirler. Ancak böyle bir robot önceden programlanmadığı farklı bir senaryo ile karşılaştığında bu yeni duruma uyum sağlayamayacaktır ve dolayısıyla zekâ unsurundan yoksun olduğu söylenebilecektir.

C. Bilinç

Bilim insanları bilinç kavramının açıklanmasında bugün zorluk yaşamaktadırlar.¹⁰⁷ “Bilincin zor problemi” olarak da adlandırılan bu du-

¹⁰³ Chopra/White, s. 177-78.

¹⁰⁴ Chopra/White, s. 178.

¹⁰⁵ Zimmerman, s. 14.

¹⁰⁶ GommeBlog.it: Car & Performance, BMW Car Factory ROBOTS - Fast Manufacturing, Youtube, <https://www.youtube.com/watch?v=P7fi4hP_y80> erişim tarihi 10 Ekim 2022.

¹⁰⁷ David J. Chalmers, *The Conscious Mind*, Oxford University Press, Oxford, 1996, s. xi.

rum özneliğin konudan nasıl çıkarılabildiği noktasında toplanmaktadır.¹⁰⁸ İnsan bilincini bile tam olarak kavramamışken yapay zekâ bilincini tanımlamamız ve anlayabilmemiz daha da zorlaşmaktadır. Bunun en önemli nedeni ise insan bilincini anlamamız kendi olgusal deneyimimiz tarafından şekillenmekte ve dolayısıyla ilk elden değerlendirilir iken iken yapay zekâ bilinci bize yalnızca üçüncü kişinin perspektifinden sunulmaktadır.¹⁰⁹

Genel olarak tanımlarsak bilinç (*consciousness*) dediğimiz kavram öznel deneyimin varlığıdır.¹¹⁰ Öznel deneyimin varlığı için dolaylı olarak "hissetme" kabiliyetinin bulunması aranmasa da yapay zekâ varlıklarında insanlarda bulunan hissi kabiliyetin bulunmadığı kabul edilmektedir.¹¹¹ Ancak bir görüş öznel deneyimin bazı insanlar tarafından genelden oldukça farklı yaşanabileceğini ve bu durumun diğer insanlar tarafından hoş karşılanmasa da farklı doğrultuda öznel deneyime sahip insanların hissedemediği sonucuna götürmediğini belirtmektedir.¹¹² Bu görüşe göre doğru şekilde tasarlanan bir yapay zekâ varlığının zekâyâ ve bilince de sahip olabileceği ve hatta böyle bir varlığın gördüğümüz en farklı varlık olsa bile bir nesne veya araç statüsünden farklı olması gerektiğini ifade edilmektedir.¹¹³ İkinci görüş ise bilincin doğası itibariyle biyolojik bir olgu olduğunu ve dolayısıyla prensip olarak biyolojik olmayan bir yapay zekâ varlığını bilinç sahibi olarak inşa etmenin mümkün olmadığını ileri sürmektedir.¹¹⁴

¹⁰⁸ Elisabeth Hildt, "Artificial Intelligence Does Consciousness Matter?", *Frontiers in Psychology*, Cilt 10, Temmuz 2019, 1-3, s.1.

¹⁰⁹ Hildt, s. 1.

¹¹⁰ Zimmerman, s. 20.

¹¹¹ Zimmerman, s. 21.

¹¹² Zimmerman, s. 21.

¹¹³ Zimmerman, s. 21.

¹¹⁴ Philosophy of Mind of John Searle, <<https://www.britannica.com/biography/John-Searle/Philosophy-of-mind>> erişim tarihi 5 Ekim 2022.

Baskın görüş şu anda bilince sahip herhangi bir yapay zekâ varlığının bulunmadığıdır.¹¹⁵ Ancak bilinç üzerinde çalışan sinirbilimciler bilinçli robotların yakın tarihte mümkün olma ihtimalini ciddi olarak dikate almaktadırlar.¹¹⁶ Örneğin bir çalışmada ampirik delillerin bilincin spesifik şekilde bilgi işleme hesaplamalarından oluştuğu ihtimalini desteklediğini ve beynin bilinçli ve bilinç dışı hesaplama yapan birimlerinin psikolojik ve sinir bilimi açısından anlaşılmasının yeni yapay zekâ varlıklarının inşa edilmesinde ilham kaynağı olacağı belirtilmiştir.¹¹⁷ Nihayetinde yapay zekâ varlıklarının bilince sahip olup olmadığının bir ampirik soru olarak karşımıza çıkacağını¹¹⁸ ve şu anda insan ve hayvan gibi biyolojik varlıklara özgü olan bilinç kavramının biyolojik olmayan varlıklar açısından da mümkün olacağını öngörebiliriz.¹¹⁹

¹¹⁵ Bkz. Stanislas Dehaene/Hakwan Lau/Sid Kouider, "What Is Consciousness, and Could Machines Have It?", *Science*, Cilt 358, Sayı 6362, Ekim 2017, 486-492; Bert-Jaap Koops/Mireille Hildebrandt/David-Olivier Jaquet-Chiffelle, "Bridging the Accountability Gap: Rights for New Entities in the Information Society", *Minnesota Journal of Law Science & Technology*, Cilt 11, Sayı 2, 2010, 497-561, s. 515; Hildt, s. 2.

¹¹⁶ Riccardo Manzotti/Antonio Chella, "Good Old-Fashioned Artificial Consciousness and the Intermediate Level Fallacy", *Frontiers in Psychology*, Cilt 5, Sayı 39, 2018, 1-10, s. 1.

¹¹⁷ Dehaene/Lau/Kouide, s. 43-54. İnsan beyninin de hesaplamalı olduğunu düşünen Daniel C. Denett gibi bazı yapay zekâ felsefecileri makine bilincinin mümkün olduğunu belirtmektedirler. Bkz. Daniel C. Denett, *Consciousness in Human and Robot Minds*, <<https://ase.tufts.edu/cogstud/dennett/papers/concrobot.htm>> erişim tarihi 5 Ekim 2022.

¹¹⁸ Buradaki ampirik soru komplikedir. Şöyle ki; bir yapay zekâ varlığı anayasal haklarını elde edebilmek için stratejik olarak bilince sahip olduğu izlenimi yaratabilir. Koops/Hildebrandt/Jaquet-Chiffelle, s. 528. Ancak bu durum yapay zekânın bir gün tam olarak bilince sahip olacağı ihtimalini kaldırmadığı gibi yapay zekânın bu izlenimi yaratmasında da bir miktar bilinç sahibi olduğunu kabulü gerekebilir. Koops/Hildebrandt/Jaquet-Chiffelle, s. 528.

¹¹⁹ Koops/Hildebrandt/Jaquet-Chiffelle, s. 528.

Bilinç kavramının ilişkili olduğu bir diğer önemli kavram ise özbi-
linçtir (*self-consciousness*). Özbi-
linç için düşüncelerin sembolik bir dil ara-
cılığı ile dışsallaştırılması ve kurulması gerekir.¹²⁰ Örneğin hayvanlar bi-
lince sahip olsalar bile etraflıca düşünmeyi mümkün kılan özbi-
lince sahip değillerdir.¹²¹ Bilincin üstünde bir kavram olan özbi-
lince sahip bir yapay zekâ şu anda bulunmamaktadır.¹²²

Bilinç tartışmasının kişilik açısından önemi şuradadır: Eğer bir ya-
pay zekâ varlığı bilince sahip değilse ve hayatını iyi veya kötü olarak de-
neyimlemiyorsa kişilik verilmesinin bir anlamı yoktur.¹²³ Zira kişiliğin
beraberinde getirdiği temel hak ve özgürlükler için hak sahibinin bir
amaca sahip olması gerekmektedir; ancak bilinci olmayan bir varlığın
amacı da olmayacaktır.¹²⁴ Nitekim Locke'a göre kişi kendini farklı zaman-
larda ve mekânlarda kendi olarak aynı şekilde değerlendirebilen ve bunu
bilinci sayesinde gerçekleştirebilen düşünen zeki bir varlıktır.¹²⁵

Diğer yandan bilincin kişilik verilmesinde bir şart olmadığını, yal-
nızca sorumluluğu belirlemede kusurun tespitinde dikkate alınan bir un-
sur olduğunu tartışan yazarlar da bulunmaktadır.¹²⁶ Bu argümanın hak-
lılık payı vardır. Örneğin kişilik ölümle birlikte sona erer (MK m. 28/1) ve
koma halinde bilinci olmamasına rağmen kalp ve nefes atışları olan ve

¹²⁰ Koops/Hildebrandt/Jaquet-Chiffelle, s. 515-16.

¹²¹ Koops/Hildebrandt/Jaquet-Chiffelle, s. 515-16.

¹²² Çoğunlukla müşteri hizmetleri sunan şirketler tarafından uygulanan karşılıklı
konuşmaya dayanan yapay zekâların öz bilince sahip olduğu söylenemez zira
bu yapay zekâ müşteri hizmetleri sunduğunun bilinciyle hareket etmemekte-
dir. Bu yapay zekâ sistemleri doğal dil işleme ve doğal dil anlama aşamala-
rından sonra buna uygun reaksiyon verme üzerine kurulu teknik bir sürece
göre hareket eder. Dolayısıyla burada yapay zekânın müşteriye uygun bir re-
aksiyon vermesi onun düşüncesini sembolik bir ifade ile dışsallaştırdığını
yani öz bilince sahip olduğu anlamına gelmez.

¹²³ Lawrence B. Solum, "Legal Personhood for Artificial Intelligences", North
Carolina Law Review, Cilt 7, Sayı 4, Nisan 1992, 1231-1287, s.1264.

¹²⁴ Solum, Legal Personhood for Artificial Intelligences, s. 1265.

¹²⁵ John Locke, *An Essay Concerning Human Understanding*, Hackett, Indianapolis,
1996, Bölüm 27, n. IX.

¹²⁶ Banteka, s. 570; Adam Candeub, "Consciousness & (and) Culpability", *Ala-
bama Law Review*, Cilt 54, Sayı 1, 2002, 113-146, s. 118.

beyin hücrelerinin fonksiyonunu yitirmediği bir kişinin ölmediği ve kişiliğinin sona ermediği kabul edilir.¹²⁷ Keza bilinç ayırt etme gücünün bir unsuru olarak kabul edilmektedir¹²⁸ ve bilincini sarhoşluk nedeniyle geçici bir süreliğine kaybetmiş kişi vermiş olduğu zararı ayırt etme gücünü kusuru olmadan kaybettiğini ispat edebilirse tazmin sorumluluğundan kurtulabilir.¹²⁹ Örneği değiştirelim. Kişinin bilincini hissetmediğini, bir akıl hastalığı olduğunu ve ayırt etme gücünden tamamen yoksun olduğunu düşünelim. Bu kişinin varlıklı bir ailenin çocuğu olduğunu ve evde çalışan bir yardımcıya zarar verdiğini varsayalım. Bu durumda bu kişiyi TBK m. 49 kapsamında haksız fiilinden dolayı sorumlu tutamayız çünkü kusuru bulunmamaktadır. Ancak hâkim hakkaniyet gerektirdiği takdirde bu kişinin verdiği zararın tamamen veya kısmen giderilmesine karar verebilecektir. (TBK m. 65)

Bu örnekler göstermektedir ki bilinç ayırt etme gücünün bir unsuru olarak kusurluluğun tespitinde rol oynayan bir faktördür. Ancak bu görüş şu açıdan hatalıdır: Bütün bu örneklerde hâlihazırda hukuken kişilik tanınan bir varlığın bilincindeki değişimler kusurluluğu etkilemektedir. Bizim kişilik açısından dikkate aldığımız hak ehliyeti olup bu kişilik tam ve sağ olarak doğumla başlamaktadır. Herhangi bir hayat emaresi sağ doğum için yeterli kabul edilip¹³⁰ çocuğun bilince sahip olması kişiliğin başlaması için şart değildir. Ancak bu istisna hukuk düzeninin insanlara tanıdığı hak sahipliği ayrıcalığının altında yatan asıl sebebi değiştirmez. İnsanlar bilince sahip oldukları takdirde kişi kavramının beraberinde getirdiği haklardan yararlanabilir ve borç yükümlülüğü altına girip işlemler yapabilirler.

¹²⁷ Bkz. Dural/Öğüz s. 24-25; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 18-21.

¹²⁸ Dural/Öğüz s. 57; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 56.

¹²⁹ Örneğin TBK m. 59 gereği bu kişi zorla uyuşturucu madde kullandırıldığını ve bu nedenle ayırt etme gücünü geçici olarak kaybettiğini ispat ederse sorumluluktan kurtulabilecektir. Burada dikkat edilmesi gereken husus bu kişinin zarar vermede kusuru olup olmaması değil, ayırt etme gücünün kaybedilmesinde kusuru olup olmadığıdır.

¹³⁰ Dural/Öğüz s. 18.

Peki, tüzel kişilere bilinç şartını nasıl uygulayacağız? Şirket, dernek ve vakıflar gibi insan topluluklarının oluşturduğu tüzel kişilere kişilik tanınmasında da hukuk düzeni bu kişiliğe anlam verecek ve faaliyetlerini yürütecek bilinç sahibi insanların varlıklarını esas almaktadır. Örneğin dernekler en az yedi kişinin birleşimiyle oluşmakta (MK m. 56) ve derneğin yürütme ve temsil organı olan yönetim kurulu ise fiil ehliyetine sahip bulunan gerçek ve tüzel kişilerden (MK m. 64/1) oluşan üyelerden seçilecektir (MK m 84/1).¹³¹ Keza yukarıda tartıştığımız Yeni Zelanda'da bulunan Te Awa Tupua Gölü'ne tanınan kişilikten doğan hakların ve yetkilerin kullanımı, yükümlülüklerin yerine getirilmesi ve doğabilecek hukuki sorumluluğunun giderilmesine ilişkin iş ve işlemler ise biri Krallık tarafından diğeri de Whanganui Iwi Kabilesi'nden seçilecek iki kişinin oluşturduğu Te Pou Tupua Ofisi tarafından yürütülecektir.¹³² Benzer olarak Britanya Danışma Meclisi tarafından tüzel kişilik tanınan bir Hindu idolünün hukuki çıkarları ise bu idolün kutsaliyetini elinde bulunduran kişi aracılığıyla savunulacaktır.¹³³

Sonuç olarak hâlihazırda kişi olarak tanınmayan bir varlığa kişilik tanınmasında bilinç aranmalıdır. Hukuk kişiler arasındaki uyumsuzlukları denge gözeterek çözüme kavuşturma sanatıdır. Her uyumsuzlukta birden fazla kişinin hakkı söz konusudur. Bu haklardan her biri de öznesine göre şekillenir. Bir uyumsuzluğun çözümü de ancak haklar bilinci olan sahipleri veya ilgili kişiler tarafından kullanılıyorsa anlam bulur. İlk duruma örnek olarak X ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini iddia ediyorsa bu ihlale konu olay X'in düşüncelerini dışsal bir sembolik ifade etmesi (örneğin sözlü veya yazılı ifade) ile X'in öznel deneyiminden kaynaklanmıştır. İkinci duruma örnek olarak ise hatalı bir tıbbi müdahale sonucu bilinci kapalı bir şekilde doğan bir çocuğun uğramış olduğu zararın tazminini talep etme hakkı çocuğun bilince sahip yasal temsilcileri tarafından kullanılacaktır. Bütün bu argümanlar bize göstermektedir ki hukuk

¹³¹ Bir tüzel kişi olan derneğe başka bir tüzel kişinin üye olması argümanımızla bir çelişki oluşturmamaktadır. Tüzel kişi olan üye derneğin genel kurulunda veya seçilirse yönetim kurulunda sahip olduğu hakları yine bilinç sahibi gerçek kişi bir temsilcisi aracılığıyla kullanacaktır.

¹³² Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act Art. 14(2) ve 20(1)(2).

¹³³ Duff, s. 42-3.

düzeninin kişi olarak tanıdığı bir varlığın bilince hiç sahip olmaması veya bunu sonradan kaybetmesi ile henüz kişi olarak tanınmayan bir varlığın bilince sahip olmaması aynı şeyler değildir.

D. Yönelmişlik

Yönelmişlik (*intentionality*) kavramı da yapay zekâ varlığına kişilik tanınması tartışmasında karşımıza çıkan bir diğer önemli kavramdır. Yukarıda tanımlanan fail kavramının eylemin kaynağı olduğu ve bunun için de amaçlar, güdüler, arzular ve otonom şekilde özgürce alınmış kararlar ile hareket eden failerin yönelmişliğe sahip olduğu kabul edilmektedir.¹³⁴ Örneğin ceza hukuku perspektifinden yönelmişlik hukuk düzeninin yasakladığı bir davranışın gerçekleşmesi için emek harcama niyeti olarak tanımlanmaktadır.¹³⁵ Bir eylemde yönelmişlik olduğunu kabul edebilmemiz için ise i) yönelmiş bir eylemin, ii) eylemde bulunma becerisinin ve iii) eylemin gerçekleştirildiğine ilişkin bilincin varlığı gereklidir.¹³⁶ Yönelmişlikteki bilinç unsuru failin eylem esnasında ne yaptığını bilme durumu, beceri unsuru ise failin yöneldiği eylemi gerçekleştirme kabiliyeti ve özelliği anlamına gelmektedir.¹³⁷

Bilgisayar bilimleri doktrinde yönelmişlik kavramı ile bilinç kavramı arasında bir bağ kurulmaya çalışılmaktadır. Şöyle ki bir görüş yapay zekâ varlığına bilinçsiz bir yönelmişlik atfetmenin aslında bu olgunun bilince sahip olduğu anlamına geldiğini belirtmektedir.¹³⁸ Ancak bu görüşe karşı bilinç ve yönelmişlik kavramlarının birbirinden ayrıldığı çünkü bilinçte yasaklanmış bir şeyin gerçekleşeceği bilirse bile yönelmişlikten farklı olarak bunun için ekstra bir emek harcanmadığı argümanı ile karşı çıkmaktadır.¹³⁹ Bu karşı argümana göre bir demiryolu şirketi işlettiği

¹³⁴ Chopra/White, s. 12.

¹³⁵ Richard A. Posner, "An Economic Theory of the Criminal Law", *Columbia Law Review*, Cilt 85, Sayı 6, Ekim 1985, 1193-1231, s. 1221.

¹³⁶ Calverley, s. 529.

¹³⁷ Calverley, s. 529.

¹³⁸ John R. Searle, "Consciousness, Explanatory Inversion, and Cognitive Science", *Behavioral & Brain Sciences*, Cilt 13, Sayı 4, 1990, 585-596, s. 586.

¹³⁹ Banteka, s. 570-71.

trenlerinin demiryolu geçitlerinde gerçekleşen kazalarda belirli sayıda insanları öldüreceğini makul ölçüde bilmektedir.¹⁴⁰ Keza aynı durum otobüs firmaları için de geçerli olabilir.¹⁴¹ Eğer yönelmişlik ile bilinç kavramlarını ayırmazsak bu durumda demiryolu veya otobüs şirketi insan öldürme suçundan sorumlu tutulmalıdır.¹⁴² Ancak bu hukuken ve ahlaken doğru değildir; zira demiryolu veya otobüs şirketleri kazaların gerçekleşeceğini bilseler de bu kazalar sonucu gerçekleşen ölüm ve yaralanmalardan hiçbir menfaat elde etmedikleri gibi bu sonucun gerçekleşmesi için herhangi bir emek de harcamamışlardır.¹⁴³

Yönelmişlik bahsinde bilim insanı Searle'in bilgisayar bilimlerinde oldukça ses getiren argümanına değinmekte fayda vardır. Anadili İngilizce olan Searle bir odada kapalı halde tutulduğu esnada ilk olarak Çinceye dair hiçbir şey bilmemesine rağmen kendisine Çince yazılmış bir yazı verildiğini söylemektedir.¹⁴⁴ İkinci olarak kendisine Çince yazılmış yazının yanı sıra ikinci yazı ile birinci yazı arasında ilişkiyi kuracak İngilizce yazılmış birtakım kuralların verildiğini belirtmektedir.¹⁴⁵ Üçüncü olarak kendisine Çince sembollerle birlikte bu sembolleri ilk iki grupta ilişkisini kurabileceği İngilizce yazılmış yönergeler verilmektedir.¹⁴⁶ Bū-

¹⁴⁰ Posner, s. 1221.

¹⁴¹ Örneğin ülkemiz karayolu ağında 2021 yılında gerçekleşen ölümlü yaralanmalı trafik kazasına karışan toplam 308 bin 442 taşıtın %1,6'sını otobüsler oluşturmaktadır. Türkiye İstatistik Kurumu, Karayolu Trafik Kaza İstatistikleri, 2021, <<https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Karayolu-Trafik-Kaza-İstatistikleri-2021-45658>> erişim tarihi 5 Ekim 2022.

¹⁴² Posner, s. 1221.

¹⁴³ Posner, s. 1221.

¹⁴⁴ John R. Searle, "Minds, Brains, and Programs", *The Behavioral and Brain Sciences*, Cilt 3, Sayı 4, 1980, 417-457, s. 417-418.

¹⁴⁵ Searle, *Minds, Brains, and Programs*, s. 418. Bu kurallar Searle'a bir takım şekilsel kurallar ile başka bir takım şekilsel kurallar arasında ilişki kurmasını sağlamaktadır. Buradaki kuralların şekilselliğinden bahsedilen ise sembollerin şekilleri sayesinde tanımlanabildiğidir. Searle, *Minds, Brains, and Programs*, s. 418.

¹⁴⁶ Searle, *Minds, Brains, and Programs*, s. 418. Bu İngilizce yönergeler de üçüncü aşamada verilen belirli şekillerin karşılığı olarak belirli şekillerdeki bazı Çince sembollerin nasıl verileceğini tarif etmektedir. Searle, *Minds, Brains, and*

tün bu sembolleri Searle'a veren kişiler üçüncü aşamada Searle'ın verdiği sembolleri "sorulara cevaplar" ve İngilizce verilen kurallara ise "program" adını vermektedir.¹⁴⁷ Bir süre sonra Searle Çince sembolleri kontrol etmek için verilen yönergeleri takip etmede ve programcılar da programları yazmada o kadar iyi olmuştur ki, Searle'ın sorulara verdiği cevaplar ile anadili Çince olan bir kişinin vereceği cevaplar arasında fark neredeyse yoktur.¹⁴⁸ Searle burada kendisinin hesaplamalı işlemleri şekilsel olarak belirlenmiş unsurlar üzerinden gerçekleştiren bir bilgisayar olarak hareket ettiğini ve Çince açısından kendisinin yalnızca bir bilgisayar programı örneği olduğunu belirtmektedir.¹⁴⁹

Searle bu faraziyesiyle şu sonuca varmaktadır: Bilgisayar programlarını örneklendirmek hiçbir zaman yönelmişlik için yeterli şart değildir.¹⁵⁰ İnsanlar ve hayvanlardaki yönelmişlik beynin nedensel özelliğinin ürünü olup zihinsel işlemler ve beyinler arasında gerçekleşen gerçek nedensel ilişkiler ampirik gerçeklere dayanmaktadır.¹⁵¹ Yönelmişlik için ise belirli beyin işlemleri şarttır.¹⁵²

Yönelmişlik hukuk açısından oldukça önemli bir kavramdır. Hâlihazırda bilince sahip olan yapay zekâ varlığı yokken bilincin yanında birkaç unsur da kapsayan yönelmişliğe sahip bir yapay zekâ varlığı şu an için bulunmamaktadır. Örneğin bir kişinin sosyal ve ekonomik sebeplerle tır şoförü olması için buna ilişkin karar alması, çalışması, ehliyet sınavını geçmesi ve sonunda iş bulması gerekir. Diğer deyişle bu halde tır şoförü bir eyleme yönelir, bunun için gerekli özelliklere sahip olur ve bütün bu eylemleri gerçekleştirdiğine ilişkin bilinci vardır. Peki, aynı durum otonom tırlarda söz konusu mudur? Otonom tırlar üreticiler tarafından tasarlanır, birçok uç senaryoyu da içeren geniş veri setleriyle eğitilir, birden fazla ve birbirini tamamlayan sensörlerle donatılır ve birçok daha komplice ve teknik işlemlerden geçer. Peki, bu aşamaların hangisinde otonom

Programs, s. 418.

¹⁴⁷ Searle, *Minds, Brains, and Programs*, s. 418.

¹⁴⁸ Searle, *Minds, Brains, and Programs*, s. 418.

¹⁴⁹ Searle, *Minds, Brains, and Programs*, s. 418.

¹⁵⁰ Searle, *Minds, Brains, and Programs*, s. 417.

¹⁵¹ Searle, *Minds, Brains, and Programs*, s. 417.

¹⁵² Searle, *Minds, Brains, and Programs*, s. 417.

tır dinamik sürüş görevini yerine getirmek için bir eyleme yönelmiş ve buna ilişkin özellikleri edinmiştir? Bütün bu süreç insanlar tarafından yürütülmüştür.

Yapay zekâ varlıklarının yönelmişliğe sahip olmadığının kabulü hâlihazırda bazı yasalarda da varlığını göstermektedir. Örneğin Birleşik Devletler Elektronik İşlemler Kanunu'na göre elektronik fail (*electronic agent*) herhangi bir kişinin gözetimine veya fiiline gerek duymadan fiillerde bulunabilen veya elektronik kayıtlara karşı tamamen veya kısmen karşılık verebilen bilgisayar programı veya bağımsız şekilde kullanılan elektronik veya diğer otonom araçlar olarak tanımlanmaktadır.¹⁵³ Aynı Kanunda böylesine bir elektronik failin, bunu kullanan kişi kimse onun "aracı" (*tool*) olduğu, bağımsız isteminin olmadığı, *aktive edildikten sonra* aktive eden kişinin bilgisi olmadan kendi programlama parametreleri içinde diğer kişiler veya bunların elektronik failleriyle etkileşime girme kabiliyetinin olduğu belirtilmiştir.¹⁵⁴ Burada da açıkça görüldüğü üzere elektronik failin görevini yapabilmesi için bunu kullanan kişi tarafından "aktive edilmesi" gerekmektedir; zira bu failin kendi kendini aktive edebilmesini sağlayacak bir yönelmişliği yoktur.¹⁵⁵

Geçtiğimiz günlerde otonom araç teknolojisinin önde gelen şirketlerinden Cruise, Haziran 2022 ayında gerçekleşen ve iki kişinin yaralanmasına sebep olan kazadan sonra seksen adet otonom aracını geri çağır-
mış ve bu araçların yazılımında gerekli güncellemeleri yapmıştır.¹⁵⁶ Ame-
rikan federal idarecileri geri çağırılan yazılımın gelen aracın yörüngesini

¹⁵³ The U.S. Uniform Electronic Transactions Act (1999) (UETA), Section 2(6), <https://www.uniformlaws.org/HigherLogic/System/DownloadDocumentFile.ashx?DocumentFileKey=21c366b3-b11c-d774-f34d-7901ab76e9a5&forceDialog=0>.

¹⁵⁴ The U.S. Uniform Electronic Transactions Act, Section 8.

¹⁵⁵ Keza yönelmişlik açısından vardığımız bu sonuç yukarıda tartıştığımız özgür irade açısından da geçerlidir.

¹⁵⁶ David Shepardson, GM Startup Cruise Recalls and Revises Self-driving Software After Crash, Reuters, <<https://www.reuters.com/business/autos-transportation/gms-cruise-recalls-revises-self-driving-software-after-crash-2022-09-01/>> erişim tarihi 5 Ekim 2022.

yanlış olarak tahmin ettiğini belirtmiş ve Cruise da gerekli güncellemelerden sonra olağandışı senaryoların oluşmayacağını ifade etmiştir.¹⁵⁷ Bu örnekte görüldüğü gibi yapay zekâ varlıklarının işletilmesinde herhangi bir sorun halinde de üreticiler devreye girmekte ve sorunun teknik çözümünü gerçekleştirmektedirler.

Yönelmişliğin öneminin bir diğer görünümü de hukukî sorumluluğun tayininde ortaya çıkar. Bu kavramın medeni hukuktaki kusur kavramıyla yakından ilişkisi vardır. Haksız fiil sorumluluğu açısından kusur sorumluluğunda bir fiil kasten veya ihmalen gerçekleştirilmemişse ortada hukuken kınanacak bir fiil yoktur. Bir fiilin kasten gerçekleştirilmesi için ise kişinin bilerek ve isteyerek bu zarara sebebiyet vermesi, diğer bir deyişle yönelmişliğin var olması gerekir. Yönelmişliği edinemeyen bir yapay zekâ varlığını bu durumda sorumlu tutmamız doğru olmayacaktır. Sorumluluk yükletemeyeceğimiz bir varlığa ise kişilik bahşetmenin de hukuken mantığı yoktur.

Peki, yönelmişliğe sahip olunamaması nedeniyle kusur sorumluluğunu uygulayamıyorsak kusursuz sorumluluk kurallarını uygulayabilir miyiz? Örneğin, TBK m. 65 hükmünün kıyasen uygulayarak hakkaniyet sorumluluğu kapsamında zarara sebep veren yapay zekâ varlığını sorumlu tutmamız mümkündür. Diğer deyişle dar anlamda sorumluluğu etkileyen yönelmişliği bu şekilde bertaraf edebiliriz. Ancak bu durumda dahi yapay zekâ varlığının bu sorumluluğu karşılayabilmesi için bir malvarlığının bulunması gerekecektir. Dolayısıyla bu ihtimalde sorumlu tutacağımız yapay zekâ varlığının geniş anlamda yönelmişliğinin olması gerekir ki bu malvarlığını edinebilmesi için hukuki işlemlerde bulunabilsin. Örneğin paylaşımlı yolculuk hizmetlerinde kullanılan bir otonom aracın bu hizmeti yerine getirmek ve karşılığında gelir elde etmek için bir yönelmişliği yoktur. Keza bu durumda yapay zekâ varlığının dava açabilmesi ve kendisine dava yöneltilmesi için de bir yönelmişliğinin bulunması gerekecektir.¹⁵⁸

¹⁵⁷ Shepardson

¹⁵⁸ Nitekim aşağıda belirtileceği üzere Amerikan hukukunda bir varlığa kişilik tanınmasında mahkemelerin en çok aradığı şartlardan biri de bu varlığın dava açma ve kendisine dava yöneltilme kabiliyetine sahip olup olmadığıdır.

Bu tartışmaya son vermeden “yönelmiş durum teorisi” (*intentional stance theory*) olarak adlandırılan görüşe yer vermek faydalı olacaktır. Bu görüş zihinsel yüklemeleri veya önermesel tutumları insan olmayan varlıklara atfetmekte herhangi bir sorun görmemektedir.¹⁵⁹ Buna dayanarak bu görüş, yapay zekâ varlıklarının eylemlerinin altında yatan sebepler için hareket ettiklerini belirtmekte olup ve insanlarca bu varlıkların davranışlarının optimal şekilde yorumlanmasını ve öngörülmesini sağlıyorsa, yönelmişliğe sahip olduklarının kabulünün gerektiğini de belirtmektedir.¹⁶⁰ Bu kabulün içsel ayarlamalarına kısıtlı erişimimiz olan yapay zekâ varlıkları ile etkileşimimizde en uygun strateji olacağı ifade edilmektedir.¹⁶¹ Bir diğer avantaj olarak da insanlar gibi yönelmişliğe sahip varlıklarda bulunan biyolojik veya zihinsel araçların tıpkısının yapay zekâ varlıklarında bulunması gerektiği şartını ekarte etmesi gösterilmektedir.¹⁶²

Biz bu görüşe katılmamaktayız. Şöyle ki bu görüş kendi içinde her ne kadar sınırlı alanda hareket eden yapay zekâ varlığının dar anlamda yönelmişlik problemini çözmüş görünse de geniş anlamda haklara ve borçlara sahip olabilecek kişi olması için gereken geniş anlamda yönelmişlik probleminde cevap verememektedir. Örneğin bir insansız hava aracının havada yaptığı manevraların diğer pilotlar tarafından düzenli olarak öngörülebilir olması bu görüş kapsamında bu aracın yönelmişliğe sahip olduğunun kabulünü gerektirebilir. Lakin diğer taraftan bu insansız hava aracı zarara sebebiyet verdiğinde bu zararı karşılayabilmesi için gereken malvarlığını edinebilmesi veya mahkemede kendi kendini temsil

¹⁵⁹ Chopra/White, s. 12.

¹⁶⁰ Chopra/White, s. 12. Bir örnekle bu görüşün ne anlatmak istediği somutlaştırılarak daha net anlaşılabilir. Bir yapay zekâ varlığı X hakkında ‘X dışarı çıkmak istediğinde kapıyı açacak’ şeklinde düzenli tahminler yapılabiliriyorsa ve bunlar X’in davranışı hakkında en açıklayıcı ve tahmin edilebilir stratejiyi oluşturuyorsa, X’in yönelmişliğe sahip olduğu kabul edilecektir. Chopra/White, s. 13.

¹⁶¹ Chopra/White, s. 14.

¹⁶² Chopra/White, s. 14. Böylece yönelmiş durum teorisi yapay zekânın amacını açıklayan görüşlerden bilişsel bilim görüşü yerine mühendislik görüşü ile paralellik arz etmektedir. Bkz. Bolter, s. 193.

edebilmesi için gereken yönelmişliğe sahip midir? Keza sorumlulukta kusur tayininde yapay zekâ varlıkları insanlar ile mi yoksa benzer varlıklar ile mi kıyaslanacaktır? Kusur değerlendirmesinde bir insan fiili aranırken yapay zekâ failinin fiilini kusur açısından değerlendirebilir miyiz? Bu görüş beraberinde bu gibi belirsiz ve cevaplanmamış soruları da beraberinde getirmektedir.

4. Karşılaştırmalı Hukukta Yapay Zekâ ve Hukuki Kişilik

A. Amerikan Hukuku

Amerikan hukukunda eyaletlerin bir varlığı kişi olarak tanınmasında ve bu kişiliğin kapsamını belirlemesinde geniş yetkileri bulunmaktadır.¹⁶³ Banteka, Amerikan mahkemelerinin bir varlığa kişilik verilmesi açısından hangi şartları dikkate aldığına ilişkin ampirik bir çalışma yapmış ve bu kapsamda çeşitli şartlar ve ilkeler tespit etmiştir.¹⁶⁴ Bu şartlar arasında Amerikan mahkemelerinin en sık kullandıkları ise sırasıyla özel bir kanun ile varlığa kişilik tanınıp tanınmadığı (%47), varlığın dava açabilmesinin ve kendisine dava yöneltilebilmesinin mümkün olup olmadığı (%40), varlığın herhangi bir kanunda doğrudan değil de dolaylı olarak kapsam altına alınıp alınmadığı (%15) şartlarıdır.¹⁶⁵

¹⁶³ Amerika Birleşik Devletleri (ABD) elli eyalet ve Columbia bölgesinden oluşmaktadır. ABD federal devlet biçimini benimseyen karma yapılı bir devlettir. ABD anayasasında göre eyaletler ile federal devlet arasında 'çifte egemenlik' ilkesi benimsenmiştir. Buna göre eyaletler uluslararası hukuktaki varlıkları gibi bazı yetkilerini federal hükümete devrederken bazı yetkilerini uhdesinde tutmaktadır. Eyaletler bu ikinci tür yetkilerini federal devlete danışmadan kullanabilmektedirler. Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, 13. Bası, Beta Basım, Ankara, 2009, s. 136-137. Bir varlığın kişi olarak tanınması yetkisi de eyaletlerin federal devletin müdahalesi olmadan düzenleme yapabilecekleri bir alandır. Jessica Berg, "Of Elephants and Embryos: A Proposed Framework for Legal Personhood", *Hastings Law Journal*, Cilt 59, Sayı 2, Ocak 2007, 369-406, s.380.

¹⁶⁴ Banteka, s. 575.

¹⁶⁵ Banteka, s. 580-82. Amerikan mahkemelerinin bir varlığa kişilik tanırken aramış olduğu bazı şartların gereksiz olduğu ve yapay zekâ varlıklarına uygulanmasının mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Bu şartları; gerçek kişilerin

Nitekim bu sonuç yukarıda elde ettiğimiz sonuçlarla büyük ölçüde paralellik arz etmektedir. İlk şart açısından, Türk hukukunda bir varlığın kişi olarak kabul edilip edilmemesinin yasal bir dayanağı olması gerektiğine ilişkin vardığımız sonuç Amerikan mahkemelerinin en sık aradığı şart olarak karşımıza çıkmaktadır. İkinci olarak, yapay zekâ varlıklarına kişilik tanınabilmesi için dar alanda insan seviyesinde veya daha üstün bir performans göstermesinin yeterli olmadığı ve hukuki sorumluluklarını yerine getirebilmeleri için bilinç ve geniş anlamda yönelmişliklerinin bulunması gerektiğine ilişkin yapmış olduğumuz çıkarım da Amerikan mahkemelerinin en sık aradığı ikinci ve diğer şartlarla da dolaylı olarak örtüşmektedir.¹⁶⁶

Buna karşılık Amerikan hukukunu baz alarak değerlendirme yapan Chopra ve White yapay zekâ varlıklarına kişilik tanınup tanınmamasına ilişkin kararın kavramsal değil pragmatik olduğunu belirtmekte ve yapay zekâ varlıklarının sosyal ve işlevsel rolü ışığında hukuk düzeninin bu kararı alıp almaması gerektiğinin ortaya çıkacağını tartışmaktadır.¹⁶⁷

çoğu özelliklerine benzer özellikleri taşıyıp taşımadığı, herhangi bir ülke vatanı olup olmadığı, anayasal haklara sahip olup olmadığı, gerçek kişilerin toplamından oluşup oluşmadığı ve topluma karşı sorumluluklarının olup olmadığı şeklinde sıralayabiliriz. Banteka, s. 578-80.

¹⁶⁶ Örneğin Amerikan mahkemelerinin bir varlığa kişilik tanırken dikkate aldığı ve bu makalenin argümanlarıyla örtüşen şartlar arasında bir varlığın; mülkiyet edinme hakkına sahip olup olmadığı, kendi adına hukuki işlem yapip yapmadığı, yasal olarak sorumlu tutulup tutulamayacağı, borç altına girebilme ehliyetinin olup olmadığı, alacağını tahsil etme ehliyetinin olup olmadığı, mahkemelerde taraf ehliyetinin olup olmadığı, haklara ve yükümlülüklerle sahip olup olmadığı, diğer kişilerle sözleşme yapma hakkına sahip olup olmadığı, avukatla temsil edilme hakkına sahip olup olmadığı, mahkemede kendisini temsil edip edemeyeceği gibi şartlar bulunmaktadır. Banteka, s. 578-80. Keza Banteka'nın yapmış olduğu çalışmada Amerikan mahkemelerinin dikkate almış olduğu ilkeler de yukarıda varmış olduğumuz sonuçlarla benzerlik göstermektedir ve bu ilkeler şu şekilde sıralanabilir: varlığın yaratıcısının, şeklinin, büyüklüğünün, altında hareket ettiği etiketin bu varlığa kişilik tanınmasında ilgisiz olduğu; varlığın otonomiye, self-determinasyona, kendini temsil etme hakkına sahip olmamasının varlığa kişilik tanınmasında olumsuz olarak değerlendirildiği ilkelere. Banteka, s. 579.

¹⁶⁷ Chopra/White, s. 154.

Spesifik olarak tanınacak kişiliğin belirli bir amaç veya hukuki işlemler grubu (örneğin sözleşmeler) kapsamında gerçekleştirilebileceğini önermektedirler.¹⁶⁸ Yazarlar hukuk pratiğinde ortaya çıktığını iddia ettikleri bağımlı (*dependent*) ve bağımsız (*independent*) kişilik şeklinde bir ayrıma gitmektedirler. Her iki öneriyi de ayrı başlıklar altında incelemekte fayda vardır.

i. Bağımlı Hukuki Kişilik Görüşü

Bağımlı hukuki kişi sahip olduğu hakların tamamını veya bir kısmını yalnızca başka bir kişinin temsilciliği aracılığıyla kullanabilen kişi demektir.¹⁶⁹ Yazarlar yapay zekâ varlıkları ile insanlar arasında yapılan sözleşmelere hukukun öngörülebilir yaklaşımının sağlanması ve idare hukuku bağlamında otonom karar alma mekanizmasına sorumluluk verilme ihtiyacının artması gibi sosyal ve ekonomik çıkarlar nedeniyle yapay zekâ varlıklarına bağımlı hukuki kişilik statüsünün verilmesini önermektedirler.¹⁷⁰ Keza bu kişilik türünün yapay zekâ varlıklarına verilmesinin bağımsız hukuki kişilik türüne göre daha ihtimal dâhilinde olduğunu belirtmektedirler.¹⁷¹

¹⁶⁸ Chopra/White, s. 156. Yazarlar bu argümanlarını desteklemek için örnek olarak 19'uncü yüzyıldaki reformlardan önceki İngiliz Hukukunda evli kadının hukuki statüsünü örnek göstermektedirler. Böyle bir kadın birçok özel hukuk uyuşmazlığında erkek eşinden ayrı olarak kişi olarak tanınmamakta iken kilitli hukukuna tabi olduğunda ise kendi adına dava açma ve kendisine dava yöneltilme açısından bütün haklara sahipti ve keza normal şekilde ceza kovuşturmasına tabi olabilmekteydi. Chopra/White, s. 156. Modern hukuktan bir örnek ise Amerikan şirketlerinin gerçek kişilere tanınan birçok haktan yararlanmasına karşılık evlat edinme gibi bazı haklardan yararlanamamasıdır. Chopra/White, s. 156.

¹⁶⁹ Chopra/White, s. 159. Yazarlar bağımlı hukuki kişi statüsüne örnek olarak; i) velayet altındaki ergin olmayan çocukları, ii) akıl zayıflığı nedeniyle kısıtlanan ergin gerçek kişileri, iii) başka kişilerin eylemine ihtiyaç duyan şirketleri, iv) yukarıda tüzel kişilere ilişkin teorilerde tüzel kişilik tanındığından bahsettiğimiz gemileri, tapınakları, idolleri ve gölleri göstermektedir. Chopra/White, s. 159.

¹⁷⁰ Chopra/White, s. 160-2.

¹⁷¹ Chopra/White, s. 159.

Peki, Chopra ve White'in önerdiği belirli bir amaç veya hukuki işlemler grubu kapsamında hareket edecek bağımlı hukuki kişilik nasıl tasarlanacaktır? Burada yazarlar yapay zekâ varlığının Amerikan hukukuna özgü *trust* kurumu¹⁷² altında lehtarın adına veya yararına hareket eden sınırlı amaçlı bir güvenilen (*trustee*) olarak değerlendirilebileceğini belirtmektedirler.¹⁷³ *Trust* kurumunun bu şekilde kullanılmasında özellikle beklenmedik bir dava ile karşılaşılması ihtimalinde kurumun tehlikeye atılacağını belirten Solum bu durumlarda hukukun yapay zekâ varlıklarını güvenilen olarak kabul etmemesi gerektiğini ifade etmektedir.¹⁷⁴ Chopra ve White ise bu riske karşı şu çözümle gelmektedirler: Bağımlı hukuki kişilik tanınan yapay zekâ varlığı ile birlikte bu varlığın kapasitesinin bazı durumlarda yetkin bir şekilde hareket etmesini kısıtladığı hallerde gerçek veya tüzel kişi bir temsilci veya yönetici kaydedilecektir.¹⁷⁵

Chopra ve White'in önerisi vaad ettiği pragmatizmi sağlamayacağı gibi kendi içinde de çelişmektedir. Yapay zekâ varlıklarının, yukarıda da ayrıntılarıyla belirttiğimiz üzere, kendi malvarlıklarını buldurması için gerekli olan bilinç ve yönelmişlik özellikleri bulunmamaktadır. Chopra ve White bunu ekarte etmek için yukarıda tartıştığımız "yönelmiş durum" teorisini önerse de burada aslında yapay zekâ varlıklarının bazı durumlarda bilinç ve yönelmişlik özelliklerinin yeterli olmayacağını zımnen kabul etmişler ve bir temsilcinin veya yöneticinin atanmasını önermişlerdir. Peki, bu durumda yapay zekâ varlığına bağımlı da olsa bir hukuki kişilik tanınmanın ne anlamı kalmıştır veya bununla ne gibi bir yarar elde edilecektir?

¹⁷² İngiliz hukukunda doğan ve Anglo-Sakson hukuk sistemlerinde var olan *trust* kurumunu tanımlamak her ne kadar kolay olmasa da genel olarak *trust* kurucusunun spesifik bir malvarlığını güvenilene devrettiği, güvenilenin devredilen şey üzerinde mülkiyet hakkını kazanarak bunu kendi malvarlığından ayrı tuttuğu, güvenilenin aynı şey üzerinde bir çeşit mülkiyet hakkını haiz bulduran lehtar yararına bunu yönettiği, tüzel kişiliğe sahip olmayan bir hukuki mekanizma olarak tanımlanmaktadır. Gökçe Kurtulan Güner, *Trust ve Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi*, On iki Levha, İstanbul, 2022, s. 105.

¹⁷³ Chopra/White, s. 161.

¹⁷⁴ Solum, *Legal Personhood for Artificial Intelligences*, s. 1253.

¹⁷⁵ Chopra/White, s. 161.

Chopra ve White bu eleştiriye kısmen cevap olabilecek bir öneriyle gelmektedir. Şöyle ki; yapay zekâ varlığının finansal yükümlülüklerini yerine getirebilmesi için temsil ettiği kişiler (*trust* kurumunda lehtar ve temsil ilişkisinde temsil olunan) bu varlığa bir malvarlığı sağlamak zorunda bırakılabilecektir.¹⁷⁶ Buna gerekçe olarak da yapay zekâ varlığının malvarlığının şeffaf bir şekilde paylaşılmasının bu varlıkla sözleşme ilişkisi kuracak kişilerin risklerini önemli ölçüde azaltarak koruyacağı gösterilmektedir.¹⁷⁷ Bununla bağlantılı olarak hem yapay zekâ varlıklarının bağımlı hukuki kişiliklerini koruyup hem de bu varlıkların yasal ve finansal yeterliliği ile uyumlu sınırlı sorumluluk rejiminin de düşünülebileceği yazarlar tarafından tartışılmaktadır.¹⁷⁸

Biz böyle bir hukuki mekanizmanın hiçbir fayda sağlamayacağı gibi tam tersine kötüye kullanılarak birçok uyuşmazlığa yol açacağını düşünmekteyiz. Örneğin hem yapay zekâ varlığının hem de temsil ettiği kişinin kaydı kim tarafından nasıl tutulacaktır? Chopra ve White'ın tanımladığı yapay zekâ varlıkları hâlihazırda birçok farklı varlığı içinde barındırmaktadır. Bu kadar geniş varlıkları kayıt altında tutmak pratik midir? Keza yapay zekâ varlığının malvarlığı bilgisinin paylaşılması hukuken uygun mudur? Bu görüşe göre bağımlı hukuki kişilik tanınan yapay zekâ varlığının “kişisel” verisi izni olmadan mı paylaşılmaktadır? Bu malvarlığı nerede tutulacaktır ve temsil olunan kişi bu malvarlığına erişebilecek midir? Bu yapıda kötüniyetli kişiler yapay zekâ varlığına tahsis edilecek malvarlığını tekrar eline geçirip bu varlıkla sözleşme ilişkisine girecek kişilerin zarara uğramasına sebebiyet verebilecek midir? Herhangi bir ihtimalde yapay zekâ varlığının hatalı çalıştığı durumlarda zarar gören kişiler yapay zekânın malvarlığının boşaltılması ve ileride de başka bir kişi tarafından bu malvarlığının yerine konulmaması ihtimalinde ne yapacaklardır? İşte Chopra ve White'ın önerisinde havada bırakılan bu sorular bizlere bu önerinin faydadan çok bilinmezlerle dolu bir kapıyı açacağını işaret etmektedir.

¹⁷⁶ Chopra/White, s. 161.

¹⁷⁷ Chopra/White, s. 161.

¹⁷⁸ Chopra/White, s. 161.

ii. Bağımsız Hukuki Kişilik Görüşü

Bağımsız hukuki kişi, bağımlı hukuki kişinin aksine, haklarının bazıalarını veya tamamını kullanmak için herhangi bir yasal temsilcinin aracılığına gerek duymayan ve tam bağımsız olan kişidir.¹⁷⁹ Böyle bir hukuki kişilik türü Türk Hukuku açısından “tam ehliyetliler” statüsüne denk gelmektedir.¹⁸⁰ Peki, bağımsız hukuki kişiliğe sahip olabilmenin şartları nelerdir? Chopra ve White beş önemli şart saymaktadırlar: 1) bağımsızlığı gösterecek zihinsel kabiliyete sahip olmak, 2) altında olduğu yasal yükümlülükleri anlayacak ve bunlara uyacak kabiliyete sahip olmak, 3) yasal yükümlülükleri uygulayabilmek için cezalandırmaya duyarlılık göstermesi, 4) sözleşme yapma kabiliyetinin olması, 5) malvarlığı edinme ve bunu kontrol etme yeteneğinin olması.¹⁸¹

Bütün bu şartları detaylıca inceleyen Chopra ve White her şartın yapay zekâ varlıkları için sağlanabileceği sonucuna varmaktadır.¹⁸² Ancak burada Chopra ve White’in argümantasyonundaki hata her şartın sağlandığını ispat etmek amacıyla istisnalar üzerinden hareket etmesi ve bütün bu şartları sağlayan tek bir yapay zekâ varlığını örnek gösterememesidir. Örneğin dördüncü şart açısından e-ticaret sitelerini yöneten,¹⁸³ beşinci şart açısından bankaların ve finans sektöründe kullanılan¹⁸⁴ yapay zekâ varlıkları örnek gösterilmektedir. Ancak örneğin bir otonom araç dinamik sürüş görevini yerine getirebilse de sözleşme yapma kabiliyetine veya malvarlığını edinme ve bunu kontrol etme yeteneğine sahip olmayabilir. Keza bilince sahip olmayan bir yapay zekânın ikinci ve üçüncü şartları sağlaması da mümkün değildir.

İlk şart açısından ise bizim kanaatimiz genel yapay zekânın (*general artificial intelligence*) veya bu seviyeye yakın bir yapay zekânın bu şartı

¹⁷⁹ Chopra/White, s. 159.

¹⁸⁰ MK m 10’a göre bir kişinin tam ehliyetli olarak değerlendirilebilmesi için, ayırt etme gücüne sahip olması, kısıtlanmamış olması ve ergin olması gerekmektedir.

¹⁸¹ Chopra/White, s. 162-63.

¹⁸² Chopra/White, s. 163-70.

¹⁸³ Chopra/White, s. 169.

¹⁸⁴ Chopra/White, s. 170.

sağlayabileceğidir. Yapay zekâ şu anki haliyle insan seviyesinde veya insanı aşan bir performansı *tek ve dar bir alanda* başarabilmektedir.¹⁸⁵ Örneğin Deep Blue programı santranç ustası Kasparov’u yenmiş olabilir ancak dama oynayamaz veya araç kullanamaz.¹⁸⁶ Dolayısıyla şu andaki yapay zekânın eksik olduğu nokta genelliktir.¹⁸⁷ Genel yapay zekâ dediğimiz de en az insan seviyesinde birçok bilişsel görevi yerine getirme davranışını gösterebilen sistemlere denmektedir.¹⁸⁸ İşte ancak böyle veya bu seviyeye yakın bir sistem bağımsızlığı gösterebilecek kompleks bir zihinsel kapasiteye sahip olabilir ve nihayetinde bağımsız hukuki kişi statüsünü kazanabilir.¹⁸⁹ Chopra ve White bağımsız hukuki kişiliğin yapay zekâ varlığına tanınabilmesi için yapay zekânın oldukça sofistike bir teknolojiyi barındırması gerektiğinin farkında olsa da¹⁹⁰ böyle bir sisteme tek bir örnek gösterememektedirler.

B. Avrupa Birliği Hukuku

Avrupa Birliği hukukunda Avrupa Parlamentosu (AP) tarafından 2017 yılında yayımlanan “Robotbilime İlişkin Medeni Hukuk Kuralları” isimli taslak çalışması Avrupa Komisyonu’na birçok çağrıda bulunmuş ve özellikle de yapay zekâ sistemlerine kişilik hakkı tanınması tartışmalarına yeni bir boyut kazandırmıştır.¹⁹¹ Bu çalışmada AP uzun vadede ro-

¹⁸⁵ Nick Bostrom/Eliezer Yudkowsky, “The Ethics of Artificial Intelligence”, *The Cambridge Handbook of Artificial Intelligence*, Cambridge University Press, Cambridge, 315-334, s. 318.

¹⁸⁶ Bostrom/Yudkowsky, s. 318.

¹⁸⁷ Bostrom/Yudkowsky, s. 318.

¹⁸⁸ Banteka, s. 543-44.

¹⁸⁹ Bu görüşümüz Solum’un görüşü ile örtüşmektedir. Solum da yapay zekâ varlıklarının doğru şekilde hareket ettiğini ve bilişsel bilimin bu davranışların altındaki işlemlerin insan aklına oldukça benzer olduğunu onayladığında bu varlıkları kişi olarak kabul etmek için yeterli dayanağımızın olduğunu belirtmektedir. Solum, *Legal Personhood for Artificial Intelligences*, s. 1286.

¹⁹⁰ Chopra/White, s. 162.

¹⁹¹ European Parliament, *Civil Law Rules on Robotics P8_TA (2017) 0051*, paragraf 59.

botlara spesifik bir hukuki statü verilmesini teklif etmiştir.¹⁹² Spesifik olarak AP en komplike otonom robotların elektronik kişiler olarak tanınmasını ve sebep oldukları zararı gidermekle sorumlu olmaları gerektiğini tavsiye etmiştir.¹⁹³ AP elektronik kişiliğin robotların otonom kararlar aldığı veya üçüncü kişilerle bağımsız bir şekilde etkileşime girdiği hallerde uygulanacağını belirtmiştir.¹⁹⁴

AP'nin bu teklifi birçok soruyu beraberinde getirmektedir. Örneğin elektronik kişilik nedir ve gerçek kişilerden hak ve fiil ehliyeti açısından farkı nedir? Elektronik kişilik bir tüzel kişilik türü müdür? Elektronik kişilik yapay zekâ varlıklarına özgü hak ve yükümlülükleri mi getirecektir? Robotların sebep oldukları zararı giderecek malvarlıkları veya herhangi bir uyuşmazlıkta kendilerini mahkemede temsil edebilecek veya ettirebilecek kapasiteleri var mıdır? En komplike otonom robotlar hangileridir? Otonom araçlar mı, dronelar mı, bakım robotları mı, tıbbi robotlar mı? Bu gibi komplike robotlar şu anda mevcut mudur?

Nitekim bu soruların tetiklediği birçok teknik ve hukuki problemler için AP'nin teklifine karşı çeşitli eleştiriler gelmiştir. Aralarında yapay zekâ, robotbilimi, hukuk, tıp, felsefe alanlarında çoğunluğu uzmanların oluşturduğu bir grup AP'ye açık mektup göndermiş ve özetle yapay zekâ varlıklarına elektronik kişilik tanınmasının yanlış olduğu teknik açıdan irdeleyerek gerekçelendirmiştir.¹⁹⁵ Bu mektupta robotların gerçek kapasitelerinin gereğinden fazla abartılması, robotların öngörülemezlik ve kendi kendine öğrenme kapasitelerinin yüzeysel olarak algılanması, bilim-kurgu materyalleri ile medyada çıkan sansasyonel haberlerin neden olduğu robot algısının aslında elektronik kişilik kavramının altında yatığı eleştirel olarak ifade edilmiştir.¹⁹⁶

Avrupa Ekonomik ve Sosyal Komitesi'ne göre robotlara veya yapay zekâyâ hukuki kişilik tanınması ile sorumluluk hukukunun tanıdığı dava

¹⁹² European Parliament, Civil Law Rules on Robotics, paragraf 59.

¹⁹³ European Parliament, Civil Law Rules on Robotics, paragraf 59.

¹⁹⁴ European Parliament, Civil Law Rules on Robotics, paragraf 59.

¹⁹⁵ Open Letter To The European Commission Artificial Intelligence And Robotics, <<http://www.robotics-openletter.eu/>> erişim tarihi 5 Ekim 2022

¹⁹⁶ Open Letter To The European Commission Artificial Intelligence And Robotics

hakkının sağladığı önleyici fonksiyon yok edilecektir.¹⁹⁷ Bunun sonucu olarak da yapay zekânın kullanımında ve geliştirilmesinde ahlaki tehlike riski ve kötüye kullanım için fırsatlar doğacaktır.¹⁹⁸

Avrupa Komisyonu (AK) oldukça detaylandırılmış ve gerekçelendirilmiş argümanlarla elektronik kişilik kavramına çeşitli eleştiriler getirmiştir. AK'ya göre otonom teknolojilerin sebep olduğu zararlar çoğunlukla gerçek kişilere veya diğer hukuki kişilere yüklenebilecek risklerden kaynaklanmaktadır.¹⁹⁹ AK böyle bir kişilik tanımının yeni gelişen teknolojilerin yarattığı hukuki sorunlarla baş etmede hukuk sistemine yardımcı olması gerektiğini ancak bunun nihayetinde sağlanamayacağını belirtmektedir.²⁰⁰ Şöyle ki bu kişiliğe karşı dava yöneltilebilmesi için bir fon sağlanması gerekecek ve bu da sorumluluğa bir azami sınır (*cap*) getirecektir.²⁰¹ Ancak uğramış olduğu zarar bu azami sınırı aşan kişiler elektronik kişiyle ilişkilendirilebilecek gerçek veya tüzel kişilerin sorumluluklarına giderek elektronik kişilik için kurulan sistemi ekarte edebileceklerdir.²⁰² Ayrıca sorumluluğa gerçek bir boyut kazandırabilmek için elektronik kişilik tanınacak yapay zekâ varlıklarının malvarlıklarının aktifini arttırmaları gerekmekte ancak bunun için bu varlıkların hak ehliyetine ve hukuki işlemleri nasıl gerçekleştireceklerine ilişkin birçok yasal problemin çözümü gerekecektir.²⁰³

Bütün gelen bu eleştirilere AP'nin 2020 yılında yayımladığı 'Yapay Zekâ ve Hukuki Sorumluluk' adlı raporda yanıt verilmeye çalışılmıştır. AP elektronik kişilik konseptini yapay zekâ sistemlerini hâlihazırda ba-

¹⁹⁷ European Economic and Social Committee, *Opinion of the European Economic and Social Committee on 'Artificial intelligence - The consequences of artificial intelligence on the (digital) single market, production, consumption, employment and society'* (own-initiative opinion), 2017, paragraf 1.12.

¹⁹⁸ European Economic and Social Committee, paragraf 1.12.

¹⁹⁹ European Commission Directorate-General for Justice and Consumers, *Liability for artificial intelligence and other emerging digital technologies*, Publications Office, 2019, s. 38.

²⁰⁰ European Commission, s. 38.

²⁰¹ European Commission, s. 38.

²⁰² European Commission, s. 38.

²⁰³ European Commission, s. 38.

rındıran veya geliştirme aşamasında olan bütün teknolojiler açısından radikal bir şekilde dışlamanın çok cesur ve aynı zamanda yeteri kadar gerekçelendirilmeyen bir argüman olduğunu belirtmiştir.²⁰⁴ Bunun yerine AP yapay zekâyı içeren uygulamaların elektronik kişilik kazanabilmeleri için gereken şartları tanımlamanın daha isabetli olacağını ifade etmiştir.²⁰⁵

AP 2017 yılında yayımlanan 'Robotbilime İlişkin Medeni Hukuk Kuralları' çalışmasında ilk olarak kullandığı 'elektronik kişilik' kavramı ile yapay zekâ varlıklarına sağlanacak spesifik hak ve yükümlülükleri değil, bir çeşit hukuki kişilik türünü kastettiğini belirtmiştir.²⁰⁶ Bu noktada AP elektronik kişilik kavramının iki muhtemel yorumunu sağlamış ve bunlardan hangisinin ileride destekleneceğini kamuoyunun değerlendirmesine sunmuştur.

Bunlardan ilkinde göre yapay zekâ varlıkları zekâ, öğrenme ve kendi kendine karar verme kapasitesi açısından yeterince gelişmişse haklara, borçlara ve yükümlülüklerle sahip olabilen ve nihayetinde sorumlu tutulabilecek hukuk özneleri olarak kabul edilebilir.²⁰⁷ Aslında AP'nin 2017 tarihli raporunda kast ettiği elektronik kişilik kavramı da buna tekabül etmektedir. Ancak bilgisayar bilimi de dâhil olmak üzere birçok alanda çalışan akademisyenlerden gelen tepkilerin de etkili olması üzerine AP 2020 tarihli çalışmasında bu görüşün gerçekçiliğinin olmayacağını itiraf etmiştir. Nitekim AP yapay zekâ varlıklarının insan zekâsının bir ürünü olduğunu ve ontolojik gerekçelerle insanlarla eş tutulmasının mümkün olmadığını belirtmektedir.²⁰⁸ Diğer yandan AP bunun istisnasını da takip

²⁰⁴ European Parliament, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs Directorate-General for Internal Policies, *Artificial Intelligence and Civil Liability: Legal Affairs*, Brussels, 2020, s.34.

²⁰⁵ European Parliament, s. 35.

²⁰⁶ European Parliament, s. 35.

²⁰⁷ European Parliament, s. 36. Bu yorum yapay zekâ varlıklarını eşyalar ve insanlar arasında farklı bir kategoride değerlendiren ontolojik yaklaşımı desteklemektedir. European Parliament, s. 36. Bu ontolojik çıkarımı Amerikan hukuku perspektifinden Calo da yapmıştır. Bkz. Ryan Calo, *Robots As Legal Metaphors*, *Harvard Journal of Law & Technology*, Cilt 30, Sayı 1, Sonbahar 2016, 209-237, s. 233.

²⁰⁸ European Parliament, s. 36.

ettiği sonuçları elde etmede ve bunu gerçekleştirebilmek için gereken yolları belirlemede kendi kendine karar verme özgürlüğüne tekabül eden önemli bir seviyede özerkliğe sahip yapay zekâ varlıkları olduğunu ifade etmiştir.²⁰⁹ Fakat günümüzde bu kapasiteye sahip bir yapay zekâ varlığının olmadığını belirten AP, insandan daha zeki ve kabiliyetli, amaçladığı hedefi takip edebilen, bağımsız bir yapay zekâ varlığını geliştirmenin makul bir gereksesi olmadığını belirtmektedir.²¹⁰

Sonuç olarak ilk yorum kapsamında bir yapay zekâ varlığı bir kişiye zarar verirse bu varlığın zarara sebebiyet veren hareketinden her hâlikarda bir insanın (çoğunlukla tasarımcılar ve programcıların) sorumlu tutulabileceğini öngörebiliriz. Keza yapay zekâ varlığını elde eden kullanıcıların da bu varlığı kasten veya ihmâl sonucu yanlış kullanmaları halinde sorumluluklarının gündeme gelebileceğini ve somut olayın şartlarına göre tasarımcı veya üreticiler ile sorumluluğun paylaşılabilirliğini öngörebiliriz. Bu durumda yapay zekâ varlıklarının sebep olacağı zararlarda “sorumluluk boşluğu”²¹¹ (*responsibility gap*) olarak adlandırılan sonuç ortaya çıkmayacaktır zira zarar gören zararının tazminine erişebilecektir.

İkinci yorum ise elektronik kişiliğin yeni bir hak öznesi yaratmadığını ancak bunun yerine pratik sebeplerden dolayı bir tüzel kişilik yaratıldığını belirtmektedir.²¹² Bu yorum kapsamında yapay zekâ varlıkları haklara sahip olamayacaklar ve kişi veya insan-eşya arasında özel bir varlık

²⁰⁹ European Parliament, s. 36.

²¹⁰ European Parliament, s. 36. AP teknolojik gelişmelere bakıldığında böyle bir sistemi geliştirmek için herhangi bir faaliyetin de olmadığını belirtmekte ve hatta teknik olarak mümkün olsa bile bu kapasitedeki bir yapay zekâ varlığının doğası gereği tehlikeli olacağından yasaklanması gerektiğini önermektedir. European Parliament, s. 36.

²¹¹ Sorumluluk boşluğu kısaca şunu tartışmaktadır: Yapay zekâ varlığının verdiği zararın tazmini için bu varlığın sorumluluğuna gidilemez çünkü hukuken bir kişiliği yoktur. Keza aynı zarar için başka bir gerçek veya tüzel kişinin de sorumluluğuna gidilemez çünkü yapay zekâ varlığının hareketleri üretim ve tasarımdan sonra bağımsız bir nitelik taşır ve bu kişilerin sorumlu tutulabileceği hukuka aykırı bir fiilleri yoktur. Sonuç olarak zarar gören zararını tazmin edemez ve bir sorumluluk boşluğu doğar.

²¹² European Parliament, s. 38.

olarak değerlendirilemeyeceklerdir.²¹³ Ancak ikinci yorum yapay zekâ varlıklarını içeren sorumlulukla ve diğer ilgili davaların hızlı bir şekilde çözebilmek amacıyla tamamen pratik amaçlarla tüzel kişilerdekine benzer veya tamamen onunla aynı bir varsayımsal durumun yaratılabileceğini önermektedir.²¹⁴ Böyle bir kişilik tanımının faydaları ve zararları bütün yapay zekâ varlıkları için değil her spesifik yapay zekâ varlığı veya uygulamaları için analiz edilecek²¹⁵ ve bunların teşvik, risklerin dağılımı, insanlarla muhtemel işbirliği ve pazar yapısı açısından gösterecekleri özellikler dikkate alınacaktır.²¹⁶ Bunun sonucunda da bir yapay zekâ varlığına tüzel kişilik verilebilecektir. Bu ikinci yorumun yukarıda bir varlığa pratik sebeplerle tüzel kişilik tanınmasını öngören varsayımsal kişilik teorisinin bir uzantısı olduğu görülmektedir.

Bu ikinci yorumun önerdiği hukuki statünün en önemli amacı da bir yapay zekâ varlığının işletilmesinde çıkarları ve riskleri paylaşan ürün tasarımcıları, yazılım ve diğer hizmet sağlayıcıları, malikler ve kullanıcılar arasındaki sorumluluğun paylaştırılmasının kolaylaştırılmasıdır.²¹⁷ Bu kapsamda zarar gören kişi doğrudan tüzel kişilik tanınan yapay zekâ varlığından zararının tazminini talep edebilecek ve bu kişiliğe sağlanan geniş bir sigorta sistemi sayesinde zarar gören kişi zararının tazminini sağlayabilecektir.²¹⁸ Bu tüzel kişiliğin organizasyonel yapısı da ödenen bu miktarı yapay zekâ varlığının oluşumunda yer alan kişilere rücu edecektir.²¹⁹ Bu rücu işlemi de iki şekilde gerçekleşecektir: i) kusurlu kişiden doğrudan kar paylaşımında azaltmaya gidilecek veya ii) dolaylı olarak tüzel kişiliğin pay ve malvarlığı dağılımında yeniden bölüşümüne gidilecektir.²²⁰ AP bu sisteme gerekçe olarak üretim ve tedarik zinciri ile yapay zekâ varlığının barındığı dijital çevrenin kompleks yapısından dolayı zarara ger-

²¹³ European Parliament, s. 38.

²¹⁴ European Parliament, s. 38.

²¹⁵ Örneğin bu görüşe göre bir otonom araca tüzel kişilik tanınabilecek iken, bir robot süpürgeye aynı kişilik tanınmayabilir.

²¹⁶ European Parliament, s. 38.

²¹⁷ European Parliament, s. 44.

²¹⁸ European Parliament, s. 44-45.

²¹⁹ European Parliament, s. 45.

²²⁰ European Parliament, s. 45.

çekten kimin sebep olduğunun tespit edilmesine ilişkin zorluklar ve bunun sonucu olarak da pahalı ve çetrefilli davaların doğmasının engellenmiş olacağını göstermektedir.²²¹

Biz bu ikinci yorum kapsamında getirilecek tüzel kişiliğin faydalı olmayacağı, tam aksine zarar görenler açısından zararını tam tazmin edememe veya tazmin sürecini uzatma riski barındırdığı ve bunun yanında birçok gereksiz uyuşmazlık yaratacağı kanaatindeyiz. Şöyle ki; zarar gören kişi bu tüzel kişilik için öngörülen sigorta sisteminden zararının tamamını tazmin edemeyebilecektir. Zira bu tüzel kişiliğin sahip olacağı sigorta poliçesi kapsamında sigortacı zararın yalnızca belirli bir kısmına kadar olanını tazmin edecektir. Bu durumda zarar gören zararının kalan kısmını karşılamak için sorumlu tutulabileceği gerçek veya tüzel kişilere başvuracaktır.

İkinci olarak bu tüzel kişiliğin tazmin ettiği zararın yapay zekâ varlığının işletilmesinde çıkarları ve riskleri paylaşan kişiler arasında dağıtılması hiç kolay olmayacağı gibi birçok uyuşmazlığı da beraberinde getirecektir. Örneğin bu kişilerden herhangi birinin kârının paylaşımında azaltmaya gidilmesi halinde bu kişi, sorumluluğun aslında kendisinde olmadığını ileri sürerek yapay zekâ varlığı için oluşturulacak olan bu tüzel kişiye dava yöneltebilecektir.

Son olarak dijital ortamın kompleks yapısından dolayı zarara gerçekten kimin sebep olduğunun tespit edilmesine ilişkin zorluk da bu tüzel kişiliğin oluşturulması için hukuken tatmin edici bir gerekçe değildir. Her ne kadar şeffaflık konusunda endişe duyacağımız gelişmeler olsa da yapay zekâ varlıklarının neden spesifik bir kararı aldığını öğrenmemize yarayacak araçlar da mevcuttur.²²² Açıklanan sebeplerle önerilen tüzel kişiliğin getirilmesinin isabetli olmadığı görüşündeyiz.

²²¹ European Parliament, s. 44-45.

²²² Örneğin ABD’de bazı eyaletler otonom araçlarda kaza verilerini de içeren veri kaydedicisi (*data recorder*) bulundurulmasını zorunlu kılan düzenlemeler getirmişlerdir. Bkz. CAL. CODE REGS. tit. 13, § 228.06(a)(6).

5. Yapay Zekâ Temsilci Olarak Değerlendirilebilir Mi?

Hukuk ve yapay zekâ doktrininde dillendirilen bir başka görüş de yapay zekânın temsilci olarak değerlendirilebileceği görüşüdür.²²³ Bu görüşe göre yapay zekâ varlıkları temsilci olarak hareket etmek için insan kabiliyetlerini örnek alan varlıklar olarak anlaşılmalıdır.²²⁴ Bu görüş ekonomi literatüründeki temsilci tanımını esas alarak yapay zekâ varlıklarının ekonomik anlamda temsilci olarak kabul edilebileceğini ileri sürmektedir.²²⁵ Ekonomik anlamda temsilci ise bir kişinin başka bir kişiye karar alması için gereken yetkileri vermesi ve bu yetkiyi alan kişinin de bir hizmeti yerine getirmek için üçüncü kişiyle kurduğu ilişki olarak tanımlanmaktadır.²²⁶

Yapay zekâyı temsilci olarak kabul edip edemeyeceğimizi tespit etmeden önce hukuki açıdan temsili tanımlamamız gerekmektedir. Türk hukukunda temsil bir hukukî işlemi bir kişinin (X) başka bir kişi (Y) adına ve hesabına yapması ve işlemin hukukî sonuçlarının bu kişi (Y) üzerinde doğmasını sağlayan hukuki müessese olarak tanımlanmaktadır.²²⁷ Temsil denildiğinde kural olarak kast edilen doğrudan temsildir ve bu temsil türü TBK m. 40/1'deki "*Yetkili bir temsilci tarafından bir başkası adına ve hesabına yapılan hukuki işlemin sonuçları, doğrudan doğruya temsil olunanı bağlar*" hükmü ile belirtilmiştir.

Bu tanım ışığında doğrudan temsil için i) temsilcinin (TE) hukuki işlemi temsil olunan (TO) adına hareket etmesi, ii) TE'nin bunu işlem yap-

²²³ Bkz. Chopra/White, s. 11-12. Bu görüşü ileri süren Chopra ve White yapay zekâ varlığının yani failin veya temsilcinin üçüncü kişiyle bir ilişkide bulunma eyleminde bulunması ve bunun için de bir yönelmişliğin bulunması gerektiği kontra argümanına karşı çeşitli defansif argümanlar getirmişlerdir. Yönelmiş durum teorisi adını verdikleri teorinin altında getirdikleri argümanlara yukarıda detaylıca değinilmişti.

²²⁴ Chopra/White, s. 6.

²²⁵ Chopra/White, s. 11.

²²⁶ Deborah A. DeMott, "Disloyal Agents", *Alabama Law Review*, Cilt 58, Sayı 5, 2007, 1049-1068, s. 1050-51.

²²⁷ M. Kemal Oğuzman/Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler: Cilt – 1, Vedat Kitapçılık*, 18. Bası, İstanbul, 2020, s. 224; Selahattin Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Filiz Kitabevi, 7. Bası, İstanbul, 1993, s. 167.

tığı üçüncü kişiye bildirmesi ve iii) TE'nin, TO'yu temsil yetkisinin bulunması gerekmektedir.²²⁸ TO, TE'ye temsil yetkisini tek taraflı bir irade beyanıyla veya örtülü olarak kanı yaratıcı bir davranışla verebilir, TE'nin yetkiyi kabul etmesine gerek yoktur.²²⁹ TBK m. 43/1 ve 2 hükümleri birlikte okunduğunda TO veya TE konumundaki bir tüzel kişiliğin sona ermesi durumunda temsil yetkisinin sona ermesi kabul edildiğinden TE'nin bir tüzel kişi de olabileceğini söyleyebiliriz.

Bu bilgiler ışığında yapay zekâ varlıklarının temsilci olarak kabul edilmemesi gerektiği kanaatindeyiz. Şöyle ki; yazılım şirketi A'nın geliştirdiği yazılım faili Y aracılığıyla borsada günde binlerce kişiyle sözleşme yaptığını varsayalım. Y'nin A adına ve hesabına yapmış olduğu sözleşmenin A'yı bağlayabilmesi için A'nın Y'ye verdiği temsil yetkisini Y'nin kabul etmesine gerek yoktur²³⁰ ancak Y'nin A adına hareket etmesi ve bunu sözleşme yaptığı kişilere bildirmesi gerekmektedir. Burada yine yukarıda tartıştığımız bilinç ve yönelmişlik unsurlarının irdelenmesi gerekmektedir. Şu anda bilince ve yönelmişliğe sahip olmayan Y'nin hukuki işlemi yaparken A adına işlem yapma iradesiyle hareket ettiğini söyleyebilir miyiz?

Bu soruya cevap verebilmemiz için hukuki işlem tanımına bakmamız gerekmektedir. Hukuki işlemin varlığı hukuk düzeninin spesifik bir hukuki sonucun gerçekleşmesine yönelmiş isteği açıklayan irade beyanına bu beyanın ilgili olduğu sonucu tanınması durumunda kabul edilir.²³¹ Bu tanım ışığında hukuki işlemin iki unsurundan biri olan irade beyanının varlığı için ise i) spesifik bir hukuki sonucu oluşturma arzu ve iradesinin olması (hukuki sonuç/işlem iradesi), ii) bu iradeyi bir davranışla dış

²²⁸ Oğuzman/Öz, s. 228-30.

²²⁹ Oğuzman/Öz, s. 232-33.

²³⁰ Her ne kadar kural bu olsa da temsil yetkisi çoğu zaman sözleşmelerden doğar. Bu durumda yapay zekâ varlığının sözleşme yapabilmek için irade beyanına sahip olması ve bunun için de yine bilinç ve yönelmişlik unsurlarına sahip olması gerekecektir.

²³¹ Mustafa Dural/Suat Sarı, *Temel Kavramlar ve Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, s. 197.

dünyaya duyurma arzusunun olması (beyan/bildirim iradesi) ve iii) beyan iradesini somutlaştıracak davranışta bulunulması (fiil/davranış iradesi) gerekmektedir.²³²

Amaçlar, güdüler, arzular ve otonom şekilde özgürce alınmış kararlar ile hareket eden failerin yönelmişliğe sahip olduğunu, bu kavramın bilinci de kapsadığını ve şu anda bu özelliklere sahip yapay zekâ varlığının bulunmadığını yukarıda detaylıca belirtmiştik. Dolayısıyla Y'nin A'nın adına ve hesabına yapacağı hukuki işlemlerde kendi irade beyanının varlığı gerektiğinden ve Y'nin bilinçli olarak işlem ve beyan iradesine sahip olmamasından ötürü temsil kurallarını uygulamamız mümkün gözükmemektedir.

Yapay zekâ varlığını temsilci olarak kabul etmemizdeki bir diğer önemli engel de yetkisiz temsil kurallarıdır. Örneğin yukarıdaki örnekte Y'nin sistemsal bir hatadan dolayı X ile A'nın gerçekleştirmesini istediği bir sözleşmeden farklı bir sözleşme yaptığını ve sonradan A'nın bu işleme onay vermediğini varsayalım. Bu durumda sözleşme hükümsüz olacaktır ve X zarara uğrayabilecektir. Bu ihtimalde TBK m. 47/1 kapsamında X yetkisiz temsilci konumunda değerlendirilecek Y'nin sorumluluğuna giderek olumsuz zararının veya TBK m. 47/2 gereğince hakkaniyet gerektiriyorsa olumlu zararının tazminini talep edebilecektir. Y'nin yetkisiz temsilci olarak sorumlu tutulabilmesi için kusurlu olmasına da gerek yoktur.²³³ Ancak yukarıda Y'nin bu sorumluluğu kapsamında herhangi bir zararını tazmin edebilmesi için malvarlığının bulunması ve bunun için de geniş anlamda bilincinin ve yönelmişliğinin bulunması gerektiğini ancak bu özellikleri taşıyan bir yapay zekâ varlığının şu anda bulunmadığını yukarıda belirtmiştik. Dolayısıyla herhangi bir yapay zekâ varlığına temsilci statüsü vermek bu gibi durumlarda zarara uğrayan kişilerin zararına katlanması ve bu varlıkları kullanan kişilerin bu boşluğu kullanarak sorumluluktan kurtulması ile sonuçlanabilecektir.

²³² Dural/Sarı, s. 197-98.

²³³ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayıncılık, 25. Bası, Ankara, 2020, s. 517.

Yapay zekânın temsilci ve yapay zekâyı kullanan insan ve şirketlerin ise temsil olunarak değerlendirilmesi görüşü pragmatik sebeplerle daha çok Anglo-Sakson hukuk sistemlerinde dillendirilmiştir. Örneğin Amerikan hukukunda temsil ilişkisi TO'nun (*principal*) TE'nin (*agent*) kendi adına hareket edeceğine ve kendi kontrolü altında olacağına rıza göstermesi ve TE'nin de bu şekilde hareket edeceğine ilişkin rıza göstermesi veya onaylaması halinde doğan bir güven ilişkisi olarak tanımlanmaktadır.²³⁴ Böylece Amerikan hukukunda da TE temsil yetkisini kullanarak TO adına ve hesabına işlemler yapabilir ve bu işlemlerin hukuki sonucu TO üzerinde yeni haklara veya borçlara sahip olunması ile yeni bilgilerin öğrenildiğinin varsayılması şeklinde doğar.²³⁵ Amerikan hukuku perspektifinden bakan bazı yazarlar temsil hukukunun yapay zekâ varlıklarına uygulanmasının hukuken açık, ekonomik açıdan etkili ve felsefi açıdan en uyumlu strateji olduğunu ileri sürmektedirler.²³⁶ Bunun uygulanması için ise yapay zekâ varlığı üzerinde TO'nun kontrol derecesine göre yapay zekâ varlıklarının sınıflandırılmasını ve bu kapsamda yasal bir düzenleme ile veya bir yargı kararıyla temsilci olarak kabul edilmesi önerilmektedir.²³⁷

Biz Amerikan hukuku açısından da Türk hukuku açısından yukarıda ileri sürdüğümüz sebeplerden dolayı temsilci görüşünün kabulünün zorlama bir görüş olduğu kanaatindeyiz.²³⁸ Keza burada ileri sürdüğümüz görüşle paralel olarak yapay zekânın TE olarak kabul edilmesi görüşü Amerikan hukukunda temsil kurumuna ilişkin verilen mahkeme içtihatlarının derlemesinden oluşan *Restatement* ile de açık bir şekilde çelişmektedir. Şöyle ki *Restatement'*a göre TE olabilmek için haklara ve borç-

²³⁴ Restatement (Third) of Agency § 1.01 (2006). Amerikan Hukukundaki temsil kavramının Türk Hukukundaki temsil kavramıyla kıyaslandığında dar olduğu görülmektedir zira Türk Hukukunda temsil ilişkisinin doğabilmesi için TE'nin herhangi bir rıza veya onayına ihtiyaç yoktur.

²³⁵ DeMott, s. 1051.

²³⁶ Chopra/White, s. 23.

²³⁷ Chopra/White, s. 24.

²³⁸ Örneğin bilince ve yönelmişliğe sahip olmayan bir yapay zekâ varlığı temsilci olduğuna ilişkin rızayı TO'ya nasıl gösterecektir? Keza TO'ya karşı olan yükümlülüklerini nasıl yerine getirecektir?

lara sahip olma ehliyetini sağlayan “kişi” olunması gerektiği ve dolayısıyla bir cansız nesnenin veya bir hayvanın TE olmasının mümkün olmadığı açık bir şekilde belirtilmiştir.²³⁹ Her ne kadar yapay zekâ varlıklarını yukarıda nesne olarak değil fail olarak tanımlasak da bu varlıklar hâlihazırda kişi statüsünde değildir ve bunların TE olarak değerlendirilmeleri şu an için mümkün değildir.

Bunun yanı sıra Amerikan Hukuku açısından savunulan bu görüşün altında yatan pragmatizmin bir diğer sebebi de temsil kurumunun haksız fiil sorumluluğuna etki etmesidir.²⁴⁰ Şöyle ki; Amerikan Hukukunda TO, TE'nin temsil ilişkisi içinde ve kapsamında gerçekleşen haksız fiillerinden sorumlu tutulabilmektedir.²⁴¹ *Vicarious liability* denilen ve Türkçeye başkasının fiilinden sorumluluk olarak çevirebileceğimiz bu sorumluluk türünün Türk hukukundaki temsil kurumunda karşılığı yoktur. Hukukumuzda temsil yalnızca hukuki işlemler için yapılabilir, maddi fiillerde temsil olmaz.²⁴² Dolayısıyla Amerikan hukuku açısından yapay zekâ varlıklarına önerilen temsilci statüsünün altında yatan pragmatizmin bizim hukukumuz açısından geçerli olmadığını söyleyebiliriz.

²³⁹ Restatement (Third) of Agency, § 1.04, cmt. e.

²⁴⁰ Chopra ve White temsilci kurumunun yapay zekâ varlıklarına uygulanmasının en doğru hukuki çözüm olduğuna ilişkin gerekçelerini sayarken yapay zekâ varlıklarının sebep olabileceği zararların tazmini için gereken haksız fiil teorisini de çözdüğünü belirtmişlerdir. Chopra/White, s. 23.

²⁴¹ Roessler v. Novak, Florida District Court of Appeal, 858 So.2d 1158, 1162 (2003).

²⁴² Oğuzman/Öz, s. 224, dn. 731; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 170; Eren, s. 480. Belirtmekte fayda var ki vicarious liability kurumuna hukukumuzda denk gelebilecek en yakın kurum adam çalıştırmanın sorumluluğudur ancak yine de bu iki kurum arasında önemli ayrımlar bulunmaktadır. Zira adam çalıştırmanın sorumluluğunda adam çalıştırıcı objektif özen yükümlülüğünü yerine getirmediğinden yani kendi fiilinden dolayı sorumlu tutulmaktadır, yoksa salt çalışanın fiilinden dolayı sorumlu tutulmamaktadır. M. Kemal Oğuzman/Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler: Cilt – 2*, Vedat Kitapçılık, 15. Bası, İstanbul, 2020, s. 142; Eren, s. 697; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 503.

SONUÇ

Bir varlığa kişilik tanınırken takip edilecek kesin bir hukuki reçete yoktur. İnsanlara tanınan gerçek kişiliğin sosyal, politik ve ekonomik gelişmeler sonucu yeterli olmadığını anlayan hukuk düzeni alışageldiğimiz dernek, vakıf, şirket, sendika gibi varlıkların yanı sıra göller, tapınaklar, idoller, gemiler gibi sıra dışı varlıklara da tüzel kişilik tanımış ve bunu da çeşitli teorilerle desteklemiştir. Yapay zekâ varlıkları açısından uygulanması en elverişli olan teoriler ise varsayımsal ve gerçeklik teorileridir. Türk Hukuku açısından bu teoriler kapsamında yapay zekâ varlıklarına yasal düzenleme ile kişilik tanınmasında yasal bir engel bulunmasa da Türk yasa koyucuları şu anda böylesine bir kararı almaktan alıkoyacak birçok sebep mevcuttur.

Öncelikle bir varlığa kişilik tanınması için toplumsal çıkarları koruyacak pragmatik değerler yapay zekâ açısından bulunmamaktadır. İster varsayımsal teorisi ister gerçeklik teorisi uygulansın yapay zekâyâ tanınacak kişilik ile hedeflenen amaç elde edilemeyeceği gibi çözülmesi istenen hukuki problemler de çözülemeyecektir. Bu çalışmada ileri sürdüğümüz bu görüşün dayandığı temel ise yapay zekâyâ kişilik tanımının şu andaki teknolojik konjonktürde yeterli olmadığıdır.²⁴³ Yapay zekâyâ kişilik verilmesindeki en büyük engel bilinç ve yönelmişlik unsurlarıdır. Varlığının farkında olmayan bir yapay zekâ kişi statüsünün getirdiği hakların ve üstleneceği yükümlülüklerin de farkında olmayacaktır. Bir eyleme bilinçli olarak yönelmeyen yapay zekâ ise kusurlu olarak değerlendirilemeyecektir. Kıyasen kusursuz sorumluluk kurallarını uygulama ihtimalinde dahi önümüze başka bir problem çıkacaktır: Bilince ve yönelmişliğe sahip olmayan yapay zekâ sebep olduğu zararı bağımsız bir malvarlığı bulunmadığı için tazmin edemeyeceği gibi açılacak bir davada kendini temsil edemeyecek veya kendisini temsil ettiremeyecektir. Dolayısıyla yapay zekâyâ kişilik tanınması faydadan çok hukuki belirsizlik yaratacak, asıl sorumlu tutabileceğimiz kişilerin sorumluluktan kurtulmasına yol açabilecektir.

²⁴³ Bkz aynı doğrultuda Mesut Serdar Çekin, *Yapay Zekâ Teknolojilerinin Hukuki İşlem Teorisine Etkileri*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 136-37.

İşte bu gibi teknik ve hukuki problemlerin üstesinden gelmek için “bağımlı hukuki kişilik” ve “elektronik kişilik” gibi öneriler getirilmiştir. Bu öneriler ise salt yapay zekâ varlıklarına kişilik tanınması yeniliğini mümkün kılmak için oldukça karmaşık ve bir veya birden çok gerçek veya tüzel kişinin temsilciliğini veya varlığını yapay zekânın arkasında aradığı hukuki yapılar öngörmektedir. Bu gibi yapılar ise zarar gören kişinin zararını tazmin edememesine, kısmen tazmin etmesine, tazmin sürecini uzatmasına veya zorlaştırmasına yol açacaktır. Keza yapay zekâ açısından ortaya atılan ‘temsilci’ statüsü de bu riskleri barındırdığı gibi temsil kurumunun aradığı şartları da (özel bir yasal düzenleme yokluğunda) sağlayamayacaktır.

Bu makalede savunduğumuz görüş “*yapay zekâ varlıklarına insanların sahip olduğu üstün özelliklere sahip olmadığı için kişilik verilmesin*” gibi insanı yücelten şovenist bir duruş değildir. Zekâ ve otonomi unsurlarının süreç içinde değerlendirilmesini belirterek bu unsurların yapay zekâ tarafından sağlanması bu çalışmada önerilmiştir. Ancak realist açıdan hukuk sisteminin işleyişini ve yapay zekâ teknolojisinin şu andaki durumunu dikkate aldığımızda sorumluluğunu karşılayacak malvarlığı bulunmayan, yasal olarak muhatap alınamayan ve kendisini mahkemede temsil ettiremeyen bir varlığa kişilik tanınması bu varlıkların kötüye kullanımına yol açacak ve gereksiz birçok hukuki uyuşmazlığın çıkmasına yol açacaktır. Bu şartlar altında yapay zekâ varlığına tanınacak kişilik, Sophia örneğinde olduğu gibi, teknoloji sektörüne yönelik getirilmiş bir pazarlama çabasından ileri gidemeyecek ve anlamsız olacaktır.²⁴⁴

Her ne kadar bu makalenin konusu olmasa da bu makalede yapay zekâyâ önerilen kişilik teorilerinin üstüne oturduğu ve tereddütsüz varsaydığı “*yapay zekâyı üretenlerin yapay zekânın bağımsız karakterinden ötürü sorumlu tutulamayacağı*” fikrinin geçerli olmadığını rahatlıkla söyleyebiliriz. Yapay zekâ teknolojisinin lokomotifleri olan ve salt kârlılık amacıyla hareket eden teknoloji şirketleri bu varlıkların oluşturulmasından, geliştirilmesinden ve işletilmesinden sorumludurlar ve keza o şekilde de hareket etmektedirler. Dolayısıyla kişilik verilmesi yerine yapay zekâ varlığını üreten ve kullanan kişilerin sorumluluğu açısından sözleşme, haksız fiil

²⁴⁴ Reynolds.

ve sebepsiz zenginleşme kurumlarının uygulanmasını mümkün kılabilen pratik çözümlerin geliştirilmesi daha gerçekçi görünmektedir. Nitekim Avrupa Komisyonu'nun geçtiğimiz günlerde yayınlamış olduğu Yapay Zekâ Sorumluluk Direktifi Önerisi de yapay zekâ varlıklarının sebep olduğu zararlarda zarar gören kişilerin kusura dayanan haksız fiil sorumluluğu kapsamında ilgili kişilerin kusurunu ispat açısından kolaylaştırıcı kuralların getirilmesini teklif etmektedir.²⁴⁵

Son olarak yapay zekâ kişiliğine dair gelecek bakımından şu tahmini yapabiliriz: Bilişsel ve bilgisayar bilimleri ile nörobilim alanında yapılan çalışmalarda insan beyninin hesaplamalı yapısının örnek alınarak yapay zekâ varlıklarının da bilince ve yönelmişliğe sahip olabileceği şu anda teknik olarak mümkün görülmektedir. Nitelim bu çalışmalar genel yapay zekâ çalışmalarını da hızlandırabilecektir. Böylesine bir yapay zekâ teknolojisine eriştiğimizde yapay zekâyâ kişilik verilmesinde herhangi bir felsefi, pratik veya hukuki engel de kalmayacaktır. Ancak bu kararın yasa koyucu tarafından hemen mi yoksa bir süre sonra mı alınacağı yapay zekâ ile gerçekleşecek sosyal etkileşimimize bağlı olacaktır. Nitekim on binlerce yıllık insanlık tarihinde bile kendi türünden olan bazı insanları (yani köleleri) hukuki anlamda kişilikten soyutlayan yasa koyucular insan seviyesinde veya belki de bunu aşan bilişsel kapasiteye sahip olabilecek bu varlıklara idealist bir şekilde kişi statüsünü bahşedeceğini düşünmek gerçekçilikten uzak olabilir. Belki de böyle bir evrende bu varlıklar kendi kişi statülerini ve beraberinde getireceği hakları elde etmek için mücadele etmek zorunda kalacaklardır.

²⁴⁵ European Commission, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Adapting Non-Contractual Civil Liability Rules to Artificial Intelligence (AI Liability Directive)*, Brussels, 2022.

ZUSAMMENFASSUNG

Im Informationszeitalter, in dem wir leben, beeinflussen Anlagen der künstlichen Intelligenz unser Leben in sozialer und wirtschaftlicher Hinsicht. Tatsächlich erleben wir diese sozialen und wirtschaftlichen Auswirkungen aus erster Hand in Sektoren wie Online-Shopping, Social Media, Werbung, Luftfahrt, Landwirtschaft, Bank- und Finanzwesen, Cybersicherheit, Kundendienst und Automobil, in denen künstliche Intelligenz eingesetzt wird. Die wichtigsten Merkmale, die diesem Erfolg von Systemen der künstlichen Intelligenz zugrunde liegen, sind ihre Fähigkeit, im Gegensatz zu anderer automatisierter Software korrekt auf die Szenarien zu reagieren, denen sie begegnen. In diesen Aspekten unterscheiden sich Systeme künstlicher Intelligenz von anderen Objekten. Aufgrund dieser Merkmale wurde der rechtliche Status von Systemen der künstlichen Intelligenz diskutiert. Insbesondere wurde diskutiert, ob diese Einheiten als juristische Personen anerkannt werden können. Die Antwort auf diese Frage wird uns auch zeigen, wen wir für Schäden haftbar machen sollten, die von Einheiten der künstlichen Intelligenz verursacht werden. Dieser Artikel versucht eine Antwort auf diese grundlegende Frage zu geben. Um dies zu erreichen, bedient es sich rechtsvergleichender, interdisziplinärer und doktrinärer Methoden.

In diesem Zusammenhang werden zunächst die Begriffe Person, natürliche Person und juristische Person des türkischen Rechts erläutert und die Voraussetzungen für diesen Status untersucht. Infolgedessen ist eine gesetzliche Regelung ein Muss, damit eine juristische Person als Person im türkischen Recht akzeptiert werden kann. Anschließend werden hypothetische, Realitäts- und Gemeinschaftstheorien der Rechtspersönlichkeit untersucht. Unter diesen Theorien ist die Realitätstheorie die am besten geeignete Theorie, da die physische Existenz einiger Entitäten der künstlichen Intelligenz mit dieser Theorie vereinbar ist. Hypothetische Theorie kann verwendet werden, um einen Zweck für künstliche Intelligenzsysteme zu erreichen oder ein Problem im Zusammenhang mit diesen Systemen zu lösen. Es wurde der Schluss gezogen, dass es nicht möglich ist, die Gemeinschaftstheorie auf Einheiten der künstlichen Intelligenz anzuwenden. Bei dieser Diskussion wurde auch der Ansatz der amerikanischen Rechtsliteratur und Rechtsprechung berücksichtigt.

In der Fortsetzung des Artikels wird ausführlich und aus kritischer Perspektive diskutiert, ob Entitäten der Künstlichen Intelligenz Persönlichkeit

verliehen werden kann. In dieser Diskussion werden die Elemente Intelligenz, Autonomie, Bewusstsein und Intentionalität diskutiert, die notwendig sind, damit eine Persönlichkeit in den Bereichen Recht und Philosophie anerkannt wird. Künstliche Intelligenzeinheiten können das Element der Intelligenz haben, was die Fähigkeit bedeutet, ihre Ziele in verschiedenen Umgebungen zu erreichen. In ähnlicher Weise können wir für die Autonomie, also die Fähigkeit, Entscheidungen ohne Einmischung von außen zu treffen, zu dem gleichen Schluss kommen. Es wurde jedoch vorgeschlagen, dass diese beiden Elemente in einem Kontinuum bewertet werden sollten. Andernfalls kann geschlussfolgert werden, dass eine künstliche Intelligenz, die im Lichte dieser Definitionen keine Aktion ausführen kann, nicht intelligent oder autonom ist. Im Rahmen dieses Arguments können Entitäten der künstlichen Intelligenz als niedrige bis mittlere bis hohe Intelligenz und Autonomie klassifiziert werden.

Andererseits haben Entitäten der künstlichen Intelligenz kein Bewusstsein und keine Intentionalität. Diese Schlussfolgerung wurde durch die Verwendung von Studien in der Informatik und den Neurowissenschaften erreicht. Obwohl Wissenschaftler Schwierigkeiten haben, Bewusstsein zu definieren, weist die allgemein akzeptierte Definition auf die Existenz einer subjektiven Erfahrung hin. Es gibt keine künstliche Intelligenz, die dies hat. Wir suchen nicht den Zustand des Bewusstseins am Anfang der Persönlichkeit in realen Personen. Wir betrachten den vollständig und lebendig geborenen Fötus ohne Bewusstsein als eine Person. Diese Ausnahme ändert jedoch nichts daran, dass die Rechtsordnung bewusste Menschen in den Mittelpunkt stellt. Es ist sinnlos, die erlangten Rechte zu nutzen oder die Pflichten unbewusst zu erfüllen. Ebenso verhält es sich mit juristischen Personen. In juristischen Personen werden die Angelegenheiten der Persönlichkeit von bewussten Menschen durchgeführt.

Die Schlussfolgerung, zu der wir für das Bewusstsein gelangt sind, gilt auch für die Intentionalität. Ein Wesen, das nicht bewusst auf eine Handlung gerichtet ist, hat keine Intentionalität. Intentionalität ist eng mit dem Begriff der Fahrlässigkeit verbunden. Bei der Beurteilung der Fahrlässigkeit bei der Deliktshaftung wird menschliches Handeln zugrunde gelegt. Es wird nicht möglich sein, eine Entität der künstlichen Intelligenz zu bewerten, die keine Vorsätzlichkeit im Sinne von Fahrlässigkeit aufweist. Eine KI-Einheit ohne allgemeine Absicht wird nicht in der Lage sein, Vermögenswerte zu erwerben oder sich vor Gericht zu vertreten. Die Existenz einer künstlichen Intelligenz,

der diese Merkmale fehlen, kann rechtlich nicht angegangen werden. Es ist auch nicht pragmatisch, einem solchen Wesen Persönlichkeit zu verleihen.

Im vierten Teil des Artikels werden rechtsvergleichende Rechts- und Lehrentwicklungen im Zusammenhang mit Künstlicher Intelligenz und Rechtspersönlichkeit untersucht. Dieser Abschnitt enthält empirische Studien zu den Bedingungen, unter denen amerikanische Gerichte einem Unternehmen Persönlichkeit verleihen. Diese empirischen Studien stehen im Einklang mit den Schlussfolgerungen im zweiten und dritten Teil des Artikels. Beispielsweise können KI-Einheiten derzeit nicht die von amerikanischen Gerichten berücksichtigten Bedingungen erfüllen, wie das Vornehmen von Rechtsgeschäften, das Einreichen einer Klage und das Besitzen der erforderlichen Merkmale, um verklagt zu werden. Ebenso wurden abhängige und unabhängige Rechtspersönlichkeitstypen, die auf amerikanischem Recht basieren, aufgrund der aktuellen Fähigkeiten künstlicher Intelligenz kritisiert.

Anschließend wurden die Entwicklungen im EU-Recht zu diesem Thema untersucht. Das vom Europäischen Parlament vorgeschlagene Konzept der „elektronischen Persönlichkeit“ wurde eingehend untersucht. Obwohl dieser Persönlichkeitstyp zunächst als eigenständige juristische Person gedacht war, wurde er nach der Kritik aufgegeben und auf eine Art juristische Person beschränkt. Diese juristische Person wird jedoch nicht in der Lage sein, die versprochenen Leistungen zu erbringen, und wird den Prozess der Entschädigung der geschädigten Personen erschweren. Aus ähnlichen Gründen wird es zu unnötigen Rechtsstreitigkeiten zwischen den Personen führen, die diese Entität geschaffen haben.

In diesem Artikel wird auch der Ansicht widersprochen, dass Entitäten der künstlichen Intelligenz wie im Rechtsbegriff der Agentur als Agenten betrachtet werden sollten. Künstliche Intelligenzen können nicht als Agenten akzeptiert werden, da der für die einzuleitenden rechtlichen Schritte erforderliche Wille von der künstlichen Intelligenz nicht gezeigt wird. Die Haftung, die im Falle einer unbefugten Darstellung entstehen kann, wird nicht von künstlicher Intelligenz erfüllt, die kein Bewusstsein und keine Absicht hat.

Infolgedessen gibt es für uns keinen rechtlichen oder wirtschaftlichen Vorteil, Entitäten der künstlichen Intelligenz als Personen im Rahmen der hypothetischen Theorie oder der Realitätstheorie zu akzeptieren. Im Gegenteil,

ein solcher Schritt wird viele Unsicherheiten und Rechtsunsicherheiten hervorrufen. Klüger wäre es, künstliche Intelligenz nicht als Person zu erkennen und sie als Agent mit eigenen Eigenschaften zwischen Mensch und Objekt zu bewerten. Dieses Ergebnis basiert nicht auf der Annahme, dass künstliche Intelligenz nicht alle Eigenschaften des Menschen besitzt. Im Gegenteil, das Ergebnis basiert auf pragmatischen Gründen, um die chaotischen Folgen der Persönlichkeitserkennung zu verhindern. Für Schäden, die von Einheiten der künstlichen Intelligenz verursacht werden, sollten besondere Regeln eingeführt werden, indem die einzigartigen Eigenschaften dieser Vermögenswerte berücksichtigt werden, und diese Regeln sollten im Rahmen der Vertrags-, Deliktshaftungs-, Produkthaftungs- und ungerechtfertigten Bereicherungsinstitutionen gehandhabt werden, die wir jetzt haben.

KAYNAKÇA

Kitaplar ve Makaleler

BANTEKA Nadia, "Artificially Intelligent Persons", *Houston Law Review*, Cilt 58, Sayı 3, 2021, 537-596.

BAYERN Shawn, "The Implications of Modern Business-Entity Law for the Regulation of Autonomous Systems", *European Journal of Risk Regulation*, Cilt 19, Sayı 2, 2016, 93-112.

BERG Jessica, "Of Elephants and Embryos: A Proposed Framework for Legal Personhood", *Hastings Law Journal*, Cilt 59, Sayı 2, Ocak 2007, 369-406.

BİLGİLİ Fatih/DEMİRKAPI Ertan, *Şirketler Hukuku*, Dora Yayınları, Bursa, 2012.

BOLTER J. David, *Turing's Man Western Culture in the Computer Age*, Penguin Books, Londra, 1986.

BRYSON Joanna/DIAMANTIS Mihailis/GRANT Thomas D., "Of, for, and by the People: The Legal Lacuna of Synthetic Persons", *Artificial Intelligence and Law*, Cilt 25, Eylül 2017, 273-291.

CALO Ryan, *Robots As Legal Metaphors*, *Harvard Journal of Law & Technology*, Cilt 30, Sayı 1, Sonbahar 2016, 209-237.

CALVERLEY David J., "Imagining a Non-Biological Machine as a Legal Person", *AI & Society*, Cilt 22, 523-537.

CANDEUB Adam, "Consciousness & (and) Culpability", *Alabama Law Review*, Cilt 54, Sayı 1, 2002, 113-146.

ÇERKAA Paulius/GRIGIENĖA Jurgita/SIRBIKYTĖB Gintarė, "Is It Possible to Grant Legal Personhood to Artificial Intelligence Software Systems?", *Computer Law & Security Review*, Cilt 33, Sayı 5, Ekim 2017, 685-699.

CHALMERS David J., *The Conscious Mind*, Oxford University Press, Oxford, 1996.

CHOPRA Samir/WHITE Laurence F., *A Legal Theory for Autonomous Artificial Agents*, University of Michigan Press, Michigan, 2011.

ÇEKER Mustafa, *Ticaret Hukuku*, Karahan Yayınevi, 3. Bası, Adana, 2016.

ÇEKİN Mesut Serdar, *Yapay Zekâ Teknolojilerinin Hukuki İşlem Teorisine Etkileri*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 136-37.

ÇELEBİ Özgün, "Kişi ve Eşya Ayrımı Bağlamında Hayvanların Hukuki Statüsü", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, Cilt 76, Sayı 2, 2018, 559-622.

DARLING Kate, "Extending Legal Protection to Social Robots: The Effects of Anthropomorphism, Empathy, and Violent Behavior Towards Robotic Objects", *Robot Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, Massachusetts, 2016, s. 213-14.

DEHAENE Stanislas/LAU Hakwan/KOUIDER Sid, "What Is Consciousness, and Could Machines Have It?", *Science*, Cilt 358, Sayı 6362, Ekim 2017, 486-492.

DEMOTT Deborah A., "Disloyal Agents", *Alabama Law Review*, Cilt 58, Sayı 5, 2007, 1049-1068.

DUFF Patrick William, "The Personality of an Idol", *The Cambridge Law Journal*, Cilt 3, Sayı 1, Kasım 1927, 42-48.

DURAL Mustafa/ÖĞÜZ Tufan, *Kişiler Hukuku*, Filiz Kitabevi, 21. Bası, İstanbul, 2020.

DURAL Mustafa/SARI Suat, *Temel Kavramlar ve Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019.

DURSTELER Eric R., *Venetians in Constantinople: Nations, Identity, and Coexistence in the Early Modern Mediterranean*, The John Hopkins University Press, Maryland, 2006.

EREN Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayıncılık, 25. Bası, Ankara, 2020.

European Commission Directorate-General for Justice and Consumers, *Liability for artificial intelligence and other emerging digital technologies*, Publications Office, 2019.

European Commission, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Adapting Non-Contractual Civil Liability Rules to Artificial Intelligence (AI Liability Directive)*, Brussels, 2022.

European Economic and Social Committee, *Opinion of the European Economic and Social Committee on 'Artificial intelligence - The consequences of artificial intelligence on the (digital) single market, production, consumption, employment and society' (own-initiative opinion)*, 2017.

European Parliament, *Civil Law Rules on Robotics P8_TA (2017) 0051*.

European Parliament, *Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs Directorate-General for Internal Policies, Artificial Intelligence and Civil Liability: Legal Affairs*, Brussels, 2020.

FAGUNDES Dave, "What We Talk about When We Talk about Persons: The Language of a Legal Fiction", *Harvard Law Review*, Cilt 114, Sayı 6, 2001, 1745-1768.

FLORIDI Luciano/SANDERS J.W., "On the Morality of Artificial Agents", *Minds & Machines*, Cilt 14, Ağustos 2004, 349-379.

FRENCH Peter A., *Collective and Corporate Responsibility*, Columbia University Press, New York, 1984.

GIERKE Dr Otto, *Political Theories of the Middle Age*, Cambridge University Press, Cambridge, 1913.

GRAY John Chipman, *The Nature and Sources of the Law*, Columbia University Press, 1. Bası, New York, 1909.

HALLEVY Gabriel, *Liability for Crimes Involving Artificial Intelligence Systems*, Springer, Berlin, 2015.

HILDEBRANDT Mireille, "Criminal Liability and 'Smart' Environments", *Philosophical Foundations of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

HILDT Elisabeth, "Artificial Intelligence Does Consciousness Matter?", *Frontiers in Psychology*, Cilt 10, Temmuz 2019, 1-3.

HORWITZ Morton J., "Santa Clara Revisited: The Development of Corporate Theory", *West Virginia Law Review*, Cilt 88, Sayı 2, 1985, 173-224.

KANE Robert, *The Significance of Free Will*, Oxford University Press, Oxford, 1996.

KOOPS Bert-Jaap/HILDEBRANDT Mireille/JAQUET-CHIFFELLE David-Olivier, "Bridging the Accountability Gap: Rights for New Entities in the Information Society", *Minnesota Journal of Law Science & Technology*, Cilt 11, Sayı 2, 2010, 497-561.

KRAMM Matthias, "When a River Becomes a Person", *Journal of Human Development and Capabilities*, Cilt 21, Sayı 4, Ağustos 2020, 307-309.

KURTULAN GÜNER Gökçe, *Trust ve Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi*, On iki Levha, İstanbul, 2022.

LASKI Harold J., "The Personality of Associations", *Harvard Law Review*, Cilt 29, Sayı 4, Şubat 1916, 404-426.

LEGG Shane/HUTTER Marcus, "Universal Intelligence: A Definition of Machine Intelligence", *Minds & Machines*, Cilt 17, Aralık 2007, 391-444.

LEHMAN-WILZIG Sam N., "Frankenstein Unbound: Towards a Legal Definition of Artificial Intelligence", *Futures*, Cilt 13, Sayı 6, 1981, 442-457.

LOCKE John, *An Essay Concerning Human Understanding*, Hackett, Indianapolis, 1996.

MANZOTTI Riccardo/CHELLA Antonio, “Good Old-Fashioned Artificial Consciousness and the Intermediate Level Fallacy”, *Frontiers in Psychology*, Cilt 5, Sayı 39, 2018, 1-10.

MAWANI Renisa, *Across Oceans of Law*, Duke University Press, Durham, 2018.

MAYER Carl J., “Personalizing the Impersonal: Corporations and the Bill of Rights”, *Hastings Law Journal*, Cilt 41, Sayı 3, Mart 1990, 577-668.

OĞUZMAN Kemal/SELİÇİ Özer/OKTAY-ÖZDEMİR Saibe, *Eşya Hukuku*, Filiz Kitabevi, 15. Bası, 2012.

OĞUZMAN Kemal/SELİÇİ Özer/OKTAY-ÖZDEMİR Saibe, *Kişiler Hukuku*, Filiz Kitabevi, 19. Bası, İstanbul, 2020.

OĞUZMAN M. Kemal/ÖZ Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler: Cilt – 1*, Vedat Kitapçılık, 18. Bası, İstanbul, 2020.

OĞUZMAN M. Kemal/ÖZ Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler: Cilt – 2*, Vedat Kitapçılık, 15. Bası, İstanbul, 2020.

ÖZTAN Bilge, *Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Sorumluluk*, Adalet Yayınevi, Ankara, 1970.

PAGALLO Uga, “From Automation to Autonomous Systems: A Legal Phenomenology with Problems of Accountability”, *Proceedings of the Twenty-Sixth International Joint Conference on Artificial Intelligence*, Ağustos 2017, 17-23.

POSNER Richard A., “An Economic Theory of the Criminal Law”, *Columbia Law Review*, Cilt 85, Sayı 6, Ekim 1985, 1193-1231.

PULAŞLI Hasan, *Yeni Şirketler Hukuku: Genel Esaslar Cilt 1*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.

RADIN Max, “The Endless Problem of Corporate Personality”, *Columbia Law Review*, Cilt 32, Sayı 4, Nisan 1932, 643-667.

RUSSELL Stuart/NORVIG Peter, *Artificial Intelligence: A Modern Approach*, Pearson, 3. Bası, Londra, 2010.

SCHANE Sanford A., “Corporation is a Person: The Language of a Legal Fiction”, *Tulane Law Review*, Cilt 61, Sayı 3, 1986-1987, 563-610.

SEARLE John R., “Consciousness, Explanatory Inversion, and Cognitive Science”, *Behavioral & Brain Sciences*, Cilt 13, Sayı 4, 1990, 585-596, s. 586.

SEARLE John R., "Minds, Brains, and Programs", *The Behavioral and Brain Sciences*, Cilt 3, Sayı 4, 1980, 417-457, s. 417-418.

SEROZAN Rona, "Hukukta Yöntem", *Yaşar Üniversitesi Dergisi Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan*, Sayı 8 (Özel Sayı), 2013, 2423-2440.

SEROZAN Rona, *Kişiler Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.

SLOMAN Aaron, "How to Dispose of the Free Will Issue", *AISB Quarterly*, Cilt 81, 1992, 31-32, s.31.

SOLUM Lawrence B., "Legal Personhood for Artificial Intelligences", *North Carolina Law Review*, Cilt 7, Sayı 4, Nisan 1992, 1231-1287.

STRADELLA Elettra/SALVINI Pericle/PIRNI Alberto/DI CARLO Angela/ODDO Calogero Maria/DARIO Paolo/PALMERIN Erica, "Robot Companions as Case-Scenario for Assessing the "Subjectivity" of Autonomous Agents. Some Philosophical and Legal Remarks", *CEUR Workshop Proceedings*, Cilt 885, Ocak 2012.

TEKİNAY Selahattin/AKMAN Sermet/BURCUOĞLU Haluk/ALTOP Atilla, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Filiz Kitabevi, 7. Bası, İstanbul, 1993.

TEZİÇ Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, 13. Bası, Beta Basım, Ankara, 2009.

WILLICK Marshal S., "Constitutional Law and Artificial Intelligence: The Potential Legal Recognition of Computers as 'Persons'", *Proceedings of the Ninth International Joint Conference on Artificial Intelligence*, Cilt 2, 1985, 1271-1273.

Kararlar

Bumper Dev. Corp. v. Commissioner of Police, [1991] 1 W.L.R. 1362 (C.A.).

Corso v. Crawford Dog & Cat Hosp., Inc., 415 N.Y.S.2d 182 (1979).

Int'l Shoe Co. v. Washington, 326 U.S. 310 (1945).

Louisville, Cincinnati & Charleston Railroad Co. v. Letson, 43 U.S. (2 How.) 497 (1844).

Naruto v. Slater, 2016 U.S. Dist. LEXIS 11041, 10 (N.D. Cal. 2016).

Nonhuman Rts. Project ex rel. Tommy v. Lavery, 54 N.Y.S.3d 392 (N.Y. App. Div. 2017).

Roessler v. Novak, Florida District Court of Appeal, 858 So.2d 1158 (2003).

Trustees of Dartmouth College v. Woodward, 17 U.S. (4Wheat.) 518 (1819).

Tucker vs. Alexandroff, 183 U.S. 424 (1902).

Yargıtay 21 HD, 13684/3834, 04.03.2014.

İnternet Kaynakları

“This Chinese Company Has the World’s First AI-powered Female Bot As CEO” (CNBC TV18, 8 Eylül 2022), <<https://www.cnbctv18.com/news/this-chinese-company-has-the-worlds-first-ai-powered-female-bot-as-ceo-14679721.html>> erişim tarihi 5 Ekim 2022.

ALLGROVE Benjamin D., Legal Personality for Artificial Intellectuals: Pragmatic Solution or Science Fiction?, 2004, (Doktora Tezi, University of Oxford), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=926015.

CRAWFORD Toby, “Roomba getting stuck? Try this trick!”, Youtube, <https://www.youtube.com/watch?v=-pDUZ_O4Y-o> erişim tarihi 5 Ekim 2022.

DENETT Daniel C., Consciousness in Human and Robot Minds, <<https://ase.tufts.edu/cogstud/dennett/papers/concrobt.htm>.> erişim tarihi 5 Ekim 2022.

GommeBlog.it: Car & Performance, BMW Car Factory ROBOTS - Fast Manufacturing, Youtube, <https://www.youtube.com/watch?v=P7fi4hP_y80> erişim tarihi 10 Ekim 2022.

JJRicks Studios, “Waymo Self Driving Taxi Goes Rogue: Blocks Traffic, Evades Capture | JJRicks Rides With Waymo #54”, Youtube, <<https://www.youtube.com/watch?v=zdkCQKBvH-A&t=1311s>.> erişim tarihi 5 Ekim 2022.

KNIGHT Heather, How Humans Respond to Robots: Building Public Policy Through Good Design, (Brookings Report, 29 Temmuz 2014), <<https://www.brookings.edu/research/how-humans-respond-to-robots-building-public-policy-through-good-design/>> erişim tarihi 11 Ekim 2022.

LEMOINE Blake, “Is LaMDA Sentient?—an Interview” (Medium, 11 Haziran 2022), <<https://cajundiscordian.medium.com/is-lambda-sentient-an-interview-ea64d916d917>> erişim tarihi 5 Ekim 2022.

Open Letter To The European Commission Artificial Intelligence And Robotics, <<http://www.robotics-openletter.eu/>> erişim tarihi 5 Ekim 2022.

Philosophy of Mind of John Searle, <<https://www.britannica.com/biography/John-Searle/Philosophy-of-mind.>> erişim tarihi 5 Ekim 2022.

REYNOLDS Emily, “The Agony of Sophia, The World’s First Robot Citizen Condemned to a Lifeless Career in Marketing” (Wired, 1 June 2018), <<https://www.wired.co.uk/article/sophia-robot-citizen-womens-rights-detriot-become-human-hanson-robotics>> erişim tarihi 5 Ekim 2022.

SHEPARDSON David, "GM Startup Cruise Recalls and Revises Self-driving Software After Crash", Reuters, <<https://www.reuters.com/business/autos-transportation/gms-cruise-recalls-revises-self-driving-software-after-crash-2022-09-01/>> erişim tarihi 5 Ekim 2022.

Society of Automobile Engineers International, "Taxonomy and Definitions for Terms Related to Driving Automation Systems for On-Road Motor Vehicles" SAE, <https://www.sae.org/standards/content/j3016_202104/> erişim tarihi 5 Ekim 2022.

SOLUM Lawrence B., "Legal Theory Lexicon 027: Persons and Personhood, Legal Theory Lexicon" (2019), <https://solum.typepad.com/legaltheory_lexicon/2004/03/legaltheoryle_2.html> erişim tarihi 5 Ekim 2022.

Stanford Encyclopedia of Philosophy, Agency, <<https://plato.stanford.edu/entries/agency/#:~:text=In%20very%20general%20terms%2C%20an,a%20standard%20theory%20of%20action.>> erişim tarihi 5 Ekim 2022.

TİKU Nitashu, "The Google Engineer Who Thinks the Company's AI Has Come to Life" (The Washington Post, 11 Haziran 2022), <<https://www.washingtonpost.com/technology/2022/06/11/google-ai-lamda-blake-lemoine/>> erişim tarihi 5 Ekim 2022.

Türk Dil Kurumu, <<https://sozluk.gov.tr/>> erişim tarihi 5 Ekim 2022.

Türkiye İstatistik Kurumu, Karayolu Trafik Kaza İstatistikleri, 2021, <<https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Karayolu-Trafik-Kaza-Istatistikleri-2021-45658.>> erişim tarihi 5 Ekim 2022.

ZIMMERMAN Evan J., Machine Minds: Frontiers in Legal Personhood, (yayınlanmamış taslak metin), <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=25639z≈65> erişim tarihi 5 Ekim 2022.

Medenî Usûl Hukukunda Bilirkişi Raporu ile Uzman Görüşü Arasındaki Çelişkinin Giderilmesi

Beseitigungs des Widerspruchs zwischen den Privat- und Gerichtsgutachten im Zivilprozessrecht

Araş. Gör. Mikail Bora Kaplan*

ÖZ

Mahkeme, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir (HMK m. 266, I). Bunun üzerine bilirkişi, görevi kapsamında kalan konular hakkında oy ve görüşünü sözlü veya yazılı olarak mahkemeye bildirir (HMK m. 279, I). Bilirkişi delili, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 293'üncü maddesinde düzenlenen uzman görüşünden farklıdır. Uzman görüşü, tarafların, yargılama konusu uyuşmazlıkla ilgili olarak uzmanından bilimsel mütalâa alması durumunda ortaya çıkar (HMK m. 293, I). Bazı durumlarda, bilirkişi raporunda yapılan tespitler ile uzman görüşüyle ortaya çıkan durum arasında çelişki olabilir. Bu çelişkinin giderilmesi hukukî dinlenilme hakkının bir gereğidir. Bu çalışmanın özünü söz konusu çelişkinin nasıl giderilmesi gerektiği oluşturmaktadır. Alman Federal Temyiz Mahkemesi'nin içtihadından yola çıkılarak aşamalı bir prosedürle bu çelişkinin nasıl giderilmesi gerektiği izah edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: *Bilirkişi raporu, uzman görüşü, hukukî dinlenilme hakkı, çelişkinin giderilmesi*

* Araştırma Görevlisi, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı & İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi, m.kaplan@tau.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-4162-9054.

Eliminating The Contradiction Between Expert Report And Expert Witness (Private Expert) In Civil Procedure Law

ABSTRACT

In cases requiring special or technical knowledge, the court decides to obtain the opinion and vote of an expert (Art. 266, I CCP). Thereupon, the expert shall submit the court verbally or in writing of their opinion on the matters falling within the scope of their duties (Art. 279, I CCP). Expert evidence differs from the expert witness regulated under Article 293 of the Code of Civil Procedure. Expert witness comes into question when one of the parties obtain a scientific statement from an expert about the dispute subject to the proceedings (Art. 293, I CCP). In some cases, there may be a contradiction between the findings in the expert report and the situation revealed by the expert witness. It is emphasized that the elimination of this contradiction is a requirement of the right to be heard. The subject of this study is how this contradiction should be resolved. Based on the jurisprudence of the German Federal Court of Appeal, it is explained how this contradiction should be eliminated with a step-by-step procedure.

Key Words: *Expert report, expert witness, right to be heard, eliminating the contradiction*

I. GENEL OLARAK BİLİRKİŞİ VE UZMAN GÖRÜŞÜ

Bir davada hâkim, özel ve teknik bilgi gerektiren konularda karar vermek zorunda kalabilir. Hâkim, özel ve teknik bilgiye sahibi olmadığı gerekçesiyle uzmanlık bilgisi gerektiren bu konular hakkında karar vermekten imtina edemez. Bununla birlikte hukuk düzeni, hâkimden özel ve teknik bilgiyi gerektiren meseleleri bilmesini beklememektedir. Genel bilgi veya tecrübe ya da hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukukî bilgisi dışında hâkimin her şeyi bilme zorunluluğu olmadığından özel ve teknik bilgi gerektiren meseleleri çözmek için “uzman” kişilerden yardım alması gerekir¹. Bu sebeple Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda, bu tür sorunların çözümünde hâkime yardım için bilirkişi delili öngörülmüştür. Hâkim tarafların talebi üzerine veya re’sen bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verebilir (HMK m. 266).

¹ karşı. HMK m. 266, I.

Uyuşmazlıkla ilgili olarak hâkim karar verir. Ancak birtakım uyuşmazlıklar hakkında karar verebilmek için sadece hukuku bilmek yeterli değildir. Bu noktada özel ve teknik bilginin varlığına ihtiyaç duyulur. Dolayısıyla bazı uyuşmazlıklar “uzman uyuşmazlıkları” olarak isimlendirilmektedir². Karmaşık olan bu uyuşmazlıkların çözümünde taraflar “uzman” bir kişinin görüşüne ihtiyaç duymaktadır³. Bu sebeple taraflar bilirkişinin oy ve görüşüyle yetinmemekte, iddia ve savunmalarını güçlendirmek amacıyla dilekçeler aşamasında veya (*genellikle*) bilirkişi raporuna karşı “özel” bir uzmana başvurmuştur⁴. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 293’üncü maddesinde tarafların dava konusuna göre uzmanından bilimsel mütalâa (uzman görüşü) alabileceği düzenlenmiştir⁵. Bilimsel mütalâaya başvurulmasındaki amaç tarafların iddia ve savunmasını kuvvetlendirerek⁶ kendi menfaatlerini korumaktır⁷. Böylece taraflar

² Nima Ghassemi-Tabar/Robert Nober, “Der Privatgutachter im Zivilprozess”, NJW 8, 2016, 552-554, s. 552.

³ Baki Kuru/Burak Aydın, *Medenî Usûl Hukuku El Kitabı*, Cilt 1, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 825; Hasan Elyıldırım, *Hukuk Yargılamasında Uzman Görüşü*, Adalet Yayınları, İstanbul, 2021, s. 26.

⁴ Uzman görüşüne yargılamadan önce veya yargılama sırasında başvurulabileceği yönünde bkz. BK ZPO/*Rüetschi*, Art. 183 n. 34; Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas, *Kurzkommentar ZPO*, 3. Auflage, Basel, 2021, Art. 183 n. 16, 17 [KUKO ZPO-*Baumgartner*].

⁵ İsviçre Medenî Usûl Kanunu taslağında uzman görüşüne yer verilmişken daha sonra yapılan itirazlar neticesinde ilgili düzenleme yasalaşmamıştır. Merî Kanun’da uzman görüşü düzenlenmemiştir. bkz. BK ZPO/*Rüetschi*, Art. 183 n. 35; Franz Hasenböhler/Sonia Yañez, *Das Beweisrecht der ZPO*, Bd. II, Schulthess, Zürich, 2019, n. 7.375. Ancak İsviçre Medenî Usûl Kanunu değişiklik taslağında uzman görüşüne belge delili başlığı altında yer verilmiştir. Bkz. E-sZPO, BBl 2020, s. 2789. *Karş.* 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu m. 67, VI.

⁶ Oğuz Atalay, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, C. II, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 1958; Abdurrahim Karşlı, *Medeni Muhakeme Hukuku*, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 623. Bilirkişi raporuna itiraz olarak uzman görüşünün ileri sürülmesinin bilirkişi raporuna itirazı nitelikli hâle getireceği yönünde bkz. Ömer Buğra Alihocagil, “*Medeni Usul Hukukunda Bilirkişi Raporunun Hazırlanması ve Bilirkişi Raporuna İtiraz*”, EBYÜHFD, C. XXII, S. 3-4, 2018, 547-588, s. 575, dp. 110.

⁷ Yarg. 15. HD., E. 2020/3360 K. 2021/1893 T. 22.4.2021 (Lexpera).

dilekçelerini hazırladıkları aşamada veya bilirkişi raporuna itiraz olarak uzmanından bilimsel mütalâa alıp iddia veya savunmasını daha etkin kılabilir⁸.

Uzman görüşü, uzmanın mahkemenin kararıyla değil, tarafın talebi üzerine hazırladığı bilimsel mütalâadır⁹ ve bu yönüyle bilirkişi delilinden farklıdır¹⁰. Şöyle ki hâkim talep üzerine veya re'sen bilirkişiye müracaat edebilir ve bilirkişinin seçimi tamamiyle hâkimin tekelindedir¹¹. Ancak uzman görüşüne başvurmak ve uzmanı belirlemek tarafın takdirindedir¹². Ayrıca bilirkişi ücreti yargılama giderinden sayılır (HMK m. 323, I, e), bilirkişi için taraf adlı yardımdan yararlanabilir (HMK m. 335, I, a). Öte yandan aynı şeyler uzman görüşü için söylenemez¹³. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre, hukukî sorunlar hakkında bilirkişiye başvurulamaz

⁸ Bkz. Hakan Pekcanitez, "Özel Uzman (Bilirkişi) Görüşü ve Değerlendirilmesi", Makaleler, C. II, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, 393-420, s. 394; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özkes, *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, 10. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 434; M. Serhat Sarısözen, *Medeni Usul Hukukunda Soru Yönelme ve Çapraz Sorgu*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 347 [Çapraz Sorgu].

⁹ Hans-Joachim Musielak/Wolfgang Voit, *Grundkurs ZPO, Erkenntnis- und Zwangsvollstreckungsverfahren*, 14. Auflage, C.H.Beck, München, 2018, n. 801; Hasenböhler/Yañez, n. 7.377; BK ZPO/Rüetschi, Art. 183 n. 34.

¹⁰ Pekcanitez, s. 394; Rüdiger Graf v. Hardenberg, *Das Privatgutachten im Zivilprozeß - unter Berücksichtigung der Rechtslage im Strafprozeß*, 1975, s. 59-60; Walter H. Rechberger/Thomas Klicka, *ZPO Zivilprozessordnung*, 5. Auflage, Verlag Österreich, Wien, 2019, vor § 351 n. 8; Musielak/Voit, n. 801; Süha Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku*, Cilt I, 4. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 1104; L. Şanal Görgün/Levent Börü/Mehmet Kodakoğlu, *Medenî Usûl Hukuku*, 10. Baskı, Ankara, 2021, s. 586-597; Mustafa Serdar Özbek, "Uzman Görüşününün Yargılamada Değerlendirilmesi", *TNBHD*, C. 4, S. 1, 2017, 63-162, s. 76 [Uzman Görüşü]; Çiğdem Yazıcı-Tıktık, "HMK M. 293'teki Uzman Görüşü Kurumu ile Anglo-Sakson Hukuk Sistemindeki Uzman Tanık Kurumunun Karşılaştırılması", *MİHDER*, C. 7, S. 20 (2011/3), 79-100, s. 91.

¹¹ Tanrıver, s. 1105.

¹² Pekcanitez, s. 397; Selçuk Öztek, "Tanık, Bilirkişi İncelemesi, Keşif ve Uzman Görüşü", İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, 2008, 197-205, s. 204 [İBY].

¹³ Tanrıver, s. 1106; Öztek, İBY, s. 204; Pekcanitez/Atalay/Özkes, s. 435. Zorunlu

(HMK m. 266)¹⁴. Buna karşılık Kanun'da uzman görüşü bakımından böyle bir sınırlama getirilmemiştir¹⁵. Dolayısıyla taraf, hukukî sorunlar hakkında uzmanından bilimsel mütalâa alabilir¹⁶.

Uzman görüşünün hukukî niteliği tartışmalıdır¹⁷. Öğretideki baskın görüşe göre, uzman görüşünün niteliği taraf beyanıdır¹⁸. Bu görüşü savunan yazarlar, uzman görüşünün delil değeri taşımadığını kabul etmekte-

hâllerde bilirkişiye ödenen ücreti aşmayacak şekilde uzman görüşü bedelinin yargılama giderine dahil olabileceği yönünde bkz. Pekcanitez, s. 400. Delil olmadığı için yargılama gideri olarak kabul edilmese bile uzman görüşü bedelinin daha sonra bir tazminat davasına konu olabileceği yönünde bkz. Hasenböhler/Yañez, n. 7.392.

¹⁴ Hukukî sorunlar hakkında bilirkişiye müracaat edilmesi gerekliliği hakkında bkz. Murat Atalı, "6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu ve Hukukî Konularda Bilirkişilik", AÜHFĐ, 65 (4), 2016, 3271-3282, s. 3277 vd.

¹⁵ Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, *Medenî Usûl Hukuku*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 543; Tanrıver, s. 1105; Görgün/Börü/Kodakoglu, s. 587.

¹⁶ BK ZPO/Rüetschi, Art. 183 n. 39; Hasenböhler/Yañez, n. 7.378; Atalı, s. 3279; Cenk Akil, "Medeni Yargılama Hukukunda Mahkeme Tarafından Atanan Bilirkişi-Uzman Tanık Ayrımı", ABD, 2011/2, 171-183, s. 181; Özbek, *Uzman Görüşü*, s. 91; Yazıcı-Tıktık, s. 91. Hukukî konularda alınan mütalâanın uzman görüşü olarak değerlendirilemeyeceği yönünde bkz. Öztekin, İBY, s. 204.

¹⁷ Tartışmalar hakkında bkz. Elyıldırım, s. 47 vd.; Zora, s. 46 vd.

¹⁸ Pekcanitez, s. 395; Tanrıver, s. 1104; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 435; Karlı, s. 623; Akil, s. 177; Yazıcı-Tıktık, s. 91. Alman hukuku için bkz. v. Hardenberg, s. 2-3, 59 vd.; Hans-Joachim Musielak/Wolfgang Voit (Hrsg.), *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar*, 19. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2022, § 402 n. 5 [Musiellak/Voit/Huber]; Musiellak/Voit, n. 801; Ingo Saenger (Hrsg.), *Nomos Kommentar Zivilprozessordnung Handkommentar*, 9. Auflage, Nomos, 2021, vor § 402 n. 2 [HK-ZPO/Siebert]. İsviçre hukuku için bkz. Alexander Brunner/Ivo Schwander Gasser, *ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar*, 2. Auflage, 2016, Art. 183 n. 28 [DIKE-ZPO/Müller]; Nitekim İsviçre hukukunda, *Medenî Usûl Kanunu'nun gerekçesinde açıkça delil olarak değil, taraf beyanı olarak kabul edilmiştir*. Botschaft ZPO, s. 7325. Ancak İsviçre *Medenî Usûl Hukuku Kanunu* değişikliğ taslağında uzman görüşü belge delili arasında düzenlenmiştir. E-sZPO, BBI 2020, s. 2789. Değişikliğe gerekçe olarak İsviçre Federal Mahkemesi'nin delil olarak kabul etmemesi gösterilmiştir. Gerekçede Federal Mahkeme'nin bu kararının

dir¹⁹. Çünkü uzman görüşü, bilirkişinin tarafsız olması için Kanun'da öngörülen teminatlardan yoksundur. Uzman görüşünün delil niteliğini haiz olmadığını ileri sürenlere göre, tarafın belirlediği ve ücretini ödediği bir kişinin mutlak surette tarafsız ve objektif olması beklenemez²⁰. Uzman görüşünde kendisine başvuran tarafın aleyhine sonuç doğurabilecek tespitler olsaydı, taraf bu mütalâayı yargılamaya dahil etmezdi. Ancak öğretilerde aksi yöndeki bir fikre²¹ ve bazı yargı kararlarına²² göre uzman

öğretinin büyük bir kısmına aykırı olduğu ve öğretiyi tarafından eleştirildiği belirtilmiştir. Federal Konseye (*Bundesrat*) göre, Federal Mahkeme'nin görüşünün hukukî temeli tatmin edici değildir ve bu sebeple düzeltilmelidir. Bu sebeple Federal Konsey, uzman görüşünün belge niteliğinin kanunda açıkça tespit edilmesi gerektiğini önermiştir. Botschaft zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung), BBI 2020, s. 2751-2752.

¹⁹ Karslı, s. 624; Emel Hanağası, *Medenî Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 420; Yazıcı-Tıktık, s. 92. Alman hukukunda da uzman görüşü (*Privatgutachten*) delil olarak kabul edilmemektedir. Bkz. Leo Rosenberg/Karl Heinz Schwab/Peter Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 18. Auflage, C.H.Beck, München, 2018, §122 n. 14; Othmar Jauernig/Burkhard Hess, *Zivilprozessrecht*, 30. Auflage, C.H.Beck, München, 2011, §54 n. 3; İsviçre uygulamasında uzman görüşü delil olarak kabul edilmemektedir. BGE 141 III 433 E. 2.6. Eleştiri için bkz. Hans Schmid, "*Privatgutachten im Zivilprozess*", SJZ-RSJ 2016, 527-528, s. 528.

²⁰ Uzman görüşünde ifade edilen mütalâanın Türk Medeni Kanunu'nun 1'inci maddesi kapsamında bilimsel görüş olmadığı yönünde bkz. Fahri Erdem Kaşak, "*Hâkimin Karar Verirken Bilimsel Görüşlerden Yararlanması (TMK m. 1/III)*", İstanbul Hukuk Mecmuası, 79 (4), 2021, 1127-1167, s. 1148.

²¹ Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, *Medenî Usul Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 472; Kuru/Aydın, s. 826; Selçuk Öztekin, "*Bilirkişi Raporunun Hâkimi Bağlamaması*", Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, C. 2, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, 1607-1625, s. 1624-1625 [Bilirkişi Raporu]; Maddî vakıalar bakımından takdiri delil olduğu yönünde bkz. Ali Cem Budak/Varol Karaaslan, *Medenî Usul Hukuku*, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, s. 307. İsviçre öğretisinde uzman görüşünün belge delili olduğu yönünde bkz. Andreas Binder/Roman S. Gutzwiller, "*Das Privatgutachten – eine Urkunde gemäss Art. 177 ZPO*", ZZZ, 2013, 171-176, s. 175.

²² İstanbul BAM, 14. HD., E. 2019/859 K. 2021/1195 T. 7.10.2021 (Lexpera).

görüşü delil niteliğindedir²³. Bu görüşe müntesip olanlara göre hâkim, HMK m. 293 gereği uzman görüşünü serbestçe değerlendirme iktidarını haizdir. Ayrıca uzman görüşü Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda "İspat ve Deliller" başlığı altında düzenlenmiştir. Buradan hareketle de uzman görüşü delil vasfına sahiptir²⁴.

Uzman görüşünün niteliğini belirlemek için öncelikle uzman görüşünün konusu bakımından ikili bir ayırım yapmak gerekir²⁵. Bunun sebebi bilirkişi delilinden farklı olarak tarafın hukukî konularda uzman görüşüne başvurabilmesinin mümkün olmasıdır. Şayet uzman görüşü hukukî sorunun tespitine ve çözümüne ilişkinse bu rapor, tarafın ispat faaliyetiyle ilgili değildir. Çünkü bu ihtimalde uzman raporu sadece hukukî değerlendirmeye matuftur²⁶. Dolayısıyla böyle bir uzman görüşü ancak taraf beyanı olarak değerlendirilebilir. Bu tür bir uzman görüşünü karşı taraf kabul etse bile, hâkim bununla bağlı değildir²⁷. Zira hukuku uygulamak hâkimin görevidir (HMK m. 33). Ancak hâkim, bu görüşe neden iştirak etmediğini gerekçeleriyle açıklamalıdır²⁸.

Şayet uzman görüşü maddî bir vakıya ilişkin olup bir tarafın sunduğu uzman görüşünü diğer taraf kabul ederse, taraflar arasında - şartları varsa- delil sözleşmesinin (*hakem-bilirkişi sözleşmesinin*) varlığı ileri

²³ Öğretide uzman görüşünün hukukî niteliğinin delil değerlendirme aracı (Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 588; Özbek, Uzman Görüşü, s. 126; M. Serhat Sarısözen, "Özel Bilirkişi (Uzman Görüşü)", Prof. Dr. Ejder Yılmaz Armağanı, C. 2, S. 1, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, 1699- 1728, s. 1704 [Özel Bilirkişi]; Elyıldırım, s. 57 vd.) ve bilimsel görüş (Şafak Narbay/İbrahim Özbay, "Türk Hukukunda Hukukî Mütalâanın Önemi ve Niteliği", BATİDER, 2005, C. XXIII, S. 2, 117-146, s. 138) olduğunu ifade eden yazarlar da bulunmaktadır.

²⁴ Öztekin, Bilirkişi Raporu, s. 1624; Sultan Işık, Uzman Görüşü: Mütalaa, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2015, s. 92.

²⁵ Bu ayırım için bkz. Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 544; Budak/Karaaslan, s. 307.

²⁶ Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 543-544. Hukukî konularda alınan uzman görüşü bakımından aynı yönde bkz. Budak/Karaaslan, s. 307.

²⁷ Mahkeme bilirkişi/uzman görüşünün hukukî tespitleriyle bağlı değildir. BK ZPO/Rüetschi, Art. 183 n. 39.

²⁸ Elyıldırım, s. 169.

sürülebilir²⁹. Bu durum, yani bir delil sözleşmesinin varlığı mahkemenin bilirkişiye başvurmasını gereksiz kılar³⁰. Zira taraflar çekişmeli vakianın sübutu hakkında uzmanın görüşü doğrultusunda mutabık kalmışlardır. Ancak karşı taraf uzman görüşünü kabul etmezse, bu rapor taraf beyanı niteliğindedir. Özellikle tahkikat aşamasında bilirkişi raporuna karşılık alınan böyle bir mütalâa, bilirkişi raporuna itiraz olarak değerlendirilebilir.

II. BİLİRKİŞİ RAPORU İLE UZMAN GÖRÜŞÜ ARASINDAKİ ÇELİŞKİNİN GİDERİLMESİ GEREKLİLİĞİ

A. Genel Olarak

Taraflar uzman görüşüne dava açmadan önce veya yargılama sırasında başvurabilir ve uzmandan görüş talep edebilir³¹. Ancak taraflar yargılama sırasında uzman görüşüne başvurmak için mahkemeden bir süre isteyemez (HMK m. 293, I). Uygulamada sıklıkla tarafların bilirkişi raporuna itiraz ederken bu itirazlarını destekler mahiyette uzman görüşünü dava dosyasına sundukları görülmektedir³². Burada amaç bilirkişi raporundaki eksiklikleri ve hataları uzman kişi marifetiyle ortaya koymaktır³³.

²⁹ Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 544. Taraflar uzman görüşünün tespitlerinde anlaşırsa, mahkemenin bu raporu dikkate alarak hüküm kurabileceği yönünde bkz. Pekcanitez, s. 395; Sarısözen, Özel Bilirkişi, s. 1728. Her iki tarafın kabul etmesi hâlinde uzman görüşünün bilirkişi delili olarak değerlendirilebileceği yönünde bkz. Jauernig/Hess, §54 n. 3; Özbek, Uzman Görüşü, s. 132. Her iki tarafın kabul etmesi hâlinde uzman görüşünün belge delili olarak telakki edilebileceği yönünde bkz. Wolfgang Krüger/Thomas Rauscher, (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Band 2, 6. Auflage, C.H.Beck, München, 2020 § 402 n. 9 [MüKoZPO/Zimmermann]; Volkert Vorwerk/Christian Wolf, Beck'scher Online-Kommentar, 44. Edition, Stand: 01.03.2022, § 402 n. 6 [BeckOK-ZPO/Scheuch].

³⁰ Uzman görüşünün içeriği karşı tarafça kabul edilirse, bilirkişi raporu alınmasının lüzumsuz olduğu yönünde bkz. BASLER KOMMENTAR, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Basel, 2017, Art. 183 N. 17 [BSK-ZPO/Dolge].

³¹ Elyıldırım, s. 92.

³² Musielak/Voit/Huber, § 402 n. 6.

³³ Pekcanitez, s. 396; Atalay, s. 1960.

Bilirkişi raporunu sarsmak için taraf, itiraz dilekçesini uzman görüşüne dayandırarak hazırlayabilir veya bu dilekçesine uzman görüşünü ekleyebilir³⁴.

Bilirkişi raporuna itiraz olarak sunulan uzman görüşü ve bilirkişi raporunda yapılan tespitler arasında çelişkinin gündeme gelmesi muhtemeldir. Burada cevaplanması gereken ilk soru, hâkimin bu çelişkiyi gidermek zorunluluğunun olup olmadığıdır. Şayet bu soruya olumlu yanıt verilirse -yani hâkimin bilirkişi raporundaki tespitle uzman görüşü arasındaki çelişkiyi giderme zorunluluğu kabul edilirse- bu çelişkinin nasıl giderilmesi gerektiği de tespit edilmelidir.

B. Yabancı Hukukta Çelişkinin Giderilmesi Gerekliliği

Avusturya Temyiz Mahkemesi'nin bazı kararlarına göre³⁵, hâkim uzman görüşü ve bilirkişi raporu arasındaki her türlü çelişkiyi gidermek zorunda değildir. Öyle ki hâkim, güvenilir olduğunu düşündüğü raporu kararına esas alabilir. Avusturya Temyiz Mahkemesi'nin bu içtihadına rağmen Alman Federal Temyiz Mahkemesi³⁶, uzman görüşüyle bilirkişi raporu arasındaki çelişkinin itinalı bir şekilde değerlendirilmesi ve bu ihtilafın giderilmesi gerekliliğini belirtmiştir. Zira Mahkemeye göre bu ihtilafın giderilmesi gerekliliği Alman Anayasası'nın 103'üncü maddesinde yer alan hukukî dinlenilme hakkından kaynaklanmaktadır³⁷. Benzer şekilde İsviçre Federal Mahkemesi³⁸ de uzman görüşünün bilirkişi raporunu eksik veya yetersiz kılması hâlinde, ek bilirkişi raporu alınmasının yerinde olduğunu ifade etmiştir.

Genel olarak yabancı hukuk öğretisinde³⁹ bilirkişi raporu ile uzman görüşü arasındaki çelişkinin giderilmesi gerektiği kabul edilmektedir.

³⁴ Yazıcı-Tıktık, s. 92.

³⁵ OGH, 6Ob55/19k, 25.04.2019, 2.1; OGH, 6Ob193/16z, 22.12.2016.

³⁶ BGH, Beschluss vom 5.11.2019 – VIII ZR 344/18 (NJW-RR 2020, 186).

³⁷ BGH, Beschluss vom 5.11.2019 – VIII ZR 344/18 (NJW-RR 2020, 186-187).

³⁸ BGE 6B_215/2013, E. 1.2 (DIKE-ZPO/Müller, Art. 188 n. 16).

³⁹ Peter F. Schlosser, "Spontan präsentierte Zeugen und (Privat-)Gutachten nach deutschem und österreichischem Recht", Festschrift für Walter H. Rechberger zum 60. Geburtstag, Springer, Wien, 2005, 497-511, s. 508; Bernhard Wieczorek/Rolf

Bilhassa bilirkişi raporunun eksikliklerini ve hatalarını ortaya koyan bir uzman görüşünün varlığı hâlinde, mahkeme tarafından bu çelişki giderilmeksizin bilirkişi raporunun yargulamada dikkate alınamayacağı görüşü öğretide hâkimdir⁴⁰.

C. Türk Hukukunda Çelişkinin Giderilmesi Gerekliliği

Yabancı hukuktaki bu duruma paralel olarak Türk medenî usûl hukuku öğretisi⁴¹ ve uygulaması da aynı düşünceyi paylaşmaktadır. Nitekim Yargıtay'ın müstekâr içtihatlarında, uzman görüşüne dayanılarak yapılan itirazların giderilmemesi ve bu itirazların dikkate alınmaması hukukî dinlenilme hakkının ihlâli olarak değerlendirilmiştir⁴². Ne var ki İs-

A. Schütze (Hrsg.), *Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Großkommentar*, 6. Bd., 4. Auflage, 2013, § 402 n. 70, 72 [Wieczorek/Schütze/Ahrens]; Hanns Prütting/Markus Gehrlein (Hrsg.), *Zivilprozessordnung Kommentar*, 12. Auflage, Luchterhand Verlag, 2020, § 286 n. 12 [PG/Laumen]; Rechberger/Klicka, vor § 351 n. 8; MüKoZPO/Zimmermann, § 402 n. 9; Hasenböhler/Yañez, n. 7.244; Musielak/Voit, n. 801. DIKE-ZPO/Müller, Art. 188 n. 16. Çelişkinin ek rapor alınmasına veya yeni bir bilirkişiye başvurulmasına neden olabileceği yönünde bkz. HK-ZPO/Siebert, vor § 402 n. 2. Hukukî dinlenilme hakkı nedeniyle uzman görüşünün basitçe görmezden gelinemeyeceği yönünde bkz. KUKO ZPO-Baumgartner, Art. 183 n. 18a; Hasenböhler/Yañez, n. 7.386; BK ZPO/Rüetschi, Art. 183 n. 37. Aslında sadece hâkim değil, bilirkişi de uzman görüşünü görmezden gelemez. Bu sebeple bilirkişinin uzman görüşünü dikkate alarak raporunu hazırlaması gerekir. Bkz. MüKoZPO/Zimmermann, § 402 n. 9.

⁴⁰ Schlosser, s. 508.

⁴¹ Pekcanitez, s. 416; Atalay, s. 1960; Akil, s. 175; Özbek, *Uzman Görüşü*, s. 140; Yazıcı-Tıktık, s. 92; Sarısözen, *Özel Bilirkişi*, s. 1729; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 588. İlhan E. Postacıoğlu/Sümer Altay, *Medenî Usûl Hukuku Dersleri*, 8. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, n. 1382. Bilirkişi raporuna itiraz dikkate alınmadan ve uzman görüşü hakkında herhangi bir değerlendirme yapılmadan bilirkişi raporunun dikkate alınmasının hukukî dinlenilme hakkının ihlâli olduğu yönünde bkz. Tanrıver, s. 1105.

⁴² "Mahkeme özellikle özel ve teknik bilgiyi gerektiren konularda tarafın sunduğu uzman görüşünü dava konusu ile ilgili olması halinde mutlaka dikkate almak ve değerlendirmek zorundadır. Bu anlamda alınan bilirkişi raporuna, taraflardan biri, uzman görüşü-

tanbul Bölge Adliye Mahkemesi'nin yakın tarihli bir kararında⁴³, bilirkişi raporu ve uzman görüşü arasındaki çelişkinin giderilmesi zorunluluğunun bulunmadığı ifade edilmiştir. Mahkeme bu karara gerekçe olarak tarafın, uzman görüşünü dilekçeler aşamasında delil olarak sunmamasını göstermiştir. Mahkemeye göre, böyle bir uzman görüşü, bilirkişi raporuna taraf itirazı niteliğinde olduğundan uzman görüşünün (*ayrıca*) değerlendirilmemesi hukuka aykırı değildir⁴⁴.

D. Görüşümüz

Hukukî dinlenilme hakkı, tarafın yargılamaya ve yargılama sonunda verilecek olan karara etki edebilmesine hizmet etmektedir⁴⁵. Bu

şüne dayanmak suretiyle itiraz etmiş ve bu itirazlar mahkeme tarafından hiç değerlendirilmeye alınmamış ve itirazlar gerekçeli bir şekilde karşılanmamış ise uzman görüşüne dayanan tarafın 6100 sayılı HMK'nın 27, Anayasa'nın 36 ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanması hakkının en önemli unsuru olan hukuki dinlenme hakkı ihlal edilmiş olabilecektir" Yarg. 15. HD., E. 2020/3360 K. 2021/1893 T. 22.4.2021 (Lexpera).

⁴³ İstanbul BAM, 13. HD., E. 2019/208 K. 2020/1016 T. 1.10.2020 (Lexpera). Benzer yönde bkz. İstanbul 2. Asliye Ticaret Mahkemesi, E. 2016/202, K. 2018/589, T. 24.5.2018 (Lexpera).

⁴⁴ "[...] Somut olayda davacı dava dilekçesinde, delilleri arasında uzman görüşüne yer vermemiştir. Davacı delil olarak uzman görüşüne dayanmamış, sadece Mahkemece alınan bilirkişi raporuna karşı beyanlarını desteklemek için uzmandan görüş almıştır. Bu nedenle, Mahkemece taraf delilleri arasında yer almayan uzman görüşünün değerlendirilmemesi usul ve yasaya aykırı değildir. Mahkeme bilirkişi raporunu tarafların itirazları doğrultusunda değerlendirmiş (davacının itirazları içerisinde sunduğu uzman görüşünü de o açıdan değerlendirmiş.) bilirkişi raporunun hüküm kurmaya yeterli olduğuna kanaat getirerek bilirkişi raporu doğrultusunda gerekçeli kararını oluşturmuştur. [...]" İstanbul BAM, 13. HD., E. 2019/208 K. 2020/1016 T. 1.10.2020 (Lexpera). Hemen belirtmek gerekir ki istinaf mahkemesi kararında, ilk derece mahkemesinin uzman görüşünü bilirkişi raporuna taraf itirazı bağlamında değerlendirdiğine yer vermiştir.

⁴⁵ Muhammet Özkes, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 32. Yargı kararlarının gerekçeli olması, hukukî dinlenilme hakkının "dikkate alınma" unsurunun gereğidir. Bu yönde bkz. Efe Direnisa, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkimde Hakem Kararları

gaye doğrultusunda *-hukukî dinlenilme hakkının gereği olarak-* bir yargılamada tarafların iddia ve savunmada bulunmak ve bu vakıaları ispata yarayan delilleri mahkemeye sunmak hakları vardır. Çünkü taraflara hükme etki edebilme imkânı tanınmalıdır⁴⁶. Yani karar verilmeden önce taraflara hukukî uyuşmazlığa ilişkin görüş sunma fırsatı verilmelidir⁴⁷. Her ne kadar delilleri ve taraf beyanını değerlendiren hâkim, kural olarak sadece vicdaniyla bağlı olsa da bu durum hâkimin bilirkişi raporunu ve uzman görüşünü değerlendirirken keyfî davranabileceği anlamına gelmez⁴⁸. Bu serbestlik birtakım ilkelerle sınırlandırılmıştır⁴⁹. Bu sınırlamalardan biri de yargılamaya katılan tarafın hukukî dinlenilme hakkıdır. Hukukî dinlenilme hakkı, mahkemenin yargılama taraflarının beyanlarını dikkate almasını ve değerlendirmesini de zorunlu kılar⁵⁰. Mahkeme ancak tarafın tüm açıklamalarını, dayandığı belgeleri ve görüşlerini değerlendirdikten sonra vicdanına (*ve hukuka*) göre karar verir. Sonuç olarak hukukî dinlenilme hakkının tesisi ve temini için tarafların açıklamasının dikkate alınması ve değerlendirilmesi gerekir⁵¹.

Bir tarafın (*veya uzmanın*) belirli bir beyanı, tarafın iddiasının veya savunmasının özünü teşkil ediyorsa ve yargılamanın sonucu açısından belirleyici bir öneme sahipse, mahkemenin sunulan iddia ve savunmaları değerlendirme ve kararın gerekçesinde bunlar hakkında yorum yapma görevi vardır⁵². Sonuçta mahkemenin sessiz kalması tarafın beyanını hiç veya en azından gereği gibi dikkate almadığı anlamına gelir. Hâkimin uzman görüşü ve bilirkişi raporu arasındaki çelişkiyi gidermemesi, hukukî

nın Gerekçesi Üzerine Düşünceler", Legal Hukuk Dergisi, C. 20, S. 233, 2022, 1549-1601, s. 1551.

⁴⁶ Özekes, s. 106.

⁴⁷ v. Hardenberg, s. 123.

⁴⁸ Tanrıver, s. 1059; Dırenisa, s. 1557.

⁴⁹ Delillerin serbestçe değerlendirilmesini sınırlayan ilkeler hakkında bkz. Mehmet Kamil Yıldırım, *Medenî Usûl Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi*, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1990, s. 90 vd.

⁵⁰ Özekes, s. 153 vd.; Dırenisa, s. 1551, 1557 vd.

⁵¹ Özekes, s. 153.

⁵² BGH, Beschluss vom 5.11.2019 – VIII ZR 344/18 (NJW-RR 2020, 186); Jauernig/Hess, §29 n. 3.

dinlenilme hakkının ve dolayısıyla adil yargılanma hakkının ihlâlini oluşturur⁵³.

Bilirkişi raporu ve uzman görüşü arasındaki çelişkinin giderilmesi gerekliliği meselesinde uzman görüşünün hukukî niteliğinin ne olduğunun kanaatimizce bir önemi yoktur⁵⁴. Benimsediğimiz görüşe göre, uzmanın mütâlaası bilirkişinin oy ve görüşüne denk düşmemektedir. Ancak ister delil ister taraf beyanı veya delil değerlendirme aracı olarak kabul edilsin, hukukî dinlenilme hakkının gereği olarak hâkim, yargılamada neden uzman görüşünü dikkate almadığını gerekçeleriyle açıklamak zorundadır⁵⁵. Zira hâkim, tarafın sunduğu tüm açıklamaları ve dayandığı belge ve görüşleri değerlendirerek bir karar vermelidir⁵⁶.

Sonuç olarak hâkim, uzman görüşünü serbestçe değerlendirir⁵⁷, ancak uzman görüşünü değerlendirmeksizin karar veremez. Uzman görü-

⁵³ Pekcanitez, s. 416; Akil, s. 176; Sarısözen, Özel Bilirkişi, s. 1728; Yazıcı-Tıktık, s. 92; Elyıldırım, s. 171; BGH, Beschluss vom 05.11.2019 - VIII ZR 344/18 (BeckRS 2019, 30715).

⁵⁴ Uzman görüşünün dikkate alınmasının delil olmasından daha çok hukukî dinlenilme hakkından ileri geldiği yönünde bkz. Barış Toraman, Medenî Usûl Hukukunda Bilirkişi İncelemesi (6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu ile Getirilen Yenilikler Çerçevesinde), Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 665.

⁵⁵ Tanrıver, s. 1104. Mahkemenin gerekçesinde iki tarafın iddia ve savunmaları ile delillerini tartışıp değerlendirmesi gerekir. Bu yönde bkz. Özekes, s. 179. *"Açıklanan nedenlerle, dijital delillerin değerlendirilmesine ilişkin şikayetler yönünden, başvuruçunun sunduğu bilirkişi raporları ve uzman mütalaalarının İlk Derece Mahkemesince kabul edilmemesi ve bu konularda Mahkemece bilirkişi incelemesi yaptırılması yolundaki taleplerinin de yetersiz gerekçelerle reddedilmesi, "gerekçeli karar hakkına" ve "silahların eşitliği" ilkesine aykırı olduğundan, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı ihlal edilmiştir."* AYM, B. No: 2014/4991 T. 20.6.2014 n. 63 (Lexpera). Bilirkişi raporları arasındaki çelişkinin giderilmesi hususundaki itirazların değerlendirilmediği gerekçesiyle gerekçeli karar hakkının ihlâl edildiği yönünde bkz. AYM, B. No: 2013/2418 T. 16.12.2015 (Murat Atalı/Ersin Erdoğan/Süleyman Burak Gündoğdu, Anayasa Mahkemesinin Medenî Usûl Hukuku Hakkında Bireysel Başvuru Kararları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 253-261).

⁵⁶ Atalay, s. 1963.

⁵⁷ Elyıldırım, s. 167.

şünün değerlendirilmemesi ve/veya çelişkinin giderilmemesi sadece delillerin veya taraf beyanlarının değerlendirilmesiyle ilgili değildir. Uzman görüşünün değerlendirilmemesi ve/veya çelişkinin giderilmemesi hukukî dinlenilme hakkının ihlâli olacağından, bu durum istinafta kaldırma, temyizde bozma sebebi teşkil eder⁵⁸. Meğerki hâkim uzman görüşüne neden itibar etmediğini kuşkuya yer bırakmayacak şekilde doyurucu gerekçeyle ortaya koymuş olsun⁵⁹.

Bilirkişi raporu ile uzman görüşünü arasındaki çelişkinin nasıl giderilmesi gerektiğiye öğretici ve yargı kararları dikkate alınarak Kanun'un yaklaşımı doğrultusunda tespit edilmelidir.

III. BİLİRKİŞİ RAPORU İLE UZMAN GÖRÜŞÜ ARASINDAKİ ÇELİŞKİNİN GİDERİLMESİ USÛLÜ

Yargıtay'a göre bilirkişi raporu ile uzman görüşü arasındaki çelişkinin giderilmesi için vakıa mahkemesince yeni bir bilirkişiye başvurulmalıdır⁶⁰. Bu yaklaşım esasen Yargıtay'ın iki ayrı bilirkişi raporu arasında çelişki bulunması durumundaki çözüm usûlüne benzetilebilir⁶¹. Nitekim

⁵⁸ Norbert Vossler, "Beweiswürdigung: Widersprüche zwischen Gerichtsund Privatgutachten", MDR, Vol. 74 (7), 396-397, s. 396-397; Özkes, s. 324.

⁵⁹ Toraman, s. 667.

⁶⁰ "Alman bilirkişi raporu ile uzman görüşü arasındaki çelişkinin giderilmesi amacıyla dosyanın yeni bir bilirkişi heyetine tevdi edilmesi yerine yetersiz ve esaslı itiraza uğrayan rapora dayanılarak uzman görüşü kararda gerekçeli olarak değerlendirilip tartışılmadan karar verilmiş olması doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir." Yarg. 15. HD., E. 2019/748 K. 2019/3857 T. 9.10.2019 (Lexpera). Benzer yönde bkz. Yarg. 1. HD., E. 2014/1052 K. 2014/17226 T. 10.11.2014 (Lexpera); Yarg. 3. HD., E. 2015/16480 K. 2017/7764 T. 23.5.2017 (Lexpera).

⁶¹ "Ne var ki mahkemece bu hususta alınan bilirkişi raporları arasında çelişkiler bulunduğu gibi taraflarca dosyaya sunulan uzman görüşleri de çelişkili bulunmaktadırlar. Bu itibarla mahkemece, yeni bir uzman bilirkişi heyetinden rapor alınarak ve gerekirse HMK'nun 293. maddesi uyarınca kendisinden rapor alınan uzman kişileri de dinleyerek davalı tarafça hazırlanan kitabın, sözleşmede öngörülen kalitede olup olmadığının ve davacı tarafça yapılan ödeme ile uyumlu bulunup bulunmadığının tespiti ile önceki raporlar ve uzman görüşleri arasındaki çelişkiler de giderilmek suretiyle oluşacak sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde eksik incelemeye

yargı kararlarında iki bilirkişi raporu arasında çelişki olması hâlinde de bu çelişkiyi giderecek yeni (*üçüncü*) bir bilirkişi raporu alınması gerektiği kabul edilmektedir⁶². Çelişki hâlinde, ayrıca, Yargıtay'ın yeni bir bilirkişi raporunun alınmasının yanı sıra, gerekirse uzmanın duruşmada dinlenmesi gerektiğini belirten kararları da vardır⁶³.

Öğretide, Yargıtay'ın uygulamasına paralel olarak hâkimin bilirkişi raporu ve uzman görüşü arasındaki çelişkiyi yeni bir bilirkişi raporu alarak gidermesi gerektiği genel kanaat olarak kabul edilmektedir⁶⁴. Yabancı öğretilerde ise hâkim, özel ve teknik bilgi gerektiren konularda "yetkin" olmadığı için uzman görüşü ile bilirkişi raporu arasındaki farklılıkların hâkim tarafından atanan bilirkişi marifetiyle giderilmesi gerektiği genel olarak ifade edilmektedir⁶⁵.

Konuyla ilgili olarak Alman Federal Temyiz Mahkemesi'nin 2020 yılında verdiği bir kararında⁶⁶ dikkat çeken husus, böyle bir çelişki hâlinde mahkemenin ne yapması gerektiğinin –kanaatimizce– aşamalı (tedrici) bir şekilde açıklanmasıdır⁶⁷. Kararda böyle bir çelişkinin varlığı

dayalı olarak hüküm tesisi doğru olmaması, hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir." Yarg. 11. HD., E. 2013/16990 K. 2014/18560 T. 28.11.2014 (Lexpera). Vurgu tarafımıza aittir.

⁶² Yarg. 3. HD., E. 2016/13973 K. 2018/4008 T. 16.4.2018 (Lexpera).

⁶³ "Bu itibarla mahkemece, yeni bir uzman bilirkişi heyetinden rapor alınarak ve gerekirse HMK'nun 293. maddesi uyarınca kendisinden rapor alınan uzman kişileri de dinleyerek [...]" Yarg. 11. HD., E. 2013/16990 K. 2014/18560 T. 28.11.2014 (Lexpera).

⁶⁴ Pekcanitez, s. 395; Sarısözen, Özel Bilirkişi, s. 1729; Işık, s. 93. İkinci ihtimal olarak uzmanın ve bilirkişinin duruşmaya çağırılması gerektiği de ileri sürülmüştür. Elyıldırım, s. 178.

⁶⁵ DIKE-ZPO/Müller, Art. 188 n. 16; Hasenböhler/Yañez, n. 7.263.

⁶⁶ BGH, Beschluss vom 26.02.2020 – IV ZR 220/19.

⁶⁷ Benzer bir görüş için bkz. Heinz Thomas/Hans Putzo, ZPO Zivilprozessordnung, FamFG Verfahren in Familiensachen, EGZPO, GVG, EGGVG, EU-Zivilverfahrensrecht Kommentar, 41. Auflage, München, 2020, vorb § 402 n. 5 [Thomas/Putzo/Reichold]. Söz konusu kararın benzer bir tahlili için bkz. Windau, <https://anwaltsblatt.anwaltverein.de/de/zpoblog/beweiswuerdigung-widerspruch-privatgutachten-gerichtsgutachten-obergutachten>.

hâlinde kabul edilebilir ve mantıksal olarak anlaşılabilir bir gerekçe olmaksızın bilirkişinin veya uzmanın görüşünden biri tercih edilerek uyuşmazlık hakkında karar verilemeyeceği belirtilmiştir. Aksine temyiz mahkemesine göre, alt derece mahkemesi çelişkileri ve dolayısıyla kararın yandırılacağı vakıaları mümkün olduğunca, özellikle aşamalı bir şekilde açıklığa kavuşturmaya çalışmalıdır⁶⁸. Bu ihtilafın açıklığa kavuşturulması ve çelişkinin giderilmesi için mahkeme: Önce çelişkileri doğru bir şekilde araştırmalı, tespit etmeli ve re'sen bilirkişiden ek rapor istemeli veya özellikle bilirkişiyi duruşmada sözlü olarak dinlemelidir. Bilirkişiden ek rapor alınması veya bilirkişinin sözlü olarak dinlenmesi için ispat yükü üstüne düşen tarafın talebi gerekmez. Hâkim gerekirse bilirkişi ve uzman aynı duruşmada dinlemelidir. Bu durum da yeterli gelmezse, yani bilirkişi uzmanın itirazlarını yazılı veya sözlü olarak gideremezse, hâkim davayı aydınlatma ödevi kapsamında yeni bir bilirkişi raporu almalıdır.

IV. YÖNTEM ÖNERİSİ

Uzman görüşü ve bilirkişi raporu arasındaki çelişkinin giderilmesinin birçok yolu vardır: Mahkeme, bilirkişiden ek rapor isteyebilir veya onu sözlü olarak dinleyebilir. Bunlardan başka, mahkeme yeni bir bilirkişi raporu alınmasına da karar verebilir⁶⁹. Hâkimin çelişkiyi açıklığa kavuştururken izleyeceği “uygun” yol kendi takdirine bağlıdır⁷⁰. Önemli olan bilirkişi raporu ile uzman görüşü arasındaki çelişkinin giderilmesidir⁷¹.

Her ne kadar çözüm yolu hâkimin takdirinde olsa bile Alman Federal Temyiz Mahkemesi'nin atıfta bulunduğu prosedür isabetlidir. Çünkü aşamalı bir prosedürü takip etmek yerine doğrudan yeni bir bilirkişiye başvurmak birçok sakıncaya sebep olabilir. Aşamalı bir prosedürü izlemek yerine doğrudan yeni bir bilirkişi raporuna başvurulduğunda, yeni bilirkişi raporunda uzman görüşü veya önceki bilirkişi raporunun doğruluğu teyit edilebilir. Ancak yeni raporda uzman görüşünden veya

⁶⁸ BGH, Beschluss vom 26.02.2020 – IV ZR 220/19 n. 15.

⁶⁹ Elyıldırım, s. 176-179; BGH, Urteil vom 10.12.1991 – VI ZR 234/90 n. 13.

⁷⁰ BGH, Beschluss vom 05.11.2019 – VIII ZR 344/18 (BeckRS 2019, 30715).

⁷¹ Musielak/Voit, n. 801.

önceki bilirkişi raporundan farklı bir sonuca ulaşılması daha olasıdır. Her iki ihtimalde de yeni bilirkişi raporuna karşı itiraz süreci işletilebileceği gibi ikinci ihtimalde hâkimin yeniden bir bilirkişiye başvurması gerekecektir. Yeni bilirkişinin tespitleri uzman görüşü ve önceki bilirkişi raporundan farklı olursa, yeniden bilirkişiye müracaat edileceğinden bu husus sürecin baştan başlaması anlamına gelecektir. Görüldüğü üzere, yeni bir bilirkişi raporu almak emek ve masraf kaybına neden olmakta ve dolayısıyla usûl ekonomisi ilkesine (AY m. 141, IV; HMK m. 30) aykırılık teşkil etmektedir. Doğrudan bu süreci işletmek yerine Alman Federal Temyiz Mahkemesi tarafından önerilen prosedürün usûl ekonomisine daha uygun düşeceği kanaatindeyiz.

Alman Federal Temyiz Mahkemesi'nin işaret ettiği bu prosedür doğrultusunda kanaatimizce, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 281'inci maddesi gereği hâkim, bilirkişi raporundaki eksiklik veya belirsizliği gidermek amacıyla, uzman görüşünde ifade edilen mütalâayı dikkate alarak çelişkiyi giderecek yeni sorular üzerinden re'sen ek bilirkişi raporu talep etmeli veya bilirkişiyi tayin edeceği bir duruşmada sözlü olarak dinlemelidir⁷².

Bilirkişinin sözlü olarak dinleneceği gün uzmanın da duruşmaya davet edilmesi mümkündür. Uzmanın ve bilirkişinin aynı duruşmada dinlenmesi çelişkili durumun anlaşılmasını sağlayacaktır⁷³. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 293'üncü maddesinde, talep üzerine veya re'sen mahkemenin uzmanı duruşmaya davet edilebileceği düzenlenmiştir. Uzmana başvurmayan taraf da uzmanın duruşmada dinlenilmesi talebinde bulunabilir⁷⁴. Ayrıca hâkim uzmanı duruşmaya davet etmese bile tarafın başvurduğu uzmanı duruşmada bulundurma hakkı vardır. Bu hak adil yargılanma hakkı ve silahların eşitliği ile ilgilidir^{75,76}.

⁷² Alman hukukunda benzer bir değerlendirme için bkz. Thomas/Putzo/Reichold, vorb § 402 n. 5. İsviçre hukukunda benzer bir değerlendirme için bkz. BK ZPO/Rüetschi, Art. 183 n. 37

⁷³ Elyıldırım, s. 178.

⁷⁴ Özbek, Uzman Görüşü, s. 113; Sarisözen, Özel Bilirkişi, s. 1719; Sarisözen, Çapraz Sorgu, s. 438.

⁷⁵ PG/Katzenmeier, vor §402 n. 9.

⁷⁶ "Açıklanan nedenlerle, dijital delillerin değerlendirilmesine ilişkin şikayetler yönün-

Şayet uzman, davet edildiği duruşmaya makul bir mazereti olmaksızın katılmazsa hazırlamış olduğu rapor mahkemece dikkate alınmaz (HMK m. 293, III)⁷⁷. Taraflar veya hâkim duruşmaya katılan uzmana, hazırlamış olduğu rapor hakkında soru yöneltebilir. Ancak taraflar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 152'nci maddesi gereği sadece hâkim vasıtasıyla soru sorabilir. Bununla birlikte uzmanın duruşmada bilirkişiye soru yöneltip yöneltemeyeceği sorunu gündeme gelebilir. Alman hukukunda bir görüşe göre, bilirkişi ve uzmanın birlikte katıldığı duruşmada taraf, soru sorma hakkını uzman kişiye devredebilir⁷⁸ ya da uzman kişi soru sorma konusunda tarafa yardımcı olabilir⁷⁹. Alman hukukundaki bu görüş Türk hukuku bakımından kabul edilebilir. Uzman, hâkim vasıtasıyla bilirkişiye soru yöneltebilir⁸⁰.

Eğer mahkeme ek bilirkişi raporundan veya uzman ve bilirkişinin sözlü olarak dinlenmesinden sonra uzman görüşünün hatalı olduğu kanısına varırsa, bilirkişi raporunu dikkate alarak pekala karar verebilir⁸¹.

Ek bilirkişi raporu ve karşılıklı dinlemeye rağmen bilirkişi raporu ve uzman görüşü arasındaki çelişki gideril(e)mezse, mahkeme davayı

den, başvuruçunun sunduğu bilirkişi raporları ve uzman mütalaalarının İlk Derece Mahkemesince kabul edilmemesi ve bu konularda Mahkemece bilirkişi incelemesi yaptırılması yolundaki taleplerinin de yetersiz gerekçelerle reddedilmesi, "gerekçeli karar hakkına" ve "silahların eşitliği" ilkesine aykırı olduğundan, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı ihlal edilmiştir." AYM, B. No: 2014/4991 T. 20.6.2014 n. 63 (Lexpera). Vurgu tarafımıza aittir.

⁷⁷ Uzman mazeretli olarak duruşmaya katılmazsa, hâkim uzman görüşünü görmezden gelip bilirkişi raporunu dikkate alamaz. Hâkim öncelikli olarak uzmanın mazereti hakkında müspet veya menfî bir karar vermelidir. Yarg. 11. HD., E. 2014/300 K. 2014/7514 T. 16.4.2014 (Lexpera).

⁷⁸ Ghassemi-Tabar/Nober, s. 554

⁷⁹ BGH, Beschluss vom 14. 10. 2008 – VI ZR 7/08 (NJW-RR 2009, s. 410).

⁸⁰ Tahkim yargılamasında taraf bilirkişilerinin aynı anda dinlenebileceği ve birbirine soru sorabileceği yönünde bkz. Mustafa Serdar Özbek, Tahkim Hukuku, 2. Cilt, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 1468-1469 [Tahkim].

⁸¹ Schlosser, s. 508. Yabancı öğretilerde bir görüşe göre, uzman görüşüyle bilirkişi raporunun çürütülmesi hâlinde mahkeme uzman görüşünü dikkate alarak karar veremez. Mahkemenin yeni bir bilirkişi ataması gerekir. Bkz. Schlosser, s. 508.

aydınlatma ödevinin bir parçası olarak yeni bir bilirkişi raporu almalıdır⁸². Yeni bir bilirkişiye başvurmak, yukarıdaki gerekçeler doğrultusunda son çare olarak düşünülmelidir. Mahkemenin atayacağı bilirkişinin uzmanla aynı ihtisas alanından olmasına özen gösterilmelidir⁸³. Böylece çelişki, denetime elverişli bir şekilde giderilebilir⁸⁴.

Durumu açıklığa kavuşturmaya yönelik bu tür çabaların tümüyle başarısız olması hâlinde, çekişmeli vakıa hâkim tarafından medenî usûl hukuku kuralları çerçevesinde değerlendirilir. Buna göre hâkim bilirkişi raporu ve uzman görüşüyle bağlı değildir. Ancak bunu yaparken hâkim, bilirkişi ve uzmanın birbiriyle çelişen görüşlerini tartmalı ve makul ve mantıksal olarak anlaşılabilir gerekçelerle bunlardan birini tercih etmelidir⁸⁵. Yani hâkim kabul edilebilir bir gerekçe olmaksızın bilirkişi raporu ve uzman görüşü arasındaki ihtilafı onlardan birini tercih ederek karara bağlayamaz⁸⁶.

Uzman görüşünde bilirkişinin uzmanlığına itiraz edilmişse, başka bir anlatımla uzman mütâlaasında bilirkişinin teknik meseleye dair yetkinliğinin olmadığı ileri sürülmüşse, bu aşamalı prosedürü takip etmek yerine alanında uzman bir bilirkişiden rapor alınması isabetli olur⁸⁷. Çünkü bilirkişi raporundan murad edilen sonucun gerçekleşebilmesi için bilirkişinin söz konusu özel bilgi veya teknik meseleye ehil olması gerekir⁸⁸. Mesela bir asansörün ayıplı olup olmadığını tespit etmek için gıda mühendisinden bilirkişi raporu istenmiş ve uzman tarafından kaleme alı-

⁸² Thomas/Putzo/Reichold, vorb § 402 n. 5; Ghassemi-Tabar/Nober, s. 554; BGH, Beschluss vom 18. 5. 2009 – IV ZR 57/08 (r + s 2010, 351); BGH, Beschluss vom 17.5.2017 – VII ZR 36/15 (NJW 2017, 3661).

⁸³ Özbek, Uzman Görüşü, s. 143.

⁸⁴ Özbek, Uzman Görüşü, s. 143.

⁸⁵ Benzer bir sonuç için bkz. Beschluss vom 05.11.2019 – VIII ZR 344/18 (BeckRS 2019, 30715).

⁸⁶ PG/Laumen, § 286 n. 12.

⁸⁷ Bilirkişi raporuna itirazın bilirkişinin uzmanlık alanına yönelik olması hâlinde yeni bir bilirkişiye başvurmanın daha isabetli olacağı yönünde bkz. Alihocagil, s. 579.

⁸⁸ Tanrıver, s. 990.

nan mütâlaada gıda mühendisinin asansörün ayıplı olup olmadığını değerlendirme yetkinliğinin olmadığı ileri sürülmüşse, yukarıda izah edilen prosedür yerine doğrudan alanında uzman, örneğin bir makine mühendisinden yeni bir bilirkişi raporu alınması uygun olur.

Son olarak bilirkişi raporu ile uzman görüşü arasındaki ihtilafın hukukî mütalâaya matuf olması hâlinde, hâkimin çelişkiyi giderme prosedürünü takip etme zorunluluğunun olup olmadığı değerlendirilmelidir. Belirtmek gerekir ki hukukî meselelerde bilirkişiye başvurulamaz (HMK m. 266). Ancak bilirkişi, raporunda hukukî tavsifte bulunursa ve bu tavsif uzman görüşündeki hukukî meselelere dair mütalâa ile çelişirse, hâkimin bu çelişkiyi gidermesi için özel bir prosedür izlemesine gerek yoktur⁸⁹. Çünkü hâkim, hukuku re’sen uygular (HMK m. 33). Hukukî meselelere dair bilirkişi raporu veya uzman görüşü hâkimi bağlamaz⁹⁰. Ancak bu prosedürün işletilmemesi hukukî değerlendirmeyi ihtiva eden uzman görüşünün dikkate alınmayacağı anlamına da gelmez⁹¹. Ayrıca hâkim tarafından uzmanın duruşmaya çağırılması ve sözlü olarak dinlenmesi mümkündür (HMK m. 293, II).

⁸⁹ “[...] HMK’nun 293. maddesi hükmünce dava konusu olay ile ilgili alınacak uzman görüşünün değerlendirileceği, **hukuki konuda bilirkişi incelemesi yaptırılması mümkün olmadığından hukuki konuda alınan uzman görüşünün bilirkişiye tevdi edilerek bilirkişilerce değerlendirmeye tabi tutulmamasında isabetsizlik bulunmamasına** [...]” Yarg. 15. HD., E. 2020/1387 K. 2020/2553 T. 24.9.2020 (Lexpera); “[...] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 08.06.2016 gün ve E.2014/11-696, K.2016/778 sayılı kararında açıklandığı üzere iltibas değerlendirmesi, **hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel hukuki bilgi ile yapılabileceğinden dosyaya sunulan uzman görüşü ile dosyada mevcut bilirkişi raporu arasındaki çelişkinin giderilmesi için yeni bilirkişi raporu alınmamasında ... herhangi bir isabetsizlik olmadığı anlaşılmalı** [...]” Ankara BAM, 20. HD., E. 2018/783 K. 2019/224 T. 1.3.2019 (Lexpera).

⁹⁰ BK ZPO/Rüetschi, Art. 183 n. 39.

⁹¹ Atalı, s. 3279. karşı. “Somut olayda dosyadaki delillere göre, davalının haksız rekabet eyleminin bulunup bulunmadığının tespiti mahkemeye ait bir yargılama faaliyeti olup, hukuki konuya ilişkin uzman görüşü mahkemeyi bağlamayacağından, ilk derece mahkemesinin davacı tarafından sunulan görüşe gerekçesinde ayrıca değinilmemesi sonuca etkili bulunmamış ve davacı vekilinin bu yöne ilişkin istinaf nedeni yerinde görülmemiştir.” İstanbul BAM, 14. HD., E. 2019/859 K. 2021/1195 T. 7.10.2021 (Lexpera).

ZUSAMMENFASSUNG

Die Befugnis über den Rechtsstreit zu entscheiden, liegt beim Richter. Um über einige Streitigkeiten entscheiden zu können, reicht es jedoch nicht aus, dass der Richter nur das Gesetz kennt. In Angelegenheiten, deren Lösung besondere und technische Kenntnisse außer dem Recht erfordert, kann der Richter auf Antrag einer der Parteien oder von Amts wegen ein Expertenvotum und Stellungnahme des Sachverständigen beantragen. Darüber hinaus können die Parteien ein wissenschaftliches Sachverständigengutachten zum Gegenstand des Falles einholen. Das wissenschaftliche Gutachten, das die Parteien vom Sachverständigen erhalten haben, wurde als Privatgutachten in Artikel 293 der Zivilprozessordnung anerkannt.

Das Privatgutachten unterscheidet sich von den Sachverständigenbeweisen. Seine Rechtsnatur ist umstritten. Nach der herrschenden ausländischen Lehre und der türkischen Lehre liegt das Privatgutachten in Form einer Erklärung der Parteien vor.

Im Falle eines Widerspruchs zwischen dem Gutachten des Sachverständigen und dem Privatgutachten setzt der Anspruch auf rechtliches Gehör voraus, dass dieser Widerspruch behoben wird. Eine Entscheidung zu treffen, ohne diesen Widerspruch aufzulösen, ist ein Grund dafür die Entscheidung aufzuheben.

Besteht ein Widerspruch zwischen dem Gutachten des Sachverständigen und dem Privatgutachten bleibt es dem Richter überlassen, wie der Widerspruch behoben werden soll. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs aus dem Jahr 2020 kann hierzu jedoch Orientierung geben. Der Bundesgerichtshof stellte bezüglich der Vorinstanz fest, dass Streitigkeiten ordnungsgemäß untersucht und entschieden werden sollten und dass vom Sachverständigen von Amts wegen ein zusätzlicher Bericht angefordert werden sollte oder insbesondere der Sachverständige mündlich angehört werden sollte. Nach Angaben des Bundesgerichtshofs sollten gegebenenfalls der Sachverständige und der Privatgutachter in derselben Gerichtsverhandlung angehört werden. Reicht dies nicht aus, d.h. kann der Sachverständige die Einwände des Privatgutachters mündlich oder schriftlich nicht ausräumen, so hat der Richter im Rahmender Aufklärungspflicht ein neues Obergutachten einzuholen.

Diese Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs legt schrittweise dar, was zu tun ist, anstatt direkt ein neues Gutachten einzuholen. Unserer Meinung nach kann der direkte Antrag auf Einholung eines neuen Sachverständigengutachtens zu Zeit- und Arbeitsverlusten führen. Aus diesem Grund muss der Richter gemäß Artikel 281 der Zivilprozessordnung zur Beseitigung des Mangels oder der Mehrdeutigkeit des Sachverständigengutachtens von Amts wegen eines zusätzlichen Sachverständigengutachtens zu neuen Fragen anfordern, das den Widerspruch unter Berücksichtigung der im Privatgutachten zum Ausdruck gebrachten Meinung beseitigt oder den Sachverständigen in einer Gerichtsverhandlung mündlich anhören.

Es ist möglich, dass der Privatgutachter auch an dem Tag, an dem der Sachverständiger mündlich angehört wird, zur Gerichtsverhandlung eingeladen wird. Artikel 293 der Zivilprozessordnung sieht vor, dass auf Antrag oder von Amts wegen der Privatgutachter zur mündlichen Verhandlung eingeladen werden kann. Auch die Partei, die sich nicht an einen Privatgutachter wendet, kann beantragen, dass der Privatgutachter in der mündlichen Verhandlung angehört wird. Nimmt der Privatgutachter ohne triftigen Grund nicht an der mündlichen Verhandlung teil, zu der er eingeladen wird, so wird sein Bericht vom Gericht nicht berücksichtigt (tZPO Art. 293, III). Kann der Widerspruch zwischen dem Gutachten des Sachverständigen und dem Privatgutachten trotz zusätzlichem Gutachten und gegenseitiger Anhörung nicht behoben werden, sollte das Gericht im Rahmen seiner Aufklärungspflicht ein neues Gutachten einholen. Die Einholung eines weiteren Gutachtens bei einem neuen Experten sollte als letzter Ausweg im Einklang mit den oben genannten Gründen in Betracht gezogen werden.

Wenn beispielsweise die Expertise des Sachverständigen im Privatgutachten angefochten wird, d. h. wenn im Gutachten suggeriert wird, dass der Sachverständige keine Sachkenntnis in der technischen Materie hat, wäre es angebracht, anstatt das Verfahren schrittweise zu befolgen, ein Gutachten von einem Sachverständigen auf dem Gebiet einzuholen. Denn damit das aus dem Gutachten gewonnene Ergebnis verwirklicht werden kann, muss der Sachverständige der besonderen Information oder technischen Materie kompetent sein.

Schließlich sollte in diesem Beispiel, wenn sich die Auseinandersetzung zwischen dem Gutachten des Sachverständigers und dem Privatgutachten auf das Rechtsgutachten auswirkt, geprüft werden, ob der Richter verpflichtet ist, das Verfahren zur Auflösung des Widerspruchs einzuhalten. Es sei darauf hingewiesen, dass ein Sachverständiger in Rechtsangelegenheiten nicht konsultiert werden kann (tZPO Art. 266). Gibt der Sachverständige in seinem Gutachten jedoch eine rechtliche Empfehlung ab und widerspricht diese Empfehlung der Auffassung des Privatgutachters für Rechtsfragen, braucht der Richter kein besonderes Verfahren zu befolgen, um diesen Widerspruch zu beheben. Weil der Richter das Gesetz von Amts wegen anwendet (tZPO Art. 33). Das Sachverständigengutachten oder Privatgutachten zu Rechtsfragen ist für den Richter nicht bindend. Die Tatsache, dass dieses Verfahren nicht durchgeführt wird, bedeutet jedoch nicht, dass das Privatgutachten einschließlich der rechtlichen Bewertung nicht berücksichtigt wird.

KISALTMALAR CETVELİ

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
Art.	: Artikel
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
B.	: Başvuru
Bd.	: Band
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BBI	: Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BeckOK	: Beck Online Kommentar
BeckRS	: Beck-Rechtsprechung
BGE	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGH	: Bundesgerichtshof
bkz.	: Bakınız
dp.	: Dipnot
C.	: Cilt
E.	: Esas
E-sZPO	: Schweizerische Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung) (Entwurf), BBI 2020 2785
EBYÜHFD	: Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD.	: Hukuk Dairesi
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
Hrsg.	: Herausgeber
K.	: Karar
karş.	: Karşılaştırınız
m.	: Madde
MDR	: Monatsschrift für Deutsches Recht
MİHDER	: Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Dergisi
MüKO	: Münchener Kommentar

n	: Kenar numarası
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	: Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
No	: Numara
OGH	: Der Oberste Gerichtshof
RG.	: Resmî Gazete
r + s	: recht und schaden
S.	: Sayı
s.	: sayfa
SJZ-RSJ	: Schweizerische Juristen-Zeitung – Revue Suisse de Jurisprudence
sZPO	: schweizerische Zivilprozessordnung
T.	: Tarih
TNBHD	: Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi
tZPO	: türkische Zivilprozessordnung
vd.	: ve devamı
Vol.	: Volume
vorb	: Vorbemerkung
Yarg.	: Yargıtay
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
ZPO	: Zivilprozessordnung
ZZZ	: Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht

KAYNAKÇA

AKİL, Cenk, “Medeni Yargılama Hukukunda Mahkeme Tarafından Atanan Bilirkişi-Uzman Tanuk Ayrımı”, ABD, 2011/2, s. 171-183.

ALİHOCAGİL, Ömer Buğra, “Medeni Usul Hukukunda Bilirkişi Raporunun Hazırlanması ve Bilirkişi Raporuna İtiraz”, EBYÜHFD, C. XXII, S. 3-4, 2018, s. 547-588.

ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema/HANAĞASI, Emel, Medenî Usul Hukuku, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

ATALAY, Oğuz, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C. II, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

ATALI, Murat, “6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu ve Hukukî Konularda Bilirkişilik”, AÜHFD, 65 (4), 2016, s. 3271-3282.

ATALI, Murat/ERDOĞAN, Ersin/GÜNDOĞDU, Süleyman Burak, Anayasa Mahkemesinin Medenî Usûl Hukuku Hakkında Bireysel Başvuru Kararları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin, Medenî Usûl Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.

BASLER KOMMENTAR, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Basel, 2017 [BSK-ZPO/Yazar].

BINDER, Andreas/GUTZWILLER, Roman S., “Das Privatgutachten – eine Urkunde gemäss Art. 177 ZPO”, ZZZ, 2013, s. 171-176.

BRUNNER, Alexander/GASSER, Ivo Schwander, ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar, 2. Auflage, 2016 [DIKE-ZPO/Yazar].

BUDAK, Ali Cem/KARAASLAN, Varol, Medenî Usul Hukuku, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021.

DIRENİSA, Efe, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkimde Hakem Kararlarının Gereğesi Üzerine Düşünceler”, Legal Hukuk Dergisi, C. 20, S. 233, 2022, 1549-1601.

ELYILDIRIM, Hasan, Hukuk Yargılamasında Uzman Görüşü, İstanbul 2021.

GHASSEMİ-TABAR, Nima/NOBER, Robert, “Der Privatgutachter im Zivilprozess”, NJW 8, 2016, s. 552-554.

GÖRGÜN, L. Şanal/BÖRÜ, LEVENT/KODAKOĞLU, Mehmet, Medenî Usûl Hukuku, 10. Baskı, Ankara, 2021.

HANAĞASI, Emel, *Medenî Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

HASENBÖHLER, Franz/YAÑEZ Sonia, *Das Beweisrecht der ZPO*, Bd. II, Schulthess, Zürich, 2019.

HAUSHEER, Heinz/WALTER, Hans Peter (Hrsg.), *Berner Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung*, Band I: Art. 1-149 ZPO; Band II: Art. 150-352 ZPO und Art. 400-406 ZPO, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2012 [BK ZPO/Yazar].

İŞİK, Sultan, *Uzman Görüşü: Mütalaa*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2015.

JAUERNIG, Othmar/HESS, Burkhard, *Zivilprozessrecht*, 30. Auflage, C.H.Beck, München, 2011.

KARSLI, Abdurrahim, *Medeni Muhakeme Hukuku*, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.

KAŞAK, Fahri Erdem, "*Hâkimin Karar Verirken Bilimsel Görüşlerden Yararlanması (TMK m. 1/III)*", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 79 (4), 2021, s. 1127-1167.

KRÜGER, Wolfgang/RAUSCHER, Thomas (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, Band 2, 6. Auflage, C.H.Beck, München, 2020 [MüKoZPO/Zimmermann].

KURU, Baki/AYDIN, Burak, *Medenî Usûl Hukuku El Kitabı*, Cilt 1, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

MUSİELAK, Hans-Joachim/VOİT, Wolfgang (Hrsg.), *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar*, 19. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2022 [Musielak/Voit/Huber].

MUSİELAK, Hans-Joachim/VOİT, Wolfgang, *Grundkurs ZPO*, Erkenntnis- und Zwangsvollstreckungsverfahren, 14. Auflage, C.H.Beck, München, 2018.

NARBAY, Şafak/ÖZBAY, İbrahim, "*Türk Hukukunda Hukukî Mütalâanın Önemi ve Niteliği*", *BATİDER*, 2005, C. XXIII, S. 2, s. 117-146.

OBERHAMMER, Paul/DOMEJ, Tanja/HAAS, Ulrich, *Kurzkommentar ZPO*, 3. Auflage, Basel, 2021 [KUKO ZPO-Yazar].

ÖZBEK, Mustafa Serdar, "*Uzman Görüşünün Yargılamada Değerlendirilmesi*", *TNBHD*, C. 4, S. 1, 2017, s. 63-162 [Uzman Görüşü].

ÖZBEK, Mustafa Serdar, *Tahkim Hukuku*, 2. Cilt, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022 [Tahkim].

ÖZEKES, Muhammet: *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.

ÖZTEK, Selçuk, “*Bilirkişi Raporunun Hâkimi Bağlamaması*”, Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, C. 2, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 1607-1625 [Bilirkişi Raporu].

ÖZTEK, Selçuk, “*Tanık, Bilirkişi İncelemesi, Keşif ve Uzman Görüşü*”, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, 2008, s. 197-205 [İBY].

PEKCANITEZ, Hakan, “*Özel Uzman (Bilirkişi) Görüşü ve Değerlendirilmesi*”, Makaleler, C. II, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 393-420.

PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet, *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, 10. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.

POSTACIOĞLU, İlhan E./ALTAY, Sümer, *Medenî Usûl Hukuku Dersleri*, 8. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.

PRÜTTING, Hanns/GEHRLEIN, Markus (Hrsg.), *Zivilprozessordnung Kommentar*, 12. Auflage, Luchterhand Verlag, 2020 [PG/Yazar].

RECHBERGER, Walter H./KLÍCKA, Thomas: *ZPO Zivilprozessordnung*, 5. Auflage, Verlag Österreich, Wien, 2019.

ROSENBERG, Leo/SCHWAB, Karl Heinz/GOTTWALD, Peter, *Zivilprozessrecht*, 18. Auflage, C.H.Beck, München, 2018.

SAENGER, Ingo (Hrgs.), *Nomos Kommentar Zivilprozessordnung Handkommentar*, 9. Auflage, Nomos, 2021 [HK-ZPO/Siebert].

SARISÖZEN, M. Serhat, “*Özel Bilirkişi (Uzman Görüşü)*”, Prof. Dr. Ejder Yılmaz Armağanı, C. 2, S. 1, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 1699- 1728 [Özel Bilirkişi].

SARISÖZEN, M. Serhat, *Medeni Usul Hukukunda Soru Yöneltilme ve Çapraz Sorgu*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016 [Çapraz Sorgu].

SCHLOSSER, Peter F., “*Spontan präsentierte Zeugen und (Privat-)Gutachten nach deutschem und österreichischem Recht*”, Festschrift für Walter H. Rechberger zum 60. Geburtstag, Springer, Wien, 2005, s. 497-511.

SCHMID, Hans, “*Privatgutachten im Zivilprozess*”, SJZ-RSJ 2016, s. 527-528.

TANRIVER, Süha, *Medenî Usûl Hukuku*, Cilt I, 4. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

THOMAS, Heinz/PUTZO, Hans, *ZPO Zivilprozessordnung, FamFG Verfahren in Familiensachen, EGZPO, GVG, EGGVG , EU-Zivilverfahrensrecht Kommentar*, 41. Auflage, München, 2020 [Thomas/Putzo/Yazar].

TORAMAN, Barış, *Medenî Usûl Hukukunda Bilirkişi İncelemesi* (6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu ile Getirilen Yenilikler Çerçevesinde), Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.

v. HARDENBERG, Rüdiger Graf, *Das Privatgutachten im Zivilprozeß - unter Berücksichtigung der Rechtslage im Strafprozeß*, 1975.

VORWERK, Volkert/WOLF, Christian, Beck'scher Online-Kommentar, 44. Edition, Stand: 01.03.2022 [BeckOK-ZPO/Scheuch].

VOSSLER, Norbert, *"Beweiswürdigung: Widersprüche zwischen Gerichtsund Privatgutachten"*, MDR, Vol. 74 (7), s. 396-397.

WIECZOREK, Bernhard/SCHÜTZE, Rolf A. (Hrsg.), *Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Großkommentar, 6. Bd., 4. Auflage, 2013* [Wieczorek/Schütze/Ahrens].

YAZICI-TIKTIK, Çiğdem, *"HMK M. 293'teki Uzman Görüşü Kurumu ile Anglo-Sakson Hukuk Sistemindeki Uzman Tanık Kurumunun Karşılaştırılması"*, MİHDER, C. 7, S. 20 (2011/3), s. 79-100.

YILDIRIM, Mehmet Kamil, *Medenî Usûl Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi*, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1990.

ZORA, Fatih, *Anglo Amerikan Hukuku İle Karşılaştırılmalı Olarak Medenî Usûl Hukukunda Bilirkişilik*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.

Kadının İnsan Hakları Açısından Erken Çocukluk Bakımı ve Eğitimi Hizmetlerine Erişim

Der Zugang zu frühkindlichen Betreuungs- und Erziehungsdiensten im Hinblick auf die Menschenrechte von Frauen

Dr. Öğr. Üyesi Özge Yücel-Dericiler*

ÖZ

Erken çocukluk çocuğun doğumundan yedi yaşına kadar geçen dönemi ifade eder ve bu dönemde çocuğun beyin gelişimini büyük oranda tamamladığı kabul edilir. Bu doğrultuda çağdaş eğitim modelleri çocuğun eğitiminin zorunlu eğitim döneminden önce başlamasına odaklanır; söz konusu hizmetlere erişimin ekonomik ve sosyal yararları üzerinde durulur. Ayrıca konu, kalkınma ve kadın istihdamı ilişkisi ekseninde ele alınır.

Aslında zorunlu eğitim öncesi dönem çocuğun bakım ve eğitiminin iç içe geçtiği bir dönemdir ve bu dönemde sunulan hizmetler çocuğun ve kadının farklı temel haklarıyla ilişkilidir. Bu çalışmada erken çocukluk dönemi bakım ve eğitim hizmetlerinin, kadınların (ve kız çocuklarının) insan haklarına erişiminde oynadığı rol incelenmektedir.

ILO verilerine göre neredeyse her toplumda bakım işinin çoğu hane içinde, ücretsiz bakım verenlerce, çoğunlukla da kadınlar ve kız çocukları tarafından yapılmaktadır. TÜİK tarafından yapılan zaman kullanım araştırmalarına ve 2018 tarihli Türkiye Nüfus ve Sağlık Araştırması'na dayanılarak ortaya konulan veriler, Türkiye'de de durumun farklı olmadığını, kadınların ücretsiz ev içi emeğe ve bakım emeğine ayırdıkları zamanın orantısız düzeyde yüksek olduğunu göstermiştir.

Türkiye'de 0-72 ay grubundaki çocuklar için erken dönem bakım ve eğitim hizmeti veren özel kreş ve gündüz bakım evlerine Aile Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı tarafından ruhsat verilmekte ve bu kurumlar Bakanlıkça denetlenmektedir. Milli Eğitim Bakanlığı ise, devlete bağlı anaokulları ve anasınıfları açmakta, ayrıca gerçek ve tüzel kişiler tarafından açılacak anaokulları ve anasınıflarına ruhsat verip denetimini yapmaktadır. Ek olarak, kamu kurumları, belediyeler, sendikalar, ticari işletmeler, dernekler ve vakıflar tarafından da

* Dr. Öğretim Üyesi, Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İnsan Hakları Anabilim Dalı, ozge.yucel@ozyegin.edu.tr. ORCID: 0000-0002-7368-8067

bu hizmetler verilmektedir. Ancak konuya ilişkin mevzuat dağınık ve yer yer belirsizdir. Gerek mevzuata gerek uygulamaya bakıldığında, çocuk bakımının hala bir kadın meselesi olarak görüldüğü ve Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerin gereklerini bu anlamda karşılamadığı tespit edilmektedir. Ulusal düzeydeki istatistiklere bakmak kadının ev içi ücretsiz emeği ve bakım emeği açısından ne kadar orantısız bir yük altında olduğunu gösterirken, konunun planlı bir şekilde ele alınmaması, erken çocukluk dönemindeki bakım ve eğitim hizmetlerinin kadınlar -ve çocuklar- açısından bir temel hak meselesi olarak ele alınmadığını göstermektedir. Ancak söz konusu hizmetlere erişim eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının, ayrıca kadınların çalışma ve çalışmayla ilgili haklarının, eğitim hakkının, sosyal güvenlik hakkının, kadınların ekonomik ve sosyal hayatın her alanında eşit fırsatlara sahip olabilmesinin ve bu kapsamda, eğlence, spor ve kültürel hayatın bütün yönlerine katılma haklarının gereğidir.

Anahtar Kelimeler: *Erken çocukluk, ücretsiz bakım, ev içi emek, eğitim, kadının insan hakları*

Access to Early Childhood Care and Education Services with regard to Women's Human Rights

ABSTRACT

Early childhood refers to the period from the child's birth to the age of seven, and it is considered that the child's brain development has largely been completed in this period. For this reason, contemporary education models focus on starting a child's education before the compulsory education period and emphasize the economic and social benefits of access to these services. In addition, this issue is addressed in the context of the relationship between development and women's employment.

In fact, the pre-compulsory education period is a period in which the care and education of the child are intertwined, and the services provided in this period are related to the different fundamental rights of the child and the woman. This study examines the role of early childhood care and education services in women's access to human rights.

According to ILO data, in almost every society, most care work is done within the household by unpaid caregivers, mostly by women and girls. Data based on time use surveys conducted by TURKSTAT and the 2018 Turkey

Demographic and Health Survey show that the situation in Turkey is not different, and that women spending a disproportionately high amount of time on unpaid domestic labor and care work.

In Turkey, private kindergartens and day care homes that provide early-term care and education services for children in the 0–72-month group are licensed by the Ministry of Family, Labor and Social Services, and the institutions are inspected by the Ministry. The Ministry of National Education, on the other hand, opens state-affiliated kindergartens and nursery schools, and gives licenses and controls the kindergartens and nursery schools to be opened by natural and legal persons. In addition, these services are provided by public institutions, municipalities, trade unions, commercial enterprises, associations, and foundations. However, the legislation on the subject is scattered and unclear at times. When we look at both the legislation and the practice, it is determined that childcare is still seen as a women's issue and that Turkey has not met the requirements of the international conventions to which it is a party. While looking at the statistics at the national level shows how disproportionate the women's burden is in terms of domestic unpaid and care work, the lack of a planned handling of the issue shows that care and education services in early childhood are not considered as a fundamental right issue for women. However, access to these services is a requirement of the principle of equality and non-discrimination, as well as women's right to work and related rights, the right to education, the right to social security, equal opportunities for women in all aspects of economic and social life, and in this context, the right to participate in recreational activities, sports and all aspects of cultural life.

Keywords: *Early childhood, unpaid care, domestic work, women's human rights*

Giriş

Erken çocukluk dönemi çocuğun doğumundan yedi yaşına kadar geçen dönemi ifade eder. Bu dönemde çocuğun beyin gelişiminin büyük oranda tamamlandığı; çocuğun hayatı boyunca etkili olacak zihinsel yetenekleri, alışkanlıkları, duygusal denetimi, dil becerisi gibi özelliklerin temellerinin bu dönemde atıldığı kabul edilmektedir.¹ Ayrıca bu döneme

¹ Işıl Oral/ Duygu Yaşar/ Işık Tüzün, *Her Çocuğa Eşit Fırsat: Türkiye'de Erken Çocukluk Eğitiminin Durumu ve Öneriler*, Eğitim Reformu Girişimi ve AÇEV Raporu, Şubat 2016, s. 7 (çevrimiçi:

yapılacak yatırımın ekonomik açıdan önemli getirileri olduğu çeşitli araştırmalarla saptanmaktadır. Söz konusu dönemde çocukların beyin gelişimleri çok hızlı olduğu gibi, onlara yapılan yatırımların maliyetinin de düşük olduğu saptanmış; bu dönemdeki çocuklara yapılacak 1 liralık yatırımın 7 liralık getirisinin olduğu hesaplanmış; ek olarak kadın istihdamının artırılması açısından da bu yatırımın gerekliliğine dikkat çekilmiştir.²

Belirtilen nedenlerle, çağdaş eğitim modellerinde yedi yaşın eğitime başlamak için çok geç olduğu, çocuğun eğitiminin zorunlu eğitim döneminden önce başlaması gerektiği kabul edilmektedir. Örneğin dünyada erken çocukluk döneminde eğitimin önemini vurgulamak üzere yapılan çalışmalar ve buna paralel olarak ülkemizde AÇEV'in yürüttüğü "7 Çok Geç" kampanyası bu konuya dikkat çeken iyi bir örnektir.³

Zorunlu eğitim öncesi dönem çocuğun hem bakım gördüğü hem de eğitim aldığı bir dönemdir. Bakım ve eğitimin iç içe geçtiği bu dönemde sunulan hizmetler, aslında hem çocuğun hem de kadının farklı temel haklarıyla⁴ ilişkilidir. Bu nedenle konunun ekonomik ve kalkınmayla ilgili boyutlarının yanı sıra, insan haklarıyla ilişkisine de bakmak gerekir. Bu çalışmada erken dönemde verilen bakım ve eğitimin ve bu hizmetlere ulaşabilmenin, kadının insan haklarına erişiminde oynadığı role bakılmaktadır.

Belirli bir standarda uygun olarak verilen bakım ve eğitim hizmetine eşit olarak erişebilmek, çocukların eşit kalitede bakım ve eğitim alması anlamına gelir ve dezavantajlı konumdaki çocuklar açısından bu hizmet özellikle önem taşır. Erken çocukluk döneminde verilen eğitim ve

<https://www.egitimreformugirisimi.org/her-cocuga-esit-firsat-turkiyede-erken-cocukluk-egitiminin-durumu-ve-oneriler/>).

² Oral/Yaşar/Tüzün, s. 7.

³ 7 Çok Geç! Erken Çocukluk Eğitiminin Önemi Üzerinde Düşünceler ve Öneriler, UNESCO Raporu, 2008. Türkçe'ye çeviren AÇEV (çevrimiçi: https://www.acev.org/wp-content/uploads/2017/11/7_cok_gec_erken_cocukluk_egitiminin_uzerine_dusunceler_ve_oneriler.pdf)

⁴ Çalışmada temel haklar ve insan hakları aynı anlamda kullanılmaktadır.

bakım hizmetlerinin cinsiyete bağlı eşitsizlikleri de çeşitli şekillerde ortadan kaldırılabileceği kabul edilmektedir. Bu eğitim: *i)* Kız ve erkek çocuklarının ilköğretime eşit şartlarda başlangıç yapmalarını sağlamakta rol oynar; *ii)* Bu tür eğitimlere katılanlar arasında kız-erkek dağılımının eşit olduğu ve eğitim sistemine girdikten sonra da okula devam oranlarının hemen hemen eşit olduğu görülmektedir; *iii)* Anne babaların, kız çocuklarının okula daha uzun süre devam edebilmek için gerekli yeteneklere sahip olduklarını görmelerini sağlamaktadır.⁵ O halde erken çocukluk döneminde alınan bakım ve eğitim her şeyden önce kız çocuklarının belirli potansiyellerini geliştirebilmeleri açısından önemlidir. Kız çocukları genç kız veya yetişkin olduklarında ise, bu defa bakım ve eğitimi alan değil veren kişi konumundadırlar ve bakım hizmetleri bu defa da onların diğer haklarıyla ilişkili olarak önem taşır.

Erken çocukluk dönemi programları kadınların gelişimini, o toplumda çocuk bakımı hizmetlerini sağlayarak destekler. Toplumda çocuk bakımı hizmetleri işlerlik kazanıp, kurumsallaştığında iki amaç gerçekleşmiş olur. Öncelikle küçük çocukların bakımı sağlanır. Aynı zamanda da kadınların ve genç kızların tüm zamanını alan çocuk bakımı sorumluluğu üzerlerinden alınmış olur. Dolayısıyla kendilerini geliştirmek üzere bir şeyler öğrenebilirler. Bu yolla erken çocukluk dönemi programları kadınların ve çocukların birbirleriyle örtüşen ihtiyaçlarını karşılamış olur.⁶

Bu kesişim noktasından hareketle, erken çocukluk döneminde verilecek bakım ve eğitimin herkes için erişilebilir bir kamu hizmeti olmasının kadın emeği açısından taşıdığı öneme daha yakından bakabiliriz. Kadınların ev içi emeğinin nasıl bir işlevi olduğunu anlayabilmek için de, emeğin yeniden üretimi kavramına ve ücretsiz ev içi emeğe bakmak gerekir.

I. Üretimde ve Emeğin Yeniden Üretiminde Kadının Rolü ve Karşılıksız Eviçi Emek

Üretim ve toplumsal yeniden üretim kavramları Marksist kurama dayanır. Feministler bu kavramları eleştirel bir şekilde ele alarak, kadın-

⁵ UNESCO Raporu 2008, s. 31.

⁶ UNESCO Raporu 2008, s. 32.

ların toplumsal emeğin yeniden üretiminde oynadıkları rolü analiz etmişlerdir. Toplumsal yeniden üretim⁷ şu şekillerde gerçekleşir:⁸

- Üretim araçlarının bakımı, tamiri, muhafaza edilmesi ve yenilenmesi;

- Emek gücünün yeniden üretimi: emek gücünün ertesi gün çalışabilir hale gelmesi için yenilenmesi/ iş gücünün yeniden üretimi/ insanın bakım ve ihtiyaçlarının karşılanması;

- İnsanın biyolojik yeniden üretimi: soyun devamı.

Klasik iktisat yaklaşımı, kadınların yeniden üretimde oynadığı rolü hesaba katmamıştır. Marksist yaklaşıma ilişkin olarak ise, kadınların üç kategoride de emek verdiği ancak bu emeğin dikkate alınmadığı ve ücretlendirilmediğine ilişkin eleştiriler⁹ mevcuttur. Bu eleştiriler doğrultusunda ev içi emek ve yeniden üretim için harcanan emek görünür hale gelmeye ve iktisadi açıdan dikkate alınmaya başlanır.¹⁰ İkinci dalga feminizmle birlikte kadınların ev içinde harcadıkları ücretsiz/karşılıksız emek bir sorun olarak ortaya konulur.¹¹ Feminist teori açısından emeğin yeniden üretimi, aile-özel alan-hane içinde kadınların oynadıkları rolle açık-

⁷ “Kavram, özü itibariyle, toplumun, toplumsal üretimin, toplumsal ilişkilerin devamını, sürekliliğini, yani yeniden üretilmesini anlatmaktadır”. Bkz. Fatime Güneş, “Toplumsal Yeniden Üretim ve Karşılığı Ödenmeyen Kadın Emeği”, *Mesleki Sağlık ve Güvenlik Dergisi*, 2015, s. 6.

⁸ Güneş, s. 1-2.

⁹ Bu eleştirel yaklaşımın bilinen örneklerinden biri, Christine Delphy’nin tezleridir. Delphy, klasik Marksist yaklaşımdaki ezen-ezilen ilişkisinden ayrılarak, kadınların “ortak, özgül ve temel ezilmişliği”nin patriyarkal ezilmişlik olduğunu ve bu nedenle de kadınların ayrı bir sınıf oluşturduğunu ileri sürmekteydi. Bkz. Christine Delphy, “Baş Düşman”, *Kadının Görünmeyen Emeği*, (haz. Gülnur Acar-Savran/Nesrin Tura Demiryontan, Yordam Kitap, İstanbul, 2012, s. 89-113.

¹⁰ Nurcan Özkaplan, “Duygusal Emek ve Kadın İş/Erkek İş”, *Çalışma ve Toplum*, 2009/2, s. 15.

¹¹ Gülnur Acar Savran, *Feminizm Yazıları, Kuramdan Politikaya*, Dipnot Y, 2018, s. 25.

lanır.¹² Kadınların iş gücünün yeniden üretilmesi, bakımı, yetiştirilmesi için harcadıkları emek, yeniden üretim alanında gerçekleşir.¹³

Öte yandan kadınların görünmeyen/karşılıksız emeği kavramı kullanıma girdikten bir süre sonra fazlasıyla kapsamlı ve belirsiz bir hale dönüşmüş, bu da kavramın teorik tartışmalar için sunduğu elverişliliği zedelemeye başlamıştır. Bu kavramsal belirsizliği ortadan kaldırmak üzere Acar-Savran kavramı şöyle tanımlanmaktadır:

Kadınların görünmeyen emeği, cinsiyete dayalı işbölümü ve toplumsal cinsiyet ilişkileri çerçevesinde harcanan bir emek biçimidir ve patriyarkal yapının en temel dayanaklarından birisini oluşturur. Bu emek görünmeyen emektir, çünkü birincisi doğallaştırılmış emektir. Ev içi, aile, özel alan ve bu alandaki cinsiyetçi işbölümü, patriarkanın modern biçimi olan kapitalist patriarka çerçevesinde, toplumsal-olmayan dolayısıyla da “doğal” bir alan olarak kurulur. Bu alandaki ilişkiler ve pratikler doğallaştırılır, kadınların yaptıkları işler kadın doğasının bir parçası, kadınların doğal yatkınlıkları olarak sunulur; emek harcama, iş değil, davranış biçimleridir bunlar. İşte görünmeyen emek kavramı, kadınları sözü geçen ilişkiler içinde, devasa bir fiziksel, cinsel, duygusal, zihinsel emek harcadığını ortaya koymanın kavramsal aracını sunar bize.

Bu emeğin görünmeyen emek olmasının ikinci nedeni, onun miktarını da gizleyen ev içi çalışma düzenidir. Ev içinde yapılan işlerin belirlenmiş mesai saatleri yoktur (...)

Üçüncüsü ve en önemlisi, karşılıksız olduğu için görünmezdir bu emek. Kadınlar ücret karşılığı başka bir işte çalışsalar da, tam zamanlı ev kadınlığı yapsalar da, çocukları, kocaları ve kocalarının yakınları için harcadıkları bu emek karşılıksız emektir.¹⁴

¹² Ancak her zaman bununla sınırlı olarak düşünülmez: “Toplumsal yeniden üretim zihinsel, duygusal ve fiziksel bütün emek çeşitlerini içerir ve bu emek hanenin içinde ve dışında, karşılığı ödenen ve ödenmeyen, değişim değeri ve kullanım değerine sahip emek olabilir”. Bkz. Güneş, s. 7.

¹³ Güneş, s. 2.

¹⁴ Gülnur Acar-Savran, “İkinci Baskıya Önsöz”, *Kadının Görünmeyen Emeği*, (haz. Gülnur Acar-Savran/Nesrin Tura Demiryontan, Yordam Kitap, İstanbul, 2012, s. 10-11. Bir başka çalışmada karşılıksız emek şöyle tanımlanmaktadır: “Karşılıksız emek çocuk ve ihtiyaç sahibi başka hane üyelerinin bakımından temizlik, alışveriş, ev işleri, gönüllü işler ve toplumun diğer üyelerine yardıma kadar bir dizi farklı

Yazar bakım emeği ile ücretsiz/karşılıksız ev içi emeği ayrı ayrı ele almanın daha anlamlı olacağına dikkat çeker:

Bakım emeğini, kendisine bakamayacak durumda olanlar için harcanan emek olarak tanımlamak, bu emeği kendisine bakmayı reddeden erişkinler için harcanan fiziksel/duygusal emekten ayırmak anlamlı görünmektedir: Çünkü kendi işini görmeyi üstlenmeyen erişkinler için harcanan emekten farklı olarak, böyle tanımlanmış bir bakım emeği, erkek egemenliği ortadan kalktığında/kalksa bile toplumun önünde bir sorun olarak yerini koruyacaktır.¹⁵

Bu çerçevede bakım emeği, ev içi karşılıksız emeğin yalnızca bir bölümünü oluşturur. Dolayısıyla sadece bakım emeğini değil, ev içi görünmeyen emeği sorunsallaştırmak, toplumsal cinsiyete dayalı iş bölümünü ve neden olduğu eşitsizliği deşifre edebilmek açısından daha elverişlidir. Bu makalede erken dönem çocuk bakım ve eğitim hizmetlerine odaklanılmakla birlikte, konunun bu yönüne dikkat çekmenin de gerekli olduğu düşünülmüştür.

Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO), bakım işini doğrudan ve dolaylı bakım faaliyetleri şeklinde sınıflandırır. Doğrudan bakım işi, bir bebeği beslemek, hasta eşe/partnere bakmak, bir yaşlıya bakmak gibi kişisel, yüz yüze ve ilişkisel bakım faaliyetlerini kapsar. Dolaylı bakım faaliyetleri ise yemek yapmak, bulaşık yıkamak, ev temizlemek gibi faaliyetleri kapsar.¹⁶ Ücretsiz bakım işi de bir iştir ve çalışma dünyasının hayati bir boyutunu oluşturur. Bununla birlikte neredeyse her toplumda bakım işinin çoğu hane içinde, ücretsiz bakım verenlerce, çoğunlukla da kadınlar ve kız ço-

faaliyetleri kapsar. Bazı gelişmekte olan ülkelerde, hizmetlerin yetersiz kaldığı yerlerde, karşılıksız işi hane halkı için hayati öneme sahip su ve akaryakıt gibi bedava ürünlerin umumi arazilerden toplanması gibi faaliyetleri de kapsar". Emel Memiş,/Umut Öneş,/Burça Kızılırmak, "Kadınların Ev-Kadınlaştırılması: Ücretli ve Karşılıksız Emeğin Toplumsal Cinsiyet Temelli Bir Analizi, Türkiye'de Refah Devleti ve Kadın, s. 159, dipnot 2.

¹⁵ Acar-Savran/Tura Demiryontan, s. 14.

¹⁶ Care Work and Care Jobs for the Future of Decent Work, ILO, 2018 (Çevrimiçi: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_633135.pdf), s. 6.

cukları tarafından verilmektedir.¹⁷ Dahası, bakım işinin ilişkisel doğası, bu işin robotlar ya da diğer teknolojilerle sağlanması potansiyelini sınırlandırmaktadır.¹⁸

Ev içi karşılıksız bakım emeğinin getirdiği eşitsizlik, kadınların ve erkeklerin zamanı nasıl kullandıklarına bakıldığında apaçık görünür.

II. Karşılıksız Ev İçi Emek ve Zaman Kullanımı

Karşılıksız/görünmeyen emeğin toplumsal cinsiyete göre gösterdiği farklılığı rakamsal olarak görebilmek, sorunu somutlaştırmak açısından yararlıdır. ILO, çalışma yaşamında toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanamamasının birincil nedeni olarak ücretsiz bakım işinin daha ziyade kadınlara kalmasını göstermektedir.¹⁹

ILO verilerine göre dünya genelinde ücretsiz bakım işinin %76.2'si kadınlar tarafından yapılmaktadır ve dünyada bakım işinin erkek ve kadın arasında eşit şekilde bölüştüğü bir ülke yoktur. Kadınlar bakım işine günde ortalama 4 saat 25 dakika, erkekler ise 1 saat 23 dakika harcamaktadır. Bu süre kadınlar için bir yılda 201 iş gününe, erkekler içinse 63 iş gününe karşılık gelmektedir.²⁰

Nüfusun artması, toplumların yaşlanması, değişen aile yapıları, kadınların işgücü piyasasındaki ikincil konumu ve sosyal politikadaki eksiklikler nedeniyle, bakım işlerinin düzenlenmesi konusunda hükümetlerin, işverenlerin, sendikaların ve bireylerin acilen eyleme geçmeleri gerektiği; aksi takdirde sürdürülemez bir bakım krizinin ortaya çıkacağı ve işyerinde cinsiyet eşitsizliklerinin artacağı tespit edilmiştir.²¹ Ayrıca dünya genelinde bakıma ihtiyaç duyan kişi sayısı artış göstermektedir: 2015 yılında 2,1 milyar insan bakıma ihtiyaç duyarken, 2030 yılında bu rakamın 2,3 milyara çıkacağı öngörülmektedir (artış miktarının yarısı yaşlı yarısı da çocuklardan oluşacaktır). Bu nedenlerle ILO ücretli ve ücretli

¹⁷ Care Work and Care Jobs, s. 6-7.

¹⁸ Care Work and Care Jobs, s. 12.

¹⁹ Care Work and Care Jobs, s. 1.

²⁰ Care Work and Care Jobs, s. 53.

²¹ Care Work and Care Jobs, s. 1.

retsiz bakım işinin acil olarak ele alınması gereken bir konu başlığı olduğunu belirtir.²²

Türkiye özelindeki veriler de kadınların ücretsiz bakım emeği açısından oldukça dezavantajlı konumda olduklarını ortaya koyar. Bu çalışmada TÜİK'in 2006 ve 2014-2015 yıllarında yaptığı Zaman Kullanım Araştırmaları, 2021 yılında gerçekleştirdiği Türkiye Aile Yapısı Araştırması ve Hacettepe Üniversitesi Nüfus Etütleri Enstitüsü'nün yürüttüğü 2018 Türkiye Nüfus ve Sağlık Araştırması'ndaki (TNSA) veriler esas alınmıştır.

2006 tarihli Zaman Kullanım Araştırmasını yürüten araştırmacıların vardığı sonuçlardan bazıları şunlardır:²³

- Türkiye'de çalışan kadınlar çifte mesai yapmaktadır.
- Evli çalışan kadınlar eşlerine göre hala daha fazla toplam iş yüküne sahiptir.
- Çalışan kadınların toplam iş yükü ev kadınlarınınkinden daha fazladır.

2014-2015 yılı raporuna baktığımızda, bir önceki raporun sonuçlarıyla örtüşen verilere rastlarız. Çalışan kadınlar aile bakımına erkeklerden 5 kat fazla zaman ayırmaktadır. Buradaki hane halkı ve aile bakımını, yukarıdaki tartışmaya paralel şekilde, ev içinde sarfedilen ücretsiz emeğin tüm çeşitleri için anlamak gerekir. Yani söz konusu olan yalnızca hane üyelerine bakım vermek değil, hanede yapılması gereken/beklenen her türlü iştir.

Çalışma durumuna ve cinsiyete göre hane halkı ve aile bakımına ayrılan zaman incelendiğinde, çalışan kadınların günde ortalama 3 saat 31 dakika, çalışan erkeklerin ise 46 dakika ayırdığı görülür. Kadınların çalışmaması durumunda hane halkı ve aile bakımına ayırdıkları süre 4 saat 59 dakikaya çıkarken, erkeklerin çalışmaması durumunda bu süre 1

²² Care Work and Care Jobs, s. 29-30.

²³ Memiş/Öneş/Kızılırmak, s. 179.

saat 7 dakika olmakta,²⁴ yani erkeğin çalışmaması durumu da aile ve hane bakımına ayırdığı sürede belirgin bir değişikliğe yol açmamaktadır. Hafta içi ve hafta sonu karşılaştırıldığında, erkeklerin hane halkı ve aile bakımına ayırdıkları süre hafta içi 47 dakika iken hafta sonu 1 saat 2 dakika olmakta, kadınların ayırdıkları süre ise hafta içi 4 saat 16 dakika, hafta sonu 4 saat 20 dakika olmaktadır.²⁵ Görüldüğü üzere kadınlar hafta içinde de hafta sonunda da hane halkı ve aile bakımına erkeklerin 4 katı zaman ayırmaktadırlar.

Cinsiyetle birlikte eğitim düzeylerinin de hesaba katıldığı bir karşılaştırmada, kadınlar ve erkekler arasında yine belirgin bir eşitsizlik göze çarpar: ilkokul mezunu kadınların aile bakımına ayırdıkları süre 4 saat 41 dakika, üniversite ve daha ileri düzeyde eğitim gören kadınlarda süre 3 saat 36 dakikadır. Buna karşılık ilkokul mezunu erkeklerin aile bakımına ayırdıkları süre 51 dakika, üniversite ve daha ileri düzeyde eğitim almış erkeklerin ayırdığı süre ise 1saat 2 dakikadır.²⁶ Üniversite mezunu olan kadın ve erkeklerin zaman kullanımı karşılaştırıldığında bu veriler, hane halkı ve aile bakımına ayrılan zamanın eğitilmiş erkek açısından da anlamlı bir fark yaratmadığı ve/veya aradaki farkın ücretli bakım hizmeti satın alınarak giderildiği şeklinde yorumlanabilir.

Hane halkı ve aile bakımı işlerinde en yüksek zamanı gıda yönetimi, hane bakımı ve çocuk bakımı almaktadır. Gıda yönetiminde ve hane bakımında kadınlar yine erkeklerin 2 ila 4 katı fazla zaman harcarken, dikkat çekici bir veri, çalışan erkeklerin çocuk bakımına ayırdığı zamanın çalışan kadınlardan fazla çıkmasıdır Her ikisinin de çalışmadığı durumda ise kadının çocuk bakımına ayırdığı zaman yine erkekten fazladır.²⁷

²⁴ Zaman Kullanımı Araştırması, 2014-2015, TÜİK Kurumsal (tuik.gov.tr), Tablo 2, Faaliyet türüne, cinsiyete ve çalışma durumuna göre kişi başına ortalama faaliyet süresi

²⁵ Zaman Kullanımı Araştırması, 2014-2015, Tablo 1, Faaliyet türü ve cinsiyete göre kişi başına ortalama faaliyet süresi

²⁶ Zaman Kullanımı Araştırması, 2014-2015, Tablo 3, Faaliyet türüne, cinsiyete ve eğitim durumuna göre kişi başına ortalama faaliyet süresi.

²⁷ Zaman Kullanımı Araştırması, 2014-2015, Tablo 4, Zamanın hanehalkı ve aile bakımı faaliyetlerinde cinsiyete ve çalışma durumuna göre dağılımı.

Medeni durum ve cinsiyet açısından bakıldığında, hiç evlenmeyen bir erkeğin hanehalkı ve aile bakımına ayırdığı zaman 36 dakika iken, evli erkekte bu süre 59 dakikaya çıkmaktadır. Buna karşılık hiç evlenmeyen bir kadının bakım işlerine ayırdığı zaman 2 saat 3 dakika iken, evli kadının bakım işlerine ayırdığı zaman 5 saat 38 dakikaya çıkmaktadır.²⁸ Görüldüğü üzere evli olmak, erkek açısından değil kadın açısından bakım işlerine ayrılan sürenin 2 katından fazla artması sonucunu doğurmaktadır.

2006 yılı Zaman Kullanım Araştırmasına dair değerlendirmelerinde yazarlar, ev işlerinin paylaşımında eşitliğin söz konusu olmadığını, kadınların toplam çalışma sürelerinin çok daha uzun olduğunu, evlenmenin ve çocuk sahibi olmanın karşılıksız iş yükünü daha da artırdığını, bu nedenle piyasada çalışma şansı olan evli kadınların, ücretli ve karşılıksız işte uzun saatler çalışmakla işgücü piyasasında çalışmak arasında bir seçim yapmak zorunda kaldıklarını, sonuç olarak, kadınlar için çocuk bakımı vb. sosyal hizmetler sunmaksızın uygulanacak sosyal politikaların yetersiz olacağını belirtmekteydiler.²⁹ 2014-2015 dönemi araştırmasının verileri de bundan farklı bir yorumu mümkün kılmamakta.

2021 yılında yapılan Türkiye Aile Yapısı Araştırması verileri kanımızca durumu daha da çarpıcı bir şekilde ortaya koyar. Buna göre hane halkı üyeleri tarafından yapılan ev işlerinin cinsiyete göre nasıl farklılık gösterdiği incelendiğinde, ev işlerinin çok büyük oranda kadınlar tarafından yapıldığı görülür: Kadınlar %94,4 çocuk bakımı, %85,6 çamaşır ve bulaşık yıkama (makineyle bile olsa), % 85,4 yemek yapma, evin günlük toplanması ve temizlenmesi işlerini üstlenmişlerdir.³⁰

Kadınların çalışmasını bireylerin nasıl algıladığına ilişkin veri ise ilginçtir: kadınların çalışması ve sosyal hayata katkı sağlaması gerektiğini

²⁸ Zaman Kullanımı Araştırması, 2014-2015, Tablo 7, Faaliyet türüne, cinsiyete ve medeni duruma göre kişi başına ortalama faaliyet süresi.

²⁹ Memiş/ Öneş/ Kızıllırmak, s. 179-180.

³⁰ Türkiye Aile Yapısı Araştırması, 2021, <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Turkiye-Aile-Yapisi-Arastirmasi-2021-45813>, İBBS 1. Düzey, üç büyük il ve cinsiyete göre hanedeki işlerden genellikle sorumlu olan kişiler, 2021.

düşünenlerin oranı %82, 6, kadının asıl görevinin çocuk bakımı ve ev işleri olduğunu düşünenlerin oranı %35,8'dir.³¹ Yani bu araştırmaya göre, Türkiye ortalamasının yaklaşık %83'ü kadının çalışmasını ve sosyalleşmesini gerekli görmekte, bununla birlikte, bir önceki verinin gösterdiği üzere, ev içi sorumlulukları paylaşmaya aynı oranda yanaşmamaktadır. Bütün bu veriler aslında bize, ev içindeki sorumlulukların eşit paylaşılması kadar, kadınlar üzerindeki aşırı iş yükünü hafifletmeye dair kurumsal yapı ve düzenlemelerin gerekliliğini de göstermektedir. Zira iş yükü paylaşımı toplumsal kurumlar aracılığıyla ve kamu desteğiyle düzenlenmeksizin kadınlar özel ilişkilerin insafına bırakıldığında, iş yükleri de giderek artmaktadır.

Hacettepe Üniversitesi Nüfus Etütleri Enstitüsü'nün yürüttüğü Türkiye Nüfus ve Sağlık Araştırması'ndaki (TNSA) veriler de aynı şekilde çocuk bakımının kadınlara ait bir iş olarak algılandığını teyit eder.³² 2013 yılı verilerine göre *"annelerin %72'si 'ev içinde çocuklarla ilgili faaliyetleri' öncelikle kendileri, %20'si ise eşiyle birlikte yapıyor. Ev dışı aktiviteleri babaların %10'yu tek başına üstlenirken, birlikte üstlenen anne-baba oranı %31"*.

2018 yılı TNSA sonuçlarına göre:

Türkiye'de, araştırmadan önceki son 12 ay içinde, 15-49 yaş grubundaki halen evli kadınların küçük bir oranı (%32) istihdama katılırken, kadınların 15-49 yaş grubundaki eşlerinin %94'ü istihdama dâhil olmuştur. Halen evli ve son 12 ay içinde çalışmış olan cevaplayıcılar arasında kadınların %85'i, eşlerinin ise %99'u ücretli; kadınların %15'i eşlerinin ise %1'i ücretsiz aile işçisi olarak çalışmaktadır.³³

³¹ Türkiye Aile Yapısı Araştırması, 2021, İBSS 1. Düzey ve üç büyük ile göre kadının çalışması ile ilgili algılar, 2021.

³² Rapor için bkz. Hacettepe Üniversitesi Nüfus Etütleri Enstitüsü 2014. Bu rapordaki verilerden hareketle yapılan bir değerlendirme için bkz. Aysel Madra, Türkiye'de Erken Çocukluk Bakımı ve Okul Öncesi Eğitime Katılım, AÇEV ve ERG Raporu, İstanbul, 2017, <https://www.acev.org/wp-content/uploads/2018/01/Tu%CC%88rkiyede-Erken-C%CC%A7ocukluk-Bak%C4%B1m%C4%B1-ve-Okul-O%CC%88ncesi-Eg%CC%86itime-Kat%C4%B1l%C4%B1m-30.10.17.pdf>

³³ 2018 Türkiye Nüfus ve Sağlık Araştırması (TNSA), Hacettepe Üniversitesi Nüfus Etütleri Enstitüsü, T.C. Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı ve

Çalışmama nedenleri (...) evlilik durumuna göre değişmektedir; hiç evlenmemiş kadınlarda temel çalışmama nedeni öğrenci olmak iken (%55), ev kadını olmak ve çocuk bakımı evli kadınların temel çalışmama nedenlerindedir (sırasıyla %29 ve %31). Evli kadınların %13'ünün eşlerinin ya da ailelerinin çalışmalarına izin vermediğini belirtmesi de kayda değer bir bulgudur. Çalışmamasının temel nedeni olarak ev kadınlığını söyleyen kadınların oranı, kırsal alanlarda ve Güney bölgesinde daha yüksektir.³⁴

Yaş, medeni durum, çocuk sayısı gibi özelliklere göre ayrıştırmaksızın temel çalışmama nedenlerinin genel yüzdesine bakıldığında da, kadınların %20,7'si çocuk bakımını, %20,3'ü ev kadınlığını çalışmamanın gerekçesi olarak göstermiştir ve bu iki etken diğerlerinden açıkça öne çıkmıştır.³⁵

Erken çocukluk dönemi bakım ve eğitim hizmetlerine erişim ile kadın istihdamı arasındaki ilişkiyi değerlendiren yakın zamanlı bir çalışmada, tüm bu verileri tamamlayacak şekilde şu tespitler ifade edilmektedir: Türkiye'de kadınların istihdam oranı ve iş gücü piyasasındaki konumları, erken çocukluk bakım ve eğitim hizmetlerine erişebilmeleriyle, bu hizmetlerin fiyatı ve kalitesiyle yakından ilişkilidir. Ancak kamu tarafından sunulan bakım ve eğitim hizmetleri yetersiz kalmakta ve daha ziyade 5 yaş grubu çocukları kapsamakta; özel sektör tarafından sunulan hizmetler ise çok yüksek fiyatlı olduğu için erişilmesi güç olmakta, sonuç olarak kadınlar çoğu zaman anne olduktan sonra çalışmayı bırakmaktadır.³⁶

Sorun farklı düzeylerde de olsa küresel bir sorun olduğu için, dünyada da farklı uygulama örnekleri söz konusudur. Yukarıda anılan çalış-

TÜBİTAK, Ankara, 2019, s. 182. <http://www.openaccess.hacettepe.edu.tr:8080/xmlui/handle/11655/23345>,

³⁴ 2018 TNSA, s. 182.

³⁵ 2018 TNSA, Tablo 14.2 Çalışmama nedenleri, s. 188.

³⁶ Saniye Dedeoğlu, Aslı Şahinkaya, Yasemin Sıralı, *Kurumlar Arası İş Birlikleri ile Kadın İstihdamını Desteklemek: Erken Çocukluk Bakımı ve Eğitimi Uygulamaları*, Uluslararası Çalışma Örgütü Yayını, Ankara, 2021, s. 17. (çevrimiçi: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-ankara/documents/publication/wcms_799679.pdf).

mada, öne çıkan şu modeller örnek olarak gösterilmektedir: 1. Kurumsal bakım ve eğitim hizmetlerinin yetersiz ve maliyetli olduğu yerlerde, işyerinde bakım ve eğitim hizmeti vermek; 2. Örgün eğitim öncesi yaşta çocuğu olan kadınlara yönelik nakit destek ve çek uygulaması; 3. İşverenlerin hizmet veren merkezlerle anlaşarak, küçük çocuğu olan çalışanlar için, hizmet ücretlerinin bir kısmını veya tamamını karşılaması; 4. Birden fazla işverenin bir araya gelerek hizmet satın alması ile bu hizmetin sağlanması; 5. Sendikaların kendi bünyelerinde merkez açması ya da iş yerlerinde kurulan merkezlere destek olması; 6. Tüm dünyada erken çocukluk dönemi bakımı ve eğitiminin en önemli aktörlerinden olan belediyelerin hizmet sunması; 7. Mahalle düzeyinde kurulan/toplum temelli merkezler; 8. Kurumsal hizmetlerin yaygın olmadığı 0-3 yaş grubundaki çocuklara yönelik ev temelli hizmetler.³⁷

Dolayısıyla, kamusal olarak bu hizmetleri sunmanın yanı sıra, yukarıda anılan diğer modellerle de söz konusu hizmetler desteklenebilir ve yaygınlaştırılabilir.

III. Erken Dönem Çocuk Bakımı ve Eğitimine Erişimin Kadının İnsan Haklarıyla İlişkisi

İnsan haklarına erişimde ya da hakların kullanımında toplumsal cinsiyete dayalı eşitsizlik ve sorunlar literatürde çokça tartışılmış ve bu konu kapsamlı bir başlık haline gelmiştir.³⁸ Bu çalışmada kadınların temel haklara erişimi özellikle zorunlu eğitim öncesi dönemde çocukların bakım ve eğitimi bağlamında değerlendirilmektedir. Konunun insan hakları çerçevesinde ele alınması için başvurulabilecek çok sayıda uluslararası düzenleme bulunabilir ancak özellikle dört belgenin, konuya ilişkin anlamlı bir çerçeve çizmek açısından yeterli olduğu düşünülmektedir.

³⁷ Dedeoğlu/Şahinkaya/Sıralı, s. 21-23.

³⁸ Bu konuda örnek olarak bkz. Sullivan, Donna, "Women's Human Rights and the 1993 World Conference on Human Rights", *American Journal of International Law*, Vol 88(1), ss. 152-167; *Women's Rights, Human Rights: International Feminist Perspectives*, (eds.) J. S. Peters, Andrea Wolper, Routledge, 1995; Arvonne S. Fraser, "Becoming Human; The Origins and Development of Women's Human Rights", *Human Rights Quarterly*, Vol. 21, 1999, ss. 853-906.

Zorunlu eğitim çağından önce çocuklara verilen bakımın aslında eğitsel faaliyetlerle iç içe geçtiğini yukarıda belirtmiştik. Bu dönemde kız ve erkek çocuklarına eşit imkanların sağlanmasının, kız çocuklarının ilerleyen yıllarda da okula daha uzun devam etmesini ve eğitim hayatında daha başarılı olmasını sağladığı çalışmalarla ortaya konmuştu. Bu ilişki, okul öncesi dönemdeki bakım ve eğitimin çocukların -ve özellikle bu konuda dezavantajlı durumda olan kız çocuklarının- eğitim hakkını kullanması açısından giderek belirleyici olduğunu göstermektedir.

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin (ESKHS) eğitim hakkına ilişkin 13. maddesinde ilköğretimin herkes için zorunlu ve parasız olduğu, diğer kademelerin ise aşamalı olarak parasız hale getirilmesi ve herkese sunulması gerektiği belirtilir. Maddede ilköğretim öncesi dönem düzenlenmemiştir. Buna karşılık CEDAW'ın eğitim hakkına ilişkin (madde 10/a) maddesinde taraf devletlerin almaları gereken tedbirler belirtilirken *“Meslek ve sanat rehberliği verilmesinde, kentsel alanlarda olduğu gibi kırsal alanlarda da eğitim kuruluşlarına girme ve bu kuruluşlardan diploma almada eşit şartların sağlanması; bu eşitlik okul öncesi eğitim ile genel, teknik, mesleki ve yüksek teknik eğitimde, ve her çeşit mesleki öğretimde sağlanır”* denilerek, okul öncesi eğitim döneminde de cinsiyet eşitliğinin sağlanması gerekliliğine dikkat çekilir. CEDAW'daki bu düzenlemeyi de dikkate alarak, eğitim hakkının okul öncesi eğitim dönemiyle ilişkisini düşünmek ve -günün gerekleri çerçevesinde- okul önce eğitimi de eğitim hakkı kapsamına almak düşünülmelidir.

Çalışma hakkı bakımından konuyu değerlendirebilmek için öncelikle ESKHS'ye bakmak gerekir. ESKHS'nin 6. maddesi çalışma hakkını şöyle düzenler:

1. Bu Sözleşme'ye Taraf Devletler, herkesin serbestçe seçtiği ya da kabul ettiği bir işte çalışarak hayatını kazanma fırsatı veren çalışma hakkını tanırlar ve bu hakkın korunması için gerekli tedbirleri alırlar.

2. Bu Sözleşme'ye Taraf bir Devletin, bu hakkı tam olarak gerçekleştirmek için alacağı tedbirler, teknik ve mesleki rehberlik ile eğitim programlarını, bireyin temel ekonomik ve siyasal özgürlüklerini koruyan şartlar altında, düzenli şekilde ekonomik, sosyal ve kültürel gelişimi ile tam ve üretken istihdamını sağlamaya yönelik politika ve teknikleri içermelidir.

Kişinin serbestçe seçtiği bir işte çalışabilmesinin pek çok koşula bağlı olduğu kuşkusuzdur. Toplumsal cinsiyet açısından bakıldığında; çocukluk döneminden itibaren alınan eğitimin niteliği ve süresi, kişinin hangi mesleklere yönlendirildiği, teknik ve mesleki eğitime ya da yükseköğretime erişebilmek, eğitimin yeterli düzeyde alınabildiği durumlarda bile bir işe başvurabilecek koşullara sahip olmak; sonrasında medeni hal değişikliği, çocuk sahibi olmak, evde bakım ihtiyacı duyan başka bireylerin olup olmaması gibi değişkenler, kadın ve erkek istihdamı açısından belirleyici olmaktadır.

Kadınlar açısından çalışmayla ilgili iki temel zorluk olduğu söylenebilir. İlk olarak, yukarıda da verilerle sabit olduğu üzere, kadın emeğinin dikkate değer bir bölümü karşılıksız ev içi emektir ve bu emek türü uzun süre çalışma kapsamına alınmamış, ekonomik olarak ölçülmemiştir. 2013 yılı çalışma istatistiklerinden itibaren ücretsiz bakım vermek, ILO tarafından bir iş (work) olarak tanımlanmış³⁹ ve böylece dikkate alınmaya başlanmıştır. İkincisi, kadınların önemli bir bölümü kayıt dışı çalışmaktadır. Bu da emeklilik hakkında veya iş kazası, hastalık, sakatlık gibi kendi elinde olmayan nedenlerle iş göremez hale geldiğinde formel sektörde çalışanlara sağlanan güvencelerden yoksun kalma sonucunu doğurur.

Bekâr ve yalnız yaşayan anneler bakımından sorunun daha da büyük olduğu söylenebilir zira çocuğuna bakmak için çalışmaz ise tek başına geçinmesi mümkün olmayacak; çalışır ise de çocuğun bakım ve eğitim maliyetini karşılayabilecek kadar ücreti olan bir iş bulması gerekecektir. Herkesin bakım hizmeti verecek bir yakını olmayabilir. Kaldı ki bu bakım desteğini ailedeki kadınlardan ya da yakınardan almak, çoğu durumda yine karşılıksız emek demektir. Çalışan kadınlar bakım işi nedeniyle işten ayrılmadıklarında ancak bakım işi sorununu halletmeleri gerektiğinde, çocuk bakımını ya ailedeki diğer kadınlar ücretsiz olarak yapmakta, ya da enformel olarak çalışan kadınlardan bu hizmet alınmaktadır. Sonuç olarak, çocuk bakımı hemen her durumda bir 'kadın meselesi' olarak kalmaktadır.

ESKHS madde 10, taraf devletlerin *"toplumun doğal ve temel birimi olan aileye, özellikle ailenin kurulması için ve aileye bağımlı çocukların bakım ve*

³⁹ Care Work and Care Jobs, s. 5.

eğitiminden sorumlu oldukları sürece, en geniş koruma ve yardımın yapılması gerektiğini kabul” ettiklerini belirtir. Madde 10/2’ye göre “annelere, doğumdan önce ve sonra makul bir süreyle özel bir koruma sağlanmalıdır. Bu dönem içinde, çalışan anneler ücretli izinden ya da yeterli sosyal güvenlik tedbirlerini kapsayan izinden yararlanmalıdırlar”. Yine madde 10(3)’e göre “bütün çocuklar ve gençler yararına, ebeveynlikten ya da başka koşullardan dolayı hiçbir ayırım gözetilmeksizin, özel koruma ve yardım tedbirleri alınmalıdır”.

CEDAW’ın çalışma yaşamında fırsat eşitliğine ilişkin düzenlemesi burada belirtilen hususlara ek olarak “özellikle emeklilik, işsizlik, hastalık, malullük, yaşlılık ve diğer iş göremezlik gibi hallerde sosyal güvenlik hakkı ile birlikte ücretli izin hakkı”(Madde 11/1/e) ve “güvenli şartlar içinde çalışma hakkı ve sağlığın ve bu arada doğurganlığın korunması hakkı”nı (Madde 11/1/f) güvence altına alır. Aynı madde evlilik ve annelik sebebiyle kadınlara karşı olan ayrımı önlemek ve etkin çalışma hakkını sağlamak amacıyla alınacak önlemler başlığı altında şu düzenlemeye yer verir: “özellikle çocuk bakımevleri ağının tesisi ve geliştirilmesi yoluyla anne ve babanın aile yükümlülüklerini, görev sorumlulukları ve kamu hayatına katılma ile birleştirmeyi mümkün kılan destekleyici sosyal hizmetlerin sağlanmasını teşvik etmek” (Madde 11/2/c).

ESKHS ve CEDAW’daki bu düzenlemeler, ailenin, annenin ve çocuğun korunması için gerekli sosyal hizmetleri sağlama ödevini devlete yükler. Ayrıca, ev içi görünmeyen emeğin de çalışma kapsamında dikkate alınması ve çalışmaya bağlı güvencelerin buna göre düzenlenmesi gerekir.

CEDAW, kadına yönelik ayrımcılık konusuna özgülenen bir uluslararası sözleşme olarak, tüm insan haklarını ve haklara erişimde karşılaşılan eşitsizlikleri kadınlar ve kız çocukları açısından ele alır. Sözleşmenin başlangıç bölümünde aslında kadın emeğinin görünmezliğine dikkat çekilir:

(...) kadınların ailenin refahına ve toplumun kalkınmasına yaptıkları büyük katkıların henüz tam olarak anlaşılmadığının, anneliğin sosyal önemi ve ana ve babanın aile içinde ve çocukların büyütülmesindeki rollerini göz önünde bulundurarak ve kadınların neslin üremesindeki önemli rolünün aile içinde ayrıma neden olmaması gerektiğinin, nitekim

çocukların yetiştirilmesinde kadın ve erkek ile toplumun tamamının sorumluluğu paylaşımları gerektiğinin bilincinde olarak taraf devletler Sözleşmedeki hususlarda anlamışlardır.⁴⁰

Sözleşme taraf devletlere özellikle siyasal, sosyal, ekonomik ve kültürel alanlarda haklardan eşit yararlanmayı sağlayacak yasal düzenlemeler yapmak (Madde 3) ve kadın-erkek eşitliğini fiilen sağlamak üzere geçici özel önlemler almakla (Madde 4) birlikte, diğer uygun önlemleri alma yükümlülüğünü de yükler (Madde 5):

a) Her iki cinsten birinin aşağılığı veya üstünlüğü fikrine veya kadın ile erkeğin kalıplaşmış rollerine dayalı ön yargıların, geleneksel ve diğer bütün uygulamaların ortadan kaldırılmasını sağlamak amacıyla kadın ve erkeklerin sosyal ve kültürel davranış kalıplarını değiştirmek;

b) Anneliğin sosyal bir görev olarak anlaşılmasını ve çocukların yetiştirilmesi ve gelişiminde kadın ve erkeğin ortak sorumluluğunun tanınmasını öngören ve her durumda çocukların çıkarlarını herşeyden önce gözetilen anlayışa dayanan bir aile eğitimini sağlamak.

Aile içi eşitliğe ilişkin düzenlemeye göre "*medeni durumlarına bakılmaksızın, çocuklarla ilgili konularda ana ve babanın eşit hak ve sorumlulukları tanınacak*"tır (Madde 16/d).

Devletlerin, anneliğin sosyal bir görev olduğu ve ebeveynlerin ortak sorumluluk sahibi oldukları kabulüne dayalı ikincil yasal düzenlemeleri ve bunları hayata geçirecek kurumları kurmakla yükümlü olduğuna dikkat etmek gerekir.

Kadınların ekonomik ve sosyal hayatın her alanında eşit fırsatlara sahip olabilmesi, eğlence, spor ve kültürel hayatın bütün yönlerine katılma haklarını (Madde 13/c) kullanabilmelerini de içerir. Zamanının büyük bir bölümünü ev içi bakım emeğine ayıran kadınların sosyal hayatın her alanında eşit fırsatlara sahip olması mümkün olamaz.

Çocuk Hakları Sözleşmesi (ÇHS), çocuğun yetiştirilmesinde ve gelişmesinin sağlanmasında ilk önce anne-babaya, durum gerektiriyorsa yasal vasiye ve devlete ödev yükler. Madde 18/2 ve 3 konumuz bakımından özellikle önemlidir:

⁴⁰ Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi

(...)

2. Bu Sözleşme’de belirtilen hakların güvence altına alınması ve geliştirilmesi için Taraf Devletler, çocuğun yetiştirilmesi konusundaki sorumluluklarını kullanmada ana-baba ve yasal vasilerin durumlarına uygun yardımı yapar ve çocukların bakımı ile görevli kuruluşların, faaliyetlerin ve hizmetlerin gelişmesini sağlar.

3. Taraf devletler, çalışan ana-babanın, çocuk bakım hizmet ve tesislerinden, çocuklarının da bu hizmet ve tesislerden yararlanma hakkını sağlamak için uygun olan her türlü önlemi alırlar.

Görüldüğü gibi 18/3 hükmü açısından çocuk bakım ve hizmet kurumlarından yararlanmak hem çalışan ana-baba hem de çocuk açısından temel hakların gereğidir. Elbette buradaki çalışan ana-baba ifadesini de sorgulamak gerekir. Zira çocuk bakım ve eğitim kurumlarına erişimi salt çalışan ebeveynlere sunup diğerleri açısından güvence altına almamak, çalışmayan ebeveynler söz konusu olduğunda çocuk bakımı ve eğitimindeki temel sorumluluğu yine anneye yüklemek sonucunu doğuracaktır. Ulusal mevzuatta da çalışan-çalışmayan ayrımı gözetilmemiştir.

Bütün bunlara ek olarak, toplumsal cinsiyete dayalı şiddetin kadın ve erkek arasında tarihten gelen güç eşitsizliğinin sonucu olduğu düşünüldüğünde, erken çocukluk döneminden itibaren sunulacak bakım ve eğitim, şiddet bağlamında iki açıdan önemli bir işlev görebilir: İlk olarak, bu dönemde verilecek bakım ve hizmetin eşitlikçi bir bakış açısıyla verilmesi, çocukların eşitliğe ilişkin yaklaşımları ve hayattan beklentileri açısından olumlu bir rol oynayacaktır. Çocuk yetiştirmenin toplumsal bir görev olarak görülmesi ve çocuk bakımına ilişkin yerleşik değer yargılarının sorgulanması, yine anne ve babalık görevleri üzerinde düşünmeyi, bir cinsiyeti ‘doğal’ kabul edilen rollere hapsederek eşitsiz bir iş yüküne boğmanın adil olmadığını görmeyi kolaylaştıracaktır. İkincisi, bu tür hizmetlerin sağlanması, kadını pek çok temel hakkına erişimden mahrum bırakarak, fiziksel, psikolojik ve ekonomik şiddete daha açık hale getiren koşulların dönüşümünde önemli bir rol oynayacaktır. Bu noktada kadına yönelik şiddet ve hane içi şiddet önlemeye dair İstanbul Sözleşmesinin⁴¹ eğitime ilişkin düzenlemesine dikkat çekmek isteriz:

⁴¹ Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi, İstanbul, 11.V.2011.

Taraflar, yerine göre, tüm eğitim seviyelerinde resmi müfredata, kadın erkek eşitliği, toplumsal klişelerden arındırılmış toplumsal cinsiyet rolleri, karşılıklı saygı, kişisel ilişkilerde çatışmaların şiddete başvurmadan çözüme kavuşturulması, kadınlara karşı toplumsal cinsiyete dayalı şiddet ve kişiliğin bütünlüğüne saygı gibi konuların, öğrencilerin zaman içinde değişen öğrenme kapasitelerine uyarlanmış bir biçimde dahil edilmesi için gereken tedbirleri alacaklardır (Madde 14/1).

IV. Türkiye'deki Durum

Türkiye, 2018 yılı itibariyle, OECD ülkeleri arasında erken çocukluk dönemi bakım ve eğitime erişim oranı en düşük olan ülkedir. 3 yaşından küçük çocukların kayıt oranlarının OECD ortalaması %33,81 iken, Türkiye'de bu oranın %0,22 olduğu belirtilmektedir.⁴² OECD ülkelerinde 3 yaşındaki çocukların okul öncesi eğitime katılım oranları %60 ile %100 arasında değişirken, Türkiye'de bu oran da %10'da kalmaktadır.⁴³ Uluslararası veriler ışığında değerlendirildiğinde Türkiye'nin erken çocukluk dönemi bakım ve eğitim hizmetlerine erişimde oldukça geri kaldığı, ayrıca ülke içinde bölgesel olarak da bu hizmetlere erişim oranlarının oldukça farklılaşabildiği; 2000'li yıllardan itibaren 5 yaş grubunun okullaşma oranında artış sağlandığı ancak 5 yaş altı çocuklarda, özellikle de 3 yaşın altında bakım ve eğitime erişimin ciddi bir sorun olduğu tespit edilmektedir.⁴⁴

⁴² Gültekin Derya/Özcanlı Baran Pınar, "Türkiye'de Erken Çocukluk Bakımı ve Okul Öncesi Eğitim: Ulusal, Bölgesel ve Uluslararası Düzeylerde bir Değerlendirme", *Kesit Akademi Dergisi*, 7 (29), s. 426.

⁴³ Gültekin/Özcanlı Baran, s. 426.

⁴⁴ Gültekin/Özcanlı Baran, s. 431-432; ERG Raporuna göre Türkiye'de erken çocukluk döneminde bakım ve eğitim 2008 yılından itibaren dikkatle ele alınmaya başlanmış ve görece ilerleme kaydedilmiş, ancak 2012 yılında 4+4+4 uygulamasına geçilmesi, zorunlu eğitime başlama yaşının düşürülmesi ve okul öncesi eğitimin zorunlu eğitim kapsamına alınmamasıyla birlikte, okul öncesi bakım ve eğitime erişimde de belirgin bir düşüş olmuştur. Bkz. Oral/Yaşar/Tüzün, s. 10-11. Bahsedilen çalışma okul öncesi eğitimin önemine ve çocuğu zorunlu eğitime hazırlama niteliğine odaklanan bir çalışma olduğu için, zorunlu eğitimin bir yıl öne çekilmesi başlı başına olumlu bir gelişme olarak değerlendirilmemektedir. Zira çocuklar bir yıl daha erken başlasa dahi, bunun öncesinde bakım ve eğitime erişimleri hala sınırlı kalmaktadır.

Bu tabloda mevzuattan kaynaklanan zorlukların payı vardır. Ancak bunun da ardında yatan sorun, konuya ilişkin insan haklarına odaklı bir sosyal politikanın eksikliğidir.

222 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu'nun (İEK) 2019 yılında değişiklik yapılan 3. maddesine göre "*Mecburi ilköğretim çağı, 6-14 yaş grubundaki çocukları kapsar. İlkokulların birinci sınıflarına o yılın 31 Aralık tarihinde 72 ayını dolduran çocukların kaydı yapılır*". Ebeveynlerin izni doğrultusunda 66 aylık çocukların da ilkokula kaydı yapılabilmektedir. Zorunlu eğitimden önceki dönem ise erken çocukluk dönemi olarak değerlendirildiğimiz dönemdir.

Türkiye'de erken çocukluk döneminde verilen bakım ve eğitim hizmetleri, yaş gruplarına göre üç grupta toplanmakta ve bakım veren kurumlar da bu aralıklara göre çeşitlilik göstermektedir: a) 0-72 ay grubundaki çocuklar için gündüz bakım evleri ve kreşler; b) 36-68 ay grubundaki çocuklar için anaokulları; c) 57-68 ay grubundaki çocukların eğitimi için, örgün eğitim ve hayat boyu öğrenme kurumları bünyesinde açılan ana sınıfları.⁴⁵

0-72 ay grubundaki çocuklar için erken dönem bakım ve eğitim hizmeti veren özel kreş ve gündüz bakım evlerinin ruhsatlandırılması ve denetimi Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'nın (AÇSHB) görevidir. Devlete bağlı anaokulları ve anasınıfları açmanın yanı sıra, gerçek ve tüzel kişiler tarafından açılacak anaokulları ve anasınıflarına ruhsat vermek ve denetimini yapmak Milli Eğitim Bakanlığı'nın (MEB) görevidir.⁴⁶ Bunlar dışında, kamu kurumları, belediyeler, sendikalar, ticari işletmeler, dernekler ve vakıflar tarafından da bu hizmetler verilmektedir. Bu kurumlar AÇSHB veya MEB'e başvuruda bulunarak ruhsat alıp bakım ve

Kadınların ev içi bakım emeği açısından değerlendirildiğinde de benzer bir sonuca varmak mümkündür: her ne kadar çocuklar zorunlu eğitime başlamak üzere 1 yıl erken okula gitseler de, önceki dönem yine kadının ücretsiz bakım emeğine ihtiyaç duyulan dönem olarak kalmakta ve sınırlı sayıda çocuk ve kadın bu hizmetlerden yararlanmaktadır.

⁴⁵ Dedeoğlu/Şahinkaya/Sıralı, s. 19.

⁴⁶ İEK Madde 13'e göre "Okul öncesi kurumlarında mecburi öğrenim çağına gelmemiş olan çocuklar eğitilir. (...) bu kurumlar gerçek ve tüzel kişilerle belediyeler, özel idareler ve Devlet tarafından açılabilir".

eğitim hizmeti verebilirler.⁴⁷ MEB işin eğitim kısmına ağırlık vermişken, bakım hizmetleri AÇSHB'nin alanına girmektedir. Öte yandan AÇSHB'nin kendisi kreş ve gündüz bakımevi açmayı, sadece özel merkezlere ruhsat verilmesi ve bu merkezlerin denetlenmesinden sorumludur.⁴⁸

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun (DMK) 191. maddesi⁴⁹ memurlar için "sosyal tesis ihtiyaçları" kapsamında çocuk bakımevi açılabileceğini düzenlemiş ve bir sosyal hak olarak değil sosyal tesis ihtiyacı olarak gördüğü bu kurumları açmayı da idarenin takdirine bırakmıştır. Konuya ilişkin olarak Maliye Bakanlığı'nca çıkarılan bir tebliğ ise bu hizmeti kısmen ücretli hale getirmiş; kreşten yararlananlardan katkı payı alınmaması veya bedelin kurum bütçesinden karşılanması Sayıştay tarafından "kamu zararı" olarak nitelendirilerek soruşturmaların açılmasına neden olmuş, bu ise birçok kurumun bünyesinde açtığı kreşleri kapatmasıyla sonuçlanmıştır.⁵⁰

Diğer yandan, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 30. maddesine göre çocuk bakım kurumlarının açılması yönetmeliklerce düzenlenecektir. Bu doğrultuda Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik⁵¹ çıkarılmıştır. Yönetmeliğin 13. maddesine göre "*Yaşları ve medeni halleri ne olursa olsun, 150'den çok kadın çalışmanı olan işyerlerinde, 0-6 yaşındaki çocukların bırakılması, bakımı ve emziren çalışanların çocuklarını emzirmeleri*

⁴⁷ Dedeoğlu/Şahinkaya/Sıralı, s. 19.

⁴⁸ Dedeoğlu/Şahinkaya/Sıralı, s. 53.

⁴⁹ Madde 191 – (Yeniden düzenleme: 29/11/1984 - KHK 243/29 md.) Devlet Memurları için lüzum ve ihtiyaç görülen yerlerde çocuk bakımevi ve sosyal tesisler kurulabilir. Bunların kuruluş ve işletme esas ve usulleri Devlet Personel Başkanlığı ile Maliye ve Gümrük Bakanlığınca birlikte hazırlanacak genel yönetmelikle belirlenir.

⁵⁰ Kamile Türkoğlu Üstün, "Kadının Ücretsiz Bakım Emeğinin Azaltılması Kapsamında Kurumsal Çocuk Bakım Hizmetlerine Erişim (Kreş) Hakkı", *Çalışma ve Toplum*, 2020/3, 1559-1592, s. 1576-1577.

⁵¹ Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik, 16.8.2013 tarihli Resmi Gazete, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=18728&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5>.

için işveren tarafından, çalışma yerlerinden ayrı ve işyerine yakın EK-IV'te belirtilen şartları taşıyan bir yurdun kurulması zorunludur". İşverenler, ortaklaşa oda ve yurt kurabilecekleri gibi, kamu kurumlarınca yetkilendirilmiş yurtların bu hizmeti yerine getirmesini sağlayabilirler. Yönetmeliğe göre oda ve yurtların kuruluş giderleri işverence karşılanacaktır. Ancak bu düzenleme de çeşitli sorunlar barındırmaktadır. Her şeyden önce Türkiye'deki işletmelerin çoğunluğunu küçük ve orta ölçekli işletmeler oluşturmaktadır ve Yönetmeliğin getirdiği bu yükümlülük çok az sayıdaki işyeri için geçerlidir.⁵² Düzenlemede sadece kadın işçinin esas alınması, çocuk bakımının kadının görevi olduğu anlayışından kaynaklandığı ve bu anlayışı pekiştirmeye hizmet ettiği için sakıncalıdır. Dahası, bu sorumluluktan ve masraftan kaçınmak isteyen işveren, kadın işçi çalıştırmaktan da kaçınmaktadır. Ayrıca işverenler çocuk bakım ve eğitim hizmeti sunmak yerine para cezası ödemeyi tercih etmektedirler.⁵³ Ancak Yargıtay, işverenin kreş açma yükümlülüğünü yerine getirmemesini haklı fesih sebebi olarak kabul eden bir karar⁵⁴ vermiştir ve bu karar önemlidir.

Belediyelerin okul öncesi eğitim kurumu açabilmesinin yasal dayanağı İlköğretim ve Eğitim Kanunu'nun 13. maddesi ve 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 14. maddesidir. Öte yandan AYM son derece tartışmalı bir kararla,⁵⁵ kreş hizmetini okul öncesi eğitim olarak değerlendirmiş ve belediyelerin yerel nitelikte kuruluşlar olup, ulusal nitelikte olan eğitim faaliyetini gerçekleştiremeyeceklerine karar vererek, Belediye Kanunu'ndaki ilgili düzenlemeyi iptal etmiştir.⁵⁶ AYM'nin bu kararı yasal bir belirsizliğe ve belediyelerin kreş açmaları konusunda çekimser kalmalarına neden olmuştur. Yine de belediyeler farklı yasal dayanaklar çerçevesinde bu hizmeti vermeye devam etmektedirler. Belediyeler 657 sayılı DMK md.191 çerçevesinde kendi çalışanlarının çocukları için; Anayasa

⁵² Dedeoğlu/Şahinkaya/Sıralı, s. 19.

⁵³ Türkoğlu Üstün, s. 1580-1581.

⁵⁴ Yargıtay 9. H.D., E: 2015/5175, K: 2016/19971, KT: 14.11.2016; Türkoğlu Üstün, s. 1581.

⁵⁵ AYM, E: 2005/95, K: 2007/5, KG: 24.1.2007, (çevrimiçi:

<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2007/5?EsasNo=2005%2F95&KararNo=2007%2F5>).

⁵⁶ Kararın değerlendirilmesine ilişkin olarak bkz. Türkoğlu Üstün, s. 1582-1584.

m. 127 uyarınca mahalli müşterek ihtiyaçları karşılamak için; 5393 sayılı Belediyeler Kanunu (BK) m. 14 uyarınca sosyal hizmet ve yardım başlığı altında; yine aynı Yasanın 70-71. maddeleri uyarınca belediye şirketi ve bütçe içi işletme ile; 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu md. 7 uyarınca kadınlar ve çocuklar için sosyal ve kültürel hizmetleri yürütmek amacıyla, kreşler açmaktadır.⁵⁷

Değerlendirme

Uluslararası insan hakları belgelerinde erken dönem çocuk bakımı hizmetine erişim konusu farklı düzenlemelere serpiştirilmiş haldedir. Bununla birlikte, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının, ayrıca kadınların çalışma ve çalışmayla ilgili haklarının, eğitim hakkının, sosyal güvenlik hakkının, kadınların ekonomik ve sosyal hayatın her alanında eşit fırsatlara sahip olabilmesi, eğlence, spor ve kültürel hayatın bütün yönlerine katılma haklarının gereği olarak, erken çocukluk döneminde bakım ve eğitim hizmetlerinin kamusal olarak sağlanması gerekir.

Günümüzde eğitim hakkının okul öncesi eğitimi de kapsadığını kabul etmek gerekir. Bu açıdan CEDAW'ın eğitim hakkına ilişkin hükmünde, eğitimin her aşamasında kadınlarla erkeklerin aynı haklara sahip olmaları gerekliliği düzenlenirken, okul öncesi eğitimin de belirtildiğine dikkat çekmek gerekir. Diğer yandan, örneğin henüz eğitime devam etmekte olan bir genç annenin eğitimini sürdürebilmesi, kadının iş yaşamına katılabilmesi ve çocuk sahibi olduktan sonra kendi isteği dışında işten ayrılmak zorunda kalmaması, emeklilik vb. çalışmaya bağlı diğer haklardan mahrum kalmaması, fiziksel ve ruhsal sağlığını koruyabilmesi, kendini gerçekleştirebilmesi, sosyal ve kültürel hayata katılabilecek zamanı elde etmesi açısından, kamusal bakım ve eğitim hizmetlerine ulaşabilmesi kritik öneme sahiptir. Hatta bu hizmetler, toplumsal cinsiyete ilişkin kalıpyargılarla mücadele edilmesi ve kadına yönelik toplumsal cinsiyete dayalı şiddetle mücadele edilmesi ile de ilişki içindedir. ÇHS temelinde bakıldığında ise bu tür kurumlara erişimin açıkça çocuk için bir temel hak olduğunu söyleyebiliriz.

⁵⁷ Dedeoğlu/Şahinkaya/Sıralı, s. 37, bkz. Şekil 3: Belediye Uygulaması.

Türkiye insan haklarına ilişkin yukarıda anılan tüm sözleşmelere taraf ülke olarak, erken çocukluk dönemi bakım ve eğitim hizmetlerine erişimi, hem çocuk hem de kadın haklarının gereği olarak sağlamakla yükümlüdür. Ayrıca Anayasa'nın sosyal devlet ilkesine ilişkin hükmü (md. 2), devletin *“kişilerin temel hak ve hürriyetlerini sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışma”* ödevi (md. 5); kadın ve erkeklerin eşit haklara sahip olduğuna ve devletin bu eşitliği yaşama geçirmekle yükümlü olduğuna dair eşitlik ilkesi (md. 10), devletin *“ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması (...) için gerekli tedbirleri”* alacağına dair hükmü, ulusal düzeyde de devletin bu hizmetleri herkes için bir temel hak olarak erişilebilir kılması gerektiğini ortaya koyar.

Ne var ki konuya ilişkin yasal çerçevenin karmaşıklığı ve yer yer birbiriyle uyumsuzluğu da, kurumsal yapıdaki yetersizlikler de, bu hakka ilişkin yükümlülüklerin yerine getirilmediğini göstermektedir. Salt TÜİK verilerine bakmak dahi kadının ev için ücretsiz emeği ve bakım emeği açısından ne kadar orantısız bir yük altında olduğunu gösterirken konunun planlı bir şekilde ele alınmaması, erken çocukluk dönemindeki bakım ve eğitim hizmetlerinin kadınlar ve çocuklar açısından bir temel hak meselesi ve devletin yükümlülüğü olarak ele alınmadığını; aksine çocuk bakımının ve zorunlu eğitim çağından önceki eğitimin esas olarak hane içindeki kadınların görevi olduğu anlayışının sosyal politikada belirleyici olduğunu göstermektedir.

ZUSAMMENFASSUNG

Die frühe Kindheit bezieht sich auf den Zeitraum von der Geburt des Kindes bis zum Alter von sieben Jahren, und es wird angenommen, dass die Gehirnentwicklung des Kindes in diesem Zeitraum weitgehend abgeschlossen ist. Aus diesem Grund konzentrieren sich die heutigen Bildungsmodelle auf den Beginn der Ausbildung eines Kindes vor der obligatorischen Schulzeit und betonen die wirtschaftlichen und sozialen Vorteile des Zugangs zu diesen Dienstleistungen. Darüber hinaus wird das Thema im Zusammenhang mit der Beziehung zwischen Entwicklung und Frauenbeschäftigung behandelt.

In der Tat ist die Zeit vor der obligatorischen Schulzeit ein Zeitraum, in dem Kinderbetreuung und Erziehung miteinander verknüpft sind, und die in diesem Zeitraum erbrachten Leistungen stehen im Zusammenhang mit den verschiedenen Grundrechten von Kindern und Frauen. In dieser Studie wird die Rolle der frühkindlichen Betreuungs- und Bildungsdienste für den Zugriff von Frauen (und Mädchen) auf die Menschenrechte untersucht.

In den internationalen Menschenrechtsinstrumenten ist die Frage des Zugriffs auf die frühkindliche Betreuung in verschiedenen Bestimmungen enthalten. Als Voraussetzung für den Grundsatz der Gleichheit und Nichtdiskriminierung sowie für das Recht der Frauen auf Arbeit und Beschäftigung, das Recht auf Bildung und soziale Sicherheit, die Chancengleichheit der Frauen in allen Bereichen des wirtschaftlichen und sozialen Lebens und ihr Recht auf Teilnahme an allen Aspekten des Freizeit-, Sport- und Kulturlebens müssen jedoch frühkindliche Betreuungs- und Bildungsdienste öffentlich bereitgestellt werden. Heute muss anerkannt werden, dass das Recht auf Bildung auch die Vorschulbildung umfasst. In dieser Hinsicht ist die CEDAW-Bestimmung über das Recht auf Bildung äußerst präzise. Andererseits ist der Zugang zu öffentlichen Betreuungs- und Erziehungsdiensten von entscheidender Bedeutung, damit beispielsweise eine junge Mutter, die sich noch in der Ausbildung befindet, ihre Ausbildung fortsetzen kann, damit Frauen am Arbeitsleben teilhaben können und nach der Geburt eines Kindes nicht gegen ihren Willen ihren Arbeitsplatz aufgeben müssen, damit ihnen nicht andere mit der Arbeit verbundene Rechte wie Rentenansprüche usw. vorenthalten werden, damit sie ihre körperliche und geistige Gesundheit schützen können, damit sie sich selbst verwirklichen können und damit sie Zeit haben, am sozialen und kulturellen Leben teilzunehmen. Diese

Dienste stehen sogar indirekt mit der Bekämpfung von Geschlechterstereotypen und damit von geschlechtsspezifischer Gewalt gegen Frauen in Zusammenhang. Auf der Grundlage der Kinderrechtskonvention (CRC) ist der Zugang zu solchen Einrichtungen eindeutig ein Grundrecht des Kindes.

Nach Angaben der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) wird in fast allen Gesellschaften die meiste Betreuungsarbeit im Haushalt von unbezahlten Betreuungspersonen, meist Frauen und Mädchen, geleistet. Daten aus Zeitbudgeterhebungen von TÜİK und der türkischen Demografie- und Gesundheitserhebung 2018 zeigen, dass die Situation in der Türkei nicht anders ist und Frauen unverhältnismäßig viel Zeit für unbezahlte Haus- und Pflegearbeit aufwenden.

In der Türkei werden private Kinderkrippen und Kindertagesstätten, die frühkindliche Betreuung und Erziehung für Kinder im Alter von 0 bis 72 Monaten anbieten, vom Ministerium für Familie, Arbeit und Soziales zugelassen und überwacht. Das Ministerium für nationale Bildung eröffnet staatliche Kindergärten und Vorschulen und erteilt Lizenzen für Kindergärten und Vorschulen, die von natürlichen und juristischen Personen eröffnet werden, und beaufsichtigt diese. Darüber hinaus werden diese Dienstleistungen von öffentlichen Einrichtungen, Kommunen, Gewerkschaften, Wirtschaftsunternehmen, Vereinen und Stiftungen erbracht. Andererseits ist die Türkei das Land, das in Bezug auf den Zugang zu frühkindlichen Betreuungs- und Bildungsangeboten hinter den OECD-Ländern zurückliegt. Dies gilt insbesondere für Kinder unter 3 Jahren.

Als Vertragsstaat aller in dieser Studie erwähnten Menschenrechtskonventionen ist die Türkei verpflichtet, den Zugang zu frühkindlichen Betreuungs- und Bildungsangeboten als Voraussetzung für die Rechte von Kindern und Frauen zu gewährleisten. Darüber hinaus zeigen die Bestimmungen der Verfassung, dass der Zugang zu diesem Dienst eine Verpflichtung des Staates ist. Die diesbezüglichen Rechtsvorschriften sind jedoch unübersichtlich und manchmal unklar. Die Analyse der Gesetzgebung und der Praxis zeigt, dass die Kinderbetreuung nach wie vor als Frauensache angesehen wird und die Türkei die Anforderungen der internationalen Konventionen, denen sie beigetreten ist, nicht erfüllt. Während nationale Statistiken die unverhältnismäßig hohe Belastung von Frauen durch unbezahlte Haus- und Betreuungsarbeit belegen, zeigt das Fehlen eines geplanten Konzepts für dieses

Thema, dass frühkindliche Betreuungs- und Bildungsdienste nicht als eine Frage der Grundrechte von Frauen - und Kindern - betrachtet werden.

KAYNAKÇA

ACAR SAVRAN Gülnur, *Feminizm Yazıları, Kuramdan Politikaya*, Dipnot Yayınları, Ankara, 2018.

ACAR-SAVRAN Gülnur, “İkinci Baskıya Önsöz”, *Kadının Görünmeyen Emeği*, (haz. Gülnur Acar-Savran/Nesrin Tura Demiryontan, Yordam Kitap, İstanbul, 2012.

Care Work and Care Jobs for the Future of Decent Work, ILO, 2018 (Çevrimiçi: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_633135.pdf).

DEDEOĞLU Saniye/ŞAHİNKAYA Aslı/ SİRALİ Yasemin, *Kurumlar Arası İş Birlikleri ile Kadın İstihdamını Desteklemek: Erken Çocukluk Bakımı ve Eğitimi Uygulamaları*, Uluslararası Çalışma Örgütü Yayını, Ankara, 2021 (çevrimiçi: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-ankara/documents/publication/wcms_799679.pdf).

DELPHY Christine “Baş Düşman”, *Kadının Görünmeyen Emeği*, (haz. Gülnur Acar-Savran/Nesrin Tura Demiryontan, Yordam Kitap, İstanbul, 2012.

7 Çok Geç! Erken Çocukluk Eğitiminin Önemi Üzerinde Düşünceler ve Öneriler, UNESCO Raporu, 2008

GÜLTEKİN Derya/ÖZCANLI BARAN Pınar, “Türkiye’de Erken Çocukluk Bakımı ve Okul Öncesi Eğitim: Ulusal, Bölgesel ve Uluslararası Düzeylerde bir Değerlendirme”, *Kesit Akademi Dergisi*, 7 (29), 405-436.

GÜNEŞ Fatime, “Toplumsal Yeniden Üretim ve Karşılığı Ödenmeyen Kadın Emeği”, *Mesleki Sağlık ve Güvenlik Dergisi*, 2015,

MADRA Aysel, Türkiye’de Erken Çocukluk Bakımı ve Okul Öncesi Eğitime Katılım, AÇEV ve ERG Raporu, İstanbul, 2017, (çevrimiçi: <https://www.acev.org/wp-content/uploads/2018/01/Tu%CC%88rkiyede-Erken-C%CC%A7ocukluk-Bak%C4%B1m%C4%B1-ve-Okul-O%CC%88ncesi-Eg%CC%86itime-Kat%C4%B1m%C4%B1m-30.10.17.pdf>)

MEMİŞ Emel/ÖNEŞ Umut/KIZILIRMAK Burcu, “Kadınların Ev-Kadınlaştırılması: Ücretli ve Karşılıksız Emeğin Toplumsal Cinsiyet Temelli Bir Analizi, *Türkiye’de Refah Devleti ve Kadın*, (der. Saniye Dedeoğlu, Adem Yvuz Elveren), İletişim yayınları, İstanbul, 2012.

ORAL Işıl/YAŞAR Duygu/TÜZÜN Işık, Eğitim Reformu Girişimi ve AÇEV Raporu, Şubat 2016 (çevrimiçi: <https://www.egitimreformugirisimi.org/her-cocuga-esit-firsat-turkiyede-erken-cocukluk-egitiminin-durumu-ve-oneriler/>).

ÖZKAPLAN Nurcan, “Duygusal Emek ve Kadın İşi/Erkek İşi”, Çalışma ve Toplum, 2009/2

TÜİK Zaman Kullanımı Araştırması, 2014-2015, (çevrimiçi: TÜİK Kurumsal (tuik.gov.tr)

TÜİK Türkiye Aile Yapısı Araştırması, 2021, (çevrimiçi: <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Turkiye-Aile-Yapisi-Arastirmasi-2021-45813>).

Türkiye Nüfus ve Sağlık Araştırması 2018 (TNSA), Hacettepe Üniversitesi Nüfus Etütleri Enstitüsü, T.C. Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı ve TÜBİTAK, Ankara, 2019, (çevrimiçi: <http://www.openaccess.hacettepe.edu.tr:8080/xmlui/handle/11655/23345>)

TÜRKOĞLU ÜSTÜN Kamile, “Kadının Ücretsiz Bakım Emeğinin Azaltılması Kapsamında Kurumsal Çocuk Bakım Hizmetlerine Erişim (Kreş) Hakkı”, *Çalışma ve Toplum*, 2020/3, 1559-1592.

AYM, E: 2005/95, K: 2007/5, KG: 24.1.2007, (çevrimiçi: <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2007/5?EsasNo=2005%2F95&KararNo=2007%2F5>).

Yargıtay 9. H.D., E: 2015/5175, K: 2016/19971, KT: 14.11.2016

Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yayın İlkeleri ve Yazım Kuralları

A. Yayın İlkeleri

1. Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (TA-ÜHFD)/Zeitschrift für türkisch-deutsche Rechtsstudien (ZtdR), "Hakemli Dergi" statüsünde, yılda iki sayı (Haziran, Aralık) basılı olarak yayımlanır. Ayrıca çalışmaların PDF biçimli tam metinleri <http://hfd.tau.edu.tr> adresinde yayımlanır.

2. Dergiye gönderilen çalışmalar, başka bir yerde yayımlanmamış ve yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.

3. Derginin yayın dili Türkçe ve Almanca'dır, fakat niteliği dikkate alınarak İngilizce metinler de kabul edilecektir.

4. Dergide kamu hukuku ve özel hukuk alanlarında yazılmış makale ve çeviri çalışmalarına yer verilir. Ayrıca dergide, karar ve kitap incelemeleri, mevzuat değerlendirmeleri, sempozyum bildirileri ve bilgilendirici notlara da yer verilebilecektir. Bu nitelikteki çalışmaların kabulü veya geri çevrilmesi, dergi yayın kurulu tarafından yapılacaktır.

5. Çalışmanın yazarı adını, soyadını, iş adresini, telefon numaralarını ve e-posta adresini dergi sorumlusuna bildirmelidir.

6. Dergi yayın kurulu tarafından ilk değerlendirmede dergi yayın ilkelerine uygun bulunan makale çalışmaları, yazar adları metinden çıkarılarak, iki hakeme gönderilir. Hakem değerlendirmesi sonucunda hakemlerden birinin olumlu, diğerinin olumsuz görüş bildirmesi durumunda çalışma, üçüncü bir hakeme gönderilir. Çalışmanın yayımlanabilmesi için en az iki hakemin olumlu görüş bildirmesi gerekir. Yayın Kurulu tarafından ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olmadığı saptanan çalışmalar, hakeme gönderilmeden önce, yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir ve yazarları tarafından

en geç 15 gün içinde teslimi gereklidir. Hakemlerden gelen raporlar doğrultusunda çalışmanın yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir.

7. Çeviri çalışmaları bakımından, çeviri metni ile birlikte asıl metin ve hak sahiplerinin muvafakati da iletilmelidir. Ayrıca asıl metnin tam bibliyografik künyesinin (asıl metnin yayımlandığı eserin adı, yazarı, baskı yeri, baskı yılı, cildi, sayısı ve sayfaları) bildirilmesi gerekir. Çeviri çalışmaları da makale çalışmaları için geçerli olan hakem değerlendirilmesine tabi tutulur.

8. Fakülte tarafından yayımlanan nüshalarla sınırlı kalmak üzere; yayıma kabul edilen çalışmanın çoğaltma, yayma, umuma iletim, işleme ve çeviri konusundaki malî hakları, basılı, görsel, işitsel, sayısal vb. ortamlarda yurt içinde ve yurt dışında kullanılmak üzere Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne devredilmiştir. Telif ücreti ödenmeyeceği yazarlar tarafından kabul edilmiştir. Dergi yayın kurulu, çalışmaların yayımlanması konusunda yetkili kılınır.

9. Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nde yayımlanması istenen çalışmaların tauhfd@tau.edu.tr veya ztdr@tau.edu.tr e-posta adresine "Microsoft Word" yazılımı formatında (.doc, .docx) gönderilmesi gerekmektedir.

10. Dergide yayımlanmak üzere gönderilen çalışmaların içeriği ile ilgili tüm sorumluluk yazarlarına aittir.

B. Yazım Kuralları

1. İmlâ ve noktalama açısından (özel kullanımlar dışında) Türk Dil Kurumu'nun İmlâ Kılavuzu esas alınmalıdır. Gönderilen yazılar dil ve anlatım açısından bilimsel ölçülere uygun olarak açık ve anlaşılır olmalıdır.

2. **Başlık:** Çalışmanın Türkçe başlığı, 12 punto olmak üzere koyu (bold) ve Times New Roman yazı karakteri ile büyük harflerle sayfanın ortasına yazılmalıdır. İngilizce başlık, Türkçe başlıktan sonra, 12 punto olmak üzere koyu (bold) ve Times New Roman yazı karakteri ile büyük harflerle sayfanın ortasına yazılmalıdır.

3. Yazar/Yazarlar: Yazar/yazarların isimleri Türkçe ve İngilizce konu başlığının altında ve sağ tarafında yer almalı ve soyadının bitiminde yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta yazarın/yazarların unvanı, çalıştığı kurum, alanı ve e-posta adresi bildirilmelidir. Ayrıca yazar/yazarların "ORCID" bilgilerinin de sisteme girilmesi gerekmektedir.

4. Öz ve Özet: Türkçe "Öz", 10 punto yatık (italik) olarak koyu (bold) ve Times New Roman yazı karakteri ile 1 satır aralığıyla yazılmalı ve 500 kelimeyi geçmemelidir. Öz'ü takiben aynı şekilde "Abstract" başlığıyla İngilizce Öz de yer almalıdır. Ayrıca çalışmalarının sonunda, çalışma Türkçe dilinde kaleme alınmışsa, 'Zusammenfassung' başlığıyla Almanca bir özetin; Almanca dilinde kaleme alınmışsa, Türkçe bir "Özet" in yer alması gerekir. Bu özet, en az 500, en fazla 1000 kelime kullanılarak hazırlanmalı ve çalışmanın temel çerçevesini, sorunsalını ve sonucunu ortaya koyan bir içerikte olmalıdır.

5. Anahtar Kelimeler: Öz kısımlarının altında Türkçe "Anahtar Kelimeler" e ve İngilizce "Keywords" e yer verilmelidir. Anahtar kelime sayısı, makalenin erişimine olanak verecek alanları içerecek şekilde en az 4, en fazla 8 kelimedenden oluşmalıdır.

6. Çalışma Metni: Metin, 12 punto boyutunda, Times New Roman yazı karakteri kullanılarak, dik ve normal harflerle 1,5 satır aralığında yazılır. Dipnotlar ise, 10 punto boyutunda, Times New Roman yazı karakterinde, dik ve normal harflerle yazılır. Dipnotların sayfa altında gösterilmesi gerekmektedir. Aynen veya kısaltılarak yapılan alıntılar tırnak içinde ve yatık (italik) karakter kullanılarak belirtilir. Yabancı dildeki deyim ve özel isimlerde yatık (italik) yazı kullanılır. Metin içindeki yabancı kelimeler yatık (italik) olarak yazılmalıdır. Virgül, nokta ve öteki noktalama işaretlerinden sonra bir karakter boşluk bırakılır.

7. Çalışma Metnindeki Başlıklar: Konunun işlenişine göre rakam/harf sistemi esas alınarak yine 12 punto olmak üzere koyu (bold) ve Times New Roman yazı karakteri kullanılarak, dik ve normal harflerle ana, ara ve alt başlıklar kullanılabilir. Başlıklardaki her bir kelimenin ilk harfi büyük yazılmalıdır.

8. Kısaltmalar: Metin içerisindeki kısaltmalarda, kısaltılacak isim veya başlık metinde ilk defa kullanıldığında kısaltılmadan ve parantez

içinde kısaltması belirtilerek kullanılmalı veya kısaltılmış isim ya da başlık karşılıkları ile makalenin sonunda kaynakçadan önce yer alan kısaltmalar cetvelinde gösterilmeli; dipnotlarda kullanılan kısaltmalara ise, sadece kısaltmalar cetvelinde yer verilmelidir.

9. Metin içinde kullanılacak tablo ve şekillere sıra numarası ve başlık verilmelidir.

10. Dipnot Gösterimi: Dipnotlarda bir esere yapılan ilk atıfta yer alan bilgiler ile kaynakçada yer verilen eserin bilgileri aynı olacak şekilde yazılmalıdır. Dipnot gösterimleri aşağıdaki gibidir:

a) Kitaplar İçin:

Dipnotta kitaplara atıf yapmak için ilk olarak yazarın adı ve soyadı olmak üzere, kitabın başlığı, basıldığı yayınevi, basım yeri, basım yılı, sayfa numarası (s.) veya paragraf/kenar numarası (n.) gösterilir ve sonunda nokta kullanılır. Sadece kitap başlığı yatık (italik) verilmelidir.

Örnek: Mesut Serdar Çekin, *Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 23.

Birden fazla yazarlı kitaplara “yazarın adı soyadı/yazarın adı soyadı” şeklinde atıf yapılmalıdır. Hem tek yazarlı hem de birden fazla yazarlı kitaplar için sonraki dipnotlarda ise, “yazarın/yazarların soyadı, s. sayfa numarası” şeklinde atıf yapılmalıdır. (**Örnek:** Çekin, s. 71. – Akkanat/Çekin/Sarıkaya, s. 80.) Eğer aynı yazarın birden fazla kitabına atıf yapılacaksa, ilk atıftan sonraki atıflar için yazarın soyadı, kitabın başlığı ve sayfa numarası belirtilmelidir. Kitap başlığı kısaltılabilir. (**Örnek:** Çekin, *Kişisel Verilerin Korunması Kanunu*, s. 73.)

b) Makaleler İçin:

Dipnotta makalelere atıf yapmak için yazarın adı ve soyadı, makale başlığı (tırnak içinde), makalenin yer aldığı eserin adı, cilt sayısı, basım sayısı, basıldığı yayınevi, basım tarihi (ay ve yıl olarak), makalenin tamamının hangi sayfalar arasında yer aldığı, sayfa numarası (s.) veya paragraf/kenar numarası (n.) gösterilir ve sonunda nokta kullanılır. Yalnızca makalenin yer aldığı eserin adı yatık (italik) verilir.

Örnek: Meltem Deniz Güner-Özbek, “Avrupa Birliği’nde ve Amerika Birleşik Devletleri’nde Havayoluyla Seyahat Eden Yolcuların Haklarına İlişkin Düzenlemeler”, *Legal Hukuk Dergisi Özel Sayı: Rona Aybay’a Armağan*, Aralık 2014, 1. Cilt, 1183-1227, s. 1200.

Birden fazla yazarlı makalelere “yazarın adı soyadı/yazarın adı soyadı” şeklinde atıf yapılmalıdır. Hem tek yazarlı hem de birden fazla yazarlı makaleler için sonraki dipnotlarda ise “yazarın/yazarların soyadı, s. sayfa numarası” şeklinde atıf yapılmalıdır. (**Örnek:** Güner-Özbek, s. 1190. – Göçmen/Keskin, s. 450.) Eğer aynı yazarın birden fazla makalesine atıf yapılacaksa, ilk atıftan sonraki atıflar için yazarın soyadı, makalenin başlığı ve sayfa numarası belirtilmelidir. Makale başlığı kısaltılabilir. (**Örnek:** Güner-Özbek, Yolcu Hakları, s. 1205.)

11. Kaynakça Gösterimi: Çalışmanın sonunda, çalışmada kullanılan kaynakların, yazarların soyadlarına göre alfabetik olarak sıralandığı bir kaynakça bulunmalıdır. Kaynakçada, sadece metin içinde atıf yapılan eserlere yer verilmelidir. Kararlar ve internet kaynakları için bölümlenme yapılabilir.

a) Kitaplar İçin:

Kaynakçada kitaplar için büyük harflerle sadece yazarın soyadı olmak üzere, yazarın önce soyadı, sonra adı, kitabın başlığı, basıldığı yayınevi, basım yeri ve basım yılı gösterilir. Kitabın başlığı yatık (italik) verilmelidir.

Örnek: ÇEKİN Mesut Serdar, *Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

b) Birden Fazla Yazarlı Kitaplar İçin:

Kaynakçada birden fazla yazarlı eserler için büyük harflerle sadece yazarların soyadı olmak üzere, yazarların önce soyadı, sonra adı, kitabın başlığı, basıldığı yayınevi, basım yeri ve basım yılı gösterilir. Kitabın başlığı yatık (italik) verilmelidir.

Örnek: AKKANAT Halil/ÇEKİN Mesut Serdar/SARIKAYA Murat, *Medeni Hukuk'ta Olay Çözüm Tekniği (Borçlar Hukuku – Eşya Hukuku Çözümlü Pratik Çalışmalar)*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018.

c) Makaleler İçin:

Kaynakçada makaleler için büyük harflerle sadece yazarın soyadı olmak üzere, yazarın önce soyadı, sonra adı, makale başlığı (tırnak içinde), makalenin yer aldığı eserin adı, cilt sayısı, basım sayısı, basıldığı yayınevi, basım tarihi (ay ve yıl olarak) ve makalenin tamamının hangi sayfalar arasında yer aldığı gösterilir. Yalnızca makalenin yer aldığı eserin adı yatık (italik) verilir.

Örnek: GÜNER-ÖZBEK Meltem Deniz, “Avrupa Birliği’nde ve Amerika Birleşik Devletleri’nde Havayoluyla Seyahat Eden Yolcuların Haklarına İlişkin Düzenlemeler”, *Legal Hukuk Dergisi Özel Sayı: Rona Aybay’a Armağan*, Aralık 2014, 1. Cilt, 1183-1227.

Zeitschrift für Türkisch-Deutsche Rechtsstudien Publikationsrichtlinien und Redaktionsvorgaben

A. Publikationsrichtlinien

1. Die Zeitschrift für türkisch-deutsche Rechtsstudien (ZtdR) erscheint nach Durchführung eines Begutachtungsverfahrens von Werken in zwei Ausgaben pro Jahr (Juni, Dezember). Darüber hinaus werden Volltexte der Werke in PDF-Format unter <http://hfd.tau.edu.tr> veröffentlicht.

2. Die eingereichten Werke dürfen nicht anderweitig veröffentlicht sein oder werden.

3. Die Publikationssprache ist Türkisch und Deutsch; auch englische Texte werden ausnahmsweise aufgenommen.

4. In der Zeitschrift sind Aufsätze und Übersetzungen enthalten, die die Bereiche öffentliches Recht oder Privatrecht betreffen. Außerdem können Entscheidungs- und Buchrezensionen, Gesetzgebungsbewertungen, Symposiumsmeldungen und informative Notizen in der Zeitschrift veröffentlicht werden. Die Annahme oder Ablehnung der Beiträge erfolgt durch die Redaktion der Zeitschrift.

5. Der Beiträger muss den Vor- und Nachnamen, die Geschäftsadresse, eine Telefonnummer und E-Mail-Adresse angeben.

6. Die eingereichten Aufsätze werden von der Redaktion überprüft und Aufsätze, die den Richtlinien der Zeitschrift entsprechen, werden in anonymisierter Form zu zwei Begutachtern weitergeleitet. Im Fall eines Dissenses wird der Aufsatz einem dritten Begutachter gegeben. Mindestens zwei Begutachter müssen die Annahme vorschlagen, damit der Aufsatz veröffentlicht wird. Wenn nach redaktioneller Überprüfung festgestellt wird, dass der Aufsatz den Publikationsrichtlinien nicht entspricht, wird er zur Überarbeitung zurückgegeben.

7. Bei Übersetzungen sollen der Originaltext und die Zustimmung des Rechtsinhabers übermittelt werden. Außerdem ist das vollständige bibliographische Impressum des Originaltextes (der Name des Werks, in dem der Originaltext veröffentlicht worden ist, Autor, Ort des Druckes, Jahr des Druckes, Band, Anzahl und Seiten) anzugeben. Übersetzungen unterliegen der Bewertung der Begutachter wie Aufsätze.

8. Die finanziellen Rechte zur Vervielfältigung, Verbreitung, öffentlichen Wiedergabe, Verarbeitung und Übersetzung der zur Veröffentlichung angenommenen Werke werden an die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Türkisch-Deutschen Universität für alle Formen und Medien im In- und Ausland übertragen. Der Autor akzeptiert, dass ihm keine Urheberrechtsgebühr bezahlt wird.

9. Die Werke, die in der Zeitschrift für türkisch-deutsche Rechtsstudien veröffentlicht werden sollen, sind an die E-Mail-Adresse tauhfd@tau.edu.tr oder ztdr@tau.edu.tr im Software-Format "Microsoft Word" (.doc, .docx) zu senden.

10. Die Haftung für den Inhalt der zur Veröffentlichung in der Zeitschrift eingereichten Studien liegt bei den Autoren.

B. Redaktionsvorgaben

1. **Titel:** Der türkische Titel des Werkes soll in Times New Roman in 12 pt und in Großbuchstaben fett und zentriert geschrieben werden. Der englische und deutsche Titel soll nach dem türkischen Titel mit Times New Roman in 12 pt und in Großbuchstaben zentriert und fett geschrieben sein.

2. **Autor/Autoren:** Der Titel, die Institution, die Arbeitsgebiete und die E-Mail-Adresse von Autor / Autoren sind anzugeben. Außerdem sollen "ORCID" -Informationen von Autor / Autoren in das System eingegeben werden.

3. **Kurzfassung und Zusammenfassung:** Türkische "Öz" soll in 10 pt (kursiv) fett und in Times New Roman mit 1 Zeilenabstand geschrieben werden und 500 Wörter nicht überschreiten. Nach der Kurzfassung soll auch eine englische Kurzfassung mit dem Titel "Abstract" in der gleichen Art und Weise gegeben werden. Am Ende des Werkes, wenn das Werk in

türkischer Sprache eingereicht wurde, befindet sich eine Zusammenfassung in deutscher Sprache mit der Überschrift "Zusammenfassung"; wenn das Werk in deutscher Sprache eingereicht wurde, soll ein türkischer "Özet" eingefügt werden. Diese Zusammenfassung soll mit einem Minimum von 500 Wörtern und einem Maximum von 1000 Wörtern erstellt werden und den grundlegenden Rahmen, die Problematik und den Endergebnis skizzieren.

4. Schlüsselwörter: Unter dem Kurzfassungsteil sollen türkische "Anahtar Kelimeler" und englische "Keywords" stehen. Die Anzahl der Schlüsselwörter soll mindestens 4, höchstens 8 Wörter umfassen, um die Bereiche einzuschließen, die den Zugriff auf den Aufsatz erleichtern.

5. Text: Der Text wird in 12-pt geschrieben, wobei die Schriftart Times New Roman mit 1,5 Zeilenabstand ist und vertikale und normale Buchstaben verwendet werden. Die Fußnoten werden in 10 pt, mit Times New Roman, mit vertikalen und normalen Buchstaben geschrieben. Fußnoten sollen am Ende der Seite stehen. Zitate werden in Anführungszeichen und Kursivschrift dargestellt. Für ausländische Idiome und Eigennamen wird kursiver Typ verwendet. Fremdwörter im Text sollen kursiv geschrieben sein. Nach dem Komma, Punkt und anderen Satzzeichen steht ein Leerzeichen.

6. Fußnotenanzeige: Die beim ersten Zitat angegebenen Informationen über die Werke sollen in Fußnoten genauso geschrieben sein wie die Informationen über die Werke in der Bibliographie. Fußnotengestaltung ist wie folgt:

a) Für Bücher:

Um auf die Bücher in der Fußnote zu verweisen, werden zuerst Name und Nachname des Autors, der Verlag, der Ort der Veröffentlichung, das Jahr der Veröffentlichung, die Seiten- (s.) oder die Absatz-/Randnummer (n.) angezeigt und es steht am Ende ein Punkt. Nur der Titel des Buches soll kursiv sein.

Zum Beispiel: Philip Kunig, *Das Rechtsstaatsprinzip: Überlegungen zu seiner Bedeutung für das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Mohr Siebeck, 1986, s. 23.

Die Bücher, die sowohl von einem Einzelautor als auch von mehreren Autoren geschrieben sind, sollen bei folgenden Fußnoten als “Nachname von Autor/Autoren, s. Seitennummer” zitiert werden. (**Zum Beispiel:** Kunig, s. 71.) Wenn mehr als ein Buch desselben Autors zitiert werden soll, sollen der Nachname des Autors, der Titel des Buches und die Seitennummer für die folgende Zitate nach dem ersten Zitat angegeben werden. Der Titel des Buchs kann verkürzt werden. (**Zum Beispiel:** Kunig, *Das Rechtsstaatsprinzip*, s. 73.)

b) Für Aufsätze:

Um Aufsätze zu zitieren, sollen Vor- und Nachname des Autors, Titel des Artikels (in Anführungszeichen), Name des Werks, in dem sich der Aufsatz befindet, Anzahl der Bände, Anzahl der Ausgabe, Verlag, Erscheinungsdatum (in Monaten und Jahren), Seitenbereich, in dem der Aufsatz sich befindet, Seitennummer (s.) oder Absatz-/Randnummer (n.) im Fußnot angezeigt werden und am Ende steht ein Punkt. Nur der Name des Werks, in dem sich der Aufsatz befindet, soll kursiv sein.

Zum Beispiel: Matthias Mahlmann, “Menschenwürde in Politik, Ethik und Recht – universelle Fassade, kulturelle Relativität?”, in: F. Salinger, Y. Kim, S. Liu, C. Mylonopoulos, J. Tavares, K. Yamanaka, Y. Zheng, *Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2017, s. 267 – 281

Die Aufsätze, die sowohl von einem Autor als auch von mehreren Autoren geschrieben sind, sollen bei folgenden Fußnoten als “Nachname von Autor/Autoren, s. Seitennummer” zitiert werden. (**Zum Beispiel:** Mahlmann, s. 270.) Wenn mehr als ein Aufsatz desselben Autors zitiert werden soll, sollen der Nachname des Autors, der Titel des Artikels und die Seitennummer für die folgende Zitate nach dem ersten Zitat angegeben werden. Der Titel des Aufsatzes kann verkürzt werden. (**Zum Beispiel:** Mahlmann, *Menschenwürde*, s. 270.)