

Prof. Dr. İlhan Helvacı

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Borçlar Hukuku - Genel Hükümler - 5. Hafta - 2. Ders - 09.11.2023

İmzanın mekanik bir araçla atılması

Şimdi üzerinde durmadığım iki tane fıkra var. Bunlardan bir tanesi madde 15, fıkra 2. Bir tanesi de madde 15, fıkra 3.

Önce TBK m. 15 fıkra 2'ye bakalım. Bu hükme göre:

“İmzanın el yazısı dışında bir araçla atılması, ancak örf ve âdetçe kabul edilen durumlarda ve özellikle çok sayıda çıkarılan kıymetli evrakin imzalanmasında yeterli sayılır.”

İmzanın bir araçla atılmasından maksat imzanın örneğin mekanik bir araçla atılmasıdır. Örneğin bir matbaada basılı şekilde oluşturulmasıdır.

Hatırlarsanız az önce anlattım. Kanun koyucu, okuma yazma bilmeyen, bedensel engeli sebebiyle imza atamayan bir kişinin ne kullanabileceğinden söz etti? Mühür kullanabileceğinden söz etti. Yani bir mührü bir sözleşmeye basabileceğinden söz etti ama o mührün imzanın yerini tutabilmesi için ne lazım? Mührün mutlaka noter tarafından tasdik edilmesi lazım.

Şimdi kanun koyucu neden bahsediyor? Böyle mekanik bir araçla imzanın defalarca atılabilmesinden bahsediyor. Yüzlerce imzadan, binlerce imzadan bahsediyor. Dolayısıyla tekrar bakacak olursak

“İmzanın el yazısı dışında bir araçla atılması, ancak örf ve âdetçe kabul edilen durumlarda ve özellikle çok sayıda çıkarılan kıymetli evrakin imzalanmasında yeterli sayılır.”

Önceki Türk Ticaret Kanunu'nun anonim şirketlerde hisse senetlerine ilişkin “2. Senetlerin şekli:” kenar başlığını taşıyan 413. maddesi şu şekilde idi:

“Hisse senetlerinin şirketin unvanını, esas sermaye miktarını ve tescil tarihini, senedin nevi ve itibari kıymetini ihtiva etmesi ve şirketin namına imza etmeye yetkili olanlardan en az ikisi tarafından imza edilmiş olması şarttır. İmza damga veya mühür şeklinde olabileceği gibi matbu dahi olabilir.”

Önceki Türk Ticaret Kanunu'nun “III-Tahvillerin şekli:” kenar başlığı altındaki 427. maddesinde de şu hükme yer verilmişti:

“Tahvillere izahnamede zikri gereken hususlardan başka tahvillerin ana sermaye ve faizlerinin ödeme şartları ve varsa itfa planı yazılmak lazımdır.

Tahvillerin şirket namına imza etmeye yetkili olanlardan en az ikisi tarafından imza edilmiş olması şarttır. İmza, damga veya mühür şeklinde olabileceği gibi matbu dahi olabilir.

Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda da "A) Taşıma sözleşmesinin uygulanması, I -Taşıma senedi" kenar başlığı altındaki 856. maddesinde şu düzenlemeye yer verilmiştir:

"(1) (1) Taşıma senedi taraflardan birinin istemi üzerine düzenlenir. Senet üç özgün nüsha olarak hazırlanır ve gönderen tarafından imzalanır. Gönderen, taşıyıcının da taşıma senedini imzalamasını isteyebilir. El yazısı ile imzalanmış taşıma senetlerinin suretlerindeki imza, damga veya mühür şeklinde ya da basılı olabilir. Bir nüsha gönderene aittir, diğeri eşyaya eşlik eder, üçüncüsü taşıyıcıda kalır. ..."

Görme Engelli Kişilerin İmzaları

TBK m. 15 fıkra 3'e göre: "

"Görme engellilerin talepleri halinde imzalarında şahit aranır. Aksi takdirde görme engellilerin imzalarını el yazısı ile atmaları yeterlidir."

Bu hükmün son değişiklikten önceki hali ise şu şekilde idi:

"Usulüne göre onaylanmadıkça veya imza ettikleri sırada metnin içeriğini bildikleri ispat edilmedikçe görme engellilerin imzaları onları bağlamaz."

Acaba ne düşünüyorsunuz? Şöyle mi düşünüyorsunuz? "Hocam görme engelliler korunmalıydı, onlar mutlaka ve mutlaka sözleşmelerini noterde yapmalıydılar, onlar mutlaka ve mutlaka sözleşmelerini tanık huzurunda veya tanıklar huzurunda yapmalıydılar. Bu şekilde görme engelliler gerçekten de bu korumadan mahrum kılınmışlar!" Ne dersiniz?

Görme engelliler zihinsel olarak engelliler mi? Ayırt etme gücünden yoksunlar mı? Yoksun değil, değil mi? Onlar kendilerine sunulan bir metnin kendi iradelerine aykırı olabileceğinin riskinin farkındalar mı? Farkındalar. O zaman kendi kendilerini koruyabilecek durumdalar mı? Koruyabilecek durumdalar. Dilerlerse noterde bir işlem yapabilirler mi? Yapabilirler. Dilerlerse ne yapabilirler? Bu sözleşmenin kurulması aşamasında güvendikleri, inandıkları bir kişiden veya birkaç kişiden örneğin iki tanıktan yardım alabilirler. Yani bir görme engelli kişi iki şekilde hareket edebilir. "Bir sözleşme imzalıyorum. Noterde yapayım." diyebilir mi? Diyebilir. Yani görme engelli kişiler sözleşmelerinin noter huzurunda yapılmasını isteyebilirler. Ya da bir veya birkaç tanığın yardımından yararlanmak isteyebilirler. Ve o güvendikleri bir kişiye; "Şu sözleşmeyi imzalıyorum, sözleşmeyi göremediğimi, okuyamadığımı biliyorsun. Lütfen bana okur musun? Veya bunun içeriğinin ben şöyle olması gerektiği inancındayım. Bu metin benim arzuma uygun mudur sence? Bu konuda bana yardım eder misin?" Tanık da görme engelli kişinin bu yardım talebini kabul edebilir. Görme engelli kişi de "O zaman bu sözleşmede tanık olarak senin de imzanın bulunmasını istiyorum" diyebilir. Tanık da bunu kabul edebilir.

Böyle olabilir, değil mi? Böyle olabilir. Dolayısıyla hükmü bu çerçevede değerlendirdiğinizde ben görme engelliler için büyük bir tehlike yaratıldığı inancında değilim. Onlar kendi kendilerini koruyabilecek nitelikte kişilerdir. Eğer kendi kendilerini korumak istemiyorlarsa zaten sorun yoktur. Eğer kendi kendilerini korumak istiyorlarsa o zaman deyim yerindeyse notere sığınabilirler veya ne yapabilirler? Çok rahatlıkla bir tanık veya isterlerse iki tanıktan yardım isteyebilirler.

İmzalı mektup, aslı imzalı telgraf, teyit edilmiş faks mesajı

TBK m. 14/f. 2 bize şöyle söylüyor:

“Kanunda aksi öngörülmedikçe, imzalı bir mektup, asılları borç altına girenlerce imzalanmış telgraf, teyit edilmiş olmaları kaydıyla faks veya buna benzer iletişim araçları ya da güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinler de yazılı şekil yerine geçer.”

Biz hayatın doğal akışında, olayların birçoğunda sözleşme metnini kaleme alıyoruz. Arkasından borç altına giren tarafların bunu imzalamalarını sağlıyoruz. Böylece şekil kurallarına riayet etmiş oluyoruz. Fakat taraflardan birinin irade açıklaması el yazısıyla imzalanmış bir mektubun içinde yer alabilir mi?

Örneğin bir kişi, diğerine imzalı bir mektupta; *“Şu ada, şu pafta, şu parseldeki taşınmazımı gelecekte üçüncü bir kişiye satacak olursam senin önalım hakkın olacak”* diyerek, ona önalım sözleşmesi için bir öneride bulunabilir mi? Sonra karşı tarafın aynı şekilde bu öneriyi kabule dair imzalı mektubu olabilir mi? *“Şu tarihli mektubunu aldım, ben de senin bana önalım hakkı tanımana ilişkin bu önerini kabul ediyorum”* diyebilir mi? Diyebilir. Ne diyor kanun koyucu? Atlayarak okuyorum:

“... aksi öngörülmedikçe, imzalı bir mektup, ... yazılı şekil yerine geçer.”

Bir de aradaki atladığım ifadeye bakalım:

“... asılları borç altına girenlerce imzalanmış telgraf, teyit edilmiş olmaları kaydıyla faks veya buna benzer iletişim araçları ya da güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinler de yazılı şekil yerine geçer.”

Artık uygulamada bu imzalı bir mektup veya asılları borç altına girenlerce imzalanmış telgraf gibi örneklere rastlamıyoruz. Artık genellikle neye rastlıyoruz? Bir e-mailin ekinde bir word dokümanına veya bir PDF'e rastlıyoruz. Daha doğrusu bir belgenin imzalanmış ve taranmış hâline rastlıyoruz. Ama dikkat edecek olursanız bunlar el yazısıyla belki imzalandılar ama sonuç itibarıyla metin yazıcı çıktısıyla ortaya konduğunda bu bir el yazısıyla imzalanmış bir metin olmuyor. Değil mi? Sonuç itibarıyla fotokopideki imza ne kadar el yazılı imza değilse fakstaki imza da el yazılı imza değil. Taranarak karşı tarafa e-mailin ekinde yollanan bu belgeler de printer çıktısı ile ortaya çıkarıldığında onlardaki imzalar da el yazılı imza değil.

Ama kanun koyucu ne diyor? Diyor ki bakınız:

“... teyit edilmiş olmaları kaydıyla faks veya buna benzer iletişim araçları ya da güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinler de yazılı şekil yerine geçer.”

Artık bu güvenli elektronik imzayı geçelim çünkü Elektronik İmza Kanunu var. Zaten elektronik imzanın el yazılı imzanın yerine geçeceğini kanun koyucu söyledi.

Şu anda neye odaklanıyoruz? Diyor ki kanun koyucu: *“... teyit edilmiş olmaları kaydıyla faks veya buna benzer iletişim araçları ya da güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinler de yazılı şekil yerine geçer.”* İşte bu noktada gerçekten de önemli bir tartışma var.

Acaba bu teyit kimin tarafından yapılmalı? Bu teyit irade açıklamasını gönderen tarafından mı yapılmalı? Şöyle ki: *“Evet, bu imzalı faksı sana ben yolladım, metnin el yazılı imzalı hâli de işte buradadır.”* mı demeli? Ya da *“Evet, bu taranmış PDF’i e-mailin ekinde sana ben yolladım, bu belgenin el yazılı imzalı aslı buradadır bunu teyit ediyorum”* mu demeli? Yoksa karşı taraf mı bütün bunları teyit etmeli? Bütün bunlar yazarlar arasında tartışmalı. Bence isabetli olan düşünce gönderenin teyidinin aranmasıdır.

Diğer Şekil Türleri

a-) Nitelikli Adi Yazılı Şekil

Bu ihtimalde kanun koyucu adi yazılı şeklin şartlarını deyim yerindeyse biraz daha ağırlaştırmıştır diyebiliriz. Bunun bizim hukuk sistemimizdeki en önemli örneği, Türk Medeni Kanunu’ndaki en önemli örneği el yazılı vasiyetnamedir.

Üç tip vasiyetname vardır hukuk sistemimizde. Biri el yazılı vasiyetnamedir, biri şifahi yani sözlü vasiyetnamedir, bir diğeri de resmî vasiyetnamedir. Resmî vasiyetnameler genellikle noterde gerçekleştirilirler. El yazılı vasiyetnamede ise vasiyetnamenin baştan sona vasiyetçinin kendi el yazısıyla yazılmış olması gerekir. Başka bir kişinin el yazısı olamaz. Bir daktilo yazısı olmaz, bir yazıcı çıktısı olmaz. Vasiyetnamenin baştan sona mutlaka ve mutlaka vasiyetçinin el yazısıyla yazılması gerekir. Tarih (gün, ay ve yıl da belirtilerek) el yazısıyla atılmalıdır ve vasiyetname mutlaka ve mutlaka vasiyetçinin el yazısıyla imzalanmalıdır. Baktığımız zaman Medeni Kanun’da vasiyetnelere ilişkin hükümlere bunu görürsünüz. El yazılı vasiyetname TMK m. 538’de düzenlenmiş. Şöyle söylüyor kanun koyucu: *“El yazılı vasiyetnamenin yapıldığı yıl, ay ve gün gösterilerek başından sonuna kadar mirasbırakanın el yazısıyla yazılmış ve imzalanmış olması zorunludur.”* Bakın sadece ve sadece basit bir tarih değil. *“... yıl, ay ve gün gösterilerek başından sonuna kadar mirasbırakanın el yazısıyla yazılmış ve imzalanmış olması zorunludur.”* Metin baştan sona ölüme bağlı tasarrufta bulunan kişi tarafından kaleme alınacak. Tarih, gün, ay ve yıl olarak saptanacak ve vasiyetname mutlaka ve mutlaka vasiyetnameyi yapan kişi tarafından imzalanacak.

Şimdi benzeri bir düzenlemeyi biz nerede görüyoruz? Kefalet sözleşmesinde görüyoruz. Kefalet sözleşmesinde de kanun koyucu diyor ki sözleşmenin bazı unsurları mutlaka ve mutlaka

kefilin el yazısıyla yazılmalıdır diyor. Borçlar Kanunu m. 583'e baktığımızda şu düzenlemeyi görüyoruz. Kanun koyucu diyor ki 1. fıkrada:

“Kefalet sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azamî miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmaz. Kefilin, sorumlu olduğu azamî miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olması durumunda, bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesi şarttır.”

Demek ki mutlaka ve mutlaka kefilin sorumlu olacağı azami meblağın kefilin el yazısıyla saptanması gerekiyor. Kefalet tarihinin mutlaka ve mutlaka kefilin el yazısıyla belirlenmesi gerekiyor. Hatta 3. sınıftaki derslerde okuyacaksınız. Kefalet temelde iki tipe ayrılıyor. Biri adi kefalettir, diğeri müteselsil kefalettir. Müteselsil kefalet, adi kefaletle oranla alacaklı açısından çok daha güçlü bir kefalet tipi, çok daha lehe bir kefalettir.

Eğer kefalet bir tür müteselsil kefaletse o zaman kanun koyucu diyor ki bu müteselsil ifadesi de kefilin el yazısıyla yazılacak. Aksi takdirde o kefalet, müteselsil kefalet olarak geçerli olmaz diyor. Bütün amaç ne? Bütün amaç, kefilin ciddi ciddi düşünmeye sevk etmek. Çünkü kefil örneğin 5 milyon liraya kefil oldu. “5 milyon lira için kefilim.” dedi. “Kefalet limitim 5 milyon liradır.” dedi. Bu durumda kefil 5 milyon liraya kadar haczi mümkün tüm mal varlığı değerleriyle sorumludur. O yüzden kanun koyucu diyor ki “Kefili ben mutlaka ve mutlaka iyice düşünmeye sevk etmeliyim. Ne yaptığının farkında olsun! Haczi mümkün bütün mal varlığı değerlerini tehlikeye atarken iyice düşünsün, taşınsın.” diyor. Hatta müteselsil kefalette kefil doğrudan doğruya sorumluluk altına girdiği için müteselsil kefil olacak kişiyi ayrıca uyarıyor diyor ki “Müteselsil ifadesini de el yazısıyla yazacaksın.” diyor.

Bir başka hüküm TBK m. 603. Bu hüküm diyor ki:

“Kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanır.”

Birazcık ayıklayalım. “Kefaletin şekline, ... ilişkin hükümler, gerçek kişilerce, ...” tüzel kişilerce değil, gerçek kişilerce. Sadece ve sadece insanlar tarafından “... kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanır.” Bunu biz 2. dönem üçüncü şahsın fiilini taahhüt başlığı altında göreceğiz. Garanti sözleşmesi başlığı altında göreceğiz. Hatta size 3. sınıfta özel borç ilişkileri derslerinde kefalet anlatılırken mutlaka garanti sözleşmesi de anlatılır.

Kısacası bu gibi gerçek kişilerce verilen kişisel teminatlarda da kefaletin şekline riayet edilecek. Yani garantörün limiti de yine el yazısıyla saptanacak diyor. Garantinin tarihi de yine el yazısıyla saptanacak diyor. Ama bir tüzel kişi garantör olabilir mi? Evet, olabilir. O zaman böyle şekil kuralları var mı? Hayır, böyle şekil kuralları 603. madde çerçevesinde yok diyor kanun koyucu.

Resmî Yazılı Şekil

Gayrimenkul mülkiyetini nakil borcu doğuran akitler, gayrimenkul satış vaadi, resmî yazılı şekle tabi, değil mi? Gayrimenkuller üzerinde sınırlı aynî hak tesisi resmî yazılı şekle tabi, değil mi? Özellikle gayrimenkul mülkiyetini nakil borcu doğuran akitler nerede yapılacaktır? Tapuda yapılacaktır. Ama noterler de bu işlemlerden satış sözleşmesini artık yapabiliyorlar.

Gayrimenkul üzerinde sınırlı aynî hak tesisini kimler gerçekleştirebilir? Tapu sicil memurları gerçekleştirebilir (Tapu Kanunu m. 26). Onları noterde yapamazsınız. Gayrimenkul satış vaadi nerede yapılabilir? Noterde de yapılabilir (Noterlik Kanunu m. 89). Tapu sicil memurları tarafından da yapılabilir.

Bu resmî yazılı şeklin şu açıdan kıymetinin farkındasınız. Metni kim kaleme alıyor? Taraflar mı? Metni, yani, tarafların irade açıklamalarını noter bir kâğıda döküyor, değil mi? Tarafların irade açıklamalarını noter bir kâğıda döküyor. Tarafların irade açıklamalarını tapu memuru bir kâğıda döküyor, değil mi? Ve belgenin aslı nerede saklanıyor? Noterde saklanıyor örneğin, değil mi?

Bir gayrimenkul satış vaadi yapıldığını varsayalım. Belge nerede saklanıyor? Noterde saklanıyor. Belgenin aslı noterde saklanıyor. Taraflara örneği veriliyor. Noter, tarafların irade açıklamalarını kâğıda döküyor. Ondan sonra taraflar okuyorlar. İradelerine uygun olduklarına kanaat getirirlerse imzalıyorlar. Arkasından da noter imzalıyor, kendi mührünü basıyor ve tarihi saptayarak işlemi tamamlıyor.

Tekrar hatırlatacak olursam şunu söylemem lazım: Kanunlarımızda eğer bir sözleşmeye resmîyeti verecek olan makam açıkça belirlenmediyse, örneğin sulh hâkimidir, tapu sicil memurlarıdır denmediyse, yetkili makam hangi makamdır demiştik? Noter makamıdır demiştik.

Noterlik Kanunu m. 89

Bazı yazarlar bu hüküm için “*Düzen şekli öngörüyor.*” diyor. Bazı yazarlar da “*Resmîyeti verecek olan noterlik makamına yönelik bir talimat getiriyor.*” diyorlar.

Noterlik Kanunu m. 89’un kenar başlığı “*Düzenleme şeklinde yapılması zorunlu işlemler.*” Bu hükme göre:

“Niteliği bakımından tapuda işlem yapılmasını gerektiren sözleşme ve vekaletnamelerle, vasiyetname, mülkiyeti muhafaza kaydı ile satış, gayrimenkul satış va'di, vakıf senedi, evlenme mukavelesi, evlat edinme ve tanıma, mirasın taksimi sözleşmesi ve diğer kanunlarda öngörülen sair işlemler bu fasıl hükümlerine göre düzenlenir.”

Çok uzun bir madde ama biz üç hususu ele alacağız:

Ne diyor bu hüküm? 1-) Gayrimenkul satış vaadi noterde düzenleme şeklinde yapılacak. 2-) Vakıf senedi noterde düzenleme şeklinde yapılacak. Ama bunları sıhhat şekline tabi kılan zaten Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu. Vakıf senedini resmi şekle tabi kılan Medeni Kanunumuz. Gayrimenkul satış vaadini resmî şekle tabi kılan Borçlar Kanunumuz. 3-) Mirasın taksimi sözleşmesi noterde düzenleme şeklinde yapılacak. Peki, acaba mirasın taksimine ilişkin sözleşme nerede düzenlenmiş ve hangi sıhhat şekline tabi?

Mirasın taksimi ne demek? Mirasçılar, mirasın intikalinde bir masanın başında oturup ne yapabilirler? Mirası serbestçe taksim edebilirler, bölüştürebilirler. Üç mirasçı örneğin “*Konut anneme kalsın, yazlık bana kalsın, araba da ablama kalsın.*” diyebilirler. Bu konuda ne yapabilirler? Bir sözleşme yapabilirler. Bu sözleşmeyi yaptıklarında acaba hangi şekle riayet etmek durumundalar?

Medeni Kanun madde 676, fıkra 3’e göre:

“Paylaşma sözleşmesinin geçerliliği yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır.”

Bu hüküm ne diyor? Resmî yazılı şekil diyor mu? Hayır! Paylaşma sözleşmesinin geçerliliği yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır. Sözleşme adi yazılı şekilde yapılacak.

Peki, mirasın taksiminde terekenin içerisinde mirasta taşınmazlar varsa acaba bu sözleşme de yine adi yazılı şekilde yapılabilir mi sorusuna yanıt? Evet. Bu konuda iki içtihadı birleştirme kararı var. Birincisi şöyle: YİBK, T: 10.12.1952, E: 1950/2, K: 1952/4:

“... İzah olunan sebeplere binaen mirasa dâhil gayrimenkullerin taksimi hakkında mirasçılar arasında yapılacak sözleşmenin muteber olması için yalnız yazılı olması kâfi olup bu aktin ayrıca Tapu Memuru huzurunda resmî senede bağlanması mecburiyeti olmadığına ve bu itibarla Beşinci Hukuk Dairesinin bu yoldaki son içtihadı kanunun metin ve ruhuna uygun görüldüğüne ... karar verildi.” (RG. 13.03.1953; S: 8358).

İkincisi de şöyle: YİBK, T: 26.11.1980, E: 1980/5, K: 1980/3:

“... 1512 sayılı Noterlik Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden sonra Medenî Kanununun 611. maddesinin 2. fıkrasına göre yapılan “yazılı miras taksim sözleşmesinin” geçerli olduğuna ve anılan Noterlik Kanunu’nun 89. maddesinin Medenî Kanununun 611/2. maddesi hükmünü değiştirmedigine ... karar verildi.” (RG. 03.01.1981; S: 17209).

O halde Noterlik Kanunu’ndaki 89. madde nasıl bir hüküm? Notere talimat veren bir hükümdür diyoruz. Notere müracaat edildiğinde nasıl hareket etmesi gerektiğini söyleyen bir hükümdür. “*Ey noter, mirasçılar bir miras taksim sözleşmesi için sana gelirlerse sen imza tasdiki yapamazsın, senin yapacağın şey düzenleme şeklinde resmî senettir.*” diyor kanun koyucu.

Gerçekten de Noterlik Kanunu, Medeni Kanun’un önüne geçebilir mi? Borçlar Kanunu’nun önüne geçebilir mi? Onların yerine geçip yeni bir şekil kuralı ihdas edebilir mi?

Hayır. 26.11.1980 tarihli içtihadı birleştirme kararı da bu durumu teyit ediyor. Bu karar her ne kadar eski Medeni Kanun zamanında verilmiş ise de hala değerini koruyan bir içtihadı birleştirme kararıdır. Noterlik Kanunu'nun 89. maddesi ancak ve ancak bir düzen şekli olarak nitelendirilebilir veya başkaca yazarların söylediği gibi bu hüküm noter makamına yönelik bir talimat öngörmektedir. Başka bir şekil kuralı öngörmemektedir diyoruz.

Peki, kısacası, miras taksim sözleşmesi, içinde taşınmaz dahi barındırsa hangi şekilde yapılabilir? Adi yazılı şekilde yapılabilir.

İradi Şekil

Bir sözleşme genellikle hukuk sistemimizde herhangi bir sıhhat şekline tabi kılınmamış, değil mi? Sözleşme serbestisi ilkesi var. Sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde taraflar diledikleri tipte, diledikleri içerikte sözleşme yapıyorlar. Yeter ki kanunların emredici hükümlerine aykırı olmasın, ahlaka aykırı olmasın, kişilik haklarına aykırı olmasın.

Bu çerçevede aynı zamanda hangi ilkeyi benimsiyor Türk Borçlar Kanunu? Şekil serbestisi ilkesini benimsiyor. Sözleşme serbestisi ilkesi var, aynı zamanda şekil serbestisi ilkesi de var. Ama nadiren kanun koyucu sözleşmeleri şekle tabi kılabilir örneklerin tarafları düşündürmek amacıyla.

Fakat taraflar da kanunda şekle bağlı olmayan bir sözleşmenin belirli bir şekle (sıhhat şekline) bağlı kılınmasını kararlaştırabilirler. Örneğin bir kira sözleşmesini yazılı şekilde yapacakları hususunda mutabakata varabilirler. Bir şekil anlaşması yapabilirler. Gelecekte yapacakları bir sözleşmenin belirli bir sıhhat şekline tabi olduğunu, o sıhhat şekline riayet edilmediği müddetçe o sözleşmenin tarafları bağlamayacağını kararlaştırabilirler.

Örneğin taraflar dediler ki “*Bizim aramızda bir kira sözleşmesi yapılacaktır ve bu kira sözleşmesinin geçerli olması için mutlaka ve mutlaka bu sözleşmenin altındaki imzaların noter tarafından tasdik edilmesi şarttır.*” dediler. Ama daha sonra sözleşmeyi yazılı şekilde yapmış olmalarına rağmen notere götürüp imzalarını tasdik ettirmediler. Bu sözleşme geçerli olmayacaktır. Nasıl yasal şekle tabi bir sözleşme yasal şekle uyulmadığında kesin hükümsüz oluyorsa, aynı şekilde iradi şekle tabi olan bir sözleşme de o şekle riayet edilmediği takdirde kesin hükümsüzlük yaptırımına maruz kalacaktır.

Taraflar kanunda herhangi bir şekle tabi kılınmamış sözleşmeyi adi yazılı şekilde yapmaya karar verebilirler, resmî yazılı şekilde yapmaya karar verebilirler.

Taraflar kanunda belirli bir şekilde yapılması gereken sözleşmeyi, bir sıhhat şekline tabi olan sözleşmeyi daha da sert, daha ağır bir şekle tabi kılabilirler. Değil mi? Kanundaki şekil kuralını ortadan kaldıramazlar. Şekle ilişkinin kurallar emredici niteliktedir. Aksi kararlaştırılmayan kurallardır. Ama taraflar kanunda öngörülen bir şekli daha da sertleştirebilirler mi? Örneğin gayrimenkul simsarlığına ilişkin sözleşmeler, adi yazılı şekilde yapılmalıydılar dedik. Taraflar şunu yapabilirler mi? “*Taşınmaz simsarlığına ilişkin bir sözleşme yapacağız ama bu sözleşme mutlaka ve mutlaka noterde resmî yazı şeklinde yapılacak,*

düzenleme şeklinde yapılacak veya noterde mutlaka ve mutlaka imzaları tasdik edilecek.” diyebilirler mi? Diyebilirler.

Taraflar kanundaki bir sıhhat şeklini yumuşatamazlar ama kanundaki bir sıhhat şeklini ağırlaştırabilirler.

İradi Şekle Bağlı Sözleşmelerde Değişiklik Yapılması

Kanunda bir sözleşmenin şekle bağlı kılınacağından söz edilmişse o şekildeki yapılan sözleşme gelecekte değiştirilecek olursa, ister borcu hafifletsin ister artırsın yine ne yapıyoruz? O kanunda öngörülen şekle riayet etmek zorundayız demiştik.

Peki, taraflar iradi bir şekil kararlaştırdılar. Bir kira sözleşmesi sıhhat şekline tabi değil ama dediler ki: *“Noterde imzaları tasdik edildiği takdirde geçerli olacaktır. Aksi takdirde geçerli olmayacaktır.”* Daha sonra yani sözleşmeyi imzaları noterde tasdik edilmiş şekilde gerçekleştirdikten sonra bir değişiklik yapmak istediler. Örneğin kira bedeli konusunda, örneğin kira süresi konusunda. Ne dersiniz? Acaba bunu diledikleri şekilde gerçekleştirebilirler mi yoksa yine mutlaka ve mutlaka noterde imzaları tasdik edilmiş şekilde mi gerçekleştirecekler? Hatırlayın Borçlar Kanunu madde 13’ü. Ne demiştik?

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

Kanunen sıhhat şekline tabi sözleşmelerde, sözleşme hangi şekle tabi ise değişiklik de aynı şekle tabi. Hâlbuki iradi şekle tabi sözleşmeler için böyle bir kural yok.

Ama taraflar sözleşmeye şunu da yazabilirler, değil mi? *“Sözleşme, taraflar, malik, kiraya veren, kiracı, sözleşmenin konusunu oluşturan taşınmaz, şu ada, şu pafta, şu parsel, adres, taşınmazın özellikleri, ne şekilde kullanılacağı, (konut veya işyeri), kira bedeli, kiranın süresi ve başkaca detaylar...”* Son hükümlere geldiniz. Şunu yazmışlar. Diyorlar ki *“İşbu sözleşmedeki değişiklikler yine bu sözleşme için öngörülen şekilde gerçekleştirilecektir.”* Bu sözleşmeyi hangi şekilde yapmaya karar vermiştik? İmzaları noterden tasdik edilmiş şekilde yapılmasına karar vermiştik. *“İşbu sözleşmede yapılacak değişikliklerde de yine aynı şekil kurallarına riayet edilecektir.”* demişlerse o zaman ne yapacaksınız gerçekten de değişikliği yine aynı şekle riayet ederek gerçekleştireceksiniz. Değişiklik de yine nasıl gerçekleşecek? İmzaları noter tarafından tasdik edilmiş şekilde gerçekleştirilecek. Aksi takdirde değişiklik geçerli olmayacak. Peki.

Şekle Aykırılık İddiasının Dürüstlük Kuralı Gereğince Dikkate Alınmaması

Evet, diyoruz ki biz bir şekil kuralı varsa, bu şekil kuralı çerçevesinde, bu şekle riayet edilmediyse, şekil ister yasadan kaynaklanan şekil olsun ister tarafların iradesinden kaynaklanan şekil olsun durum değişmez. Sözleşme hangi yaptırıma maruz kalır? Sözleşme kesin hükümsüzlük yaptırımına maruz kalır. Bir diğer söyleyişle yaptırımın adı butlandır ama daha sade daha yalın olan terim kesin hükümsüzlük terimidir.

Bu kesin hükümsüzlük hâkim tarafından resen dikkate alınır mı? Görevinden ötürü, resen dikkate alınır mı? Evet. Taraflardan birisi bunu dile getirmese dahi hâkim bu geçersizliği görevinden ötürü dikkate alabilir mi? Almak zorunda mıdır? Evet.

Bazı istisnai hükümler var Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da ama oraya girmiyorum.

Aynı şekilde tarafların icazetiyle bu kesin hükümsüzlük düzelir mi? Düzelmez. Peki, menfaati olan herkes bu şekil eksikliğini ileri sürebilir mi? İddia edebilir mi? Edebilir. Zamanın geçmesi ile düzelir mi? Düzelmez.

Eğer taraflar, şekil eksikliğini bilmelerine rağmen sözleşmede belirlenen borçlarını böyle gönül rızasıyla karşılıklı olarak ifa ediyorlarsa ancak daha sonra o sözleşmenin şekil eksikliği sebebiyle kesin hükümsüzlüğünü iddia ediyorlarsa bu iddia neye aykırı olabilir? Medeni Kanun madde 2'deki dürüstlük kuralına aykırı olabilir. Yani hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı olabilir. Hakkın açıkça kötüye kullanılması hâlinde kanun koyucu ne yapıyordu? Böyle bir iddiayı, böyle bir savunmayı ne yapmıyordu? Dikkate almıyordu. Beraber hatırlayalım Medeni Kanun madde 2'yi:

“Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır.

Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.”

Hâkim, görevinden ötürü şekil eksikliğini dikkate aldığı anda aynı zamanda şunu da hesap etmek zorundadır. Bu şekil eksikliğini taraflardan birisi dile getirseydi acaba bu şekil eksikliğini dile getirmesi hakkın kötüye kullanılması hâli oluşturur muydu? Hâkim bunu da hesap etmek zorunda, bunu da göz önünde bulundurmak zorunda.

Evet, hâkim, akdin resmî şekilde yapılması gerekmesine rağmen adi yazılı şekilde yapıldığını görmüş, hemen re'sen, görevinden ötürü taraflar iddia etmeseler bile onun *“Bir dakika bu taşınmaz satışı resmî şekilde yapılmamış, geçersizdir.”* demesi gerekiyor. Ama bunu yaparken bir taraftan da yine şunu da hesap etmesi gerekiyor. *“Ben hâkim olarak re'sen görevimden ötürü bu şekil eksikliğini dikkate almasaydım, taraflardan birisi bunu ileri sürseydi acaba onun bunu ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması yasağını ihlal eder miydi, etmez miydi?”* Hâkim bunu da dikkate almak zorunda. Eğer hakkın kötüye kullanılması yasağını ihlal edeceği kanaatine erişiyorsa o zaman bu re'sen görevinden ötürü dikkate alma hususunu da ne yapmayacak? Gerçekten de gerçekleştirmeyecek. Şekil eksikliğini deyim yerindeyse görmezden gelecek şekil eksikliğine rağmen sözleşme ne olacak? Ayakta kalmaya devam edecek.

Hakkın kötüye kullanılması yasağı şekil eksikliğini ortadan kaldıran en önemli hükümlerden bir tanesi ama her zaman şunu söylüyoruz. Acaba hak ne zaman kötüye kullanılmış olur? Her somut olayda, o somut olayın tüm özelliklerini dikkate alarak karara varmak lazım.

Tarafların şekil eksikliğini bilmelerine rağmen gönül rızasıyla borçlarının tamamını ifa etmeleri veya borçlarını tamamına yakın şekilde ifa etmeleri veya taraflardan birisinin şekil eksikliğine kasten bilerek sebebiyet vermesi, ondan sonra da bu şekil eksikliğinden yararlanmaya kalkışması. Yani bir taraf geçersizliği bizzat kendisi sağlamış, geçersizliğe bizzat kendisi neden olmuş. Örneğin satıcı alıcıya: “Şimdi noterde niye gayrimenkul satış vaadi yapalım, niye noter masrafı ödeyelim, neden noter harcı ödeyelim? demiş. “Bunu biz adi yazılı bir şekilde yapalım.” demiş. Alıcı da bütün edimlerini yerine getirmiş. Hatta satıcı gayrimenkulün zilyetliğini de alıcıya nakletmiş. Alıcı taşınmazın içerisine girmiş oturuyor. Ama satıcı taşınmazın tapu kütüğünde alıcı adına tesciline bir türlü yanaşmıyor.

Acaba bu noktada ne diyeceğiz? Bu sözleşmenin kesin hükümsüzlüğünü iddia etmek dürüstlük kuralına aykırıdır diyeceğiz. Zaten bizim bu konuya ilişkin bir tane içtihadı birleştirme kararımız var. İçtihadı birleştirme kararı da bize aynen böyle söylüyor. 1988 tarihli, geçen seneki derslerde de hocalarımız mutlaka söylemiştir. Şöyle söylüyor, diyor ki, YİBK, T: 30.09.1988, E: 1987/2, K: 1988/2 sayılı kararından:

“... Tapuda kayıtlı bir taşınmazın mülkiyetini devir borcu doğuran ve ancak yasanın öngördüğü biçim koşullarına uygun olarak yapılmadığından geçersiz bulunan sözleşmeye dayanılarak açılan bir cebri tescil davasının kural olarak kabul edilmeyeceğine; bununla beraber Kat Mülkiyeti Kanununa tâbi olmak üzere yapımına başlanılan taşınmazdan bağımsız bölüm satımına ilişkin geçerli bir sözleşme olmadan tarafların bağımsız bölüm satımında anlaşarak alıcının tüm borçlarını eda etmesi ve satıcının da bağımsız bölümü teslim ederek alıcının onu malik gibi kullanmasına rağmen satıcının tapuda mülkiyetin devrine yanaşmaması hallerinde; olayın özelliğine göre hâkimin M. K. nun 2. maddesini gözeterek açılan tescil davasını kabul edebileceğine ... karar verildi.” (RG. 21.12.1988; S: 20026).

Yani satıcıyla alıcı arasında bir adi yazılı şekilde sözleşme yapılmış. Gayrimenkul mülkiyetini nakil borcu doğuran bir satış sözleşmesi olmasına rağmen adi yazılı şekilde yapılmış. Kesin hükümsüz mü? Kesin hükümsüz. Hâl böyle olmasına rağmen alıcı bir dava açmış. Diyor ki: “Ey satıcı, taşınmazın mülkiyetinin nakil borcu altına girmiştin. Söz konusu taşınmazın benim adıma tapu kütüğünde tescilini sağla” diyor. Hâkim de ne yapacak? Diyecek ki “Bir dakika bu sözleşme adi yazılı şekilde yapılmış, resmî yazılı şekilde yapılmamış. Kesin hükümsüz.” Şimdi ne diyor Yargıtay? Diyor ki:

“... geçersiz bulunan sözleşmeye dayanılarak açılan bir cebri tescil davasının kural olarak kabul edilmeyeceğine; bununla beraber Kat Mülkiyeti Kanununa tâbi olmak üzere yapımına başlanılan taşınmazdan bağımsız bölüm satımına ilişkin geçerli bir sözleşme olmadan tarafların bağımsız bölüm satımında anlaşarak alıcının tüm borçlarını eda etmesi ve satıcının da bağımsız bölümü teslim ederek alıcının onu malik gibi kullanmasına rağmen satıcının tapuda mülkiyetin devrine yanaşmaması hallerinde; olayın özelliğine göre hâkimin M. K. nun 2. maddesini gözeterek açılan tescil davasını kabul edebileceğine ... karar verildi.”

Gördüğünüz gibi hakkın kötüye kullanılması yasağının aslında iki fonksiyonu var. Bir tanesi hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin iddia ve savunmanın dikkate alınmamasıdır. Buna hakkın kötüye kullanılması yasağının olumsuz etkisi (fonksiyonu) deniyor.

Ama bu örnekte içtihadı birleştirme kararında hangi sonuç benimsendi? Hakkın kötüye kullanılması yasağına dayanarak bir talebin kabul edilmesi gerektiğine hükmedildi değil mi? Bir taşınmazın mülkiyetinin alıcı adına tescilinin mümkün olduğuna karar verildi. Buna da hakkın kötüye kullanılması yasağının olumlu etkisidir (fonksiyonudur) diyebiliriz.

www.ilhanhelvacidersleri.com
