

Prof. Dr. İlhan Helvacı

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Borçlar Hukuku - Genel Hükümler - 4. Hafta - 2. Ders - 02.11.2023

Önerinin ve Kabulün Geri Alınması

Gördüğünüz gibi öneren önerisiyle bağlı, kabul açıklaması da karşı tarafa varınca doğrudan doğruya ne yapıyor? Sözleşmenin kurulmasını sağlıyor. Kabul bu anlamda bakıldığında yenilik doğuran bir irade açıklaması. Dolayısıyla bu çerçevede sözleşmeyi kuruyor.

Peki bu önerinin geri alınması mümkün olamaz mı ya da kabulün geri alınması mümkün olamaz mı sorusuna da Borçlar Kanunumuz yanıt vermiş. Diyor ki; önerinin de geri alınması mümkündür, kabulün de geri alınması mümkündür. Bunun için hangi maddeye bakmamız lazım? Madde 10, kenar başlık zaten gayet net. Ders kitabı gibi: “7. Önerinin ve kabulünün geri alınması”.

Kanun koyucu 3 ihtimal öngörüyor. Bunu özellikle öneri bakımından düzenliyor sonra da diyor ki; kabulün geri alınmasında da aynı kurallar geçerlidir diyor. 10’uncu maddeyi şöyle okuyorum:

“Geri alma açıklaması, diğer tarafa öneriden önce veya aynı anda ulaşılmış ya da daha sonra ulaşmakla birlikte diğer tarafça öneriden önce öğrenilmiş olursa, öneri yapılmamış sayılır. ...”

Dikkat ederseniz kanun koyucu üç ihtimal düzenliyor. Diyor ki; geri alma açıklaması öneriden daha önce ulaşılmışsa veya öneriyle aynı anda ulaşılmışsa o zaman öneri geri alınmış sayılır. Hatta geri alma açıklaması öneriden daha sonra da ulaşılmış olabilir. Ama karşı taraf önce geri alma açıklamasını öğrenmişse, yine öneri yapılmamış sayılır diyor.

10’uncu maddenin 2’nci fıkrası da şöyle:

“Bu kural, kabulün geri alınmasında da uygulanır.”

O halde bu kurallar kabulün geri alınmasında da uygulanır. Yani kişi kabul açıklamasını yolladı, fakat arkasından da geri alma açıklamasını da yolladı. Bakıyoruz, birinci ihtimal, geri alma açıklaması kabul açıklamasından daha önce vardı. İkinci ihtimal, geri alma açıklaması kabul açıklaması ile aynı anda vardı. Her iki durumda da kabul açıklaması geri alınmış sayılır diyoruz. Üçüncü ihtimal, geri alma açıklaması, öneride bulunana kabul açıklamasının varmasından daha sonra vardı. Ama somut olayda öneride bulunan önce geri alma açıklamasını öğrendiyse o zaman yine kabul geri alınmıştır diyoruz.

Sözleşmenin Kurulması ve Hükümlerini Doğurması

Kanun koyucu hazır olanlar arasında kurulan sözleşmenin hüküm anını düzenlemiş mi? Düzenlememiş. Düzenlemeye ihtiyaç var mı? İhtiyaç yok. Çünkü hazır bulunan kişiler arasında

kişi öneride bulundu, karşı taraf kabul açıklamasında bulundu, taraflar birbirlerinin irade açıklamalarının yapıldığı anda duydular. Sözleşme kuruldu. Sözleşme kurulur kurulmaz da hüküm ifade etmeye başladı.

Madde 11'in kenar başlığı da zaten şöyle: *“III. Hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşmenin hüküm anı.”* Bu hükme göre:

“Hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşmeler, kabulün gönderildiği andan başlayarak hüküm doğurur.”

Kanun koyucunun yaklaşımı şu; neyi saptamak daha kolay? Kabul açıklamasının olduğu anı mı saptamak daha kolay yoksa gönderildiği anı mı saptamak daha kolay? Kanun koyucu, kabul açıklamasının gönderildiği anı saptamak daha kolay gerekçesiyle sözleşmenin, kabul açıklamasının karşı tarafa gönderildiği andan itibaren hüküm ifade edeceğine hükmetmiş.

Dikkat, sözleşme kabul açıklamasının öneride bulunana olduğu anda kurulur yani kabul haberinin karşı tarafın egemenlik alanına girdiği anda kurulur; ama sözleşme hangi andan itibaren hüküm ifade eder? Kabul açıklamasının gönderildiği andan itibaren sözleşme hüküm ifade eder diyoruz.

Bu ne anlama gelir? Yani, borç ne zaman muaccel olur? Taraflar bir vade kararlaştırmamışlarsa borç doğunca (derhal) muaccel olur diyen bir Borçlar Kanunumuz var bizim. İşte o muacceliyet anını neye göre saptayacağız? Sözleşmenin kurulma anına göre mi yoksa kabul haberinin gönderilme anına göre mi? Kabul haberinin gönderilme anına göre saptayacağız.

Zamanaşımı nereden başlar? Borç muaccel olduktan sonra başlar. Biz o zamanaşımının başlangıç anını nasıl saptayacağız? Sözleşmenin kurulduğu andan itibaren mi başlatacağız yoksa gerçekten de demin de söylediğim gibi o borcun muaccel olduğu andan itibaren mi başlatacağız? Zamanaşımı süresi nereden itibaren başlayacak? Kabul haberinin gönderildiği andan itibaren başlayacak.

Bir de neyi konuştuk biraz önce? Susmayı konuştuk. Açık bir kabul haberinin gönderilmesinin gerekli olmadığı ihtimalleri konuştuk değil mi? Yani bir somut olayda karşı taraf eğer öneriyi kabul etmek istemiyorsa ne yapmalıdır düşüncesindeyiz? Dürüstlük kuralı çerçevesinde mutlaka bir ret beyanında bulunmalıdır düşüncesindeyiz. Eğer böyle olmasına rağmen karşı taraf susuyorsa dürüstlük kuralı ona açıkça bir ret beyanında bulunma yükümlülüğü yüklemesine rağmen karşı taraf susuyorsa biz onun öneriyi kabul ettiğini düşünebiliyoruz değil mi? Örtülü bir kabul vardır diyebiliyoruz.

TBK m. 11/f. 2'de de kanun koyucu şunu söylüyor bize. *“Açık bir kabulün gerekli olmadığı durumlarda ...”* yani örneğin susma, ret süresinin geçmesi, örneğin kanaat verici davranışla sözleşmenin kurulması ihtimali, değil mi? Tekrar okursak:

“Açık bir kabulün gerekli olmadığı durumlarda, sözleşme önerinin ulaşma anından başlayarak hüküm doğurur.”

Sözleşme kanaat verici bir davranışla veya susmayla kurulduğunda karşı tarafın o kanaat verici davranışının anını saptamak çok kolay değil. Ret süresinin ne zaman bittiğini saptamak kolay değil. Kanun koyucu da diyor ki ben böyle bir durum varsa yani açık bir kabulün gerekli olmadığı durum varsa o zaman sözleşmenin, önerinin karşı tarafa ulaşma anından başlayarak hüküm doğuracağı sonucuna varıyorum diyor. Yani kanaat verici davranışın sergilendiği anda sözleşme kuruluyor. Ret süresinin geçmesi ile sözleşme kuruluyor. Ama bu sözleşme nereden itibaren hüküm ifade edecek? Önerinin karşı tarafa ulaşma anından başlayarak hüküm ifade edecek diyoruz.

Örtülü Öneri ve Örtülü Kabul ile İlgili İki Örnek

İki tane küçük örnek çözümlerle ilerleyeceğim. Acaba neler söyleyeceksiniz ondan sonra sözleşmenin şekline geleceğim. Taraflar arasında bir kira sözleşmesi yapılmış, denmiş ki süre üç ay, kira bedeli 300.000 lira, bir arazi kirası. Üç ayın sonunda kiracı süreyi uzatmak istemiş. Bir 300.000 lira daha yollamış taşınmazın malikinin banka hesabına. Taşınmazı kullanmaya da devam ediyor. Sizce bu nedir?

Yani biz onun davranışından yola çıkarak bir yorum yaparak onun tekrardan bu sözleşmeyi üç ay daha uzatmaya dair bir irade açıklamasında bulunduğu sonucuna varabilir miyiz? Biz onun bu davranışından yola çıkarak, yani malikin hesabına 300.000 lira yatırıyor, aylık 100.000 lira kira bedeli olan bir taşınmazdan söz ediyoruz. Üç aylığına kiralanan, kira sözleşmesinin süresi bitmiş; ama üç ayın sonunda tekrar bir 300.000 lira daha yolluyor. Taşınmazı kullanmaya da devam ediyor. Bu, sözleşmenin süresinin üç ay daha uzatılmasına dair örtülü bir öneridir.

Taşınmazın maliki de böyle arazinin yanındaki binada oturuyor ve bankaya gidiyor hesaptaki parayı çekiyor ve kişinin taşınmazda üç ay daha bulunmasına herhangi bir şekilde ses çıkarmıyor. Bu nedir? Bu da örtülü kabul oluyor değil mi? Biz malikin davranışından yola çıkarak hangi sonuca varıyoruz? Diyoruz ki bu kişi öneriyi zımnen, yani örtülü şekilde kabul etti diyoruz.

Kanaat Verici Davranış ve İrade Etkinliği Kavramları

Kanaat verici davranış kavramı var. Yani biz kişinin davranışından yola çıkarak diyoruz ki bu kişi şu irade açıklamasında bulunmuştur diyoruz. İşte yukarıda verdiğimiz örneklerde gerçekten de böyle örtülü bir öneri ve örtülü bir kabul var böyle bir kanaat verici davranış var.

Kanaat verici davranış, örtülü öneri ve örtülü kabul, bir diğer söyleyişle zımni irade açıklamaları ile ilgili bir kavram da irade faaliyeti kavramıdır. İrade faaliyeti, irade etkinliği kavramıdır.

Kanaat verici davranışta siz ne yaparsınız? İradenizi dış dünyaya açıklamak maksadıyla hareket edersiniz.

Halbuki irade faaliyetinde iradenizi açıklamak maksadı ile hareket etmezsiniz. Örneğin kendinize düşen borcu ifa etmek maksadıyla hareket edersiniz. Bunların içerisinde yani irade faaliyetinin içerisinde ifa fiilleri girer diyoruz.

Hatırlayın kuru temizlemeciye bir torba içinde iki takım elbise bıraktım; kendisi o sırada orada değildi ama o, iki takım elbiseyi temizledi. Benim o elbiseleri bırakmam bir örtülü öneridir. Kanaat verici davranıştır.

Karşı tarafın da ifa fiilleri ile, dikkat, iradesini açıklamak maksadıyla değil borcunu ifa etmek maksadıyla ortaya koyduğu davranışlar da irade faaliyetidir. Ama bu da bir örtülü irade açıklamasıdır son tahlilde.

Sadece ve sadece neyi vurgulamaya çalıştım? Örtülü irade açıklamaları genellikle ikiye ayrılır doktrinde. Bir tanesi kanaat verici davranıştır. Kanaat verici davranışta kişi iradesini dış dünyaya açıklamak üzere hareket eder. Halbuki irade etkinliğinde, irade faaliyetinde kişi iradesini dış dünyaya açıklamak maksadıyla hareket etmez. Ya ifa fiillerini ortaya koyar ya da kendisine yapılan ifayı benimsemiş, kendisine yapılan ifayı kabul eylemlerini ortaya koyar.

Sözleşmelerde Şekil

Sıhhat Şekli - İspat Şekli Ayrımı ve Yasal Şekil - İradi Şekil Ayrımı

Şekil serbestisi esastır

Bizim Borçlar Kanunumuz sözleşme serbestisi ilkesi benimsenmiştir. Sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde de şekil serbestisi esastır.

Kanun koyucu sözleşmeleri herhangi bir sıhhat, geçerlilik şekline tabi kılmadığı müddetçe biz sözleşmeleri dilediğimiz biçimde yapabiliriz. Sözlü olarak yapabiliriz, adi yazılı şekilde yapabiliriz, resmî yazılı şekilde yapabiliriz, tanıklar huzurunda yapabiliriz. Dilediğimiz şekilde yapabiliriz.

Sözleşmeler istisnaen şekle tabi kılınmışlardır

Ama kanun koyucu bazen de ne yapmıştır? Sözleşmeleri bir sıhhat şekline tabi kılmıştır. Taşınmaz mülkiyetini nakil borcu doğuran akitler resmî şekle tabidirler. Veya bazı sözleşmeler adi yazılı şekle tabiler. Örneğin alacağın temliki (devri) sözleşmesi. Gayrimenkullere ilişkin ön alım sözleşmesini de örnek olarak gösterebiliriz. Bunlar adi yazılı şekilde yapılmak zorundadırlar.

Kanun koyucu neden sözleşmeleri şekle bağlı kılar? Kanun koyucu tarafları düşünmeye sevk etmek için sözleşmeleri şekle bağlı kılar. Özellikle resmî sicillerin temellerinin doğru olmasını sağlamak için sözleşmeleri şekle bağlı kılar. Aynı şekilde sözleşmelerle ilgili hukuk güvenliği bakımından sözleşmeleri şekle bağlı kılar. Bugün bir sözleşme yaptık, 25 maddeden oluşuyor, sözleşmeyi sözlü yaptık. 2 saat sonra buluşalım, 25 maddeden hangisini hatırlayacağız? Hadi hepsini hatırladık diyelim. Tartışma çıkmayacak mı? Kim bilir ne tartışmalar çıkacak? *“Onu öyle demiştik, bunu böyle demiştik, şunu şöyle demiştik. Yok hayır*

onu öyle dememiştik, böyle demiştik.” Uygulamada sözleşmeleri genellikle yazılı şekilde yapmamıza rağmen ne gibi tartışmalar çıkıyor tahmin ve tahayyül edemezsiniz.

Dolayısıyla kanun koyucu bazen de sözleşmeleri bir sıhhat şekline tabi kılar. Sözleşmelerin sıhhat şekline tabi kılınması, beraberinde bir zaman kaybını ve para kaybını da getirebilir. Adi yazılı şekle tabi bir sözleşmede sözleşmeyi yapmak için bir kâğıt parçasının üzerine sözleşmeyi yazacağız, imzalaması gerekenler imzalayacaklar. Resmi yazılı şekle tabi bir sözleşmede ise sözleşmeyi noterde yapmak zorunda kalacağız veya tapu sicil müdürlüğünde yapmak zorunda kalacağız. Notere gidilecek, masraf yapılacak, tapu sicil müdürlüğüne gidilecek masraf yapılacak. İlgili resmi makamlarda işlem yapmak için gereken harçlar ödenecek. Bu resmi makamlara gidilmesi gelinmesi, onların randevularının alınması vs. zaman kaybı, değil mi?

Kanun koyucu bütün bunları dikkate alarak bir denge kurmaya çalışıyor ve genellikle sözleşmeleri herhangi bir sıhhat şekline tabi kılmıyor. Örneğin taşınır satımı, Karayolları Trafik Kanunu m. 20’deki istisnayı bir köşeye bırakacak olursak, herhangi bir sıhhat şekline tabi mi? Bir şişe su satın almışım, herhangi bir sıhhat şekline tabi mi? Gömlek satın aldım, pantolon satın aldım, bisiklet satın aldım, bilgisayar satın aldım, televizyon satın aldım, ekmek, peynir satın aldım. Acaba sıhhat şeklinde tabi mi? Sıhhat şekline tabi değil. Zaten kazara sıhhat şekline tabi olsaydı her an her saniye bir A4 kâğıda bir sözleşmeyi yazmak, arkasından imzalamak, arkasından bundan iki nüsha yapmak birisini karşı tarafa vermek, bir tanesini sizde tutmak gibi bir sürü kırtasiye ile uğraşacaktık.

Sözleşmelerin İspat Şekli

Kanun koyucu genellikle sözleşmeleri sıhhat şekline tabi kılmamış. Ama diyor ki; değeri 14.800 lirayı (bu rakam 2024 yılı itibariyle artırılmıştır) geçen hukuki işlemler neyle ispat edilmelidir? Tanıkla ispat edilemez. Neyle ispat edilmelidir? Senetle ispat edilmelidir diyor. Bir kira sözleşmesi düşünün, bir aylık olsun. Kira bedeli 20.000 lira olsun. Kira sözleşmesini sözlü olarak yapabiliyor muyuz? Evet, sözlü kira sözleşmesi yapabiliriz. Kira sözleşmesi herhangi bir sıhhat şekline tabi değil.

Peki ben kira sözleşmesinin yapıldığı iddiasındayım kiracı olarak, karşı taraf da diyor ki kira sözleşmesi yapılmadı. Değeri ne kadar? 20 bin lira. Neyle ispat edeceğim? Tanıkla ispat edebilir miyim? Benim beyanım yeterli olur mu? “*Vallahi de billahi de kira sözleşmesini yaptık hâkime hanım, hâkim bey!*” desem yeterli olur mu?

Karşı taraf kira sözleşmesinin yapıldığını kabul ediyorsa, ikrar ediyorsa zaten sorun yok. Ama karşı taraf sözleşmenin yapılmadığını iddia ediyorsa, inkâr ediyorsa o zaman benim bu sözleşmeyi ne yapmam lazım? Kesin delillerle ispat etmem lazım. Kesin delillerden bir tanesi senet, bir tanesi yemin müessesesi Hukuk Muhakemeleri Kanunu bunları düzenlemiş bulunuyor. Üçüncü sınıftaki derslerde göreceksiniz. Bir de kesin hüküm, onu da yine üçüncü sınıftaki derslerde, medenî usul hukuku dersinde göreceksiniz.

Biz bu yemini ve kesin hükmü bir tarafa bırakalım ve senette kalalım. Çünkü bizim yaptığımız adi yazılı şekilde sözleşme sonuçta bir senet. Adi senet. Bizim tapuda yaptığımız o satış sözleşmesi, o da bir senet, o da resmî senet. Noterde yaptığımız sözleşme bir resmî senet.

Evet kanun koyucu bir sözleşmeyi herhangi bir sıhhat şekline tabi kılmadı ama yarın öbür gün uyuşmazlık çıktığında, tartışma çıktığında bize ne lazım? Bize ya ikrar eden bir karşı taraf lazım ya da prensip itibariyle bir senet lazım. O yüzden uygulamada hemen hemen her sözleşme yani günlük, sıradan, basit alışverişlerin dışındaki her sözleşme şu ya da bu şekilde kâğıda dökülmekte, yazıya dökülmekte ve taraflarca altı bir şekilde imzalanarak bu bir adi senede dönüşmektedir diyebiliriz.

Demek ki bir sözleşmenin sıhhat şekline tabi olması başka bir şey, bir sözleşmenin ispat şekline tabi olması başka bir şey. Eğer sözleşme sıhhat şekline tabi ise biz o sıhhat şekline uymazsak taraflar istedikleri kadar ikrar etsinler yani “*Vallahi de billahi de sözleşme yaptık!*” desinler sözleşme geçerli şekilde kurulmuş oluyor mu? Hayır.

Adi yazılı şekilde bir taşınmaz satışı yaptığımızı varsayalım. Taraflar adi yazılı şekilde yapmışlar. Bir taraftan da ikrar ediyorlar. Diyorlar ki biz taşınmaz satışı yaptık. Ama kanun koyucu neyi emretti? Kanun koyucu resmî yazılı şekli emretti. Kanun koyucu resmî yazılı şekli emrettiyse sizler de bu sıhhat şekline uymadıysanız artık o sözleşmenin geçerli olduğunu iddia etmek mümkün değil. İstisnaları, hakkın kötüye kullanılması yasağı, istisnaları tahvil müessesesi. Bunlara zaman ayıracağız. Ama kanun, sıhhat şeklidir dediyse siz de o sıhhat şekline uymadıysanız istediğiniz kadar sözleşmenin yapıldığını ikrar edin bunun hiçbir kıymeti harbiyesi olmaz. Sözleşme kesin hükümsüzdür diyoruz.

Peki bir sözleşme şekle tabi olmadığı halde belli bir şekilde yapıldı, örneğin kira sözleşmesi yazılı şekilde yapıldı. Bugün kırtasiyelerde kira sözleşmesi veya kira kontratosu başlığı altında böyle matbu (= basılı) sözleşme örneklerine rastlıyorsunuz. Veya sizler bilgisayarda yazdınız, yazıcı çıktısıyla ortaya çıkardınız, imzaları aldınız. Bu kira sözleşmesi bir sıhhat şekline tabi değildi. Ama siz bunu yazılı şekilde yaptınız. Şimdi bu yazılı şekilde yapmanızın sayesinde hangi külfetten kendinizi kurtardınız? Örneğin kiracı sıfatıyla veya kiraya veren sıfatıyla bunu ispatlama külfetinden kendinizi kurtardınız. Sözleşme ile ilgili bir uyuşmazlık çıkacak olursa elinizdeki sözleşmeyi mahkemeye sunacaksınız.

O halde sözleşmenin şeklinin sıhhat şekli mi olduğu yoksa ispat şekli mi olduğu önem arz ediyor, değil mi? Borçlar Kanunu madde 12, kenar başlığı “*B. Sözleşmelerin şekli, I. Genel kural*”:

“Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir. ...”

Demek ki hâkimin örneğin örf ve âdet hukukundan yararlanarak, boşluk doldurarak bir sözleşmeyi şekle tabi kılması mümkün değil. Zira kanun koyucu diyor ki; sözleşmelerin geçerliliği kanunda aksi öngörülmedikçe hiçbir şekle bağlı değildir. Demek ki şekil kuralını

kim sevk edecek? Kanun koyucu sevk edecek. O halde şekil serbestisine ilişkin prensibi biz nereden çıkarıyoruz? İşte bu madde 12'den çıkarıyoruz.

“Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir. ...”

Arkadan gelen 2'nci fıkra ise şöyle:

“Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. ...”

Yani biraz önce de belirttiğim gibi iki ihtimal var. Şekil kuralı ya işlemin ispat edilebilmesine ilişkindir ya da işlemin geçerli olmasına ilişkindir. Ne diyor kanun koyucu; kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir, sıhhat şeklidir diyor. İspat şekli olsa bunu ayrıca ispatlamak gerekecek. Yani kanun koyucunun bir şekil kuralı öngördüğünü ama bu şeklin geçerlilik için değil işlemin ispat edilebilmesi için bir şekil kuralı olduğunu iddia eden bunu ispat edecek.

TBK m. 12'nin 2. fıkrasının 2'nci cümlesindeyiz;

“Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz.”

Dersin başında birtakım açıklamalar yapmıştım. Tapuda resmî şekilde yapılması gereken, tapu sicil memurları tarafından resmî şekilde yapılması gereken bir sözleşmeyi adi yazılı şekilde yaparsanız sözleşme kesin hükümsüzdür.

Bu kesin hükümsüzlük zamanın geçmesi ile düzelmez. Bu kesin hükümsüzlük tarafların bu sözleşmeye icazet vermesi ile düzelmez. Bu kesin hükümsüzlük hâkim tarafından görevinden ötürü, re'sen dikkate alınır.

Bazı kitaplarda kesin hükümsüzlük teriminin yanı sıra butlan teriminin de kullanıldığına tanık olursunuz. Butlan teriminin yanı sıra bunu da kullanabilirsiniz ama dediğim gibi kesin hükümsüzlük terimini kullanmak en doğrusudur diyoruz.

Yasal Şekil - İradi Şekil Ayrımı

Şimdi Borçlar Kanununun sistematüğinde kalalım. Borçlar Kanununun sistematüğinde kanun koyucu neyi düzenlemiş? Bakınız B altında *“II. Yazılı şekil. 1. Yasal şekil”* ardından devam ediyorsunuz 17'nci maddenin kenar başlığı, *“2. İradi şekil.”*

Yani şekil nereden kaynaklanabilir? Şekil kanun koyucunun bir düzenlemesinden kaynaklanabilir ya da şekil nereden kaynaklanabilir? Tarafların anlaşmasından kaynaklanabilir. Şekil (sıhhat şekli) yasadan kaynaklandığında yasal şekilden, tarafların iradesinden kaynaklandığında ise iradi şekilden söz ederiz. İster yasal şekle ister iradi şekle, hiç fark etmez, uyulmaması hangi yaptırımını davet ediyor? Kesin hükümsüzlük yaptırımını davet ediyor.

Baktüğımız zaman Borçlar Kanunu madde 13'teyiz. Kenar başlık: *“II. Yazılı şekil, 1. Yasal şekil”*. Sırası ile kenar başlıklara bakalım: Madde 13 *“a. Kapsamı”*, madde 14 *“b.*

Unsurları”, madde 15 “*c. İmza*”, madde 16 “*d. İmza yerine geçen işaretler*”, madde 17 “*İradi şekil*”. Kanun koyucu bu hususları düzenliyor.

Peki kanun koyucu resmî yazılı şekilden söz ediyor mu? Hayır, resmî yazılı şekilden söz etmiyor. Tek bir hüküm sevk ediyor (TBK m. 13/f. 2) ama detay vermiyor. Sebebi de nereden kaynaklanıyor? Sebebi İsviçre'den kaynaklanıyor. Orada bir sözleşmeye resmîyeti verecek olan, resmî şekli verecek olan makamın hangi makam olduğu hususunda kantonlara yetkiler verilmiş. A kantonunda farklı, B kantonunda farklı, C kantonunda farklı. İsviçre Borçlar Kanunu iktibas edilirken kanunda bu resmî şekil bakımından herhangi bir düzenleme sevk edilmemiş.

Adi Yazılı Şekil - Adi Senetler; Resmi Yazılı Şekil - Resmi Senetler

Peki bizde bir sözleşmeye resmî şekli verecek olan kim? Prensip itibariyle noterler. Eğer kanunda bir sözleşmeye resmîyeti verecek olan makam ayrıca belirlenmediyse, aksi belirlenmediği müddetçe o makam noterlik makamı.

Noterlik makamına gittiğinizde de noterin resmî senetleri iki şekilde karşınıza çıkar. Bunlara az sonra değineceğim.

Bir resmî memurun katılımı ile düzenlenen senede biz ne diyoruz? Resmî senet diyoruz. Bir resmî memurun katılımı olmadan düzenlenen senede ne diyoruz? Adi senet diyoruz. Yani alacağın temlik sözleşmesi (TBK m. 184/f. 1) bir adi senet mi? Adi senet. Gayrimenkul simsarlığına ilişkin sözleşmeler, adi yazılı şekle tabirdirler (TBK m. 520/f. 3). Taşınmazlar konusundaki simsarlık sözleşmesi bir adi senet mi? Adi senet. Gayrimenkullere dair önalm hakkına ilişkin sözleşme adi yazı şekle tabidir (TBK m. 237/f. 3). O sözleşme bir adi senet mi? Adi senet.

Düzenleme Şeklinde Resmi Senetler - Tasdik (=Onaylama) Şeklinde Resmi Senetler

Peki tekrar resmî senede geri gelelim. Resmî senet nedir? Resmî senet de bir resmî memurun katılımıyla gerçekleştirilen senettir. Resmî memurun katılımından kastım ne? İki şekilde karşımıza çıkabilir.

Bir, düzenleme şeklinde, re'sen düzenleme şeklinde senet, bir de imza tasdiki yani onaylama şeklinde senet olarak karşımıza çıkabilir. Her ikisi de resmî senet midir? Her ikisi de resmî senettir. Örneğin taraflar noterde gayrimenkul satış vaadi yapıyorlar. Satış vaadinde bulunan iradesini açıkladı, noter de bunları yazdı. Satış vaadi alacaklısı iradesini açıkladı, beyanlarını dile getirdi, noter bunları da yazdı. Metni taraflara verdi, taraflar okudular, imzaladılar. Sonra kim imzaladı? Noter imzaladı, mührünü bastı. Sözleşme noter tarafından düzenleme şeklinde yapıldı. Re'sen düzenleme şeklinde yapılan bir senetten bahsediyoruz. Düzenleme şeklinde senetten bahsediyoruz. Böyle bir senedin aslı noterde kalır. Taraflara sureti verilir.

Taraflar bir sözleşme yaptılar, dışarıda imzaladılar ama geldiler diyorlar ki “*Bu imza bizim.*” diyorlar veya taraflar bir sözleşme yaptılar geldiler diyorlar ki “*Bu imzaları biz sizin*

huzurunuzda atacağız noter beyefendi, noter hanımefendi.” Noterlik Kanunu 92 / b. 4. Bu nedir? İmza tasdikidir. Bu da tasdik şeklinde bir noter senedir. Bu senedin aslı taraflara verilir. Sureti noterde saklanır. Ama her ikisi de resmî senet midir? Her ikisi de resmî senettir.

Dikkat, kanun koyucu bir sıhhat şekli getirdiğinde bunu prensip itibarıyla ne olarak getiriyor? Sözleşmenin düzenleme şeklinde yapılmasını emrediyor. Yani notere gidildiğinde gayrimenkul satış vaadi nasıl yapılacak? Düzenleme şeklinde yapılacak. Noter kâğıda dökülecek. Aynı şekilde gayrimenkul satışı nasıl yapılacak? Re’sen düzenleme şeklinde yapılacak. İmza tasdiki yoluyla yapılamaz. Dolayısıyla buna dikkat etmek gerekiyor.

Resmî memurun katılımı olmaksızın yaratılan sözleşme, yaratılan senet adi senet. Resmî memurun katılımıyla gerçekleştirilen senet, sözleşme, resmî senet. Ama resmî senet ne şekilde karşımıza çıkabilir? Düzenleme şeklinde resmî senetler olarak karşımıza çıkabilir. Bu durumda bizzat noterin kâğıda döktüğü bir sözleşmeden söz ediyoruz.

Bir de onaylama şeklinde, tasdik şeklinde yani imzanın onaylandığı resmî senetlerden söz ediyoruz. Kanun koyucu sıhhat şekline tabi kıldıysa bir sözleşmeyi noterde yapılacak dediyse ayrıca ilave bir açıklamada bulunmadıysa o zaman noter hangi şekli kullanmalı? Re’sen düzenleme şeklindeki senet meydana getirme yoluna başvurmalı. Bu şekilde sözleşmeyi düzenlemelidir diyoruz.

Ama hatırlayın lütfen. Detayına girmeden TMK m. 205/f. 1, c. 1 ne derdi:

“Mal rejimi sözleşmesi, noterde düzenleme veya onaylama şeklinde yapılır.”

Kanunen Yazılı Şekle Bağlı Sözleşmelerde Yapılan Değişikliklerde Yazılı Şekle Uyulması Zorunludur

Peki şimdi geldik 13’üncü maddenin kapsamına. Kenar başlık: *“II. Yazılı şekil, 1. Yasal şekil, a. Kapsamı.”* Hüküm şöyle kaleme alınmıştır:

“Kanunda yazılı şekilde yapılması öngörülen bir sözleşmenin değiştirilmesinde de yazılı şekle uyulması zorunludur. ...”

Ne dedi kanun koyucu? Dedi ki; kanun bir sözleşmeyi sıhhat şekline tabi kıldıysa, kanun bir sözleşmeyi sıhhat şekline tabi kıldıysa o sözleşmede yarın öbür gün bir değişiklik yapılacak olursa o değişikliğin geçerli olması için ne lazım? Kanun koyucunun öngördüğü şekle riayet etmek lazım. Taşınmaz satış vaadi yaptınız, noterde yaptınız. Sonra taşınmaz satış vaadinde bedeli değiştirmek istediniz veya taşınmaz satış vaadinin konusu olan taşınmazı değiştirmek istediniz. O zaman ne yapmak zorundasınız? Satış vaadi resmî yazılı şekle tabi idi o nedenle değişikliği yine nerede yapmak zorundasınız? Noterde resmî yazılı şekilde yapmak zorundasınız. (Gelecek sene eşya hukuku derslerinde göreceksiniz. Taşınmaz satış vaadi, tapu sicilinde de yapılabilir.)

Ben öğrenci olsam, 13’üncü maddenin ilk satırındaki *“Kanunda ...”* ifadesinin altını çizirim. Kanunda yazılı şekilde yapılması öngörülen bir sözleşmenin değiştirilmesinde yazılı

şekle uyulması zorunludur. Sonra da giderim 17'nci maddeye bakarım. 17'nci madde ne diyor bize? İradi şekilden söz ediyor:

“Kanunda şekle bağlanmamış bir sözleşmenin taraflarca belirli bir şekilde yapılması kararlaştırılmışsa, belirlenen şekilde yapılmayan sözleşme tarafları bağlamaz. ...”

Sözleşmede değişikliğe dair bir hüküm var mı? Sözleşmede değişikliğe dair bir hüküm yok. O zaman diyoruz ki biz iradi şekilde yapılan bir sözleşmede değişiklik nasıl olabilir? Herhangi bir şekilde olabilir. İradi şekle tabi bir sözleşmede değişiklik yapılacaksa bu herhangi bir şekilde olabilir. Taraflar örneğin kira sözleşmesi mutlaka adi yazılı şekilde yapılacak demişler. Bu kira sözleşmesi bu şekle uyularak yapılmış. Ama daha sonra sözleşme değiştirilecek. Bu değişiklik nasıl yapılabilir? Herhangi bir şekilde yapılabilir. Çünkü kanun koyucu, kanunda yazılı şekilde yapılması öngörülen bir sözleşmenin değiştirilmesinde de yazılı şekle uyulması zorunludur diyor. İradi şekilden bahsetmiyor.

Ama taraflar bu sözleşme adi yazılı şekilde yapılacak dedikten sonra ayrıca değişiklikler de adi yazılı şekle tabidir demiş olabilirler. O zaman bu sözleşmede yapılacak değişikliklerde de adi yazılı şekle uymak gerekir.

Şekle Tabi Bir Sözleşmede Tarafların Borçlarını Artıran veya Azaltan Tüm Değişiklikler Şekle Tabidir

Şimdi burada birtakım tartışmalı noktalar bulunmakla birlikte ben doktrindeki en sert görüşten yanayım. Özellikle işlemlerin ispat şeklini de dikkate alarak, yani değeri 14.800 lirayı (bu tutar 2024 yılında artırılmıştır) geçen hukuki işlemlerin mutlaka senetle ispat edilmesi gerekir, kesin delillerle ispat edilmesi gerekir diyen bir Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun varlığı karşısında, ben doktrindeki en sert görüşten yanayım. En sert görüş şu; sözleşme şekle tabi ise o sözleşmedeki her değişiklik aynı şekle tabidir. Örneğin adi yazılı şekildeki bir sözleşmede değişiklik yapacağız. İster borcu artırsın ister borcu azaltsın, yine aynı şekle tabi.

Ama doktrinde başka görüşler yok mu? Başka görüşler var. Diyorlar ki, yapılacak değişiklik eğer borcu azaltıyorsa o zaman ne yapmak lazım? Bu kadar sert bir tavır takınmamak lazım. Herhangi bir sıhhat şekline riayet edilmeden de borcun azaltılması mümkündür diyor.

Ancak ben bunun istisnai bir düzenleme olduğunu düşünüyorum ve bu istisnai düzenleme ile ilgili olarak size iki tane hüküm söyleyeceğim. Bunlardan bir tanesi Borçlar Kanununda ibraya ilişkin hüküm. TBK m. 132. Bu hükme göre:

“Borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca belli bir şekle bağlı tutulmuş olsa bile borç, tarafların şekle bağlı olmaksızın yapacakları ibra sözleşmesiyle tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabilir.”

Borçtan ibra nedir. Tarafların bir borç ifa edilmeksizin tümüyle veya kısmen sona erecek diye anlaşma yapmalarıdır. Borçtan ibra bir sözleşmesidir. Borcu doğuran sözleşme yasal şekle

tabi bir sözleşme olsa bile veya iradi şekle tabi bir sözleşme olsa bile bu ibra sözleşmesi herhangi bir sıhhat şekline tabi değildir diyorum kanun koyucu.

Ama ben size yine neyi hatırlatacağım? “*Davaya gittiğimizde ispat et de bir göreyim!*” diyeceğim. Tanıkla ispat edebilir misin? İstisnalarımız mutlaka var. Belirli derecedeki kan hısımları veya kayın hısımları veya eşler arasında tanıklıkla ispat yasağı ortadan kalkabiliyor (HMK m. 203). Ama o istisnaları geçecek olursak ne lazım bize? Bir senet lazım, bir senet lazım.

Diğer hüküm, zikretmem gereken hüküm yani ben sizin yerinizde olsam bu m. 13’ün yanına neyi yazarım? Borçtan ibraya ilişkin m. 132’yi yazarım. Sonra ben öğrenci olsam m. 13’ün yanına neyi yazarım? Kefaletle bir hüküm var onu yazarım. Kefaletle de kanun koyucu diyor ki bize; 583’üncü maddesinin 3’üncü fıkrasında:

“Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumluluğunu artıran değişiklikler, kefalet için öngörülen şekle uyulmadıkça hüküm doğurmaz.”

Demek ki kanun koyucu ne yapıyor? Diyor ki; kefalet borcu artırılacaksa o zaman kefalet sözleşmesinde öngördüğü şekle riayet edilecek. Kefalet sözleşmesinde kefilin borcu azaltılacaksa o zaman böyle bir şekle riayet edilmesi şart değildir diyor.

www.ilhanhelvacidersleri.com
