

**T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI**

YAZILI ŞEKİL ŞARTI

Doktora Tezi

EMİNE GÖKÇE KARABEL

İstanbul, 2015

**T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI**

YAZILI ŞEKİL ŞARTI

Doktora Tezi

EMİNE GÖKÇE KARABEL

Danışmanı: Prof. Dr. SERAP HELVACI

İstanbul, 2015

MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ

TEZ ONAY BELGESİ

HUKUK Anabilim Dalı ÖZEL HUKUK Bilim Dalı DOKTORA öğrencisi EMİNE GÖKÇE KARABEL'nin YAZILI ŞEKİL ŞARTI adlı tez çalışması, Enstitümüz Yönetim Kurulunun 11.07.2014 tarih ve 2014-25/22 sayılı kararıyla oluşturulan jüri tarafından oy birliği / oy çokluğu ile Doktora Tezi olarak kabul edilmiştir.

Tez Savunma Tarihi ..04../..03../..2015..

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

- | | |
|------------------|-------------------------|
| 1. Tez Danışmanı | Prof. Dr. SERAP HELVACI |
| 2. Jüri Üyesi | Prof. Dr. ALİ CEM BUDAK |
| 3. Jüri Üyesi | Prof. Dr. FARUK ACAR |
| 4. Jüri Üyesi | Prof. Dr. TUFAN ÖĞÜZ |
| 5. Jüri Üyesi | Doç. Dr. FULYA ERLÜLE |

İmzası

[Handwritten signatures]
A. C. Budak
F. Acar
T. Ögüz
F. E. Erölle

ÖZET

Modern hukuk sistemlerinde, beyan sahibi, iradesini hangi yolla dış dünyaya açıklayacağı konusunda özgürdür. Bu şekil serbestisi prensibinin doğal bir sonucudur. Bizim hukukumuzda da, Türk Borçlar Kanunu’nun 12. maddesinde yer alan “sözleşmelerin geçerliliği kanunda aksi öngörülmedikçe hiçbir şekle bağlı değildir” hükmü hukuki işlemlerin düzenlenmesinde şekle uyma bakımından hareket noktasıdır. Bununla birlikte bazı hukuki işlemler için şekil serbestisi yerine şekil zorunluluğu getirmek daha uygundur. Bu belirtilen şekillerde yapılmayan hukuki işlemlerin veya orada belirlenen şekilde açıklanmayan irade beyanlarının geçersiz olacağı açıktır. Kanunda belirtilen şeklin yanı sıra taraflar, kendi iradeleriyle kanunun öngördüğü şekillerden birisini seçebilirler. Bu durumda “iradi şekil” söz konusu olur.

Türk Borçlar Kanunu’nun şekle ilişkin hükümleri esas alınarak özel kanunlarda şekle ilişkin olan düzenlemeleri, doktrin ve yargı kararları ışığında incelenmiştir. Çalışmada, Türk Borçlar Kanunu’nun yanı sıra şekil bakımından özellik gösteren Türk Medeni Kanunu, İş Kanunu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, İcra ve İflas Kanunu, Noterlik Kanunu’nu da ele alınmıştır.

Çalışmanın ilk bölümünde, şekil hakkında genel bilgiler verilmiştir. İkinci bölümde yazılı şeklin unsurları olan “metin” ve “imza” ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Özellikle teyit edilmiş faks ve güvenli elektronik imza bakımından getirilen düzenlemeler ve beyaza imza konusu incelenmiştir.

Çalışmanın üçüncü bölümünde ise adi yazılı şeklin çeşitli görünümleri incelenmiştir. İş sözleşmesinin şekli, taraf usul işlemleri, icra sözleşmeleri, konkordatonun ve yeniden yapılandırma projesinin şekli ile İcra ve İflas Kanunu’nda yazılı olarak yapılması gerekli olan diğer işlemler ve icra tutanakları açıklanmıştır.

Son bölümde, şekle uymamanın hüküm ve sonuçları ve resmi ve adi senetlerin ispat gücü ile sahtecilik iddiasında yazı ve imza inkarı konusu da detaylıca incelenerek çalışma bitirilmiştir.

ABSTRACT

In modern law systems, affirmant is free to express his affirmance in any way he likes. This is a natural result of the principle of the liberty of form of the contracts. In our law system, according to the clause number 12 of the Code of Obligations, “the validity of the contracts doesn’t depend on any form”. On the other hand, some legal transactions are required to have a written or verbal form. Those legal transactions which are required to have a form, are not valid if they are not made in that required form.

Parties may agree on the form of the contract. This is called the voluntary form. In case they set a voluntary form, they should obey that form while making that legal transaction.

In this thesis, all the regulations and clauses about voluntary form are detailed and studied with the comparison of formal and verbal form. All the clauses about written form in the Code of Obligations, Civil Procedure Code, The Code of Bankruptcy, Civil Code and Labor Code are studied. The two main parts of the written form which are text and signature are titled and explained. Facsimile documents and the acts which are signed with the safe electronic signature are also explained with the new regulations.

In the last chapter, the results of the invalidity of the form is studied with voluntary and obligatory legal transactions. The denial of the signature is also explained in this chapter.

İÇİNDEKİLER

İçindekiler.....

Giriş.....1

BİRİNCİ BÖLÜM

ŞEKİL HAKKINDA GENEL BİLGİLER

I-	GENEL OLARAK ŞEKİL ŞARTI.....	4
A-	TANIM.....	4
B-	ŞEKİL SERBESTİSİ.....	5
C-	ŞEKLİN TARİHÇESİ ve DİĞER HUKUK SİSTEMLERİNDE ŞEKLE BAKIŞ.....	9
D-	ŞEKLİN SAKINCALARI.....	11
E-	ŞEKLİN FAYDALARI.....	13
II-	ŞEKLİN ÇEŞİTLERİ.....	15
A-	YAPILIŞ TARZINA GÖRE ŞEKİLLER.....	15
1-	SÖZLÜ ŞEKİL.....	15
a-	Genel Olarak.....	15
b-	Evlenme Sözleşmesi.....	15
c-	Sözlü Vasiyetname.....	21
2-	ADİ YAZILI ŞEKİL.....	24
3-	NİTELİKLİ YAZILI ŞEKİL.....	27
a-	Genel Olarak.....	27
b-	El Yazılı Vasiyetname.....	27
c-	Kefalet Sözleşmesi.....	27
4-	RESMİ ŞEKİL.....	29
a-	Genel Olarak.....	29
b-	Resmi Senet.....	30
c-	Resmi Senet Türleri.....	34
aa-	Noter Senetleri.....	34
aaa-	Düzenleme Şeklindeki Noter Senetleri.....	34

a'-	Kavram.....	34
b'-	Düzenleme Şekli.....	35
c'-	Noterlik Kanunu'na Göre Düzenleme ŞeklindeYapılması Zorunlu Olan İşlemler.....	37
bbb-	Onaylama Şeklindeki Noter Senetleri.....	43
bb-	Yabancı Ülkelerde Düzenlenen Senetler.....	45
cc-	Resmi Makam ve Mercilerce Düzenlenen Diğer Belgeler.....	46
B-	AMAÇLARINA GÖRE ŞEKİL.....	47
1-	GEÇERLİLİK ŞEKLİ.....	47
a-	Genel Olarak.....	47
b-	Yasal Geçerlilik Şekli.....	47
c-	İradi Geçerlilik Şekli.....	48
2-	İSPAT ŞEKLİ.....	50
a-	Genel Olarak.....	50
b-	İspat Şekli Olarak Yazılı Şekilde Senet Kavramı.....	53
aa-	Senet Kavramı ve Tanımı.....	53
bb-	Senedin Unsurları.....	57
cc-	Senedin Unsurlarındaki Eksiklik.....	60
c-	İspat Şekli Olarak Yazılı Şekilde Belge Kavramı ve Tanımı..	60
d-	Delil Başlangıcı ve Belgeyle İlişkisi.....	64
aa-	Kanuni Düzenleme.....	64
bb-	Doktrin Görüşü.....	67
cc-	Yargıtay'ın Görüşü.....	69
dd-	Unsurları.....	72
3-	ŞEKİLLER ARASINDAKİ İLİŞKİ.....	73

İKİNCİ BÖLÜM

ADİ YAZILI ŞEKİL ŞARTI

I- ADİ YAZILI ŞEKLİN TANIMI ve UNSURLARI.....	76
A- TANIMI.....	76
B- UNSURLARI.....	76
1- METİN.....	76
2- İMZA.....	81
a- Genel Olarak.....	81
b- Özellikleri.....	83
aa- Borç Altına Girenin İmzası.....	83
aaa- Kural.....	83
bbb- Temsilcinin İmzası.....	84
ccc- İstisnalar.....	87
a'- İmzalı Mektup veya İmzalı Telgrafname....	87
b'- Teyit Edilmiş Faks.....	88
c'- Teyit Edilmiş Faksa Benzer İletişim	
Araçları.....	91
d'- Güvenli Elektronik İmzayla Gönderilip	
Saklanabilen Metinler.....	92
bb- El Yazısı ile Atılma.....	93
aaa- Kural.....	93
bbb- İstisnalar.....	94
a'- Güvenli Elektronik İmza.....	94
a.1. Elektronik İmza.....	94
a.2. Güvenli Elektronik İmza.....	97
a.3. Güvenli Elektronik İmzaya Bağlanan Hukuki	
Sonuçlar.....	99
a.4. Usul ve İcra Hukuku Bakımından Güvenli	
Elektronik İmza.....	100
b'- İmzanın El Yazısı Dışında Bir	
Araçla Atılması.....	102

c’-	Görme Engelliler İçin Tanınan İmkan.....	102
c.1.	Türk Borçlar Kanunu’na Göre.....	102
c.2.	Noterlik Kanunu’na Göre.....	103
d’-	İmza Atamayanların Durumu.....	104
d.1.	Türk Borçlar Kanunu’ndaki Düzenleme.....	105
d.2.	HMK’daki Düzenleme.....	106
d.3.	TBK ve HMK’daki Düzenlemelerin Karşılaştırılması.....	107
cc-	İmzanın Yeri.....	109
dd-	İmzanın Şekli.....	110
c-	Beyaza İmza (Açığa Atıla İmza)....	111
aa-	Genel Olarak.....	111
bb-	Beyaza İmzada İspat.....	113
aaa-	1965 Tarihli Yargıtay Kararı.....	115
bbb-	1989 Tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı.....	116
ccc-	Ceza Usul Hukuku Bakımından Konunun Değerlendirilmesi.....	118
ddd-	Medeni Usul Hukuku Bakımından Konunun Değerlendirilmesi.....	120
cc-	İş Hukuku Bakımından Beyaza İmza.....	123
dd-	Üçüncü Kişilerin Durumu.....	128

II-	YAZILI ŞEKİL YERİNE GEÇEN BELGELER.....	132
-----	---	-----

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ADİ YAZILI ŞEKLE TABİ İŞLEMLERİN ÖRNEKLERİ OLARAK

İŞ HUKUKU, MEDENİ USUL HUKUKU ve İCRA ve İFLAS

HUKUKUNDA YAZILI ŞEKİL

I-	İŞ HUKUKUNDA ADİ YAZILI ŞEKİL.....	134
A-	GENEL OLARAK.....	134
B-	İŞ SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ.....	135
-	1- BİREYSEL İŞ SÖZLEŞMELERİ.....	135
	a- Kural.....	135
	b- İstisnalar.....	136
	c- Sonuçları.....	137
	2- BELİRSİZ SÜRELİ ve BELİRLİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMELERİ.....	139
	3- TAKİM SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ.....	141
C-	BİLDİRİMLERİN ŞEKLİ.....	143
	1- GENEL OLARAK.....	143
	2- İŞÇİNİN YAZILI FESİH BİLDİRİMİ	146
	a- Genel Olarak.....	146
	b- İşçinin Yazılı Fesih Bildiriminde Bulunmamış Olması.....	148
	3- YARGITAY'IN KONUYA BAKIŞI.....	149
D-	TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNDE ŞEKİL.....	152
	1- GENEL OLARAK.....	152
	2- ŞEKLİN AMACI.....	153

3-	ŞEKLİN DÜZENLENMESİ.....	153
E-	İBRANAMEDE ŞEKİL SORUNU.....	154
1-	GENEL OLARAK.....	154
2-	KANUNİ DÜZENLEME.....	156
3-	YARGITAY’IN İŞÇİ ile İŞVEREN ARASINDAKİ İBRA SÖZLEŞMESİNE YAKLAŞIMI	157
a-	Miktar İçeren İbranamaların Hukuki Niteliği ve İspat Gücü.....	157
b-	Miktar İçermeyen İbranameler ve İspat Gücü.....	160

II- MEDENİ USUL HUKUKU VE İCRA VE İFLAS HUKUKUNDA ŞEKLE BAĞLI İŞLEMLER

A-	TARAF USUL İŞLEMLERİ.....	162
1-	GENEL OLARAK USUL İŞLEMİ KAVRAMI.....	162
2-	TARAF USUL İŞLEMİ KAVRAMI.....	166
a-	Genel Olarak.....	164
b-	Taraf Usul İşlemlerinin Özellikleri.....	165
aa-	Süreye Tabi Olma.....	165
bb-	Şarta Bağlanamama.....	166
cc-	İrade Bozukluğu Nedeniyle İptal Edilememe.....	168
dd-	Karşı Tarafın Bilgisine Sunulma.....	168
c-	Taraf Usul İşlemlerinin Şekli.....	169
d-	Sulh.....	171
aa-	Genel olarak.....	171
bb-	Şekli.....	175
aaa-	Mahkeme İçi Sulhun Şekli.....	175
bbb-	Mahkeme Dışı Yapılan Sulhun Şekli.....	177
e-	Uzlaşma Belgesi (Avukatların Uzlaşma Sağlama Yetkisi).....	180
aa-	Genel Olarak.....	180
bb-	Şekli.....	182
f-	Feragat.....	185
aa-	Genel Olarak.....	185
bb-	Şekli.....	187
aaa-	Sözlü Feragat.....	188

bbb- Yazılı Feragat.....	189
g- Kabul.....	191
aa- Genel Olarak.....	191
bb- Şekli.....	193
aaa- Sözlü Kabul.....	193
bbb- Yazılı Kabul.....	193
B- TAHKİM.....	194
1- GENEL OLARAK.....	194
2- HUKUK MUHAHEMELERİ KANUNU'NDA TAHKİM SÖZLEŞMESİ VE ŞEKLİ.....	196
3- UNCITRAL MODEL KANUNU VE MİLLETLERARASI TAHKİM KANUNU.....	201
a- Genel Olarak.....	201
b- Şekil.....	205
4- MODERN İLETİŞİM ARAÇLARIYLA KURULACAK TAHKİM SÖZLEŞMESİ.....	207
a- Mektup, Telgraf ve Faks.....	207
b- Elektronik İletişim Araçları.....	208
C- YETKİ SÖZLEŞMESİ.....	214
1- GENEL OLARAK.....	214
2- ŞARTLARI.....	220
a- Kesin Yetkinin Olmaması.....	220
b- Uyuşmazlığın Belirli Olması.....	220
c- Mahkemenin Belirli Olması.....	221
3- ŞEKLİ.....	225
a- Genel Olarak.....	225
b- Şeklin Amacı.....	225
c- Şeklin Niteliği.....	226
D- DELİL SÖZLEŞMESİ.....	230
1- GENEL OLARAK.....	230
2- ÇEŞİTLERİ.....	232
a- Münhasır Delil Sözleşmesi.....	232

b-	Münhasır Olmayan Delil Sözleşmesi.....	234
c-	Ayrım Konusunda Doktrin Görüşü.....	236
3-	ŞEKLİ.....	237
a-	Davanın Açılmasından Önce Yapılan Delil Sözleşmesi.....	237
b-	Davanın Açılmasından Sonra Yapılan Delil Sözleşmesi.....	238
E-	İCRA SÖZLEŞMELERİ.....	241
1-	TANIM.....	241
2-	TÜRLERİ.....	243
a-	İcrayı Daraltan Sözleşmeler.....	243
b-	İcrayı Engelleyen Sözleşmeler.....	244
c-	İcrayı Genişleten Sözleşmeler.....	245
aa-	Hacizden Önce Taksitle Ödeme Sözleşmesi.....	245
bb-	Hacizden Sonra Taksitle Ödeme Sözleşmesi.....	248
3-	KURULUŞU.....	249
4-	ŞEKLİ.....	251
F-	KONKORDATO ve YENİDEN YAPILANDIRMA PROJESİ.....	253
1-	GENEL OLARAK.....	253
2-	KONKORDATONUN TÜRLERİ.....	254
3-	ŞEKLİ.....	255
a-	İflas Dışı Konkordato.....	255
b-	İflas İçi (İflastan Sonra) Konkordato.....	257
4-	YENİDEN YAPILANDIRMA PROJESİNİN ŞEKLİ.....	257
G-	HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU VE İCRA VE İFLAS KANUNU'NDA YAZILI OLARAK YAPILACAĞI BELİRTİLEN DİĞER İŞLEMLER.....	262

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ŞEKLE UYMAMANIN HÜKÜM ve SONUÇLARI

I-	GEÇERLİLİK ŞEKLİ BAKIMINDAN.....	266
A-	GENEL OLARAK.....	266
B-	YOKLUK GÖRÜŞÜ.....	268
C-	İPTAL EDİLEBİLİRLİK GÖRÜŞÜ.....	269
D-	KENDİNE ÖZGÜ HÜKÜMSÜZLÜK GÖRÜŞÜ.....	270
E-	KESİN HÜKÜMSÜZLÜK GÖRÜŞÜ.....	272
F-	ŞEKİL EKSİKLİĞİYLE SAKAT SÖZLEŞMENİN BAŞKA BİR HUKUKİ İŞLEME DÖNÜŞMESİ	273
II-	İSPAT ŞEKLİ BAKIMINDAN	275
A-	USUL HUKUKU BAKIMINDAN.....	275
B-	İCRA VE İFLAS HUKUKU BAKIMINDAN.....	280
III-	SENETLERİN İSPAT GÜCÜ.....	282
A-	RESMİ SENETLERİN İSPAT GÜCÜ.....	282
B-	ADİ SENETLERİN İSPAT GÜCÜ.....	285
C-	SAHTECİLİK İDDİASINDA YAZI VE İMZA İNKARI.....	287
	SONUÇ.....	292
	KISALTMALAR.....	298
	YARARLANILAN KAYNAKLAR.....	301

GİRİŞ

Doktora tezimizin konusunu “Türk Hukuku’nda Yazılı Şekil Şartı” oluşturmaktadır. Hukuk sistemimizin de dahil olduğu modern hukuk sistemlerinde, beyan sahibi, iradesini hangi yolla dış dünyaya açıklayacağı konusunda özgürdür. Bu şekil serbestisi prensibinin doğal bir sonucudur. Diğer bir deyişle, iradenin beyanı hiçbir şekil şartına bağlı değildir. Hukuk tarihinin önceki devirlerinde hukuki işlemlerin şekle bağlı olması ön plandayken bugün şekil serbestisi prensip haline gelmiş ve şekle uyma zorunluluğu istisna olmuştur.

Bizim hukukumuzda da, Türk Borçlar Kanunu’nun 12. maddesinde yer alan “sözleşmelerin geçerliliği kanunda aksi öngörülmedikçe hiçbir şekle bağlı değildir” hükmü hukuki işlemlerin düzenlenmesinde şekle uyma bakımından hareket noktasıdır demek yanlış olmaz. Bununla birlikte öyle hukuki işlemler vardır ki, bunlar için şekil serbestisi yerine şekil zorunluluğu getirmek tarafların çıkarları ve üçüncü kişilerin korunması açısından daha doğru bir çözüm yolu olur. Bu nedenle de Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu başta olmak üzere İş Kanunu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, İcra ve İflas Kanunu ve diğer başka kanunlarda da şekil mecburiyetine tabi hukuki işlemler düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu kanunlarda belirtilen şekillerde yapılmayan hukuki işlemlerin veya orada belirlenen şekilde açıklanmayan irade beyanlarının geçersiz olacağı açıktır. Kanunda belirtilen şeklin yanı sıra taraflar, kendi iradeleriyle de kanunun öngördüğü şekillerden birisini seçebilirler. Bu durumda “iradi şekil” söz konusu olur. Tarafların kendi belirledikleri şekle uygun davranmalarının da gerekli kanunda belirtilmektedir.

Bugün mevzuatımızda özel kanunların hukuki işlemlerde şekil ile ilgili getirdiği hükümlerin Türk Borçlar Kanunu’nun konuya ilişkin düzenlemeleri ile birlikte incelenmesi gerekir. Bu nedenle çalışmada Türk Borçlar Kanunu’nun şekle ilişkin hükümleri esas alınarak özel kanunlarda şekle ilişkin olan düzenlemeleri, doktrin ve yargı kararları ışığında

incelemeye çalışılmıştır. Çalışmada, Türk Borçlar Kanunu'nda getirilen temel düzenlemelerin yanı sıra şekil şartı bakımından özellik gösteren Türk Medeni Kanunu, İş Kanunu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, İcra ve İflas Kanunu, Noterlik Kanunu'nun yazılı şekle ilişkin hükümleri derinlemesine ele alınmaya çalışılmıştır.

Çalışmanın ilk bölümünde, şekil hakkında genel bilgiler verilerek şeklin fayda ve sakıncaları; şeklin çeşitleri, adi yazılı şekil, nitelikli yazılı şekil, resmi şekil ve sözlü şekil hakkında örneklerle genel açıklamalar yapılmıştır. Yine aynı bölümde amaçlarına göre şekil başlığı altında ispat şekli ve geçerlilik şekline değinilmiş ve şekiller arasındaki ilişki incelenmiştir.

Şekle ilişkin bu genel açıklamalardan sonra çalışmanın “adi yazılı şekil şartı” başlıklı ikinci bölümünde yazılı şeklin tanımı ve unsurları ele alınarak, yazılı şeklin iki ana unsuru olan “metin” ve “imza” ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Özellikle teyit edilmiş faks ve güvenli elektronik imza bakımından getirilen düzenlemeler detaylıca incelenmiş ve imza atamayanların durumu Noterlik Kanunu, Türk Borçlar Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümleri birlikte incelenerek açıklanmıştır. Yine burada “senet” ve 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile hayatımıza girmiş olan “belge” kavramları karşılaştırmalı olarak ele alınmış ve senetlerin ispat gücüne, adi senetler ve resmi senetler olarak değinilmiştir. Daha sonra beyaza imza konusu hem Usul Hukuku hem Borçlar Hukuku hem de İş Hukuku doktrini bakımından ele alınmış ve yazılı şekil yerine geçen belgeler açıklanmıştır.

Çalışmanın üçüncü bölümünde ise İş Hukuku, Medeni Usul Hukuku ve İcra ve İflas Hukukunda yazılı şekil şartı ele alınmıştır. İş Hukuku bakımından iş sözleşmelerinin şekli ve özellikle yazılı şeklin özellik gösterdiği ibraname ve işçinin fesih bildirimi konuya ilişkin Yargıtay kararları ışığında ele alınmıştır. Medeni Usul Hukuku'nda şekle bağlı işlemler tek

tek açıklandıktan İcra ve İflas Hukuku'nda şekil konusu icra sözleşmelerinin, konkordatonun ve yeniden yapılandırma projesinin şekli ile İcra ve İflas Kanunu'nda yazılı olarak yapılması gerekli olan diğer işlemler ve icra tutanakları incelenerek ele alınmıştır.

Son bölümde, şekle uymamanın hüküm ve sonuçları geçerlilik şekli ve ispat şekli bakımından ele alınmıştır. Bu inceleme yapılırken maddi hukuk hükümlerinin yanı sıra Usul Hukuku ve İcra ve İflas Hukuku'nun hükümleri ve doktrini incelenerek sonuca varılmıştır. Yine aynı bölümde resmi ve adi senetlerin ispat gücü ile sahtecilik iddiasında yazı ve imza inkarı konusu da detaylıca incelenmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

ŞEKİL HAKKINDA GENEL BİLGİLER

I- GENEL OLARAK ŞEKİL ŞARTI

A- TANIM

İrade, bazı vasıtalar aracılığıyla dış dünyaya açıklanır. Bir diğer ifadeyle iradenin açıklanırken mutlaka söz, yazı, işaret gibi bir şekle bürünmesi gerekir¹. Bu anlamda her beyanın bir şekli vardır. Şekil, “kanun veya taraflarca öngörölmüş iradelerin açıklanmasına yarayan araçları, dış kalıbı, biçimi” ifade eder². Bir diğer tanıma göre ise şekil, irade açıklamasının karşı tarafça anlaşılabilir bir surette açıklanması için kullanılan araçtır³. Başka bir ifadeyle şekil, iradenin belli bir biçimde veya belli araçlar ile açıklanmasıdır. İrade beyanlarının sözle, yazılı olarak ifade edilmesi, resmi bir mercii önünde açıklanması, bir elektronik mesaj olarak gönderilmesi buna örnek olarak gösterilebilir⁴.

Yalnızca hukuki işlemlere değil, bir hukuki olaya ya da bir hukuki vakiya ilişkin açıklamalara da hukuki sonuç bağlanabildiğini ifade etmek gerekir. Diğer bir ifadeyle, bazı hallerde bir duygu ifadesi ya da bir maddi olay hakkındaki açıklamaya da hukuk düzeninde bir sonuç bağlanmıştır. Bunlara örnek olarak usul hukukundaki ikrar ve aile hukukundaki af beyanları gösterilebilir.

¹ **ANTALYA**, OSMAN GÖKHAN: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul 2012, s. 324; **EREN**, FİKRET: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2014, s. 264; **ŞEN DOĞRAMACI**, HAYRİYE: “Sözleşmelerin Şekli”, Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları I, Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan, İstanbul 2012, s. 129.

² **TUNÇOMAĞ**, KENAN: Türk Borçlar Hukuku, C. I, İstanbul 1976, s. 215; **SAYMEN**, FERİT HAKKI/**ELBİR**, HALİD KEMAL: Türk Borçlar Hukuku, İstanbul 1978, s. 197;; **HATEMİ**, HÜSEYİN/**GÖKYAYLA**, EMRE: Borçlar Hukuku, İstanbul 2012, s. 42; **KILIÇOĞLU**, AHMET: Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Yeni Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış) 14. Bası, Ankara 2011, s. 100; **EREN**, s. 264.

³ **GÖKTÜRK**, HÜSEYİN AVNİ: Türk Hukuku’nda Yazılı Şekil, Ankara 1937, s. 11.

⁴ **ÖZTÜRK**, SİNAN: Elektronik Sözleşmeler (Kuruluş ve Geçerlik Şartları), İ.Ü. SBE Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2002, s. 142.

Her hukuki işlemin bir şekli vardır. Şekilsiz bir irade beyanı olmaz⁵. Bu sebeple bir hukuki işlemin şekle bağlı olmadığından bahsedildiği zaman bununla kastedilen “şekilsizlik” değil, o hukuki işlemin geçerliliğinin herhangi bir şekle bağlı olmadığıdır. Diğer bir ifadeyle bu durumda söz konusu hukuki işlemin yazılı, resmi veya sözlü şekil türlerinden herhangi birisiyle yapılabileceği ifade edilmektedir⁶. Bir hukuki işlemin şekli dendiği zaman ise, o işlemi meydana getiren iradelerin nasıl açıklanacağını belirten araçlar anlaşılır⁷.

Doktrinde şeklin çeşitli ölçütlere göre ayrımlara tabi tutulduğu görülmektedir. Şeklin türleri, yapılış tarzına göre şekil ve amaçlarına göre şekil olarak iki başlık altında incelenebilir. Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde bu başlıklara ayrıntılı olarak değinilecektir.

B- ŞEKİL SERBESTİSİ

Hukuk sistemimizde, beyan sahibi, iradesini hangi yolla dış dünyaya açıklayacağı konusunda özgürdür. Yukarıda da ifade edildiği gibi, hukuki işlem sözlü, yazılı ya da resmi şekil türlerinden herhangi birisiyle yapılabilir⁸. Buna şekil serbestisi denir. Sözleşmenin şeklinin sözleşmeyi yapan taraflarca tarafından seçilebilmesi anlamına gelen şekil serbestisi de sözleşme özgürlüğü ilkesinin bir uzantısı olarak karşımıza çıkmaktadır⁹. Bununla beraber, hukuki işlemin geçerli olması ve sonuçlarını meydana getirmesi için mutlaka kanun veya taraflarca öngörülen şekil içinde yapılması söz konusu olduğunda ise “şekil şartı”ndan

⁵ EREN, s. 264; ANTALYA, s. 324; ŞEN DOĞRAMACI, s. 129.

⁶ EREN, s. 264; ALTAŞ, HÜSEYİN: Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara 1998, s. 47; TUĞ, ADNAN: Türk Özel Hukukunda Şekil, Konya 1994, s. 28.

⁷ TUĞ, s. 2.

⁸ EREN, s. 264.

⁹ EREN, s. 18; 300, 316.

bahsedilir¹⁰. Diğer bir ifadeyle irade beyanının sonuç doğurması belli bir şekilde yapılmasına bağlı ise, şekil serbestisinden söz edilmesi mümkün olmaz¹¹.

Borçlar Hukuku'nda şekil özgürlüğü (serbestisi) ilkesi kabul edilmiştir. Diğer bir ifadeyle, iradenin beyanı hiçbir şekil şartına bağlı değildir. Doktrinde ise, “bir iradenin açıklanmasında, karşı tarafın anlayabileceği her türlü aracın kullanılması mümkündür” şeklinde bir ifade söz konusudur¹². Bu durum TBK m. 12/I'de¹³ “sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir” şeklinde belirtilmiştir. Ancak bu ifade, bütün hukuki işlemlerin hiçbir şekle bağlı olmaksızın yapılabileceği anlamına gelmemektedir. Bazı durumlarda kanunkoyucu iradenin mutlaka belirli bir şekilde açıklanmasını zorunlu tutmuştur. İradenin şekle bağlı tutulduğu hukuki işleme “şekle bağlı hukuki işlem” denir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, şekil serbestisi ilkesi, hukuki işlem iradesinin herhangi bir şekilde beyan edilebilmesini ifade eder. Şekil serbestisi ilkesinin karşılığını “şekil zorunluluğu ilkesi” oluşturur¹⁴. Bu ilkeye göre, sözleşme yapma iradesi ancak kanunun öngördüğü özel ve belirli bir şekil içinde beyan edildiği takdirde işlem veya sözleşme geçerli

¹⁰ EREN, s. 264.

¹¹ OĞUZMAN, KEMAL/ ÖZ, TURGUT: Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I, B. 11, İstanbul 2013, s. 141; TUNÇOMAĞ, s. 107; EREN, s. 327; TEKİNAY, SELAHATTİN SULHİ/ AKMAN, SERMET/ BURCUOĞLU, HALUK/ ALTOP, ATILLA: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 110.

¹² GÖKTÜRK, s. 11.

¹³ Eski Borçlar Kanunu'nda, şekil serbestisi madde 11/I'de “akdin sıhhati, kanunda sarahat olmadıkça hiçbir şekle tabi değildir” şeklinde ifade edilmiştir. Doktrinde bu maddedeki akdin sıhhatinden kastedilenin sözleşmenin geçerliliği olduğu ifade edilmiştir (EREN, FİKRET: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, Ankara 2002, s. 239). 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda ise doktrindeki bu görüşü uygun olarak, sözleşmenin geçerliliği ifadesi kullanılmıştır.

¹⁴ EREN, s. 18.

olarak kurulur¹⁵. Bizim hukukumuzda genel kural şekil serbestisi olmakla birlikte şekil şartı da istisnai hallerde kabul edilmiştir. Bu istisnalar çeşitli kanunlarda açıkça düzenlenmiştir.

Kanunkoyucunun bazı durumlarda şekil şartı getirmesinin temel amacı, tarafları sözleşme adaleti çerçevesinde korumak ve şekil sebebiyle doğabilecek uyuşmazlıkların önüne geçmektir¹⁶. Şeklin bir diğer görevi de, düzen kuralı getirmesi olarak açıklanabilir. Bu konu çalışmanın ilerleyen bölümlerinde incelenecektir.

Yasal şekle tabi olan sözleşmelerde değişiklik yapılması da, değişikliğin geçerliliği aynı şekle uyularak yapılmasına bağlı bulunmaktadır (TBK m. 13). Bu maddenin nasıl anlaşılması gerektiği hususu öğretide tartışmalıdır. Bir görüş, her türlü değişiklik bakımından mutlak olarak ve herhangi bir ayırım yapılmaksızın aynı şekil kuralının uygulanması gerektiğini savunur¹⁷. Diğer bir ikinci görüş uyarınca, değişiklik ancak borç miktarını artırıyor veya borçlunun durumunu ağırlaştırıyorsa aynı şekil kuralı uygulanacaktır. Borçlunun durumunu hafifleten hâller bakımından serbestçe hareket edilebilir¹⁸. Son olarak bizim de katıldığımız üçüncü görüş, konuyu ikili bir ayırım yaparak ele almaktadır. Buna göre tek tarafa ve karşılıklı iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından bir ayırım yapılmalıdır. Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde yukarıda belirttiğimiz ikinci görüş tereddütsüz tatbik edilebilecektir¹⁹. Ne var ki, karşılıklı iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde aynı yaklaşımda

¹⁵ EREN, s. 18; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 142.

¹⁶ BERKİN, NECMEDDİN: “İspat Hukuku’nda Senet Delili ve Yazılı Şekil”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası S. 4, İstanbul 1946, s. 1183; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 42.

¹⁷ SAYMEN/ELBİR, s. 219.

¹⁸ VON TUHR, ANDREAS (çev: EDEGE, CEVAT), Borçlar Hukukunun Umumi Kısım, İstanbul 1952, §30.

¹⁹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, NECİP/ HATEMİ, HÜSEYİN/SEROZAN, RONA/ ARPACI, ABDÜLKADİR: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C: I, İstanbul 2008; KAPANCI, BERK: “Türk Borçlar Kanunu’nun 14. Maddesinin Öngördüğü Yeni Şekil Düzenlemesinin Getirdikleri”, MÜHFD; Cilt 18, Sayı 1, 2012, s. 407.

bulunulması yerinde olmaz. Bunun sebebi, bu sözleşmelerde bir tarafın durumunu hafifleten değişikliğin kendiliğinden (eo ipso) karşı tarafın durumunu ağırlaştırmasıdır.

Burada değerlendirilmesi gereken bir başka husus, Türk Borçlar Kanunu'nun 13. maddesinin, ibrayı düzenleyen 132. madde karşısında, içeriği bir tek borçtan oluşan hukuki işlemlerde yapılacak değişikliklerde ne şekilde uygulanacağıdır. Borcu sona erdiren sebepler arasında yer alan İBRA 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda farklı olarak Türk Borçlar Kanunu'nun 132. maddesiyle hüküm altına alınmıştır. Anılan maddeye göre, “Borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca belli bir şekle bağlı tutulmamış olsa bile, borç tarafların şekle bağlı olmaksızın yapacakları İBRA sözleşmesiyle tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabilir”. O halde taraflar arasındaki hukuki ilişkiden tek bir borç doğduğu durumlarda, söz konusu borcun tamamen veya kısmen ortadan kaldırılması hususunda taraflar arasında yapılacak anlaşma herhangi bir geçerlilik şekline tabi olmayacaktır. Türk Borçlar Kanunu'nun iki hükmü arasındaki uyumsuzluk uygulama sırasında bir takım sıkıntıların yaşanmasına neden olabilecektir. Gerçi Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun senetle ispat zorunluluğunu düzenleyen 200. maddesinde yer alan hüküm nedeniyle taraflar, en azından miktarı 2500 Türk Lirasını geçen uyuşmazlıklarda ispat sorunu ile karşılaşmamak için İBRA sözleşmesini çoğunlukla yazılı şekilde yapmayı tercih edeceklerdir. Ancak yine de kanunda belirtilen miktarın altında kalan uyuşmazlıklar ve tarafların senetle ispat zorunluluğunu dikkate almadan yaptıkları sözleşmeler bakımından iki hüküm arasındaki uyumsuzluğun giderilmesi önem taşımaktadır²⁰. İBRA, alacak hakkının ortadan kaldırılmasını öngördüğünden geniş anlamıyla bir değişikliktir. Bu değişiklik karşılıklı sözleşmelerde bir tarafın durumunu hafifletirken, diğerinin durumunu ağırlaştırmaktadır. Burada da işlemin şekle tabi olmasındaki

²⁰ KAPANCI, s. 407; ŞEN DOĞRAMACI, s. 143.

amaç gözetilmeli ve TBK m. 13 iki tarafa borç yükleyen ve şekle bağlı tutulmuş hukuki işlemlerde TBK m. 132'ye üstün tutulmalıdır²¹.

C- ŞEKLİN TARİHÇESİ ve DİĞER HUKUK SİSTEMLERİNDE ŞEKLE BAKIŞ

Ius Civile devrinde, Roma Hukuku'nda tam bir şekilciliğin hakim olduğu söylemek mümkündür. Bütün hukuki işlemler, Mancipatio, In iure cessio ve Stipulatio şeklinde yapılmaktaydı²². Bu şekilcilik, rehin, ariyet, vedia gibi yeni sözleşme tiplerinin doğmasıyla şekle tabi işlemlerin önemini yitirdiği klasik dönem hukukuna kadar devam etmiştir. Özellikle Postklasik Dönemde Stipulationun önemi azalmış ve Mancipatio ve In iure cessio işlemleri tamamen ortadan kalkmıştır²³.

Günümüzde kullanılan hukuk sistemleri ile Roma Hukuku arasındaki en temel farklılıklardan birisi, şekil bakımındandır. Tüm modern hukuk sistemlerinde ve bu arada Türk Hukuku'nda Roma Hukuku'nun hukuki işlemlere hakim olan sıkı şekilci anlayışından vazgeçilerek, kişilerin hukuki işlemlerin şeklini serbestçe belirleyebilecekleri kabul edilmiştir²⁴. Diğer bir ifadeyle modern hukuklarda esas olan şekil serbestisidir. Bizim hukukumuz bakımından bu durum Borçlar Kanunu'nun 12. maddesinden açıkça anlaşılmaktadır. Oysa ki Roma Hukuku'nda asıl olan hukuki işlemlerin şekle tabi olmasıdır. Yani Roma Hukuku'nda kural şekle tabi olma, şekilsizlik istisnadır²⁵.

²¹ ALTAŞ, s. 83; KAPANCI, s. 407.

²² UMUR, ZİYA: Roma Hukuku, İstanbul 1974, s. 432.

²³ UMUR, s. 432 vd.

²⁴ ARAL, FAHRETTİN: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2007, s. 50; SÜTKEN, ELVAN: Roma Hukuku'nda Şekil, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir 2010, s. 7-10.

²⁵ UMUR, s. 433.

Her ne kadar Roma Hukuku'nda sözleşmeler yazılı yapılsa veya bu sözleşmelerin şekli yazılılık içerse de yaygın olarak hem sözlü hem yazılı sözleşmeler önemli bir yere sahiptir. Ne var ki, Roma Hukuku'ndaki yazılı şekil ile modern hukuklardaki yazılı şekil kavramı birbirinden oldukça farklıdır. Günümüzde yazılı sözleşme ile anlaşılan, tarafların yazıp imzaladıkları bir sözleşmedir. Roma Hukuku'nda ise, yazılı şekil sadece ispat yönünden yararlıdır. Roma Hukuku'nda yazılı şekle örnek olarak alacağın deftere kaydını (nome transcriptitum) vermek mümkündür²⁶.

Yazılı şekil şartının Alman Hukuku'ndaki tarihine baktığımızda, ilk olarak Alman Hukuku bakımından bir sözleşmenin yapılmasının kural olarak herhangi bir şekle tabi olmadığını söylemek gerekir. Bir sözleşmenin kurulması için bir tarafın diğer tarafa iradesini açıklaması yeterlidir. Ancak kanunun yazılı şekli öngördüğü durumlarda, sözleşmenin belirtilen şekle uygun yapılmamasının sonucu, o sözleşmenin geçersiz olması şeklinde karşımıza çıkabilir. Bu durum, BGB 125. maddede, kanunun öngördüğü şekle aykırı olarak yapılan sözleşmenin geçersiz olacağı hükme bağlanarak ifade edilmiştir²⁷. Bununla beraber, şekil eksikliği olan sözleşmelere bazı hallerde dürüstlük kuralıyla geçerlilik kazandırılması da Alman Hukuku bakımından mümkün kılınmıştır²⁸ (BGB & 242²⁹).

Fransız Hukuku'nda şekil incelendiğinde ise iradenin anlaşılabilir herhangi bir şekilde açıklanmasının yeterli olduğu görülmektedir. Kural olarak açıklamayı herhangi bir şekle

²⁶ Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **KOSCHAKER, PAUL** (AYİTER, KUDRET): Roma Özel Hukuku'nun Ana Hatları, Ankara 1977, s. 206 vd.

²⁷ BGB §125: Ein Rechtsgeschäft, welches der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, ist nichtig. Der Mangel der durch Rechtsgeschäft bestimmten Form hat im Zweifel gleichfalls Nichtigkeit zur Folge.

²⁸ **LARENZ, KARL**: Lehrbuch des Schuldrechts, I. Bd. Allgemeiner Teil, München 1970, s. 56; **TUĞ**, s. 41; **ARSLAN AKYÜZ, PETEK**: Şekle Aykırılık Nedeniyle Geçersiz Taşınmaz Satımlarından Doğan Hukuki Sonuçlar, Ankara 2003, s. 12, **ALTAŞ**, s. 150.

²⁹ BGB § 242: -Leistung nach Treu und Glauben- Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

bağlamaya gerek yoktur. Bu hukuk sistemine göre şekil, hız bakımından kişi lehine getirilen bir kısıtlamadır. Bununla beraber şekil, ispat bakımından kişiye kolaylık da sağlar. Her ne kadar Fransız Hukuk Sisteminde asıl olan şekil serbestisi olsa da, bu serbestinin de bazı istisnaları bulunmaktadır. Bazı sözleşmeler şekil şartına uyulmadan geçerli olmazlar. Fransız Hukuku'nda bunlardan en yaygın olanları el yazısı ile vasiyetname, bağışlama, ipotek sözleşmesi ve borcun naklidir³⁰.

Türk-İsviçre Hukuku'na bakıldığında ise, prensip olarak şekil serbestisinin kabul edildiğini söylemek gerekir. TBK m. 12/I'den de bu durum açıkça anlaşılmaktadır. Bununla beraber TBK m. 12/II'de, "Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz" şeklinde yer alan hükümden de şekil serbestisi kuralının istisnasının olduğu sonucu çıkarılır. Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde bu istisnalar detaylıca ele alınacaktır.

D- ŞEKLİN SAKINCALARI

Hukuk sisteminde irade açıklamalarını şekle bağlamak söz konusu olduğunda, bu durumun hem faydaları hem de birtakım sakıncaları olduğunu dikkate almak gerekir. Türk Hukuk sisteminde kural olarak şekil serbestisi ilkesi getirildiğinden, ilk olarak şeklin sakıncalarını ele alacağız.

İrade açıklamalarının belli bir şekilde bağlı kalınarak yapılması öncelikle hukuki işlemlerin hızlı yapılmasını engeller³¹. Tarafların iradelerini olduğu gibi değil de kanunun belirlediği şekilde açıklamaları durumunda bir sürenin geçeceği ve bu sürenin de hukuki işlemi yavaşlatacağı açıktır.

³⁰ CARBONNIER, JEAN: Droit Civil, C. II, Paris 1967, s. 418 (TUĞ'dan naklen, s. 42).

³¹ FEYZİOĞLU, NECMETTİN FEYZİ: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, İstanbul 1976; s. 304; SAYMEN/ELBİR, s. 197; ANTALYA, Borçlar, s. 325; TUĞ, s. 47; BERKİN, NECMEDDİN: Usul Hukukunda Senetler ve Senetlerin İspat Kuvveti, İstanbul 1948, s. 16.

İrade açıklamasının şekle bağlanması bir diğer sakıncası da, şeklin sözleşmelerin sağlıklı olarak kurulmasını geciktirmesidir. Kanunkoyucunun öngördüğü şekil her ne kadar basit ve anlaşılır olsa da, günümüz koşullarında şekli yerine getirmek için uyulması gereken kurallar sözleşmenin yapılma süresini uzatır ve sözleşmenin kurulmasını zorlaştırır. Bununla beraber doktrinde, şeklin, yargılama prosedürünün hızlı ilerlemesi bakımından faydalı olduğu; tapu sicili gibi resmi sicillerin varlığının çekişmeleri ve soru işaretlerini azaltacağı şeklinde aksi bir görüş de mevcuttur³². Yine bu görüşe göre, hâkim şekil sayesinde, ciddi ve ciddi olmayan irade açıklamalarını birbirinden kolaylıkla ayırt edebilir³³.

Şeklin sakıncaları incelenirken bunlardan başka, irade açıklamalarını şekle tabi tutmanın, o şeklin yerine getirilmemesi durumunda, sözleşmenin geçersizliğine sebep olacağı ve bu durumun tarafların amaçlarının gerçekleşmemesi sonucunu doğuracağını da göz önünde tutmak gerekir. Diğer bir ifadeyle, şekle uyulmaması nedeniyle taraf iradelerinin geçerlilik kazanamaması söz konusu olabilir³⁴.

Şeklin bir diğer sakıncası da, genel işlem koşullarında olduğu gibi, şeklin, hazırlayana avantaj sağlaması nedeniyle sözleşmenin diğer tarafının sözleşme özgürlüğünü tehlikeye düşürebilecek olmasıdır³⁵. Diğer bir ifadeyle sözleşmeyi hazırlayan taraf, dilediği şekil şartını getirerek sözleşme yapma konusunda başka bir şansı olmayan sözleşmenin karşı tarafına karşı üstünlük sağlamış ve sözleşmenin diğer tarafının özgürlüğünü tehlikeye atmış olacaktır.

³² GÖKTÜRK, s. 11.

³³ GÖKTÜRK, s. 11.

³⁴ ANTALYA, Borçlar, s. 325.

³⁵ ANTALYA, Borçlar, s. 325.

Son olarak Őeklin bazı durumlarda ispatı zorlařtıracađını ifade etmek gerekir. Kiřiden sűrdűđű iddiaların ispatı ićin birtakım belgeler aranması ve kiřinin sadece o belgeleri ileri sűrememesi durumunda haksız ćıkarılması, bazı hallerde adalet duygusunu zedeler³⁶.

E- ŞEKLİN FAYDALARI

Yukarıda sayılan sebepler de dikkate alınarak kanunkoyucu bizim hukuk sistemimiz bakımından Őekil serbestisi ilkesini benimsemiřtir. Ne var ki TBK m. 12/II’de bu ilkenin istisnası dűzenlenmiřtir. Bu kurala istisna getirilmesinin nedeni, Őeklin sakıncalarının olmasının yanısıra birtakım faydalarının da olmasıdır. Bunlardan ilki, Őeklin sűzleřmeye aćıklık getirmesidir (aćıklık fonksiyonu³⁷). Őekle bađlılık, tarafların irade aćıklamalarının net olarak anlařılmasını sađlar. Bűylelikle taraflar, sűzleřmenin niteliđini, kuruluř zamanını, űzerinde anlařtıkları veya anlařamadıkları noktaları aćıkća anlarlar³⁸.

Őeklin bir diđer faydası da, sűzleřmeye kesinlik kazandırmasıdır. Őekil, tarafların sűzleřme yapma iradelerinin ciddiyetini gűsterir ve sűzleřmenin bir tasarı veya gűrűřme ařamasında olmayıp kesin olarak yapılmak istendiđine iřaret eder³⁹.

Őeklin taraflara sađladıđı bir diđer fayda da, Őeklin tarafları uyarıcı bir rol oynamasıdır (ikaz fonksiyonu⁴⁰). Bunun anlamı Őeklin, tarafların beyanlarının űzerinde dűřűnmek imkânını sađlamasıdır⁴¹. Doktrinde, Őekle uymak ićin gerekli olan sűrenin, tarafları dođru ve isabetli kararlara yűnlendirmek ićin faydalı olduđu ifade edilmiřtir⁴². Diđer bir ifadeyle, Őekle uymak,

³⁶ FEYZİOĞLU, C. I, s. 304.

³⁷ EREN, s. 265; ANTALYA, Borćlar, s. 324.

³⁸ TUĞ, s. 47.

³⁹ EREN, s. 265.

⁴⁰ ANTALYA, Borćlar, s. 324.

⁴¹ EREN, s. 265; BERKİN, Senetler, s. 15; BERKİN, Yazılı Şekil, s. 1184; TUĞ, s. 46-47; ALTAŞ, s. 24.

⁴²“ Őekle uymak ićin yapılan konuřmalarda ve műzakerelerde tarafları uyandırarak onları dođru ve isabetli kararlara iletme suretiyle kelimelerin zahiri cazibesinden veya sűrűkleyici kuvvetinden kurtarır” (GűKTűRK, s. 11).

tarafları şeklin konusu olan şey üzerinde düşünmeye sevk eder ve onların yanlış kararlar almalarına engel olur⁴³. Sözleşmenin yazılı şekilde ve hatta sözleşmenin resmi makam önünde yapılması kişinin sözleşme konusu üzerinde daha dikkatli ve detaylı düşünmesini sağlar. Buradan hareketle kanunkoyucu, taraflara birtakım zararlar doğurabilecek sözleşmelerin yazılı yapılmasını öngörmüştür⁴⁴.

Tüm bunlardan başka, sözleşmelerde şekil, sözleşmenin ispatını bakımından önem taşır (ispat fonksiyonu⁴⁵). Yazılı şekilde yapılan sözleşmelerin ispatı, şekle bağlanmayan sözleşmelere göre daha kolaydır. Bu nedenle şekil, en çok ispat bakımından önem taşır demek yanlış olmaz.

Şekil şartı, iş hayatında aleniyet sağlar ve üçüncü kişilere işlem den haberdar olma imkânını verir. Çünkü bazı durumlarda taraflar arasında kurulan sözleşmeler üçüncü kişileri de ilgilendirir⁴⁶. Sözleşmelere şekil şartı koyulması, sözleşmenin üçüncü kişiler tarafından öğrenilmesini sağlar (açıklık fonksiyonu⁴⁷). Bu durum sözleşmenin sadece taraflara karşı değil üçüncü kişilere karşı hüküm ifade etmesi için önemlidir. Aksi takdirde üçüncü kişilerin taraflar arasında bir sözleşme yapıp yapılmadığını bilme imkânları olmaz⁴⁸.

Açıklık, özellikle sözleşmenin resmi bir sicile tescil edilmesiyle elde edilir. Resmi sicil ve senetler sağlam ve güçlü temellere dayanır⁴⁹. Bundan dolayı da bu senet ve siciller daha güçlü ispat araçlarıdır. Burada şekil, hukuki işlemi maddi bir cisim içinde tuttuğu için,

⁴³ EREN, s. 265; GÖKTÜRK, s. 11.

⁴⁴ FEYZİOĞLU, C.I, s. 303; SAYMEN/ELBİR, s. 198; TUNÇOMAĞ, s. 216; TUĞ, s. 47.

⁴⁵ ANTALYA, Borçlar, s. 324.

⁴⁶ EREN, s. 266.

⁴⁷ ANTALYA, Borçlar, s. 324.

⁴⁸ TUĞ, s. 47.

⁴⁹ EREN, s. 266.

tarafllara ve üçüncü kişilere açıklık ve güven temin eder ve bir anlamda hukuki güvenliğı sağlar⁵⁰.

İşte bu nedenlerle kanunkoyucu kural olarak şekil serbestisi öngörse de, istisnai durumlarda, sözleşmelerin şekle bağılı olarak yapılması kuralını getirmiştir.

II- ŞEKLİN ÇEŞİTLERİ

A- YAPILIŞ TARZINA GÖRE ŞEKİLLER

1- SÖZLÜ ŞEKİL

a- Genel Olarak

Sözleşme özgürlüğü çerçevesinde kural olarak sözlü şekil sözleşmenin geçerli olması için yeterlidir. Bunun yanı sıra, günümüz hukukunda Roma Hukuku'nda olduğu gibi sözlü şeklin belirli kalıp ve ifadelerle yapılması zorunluluğı da ortadan kalkmıştır⁵¹. Bu nedenle de Türk Borçlar Kanunu'nda, sözlü şeklin nasıl yerine getirileceğine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. İrade beyanının sözlü şekle bağlandığı iki durum, Türk Medeni Kanunu'nda yer almaktadır. Bunlardan ilki evlenme sözleşmesi, diğeri ise sözlü vasiyetnamedir.

b- Evlenme Sözleşmesi

Türk Aile Hukuku'nda evlenme töreni, resmi memur huzurunda sözlü olarak yerine getirilen bir sözleşmedir. Bu durum Türk Medeni Kanunu'nun 142. maddesinde açıkça ifade edilmiştir. Madde, “evlendirme memuru, evleneceklerden her birine birbiriyle evlenmek isteyip istemediklerini sorar. Evlenme, tarafların olumlu sözlü cevaplarını verdikleri anda oluşur. Memur, evlenmenin tarafların karşılıklı rızası ile kanuna uygun olarak yapılmış olduğunu açıklar” şeklindedir. TMK m. 142'den anlaşılacağı gibi, evlenme memurunun

⁵⁰ EREN, s. 266.

⁵¹ ANTALYA, Borçlar, s. 328.

soracağı sorulara tarafların sözlü olarak vereceği cevaplarla sözleşme kurulmuş ve evlenme gerçekleşmiş olur⁵². Her sözleşme gibi, evlilik sözleşmesinde de karşılıklı irade beyanlarının bulunması gerekir⁵³. Tarafların evlendirme memuru önünde hazır bulunmaları ve birbirini ardına iradelerini beyan etmeleri gerekir. Diğer bir deyişle açıklanacak ifadenin açık ve olumlu olması lazımdır⁵⁴. Aksi takdirde evlenme sözleşmesi vücut bulmaz⁵⁵. Evlenme sözleşmesinin kurulmuş olması için tarafların beyanlarını bizzat bildirmeleri gerekir. Daha ayrıntılı açıklamak gerekirse, evlenme töreni evlendirme memuru önünde ve iki tanığın huzurunda, tarafların bizzat hazır bulunmalarıyla aleni olarak yapılır (TMK m.141, c. 1). Evlenme sözleşmesinde kanuni veya iradi temsilci kullanılması söz konusu olmaz⁵⁶. Diğer bir deyişle evlenme, evlenmeye başvurudan farklı olarak vekaletle yapılamaz (Evl. Y. M. 27/III). Bu durum, evlenmenin mutlak kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olmasının doğal bir sonucudur⁵⁷. Aynı şekilde taraflar bir araya gelmeden ayrı zamanda ve ayrı yerde beyanda bulunurlarsa yine evlenme meydana gelmez⁵⁸. Aleniyetin temin edilmiş olması şartıyla, hiç

⁵² **HATEMİ**, HÜSEYİN: Aile Hukuku C.I (Evlilik Hukuku), İstanbul 2005, §5; **HATEMİ**, HÜSEYİN/**KALKAN OĞUZTÜRK**, BURCU: Aile Hukuku, İstanbul 2013; s. 54; **AKINTÜRK**, TURGUT/**KARAMAN**, DERYA: Aile Hukuku, İstanbul 2013, s. 68; **DURAL**, MUSTAFA/ **ÖĞÜZ**, TUFAN/ **GÜMÜŞ**, MEHMET ALPER: Türk Özel Hukuku C.III, Aile Hukuku, İstanbul 2014, s. 67; **HELVACI**, SERAP/**ERLÜLE**, FULYA: Medeni Hukuk, İstanbul 2010, s. 146; **ÖZTAN**, BİLGE: Aile Hukuku, Ankara 2004, s. 27.

⁵³ **HATEMİ** HÜSEYİN/ **SEROZAN** RONA: Aile Hukuku, İstanbul 1993, s. 75; **KÖPRÜLÜ**, BÜLENT/**KANETİ**, SELİM: Aile Hukuku, İstanbul 1986, s. 89.

⁵⁴ **KÖPRÜLÜ/KANETİ**, s. 89; **OĞUZMAN**, KEMAL/ **DURAL**, MUSTAFA: Aile Hukuku, İstanbul 1998, s. 84; **DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ**, s. 67.

⁵⁵ **TEKİNAY**, SELAHATTİN SULHİ: Türk Aile Hukuku, İstanbul 1986, s. 103; **AKINTÜRK**, TURGUT: Türk Medeni Hukuku, C. II, Aile Hukuku, İstanbul 2010, s.95, 96; **HATEMİ/SEROZAN**, s. 75: Yazarlar tarafların iradelerini aynı yönde bildirmemeleri durumunda evlilik sözleşmesinin yok hükmünde olduğunu belirtmiştir.

⁵⁶ **HATEMİ/SEROZAN**, s. 78; **DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ**, s. 67; **OĞUZMAN/DURAL**, s. 84; **LALE**, İSMAİL/ **LALE**, ÖMER: Evlilikte Hukuksal İlişkiler, Ankara 2009, s. 54; **HELVACI/ERLÜLE**, s. 146, 147.

⁵⁷ **DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ**, s. 67.

⁵⁸ **HELVACI/ERLÜLE**, s. 147.

kimsenin gelmemiş olması, evlenmenin yapılmasına engel değildir⁵⁹. Yani evlilik sözleşmesinin gerçekleştiği yerde davetli bulunmaması evlenmenin aleni yapılmadığı anlamına gelmez ve böyle bir durumda da evlenme geçerlidir⁶⁰.

Tarafların iradelerini açıklamalarından sonra evlenme gerçekleşmiş olacağından, burada memurun açıklaması kurucu bir beyan değildir (TMK m. 142/son). Bununla beraber Yargıtay da yer itibarıyla yetkisiz hale gelen köy muhtarının, yani görev alanı dışında köy muhtarının önünde yapılan evlenme sözleşmesinin Medeni Kanun uyarınca bütün kurallara uygun hareket edildiği inancıyla geçerli olduğunu, köy muhtarının yer bakımından yetkisinin bir idare hukuku problemi olup buradaki sorunun çözümünün doğrudan evlenme sözleşmesinin geçerliliğine ilişkin olarak kullanılmasının mümkün olmadığını ifade ettiğini belirtmek gerekir⁶¹. Ayrıca Yargıtay 2007 tarihli bir kararında da, “evlenme töreni evlendirme

⁵⁹ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 67.

⁶⁰ OĞUZMAN/DURAL, s. 84; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 67.

⁶¹ YİBGK, 13.12.1985 T, 1985/4 E, 1985/9 K, www.turkhukuksitesi.com (erişim tarihi: 09.06.2013). Kararda “Türk Medeni Kanunu, mecburi medeni nikah ilkesini benimseyerek, evlenme akdinin kentlerde belediye başkanı ya da başkanın evlenme işlerine memur ettiği vekili, köylerde ise muhtar önünde yapılmasını hükme bağlamıştır. Görevli olmayan bir kişi veya memur huzurunda yapılan bir evlenme akdinin geçersiz sayılması gerektiğinde görüş birliği vardır. Evlendirme memurunun ve bu arada köy muhtarının kendi idari görev alanı dışında yaptığı evlenme akitlerine gelince; bu konu, gerek öğretide gerekse yargısal kararlarda tartışmalara ve birbirine zıt görüşler ortaya çıkmasına neden olmuştur. Görüşmeler sırasında kimi üyeler tarafından da paylaşılan bir görüşe göre, yer itibarıyla yetkisi olmayan bir memurun yaptığı evlenme işlemleri geçersizdir. Bu görüş tarafları (... evlenme akdinin asli şartlarından birinin evlenecek kadınla erkeğin iradelerinin karşılıklı ve birbirine uygun biçimde açıklamaları, diğerinin ise resmi memurun evlenme merasimine katılması olduğunu, Medeni Kanun'un 108. maddesine göre belediye dairesinde ya da heyeti ihtiyariyede belediye başkanı veya başkanın evlenme işlerine tayin ettiği vekili ya da muhtarın evlenme memuru sayılabileceğini, her evlendirme memurunun sadece idari taksimatla belirlenmiş bir alan içinde işlem yapabilme olanağına sahip bulunduğunu, evlendirme memurunun kendi idari görev alanı dışında bir evlenme işlemi yapması halinde o yer evlendirme memurunun görevini kanunsuz olarak elinden almış, yani gasbetmiş sayılması gerektiğini, bu durumda ortada geçerli bir evlenme bulunduğundan söz edilemeyeceğini, yokluk ifade eden işlem ya da sözleşmelerde tarafların iyi ya da kötünietli olup olmadıklarını araştırmaya dahi gerek bulunmadığını, bu işlemlerin herhangi bir suretle geçerlik kazanamayacaklarını..) belirtmektedirler. Evlenme işleminin sadece idari yönünü gözönünde tutan ve bunun sonucu olarak da İdare Hukuku ilkelerinin, olduğu gibi evlenme akitlerine de uygulanması gerektiğini

dairesinde, evlendirme memurunun ve ayırt etme gücüne sahip iki tanığın önünde açık olarak yapılır. Evlenme tarafların olumlu sözlü cevaplarını verdikleri anda oluşur. Medeni Kanun’a göre, evlendirme memuru evleneceklerden her birine birbiriyle evlenmek isteyip istemediklerini sorar. Evlenme, tarafların olumlu sözlü cevaplarını verdikleri anda oluşur. Memur, evlenmenin tarafların karşılıklı rızası ile kanuna uygun olarak yapılmış olduğunu açıklar. Buna göre evlenme şekle bağlı akitlerdendir. İki tarafın evlendirme memuru ve tanıklar önünde karşılıklı olarak bu konudaki iradelerini açıkça bildirmeleri şarttır. Bu itibarla, bir evlendirme akdine dayanmadan birleşen davacı ile davalı arasında geçerli bir nikah akdi meydana gelmemiştir” şeklinde görüş bildirmiştir⁶².

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun konuya ilişkin olarak verdiği başka bir karar da oldukça dikkat çekicidir. Karara konu olayda, davacı, davalı ile yapılan nikah akdinin feshine karar verilmesini istemiş ve ilk derece mahkemesi de köy muhtarının yetkisi dışında belediye memurunun görevi gasp edilmek suretiyle nikah akdi yapılmış olduğundan geçersiz evlenmenin fesih ve iptaline karar vermiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu “nikah akdinin geçerli olabilmesi için yetkili memur önünde ve onun katılması ile yapılması zorunludur. Olayda davacı, Perşembe İlçesi’nin Saray Köyü nüfusuna kayıtlı olup evlenmek için Medeni Kanun’a uygun olarak ikametgahı olan Saray Köyü muhtarlığına başvurmuş ve bu köy

savunan bu görüşün benimsenmesi olanağı yoktur... Alman ve İsviçre hukuklarında hiçbir sıfatı olmayan bir kişinin bile yaptığı evlenme akitleri, kimi koşullarla geçerli sayılabilirken, Türkiye’de köy muhtarının köy mıntıkası dışında yaptığı akitleri mutlak surette geçersiz saymak doğru olmaz. Görevli olmayan bir kimsenin alenen yaptığı evlenme akdi, tarafların iyiniyetinin korunması gerektiği düşüncesiyle geçerli sayılabildiğine göre, köy muhtarının kendi idari görev alanı dışında yaptığı evlenme akdinin de evleviyetle geçerli sayılması icap eder. Sorunun bu şekilde çözümü, bir yuva kurmak inancı içinde ve iyiniyetle evlenen kişilerin güven duygusu içinde birlikte yaşamalarını sağladığı gibi, ülke gerçeklerine de en uygun olanıdır. Böylece ailenin korunmasını öngören Anayasa buyruğu yerine getirilmiş, toplumun sosyal ve kültürel yapısı gözönünde tutularak her beş ya da on yılda bir yasa çıkarmak suretiyle dini nikahla meydana gelen birleşmelere geçerlik tanıyan uygulama ile de ters düşülmemiş olur...Sonuç olarak, bütün kurallarına uygun hareket edildiği inancı içinde köy muhtarı huzurunda yapılan evlenme akitlerinin, muhtarın görev alanı dışında yapılmış olsa bile geçerli sayılacağına karar verildi” denilmiştir.

⁶² Y 2 HD, 26.07.2007 T, 2007/2678 E, 2007/8658 K, www.turkhukuksitesi.com (erişim tarihi. 24.04.2013).

muhtarı tarafından Perşembe İlçesi'nde tarafların nikahları yapılmıştır... İyiniyetin korunması en az kanunen tanınan diğer hallerde (MK m. 3) olduğu kadar zorunludur. Gerçekte evlenecekler nikah memurunun yetkisini araştırarak durumda değildirler. Kendilerinin iyi niyet sahibi olmaları asıldır. Nikah memurunun memuriyet görevi dışında yapacağı evlenme merasimi hakkında da evlenenlerin iyiniyet sahibi olmaları halinde aynı hüküm verilmek gerekir. Kaldı ki olayda davalı eş ne kadar iyiniyetli ise davacı koca o derece kötü niyetlidir. Çünkü taraflar 11.8.1969 tarihinde evlenmişler, bu evlilikten 2 çocukları olmuş, davacı Şavşat ve Perşembe Asliye Hukuk Mahkemelerinde 1974 ve 1978 yıllarında iki boşanma davası açmış ise de, başka bir kadınla yaşadığı için her iki davası da reddedilmiştir. Boşanma davaları da ile davalı eşinden kurtulamayan davacı bu temyize konu evliliğin feshi davası ile amacına ulaşmak istemektedir. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını da kanun korumaz. Yukarıda açıklanan gerekçelerle davanın reddi gerekirken geçerli evliliğin feshine karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir. Muhtarın ilçe sınırları içerisinde icra ettiği evlenme akdinin geçerlilik durumunu incelemeden önce, evlendirme memuru sıfatıyla hareket eden kimsenin gerçekte bu sıfatı haiz olmaması halinde evlenme akdinin meydana gelip gelmeyeceği sorunu üzerinde de durulmasında yarar görülmüştür. Türk öğretisinde nikah memurunun kendi bölgesi dışında bir yere giderek evlenme merasimini orada yapmış olması halinde evlenme akdinin geçerli sayılacağı görüşü savunulmuştur. Somut olayda taraflar 11 Ağustos 1969 tarihinde evlenmişlerdir ve 1971 ve 1972 doğum tarihli iki müşterek çocukları olmuş, taraflar bu davanın açıldığı 16.03.1982 tarihine kadar da evli olarak müşterek hayatlarını geçerli bir evlilik yaptıkları düşüncesiyle sürdürmüşlerdir. Hatta davacının dahi davalı aleyhine iki defa boşanma davası açarak reddedilmek suretiyle sonuçlandığı anlaşılmaktadır. Bu iki dava dahi davacının geçerli bir evlenme akdinin varlığını benimsediğini ayrıca göstermektedir. Açıklanan somut olay

bakımından da davanın kabulünde kamu yararının mevcut bulunduğu tartışma götürmeyecek kadar açıktır. Bu durum karşısında mahkemece Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen bozma kararına uyulmak gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır”. şeklinde görüşünü ifade etmiştir.

Evlenecek olan tarafların iradelerini açıklamalarında belirli kelimeleri kullanmak zorunlulukları yoktur. Evlenme iradesini açık olarak gösterecek herhangi bir kelimenin (evet, kabul ediyorum vb.) kullanılmış olması evlenmenin gerçekleşmiş olması için yeterlidir⁶³.

Evlenmenin gerçekleşmesi için, evlenmenin asli ve tali şartları dediğimiz birtakım şartların yerine gelmesi gerekir. Evlenmenin kurulmasında aranan bu şartlar bir tören niteliği taşımaktadır⁶⁴. Doktrinde evlenmenin asli şartları;

- tarafların evlenme iradelerini açıklamaları (bizzat ve karşılıklı irade açıklaması)
- evlenmenin yetkili memur önünde yapılması

olarak belirtilmiştir⁶⁵. Evlenmenin tali şartları ise doktrinde;

- evlenmenin kanunun belirttiği yerde yapılması
- tanıkların⁶⁶ katılması (her nasılsa tanıklar olmadan evlenme akdedilmişse, bu durum evlenmenin geçerliliğine etki etmez⁶⁷)
- evlenmenin açık olarak yapılması
- evlenmenin sözlü olarak yapılması

şeklinde ifade edilmiştir⁶⁸.

⁶³ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 67.

⁶⁴ KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 88.

⁶⁵ AKINTÜRK, s. 95; TEKİNAY, Aile, s. 103; DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s. 67.

⁶⁶ Tanıklarda aranan özellikler için bkz. LALE/LALE, s. 54-55.

⁶⁷ OĞUZMAN/DURAL, s. 84; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 67.

⁶⁸ AKINTÜRK, s. 95-100; TEKİNAY, Aile, s. 103; TUĞ, s. 50.

c- Sözlü Vasiyetname

Sözlü vasiyetname, istisnai hallerde yapılabilecek bir ölüme bağlı tasarruftur. TMK m. 539/I'e göre mirasbırakan; yakın ölüm tehlikesi, ulaşımın kesilmesi, hastalık⁶⁹, savaş gibi olağanüstü durumlar yüzünden resmi veya el yazılı vasiyetname yapamıyorsa, sözlü vasiyet yoluna başvurabilir. Görüldüğü gibi bu vasiyetnamenin yapılabilmesi, bir olağanüstü hal olmasına bağlıdır ve olağanüstü halin bulunması bir şekil koşulu değil, bu yola başvurma'nın temel koşuludur⁷⁰. Bu nedenle, kanun, sözlü vasiyetnamenin yapıldığı sırada koşul mevcut olsa bile, sonradan vasiyetçinin normal şekilde vasiyetname yapma imkânına kavuşması ve bu imkân'a kavuşmasından itibaren bir ayın geçmesi durumunda, sözlü vasiyetnamenin hükmünün kalmayacağını düzenlemiştir (TMK m. 541). Buradan anlaşılabileceği üzere sözlü vasiyetin uygulama alanı sınırlıdır⁷¹. Yargıtay da, "mahkemece yapılacak iş sözlü vasiyeti yapılmasından sonra geçen beş gün içinde vasiyet edenin resmi şekilde veya el yazısıyla vasiyetname düzenlemesini önleyici ağır sağlık şartlarının devam edip etmediğini belirlemekten ibarettir. Çünkü sözlü vasiyet istisnai bir vasiyet biçimi olup asıl olan diğer şekille de vasiyetin düzenlenmesidir. Bu durumda davanın reddedilebilmesi için özlü vasiyet düzenlenmesini gerektiren sağlık şartlarının ölüme kadar geçen beş gün içinde de devam edip etmediğinin kesinlikle tespit edilmesi zorunludur. Bu yön gözönünde tutulmadan eksik

⁶⁹ 743 sayılı Türk Kanuni Medenisi'nin 486. maddesinde, sözlü vasiyetin yapılacağı hallerden birisi olarak bulaşıcı hastalık öngörülmüştü. 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 539. maddesinde ise, sadece hastalık ifadesi kullanılmıştır. Ancak sadece hastalık hali yeterli değildir. Bu hastalığın "resmi veya el yazısıyla vasiyetname" yapmaya engel olması gerekir.

⁷⁰ **ANTALYA**, OSMAN GÖKHAN: Miras Hukuku, İstanbul 2009, s. 140; **SEROZAN**, RONA/ **ENGİN**, BAKİ İLKAY: Miras Hukuku, Ankara 2012; s. 265.

⁷¹ **AYİTER**, NUŞİN: Miras Hukuku, Ankara 1978, s. 53; **DURAL**, MUSTAFA/ **ÖZ**, TURGUT: Miras Hukuku, İstanbul 2013; s. 91; **İNAN**, ALİ NAİM/ **ERTAŞ**, ŞEREF/ **ALBAŞ**, HAKAN: Miras Hukuku, Ankara 2008, s. 198.

inceleme ile davanın reddine karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır” diyerek sözlü vasiyetin uygulama alanının sınırlı olduğunu ifade etmiştir⁷².

Ancak doktrinde, TMK m. 539’daki sayımın sınırlı olmamasının gerekli olduğu da ifade edilmiştir⁷³. Bu görüşe göre, vasiyet bırakanın içinden sağ olarak çıkıp çıkmayacağını bilemediği her türlü durum ve felaket olağanüstü hal sayılmalıdır. Herhangi bir tereddüt durumunda, hakimin incelemesi gereken nokta, olağanüstü hal sebebiyle vasiyet bırakanın gerçekten el yazısıyla veya resmi bir şekilde vasiyetname yapmasına imkan olup olmadığıdır⁷⁴. Burada gözetilen yarar, miras bırakanın son arzusuna uygun hareket edilmesidir.

Bununla beraber yakın ölüm tehlikesi, sözlü vasiyetnamenin yapıldığı anda bulunmalıdır. Bu yakınlık sadece vasiyet bırakanın değerlendirmesinden değil; objektif açıdan da dürüstlük kuralı, bilinen olaylar veya günlük hayat tecrübelerinden de açıkça anlaşılabilir olmalıdır⁷⁵.

Mirasbırakanın, sözlü vasiyet bırakma yoluna başvurması için, kanunda birtakım şartlar aranmaktadır. Sözlü vasiyetin gerçekleşmesi için gereken şartlar şu şekildedir:

- Mirasbırakan son arzularını aynı anda iki tanığa anlatıp onlara bu beyanına uygun bir vasiyetname yazmaları görevini vermelidir.

⁷² Y 2 HD, 20.11.1986 T, 1986/9662 E, 1986/10198 K, www.kazanci.com.tr (erişim tarihi: 24.04.2013).

⁷³ AYİTER, s. 53; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, NECİP: Miras Hukuku, İstanbul 1978, s. 221.

⁷⁴ ANTALYA, Miras, s. 141.

⁷⁴ GÖNENSAY, SAMİM/ BİRSEN, KEMALİDİN: Miras Hukuku, İstanbul 1963, s. 111; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Miras, s. 220.

⁷⁵ ANTALYA, Miras, s. 141; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Miras, s. 220; ÖZÜĞÜR, ALİ İHSAN: Türk Medeni Kanunundan Önce ve Sonra Miras Hukuku, Ankara 2005, s. 479.

- Tanıklar sözlü vasiyeti yazıya dökmeli veya mahkemeye başvurarak yazıya döktürmelidir⁷⁶ (TMK m. 540/I⁷⁷).
- Mirasbırakanın içinde bulunduğu olağanüstü durumdan sağ kurtulamamış olması gereklidir. Sözlü vasiyetin hükmü geçicidir. Kişi olağanüstü durumdan kurtulursa sözlü vasiyet hüküm ifade etmez.
- Mirasbırakanın diğer vasiyet türlerinden birine başvurma olanağının olmaması gerekir.

Yukarıda da açıklandığı gibi sözlü vasiyet bir şekle tabidir. Bu şekil, vasiyet bırakanın son arzularının tarih ve yer gösterilerek tanıklar tarafından sözlü ya da yazılı olarak bildirilmesi şeklinde olmaktadır. Yargıtay da bir kararında “vasiyetname doğrudan doğruya vasiyet eden tarafından tanzim edilmemiş olup sözlü vasiyet hükümdedir. Sözlü vasiyette ise vasiyet edenin irade beyanının korunması için tanıklarca birlikte yazılıp imzalandıktan sonra vakit geçirilmeden mahkemeye başvurulması zorunludur” diyerek sözlü vasiyetnamenin şekli konusunda görüşünü bildirmiştir⁷⁸.

Doktrinde sözlü vasiyetin suiistimale açık bir vasiyet olduğu ifade edilmiştir⁷⁹. Bunun nedeni, iki kişinin beyanı ile terekedeki malların el değiştiriyor olmasıdır. Bu nedenle mirasbırakanın olağanüstü durumdan kurtulduğu anda vasiyet geçerliliğini kaybeder. Buradaki süre, TMK m. 541’de belirtilmiştir. Maddeye göre, mirasbırakan için sonradan diğer

⁷⁶ Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz. **KILIÇOĞLU**, AHMET: Miras Hukuku, Ankara 2012, s. 119-120.

⁷⁷ TMK m. 540/I: Mirasbırakan tarafından görevlendirilen tanıklardan biri, kendilerine beyan edilen son arzuları, yer, yıl, ay ve günü de belirterek hemen yazar, bu belgeyi imzalar ve diğer tanığa imzalatır. Yazılan belgeyi ikisi birlikte vakit geçirmeksizin bir sulh veya asliye mahkemesine verirler ve mirasbırakanı vasiyetname yapmaya ehil gördüklerini, onun son arzularını olağanüstü durum içinde kendilerine anlattığını hakime beyan ederler.

⁷⁸ YHGK, 24.05.1989 T, 1989/2-296 E, 1989/388 K, www.legalbank.net (erişim tarihi: 24.04.2013).

⁷⁹ **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 120.

şekillerde vasiyetname yapma olanağı doğarsa, bu tarihin üzerinden bir ay⁸⁰ geçmesiyle sözlü vasiyet hükümden düşer.

2- ADİ YAZILI ŞEKİL

Türk Borçlar Kanunu'nda adi yazılı şekil tanımlanmamıştır. Doktrinde adi yazılı şekil, tarafların herhangi bir makamın veya şahsın onayı ve katılımına gerek duymadan sadece anlaştıkları noktaları el ile daktilo veya başka bir aletle herhangi bir şey üzerine yazarak altı borç altına girenler tarafından imzalanarak meydana getirilen senet şeklinde tanımlanmıştır⁸¹. Diğer bir ifadeyle sözleşmeyi oluşturan irade beyanlarının veya beyanlardan birinin yazılı bir metinde açıklanması ve beyanda bulunan tarafından imzalanması adi yazılı şekli gerçekleştirir⁸². Bu doğrultuda, adi senet de, resmi bir makam veya memurun katkısı olmaksızın hazırlanmış olan senet olarak tanımlanabilir⁸³. Sözleşmelerde şekilden söz edildiği zaman adi yazılı şekil kuraldır⁸⁴. Bununla beraber TBK m. 12 ve devamında adi yazılı şekil düzenlenmiştir. Doktrinde yazılı şekil çeşitleri arasında en hafif olanın adi yazılı şekil olduğu ifade edilmiştir. Söz konusu şekil, irade beyanının yazılı bir metin ve borç altına girenin imzasını gerektirir⁸⁵. Ayrıca TBK m. 14 f.2 uyarınca imzaya ilişkin şart, başka yollardan da tamamlanabilecektir. Bu anlamda, kanun koyucu tarafından birtakım imza ikamelerinin tasarlanmış olduğu söylenebilir.

⁸⁰ Buradaki bir aylık süre, 30 güne tekabül eder (KILIÇOĞLU, Miras, s. 121).

⁸¹ FEYZİOĞLU, C.I, s. 313; ANTALYA, Borçlar, s. 328; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 144; EREN, s. 272.

⁸² OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 144.

⁸³ POSTACIOĞLU, İLHAN: Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975; s. 597, PEKCANITEZ, HAKAN/ATALAY, OĞUZ/ ÖZEKES, MUHAMMED: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2013, s. 487.

⁸⁴ EREN, s. 273.

⁸⁵ TUĞ, s. 34; ALTAŞ, s. 73; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 150; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar, C. I, s. 276.

Adi yazılı şekle tabi olan hukuki işlemler aşağıdakilerdir:

- Alacağın devri (TBK m. 184/I)
- Konut ve çatılı işyeri kiralalarında fesih bildirimi (TBK m. 348)
- Konut veya işyeri gereksinimi sebebiyle kullanma zorunluluğu varsa, edinme tarihinden başlayarak bir ay içinde durumu kiracıya bildirmek (TBK m. 351/I)
- Kiralananı belli bir tarihte boşaltmayı yazılı olarak üstlenmek (TBK m. 352/I)
- Kira bedelini ödemediği için kiracıya yazılı olarak iki haklı ihtarda bulunma (TBK m. 352)
- Hizmet sözleşmesinin devri (TBK m. 429)
- Hizmet sözleşmesini fesheden tarafın fesih sebebini bildirmesi (TBK m. 435)
- Kefalette eşin rızası⁸⁶ (TBK m. 584)

Burada icra kefaletine ilişkin Yargıtay'ın verdiği bir karara da değinmek gerekir. Konuya ilişkin kararda Yüksek Mahkeme “icra kefaletinin amacı, icra takibine konu edilen ve anında ödenemeyen bir borcun üçüncü kişi (icra kefil) tarafından ödenmesini sağlamaya yöneliktir. İİK'nın 38. maddesinde kefaletin şekli hakkında özel bir hüküm bulunmadığından 6098 Sayılı BK'nın 583. maddesi hükmü icra kefilliği için de geçerlilik şartıdır. Anılan maddenin birinci fıkrasına göre, ‘kefalet sözleşmesi yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin

⁸⁶ TBK m. 584/I: Eşlerden biri mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilir; bu rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır.

Ek fıkra : 28.3.2013-6455 S.K. / m.77) Ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak verilecek kefaletler, mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar tarafından verilecek kefaletler, 27/12/2006 tarihli ve 5570 sayılı Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullandırılmasına Dair Kanun kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler ile tarım kredi, tarım satış ve esnaf ve sanatkârlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kullandırılacak kredilerde verilecek kefaletler için eşin rızası aranmaz.

Maddeye eklenen ek fıkra ile kefalette eşin rızasının arandığı haller sınırlandırılmıştır. Konumuz bakımından belirtilmesi gereken nokta, eşin rızasının arandığı hallerde rızanın adi yazılı şekle tabi olduğudur.

sorumlu olacağı azami miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmaz. Kefilin sorumlu olduğu azami miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olması durumunda, bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısı ile belirtmesi şarttır. Somut olayda, borçlu icra kefaleti için icra müdür yardımcısının tuttuğu tutanağa göre icra kefil olmak istediğini belirtmişse de söz konusu tutanakta kefalet tarihinin olmadığı gibi müteselsil kefil olarak yükümlülük altına girdiğine ilişkin kendi el yazısıyla bir ifadenin yazılmadığı gibi evli ise eşinin rızasının alınıp alınmadığı da belli değildir. O halde mahkemece, icra kefaleti yönünden istemin kabulüne karar vermek gerekirken yazılı gerekçeyle reddi isabetsizdir” şeklinde karar vererek, icra kefilinin de TBK hükümlerine göre değerlendirilmesinin gerekli olduğunu ve orada belirtilen şekil şartına uyulmasının gerekli olduğunu ifade etmiştir⁸⁷.

Aşağıdaki sözleşmeler de yazılı geçerlilik şekline tabidirler:

- Önalım sözleşmesi (TBK m. 237/II)
- Taşınmaz satışında yarar ve hasar sözleşmesi (TBK m.245/II)
- Taksitle satış sözleşmesi (TBK m. 253/II, TBK m. 254/III)
- Ön ödemeli taksitle satış sözleşmesi (TBK m. 264/II)
- Bağışlama sözü verme (TBK m.288/I)
- Yayın sözleşmesi (TBK m.488)
- Taşınmaz simsarlık sözleşmesi (TBK m. 520/III)
- Ömür boyu gelir sözleşmesi (TBK m.608)

Türk Borçlar Kanunu’nda hükme bağlanan adi yazılı şekle tabi hukuki işlemlerin yanı sıra, Türk Medeni Kanunu’nda da adi yazılı şekle tabi işlemler düzenlenmiştir. Bunlar:

- Hamiline yazılı olanlar hariç diğer kıymetli evrakın yazılı devri (TMK m. 956/III)

⁸⁷ Y 12 HD, 26.11.2013 T, 2013/31202 E, 2013/37362 K, www.kazanci.com.tr (erişim tarihi: 14.04.2013).

- Paylaşma sözleşmesi (TMK m. 676/II)
- Mirasçılar arasında miras payının devri (TMK m. 677)
- Senede bağlanmış olan ve olmayan alacakların rehni (TMK m. 955/I)

Adi şekilde bulunması gereken unsurlar, temel olarak metin ve imza olarak iki şekilde ele alınabilir. Bu konu çalışmanın devamında detaylı olarak incelenecektir.

3- NİTELİKLİ YAZILI ŞEKİL

a- Genel Olarak

Nitelikli yazılı şekil, adi yazılı şekilde yer alan metin ve imza ile ilgili birtakım ek noktaların yer aldığı şekil türüdür. Diğer bir deyişle, nitelikli yazılı şekilde, sözleşme yapılırken metin ve imzanın belli kurallara uygun şekilde yapılması gerekir. Nitelikli yazılı şekil dendiğinde ilk olarak el yazılı vasiyetname ve kefalet sözleşmesi akla gelmektedir.

b- El Yazılı Vasiyetname

TMK m. 538/I'de, el yazılı vasiyetnamenin yapıldığı yıl, ay ve günün gösterilerek başından sonuna kadar mirasbırakanın el yazısıyla yazılmış ve imzalanmış olması zorunludur hükmü getirilmiştir. Burada getirilen şekil şartı, nitelikli yazılı şekil olarak adlandırılmıştır.

c- Kefalet Sözleşmesi

TBK m. 581'e göre, kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir. Kanundaki bu tanıma göre kefalet sözleşmesi, alacaklı ile kefil arasında kurulan⁸⁸ ve alacaklıya kişisel bir

⁸⁸ GÜMÜŞ, MEHMET ALPER: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II, İstanbul 2010, s. 533; ÖZEN, BURAK: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, İstanbul 2014, s. 47; YAVUZ, CEVDET/ ACAR, FARUK/ ÖZEN, BURAK: Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul 2014, s. 667; ZEVLİLİLER, AYDIN/ GÖKYAYLA, EMRE: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2010, s. 529;

güvence sağlayan bağımsız nitelikte bir borç ilişkisidir⁸⁹. Bu sözleşme ile bir kimse borçlunun asıl borcunu alacaklıya karşı ödemeyi ve borçtan şahsen sorumlu olmayı taahhüt eder⁹⁰.

Kefalet sözleşmesinin şekli bakımından belirtilmesi gereken noktalardan ilki, kefalet sözleşmesinin yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azami miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmayacağıdır. TBK m. 583'de bu durum açıkça hükme bağlanmıştır. Maddenin devamına göre, kefilin sorumlu olduğu azami 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 (TBK m. 583/I c.2). Bu düzenlemelerden anlaşıldığı üzere kefalet sözleşmesi için dar anlamda nitelikli yazılı şekil arandığını söylemek mümkündür. Yargıtay da muhtelif kararlarında kefalet sözleşmesi için yazılı şekil şartının arandığını belirtmiştir⁹¹.

Bununla beraber kefalet sözleşmesi bakımından önemli olan bir diğer nokta da, kendi adına kefil olma konusunda özel yetki verilmesi ve diğer tarafa veya bir üçüncü kişiye kefil olma vaadinde bulunulmasının da aynı şekil koşullarına bağlı olmasıdır. TBK m. 583/II'ye göre, taraflar, yazılı şekle uyarak kefilin sorumluluğunu borcun belirli bir miktarıyla sınırlandırmayı kararlaştırabilirler. TBK m. 583/III'te ise, kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumluluğunu artıran değişikliklerin kefalet için öngörülen şekle uyulmadıkça hüküm doğurmayacağı düzenlenmiştir.

YILMAZ, MERVE: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı, www.portal.ubap.org.tr, s. 1 (erişim tarihi: 31.01.2012).

⁸⁹ **GÜMÜŞ**, s. 535; **ZEVLİLER/GÖKYAYLA**, s. 530; **ÖZEN**, s. 47, **YILMAZ**, s. 2.

⁹⁰ **TUĞ**, s. 107.

⁹¹ Y 13 HD, 03.06.2004 T, 2004/1406 E, 2004/8672 K: “BK.nun 484. maddesi gereğince kefaletin geçerliliği kefaletin yazılı olmasına ve kefilin sorumlu olduğu miktarın açıkça belirlenmesi şartına bağlanmıştır. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu 12.4.1944 tarih 14/13 numaralı İçtihadı Birleştirme Kararında da kefilin ödeyeceği muayyen bir miktarın gösterilmiş olmasını şart koşmuştur”, www.kazanci.com.tr. Aynı yönde bkz. Y 13 HD, 25.02.2010 T, 2009/8617 E, 2010/2366 K, www.kazanci.com.tr; 03.06.2004 T, 2004/1406 E, 2004/8672 K, www.kazanci.com.tr, 25.02.2010 T, 2009/8617 E, 2010/2366 K, www.kazanci.com.tr (erişim tarihi:02.04.2012).

Kefilin yazılı olarak yaptığı beyanda (kefalet belgesinde) kefalet sözleşmesi bakımından esaslı olan bütün noktalar yer almalıdır⁹². Kefalet sözleşmesi bakımından esaslı olan noktalara yer vermeyen bir kefalet belgesi, TBK m. 583'te belirtilen şekli gerçekleştirmez. Kefalet belgesinde öncelikle kefilin sorumluluğunun üst sınırı belirtilmelidir⁹³. Esas borcun yerine getirilmemesi yüzünden alacaklının uğradığı zararı kefilin hangi tutarda karşılamak zorunda olduğu, kefalet belgesinden anlaşılabilir. Böylelikle kefil, işin başında üstlendiği rizikonun kapsamı hakkında kesin bir bilgi sahibi olacaktır⁹⁴.

4- RESMİ ŞEKİL

a- Genel Olarak

Resmi senet düzenleme yetkisi verilmiş kişinin, verilen bu yetki çerçevesinde görevi kapsamındaki kanunda belirtilen usul ve esaslara uyarak gerçekleştirdiği şekil resmi şekildir⁹⁵. Diğer bir ifadeyle resmi şekil, sözleşmeyi oluşturan irade beyanlarının kanunda belirtilen usule göre resmi memur tarafından düzenlenen belgede açıklanması ile gerçekleşir⁹⁶. İsviçre doktrinde ise resmi şekil, irade açıklamalarının yazılı olarak bir resmi memur aracılığıyla düzenlenmesine verilen ad olarak tanımlanmıştır⁹⁷. Bu tanımlardan çıkarabileceğimiz ortak sonuç, adi yazılı şekil ile resmi şekil arasında kural olarak bir önem farkının olmadığıdır⁹⁸. Herhangi bir şekil diğerine üstün kılınmamıştır. Ancak, adi yazılı şekil özel kişiler tarafından

⁹² ÖZEN, s. 222.

⁹³ ÖZEN, s. 222;

⁹⁴ ÖZEN, s. 222.

⁹⁵ ANTALYA, Borçlar, s. 342.

⁹⁶ OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 153; NOMER, HALUK: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012, s. 77.

⁹⁷ OSER, HUGO/ SCHÖNENBERGER, WILHELM: Kommentar, Obligationenrecht BD V. 3, Zurich 1945, Art. 13, N. 14.

⁹⁸ TUĞ, s. 64; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 153; NOMER, s. 77; ANTALYA, s. 342.

gerçekleştirilirken, resmi şekil, resmi makamlarca veya kamu güveni ile donatılmış kişilerce gerçekleştirilir⁹⁹.

Hukukumuzda, bazı işlemlerin resmi şekilde yapılması kanunkoyucu tarafından şart koşulmuştur. Bunun nedeni, resmi memurun yapılacak işlemin önemi hakkında taraflara bilgi vermesi sonucunda, tarafların düşünmeden karar vermelerinin önüne geçilmek istenmesidir¹⁰⁰. Bunun yanı sıra resmi memur, hukuki işlemin eksiksiz ve açık bir şekilde yapılmasını sağlar¹⁰¹. Ayrıca resmi şeklin sağladığı bir diğer yarar da, resmi şekilde yapılmış olan senetlerin adi senetlere göre daha kuvvetli delil olma özelliklerinin olmasıdır. Burada belirtmek istenen nokta, her iki senet türünde İspat Hukuku bakımından en önemli farklılığın, resmi senetlerin aksi ispat edilinceye kadar kesin delil sayılmaları olduğudur. Bu nedenle de, resmi senetler adi senetlerden daha güçlü kesin delildir. Bu konuya ileride “Resmi Senetlerin İspat Gücü” başlığı altında değinilecektir.

b- Resmi Senet

Resmi senet, sözleşmeyi oluşturan irade beyanlarının kanunda belirtilen usule göre resmi memur tarafından düzenlenen belgede açıklanması ile gerçekleştirilir¹⁰². Diğer bir ifadeyle resmi senet, resmi bir makam veya memurun katılımı ile düzenlenmiş olan senettir¹⁰³. Resmi senetle düzenlenen işlemler, işlemde birlik (unitas actus) kuralı gereğince aynı anda birbirini takip edecek şekilde aralıksız yerine getirilir¹⁰⁴.

⁹⁹ TUĞ, s. 64.

¹⁰⁰ TUĞ, s. 64, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar, C. I, s. 302.

¹⁰¹ TUĞ, s. 64.

¹⁰² ANTALYA, Borçlar, s. 343; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar, C. I, s. 302; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 153; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 126; EREN, s. 348.

¹⁰³ POSTACIOĞLU, Usul, s. 597; PEKCANITEZ/ATALAY/ ÖZEKES, s. 729; KARSLI, ABDURRAHİM: Medeni Muhakeme Hukuku, İstanbul 2012, s. 587.

¹⁰⁴ ANTALYA, s. 343.

Burada üzerinde durulması gereken önemli bir nokta, senede resmiyeti kimin verdiğidir. Noterlik Kanunu'na göre, kanunla başka mercilere verilmiş olmadıkça, bir işleme resmiyet vermek yetkisi noterlere aittir (NK m. 60). Yabancı memleketlerde noterlik işleri konsoloslar tarafından görülür (NK m. 191). Buradan hareketle senetlere resmiyet veren mercilerin başında noterler gelir. Ancak maddeden de anlaşılacağı üzere, kanunla başka bir makam, merci veya kişiye de resmi senet düzenleme yetkisi verilebilir. Noterlerin, Noterlik Kanunu'na göre belgelendirdikleri işlemler resmidir (NK m. 82/I). Noterlerin yanı sıra 12/01/2011 tarihinde kabul edilen 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 224. maddesinde, yabancı devlet makamlarınca düzenlenen resmi belgelerin, Türkiye'de bu vasfı taşıyabilmesi için ilgili Türk konsolosluk makamının onaylama işlemiyle resmilik kazandırılabilceği düzenlenmiştir. Bununla birlikte Türk Medeni Kanunu dikkate alındığında, bazı resmi şekli şart koşan işlemler bakımından noterlerin yanı sıra sulh hakimi veya tapu sicil memurunun da senetlere resmiyet vermelerinin mümkün olduğunu söylemek gerekir¹⁰⁵. Ülkemizde taşınmaz satımına ilişkin sözleşmeleri düzenleme yetkisi münhasıran tapu sicil müdürleri ile tapu sicil görevlilerine aittir. Noterler sadece taşınmaz satış vaatleri ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerini düzenleyebilirler. Bu kişiler arasında en geniş düzenleme yetkisi noterlere aittir¹⁰⁶. Burada belirtilmesi gereken bir diğer nokta da, ölünceye kadar bakma sözleşmelerini kimin düzenleyeceğidir. Ölünceye kadar bakma sözleşmeleri kural olarak miras sözleşmesi şeklinde düzenlenirler (TBK m. 612/I). Dolayısıyla bunları düzenleme yetkisi noterlere, sulh hakimlerine ve kanunla bu yetki kendisine verilmiş diğer görevlilere aittir (TMK m. 545/I'in atfıyla TMK m. 532/II).

¹⁰⁵ Bkz. TMK m. 532: Resmi vasiyetname, iki tanığın katılmasıyla resmi memur tarafından düzenlenir.

Resmi memur, sulh hakimi, noter veya kanunla kendisine bu yetki verilmiş diğer bir görevli olabilir.

¹⁰⁶ NK m. 1: Noterlik bir kamu hizmetidir. Noterler, hukuki güvenliği sağlamak ve anlaşmazlıkları önlemek için işlemleri belgelendirir ve kanunlarla verilen başka görevleri yaparlar.

Burada apostil şerhini de ele almamız gerekir. Apostil, bir belgenin gerçekliğinin tasdik edilerek başka bir ülkede yasal olarak kullanılmasını sağlayan bir belge onay sistemidir. Apostil'in kuralları 6 Ekim 1961 tarihli Lahey Konvansiyonuyla tespit edilmiştir¹⁰⁷. Bu belge onay sistemiyle, ilgili üye veya taraf devlet tarafından saptanan yerel bir merci, bakanlık vb kuruluş belgenin gerçek olduğunu onaylayarak başka bir veya taraf ülkede Lahey Konvansiyonu'nda belirlenen kurallar çerçevesinde kullanılması için yasal hale getirirler. Apostil tasdiği gerçekleştirilen belge Lahey Konferansının tüm üye ve taraf devletlerinde geçerli bir belge olarak kabul edilir. Dolayısıyla apostil onayı olan belgenin de resmi şeklin şartlarını gerçekleştirdiğini belirtmek gerekir.

Resmi şekilde yapılacak sözleşmelerin hazır olmayanlar arasında düzenlenmesi de mümkün olabilir. Resmi şekli şart koşan kural aksini ifade etmediği sürece, sözleşmenin tarafları resmi memur önünde ayrı ayrı iradelerini beyan ederler ve bu beyanlarıyla teorik olarak şekil şartını gerçekleştirmiş kabul edilirler¹⁰⁸. Ne var ki Türk Hukuku'nda resmi şekli öngören hükümler, sözleşme taraflarının resmi huzurda hazır bulunmalarını öngörmektedir. Buna örnek olarak Türk Medeni Kanunu'nun 545. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan hüküm gösterilebilir. Fıkraya göre, miras sözleşmesinin tarafları, arzularını resmi memura aynı zamanda bildirirler ve düzenlenen sözleşmeyi memurun ve tanığın önünde imzalarlar. Görüldüğü gibi kanunkoyucu burada tarafların resmi şekli yerine getirecek memurun önünde aynı anda hazır bulunmalarını aramaktadır.

Hem Türk Borçlar Kanunu'nda, hem de Türk Medeni Kanunu'nda resmi şekilde yapılması öngörülen işlemler düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanunu'nda resmi şekilde yapılması öngörülen işlemler aşağıdakilerdir:

¹⁰⁷ http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc067/kanuntbmmc067/kanuntbmmc06703028.pdf (erişim tarihi: 04.04.2014).

¹⁰⁸ ANTALYA, s. 343.

- Taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmeler (TMK m. 706/I), örneğin taşınmaz satımı (TBK m. 237/I)
- Taşınmaz ve taşınmaz üzerinde aynı hakkın bağışlanma sözü vermenin geçerliliği (TBK m. 288/II)
- Ölünceye kadar bakma sözleşmesi (TBK m. 612)

Türk Medeni Kanunu'nda resmi şekilde yapılması öngörülen işlemler ise şunlardır:

- Vakıf kurma iradesi (TMK m. 102)
- Mal rejimi sözleşmesi (TMK m. 205)
- Tanıma (TMK m. 295)
- Aile mal ortaklığı sözleşmesi (TMK m. 374)
- Resmi vasiyetname (TMK m. 532)
- Miras payının devri sözleşmesi (TMK m. 677/II)
- Taşınmaz mülkiyetinin devri (TMK m. 706/I)
- Görünen mecraya ilişkin irtifak hakkı (TMK m. 727/III)
- Önalım hakkından vazgeçme (TMK m. 733/II)
- Boşalan dereceye geçme hakkı (TMK m. 871/III)
- Taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan kısıtlamalarının ortadan kaldırılması, değiştirilmesi (TMK m. 731/II)
- Mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi (TMK m. 764).

a. Resmi Senet Türleri

aa- Noter Senetleri

Noter Senetleri, düzenleme ve onaylama biçiminde, iki türlü yapılır.

aaa- Düzenleme Şeklindeki Noter Senetleri

a'- Kavram

Düzenleme şeklindeki noter senetleri, resmi sıfata sahip olan memurun, kanunun gösterdiği şekillere uyarak irade açıklamalarına resmi bir nitelik kazandırması şeklinde gerçekleşir. Senedin meydana getirilmesi sırasında sürecin başından sonuna kadar resmi makamın katılımı söz konusuysa düzenleme biçiminde bir noter senedinden bahsedilir¹⁰⁹. Noterlik Kanunu'nun 84. ve 89. maddeleri arasında düzenleme biçiminde noter senetlerine ilişkin hükümler bulunmaktadır. Tüm bu hallerde ilgililerin işleme katılması şekle yöneliktir¹¹⁰. Esas olarak senet metninin hazırlanması da dahil olmak üzere senetle ilgili tüm unsurların resmi makam önünde oluşması gereklidir¹¹¹.

Bu şekilde düzenlenen senedin, taraflara ve üçüncü şahıslara güven sağlama, sahteliği sabit oluncaya kadar geçerliliği hakkında bir karine yaratmak gibi fonksiyonları vardır¹¹². Türk Medeni Kanunu'nun "resmi belgelerle ispat" başlıklı 7. maddesi de bu sonucu doğrulamakta ve resmi sicil ve senetlerin belgeledikleri olguların doğruluğuna kanıt oluşturduklarını ve bunların içeriğinin doğru olmadığını ispatının kanunlarda başka bir hüküm bulunmadıkça, herhangi bir şekle bağlı olmadığını düzenlemektedir.

¹⁰⁹ YAVAŞ, MURAT: Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları ile Bu Kuralların İstisnaları, Ankara 2009, s. 154; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 153.

¹¹⁰ YAVAŞ, s. 154.

¹¹¹ YAVAŞ, s. 154.

¹¹² TUĞ, s. 66.

b'- Düzenleme Şekli

Düzenleme biçiminde yapılan noter senetlerinde ilk olarak, ilgilinin arzu ve beyanının asıl olduğunu ve noterin, esas itibariyle bu iradeye resmiyet kazandırmak amacıyla senedi düzenlediğini belirtmek gerekir¹¹³. Doktrinde, bu durum, düzenleme yoluyla noter senetlerinin maddi şartı olarak nitelendirilmiştir¹¹⁴. Noter tarafından metne geçirilen iradenin ilgili tarafından kabul edilmesini öngören kanun hükümleri bulunmasının nedeni de, bu iradenin eksiksiz ve doğru olarak yerine getirilmesini sağlamaktır. Buna örnek olarak, yazılı metnin ilgili tarafından okunması (NK m. 86), eğer okuma yazma bilmiyorsa tanık huzurunda tutanağın kendisine okunması gösterilebilir (NK m. 87).

Yukarıda açıklanan maddi şartın yerine getirilmesi amacıyla noter, ilgilinin istediğini tutanağa yazar ve tutanağı daha sonra ilgiliye okur (NK m. 86). İlgili okuduktan sonra, yazılanlar söylediği gibi ise bunu teyit ederek hazırlanan belgenin altını imzalar. Daha sonra bu belge, noter tarafından imzalanır ve mühürlenerek aslı noterde saklanır (NK m. 84).

Noter tarafından ilgilinin iradesinin metne geçirildiği senedin resmiliği kazanabilmesi, diğer bazı şekil şartlarının yerine getirilmesiyle mümkün olur. Bunlara da resmi senedin hazırlanmasındaki şekli şartlar denilmesi mümkündür. Bunlar, metinde, noterin adının soyadının yer alması (NK m. 84/I b.1), işlemin yapıldığı yer ve tarihin tutanağa yazılması (NK m. 84/I b.2), ilgilinin, tanık, bilirkişi veya tercümanın kimlik ve adreslerinin tutanakta yer alması (NK m. 84/I b.3) ve işleme katılanlarla noterin imzası ve ayrıca noterin mühürüdür (NK m. 84/I b.5).

Noterlik Kanunu m. 81 uyarınca, noterlik işlemlerinde ilgilinin imzasını ve noterin onayını taşımayan çıkıntılar geçersiz sayılmaktadır. Bu hüküm gereğince, düzenlenen senet

¹¹³ TUĞ, s. 67.

¹¹⁴ TUĞ, s. 67.

birden fazla sayfaya sahipse, her sayfanın ilgili tarafından imzalanması gerekmektedir. Çünkü birden fazla sayfaya sahip olan bir noter senedinin her sayfasının çıkıntidan daha geniş olduğu açıktır. Bu nedenle, her sayfanın ilgili tarafından imzalanması, kanunkoyucunun, ilgilinin beyanını kendi imzası ile teyit ettirmek amacına da uygun düşmektedir¹¹⁵. Bununla birlikte yine NK m. 81/I'in son cümlesinde çıkıntıların el yazısı ile yapılamayacağı hükme bağlanmıştır. Bunun nedeni, işlemin yapılmasından sonra yapılacak herhangi bir değişikliğin önüne geçmektir.

Noterlik Kanunu'nun 81. maddesinin 2. fıkrasında, tamamlanmasından sonra bir noterlik işleminin değiştirilmesi veya fesih ve iptal veya önceki işin nitelik ve değeri değişmemek şartıyla düzeltilmesinin önceki işlemin yapıldığı şekilde yeni bir işlemle olacağı belirtilmiştir. Tamamlanmış bir işlemde yapılacak çıkıntıda ilgililerle noterin imza ve mühürünün bulunması geçerlilik şartıdır. Bunlardan birisinin eksik olması, yapılan çıkıntıyı geçersiz kılar¹¹⁶. Bununla birlikte, düzenleme şeklinde yapılması kanunen şart olmayan işlemlerde, ilgilinin imzasını taşıyan çıkıntıların gerçek ve geçerli sayılması mümkündür¹¹⁷.

Son olarak maddi ve şekli şartın yerine getirilmesinde sonra düzenleme şeklinde yapılan noter senedinin saklanması konusuna değinmek gerekir. NK m. 84/son'a göre, düzenleme şeklinde yapılan noterlik işleminin aslı noterlik dairesinde saklanır ve ilgiliye tasdik edilmiş bir sureti verilir.

Yukarıda açıkladığımız bu senede, noter tarafından düzenlendiği, ilgili sadece imza attığı için “düzenleme biçiminde noter senedi” denilmektedir.

¹¹⁵ TUĞ, s. 67.

¹¹⁶ TÜRKİYE NOTERLER BİRLİĞİ: “1512 Sayılı Noterlik Kanunu ile Resmi Senet Yolu ile İspat Rejimine Getirilen Değişiklikler”, HUMK’u Değiştiren 1911 Sayılı Kanun ve Noterlik Kanunu Hakkında Sempozyum, İstanbul 1976, s. 203.

¹¹⁷ TÜRKİYE NOTERLER BİRLİĞİ, Tebliğ, s. 207.

Düzenleme biçimindeki noter senetlerinin ispat gücü, Noterlik Kanunu'nun 82. maddesinde düzenlenmiştir. Noterlik tarafından yukarıda açıklandığı gibi düzenlenmiş olan işlemler, Noterlik Kanunu'nun 82. maddesi uyarınca sahteliği sabit oluncaya kadar geçerlidir. Burada senet tamamen resmi makam tarafından düzenlenmiş olduğundan, senedin kesin delil değeri, senedin tamamına yöneliktir. Diğer bir ifadeyle düzenleme biçimindeki resmi senetler sahteliği sabit oluncaya kadar senet metni, tarih ve imza bakımından kesin delil niteliğindedir¹¹⁸.

c'- Noterlik Kanunu'na Göre Düzenleme Şeklinde Yapılması Zorunlu Olan İşlemler

Noterlik Kanunu'nun 89. maddesinde, kanunkoyucunun düzenleme şeklinde yapılmasını zorunlu kıldığı işlemler belirtilmiştir. Maddeye göre, niteliği bakımından tapuda işlem yapılmasını gerektiren sözleşme ve vekâletnamelerle, vasiyetname, mülkiyeti saklama kaydı ile satış, taşınmaz satış vaadi, evlenme sözleşmesi, evlat edinme ve tanıma, miras paylaşma sözleşmesi ve diğer kanunlarda öngörülen sair işlemler düzenleme yoluyla noter işlemi şeklinde yapılır. Ne var ki bu hüküm, TMK ve TBK'daki şekillerle ilgili hükümlerle çeliştiği gerekçesiyle doktrinde tartışma yaratmıştır.

Bu tartışmalara değinirken, doktrinde görüş bildiren yazarların, 743 sayılı eski Medeni Kanun ve 818 sayılı eski Borçlar Kanunu'ndaki hükümlerin geçerli olduğu dönemde ve bu eski hükümler çerçevesinde görüş bildirdiklerini ifade etmek yerinde olur.

Bu nedenle biz de ilk olarak eski Medeni Kanun ve eski Borçlar Kanunu çerçevesinde bir değerlendirme yaparak daha sonra yeni kanun hükümleriyle Noterlik Kanunu m. 89'un değerlendirmesini yapmayı uygun gördük.

¹¹⁸ YAVAŞ, s. 156; DELİDUMAN, SEYİTHAN: "Medeni Usul Hukuku'nda Senet ve Senetlerle Yazılı Şekil Arasındaki İlişki", Erzincan 2000, s. 418, www.erzincan.edu.tr (erişim tarihi: 07.07.2013).

İlk olarak 743 sayılı Türk Kanuni Medenisi'nin düzenlemesine bakmak gerekir. “Taksim Mukavelesi” başlıklı MK m. 611/I’de, “taksim mukavelesi yazılı olmadıkça muteber olmaz” hükmü yer almaktadır. Maddeden açıkça anlaşılabileceği gibi miras sözleşmesinin yapılması resmi şekil şartına bağlı değildir. Bununla birlikte, 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 231. maddesinin son fıkrasında da, taşınmaz mülkiyetinin geçirilmesine esas oluşturulabilen şufa sözleşmeleri de yazılı şekle tabi tutulmuştur. Bu durumda NK m. 89 ile eski Borçlar Kanunu ve Türk Kanuni Medenisi’nin ilgili hükümlerinin çeliştiğini söylemenin mümkün olup olmadığına ilişkin doktrinde iki görüş vardır.

Bu görüşlerden ilki, Noterlik Kanunu’nun 89. maddesinin Borçlar Kanunu ve Türk Kanuni Medenisi’nin konuya ilişkin hükümleri ile çelişmediğini kabul eden görüştür¹¹⁹. Bu görüşe göre, NK m. 89 taşınmazlara ilişkin olup da tapuda işlem yapılmasını gerektirmesine rağmen MK veya BK’da resmi şekle bağlı kılınmayan sözleşmeler yine eskisi gibi resmi şekil şartından muaf olacaklardır. Bu görüşe göre, Türk Kanuni Medenisi’nin şekil serbestliği ilkesinin kanunlarla zedelenmemesi gereklidir¹²⁰. Yine aynı görüşe göre, NK m. 89’un kaleme alınış tarzından, bu maddede sayılan işlemler için notere başvurulduğu takdirde noterin bunları ne şekilde yapacağını göstermeyi hedef tuttuğu, yoksa bir şekil şartı koyma amacı taşımadığını ifade edilmektedir¹²¹. Bu görüşü desteklemekle birlikte, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, bu yorumla her zaman tatmin edici bir sonuca ulaşmanın mümkün olmayacağını ifade ederek, adi yazılı şekilde bir paylaştırma sözleşmesi yapmakla yetinmeyip, mecbur olmadıkları halde notere başvuran mirasçıların, sadece imza tasdiki yolunun kendilerine kapatıldığını ve noterin bu işleme münhasıran NK m. 84 uyarınca “düzenleme” yolu ile resmiyet verebileceğini öğreneceklerini belirtmiştir¹²². Yazara göre, adi

¹¹⁹ TANDOĞAN, HALUK: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.I, İstanbul 2008, s. 274 vd.

¹²⁰ TANDOĞAN, s. 274 vd.

¹²¹ TANDOĞAN, s. 274 vd.

¹²² KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Miras, s. 729.

yazılı şekil yeterli olduğuna göre, neden noterin onaylama yoluna başvurmamasının yasaklandığını açıklamak zordur¹²³. Yazar bunun yanı sıra, mirasın paylaşılması sözleşmesinin yazılı şekilde yapılabileceği hakkındaki MK m. 611 hükmünün NK m. 89 ile çelişmediğinin kabulü durumunda, noterin her nasılsa NK m. 89 hükmünü gözden kaçırıp, kendisine ibraz edilen paylaşırma sözleşmesindeki imzaları onaylamakla yetinmesi halinde, MK'nın aradığı yazılı şekil şartının gerçekleşmiş olmasına rağmen, noterin imzayı onaylamaması nedeniyle sözleşmenin geçersiz sayılmasının mantık dışı olduğunu da ifade etmiştir¹²⁴. Bunun yanı sıra yazar, NK m 89 hükmünün MK m. 611 ile çeliştiğini ve NK m. 89'u, mirasın paylaşılması sözleşmesinin geçerli olmasını resmi şekle bağlayan bir hüküm olarak değerlendirmenin mümkün olmadığını da belirtmiştir¹²⁵.

Yine bu görüşe göre, Medeni Kanun'daki hükümler, maddi hukuka ilişkin hükümlerdir¹²⁶. Noterlik Kanunu'ndaki hüküm ise, sadece şekli bir kuraldır. Usule ilişkin kuralların maddi hukuk kurallarını değiştirmesi uygun görülmez. Ayrıca aksi görüşün kabulü, Medeni Kanun'un ruhuna da aykırı düşer¹²⁷. Yukarıda belirtilen yazarların yanı sıra, ESMER¹²⁸, İMRE¹²⁹ ve ÖKTEMER¹³⁰ de NK m. 89'un MK ve BK hükümleriyle çelişmediğini ifade eden görüşe sahiptirler.

¹²³ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Miras, s. 729.

¹²⁴ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Miras, s. 729.

¹²⁵ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Miras, s. 730.

¹²⁶ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Miras, s. 729.

¹²⁷ GÜRİSOY, KEMAL TAHİR/ EREN, FİKRET/ EROL, CANSEL: Türk Eşya Hukuku, Zilyetlik, Tapu Sicili, Mülkiyet, Sınırlı Ayni Haklar, Ankara 1978, s. 507.

¹²⁸ ESMER, GALİP: Mevzuatımızda Gayrimenkul Hükümleri, Ankara 1976, s. 175.

¹²⁹ İMRE, ZAHİT: "Mirasın Taksim Sözleşmesinin Şekil Şartı ve Türk Medeni Hukuku'nun Buna İlişkin Meseleleri", Onar Armağanı, İstanbul 1977, s. 395 vd.

¹³⁰ ÖKTEMER, SELİM: "1512 Sayılı Kanun Açısından Mirasın Taksimi Sözleşmesi", Türkiye Noterler Birliği Dergisi, S. 14, Ankara 1977, s. 37.

Bununla birlikte, yazarlar arasında, NK m. 89 ile MK ve BK'daki hükümlerin çeliştiğini ileri sürenler de mevcuttur. İlk olarak GÜRSOY, NK m. 89'un, MK ve BK sistemine aykırı olduğunu ve aşılacak istenen zorluğun çok da kolay olmadığını ifade ederek, hakim görüşüne bakılarak NK m. 89'un çelişki yarattığını ifade etmenin, kanunun bir maddesinin hükmünün tamamen bertaraf edilmesi sonucunu doğuracağını belirtmiştir¹³¹.

Diğer bir görüş ise, NK m. 89'un MK ve BK ile çeliştiğini öne süren görüştür. İlk olarak POSTACIOĞLU'nun görüşüne göre, miras paylaşma sözleşmesinin resmi şekilde yapılmasının şart koşulması yerinde olmaz. Çünkü, MK, paylaşma konu olan şey taşınmaz olsa bile, resmi şekil öngörmemektedir (MK m. 611). Bu nedenle de yazar, NK ile MK'nın çelişmekte olduğu görüşünü savunmaktadır¹³². Aynı şekilde, AYİTER de, NK m. 89 ile MK hükümlerinin çeliştiğini ifade etmektedir¹³³. Her iki kanun arasında çelişki olduğunu ifade eden bir diğer yazar da TEKİNAY'dır¹³⁴. Yazara göre, Noterlik Kanunu, sadece usule ilişkin bir kanun değildir. Noterler maddi hukuk bakımından geçerlilikleri şekle bağlı olan hukuki işlemleri düzenlemekle yükümlüdürler. NK m. 89'un sadece ispat şartı olduğunu kabul etmek doğru değildir. Zaten NK m. 89'un kenar başlığı, "Düzenleme Şeklinde Yapılması Zorunlu İşlemler" şeklindedir. Böylece artık tarafların iradesine göre bu maddede sayılan işlemlerin adi yazılı şekilde de yapılabilmesi ihtimali açıkça ortadan kalkmaktadır¹³⁵.

Yukarıda yapılan açıklamalar, 743 sayılı Türk Kanuni Medenisi ve 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun konuya ilişkin maddelerini kapsamaktadır. Konuya ilişkin olarak 2011 yılında kabul edilen 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ve 2001 yılında kabul edilen 4721 sayılı Türk

¹³¹ GÜRSOY/EREN/EROL, s. 278, dn. 3.

¹³² POSTACIOĞLU, Usul, s. 598-599.

¹³³ AYİTER, s. 248.

¹³⁴ TEKİNAY, SELAHATTİN SULHİ: "Noterlik Kanunu'nun 89. Maddesi Hakkında Düşünceler", HUMK'nu Değiştiren 1711 Sayılı Kanun ve Noterlik Kanunu Hakkında Sempozyum, İstanbul 1976, s. 217.

¹³⁵ TEKİNAY, Noterlik, s. 217.

Medeni Kanunu'nun ilgili hükümlerini ele almamız gerekir. Miras paylaşma sözleşmesini düzenleyen TMK m. 676/III'te, paylaşma sözleşmesinin geçerliliğinin yazılı şekilde yapılmasına bağlı olduğu kaleme alınmıştır. Yine aynı şekilde taşınmaz satışı ve satış ilişkisi doğuran hakların şeklini düzenleyen TBK m. 237/III'te, önalım sözleşmesinin geçerliliğinin yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlı olduğu hükme bağlanmıştır. Görüldüğü gibi gerek TMK gerekse TBK, tapuda işlem yapılmasını gerektiren bütün sözleşmelerin resmi şekilde yapılmasını zorunlu tutmamıştır. Bu anlamda yeni ve eski kanunlar arasında aynı düzenlemenin devam ettiği ve kanunkoyucunun bu konuya ilişkin iradesinin değişmediği açıktır. Bu nedenle de, söz konusu kanun maddeleri ile NK m. 89 arasındaki çelişkinin devam ettiğini söylemek yanlış olmaz. Burada eski kanun - yeni kanun ve özel kanun - genel kanun ilişkisine bakmak gerekir. Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu'nun genel kanun olduğu açıktır. Çünkü hükümlerinin, özelliği itibarıyla herkese veya her olaya uygulanması mümkündür. Belli kişiler veya belli olaylara uygulanan kanunlara ise özel kanun denir¹³⁶. Yukarıda da değindiğimiz gibi, belirli bir olayı düzenleyen iki ayrı kanunun aynı zamanda yürürlükte bulunduğu durumlar karşımıza çıkabilir. Söz konusu iki kanunun olayı düzenleyen hükümleri arasında bir çelişki yoksa sorun yoktur. Ancak iki kanunun olayı farklı biçimde düzenlemesi söz konusu olursa, bu durumda hangi kanunun söz konusu olaya uygulanacağı sorunu karşımıza çıkar. Noterlik Kanunu ile Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu arasındaki ilişki de bu durumdadır. Burada, aynı olayı düzenleyen iki kanunun genel kanun mu özel kanun mu olduğuna bakılır. Söz konusu tartışmada, Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanunu'nun genel kanun olduklarını yukarıda da ifade etmiştik. Noterlik Kanunu ise sadece noterlerin yapacakları işleri ve noterde yapılması gerekli olan işleri düzenlediğinden özel kanundur. Eğer çelişen hükümler içeren kanunlardan bir tanesi genel bir diğeri özelse, bu durumda kanunların yürürlüğe girdiği tarih de önem kazanır. Eğer bizim incelediğimiz olayda

¹³⁶ KULUÇLU, ERDAL: "Türk Hukuk Sisteminde Normlar Hiyerarşisi ve Sayıştay Denetimine Etkileri", s. 6, www.dergi.sayistay.gov.tr (erişim tarihi: 08.08.2013).

ele aldığımızı gibi önceki kanun özel (Noterlik Kanunu), sonraki kanun genel (Türk Borçlar Kanunu, Türk Medeni Kanunu) ise, bu durumda kanunkoyucunun genel kanunu çıkarırken hangi amacı taşıdığına bakmak gerekir¹³⁷. Kanunkoyucu, Noterlik Kanunu’yla, gerek şu an yürürlükte olan Türk Medeni Kanunu veya Türk Borçlar Kanunu’nun ya da bu kanunlardan önce yürürlükte olan eski Medeni Kanun veya eski Borçlar Kanunu’nun hükümlerinin değiştirme amacı gütmemektedir¹³⁸. Kanımızca, kanunkoyucu bu hükümler bakımından, özel kanundaki şekle ilişkin maddelerin, genel kanunlardaki hükümlere hiçbir surette dokunma amacı gütmeyişini kabul ederek bir düzenleme yapmıştır¹³⁹. Ayrıca NK m. 89’un ifadesinden de temel kanunlardaki hükmün değiştirildiği sonucuna varılması mümkün görünmemektedir. Bununla birlikte, şekil serbestisi ilkesinin zedelenmemesi amacıyla, özel şekil kurallarının ve usul kurallarının dar yorumlanması gerekir¹⁴⁰. Bu nedenle de NK m. 89 hükmünün TMK ve TBK’daki ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş olan sözleşmelerle ilgili şekil kurallarını değiştirdiği şeklinde yorumlamak mümkün değildir. Zira, Noterlik Kanunu’nun maddi hukuk kurallarını değiştirmek gibi bir fonksiyonu bulunmamaktadır¹⁴¹.

Son olarak konuya ilişkin olarak Yargıtay’ın görüşüne değinmek gerekir. Yüksek Mahkeme, 743 sayılı Türk Kanuni Medenisi’ndeki 611. madde ve NK m. 89 arasındaki çelişkiyi dikkate alarak bir İçtihadı Birleştirme Kararında görüşünü açıklamıştır. Karara göre, NK m. 89, MK m. 611’i yürürlükten kaldırmış değildir. Yüksek Mahkeme bu kararda ayrıca, miras taksim sözleşmesinin adi yazılı şekilde yapılabileceğini kabul ederek, mirasa dahil taşınmazların taksimi hakkında, yapılacak sözleşmenin geçerli olması için, yalnız yazılı olması yeterli olup bu sözleşmenin ayrıca tapu memurunun huzurunda resmi senede

¹³⁷ KULUÇLU, s. 6.

¹³⁸ BAŞPINAR, VEYSEL: “Taşınmaz Satımında Vekalet”, AÜHFD, Ankara 1996, s. 493.

¹³⁹ Aynı yönde bkz. BAŞPINAR, s. 493.

¹⁴⁰ BAŞPINAR, s. 494.

¹⁴¹ ÖKTEMER, s. 32; BAŞPINAR, s. 493.

bağlanması mecburiyetinin olmadığını belirtmiştir¹⁴². Buna paralel olarak Yüksek Mahkeme 1987 tarihinde verdiği bir başka kararda da, “taksim sözleşmesinin yazılı olması yeterli olup, noterde düzenlenmesi geçerlik koşulu değildir” şeklinde görüşünü ifade etmiştir¹⁴³.

bbb- Onaylama Şeklindeki Noter Senetleri

Onaylama şeklindeki noter senetlerinde, senedin içeriği taraflarca yazılmıştır ya da senet üçüncü bir kişi tarafından yazılmıştır. Diğer bir ifadeyle onaylama biçimindeki noter senetleri, senet altındaki imzanın onaylanması, imzayı atan kişiye ait olduğunun bir şerhle belgelendirilmesi suretiyle olur¹⁴⁴. Bu senet notere sadece imza onayı için verilir. Noter ilgili kişiye imzalattıktan sonra imzanın kimliğini tespit ettiği kişi tarafından kendi önünde atıldığını açıklayarak kendisi de senedi imzalar (NK m.91). Diğer bir ifadeyle hukuki işlemin altındaki imzanın onaylanması, imzayı atan şahsa ait olduğunun bir şerhle belgelendirilmesi şeklinde olur (NK m. 90). İmza atamayan kişiler, imza yerine parmak izi, mühür veya bir alet kullanırlar. HMK m. 206/1’e göre, imza atamayanların bu şekilde yapacakları hukuki işlemleri içeren belgelerin senet sayılmaları, noterler tarafından düzenleme şeklinde yapılımlarına bağlıdır. Bunun nedeni, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Hükümet Gerekçesinde, bu kişileri yapmak istedikleri hukuki işlemin sonuçları konusunda aydınlatmak ve işlemlerini daha güvenli bir şekilde yapmalarını sağlamak olarak ifade edilmiştir¹⁴⁵. 6100

¹⁴² YİBK, 10.11.1952 T, 1952/2 E, 1952/4 K, Söz konusu kararda terekede taşınmaz mallar bulunsa bile, miras taksim sözleşmesinin adi yazılı şekilde yapılabileceği kabul edilmiştir. (Söz konusu karar özetle şöyledir: "Mirasa dahil taşınmazların taksimi hakkında, yapılacak sözleşmenin geçerli olması için, yalnız yazılı olması yeterli olup bu sözleşmenin ayrıca tapu memurunun huzurunda resmi senede bağlanması mecburiyeti yoktur...") (BAŞPINAR, s. 492, dn. 60).

¹⁴³ Y 8 HD, 17.11.1986 T, 1986/1086 E, 1987/10771 K (YKD, S. 3, Ankara 1987, s. 411-412).

¹⁴⁴ YAVAŞ, s. 156.

¹⁴⁵ KILIÇOĞLU, MUSTAFA: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi, İstanbul 2012, s. 991. Hükümet gerekçesinde ayrıca, özellikle noterlerin hukukçu olmaları sebebiyle hukuki işlem yapma konusundaki bilgi ve becerileri ile imza atamayan kimseleri de gereği gibi bilgilendirmeleri sonucu hukuki işlemlerin daha güvenli bir şekilde yapılmış olacağı ifade edilmiştir. Noterlerin hemen hemen ülkenin her yerinde bulunduğu ve

sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndaki ihtiyar heyeti ve iki tanık huzurunda işlem yapılması usulü kaldırılmıştır. HMK m. 206/2'ye göre, imza atamayan kimselerin, cüzdanla iş yapmayı usul edinmiş banka gibi kuruluşlarla olan işlemlerde kullanacakları mühür, imza, işaret veya parmak izinin, işlemin başlangıcında hesap defterine veya cüzdanına basılmış olması veya önceden noterde bir örneği saklanmak üzere onanmış bulunması yeterli olup, her işlemde ayrıca onamaya gerek yoktur. Bu hükümle, imza atamayanların mühür veya bir alet ya da parmak izi kullanmak suretiyle yapacakları hukuki işlemlerin noter tarafından düzenleme biçiminde oluşturulma işleminin her seferinde tekrarlanmasının önüne geçilmiş olur¹⁴⁶. Kanunkoyucu burada imza atamayanlar bakımından güvenirliliğin yanı sıra kolaylığı da amaçlamıştır¹⁴⁷. Yine Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 206. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, bu şekilde noterlerce düzenlenecek olan senetler için ilgisinden harç, vergi ve değerli kâğıt bedeli alınmayacaktır¹⁴⁸.

Noterlik Kanunu'nun 92. maddesine göre, noter tarafından verilecek olan onaylama şerhinin işlemin yapıldığı yer; ilgilinin kimliği, adresi ve vergi numarası, ilgilinin ve noterin imzası ile noterin mührünü taşıması gereklidir. Bununla birlikte imza atamayanların parmak izi veya imza yerine geçen işaret yoluyla gerçekleştirdikleri hukuki işlemler bakımından da NK m. 92 geçerlidir (NK m. 93).

Burada noter tarafından yapılan imza onaylamasının hukuki niteliği üzerinde durmak gerekir. İmza onaylaması, onaylanan imzanın ilgiliye ait oluşunu belgelendirme

onlara ulaşmanın çok kolaylaştığı düşünüldüğünde, işlem yapacak kimseler bakımından bu düzenlemenin ayrıca bir zorluk yaratmayacağı da gerekçede belirtilmiştir.

¹⁴⁶ **POSTACIOĞLU**, Usul, s. 601; **KARSLI**, Medeni Muhakeme, s. 588.

¹⁴⁷ **KILIÇOĞLU**, Hukuk Muhakemeleri, s. 993.

¹⁴⁸ 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Hükümet Gerekçesinde, bu düzenlemenin noter tarafından düzenlenecek belgeler dolayısıyla ilgilinin sıkıntıya düşmemesini temin ve onu zora koşturmak için getirildiği belirtilmiştir.

niteliğindedir. Başka bir ifadeyle imzanın onaylanması, hukuki işlemin içindekileri kapsamaz. Bu nedenle de, onaylama şeklindeki senetler, geçerlilik şartı olan resmi şekli gerçekleştirmezler¹⁴⁹.

Uygulamada noter tarafından onaylama şeklinde düzenlenen işlemler en çok mal rejimi sözleşmesi; paylı mülkiyette paydaşların yararlanma, kullanma ve yönetim sözleşmesi yapmaları halinde bunun tapuya şerh edilmesi gibi durumlarda karşımıza çıkar.

bb- Yabancı Ülkelerde Düzenlenen Senetler

Türk konsolosları, yabancı ülkelerde noterlik görevini de yerine getirdiğinden, konsolosluktaki memurun düzenlediği veya onun tarafından onaylanmış senetler noter senedi gibidir. Bununla beraber HMK m. 224/1'e göre, yabancı ülkede, o ülkenin yetkili devlet makamlarınca düzenlenmiş veya onaylanmış resmi belgeler, belgenin verildiği devletin yetkili makamı veya o ülkedeki Türk konsolosluğu tarafından onaylanırsa, bu senetler de resmi senet sayılırlar¹⁵⁰.

¹⁴⁹ ANTALYA, s. 346.

¹⁵⁰ Y 13 HD, 12.10.1993 T, 1993/5631 E, 1993/7554 K: "Kural olarak; yabancı bir ülkede, o ülkenin yetkili makamı tarafından doğrudan düzenlenen veya tasdik edilen senetler, o yabancı ülkedeki Türk Konsolos veya siyasi memurlarınca onaylanmış olmadıkça, bu senetlerin Türkiye'de resmi senet olarak kabulü mümkün değildir. Türk Konsolos veya siyasi memurları tarafından onaylanmamış olması, o senedin geçerliliğini hiç bir zaman etkilemez. Sadece isbat kuvvetine etkili olur. Resmi senet olarak nitelendirilemez. Resmi senedin sağladığı, ispat imkânlarından yoksun olur (HUMK.m. 296 ve Noterlik Kanunu m. 195), www.neohukuk.net (erişim tarihi. 12.12.2012).

Y 12 HD, 30.10.2012 T, 2012/12007 E, 2012/30549 K: "Yabancı bir ülkede o ülkenin noteri tarafından kendiliğinden düzenlenmiş olan noter senedi, düzenlendiği ülkenin resmi makamınca verilen ve Yabancı Resmi Belgelerin Tasdiki Mecburiyetinin Kaldırılması Hakkındaki Milletlerarası Sözleşme'nin öngördüğü hususları (m. 2-3) konu alan onay şerhini taşıyorsa kayıtsız şartsız bir para borcu ikrarını içermesi kaydıyla, ayrıca bir tenfiz kararı alınmasına gerek olmaksızın Türkiye'de doğrudan doğruya icra edilebilecek, ilamlı icra takibinin konusunu oluşturabilecektir. Şayet noter senedi onaylama biçiminde ise, bu noter senedine dayanılarak ancak ilamsız icra takibi yapılabilir. Somut olayda ilamlı icra takibinin dayanağını oluşturan belge, "Borç senedi ve ödeme taahhüdü" başlıklı, borçlu H. Y.'ın alacaklı O. R. B.'e 2.000.000 TL borcun olduğunu ve borcun

cc- Resmi Makam ve Mercilerce Düzenlenen Diğer Belgeler

Bazı durumlarda tarafların bizzat içinde yer almadıkları ancak uyuşmazlık konusu vakıayı ispata yarayan resmi belge, kayıt veya tutanaklar da karşımıza çıkabilir. Bu belge ve kayıtların da resmi belge olarak kabul edilmesi ve resmi belge olarak ispat gücünün olduğunun söylenmesi gerekir. Yargıtay da bir kararında konuya ilişkin görüşünü açıkça belirtmiştir. Bir trafik kazasının söz konusu olduğu kararda Yargıtay, sadece kazaya ilişkin polisin tuttuğu tutanağa dayanılmadan ve bu tutanağın nasıl tutulduğu araştırılmadan tüm deliller değerlendirilirken tutanağın resmi belge olduğunun göz ardı edilmemesi gerektiğini ifade etmiştir¹⁵¹. Görüldüğü gibi Yargıtay, trafik kaza tespit tutanağını da TMK m. 7 anlamında resmi senet saymaktadır. TMK m. 7’de, “resmi sicil ve senetler, belgeledikleri olguların doğruluğuna kanıt oluştururlar” hükmü yer almaktadır. Trafik kaza tespit tutanağını kimin düzenleyeceği, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'na dayanılarak çıkarılmış bulunan Karayolları Trafik Yönetmeliği'nin, "Trafik Kazalarına El Konulması" başlıklı 154. maddesinde belirtilmiştir. Maddeye göre, trafik kazalarına adli yönden gereği yapılmak üzere mahalli genel zabıtaca, kaza nedenlerini iz ve delillerini belirleyecek “kaza tespit tutanağı” düzenlemek üzere de trafik zabıtasınca (polis ve jandarma) el konulur. Görüldüğü gibi trafik

01.07.2010-01.07.2015 tarihleri arasında hangi miktar ve tarihlerde geri ödeneceğini gösteren bir belge olup, bu belgenin altındaki imzaların H. Y. ile alacaklı vekili E. G.'e ait olduğuna ve noter huzurunda imzalandığına ilişkin 30.06.2009 tarihli Helsinki Noterliği'nin onayının bulunduğu, anılan belgenin Fince ve İngilizce aslından Türkçe'ye çevirisinin aslına uygun olduğunun metne şamil olmamak üzere Helsinki Türk Büyükelçiliği'nce 08.03.2012 tarihinde onaylandığı anlaşılmaktadır.

Anılan belge, yukarıda belirtilen ilkeler uyarınca re'sen tanzim edilmiş noter senedi niteliğinde olmadığı gibi, HMK'nun 224. maddesi uyarınca yabancı devletin yetkili makamı veya Türk konsolosluk makamı tarafından onaylanmış değildir. Bu niteliği itibarıyla söz konusu belge İİK'nun 38. maddesinde sayılan ilam niteliğindeki belge sayılamaz ve bu belge ile ilamlı icra takibi yapılamaz.

¹⁵¹ Y 11 HD, 13.03.2006 T, 2006/2754E, 2006/2592 K, www.kazanci.com.tr (erişim tarihi: 19.12.2012).

kaza tespit tutanağını tutmak görevi polis veya jandarmaya aittir. Bu yönetmeliğe göre tutulacak tutanak TMK m. 7 anlamında resmi senet sayılır.

B- AMAÇLARINA GÖRE ŞEKİL

1- GEÇERLİLİK ŞEKLİ

a- Genel Olarak

Borçlar Kanunu ve diğer temel kanunlarla getirilen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. TBK m. 12/II’de, kanunun öngördüğü şekillerin aksi belirtilmedikçe geçerlilik şekli olarak anlaşılması gereklidir denmektedir.

Geçerlilik şekli, hukuki işlemin geçerlilik unsurudur. Bu geçerlilik unsuruna uymadan taraflar iradelerini ortaya koyarlarsa hukuki işlem geçersiz olur.

Geçerlilik şekli, kanun tarafından düzenlenmiş olabileceği gibi hukuki işlemin taraflarınca da öngörülmüş olabilir. Bunlar yasal geçerlilik şekli ve iradi geçerlilik şekli olarak ifade edilir.

b- Yasal Geçerlilik Şekli

Kanunda öngörülen geçerlilik şekline, yasal geçerlilik şekli denir. TBK m. 12/II’de de belirtildiği üzere aksi belirtilmemişse, kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Burada belirtilmesi gereken önemli bir nokta, TBK’da yer alan “kanun” kelimesinden kastedilenin, maddi hukuk kurallarını düzenleyen kanun olduğudur¹⁵². Usul kanunlarıyla getirilen kurallar, geçerlilik şeklini değil ispat kurallarını düzenler¹⁵³.

¹⁵² ANTALYA, Borçlar, s. 325.

¹⁵³ ANTALYA, Borçlar, s. 325.

TBK m. 12/II'den anlaşılması gereken, kanunda öngörülen şekle uyulmadan kurulan sözleşmelerin hüküm doğurmayacağıdır. Diğer bir ifadeyle burada belirtilen şekle uyulmadan yapılan sözleşmeler kesin hükümsüzdür.

c- İradi Geçerlilik Şekli

Şeklin kanunda belirtilmeden taraflarca kararlaştırılması durumunda ortada bir “iradi geçerlilik şekli” vardır. Buna doktrinde “isteğe bağlı şekil” denebileceği de belirtilmiştir¹⁵⁴. Taraflar, şekli istedikleri gibi belirleyebilirler. Ne var ki onların kararlaştırdığı şeklin içeriğine ilişkin bir ayrıntı bulunmuyorsa (örneğin sadece yazılı şekilde işlemin yapılması kararlaştırılmış veya resmi şekle uyulacağı belirtilmişse), kanunun yasal şekil bakımından düzenlemesini yaptığı şartlara uyulması gerekecektir¹⁵⁵. Örneğin, kanunda yapılmak istenen işlem için nitelikli adi yazılı şekil öngörülen bir durumda, taraflarca resmi şekil kararlaştırılarak işlemin geçerli olması sağlanamaz. Zira resmi şekil diğerine göre görece daha hafif bir şekil çeşididir.

Taraflar şeklin geçerlilik şekli olacağını kararlaştırabilecekleri gibi, ispat şartı olmasını da kararlaştırabilirler. Ne var ki; taraflar şekle tabi olmayan bir hukuki işlemin şekle bağlı olarak yapılmasına karar vermişlerse, burada “geçerlilik şekli”ni istedikleri sonucu çıkarılır. Bu yargıya TBK m. 17/I'in metnine bakılarak kolayca varılabilir. Maddede tarafların, kanunda şekle bağlanmamış bir sözleşmeyi belirli bir şekilde yapmaya karar vermeleri durumunda, tarafların sözleşmeyi belirlenen şekilde yapmamaları halinde, tarafların sözleşmeyle bağlı olmayacakları düzenlemesi getirilmiştir. Diğer bir ifadeyle taraflar, anlaştıkları şekil şartına uymadan sözleşmeyi yaparlarsa, o sözleşmeyle bağlı olmak

¹⁵⁴ HATEMİ/GÖKYAYLA, §5, 24.

¹⁵⁵ OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 168; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 134, KAPANCI, s. 409.

istemedikleri sonucu çıkarılır¹⁵⁶. Bu durumda kararlaştırılan şekle uyulmadığından sözleşme hiç kurulmamıştır ya da şekil gerçekleşmedikçe sözleşme hüküm ifade etmez¹⁵⁷. Bununla beraber tarafların şekle ilişkin anlaşmalarının ispat şekli olması durumunda TBK m. 17/I hükmünü uygulamak mümkün olmaz¹⁵⁸. Burada bu durumu ispatlamak, bunu iddia edene düşmektedir¹⁵⁹.

TBK m. 17’de iradi şekille ilgili iki duruma değinilmiştir. Bunlardan ilki, TBK m. 17/I’de düzenlenen taraflarca kararlaştırılan şeklin aksi anlaşılmadıkça, bir ispat şekli değil bir geçerlilik şekli olduğuna ilişkindir. Buradaki şekle uyulmamasının sonucu kesin hükümsüzlüktür¹⁶⁰.

TBK m. 17’de belirtilen diğer bir durum ise, tarafların sözleşmenin şekle tabi olduğunu kararlaştırmaları ancak şeklin çeşidini belirlememiş olmaları durumunda, kastettikleri şeklin adi yazılı şekil olduğudur (TBK m. 17/II).

Tarafların kanunda belirtilmeyen ancak kendilerinin getirmek istedikleri şekli ne zaman getirecekleri sorusuna cevap aradığımıza, tarafların iradi şekli en geç sözleşmenin kurulduğu anda, sözleşme ile kararlaştırmalarının gerekli olduğu sonucuna varılmaktadır¹⁶¹. Tarafların sözleşme kurulduktan sonra, kurulan sözleşmeyi bir şekle bağlamaları durumunda TBK m. 17/I uygulanmaz¹⁶². Sözleşme kurulduktan sonra yapılan şekil anlaşması bir ispat belgesi sağlamaya yöneliktir. Bununla beraber sözleşme kurulduktan sonra yapılan şekil

¹⁵⁶ OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 162; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 134, 135; ANTALYA, Borçlar, s. 326; TEKİNAY, SELAHATTİN SULHİ: Borçlar Hukuku, İstanbul 1974, s. 181.

¹⁵⁷ OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 162.

¹⁵⁸ OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 162.

¹⁵⁹ OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 162.

¹⁶⁰ Buradaki kesin hükümsüzlük kanundan doğmadığından TBK m. 27’de yer alan kesin hükümsüzlükten farklı olarak taraflar şekil zorunluluğunu ortadan kaldırabilirler veya değiştirebilirler (ANTALYA, Borçlar, s. 326).

¹⁶¹ ANTALYA, Borçlar, s. 326.

¹⁶² OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 162.

anlaşması kurulmuş olan sözleşmeyi şekil şartı yerine getirilinceye kadar askıya almaya yönelik bir değişiklik anlaşması niteliğindedir¹⁶³. Tarafların iradi şekil şartını kararlaştıracakları sözleşmenin şekle tabi olmadığını çünkü adı geçen sözleşmenin kanunda belirlenmemiş olduğunu söylemek mümkündür¹⁶⁴. Taraflar iradi şekli sözlü, faks metni veya e-mail şeklinde de kararlaştırabilirler¹⁶⁵.

2- İSPAT ŞEKLİ

a- Genel Olarak

Hukuki işlemin geçerliliği ile ilgili olmayan, sadece tarafların (veya üçüncü kişinin) işlemi ispat etmesine hizmet eden şekle ispat şekli denir. Bazı durumlarda yasa koyucu bir hukuki işlemin yapılması konusunda çeşitli şartlar öngörmekle birlikte bu şartlar işlemin geçerliliğini etkilemiyorsa ve sadece işlemin ileride ispatını kolaylaştırmak için getirilmiş düzenlemelerse bu defa karşımıza “ispat şekli” kavramı çıkmaktadır¹⁶⁶. Diğer bir ifadeyle şekil, hukuki işlemin ispatını kolaylaştırmak veya mümkün kılmak amacını taşıyorsa, ortada bir ispat şekli vardır¹⁶⁷. İspat şekli yargılamayı basitleştirerek yargılama sürecinin daha güvenli bir şekilde gerçekleşmesini sağlamaktadır¹⁶⁸. Ayrıca yazılı şekilde hazırlanmış belge, hakların temin edilmesinde de daha etkilidir ve bir kişinin böyle yazılı bir belgeyi inkâr etmesi daha zordur¹⁶⁹.

¹⁶³ OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 162.

¹⁶⁴ ANTALYA, Borçlar, s. 326.

¹⁶⁵ ANTALYA, Borçlar, s. 326.

¹⁶⁶ Ayrıntılı tanım için bkz. ÖZTÜRK, s. 142.

¹⁶⁷ TUĞ, s. 32; KAPANCI, s. 409.

¹⁶⁸ TUĞ, s. 30; BERKİN, Yazılı Şekil, s. 1184; KARSLI,

¹⁶⁹ TUĞ, s. 30; BERKİN, Yazılı Şekil, s. 1184; KAPANCI, s. 410; GÖKSU, MUSTAFA: “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Senetle İspat Kuralları ve Bunların İstisnaları”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, S.1(1), Ankara 2011, s. 54.

İspat şekli kanundan doğabileceği gibi taraflarca kararlaştırılarak da getirilebilir. Kanunla getirilen ispat şartına kanuni ispat şartı, taraflarca kararlaştırılan ispat şartına ise iradi ispat şartı denir.

İspat şartı, maddi hukukun değil usul hukukunun konusu olması sebebiyle TBK veya diğer maddi hukuk kurallarını içeren kanunlarda düzenlenmemiştir. İspat şekline ilişkin esaslar, usul hukuku kuralları arasında yer alır. İspat şeklinin usul hukukunun konusu olması sebebiyle, ispat şekline uyulmadan yapılan işlemler geçerlidir¹⁷⁰. Çünkü usul hukukunun ispat şekline ilişkin getirmiş olduğu kurallar, maddi hukukun şekil kurallarından tamamen bağımsızdır¹⁷¹.

İspat şekli, Medeni Yargılama Hukuku’nu düzenleyen Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda düzenlenmiştir. HMK’nın 200. maddesinde, “bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri ikibinbeşyüz Türk Lirasını geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir” hükmü yer almaktadır¹⁷². Maddenin devamında, bu hukuki işlemlerin miktar veya değeri ödeme veya borçtan kurtarma gibi bir nedenle ikibinbeşyüz Türk Lirası’ndan aşağı düşse bile senetsiz ispat olunamayacağı da ifade edilmiştir. Bununla beraber HMK m. 201’de de, senede karşı senetle ispat zorunluluğu düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, senede bağlı olan her çeşit iddiaya karşı defî olarak ileri sürülen ve senedin hüküm ve kuvvetini ortadan kaldıracak veya azaltacak nitelikte

¹⁷⁰ TUĞ, s. 32; KARSILI, Medeni Muhakeme, s. 498; NOMER, s. 82.

¹⁷¹ ANTALYA, Borçlar, s. 326-327.

¹⁷² Ayrıntılı bilgi için bkz. PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 486; KURU BAKI/ ARSLAN, RAMAZAN/ YILMAZ, EJDER: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2013, s. 404, KARSILI, Medeni Muhakeme, s. 490; NOMER, s. 82; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 43; EREN, s. 243; ALTAŞ, s. 73, TEKİNAY, Borçlar, s. 184.

bulunan hukuki işlemler ikibinbeşyüz Türk Lirası'ndan az bir miktarda olsa bile tanıkla ispat olunamaz.

Doktrinde, HMK ile getirilen bu düzenlemenin, TBK ile getirilmiş olan şekil serbestisini önemli ölçüde sınırlamış olduğu ve bu nedenle HMK ile TBK arasında bu konu bakımından bir ahenk olduğunu söylemenin mümkün olmadığını belirten görüşler mevcuttur¹⁷³.

Hukuki işlem yapılırken, yukarıda belirtilen ispat şartına uyulmasa da, işlem geçerli olarak doğar. Diğer bir ifadeyle, ispat şekline aykırılık maddi hukuk anlamında işlemin geçerliliğini etkiler nitelikte değildir. Ancak, ispat şekline uyulmadan yapılan işlem geçerli olsa da, ispat şekli, çoğu kez usul hukuku çerçevesinde işlemin yasal organlar önünde ispatı için çeşitli sınırlamalar getirmekte ve bu sınırlamalara aykırı şekilde ispatı imkânsız kılmaktadır¹⁷⁴.

Her ne kadar ispat şartı ve geçerlilik şartı nitelik ve getiriliş amacı olarak birbirinden farklı olsalar da, uygulama bakımından aralarında büyük bir fark olmadığını söylemek yerinde olur¹⁷⁵. Çünkü geçerlilik şeklinde, işlemin ispatı için herhangi bir düzenleme olmasa da, ispatı mümkün olmayan hakkın değerinden çok şey kaybedeceği¹⁷⁶ ve pratikte bir öneminin kalmayacağı açıktır.

¹⁷³ TUNÇOMAĞ, s. 220; FEYZİOĞLU, C. I, s. 306; TUĞ, s. 30; KAPANCI, s. 410.

¹⁷⁴ ÖZTÜRK, s. 142.

¹⁷⁵ TUĞ, s. 30.

¹⁷⁶ TUĞ, s. 30.

b- İspat Şekli Olarak Yazılı Şekilde Senet Kavramı

aa- Senet Kavramı ve Tanımı

Senet, usul hukukunda önemli bir yer tutmaktadır. Çünkü yargılama denilince ispat akla gelir. İspat denilince de deliller ve delil dendiği zaman da senet akla gelmektedir¹⁷⁷. Senet diğer kesin deliller arasından da sıyrılır çünkü diğer kesin deliller ispat yükünü yerine getirmek durumunda olan tarafın doğrudan iradesi ve inisiyatifi altında ortaya çıkan deliller değildir¹⁷⁸. Oysa senet, kesin delillerden en önemlisi ve uygulamada da büyük çoğunlukla karşımıza çıkan ispat aracıdır. BERKİN'in yerinde ifadesiyle “senet yazılı şeklin adeta hukuki sembolüdür”¹⁷⁹.

Senet, yargılama hukuku bakımından en çok ‘senetle ispat kuralı’ çerçevesinde karşımıza çıkar. İspatlanamayan bir hak, hukuken var olsa da, senedin dayandığı dava reddedileceğinden sahip olunan hakkın bir anlamı kalmayacaktır. Hak ancak hakimi ikna edebilecek delillerin ortaya konmasıyla bir değer kazanır¹⁸⁰.

Bir hukuki işlemin özellikle sözleşmelerin geçerli olması için kural olarak yazılı şekilde yapılması şart değildir. Bununla birlikte, usul hukukunda kesin delille ispatı gereken bir hukuki işlemin mutlaka resmi senet biçiminde düzenlenmiş olması da gerekmez. Ne var ki hukuki işlemin varlığını ispatlamak için senet düzenlenebilir. Eğer söz konusu hukuki işlemin ispatı için senet düzenlenmemişse hukuki işlemin geçerliliği etkilenmez ancak işlemin varlığını ispat etmek zorlaşır.

¹⁷⁷ **KARSLI**, Medeni Muhakeme, s. 583, **BERKİN**, Yazılı Şekil, s. 1181; **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s. 372; **POSTACIOĞLU**, Usul, s. 596; **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s. 723; **KARSLI**, Medeni Muhakeme, s. 574.

¹⁷⁸ **KARSLI**, Medeni Muhakeme, s. 574.

¹⁷⁹ **BERKİN**, Yazılı Şekil, s. 1181.

¹⁸⁰ **KARSLI**, Medeni Muhakeme, s. 574.

Bununla beraber yapılması şekle tabi olan bir hukuki işlem varsa, bu işlem kanunda belirtilen şekilde yapılmamışsa geçerli olmaz. Böyle bir hukuki işlemin varlığı senet dışındaki diğer kesin deliller (ikrar ve yemin) ve takdiri delillerle de ispat edilemez. Buradan çıkarılan sonuç, senedin hukuki işlem yapılırken ispat şartı veya geçerlilik şartı olarak iki farklı öneme sahip olduğudur.

Senet, usul hukukundaki en güvenilir delildir demek yanlış olmaz¹⁸¹. İspat hukuku bakımından en önemli ispat aracı senettir¹⁸² ve senet yüksek bir ispat değerine sahiptir¹⁸³. Bunun nedenlerinden ilki, senet delilinin diğer delillere nazaran daha emin, doğru ve objektif nitelikli olmasıdır¹⁸⁴. Bir başka açıdan bakıldığında ise, senet, uyuşmazlıkları önlemekte ve bu sayede mahkemelerin işlerini de azaltmakta ve işlemlerde güvenliği sağlamaktadır. Çünkü hakkını senede bağlamış olan kimse elinde bulundurduğu senedine ve dolayısıyla subjektif hakkına güvenebilir. Bu güvenlik, karşı taraf senedi inkâr etmedikçe senedin hakkın gerçekliğinin kesin delili olmasından ileri gelir¹⁸⁵.

Hukumumuzda kesin delille ispatı gereken hukuki işlemlerin uygulama alanı çok geniştir¹⁸⁶. Kesin delil ile ispat zorunluluğu olan hallerde, senet dışındaki diğer kesin delillerle de ispat mümkün olsa bile, ikrar ve yemin karşı tarafın iradesine bağlı olduğundan, kesin hüküm delili ise, genellikle başka kesin delillere dayandığından, Türk Hukuku'nda senet en önemli kesin delildir¹⁸⁷.

¹⁸¹ **SCHREIBER**, KLAUS: Die Urkunde im Zivilprozess, Berlin 1982, s. 209; **NART**, SERDAR: “Alman ve Türk Hukuku’nda Senetle İspat”, DEÜHFD C. 9, S. 1, 2007 İzmir, s. 207.

¹⁸² **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s. 373; **NART**, s. 207.

¹⁸³ **DELİDUMAN**, Senetler ve Yazılı Şekil, s. 419.

¹⁸⁴ **DELİDUMAN**, Senetler ve Yazılı Şekil, s. 419, **POSTACIOĞLU**, Usul, s. 597.

¹⁸⁵ **BERKİN**, Senetle İspat, s. 805.

¹⁸⁶ **BİLGE**, NECİP/ÖNEN, ERGUN: Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1978, s. 553.

¹⁸⁷ **ÖNEN**, ERGUN: Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1979, s. 240.

Medeni Usul Hukuku'nun yanı sıra, senet, İcra ve İflas Hukuku'nda da çok büyük bir öneme sahiptir. İcra Hukuku'nda belirli nitelikleri olan senetler itirazın kaldırılması, icranın geri bırakılması, takibin iptali ve ertelenmesine yarar.

Medeni Usul Hukuku bakımından senedin genel bir tanımının yapıldığı söylenemez. Gerek, 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ya da HMK'dan önce yürürlükte olan 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda senet kavramının tanımı yapılmış değildir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun hükümet gerekçesinde, belgenin tanımının yapılmasına karşılık senedin tanımlanmasından özel olarak kaçınıldığı belirtilmiştir¹⁸⁸. Bunun nedeni olarak da, senedin öteden beri kanunda yer alması ve senet hakkında doktrinde ve yargı uygulamasında ciddi bir tereddütün mevcut olmaması gösterilmiştir¹⁸⁹. Doktrinde ayrıca senedin tanımlanmamasının nedeni olarak, senedin kesin delil oluşu gösterilmiştir. Buna göre, tanımla ortaya çıkacak tartışmaların önüne geçmek olarak ifade edilmiştir¹⁹⁰. Bununla beraber hükümet gerekçesinde senedin kesin delil olarak kabulü sebebiyle, yapılacak bir tanımın bazı sınırlamalar içereceğinden dolayı ortaya çıkacak gelişmelere engel olmamak bakımından tanımın yapılmadığı ifade edilmiştir¹⁹¹.

Senet kavramı, genel (geniş) ve dar (hukuki) anlamda olmak üzere iki türlü tanımlanıp incelenebilir¹⁹². Burada konumuza uygun olan hukuki anlamda senedin tanımıdır. Yukarıda da belirtildiği üzere, gerek HUMK gerekse yeni kanun olan HMK'da senedin tanımı

¹⁸⁸ <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0574.pdf> (erişim tarihi: 05.08.2014).

¹⁸⁹ <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0574.pdf> (erişim tarihi: 05.08.2014).

¹⁹⁰ KILIÇOĞLU, Hukuk Muhakemeleri, s. 953.

¹⁹¹ <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0574.pdf> (erişim tarihi: 05.08.2014).

¹⁹² HELWIG, KONRAD: System des Deutschen Zivilprozessrecht, Aalen 1968, s. 691; BERKİN, Senetler, s. 9; BERKİN, Yazılı Şekil, s. 1175.

yapılmamış olduğundan, bu tanımı yapmak doktrine düşmüştür¹⁹³. Doktrinde de senedin farklı şekillerde tanımları yapılmıştır.

Senet, bir şahsın kendisi aleyhine delil teşkil etmek üzere düzenleyip verdiği belgedir¹⁹⁴. Daha geniş bir anlatımla bir kimse tarafından kendi aleyhine bir vakıanın ileriki delilini teşkil etmek üzere kendisinin yazdığı ya da başkasına yazdırıp imza ettiği ve hasmına verdiği belge olarak ifade edilebilir¹⁹⁵. Yazılı şey anlamında gelen senet, aynı zamanda dayanak ve bir hakkı ispata yarayan belge anlamına gelmektedir¹⁹⁶. Başka bir tanıma göre ise, iradenin (daha doğrusu iradeye ilişkin beyanın) dış aleme bir yazılı belge olarak yansımaya senet denir¹⁹⁷. Daha hukuki olarak bakıldığında ise, senet, bir kimsenin kendi aleyhine hazırladığı veya böyle bir sonuç doğuran belge olarak tanımlanabilir¹⁹⁸. Konuşma dilinde ise, senet kelimesi, kendi kendine bir şeyi ispat edebilen yazılı belge anlamına gelmektedir¹⁹⁹.

Almanca’da senet karşılığı olarak “Urkunde” kelimesi kullanılmaktadır. Bu kelime, “ur” ve “kunde” kelimelerinin bir araya gelmesinden meydana gelmiştir. “Kunde” kelimesi, haber, malumat, bir şeyi ifade etmek anlamındadır. başına gelen “ur” eki ise önceden olma durumunu ve uzaklığı ifade eder. Buradan anladığımız kadarıyla “Urkunde” kelimesi, önceden olmuş bir şey veya olay hakkında bilgi verme veya o olayı haber verme anlamındadır²⁰⁰.

¹⁹³ **DELİDUMAN**, Senetler ve Yazılı Şekil, s. 413.

¹⁹⁴ **POSTACIOĞLU**, Usul, s. 597; **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s. 372; **KARSLI**, Medeni Muhakeme, s. 574.

¹⁹⁵ **YAVAŞ**, s. 114.

¹⁹⁶ **BELGESAY**, MUSTAFA REŞİT: “Yazılı Deliller”, Adalet Ceridesi, Ankara 1943, s. 333; **BERKİN**, Yazılı Şekil, s. 1174.

¹⁹⁷ **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s. 726.

¹⁹⁸ **POSTACIOĞLU**, Usul, s. 597; **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s. 726; **YAVAŞ**, s. 114.; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 101.

¹⁹⁹ **BERKİN**, Senetler, s. 7.

²⁰⁰ **GÖTZ**, DIETER/HAENSCH, GÜNTHER/ **WELLMANN**, HANS: Langenscheid Grosswörterbuch Deutsch als Fremdsprache, Berlin-München-New York 1997, s. 1030, **DELİDUMAN**, Senetler ve Yazılı Şekil, s. 413.

Bu tanımlardan hareketle, senetteki beyanın mutlaka senedi düzenleyen aleyhine delil oluşturma amacıyla yapılmasının gerekli olmadığını belirtmek gerekir²⁰¹. Her ne kadar değişik tanımlarda mutlaka senedi oluşturan kişi aleyhine delil oluşturma amacının olması gerektiği belirtilmiş olsa da, senedi düzenleyen kişinin bu niyette olması şart değildir. Yani, senedi meydana getirenin onu kendi aleyhine delil oluşturmak iradesiyle meydana getirmiş olması şart değildir²⁰². Önemli olan senedi düzenleyen kimsenin, belgenin kendisinden çıktığını gösteren bir imzasının bulunuyor olmasıdır²⁰³. Bu belge tamamen tesadüfen de düzenlenmiş olabilir. Buna örnek olarak bir senet bulunması gereken unsurları içeren bir mektubun da başlangıçta senet olarak düşünülmesine de, yargılamada senet sayılabileceği verilebilir²⁰⁴. Bununla beraber senet metni, yabancı dilde, hatta şifre ile yazılmış dahi olabilir. Yazının belli bir şekilde belli bir malzemeye yazılması da gerekmez²⁰⁵. Fotokopi, yazı olmadığından senet sayılmaz²⁰⁶. Bununla beraber, aleyhine ibraz edilen taraf fotokopinin ve altındaki imzanın doğru (kendisine ait) olduğunu kabul ederse fotokopi o durumda senet sayılır²⁰⁷. Aynı şekilde, karbon kağıdı aracılığıyla atılmış imza da geçerli değildir²⁰⁸.

bb- Senedin Unsurları

Senedin tanımı gibi, senedin unsurları da, HMK’da belirtilmemiştir. Bununla beraber doktrinde, senette bulunması gerekli olan belli başlı unsurlar sıralanmış ve açıklanmıştır. Bunlar maddi ve manevi unsurlar olarak adlandırılmıştır.

²⁰¹ POSTACIOĞLU, Usul, s. 597; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 727.

²⁰² YAVAŞ, s. 114.

²⁰³ YAVAŞ, s. 114; POSTACIOĞLU, Usul, s. 601.

²⁰⁴ POSTACIOĞLU, Usul, s. 612; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 724.

²⁰⁵ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 724.

²⁰⁶ POSTACIOĞLU, Usul, s. 597; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 724.

²⁰⁷ DELİDUMAN, Senetler ve Yazılı Şekil, s. 417.

²⁰⁸ DELİDUMAN, Senetler ve Yazılı Şekil, s. 417.

- Maddi Unsur: Senet sayılan belge dış dünyaya yansıyacak şekilde varlık kazanmış olmalıdır²⁰⁹. Buradan anlaşılması gereken, belgenin bir cisim bulmasının gerekli olduğudur. Senedin varlık kazanmasının istenmesinin temel nedeni, senedi meydana getiren düşüncenin geçmişten bugüne algılanmasını sağlamak ve bunun da bir nesne üzerinden görünmesi imkanını tanımaktır²¹⁰. Çalışmanın daha önceki bölümlerinde de açıklandığı üzere, senet bir kağıt veya başka bir cisim üzerinde yazılarak meydana getirilebilir²¹¹.

Senedin yazılı olması gerekir. Burada yazılılık şartının aranmasındaki amaç, senedin kolaylıkla anlaşılabilir olması ve dış aleme yansımasıdır²¹². Bunun yanı sıra yazılılık senedin içeriğinin sürekli hale gelmesini sağlamak fonksiyonuna da sahiptir.

- Manevi Unsur: Senet bir irade beyanını içermelidir. Zaten irade beyanı, senedin meydana gelmesine sebep olan unsurdur. Gerek senedin cismani olarak varlığı, gerekse yazılılık unsuru senedi meydana getiren kişinin irade beyanını anlaşılır kılmak için aranmaktadır²¹³. Medeni Usul Hukuku'nda bir senedin kullanılabilmesi için, onun objektif olarak anlaşılabilir bir içerikte olması gerekir²¹⁴. Buradaki ölçü objektif olarak anlaşılabilirdir²¹⁵. Senetteki irade beyanı, yeterli açıklama içermiyorsa, o belgenin senet kabul edilmesi mümkün değildir. Ancak diğer şartları taşıyorsa delil başlangıcı sayılabilir²¹⁶. Doktrinde,

²⁰⁹ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 724; KAPANCI, s. 415; DELİDUMAN, Senetler ve Yazılı Şekil, s. 417.

²¹⁰ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 725.

²¹¹ Senedin mutlaka kendi aleyhine delil olarak kullanılacak kişinin el yazısıyla yazılmış olmasına gerek yoktur, sadece onun imzasını taşıması yeterlidir (DELİDUMAN, Senetler ve Yazılı Şekil, s. 417).

²¹² PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 725.

²¹³ POSTACIOĞLU, Usul, s. 597; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 725; BERKİN, Senetler, s. 1177.

²¹⁴ DELİDUMAN, Senetler ve Yazılı Şekil, s. 418.

²¹⁵ DELİDUMAN, Senetler ve Yazılı Şekil, s. 418.

²¹⁶ POSTACIOĞLU, Usul, s. 612; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 725.

yazılı irade beyanının mahkemece anlaşılabilir olmasını arayan bazı yazarlar vardır²¹⁷. Bununla birlikte, buna gerek olmadığını ifade eden yazarlar da mevcuttur. Bu görüşe göre, objektif olarak anlaşılabilir olan bir belge mahkeme için de anlaşılabilir niteliktedir²¹⁸. Bu doğrultuda, senedin içeriği objektif olarak anlaşılabilir olduktan sonra onun yabancı bir dilde yazılmış olması da onun senet olarak kabul edilmesine engel değildir. Diğer bir ifadeyle senet herhangi bir dilde yazılabilir²¹⁹.

- Senetteki diğer bir unsur ise imzadır. Diğer bir ifadeyle bir belgenin senet kabul edilebilmesi için onu vücuda getirenin imzasını taşıması gereklidir²²⁰. İmza ile senet metninin kime ait olduğu anlaşılır. Zira ancak imza ile senedi düzenleyen kişi somut olarak tanınabilir²²¹. İmzaya ilişkin detaylı açıklamalar çalışmanın “imza” başlıklı bölümünde ele alınmıştır. Senet bakımından imzanın önemi, imza atan kişinin hukuki işlemin kendisi açısından bağlayıcı olduğunu bilmesi ve kabul etmesine yaramasıdır. Yargıtay da konuya ilişkin bir kararında, “...HUMK’un 287 ve sonraki maddeleri hükümlerinin birlikte incelenmesinden çıkan sonuca ve olayda uygulanması mümkün olan BK’nın 13. maddesine nazaran, senet, borçlu tarafından imza edilmiş veya mühürlenmiş ya da parmak izi ile işaretlenmiş olmak gerekir, bir belgede imza, mühür veya işaret bulunmazsa o belgenin senet niteliği yoktur. Belgedeki yazı kısmının borçlunun el yazısı ile hazırlanmış ve yazılmış

²¹⁷ **BLOMEYER**, A: Zivilprozessrecht-Erkennissverfahren, Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1963, s. 383.

²¹⁸ **DELİDUMAN**, Senetler ve Yazılı Şekil, s. 418.

²¹⁹ **DELİDUMAN**, Senetler ve Yazılı Şekil, s. 419; **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s. 725.

²²⁰ **HÖFER**, GERHARD/HUHN, DIETER: Beurkundungsgesetz und Ergänzende Vorschriften, Athanaeum 1972, s. 137.

²²¹ **DELİDUMAN**, Senetler ve Yazılı Şekil, s. 416.

olması halinde de bu belge senet olarak hüküm ifade etmesi için borçlu tarafından imzalanmış olmalıdır” şeklinde görüş bildirmiştir²²².

cc- Senedin Unsurlarında Eksiklik

Medeni Usul Hukuku bakımından, yukarıda sayılan unsurlardan bir veya bir kaçının eksik olması, belgenin senet vasfı kazanmasını engeller, bu durumda senet ancak delil başlangıcı sayılabilir.

Diğer bir ifadeyle, senette söz konusu unsurlarda herhangi bir eksiklik olması durumunda, yani senet; ispatı gereken hususta tam bir bilgi vermiyorsa ancak o hususa delalet ediyorsa ya da senedin altında imza yoksa ancak paraf veya senedin o kişiden çıkma olduğunu gösterecek bir el yazısı şeklinde düzenlenmişse senet sayılmaz ancak delil başlangıcı olarak değerlendirilebilir²²³.

c- İspat Şekli Olarak Yazılı Şekilde Belge Kavramı ve Tanımı

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun getirdiği en önemli yeniliklerden birisi, delil başlangıcı düzenlemesi ve bununla ilgili olarak kanuna “belge” kavramının getirilmiş olmasıdır. HMK’da, delil türleri bakımından HUMK’taki deliller genel olarak muhafaza edilmiş, bununla birlikte senet kavramı yanında senedi de içine alan daha geniş bir kavram olan belge kavramına yer verilmiştir²²⁴. Ayrıca HMK’da, “belge” ve “senet” terimleri, birbirinin yerine geçmemek üzere özenle kullanılmıştır²²⁵. Diğer bir ifadeyle HMK m. 199’da

²²² Y 15 HD, 05.05.1975 T, 1975/739 E, 1975/2404 K (YKD, S. 6, Ankara 1976, s. 872-874).

²²³ POSTACIOĞLU, Usul, s. 613; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 726.

²²⁴ KURU, BAKİ/ BUDAK, ALİ CEM: “Hukuk Muhakemeleri Kanununun Getirdiği Başlıca Yenilikler”, İBD, C. 85, S. 5, İstanbul 2011, s. 17.

²²⁵ KURU/BUDAK, s. 17.

belge kavramı, senet yerine kullanılmamıştır²²⁶. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun delil başlangıcını düzenleyen 202. maddesinin 1. fıkrası, eski kanun olan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun yazılı delil başlangıcını düzenleyen 292. maddesinin 1. fıkrasına benzer şekilde düzenlenmiş ancak, eski düzenlemede yer alan “tahriri” (yazılı) ifadesi yeni kanuna alınmamıştır. Bunun nedeni, delil başlangıcı olabilmenin şartının yazılı olmak değil, belge olmak kabul edilmesidir²²⁷.

HMK’da ilk kez belge kavramının yer alması nedeniyle, HMK m. 199’de belgenin tanımı yapılmıştır. Maddeye göre, uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları bu kanuna göre belgedir. Kanunda HUMK’tan farklı olarak senet ve belge sözcüklerinin bir arada kullanılması tercih edilmiştir.

Maddenin hükümet gerekçesinde, belgenin bir üst kavram olarak kabul edildiği ifade edilmiştir²²⁸. Gerekçede ayrıca, belge konusunda sınırlayıcı bir tanım yapmak yerine, belgenin ne olduğunu belirten bir çerçevenin çizildiği ifade edilmiştir. Diğer bir ifadeyle belgenin tanımı sınırlayıcı değil genişleyici bir özellik taşımaktadır²²⁹. Burada amaçlanan, belge kavramı nedeniyle doğabilecek tereddütlerin giderilmesi ve belge kavramıyla senet kavramının karıştırılmamasıdır²³⁰.

Belgenin tanımı yapılırken, Bilgi Edinme Hakkı Kanunu’nun üçüncü maddesinde yer alan belge tanımından da yararlanılmıştır. Bu maddeye göre belge; kurum ve kuruluşların

²²⁶ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 372.

²²⁷ GÖKSU, s. 58.

²²⁸ <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0574.pdf> (erişim tarihi: 05.08.2014).

²²⁹ KILIÇOĞLU, Hukuk Muhakemeleri, s. 953.

²³⁰ <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0574.pdf> (erişim tarihi: 05.08.2014).

sahip oldukları bu kanun kapsamındaki yazılı, basılı veya çoğaltılmış dosya, evrak, kitap, dergi, broşür, etüt, mektup, program, talimat, kroki, plan, film, fotoğraf, teyp ve video kaseti, harita, elektronik ortamda kaydedilen her türlü bilgi, haber ve veri taşıyıcılarını ifade eder.

Yukarıdaki tanımlardan anlaşılacağı üzere, belge kavramının iki unsuru vardır²³¹.

Bunlar:

- Belgenin bir bilgi taşıyıcısı olması
- Belgenin uyumsuzluk konusu vakıaları ispata elverişli bilgiler taşımasıdır.

Gerek Bilgi Edinme Kanunu'nun üçüncü maddesindeki tanımda gerekse hükümet gerekçesinde de belirtildiği üzere, belgenin tanımında “bilgi taşıyıcısı” olma unsuru önem taşımaktadır²³². Tanımdaki sayım örnekleyicidir²³³. Tüm belgeler bu tanımdakilerden ibaret değildir. Belge konusunda sınırlayıcı bir tanım yapmak yerine belgenin ne olduğunu belirten bir çerçeve çizilmiştir²³⁴. Kanunda sayılan bilgi taşıyıcıları farklı niteliklere sahip olanlardan en tipikleridir²³⁵. Mesela sadece yazılı veya basılı metinler değil, çizim, kroki gibi yazı dışındaki resim, plan vesaire belge olarak sayılmış, görüntüyü anlık ya da hareketli taşıma niteliğine sahip fotoğraf veya film de ayrıca belirtilmiştir. Görüntü ya da ses kayıtları bilgi taşımaya elverişli olduğu gibi, elektronik ortamdaki veriler de bilgi taşıyabilmektedir. Görüldüğü gibi farklı bilgi taşıyıcıları belirtmek suretiyle bu konudaki gelişmelere imkân tanıyacak bir tanımlama yapılmıştır. Diğer bir ifadeyle belgenin “bilgi taşıyıcısı” olma özelliği, gelişen hukuk karşısında sınırlandırılmasını engellemektedir²³⁶. Kanunda sayılmamış

²³¹ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 471; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.388.

²³² <http://www.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0574.pdf> (erişim tarihi: 05.08.2014).

²³³ GÖKSU, s. 59; DEDEAĞAÇ, ENDER: “6100 Sayılı HMK’da Belge ve Senetle İspat”, s. 1, www.enderdedeagac.blogspot.com (erişim tarihi: 25.04.2013).

²³⁴ KARSLI, Medeni Muhakeme, s. 594.

²³⁵ KARSLI, Medeni Muhakeme, s. 594.

²³⁶ KILIÇOĞLU, Hukuk Muhakemeleri, s. 953.

olan veya teknolojiye öngörülemez gelişmelerle ortaya çıkabilecek yeni araçların da belge kapsamına sokulması mümkün olabilecektir. Hükümet gerekçesinde de, değişik belge tiplerinin sayıldığıının üzerinde durularak, bu konudaki gelişmelere imkân tanındığı ifade edilmiştir²³⁷.

Belge ile senet arasındaki ilişki ele alındığında belge kavramının tanımdan da anlaşılacağı üzere senetten daha geniş anlaşılması gereklidir²³⁸. Dolayısıyla her senedin yazılı bir belge olduğu söylenebilir. Ancak aksi önerme geçerli olmaz, yani mevcut uyumsuzlıkla ilgili iradenin dış aleme yansımaları sağlayan herhangi bir bilgi taşıyıcısı belge olarak kabul edile- cektir, ancak her belge senet sayılamaz²³⁹.

Bir üst kavram olarak belge kavramına dahil olan şeylerin delil gücü, her bilgi taşıyıcısına göre değişiklik arz edebilir²⁴⁰. Örneğin, belge olarak senet bir kesin delil, delil başlangıcı olarak addedilen şey senetle ispat zorunluluğunun istisnası, bilirkişi raporu ise takdiri delil teşkil edebilir²⁴¹.

Kanunda belge kavramı, senet kavramının yerine kullanılmamıştır. Senet kavramı ve gücü aynen korunmuştur²⁴². Diğer bir ifadeyle “senetle ispat kuralları” “belge ile ispat kuralları” haline getirilmemiştir. Belgenin ispat gücü, onun senet olup olmamasına göre değişkenlik gösterir.

²³⁷ "Sadece yazılı ve basılı metinler değil, çizim, kroki gibi yazı dışındaki resim, plan vs de belge olarak sayılmış, ayrıca, görüntüyü anlık ya da hareketli taşıma niteliğine sahip fotoğraf veya film de ayrıca belirtilmiştir. Görüntü ya da ses kayıtları bilgi taşımaya elverişli olduğu gibi, elektronik ortamdaki veriler de bilgi taşıyabilmektedir. Görüldüğü üzere, farklı bilgi taşıyıcıları belirtilmek suretiyle bu konudaki gelişmelere imkan tanıyacak bir tanımlama yapılmıştır", <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0574.pdf> (erişim tarihi: 05.08.2014).

²³⁸ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 471; KAPANCI, s. 413.

²³⁹ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 471; KAPANCI, s. 413.

²⁴⁰ KİRAZ, TAYLAN ÖZGÜR: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Getirilen Yenilikler, Ankara 2012, s. 53.

²⁴¹ KİRAZ, s. 53.

²⁴² KARSLI, Medeni Muhakeme, s. 594.

d- Delil Başlangıcı ve Belgeyle İlişkisi

aa- Kanuni Düzenleme

Senetle ispatın şart olduğu bir durumda, elde senet bulunmuyorsa, varsa bir delil başlangıcına başvurulması mümkündür²⁴³. Yukarıdaki maddede sayılan elektronik ortamdaki veriler ve bilgi taşıyıcılarının belge sayılmaları ve uyumsuzluk konusu vakıaları ispata elverişli olmaları gerekir²⁴⁴. Bu durumda ise söz konusu belgelerin delil başlangıcı olarak kullanılması söz konusu olabilecektir. Delil başlangıcının varlığı halinde tanık dinlenebilir. “Senet” ve “belge” ayrımının uygulamaya ilişkin en önemi sonucu delil başlangıcı müessesesidir²⁴⁵. HMK m. 202/2’de delil başlangıcının tanımı yapılmıştır. Maddeye göre, delil başlangıcı, iddia konusu hukuki işlemin tamamen ispatına yeterli olmamakla birlikte, söz konusu hukuki işlemi muhtemel gösteren ve kendisine karşı ileri sürülen kimse veya temsilcisi tarafından verilmiş veya gönderilmiş belge olarak tanımlanmıştır. Buradan hareketle, HMK m. 199 çerçevesinde kabul edilebilecek her türlü belge “konusu hukuki işlemin tamamen ispatına yeterli olmamakla birlikte, söz konusu hukuki işlemi muhtemel gösterme” ve “kendisine karşı ileri sürülen kimse veya temsilcisi tarafından verilmiş veya gönderilmiş olma” kriterlerini bir arada sağladığı takdirde delil başlangıcı sayılabilecektir demek mümkün olmaktadır.

HMK m. 202’nin gerekçesinde, delil başlangıcına ilişkin olarak 1086 Sayılı HUMK m. 292²⁴⁶’nin esas alındığı ifade edilmiştir²⁴⁷. Madde şu şekildedir: “Senetle ispatı لازمگelen hususlarda tahriri bir mukaddime-i beyine mevcut olursa şahit istimai caizdir. Mukaddime-i beyine müddeabihhin tamamen sübutuna kafi olmamakla beraber bunun vukuuna delalet eden

²⁴³ **KONURALP**, HALUK: Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara 1999, s. 11; **GÖKSU**, s. 58; **KAPANCI**, s. 413.

²⁴⁴ **GÖKSU**, s. 59.

²⁴⁵ **KURU/BUDAK**, s. 17.

²⁴⁶ **KARAHACIOĞLU**, ALİ HAYDAR/**PARLAR**, AYNUR: İspat ve Deliller, Ankara 2012, s. 242.

ve aleyhine ibraz edilmiş olan taraf canibinden verilen evrak ve vesaihtir”. Maddenin ikinci fıkrasında yer alan “vukuuna delalet eden” ifadesi yerine, hem Türk uygulama ve öğretisinde hem de mukayeseli hukukta genellikle benimsenen anlayışa uygun olarak, “muhtemel gösteren” ifadesi kullanılmıştır. Öte yandan, haberleşmenin önemli bir türünü oluşturan faks mesajlarının delil değerini, delil başlangıcı olarak benimseyen içtihatlarla uyum sağlanması amacıyla, “verilmiş” sözcüğünün yanına “gönderilmiş” sözcüğünün de ilave edilmesi kabul edilmiştir. Böylece faks mesajı ve bu konudaki benzer yollarla göndermenin, bir belgenin verilip verilmemesi sayılmasına ilişkin tereddüt ve tartışmaların önüne geçebilecek, teknik araçlarla gönderilen belgeler de delil başlangıcı sayılabilecektir²⁴⁸.

HUMK m. 292 ve HMK m. 202 arasındaki en temel fark, bir belgenin delil başlangıcı sayılabilmesi için artık yazılılık şartının aranmamasıdır²⁴⁹. Örneğin borçlunun eliyle yazılmış ancak imzalanmamış mektup, makine ile yazılmış ve borçlunun eliyle adını ve soyadını taşıyan imzasız yazı, borçlunun mal beyannamesindeki yazdığı borçları ile ilgili yazı veya yazılı olmayan örneğin teyp bandındaki ses delil başlangıcı olarak kabul edilebilir²⁵⁰.

Elbette, bu şekilde tanımlanan bir belgenin delil değeri taşıması hukuka uygun yollardan elde edilmesine bağlıdır²⁵¹. Aynen ceza yargılamasında olduğu gibi, hukuk yargısında da, her türlü delilin hukuka uygun yollardan elde edilmesine dayalı delil sistemi benimsenmiştir. Anayasa’nın 38. maddesinin 7. fıkrasında yer alan bu ilke²⁵², HMK m. 189 (2) hükmünde de “hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan deliller, mahkeme tarafından bir

²⁴⁸ KARAHACIOĞLU/PARLAR, s. 242.

²⁴⁹ KARAHACIOĞLU/PARLAR, s. 243.

²⁵⁰ KARAHACIOĞLU/PARLAR, s. 243. Ancak, makine ile yazılmış olan belgede borçlunun imzası veya parafı yoksa, bu belge delil başlangıcı sayılmaz (s. 243).

²⁵¹ KURU/BUDAK, s. 17.

²⁵² KURU/BUDAK, bu ilkenin ceza yargılaması ile ilgili olarak ifade edildiği halde hukuk yargılaması ve idari yargı bakımından da geçerli olduğunu ifade etmiştir, s. 17.

vakıanın ispatında dikkate alınamaz” şeklinde ifade edilmiştir. Tüm deliller gibi, bir vakıanın ispatı için gösterilen delilin caiz olup olmadığına mahkemece karar verilir (HMK m. 189). Şu halde, yargılama sırasında tarafların sunduğu delillerin elde ediliş biçiminin mahkeme tarafından re’sen dikkate alınması ve delilin hasım olan tarafça itiraz edilmese dahi, caiz olmadığına karar verilerek dosya kapsamında değerlendirilmesi gerekir²⁵³.

Delil başlangıcını düzenleyen HMK m. 202, aynen mülga HUMK m. 292’de olduğu gibi, “tanık dinlenebilir” sonucu ile bitmektedir. Bu konuda bir değişiklik yapılmadığından eski kanun döneminde var olan “tanık dinlenilmesi zorunlu mudur?” “tanık yanında başka takdiri delillere başvurulabilir mi?” “tanık dinlemesine gerek olmadan başka takdiri delillere başvurulabilir mi?” gibi tartışmalar yeni kanun döneminde de devam edecektir²⁵⁴. Bizim de katıldığımız görüşe göre burada tanık dışında, bilirkişi ve keşif gibi diğer takdiri delillere de başvurulabilmesi gerekir. Bununla beraber, doktrinde ifade edilmiş olan ve delil başlangıcının tek başına yeterli olması halinde tanık dinlemeden de hükme konu olabileceği yönündeki görüşe²⁵⁵ de katıldığımızı belirtmek isteriz.

Bununla beraber, HUMK zamanında var olan, yazılı delil başlangıcı ile ispat tam olarak gerçekleşemezse hakimın ispat yükü kendisine düşen tarafa re’sen yemin verdirmesi uygulamasının ise, 6100 Sayılı HMK’da, tamamlayıcı yemin kurumuna yer verilmemiş

²⁵³ KİRAZ, s. 50.

²⁵⁴ BERKİN, NECMEDDİN: “Senetle İspat Mecburiyeti ve Kaidenin İstisnaları, İHFM, C: XVI, S. 3-4, İstanbul 1950, s. 812; KONURALP, HALUK: “Medeni Usul Hukuku’nda Yazılı Delil Başlangıcı, Ankara 1988, s. 144; TİFTİK, MUSTAFA: “Yazılı Delil Başlangıcı”, AD Ankara 1984, s. 256-259; ANIL, YAŞAR ŞAHİN: “Yazılı Delil Başlangıcı”, AD, S. 2, Ankara 1983; GÖKSU, s. 58.

²⁵⁵ KONURALP, Yazılı Delil Başlangıcı, s. 145, BELGESAY, MUSTAFA REŞİT: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, İsbat Teorisi, İstanbul 1950, s. 62.

olması nedeniyle devam edemeyeceği açıktır²⁵⁶. Doktrinde bu durum eleştirilmiştir²⁵⁷. Çünkü bu durumda hakim diğer takdiri delillerle yeterince ikna olmazsa, ispat yükü yerine getirilmemiş sayılacak ve ispat yükünü taşıyan taraf davayı kaybetmiş olacaktır²⁵⁸.

bb- Doktrin Görüşü

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 202. maddesinde, senetle ispat kuralının istisnalarından birisi olan delil başlangıcı düzenlenmiştir. Maddeye göre, senetle ispat zorunluluğu bulunan hallerde delil başlangıcı bulunursa tanık dinlenebilir (1. fıkra).

Delil başlangıcı, senetle ispat mecburiyetinin uygulandığı ve tarafın elinde senet bulunmayan durumlarda başvurulabilecek, Kanunun sağladığı en önemli imkanlardan birisidir²⁵⁹. Bir belgeye senet niteliği tanınması çok sıkı şartlara tabi olduğundan, kanunkoyucu her durumda senede başvurma zorunluluğunu göz önüne alarak senede benzeyen bazı belgelerin varlığı halinde bu takdiri delillerle ispat yasağının uygulanamayacağını düzenlemiştir. Diğer bir ifadeyle delil başlangıcı senet kuvvetine sahip olmamakla birlikte, yukarıdaki koşulları içeren bir belgedir. Örneğin taraflar arasında ne tür bir sözleşme yapıldığını ve kimin ne tür bir borç altına girdiğini göstermeyen hangi hukuki işlem hakkında yapıldığı anlaşılmayan belge, iddia konusu hukuki işlem hakkında bir senette bulunması gerektiği ölçüde bir bilgi vermeyebilir²⁶⁰. Ancak bu belge aşağıda açıklayacağımız

²⁵⁶ Bu konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **ALANGOYA, YAVUZ/YILDIRIM, KAMİL/ DEREN-YILDIRIM, NEVHİS**: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul 2006, s. 135, **GÖKSU**, s. 58.

²⁵⁷ **YILMAZ, EJDER**: “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Üzerine Notlar”, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı V (Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirmesi), Ankara 2007, s. 194; **ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM**, Öneriler, s. 135.

²⁵⁸ **GÖKSU**, s. 58.

²⁵⁹ **KARAHACIOĞLU/PARLAR**, s. 242.

²⁶⁰ **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s. 750.

unsurları taşıyorsa, delil başlangıcı sayılabilecek ve delil başlangıcının yanında iddia konusu hukuki işlemin ispatı için tanık da dinlenebilecektir.

Kanunkoyucu burada belge ve senet kavramlarını birbirinin yerine kullanmamış ve dolayısıyla da “senetle ispat kuralları” “belgeyle ispat kuralları” haline gelmemiştir²⁶¹. Belgenin ispat gücü onun senet olup olmamasına göre değişir. Belge bir senet ise kesin delil olabileceği gibi hâkimin takdirinde rol oynayan takdiri delil de olabilir. Delil başlangıcı senet olmamakla birlikte, diğer bir ifadeyle iddia edilen hukuki işlemi tam olarak ispat edememekle birlikte o işlemi muhtemel göstermelidir²⁶². Delil başlangıcının senetten en büyük farkı burada ortaya çıkmaktadır. Delil başlangıcı ispatı istenen hukuki işlemin varlığı hakkında tam bir kanaat edinilmesine elverişli olmasa da, iddia edilen işlem hakkında az da olsa yeterli bilgiyi içermelidir. Yargıtay’ın da yazılı delil başlangıcı konusunda “gerçeğe yakın, iddia edilen olay bakımından kısmi doğrulamayı oluşturan akla yatkın ve hayatın olağan akışına uygun bir ihtimal” aradığını belirtmek gerekir²⁶³.

Doktrinde, belgenin ispat gücüne göre senet olup olmaması, hakimin takdirinde rol oynayan takdiri delil de olabileceği noktasının ortaya çıkardığı en büyük sıkıntının, her türlü belgenin HMK m. 202’ye göre, delil başlangıcı kabul edilmesinin önünü açması olduğunu

²⁶¹ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 372; KARSLI, Medeni Muhakeme, s. 594.

²⁶² PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 750.

²⁶³ YHGK, 02.02.2000 T, 2000/14-55 E, 2000/48 K: “...S. ile davalı K. Sungurbey’in savunması, dosyadaki delil ve belgeler özellikle az yukarıda açıklanan taraflar arasındaki yargılama aşamaları ve irade bildirimleri birlikte değerlendirildiğinde, 21.04.1988 günlü mirasçılık belgesinin taraflar arasında başka bir işlemin (inanç ilişkisinin) varlığı konusunda, gerçeğe yakın, diğer bir anlatımla iddia edilen olay bakımından kısmi bir doğrulamayı oluşturmadığı gibi, akla yatkın ve hayatın normal deneyimlerine uygun bir ihtimal olgusunu da belirlemediği sonuna kavuşulmuştur.

Açıklanan nedenlerle, yerel mahkemece, HUMK’nun 292. maddesinin, dava yönünden hukuki değerlendirilmesinde yanılığa düşülerek, özel daire bozma kararına uyularak hüküm kurulması yerine direnme kararı verilmesi usule ve yasaya aykırıdır”, www.kararevi.com (erişim tarihi: 08.09.2013).

ileri süren bir görüş vardır²⁶⁴. Yine bu doğrultuda doktrinde, HUMK'taki “yazılı delil başlangıcı” yerine “delil başlangıcı” kavramının kabul edilmesinin senetle ispat kuralına çok büyük bir istisna getirmekte olduğunu, bu konudaki katılığın yumuşatıldığını ileri süren yazarlar da vardır²⁶⁵.

HMK m. 202'deki yeni düzenlemeyle, elinde söz konusu maddede sayılanlar veya benzer belgelerden biri olan kişi, elinde belge olduğunu ifade ederek bunun delil başlangıcı sayılacağını ve iddiasını her türlü delille ispatlayabileceğini ifade edecektir.

cc- Yargıtay'ın Görüşü

6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yeni tarihli bir kanun olması nedeniyle, delil başlangıcı konusunda Yüksek Mahkeme'nin içtihatları da uygulamanın gelişmesinde önemli rol oynamaktadır. Bu doğrultuda Yargıtay'ın yakın tarihli birkaç kararına değinmek gerekir. İlk olarak, 14. Hukuk Dairesinin, 2012 yılında verdiği bir kararda²⁶⁶, “İnanç sözleşmesi, 05.02.1947 tarihli ve 20/6 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca ancak, yazılı delil ile kanıtlanabilir. Bu yazılı delil, tarafların getirecekleri ve onların imzalarını taşıyan bir belge olmalıdır. Açıklanan nitelikte bir yazılı delil bulunmasa da, yanlar arasında uyuşmazlığın tümünü kanıtlamaya yeterli sayılmamakla beraber bunun vukuuna delalet edecek karşı tarafın elinden çıkmış (inanılan tarafından el ile yazılmış fakat imzalanmamış bir senet veya mektup, daktilo veya bilgisayarla yazılmış olmakla birlikte inanılanın parafını taşıyan belge, usulüne uygun onanmış parmak izli veya mühürlü senetler gibi) yazılı delil başlangıcı niteliğinde bir belge varsa 6100 Sayılı HMK'nın 202. maddesi

²⁶⁴ **KARSLI**, Medeni Muhakeme, s. 594.

²⁶⁵ **ÖZEKES**, MUHAMMED: “İspat ve Deliller”, Türkiye Adalet Akademisi HMK Toplantısı 2011, s. 15, www.hsyk.gov.tr (erişim tarihi: 12.10.2013). Yazar ayrıca bu konuda yeni içtihatların yol gösterici olacağını ifade etmiştir.

²⁶⁶ Y 14 HD, 10.01.2012 T, 2011/10774 E, 2012/50 K (**KARAHACIOĞLU/PARLAR**, s. 244-245).

uyarınca inanç sözleşmesi “tanık” dahil her türlü delille ispat edilebilir. Yazılı delille veya yazılı delil başlangıcı yoksa inanç sözleşmesinin ikrar (HMK m. 188), yemin (HMK m. 225 vd) gibi kesin delillerle de ispat edilmesi olanaklıdır” şeklinde karar verdiğini bildirmek gerekir²⁶⁷. Yüksek mahkeme inanç sözleşmesine ilişkin başka bir kararında²⁶⁸ ise, yazılı delil başlangıcının hukuki niteliği hakkında bir açıklama yapmayı gerekli görmüştür. Buna göre, uygulamada, iddianın senetle ispat edilmesi gereken hallerde senet bulunmamakta ise bu iddiaya komşu olan vakaları somutlaştıran belgelere yazılı delil başlangıcı denilmektedir ve bu belgeler de hiç kuşkusuz delil niteliğindedir. Bir başka anlatımla, senet iddia edilen hukuki işlemin doğrudan doğruya delilini teşkil ettiği halde, yazılı delil başlangıcı çekişmeli hukuki işlemin tam ve doğrudan doğruya delilini teşkil etmez. Bu haliyle yazılı delil başlangıcı işlemin varlığını ihtimal dâhilinde gösteren bir belgedir. Fakat bir hususun yazılı delil başlangıcı kabul edilebilmesi için onun karşı taraftan sadır bir belge olması ve bu belgenin içeriğinin iddianın tamamen ispatına yetmemekle beraber bu iddianın vukuunu ihtimal dâhilinde göstermesi gerekir. Örneğin hasım tarafın kaleme aldığı fakat imzalamadığı bir belge senet sayılmasa da o belge yazılı delil başlangıcı olarak kabul edilebilir.

Yargıtay’ın 1086 Sayılı HUMK döneminde de yazılı delil başlangıcına ilişkin benzer kararlar verdiği görülmektedir. 2011 tarihli bir kararda Yüksek Mahkeme, davacının karz ilişkisinin varlığını ispatlamak üzere davalı tarafından yazıldığı ikrar olunmuş e-posta iletilerine ve ıslak imzalı bir mektuba dayanmasının üzerine, bu belgelerin davacının alacağının tam olarak ispatına yeterli olmamakla birlikte HUMK m. 292. maddesinde öngörülen nitelikte yazılı delil başlangıcı olduğunu ifade etmiştir²⁶⁹. Yine Yargıtay, davalıya

²⁶⁷ Benzer kararlar için bkz. Y 14 HD, 28.11.2011 T, 2011/12363 E, 2011/14430 K (KARAHACIOĞLU/PARLAR, s. 247-248); YHGK 14.07.2010 T, 2010/14-394 E, 2010/395 K (KARAHACIOĞLU/PARLAR, s. 254-261).

²⁶⁸ Y 14 HD, 29.11.2011 T, 2011/9801 E, 2011/14549 K (KARAHACIOĞLU/PARLAR, s. 246).

²⁶⁹ Y 13 HD, 31.05.2011 T, 2010/16791 E, 2011/8315 K (KARAHACIOĞLU/PARLAR, s. 260-261).

ait olduğu kesin olan ancak açıkça borç ikrarı içermeyen bir belgeyi HUMK m. 292 anlamında yazılı delil başlangıcı kabul ederek bu doğrultuda hüküm kurmuştur²⁷⁰.

Ticaret Hukuku bakımından da Yargıtay'ın yazılı delil başlangıcını dikkate alarak ilk derece mahkemesinin verdiği kararları bozduğu örneklere rastlanabilir. Yüksek Mahkeme'nin böyle bir kararında, "somut olayda davaya konu olan çek nama yazılı olduğundan havale hükmündedir. Borçlu keşideci böyle bir borcun bulunmadığını beyan etmekle birlikte, çekin altındaki imzasını inkâr etmemiştir. Dolayısıyla imzanın ondan sadır olduğu kabul edilmelidir. Bilirkişi raporuna göre çekin keşide tarihi mürekkep dökülmek suretiyle tahrif edilmiştir. Davanın tarafları çekin keşidecisi ve lehdarı olduğundan taraflar arasında temel ilişkinin bulunduğu anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca imzası inkâr edilmeyen nama yazılı çekin tahrif edilmiş olması durumunda, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 292. maddesi gereğince yazılı delil başlangıcı olarak kabul edilmesi gerekir" şeklinde görüş bildirmiştir²⁷¹.

Son olarak belirtmek gerekir ki, Yargıtay'ın İş Hukuku bakımından da delil başlangıcının varlığını kabul ederek bu yönde hüküm tesis ettiği kararları mevcuttur. Bunlara örnek olarak fazla çalışmanın ve ücretin konu edildiği bir kararda, Yüksek Mahkeme, işçinin imzasının bulunduğu aylık ücreti gösteren para makbuzları, banka kayıtları, ticari defter kayıtları, ücret bordroları gibi belgelerle ispatın mümkün olmasının yanı sıra; yazılı delille ispat sınırının altında kalan miktar için tanık dinlenebileceğini ve tespiti istenen miktar sınırı aşıyorsa bile varlığı iddia edilen çalışmanın öncesine ve sonrasına ait yazılı delil başlangıcı sayılabilecek belgeler bulunuyorsa tanık dinletilmesinin mümkün olduğunu ifade etmiştir²⁷².

²⁷⁰ Y 13 HD, 26.04.2011 T, 2010/18029 E, 2011/6618 K (**KARAHACIOĞLU/PARLAR**, s. 261-262).

²⁷¹ YHGK, 26.03.2008 T, 2008/19-266 E, 2008/276 K, **KILIÇOĞLU**, Hukuk Muhakemeleri, s. 964.

²⁷² Y 10 HD, 14.03.2011 T, 2009/15022 E, 2011/3307 K (**KARAHACIOĞLU/PARLAR**, s. 262-264).

Gerek doktrinin gerekse Yargıtay kararlarının ifade ettiği gibi, delil başlangıcının Yargılama Hukuku bakımından en büyük önemi, delil başlangıcının varlığı durumunda senetle ispata gerek olmayacağı ve delil başlangıcıyla birlikte dinlenebilecek tanıklar veya diğer takdiri delillerle iddia konusu vakıanın ispatlanabileceğidir.

dd- Unsurları

Gerek doktrinde kabul edilen²⁷³, gerekse HMK m. 202’den anlaşılan, delil başlangıcının üç unsurunun olduğuudur. Bunlar:

- karşı taraftan sadır olma unsuru
- gerçeğe yakınlık (ispat) unsuru
- maddi (yazılı olma) unsurudur.

Bu üç unsuru bir arada taşıyan araçlar yazılı delil başlangıcı olarak yargılamaya dahil edilebilirler. Eski kanunun 292. maddesinin ikinci fıkrasında bu unsurlar, “müddeabihin tamamen sübutuna kâfi olmamakla birlikte vukuuna delalet etme”, “aleyhine ibraz edilmiş olan taraf canibinden verilmiş olma” ve “tahriri” olma ile ifade edilmiş ve söz konusu araçların “evrak veya vesaikler” olabileceği şeklinde düzenlenmiştir. Yeni kanunda ise ilk iki unsur sırayla “konusu hukuki işlemin tamamen ispatına yeterli olmamakla birlikte, söz konusu hukuki işlemi muhtemel gösterme” ve “kendisine karşı ileri sürülen kimse veya temsilcisi tarafından verilmiş veya gönderilmiş olma” şeklinde ifade edilmiş (HMK m. 202), üçüncü unsur ise yukarıda bahsettiğimiz üzere gerekli olmaktan çıkarılmıştır. “Evrak ve vesaik” ifadesinin yerine de “belge” kavramı kullanılmıştır. Yeni tanım, aslında doktrin ve uygulamada kabul görmüş olan tanımın kanunda düzeltilmiş halidir.

²⁷³ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 750; KİRAZ, s. 54; GÖKSU, s. 58.

HMK m. 202'den de anlaşıldığı üzere, yukarıdaki unsurları içeren bir belgenin, artık yazılı bir belge olması da zorunlu değildir, maddenin lafzına göre, elektronik ileti ve telefon mesajları ve faks da bilgi taşıyıcıları kapsamında delil başlangıcı olabilirler²⁷⁴. Bununla beraber doktrinde, elektronik posta yoluyla yapılan iletilerdeki ikrar beyanını “elektronik ikrar” olarak değerlendirmek, kesin delil olarak adlandırmak veya konu edindiği vakıayı çekişmez kılma gibi bir işleve sahip olduğunu söylemenin güç olduğu ifade edilmiştir²⁷⁵. Bu görüşe göre, belge kavramı için de düşünülebilir ise de, her somut vakıanın özellikleriyle birlikte, elektronik ileti ile ikrar edilen vakıa²⁷⁶, başkaca delillerle teyit edilmediği sürece ne delil ne de delil başlangıcı niteliğini taşır²⁷⁷. Bunun yanı sıra, usulüne göre güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik veriler HMK m. 205/2'ye göre adi senet hükmünde olup bu hususun dışındadır.

3- ŞEKİLLER ARASINDAKİ İLİŞKİ

Kanun tarafından belirlenen ya da taraflarca belirlenen şekillerin birbiriyle ilişkisi ele alındığında şekil türlerinden birisinin bir diğerine daha üstün geldiğini söylemek mümkün olmaz²⁷⁸. Elbette ki yazılı şekil şartı, özellikle ispat bakımından sözlü şekil şartının önünde görünse de, yazılı şeklin sözlü şekilden daha üstün olduğunu söylemek kolay değildir. Doktrinde, resmin şeklin adi yazılı şekil yerine daim geçebileceği, çünkü resmi şeklin gözetilen amaca daha emin bir şekilde varabileceği ifade edilmiştir²⁷⁹. Bununla beraber bu konuyla ilgili farklı görüşte olan yazarlar da mevcuttur. Doktrindeki o görüşe göre, resmi

²⁷⁴ KİRAZ, s. 55.

²⁷⁵ KİRAZ, s. 55.

²⁷⁶ Teyp bandı, CD ve ses kaydı bakımından benzer tartışmalar için bkz. UMAR, BİLGE: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2011, s. 583-584.

²⁷⁷ KİRAZ, s. 55.

²⁷⁸ GÖKTÜRK, s. 12.

²⁷⁹ VON TUHR, &30; GÖKTÜRK, s. 13.

şekil, adi yazılı şeklin yerine geçemez. Bu görüşe göre, şekillerin birbirine üstün tutulması, kanunun mantığına ve kuralların getiriliş amacına da aykırıdır²⁸⁰.

Geçerlilik şekli ile ispat şekli arasındaki ilişkiyi tespit eden iki temel ilke mevcut bulunmaktadır:

İlk ilke, maddi hukuk açısından geçerlilik şeklini sağlayan bir senedin aynı zamanda Medeni Usul Hukuku açısından da ispat vasıtası olarak kabul edilen bir senet olmasıdır. Geçerlilik şartını yerine getiren kişinin ayrıca ispat bakımından da başka şekle uyması kendisinden beklenemez. Zira geçerlilik şeklinin amaçlarından biri de ispatı kolaylaştırmaktır. İspat bakımından getirilen şeklin ikrar ve yemin gibi başka bazı kesin delillerle ikame edilebilmesi mümkünken, geçerlilik şeklinde bu mümkün değildir²⁸¹. Dolayısıyla bu husus da göz önüne alınacak olursa, ispat şekli olarak getirilen şekil kuralının geçerlilik bakımından getirilen şekil kuralına göre daha azı olduğu kabul edilmeli, ve geçerlilik bakımından getirilen şekil kuralına uyan kişinin öncelikle ispat şeklini de sağlamış olduğu ifade edilmelidir. 03.11.1928 tarihinde yürürlüğe girmiş olan 1353 sayılı Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki Hakkında Kanunda Türk harflerini kullanma mecburiyeti bulunmaktadır. Öğretide bir görüş, bu mecburiyeti dayanak gösterek, bir belge sadece Arap harfleriyle yazıldıysa, bunun maddi hukuk anlamında geçerlilik şartını yerine getirmiş olacağını, ne var ki Medeni Usul Hukuku anlamında senet olarak hüküm ifade etmeyeceğini savunmaktadır. Bunlar ancak yazılı delil başlangıcı olarak kabul edilebilir²⁸². Bizim de katıldığımız bir diğer görüş ise, burada getirilen düzenlemenin sadece cezai bir yaptırıma yol açabileceğini, dolayısıyla da ispat hukuku yönünden bir sonuç doğurmayacağını kabul etmektedir²⁸³.

²⁸⁰ OSER/SCHÖNENBERGER, N. 27.

²⁸¹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar, C. I, s. 275; KAPANCI, s. 417.

²⁸² KURU, BAKİ: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.II, İstanbul 2001, s. 2075; DELİDUMAN, Senetler ve Yazılı Şekil, s. 421; YAVAŞ, s. 117.

²⁸³ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar, C. I, s. 275 ve özellikle dn. 12.

İkinci ilke ise, Medeni Usul Hukuku bakımından ispat şeklinin sağlayan bir senedin, mutlaka geçerlilik şeklini de sağlamayacağıdır. Diğer bir ifadeyle, ilk ilkenin tersi geçerli olmayacaktır. Geçerlilik şekli, ispat şekline göre daha sert düzenlemelere tabi tutulmuş olabilir. Örnek olarak, bilgisayarda yazılmış ve kağıda basılmış imzalı bir vasiyetname, ispat hukuku bakımından senet niteliği taşısa da, el yazılı olma (nitelikli adi yazılı şekil) şartını yerine getirmediği için geçerli olmayacaktır. Yine başka bir örnek kefalet sözleşmesinin şekli bakımından verilebilir. Kefalet sözleşmesinin tarihi, kefalet yükünün azami miktarı ve müteselsil kefalet veriliyorsa, bunu belirten ifadenin kefilin el yazısı ile yazılmış olması bir geçerlilik şartı olarak aranmaktadır. Bunların yer almadığı ve fakat kefalet iradesini ortaya koyan bir belge usul hukuku bakımından senet vasfını taşımakla beraber maddi hukuk bakımından geçersizdir²⁸⁴.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, gerek kanunla getirilmiş gerekse taraflarca kararlaştırılmış şekil türleri arasında; birinin diğerinden daha önde olduğunu söylemek, taraf iradelerini ve şekil ile ilgili kuralların getirilişini dikkate aldığımızda mümkün değildir. Bununla beraber, resmi yazılı şeklin; adi yazılı şekil, nitelikli yazıl şekil ve sözlü şekil şartlarının gerçekleşmesi için gereken koşulların hepsini ihtiva etmesi nedeniyle, o şekli türlerinin yerine geçebileceği, ne var ki aksinin mümkün olmadığını söylemek yerinde olur²⁸⁵.

²⁸⁴ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar, C. I, s. 275-276; KAPANCI, s. 417.

²⁸⁵ GÖKTÜRK, s. 14.

İKİNCİ BÖLÜM

ADİ YAZILI ŞEKİL

I- ADİ YAZILI ŞEKLİN TANIMI ve UNSURLARI

A- TANIMI

Yazılı şekil, TBK m. 12’de düzenlenmiş olan şekildir. Yazılı şekil, tarafların kendi aralarında veya bir makam aracılığıyla, anlaştıkları konuları el, daktilo ile veya başka bir aletle herhangi bir şey üzerine yazarak imzalanılan senede denir²⁸⁶. Diğer bir tanıma göre ise, adi senetler düzenlenmesine resmi bir makamın katılmadığı senetlerdir²⁸⁷. Tanımdan da anlaşıldığı gibi yazılı şekil için “metin” ve “imza” unsurlarının yerine getirilmesi aranır. Bu şartlar “adi yazılı şekil” bakımından gerekli olan şartlardır. Nitelikli yazılı şekilde, adi yazılı şekil için gereken metin ve imza unsurlarına ek olarak birtakım başka özellikler de aranır.

B- UNSURLARI

1- METİN

Metin, sözleşmede taraf veya tarafların işlem iradesinin içeriğini dil araçlarıyla biçimlendirip yazılı bir şekilde ifade eden belge olarak tanımlanmıştır²⁸⁸. Metinde, beyanda bulunanın hukuki sonuç iradesi yer alır²⁸⁹. Metnin nasıl yazıldığı önemli değildir. Diğer bir deyişle metin; el yazısıyla, matbaada veya daktilo, teksir, yazıcı ile yazılmış olabilir²⁹⁰. Doktrinde metnin sürekli ve dayanıklı bir madde üzerinde yazılış olması aranmaktadır²⁹¹. Bir

²⁸⁶ **BERKİN**, Senetler, s. 14; **POSTACIOĞLU**, Medeni Usul, s. 604; **TUĞ**, s. 53.

²⁸⁷ **ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM**, Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2011, s. 330.

²⁸⁸ **EREN**, s. 273; **BERKİN**, Senetler, s. 14; **ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM**, Medeni Usul, s. 330; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. I, s. 145; **ANTALYA**, Borçlar, s. 329.

²⁸⁹ **BERKİN**, Senetler, s. 14. Yazara göre, senetlerde asıl önemli unsur irade açıklamasıdır.

²⁹⁰ **OĞUZMAN/ÖZ**, C. I, s. 145; **ANTALYA**, Borçlar, s. 329; **ALTAŞ**, s. 74; **EREN**, s. 254; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar, C. I, s. 279; **ŞEN DOĞRAMACI**, s. 133; **KILIÇOĞLU**, Borçlar, s. 108; **TEKİNAY/AKMAN/BUCUOĞLU/ALTOP**, s. 149.

²⁹¹ **OĞUZMAN/ÖZ**, C. I, s. 145, **EREN**, s. 273.

plakete hatta bir taşa bile yazılabilir²⁹². Bu görüşten hareketle, ses kayıt bandı metni içeren bir madde olmadıkça metin sayılmaz. Aynı şekilde bilgisayar harddiski, cep telefonu, CD vb araçlara yüklenmiş olan verilerin yazıcıdan yazdırılmaması durumunda metin sayılmayacağını söylemek gerekir²⁹³. Yani söz konusu belgenin Borçlar Hukuku anlamında metin sayılması için mutlaka kalıcı ve sürekli olması aranmaktadır. Diğer bir ifadeyle, bu veriler yazdırılırlarsa metin halini alırlar. Metin taraflardan birisi veya üçüncü kişi (avukat, sekreter, mali müşavir vb.) tarafından da yazılmış olabilir²⁹⁴. Bununla beraber metinde kullanılan dil de önemli değildir²⁹⁵. Türkçe veya herhangi başka bir dil kullanılmış olabilir. Ancak doktrinde metnin Türkçe'den başka bir dilde yazılması durumunda tarafların bu dili anlamasının gerekli olduğu ifade edilmiştir²⁹⁶. Metin, taraflardan birisi veya üçüncü bir kişi tarafından da kaleme alınabilir.²⁹⁷ Bununla beraber metin, tek bir belgede kaleme alınabileceği gibi, birden çok ve ayrı ayrı kağıtlarda da kaleme alınabilir.

Burada 805 sayılı İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanuna da değinmek gerekir. Kanunun kabul tarihi, 10/04/1926'dır. İlk olarak kanunun yürürlükte olup olmadığına değinmek gerekir. Her ne kadar kanunun kabul tarihi eski olsa da, 2008 yılında kanuna getirilen değişiklikle kanunun yürürlükte olduğu sonucunu çıkarmak

²⁹² OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 145; ALTAŞ, s. 74; EREN, s. 254; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar, C. I, s. 279; ŞEN DOĞRAMACI, s. 133.

²⁹³ ANTALYA, Borçlar, s. 330; EREN, s. 273; ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, Medeni Usul, s. 330; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 145; ANTALYA, Borçlar, s. 329.

²⁹⁴ OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 145; ALTAŞ, s. 74; EREN, s. 254; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar, C. I, s. 279; ŞEN DOĞRAMACI, s. 133; KILIÇOĞLU, Borçlar, s. 108; TEKİNAY/AKMAN/BUCUOĞLU/ALTOP, s. 149.

²⁹⁵ TUĞ, s. 54, ALTAŞ, s. 73; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, S. 150; NOMER, s. 71; EREN, s. 254; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 113; KAPANCI, s. 418.

²⁹⁶ EREN, s. 273; ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, Medeni Usul, s. 330.

²⁹⁷ EREN, s. 273; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 145; ALTAŞ, s. 74; EREN, s. 254; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar, C. I, s. 279; ŞEN DOĞRAMACI, s. 133; KILIÇOĞLU, Borçlar, s. 108; TEKİNAY/AKMAN/BUCUOĞLU/ALTOP, s. 149.

mümkün olmaktadır. Bu kanuna göre, Türk tabiiyetindeki her tür şirket ve kurum Türkiye dahilindeki her türlü işlem, hesap ve defterlerini Türkçe tutmaya mecburdurlar (m. 1). Kanunun 2. maddesi ise “ecnebi şirket ve müesseseler için bu mecburiyet türk müessesatı ile ve türkiye tebaasından olan efrat ile muhabare, muamele ve temaslarına ve devair ve memurini devletten birine ibraz mecburiyetinde bulundukları evrak ve defterlerine hasredilmiştir” şeklindedir. Her ne kadar ilk bakışta, yabancı şirketlerle yapılan tüm sözleşmelerin türkçe akdedilmesi gerektiği gibi bir izlenim edinilse de 1. maddenin aksine, 2. maddede “mukavele” kelimesi kullanılmaması nedeniyle, yabancı şirket ve müesseselerle Türk tabiiyetindeki kişiler arasında Türkçe dışında bir dil ile sözleşme yapılması yasaklanmamıştır.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi de, 07.10.1986 tarih 4231/5032 sayılı kararında; “805 sayılı İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanunun 1. maddesinde Türk tabiiyetindeki her nevi şirket ve müesseseler için Türkiye dahilindeki her nevi muamele, mukavele, muhabere, hesap ve defterlerini Türkçe tutmaya mecbur olmalarının öngörülmüş olmasına karşılık, aynı kanunun 2. maddesinde yabancı şirket ve müesseseler için bu mecburiyet Türk müesseseleri ile Türkiye tebaasından olan fertlere mukavele hariç sadece muhabere, muamele ve temaslar ile devlet dairelerine ibraz mecburiyetinde bulundukları evrak ve defterlere hasredilmiş olmasına ve bu durumda Türk şirketleri ile müesseselerinin yabancı şirket ve müesseselerle türkçe dışında bir dil ile yapılan sözleşmelerin geçerliliğinin yasaklanmamış bulunmasına göre ...” diyerek yabancı şirket ve müesseselerle türk tabiiyetindeki kişiler arasında türkçe dışında bir dil ile sözleşme yapılmasının yasaklanmadığını belirtmiştir²⁹⁸. Bununla birlikte, **OĞUZMAN/ÖZ**’e göre de, bu kanunla getirilen hükümdeki mecburiyet, özel hukuk kişileri bakımından değil tüzel kişiler

²⁹⁸ www.kazanci.com.tr (erişim tarihi: 02.10.2012).

bakımındandır²⁹⁹. Aynı yazarlara göre, Cumhuriyetin kuruluş yıllarının atmosferinde Türkçeyi korumak için getirilen bu kanun, Borçlar Kanunu'muzun sözleşme özgürlüğü prensibi ile uyuşmadığı gibi günümüzün küreselleşme olgusu ile de uyumlu değildir³⁰⁰.

Senedin yazıldığı maddenin kâğıt, tahta, kumaş, metal vs. olması arasında herhangi bir fark yoktur³⁰¹. Sadece, metin, sürekli ve dayanıklı bir madde üzerinde kalıcılığı olan bir madde ile yazılmış olmalıdır. Metnin üzerine yazılabileceği en doğal ve geleneksel madde kâğıttır³⁰². Yazıldığı yer alışlagelmiş olarak kâğıt olsa da, dayanıklı olan herhangi bir maddeye³⁰³ hatta taş³⁰⁴ bile yazılabilir. Burada önemli olan metnin sürekli ve dayanıklı bir madde üzerine yazılmış olmasıdır³⁰⁵. Metnin tümünün aynı kâğıt (ya da diğer bir madde) üzerinde yazılı olması gerekmez³⁰⁶. Ancak imzanın mutlaka metnin hepsini kapsar nitelikte olması gerekmektedir. Örneğin, birkaç sayfadan oluşan sözleşmelerde her sayfanın bir önceki sayfanın devamı olduğunun cümlelerden anlaşılır olması durumunda sadece son sayfanın imzalanması yeterlidir. Bununla beraber senedin kâğıt dışında bir maddeye yazılması durumunda, senet kendisinden sadır olan tarafın beyanının ciddi olduğu hususunu ortadan kaldıracak bir durumda olmamalıdır³⁰⁷.

²⁹⁹ OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 145.

³⁰⁰ OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 145.

³⁰¹ DELİDUMAN, SEYİTHAN: "Medeni Usul Hukuku'nda Senet ve Senetlerle Yazılı Şekil Arasındaki İlişki", Erzincan 2000, s. 413- 436, www.erzincan.edu.tr, s. 418; ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, Medeni Usul, s. 325. Yazarlar ayrıca, senet metninin nasıl yazıldığına da önemi yoktur. Mürekkep, kurşun kalem vs. ile yazılması fark etmez.

³⁰² EREN, s. 273; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 372.

³⁰³ ANTALYA, Borçlar, s. 330; ALTAŞ, s. 74; EREN, s. 245; KILIÇOĞLU, Borçlar, s. 119, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar, C. I, s. 278; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 150-151, ŞEN DOĞRAMACI, s. 133.

³⁰⁴ OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 145-146.

³⁰⁵ ALTAŞ, s. 74; EREN, s. 254; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar, C. I, s. 279; ŞEN DOĞRAMACI, s. 133.

³⁰⁶ OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 157.

³⁰⁷ DELİDUMAN, Senetler ve Yazılı Şekil, s. 418.

Yukarıda, metnin el yazısı, daktilo, yazıcı vb. bir aletle yazılabileceği ve aynı zamanda tarafların yanı sıra üçüncü kişi tarafından da yazılabileceğini belirtmiştik. Ne var ki TBK m. 583’de bu durumun bir istisnası yer almaktadır. Hükme göre, kefalet sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azami miktar ile kefalet tarihi sözleşmede belirtilmedikçe geçerli olmaz. Kefilin sorumlu olduğu azami 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. Diğer bir ifadeyle, kefilin bunları bir aletle veya başkası yardımıyla yazması durumunda, kefalet için şekil şartı gerçekleşmemiş olacaktır. Aynı hüküm, TBK m. 603’ün göndermesiyle³⁰⁸, üçüncü kişinin fiilini taahhüt ve teminat amacıyla birlikte borç yüklenme sözleşmesine de uygulanacaktır³⁰⁹.

Metin bakımından özellik gösteren bir diğer durum da, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümlerinde adi yazılı şekle tabi tutulmuş bazı tüketici sözleşmelerinde yer alacak yazıların renginin ve büyüklüğünün bir şart olarak belirtilmiş bulunmasıdır. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun 07.11.2013 tarihinde kabul edilmiş ve bu tarihten itibaren 6 ay sonra yürürlüğe gireceği belirtilmiştir. TKHK’nın 4. maddesinde “bu kanunda yazılı olarak düzenlenmesi öngörülen sözleşmeler ile bilgilendirmeler en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılır bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde düzenlenir ve bunların bir nüshası kağıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verilir. Sözleşmede bulunması gereken şartlardan bir veya birkaçının bulunmaması durumunda, eksiklik sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Bu eksiklik sözleşmeyi düzenleyen tarafından derhal giderilir” hükmü yer almaktadır. 6502 sayılı TKHK’ndan önce yürürlükte bulunan 4077 sayılı mülga TKHK’nda da konuya ilişkin olarak taksitle satış, devre tatil, paket tur,

³⁰⁸ TBK m. 603: 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.

³⁰⁹ OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 146.

kampanyalı satış, kapıdan satış, mesafeli işlem, tüketici kredisi, kredi kartları ve abonelik sözleşmelerinin, yine yasaca belirli hükümlerini içerecek yazılı metinlerinin en az on iki punto ve koyu siyah harflerle düzenleneceği ifade edilmişti. Görüldüğü gibi iki kanun şekil bakımından paralel hükümler içermektedir. Bununla birlikte 6502 sayılı TKHK’nda “bu kanunda düzenlenen sözleşmelere istinaden tüketiciden talep edilecek her türlü ücret ve masrafa ilişkin bilgilerin, sözleşmenin eki olarak kağıt üzerinde yazılı şekilde verilmesi zorunludur. Uzaktan iletişim aracıyla kurulan sözleşmelerde ise, bu bilgiler kullanılan uzaktan iletişim aracına uygun şekilde verilir. Bu bilgilerin tüketiciye verildiğinin ispatı sözleşmeyi düzenleyene aittir” hükmü de getirilmiştir. Görüldüğü gibi bu hükümle kanunkoyucu yazılılık şartının çerçevesini belirleyerek bir uyumsuzluk durumunda bilgilerin tüketiciye verildiğinin ispatının sözleşmeyi düzenleyene ait olduğunu ifade etmiştir.

TKHK’nın bu hükümleri getirmesindeki amaç, tüketiciyi korumak ve uyarmak amacı taşıdığından, bunlara uyulmamasından doğacak geçersizliğin sadece tüketici tarafından ileri sürülebileceği veya hakim tarafından ancak tüketicinin lehine olarak dikkate alınacağını kabul etmek gerekir³¹⁰. Diğer bir ifadeyle bu hükümlerle getirilen düzenlemeler, tüketicinin aleyhine ve tüketiciye karşı olarak ileri sürülemeyecektir³¹¹.

2- İMZA

a- Genel Olarak

İmza, beyan sahibinin kimliğini gösteren, onu diğerlerinden ayıran bir işarettir³¹². İmza ile metni imzalayan kişi belirlenerek hukuki işlemin süjesi ve metnin içinde yer alan hukuki sonucun imza sahibince kabul edildiği belirlenmiş olur³¹³. Diğer bir deyişle imza,

³¹⁰ OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 146.

³¹¹ OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 146.

³¹² EREN, S. 274; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 149; ANTALYA, Borçlar, s. 330.

³¹³ ANTALYA, Borçlar, s. 330.

beyanda bulunanın kişiliğini ve beyanda bulunma iradesini tespiti yarayan bir işarettir³¹⁴. Bunun dışında doktrinde bizim de yerinde bulduğumuz bir tanıma göre imza, genel olarak kişinin karakteristik özelliklerini taşıyan ve yazılı alışkanlıkları sebebiyle birbirine benzer şekilde ortaya çıkan kişisel veya yazılı işarettir³¹⁵. Yazılı şekil bakımında asıl belirleyici olanın borç altına giren kişinin imzası olduğunu ifade etmek gerekir³¹⁶. İmza irade beyanında bulunan kişiyi belirleyecek bir işarettir ve beyan sahibinin eliyle atılması şarttır³¹⁷. Bu şekilde metnin altı borç altına giren tarafından imzalandığında adi yazılı şekil tamamlanmış olur³¹⁸.

İmza genel olarak ad ve soyaddan oluşur³¹⁹. Ancak bunun her ikisini de taşıması zorunlu değildir. Önemli olan imzanın borçlunun borç altına girme iradesini ve özellikle beyan iradesini kesin olarak açıklamasıdır. İmza bu iradeyi açıklar ve tamamlayıp ortaya koyar³²⁰. Bu açıklamayı sağlayacak nitelikteki paraf (kısa imza) da yeterli görülmektedir. Bununla beraber kişinin çevresinde bilinmek şartıyla takma isim de imzada kullanılabilir³²¹. Ayrıca, akrabalık ilişkisini gösteren örneğin “kardeşin” “annen” gibi bir kelimenin bulunması dahi imzanın varlığı için yeterli sayılır³²².

³¹⁴ TUĞ, s. 56.

³¹⁵ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 750.

³¹⁶ KAPANCI, s. 418.

³¹⁷ TUĞ, s. 56-57; ALTAŞ, s. 73; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 155; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 114.

³¹⁸ ALTAŞ, s. 73, KILIÇOĞLU, Borçlar, s. 119; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 153; ŞEN DOĞRAMACI, s. 134.

³¹⁹ EREN, s. 274.

³²⁰ EREN, s. 274.

³²¹ EREN, s. 274; ALTAŞ, s. 76, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar, C. I, s. 281; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 155, ŞEN DOĞRAMACI, s. 134.

³²² EREN, s. 274.

İmzanın iki işlevi vardır. İlk olarak imza işlem iradesini açıklayan kimsenin teşhis edilmesine yarar. İkinci olarak da, iradesini açıklayan kimsenin, metni imzaladıktan sonra bu iradesini inkar etmesine engel olur³²³.

Burada uygulamada oldukça yaygın olan “imza sirküleri” uygulamasına da değinmek gerekir. İmza sirküleri, şirket ve şube imza yetkililerinin tanımlandığı ve bu yetkilerin sınırlarının detaylı bir şekilde belirlendiği, noter huzurunda imzalanan resmi bir belgedir. İmza sirküleri uygulamada çoğunlukla şirketin temsil edildiği resmi makamlar, bankalar ve üçüncü kişiler tarafından istenilen bir belgedir. İmza sirkülerinde şirket temsilcilerinin imza yetkilerinin kapsamı ve derecesi gösterilir. Şayet şirketlerin yönetim Kurulu üyeleri veya limited şirkette ortaklar dışındaki kişilere de temsil yetkisi veriliyorsa, sirkülerde bu kişilerin hangi işlemlerde ve hangi ölçüde temsile yetkili oldukları da gösterilir. Bir işlem sırasında imza sirkülerinin ibrazı şirket adına imza edenlerin yetkilerini ispat etmelerine yarar. Dolayısıyla imza sirküleri, sirkülerde imzası olan kişileri de bağlamaktadır.

Senet metninin senet kendisine karşı delil teşkil edecek kişi tarafından yazılmış olması gerekli değildir, ancak senedin mutlaka o kişinin imzasını taşıması gereklidir³²⁴.

b- Özellikleri

aa- Borç Altına Girenin İmzası

aaa- Kural

TBK m. 14/I’de belirtildiği üzere yazılı şekle tabi bir sözleşmede, yazılı metinde o sözleşme ile borç altına girenlerin imzalarının bulunması gerekir. Eğer ortada tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme varsa, sadece borç altına girenin beyanının yazılı metinde yer alması ve

³²³ EREN, s. 246; ALTAŞ, s. 74, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar, C. I, s. 280.

³²⁴ DELİDUMAN, Senetler ve Yazılı Şekil, s. 417.

metni onun imzalaması gerekir³²⁵. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ise her iki taraf da borç altında olduğundan iki tarafın beyanının da yazılı metinde yer alması ve bu metni ikisinin de imzalaması gereklidir³²⁶. Ayrıca imzalı metinleri birbirlerine vermeleri de gereklidir³²⁷. Buna karşılık imzalar aynı senet üzerine atılmışsa, taraflar senedin birer suretini almalıdırlar³²⁸. Bununla beraber iki tarafın aynı anda metni imzalanması şart değildir. Hatta taraflardan her birinin beyanını içeren metnin kendisi tarafından imzalanarak her iki tarafın imzaladığı metnin karşı tarafa verilmesi de yeterli olacaktır³²⁹.

bbb- Temsilcinin İmzası

Burada üzerinde durulması gereken bir konu da, temsilci aracılığıyla yapılan sözleşmelerdeki durumdur. Her ne kadar Borçlar Kanunu'nda imzaya ilişkin olarak herhangi bir düzenleme getirilmemiş olsa da, temsilin mümkün olduğu konularda borçlanan yerine onun temsilcisi tarafından metnin imzalanmasının mümkün olduğunu söylemek gerekir³³⁰.

Temsilcinin imzasını incelerken konuyu dolaylı ve doğrudan temsil bakımından ele almak gerekir. Doğrudan doğruya temsil, temsil kurumunun en olağan şeklidir. Bir kişinin sahip olduğu temsil yetkisine dayanarak başka bir kişinin ad ve hesabına hukuki işlem yapılması doğrudan teslim olarak ifade edilir³³¹. Diğer bir deyişle, temsilcinin üçüncü kişi ile hukuki işlem yaparken bu işlemi temsil olunan adına ve hesabına yapması ve bu hukuki işleminden doğan hak ve borçların doğrudan doğruya temsil olunana ait olmasına doğrudan

³²⁵ OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 147.

³²⁶ OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 147; EREN, s. 275; ANTALYA, Borçlar, s. 331.

³²⁷ EREN, s. 275

³²⁸ EREN, s. 275.

³²⁹ OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 148; aksi görüş için bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 117.

³³⁰ TUĞ, s. 55.

³³¹ EREN, s. 427.

temsil denir³³². Buradan hareketle, doğrudan temsilde başka bir işleme gerek kalmaksızın yapılan hukuki işlem hüküm ve sonuçlarını doğrudan temsil olunan kişinin alanında doğurur. Yapılan hukuki işlemde doğan hak ve borçların sahibi temsil olunandır³³³.

Dolaylı temsilde ise, hukuki işlem dolaylı temsil yetkisine dayanılarak temsilci adına, fakat temsil olunan hesabına yapılır³³⁴. Bir kişinin bir dolaylı temsil yetkisine dayanarak dolaylı temsil olunan hesabına olduğu halde kendi adına bir üçüncü kişi ile hukuki işlem yapması durumunda bir dolaylı temsilin var olduğunu söylemek gerekir³³⁵. Diğer bir ifadeyle dolaylı temsilden bahsedebilmek için temsilcinin işlemi başkası hesabına yapma niyetinin olması ve işlemi de o şekilde yapması gereklidir. Aksi takdirde dolaylı temsilden söz edilemez³³⁶.

Bu açıklamalardan sonra temsilcinin senet metninin altına kendi adını koyarak metni imzalamasının yeterli olduğunu ifade etmek gerekir. Diğer bir ifadeyle, temsilci sözleşmede borçlanan yerine onun temsilcisi olarak temsil sıfatını da belirten kelimeyi de kullanarak (borçlanan adına sözleşmeyi imza ettiğini belirterek) sözleşmeyi imzalayabilir³³⁷. Bu temsil durumunun gereğidir ve burada tereddüde yer yoktur³³⁸. Elbette burada temsilci kendi imzasını atmaktadır³³⁹. Fakat temsilci, temsilci olduğunu belirtmeden asıl borçlu yerine doğrudan doğruya imza atarsa şekil şartının gerçekleşip gerçekleşmediğine baktığımızda

³³² OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 220; ESENER, TURHAN: Selahiyete Müstenit Temsil, Ankara 1961, s. 9.

³³³ EREN, s. 427; ESENER, Temsil, s. 9.

³³⁴ EREN, s. 429; ESENER, Temsil, s. 13; ANTALYA, s. 366; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 219; YAVUZ, CEVDET: Türk, İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil, İstanbul 1982, s. 57.

³³⁵ YAVUZ, s. 57.

³³⁶ EREN, s. 430.

³³⁷ TUĞ, s. 56; UYGUR, TURGUT: Türk Borçlar Kanunu Şerhi, İstanbul 2012, s. 261; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 150; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar, C.I, s. 280.

³³⁸ TUĞ, s. 55.

³³⁹ OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 150. Yazarlara göre, temsilci tarafından yapılan beyanlarda, yazılı metni temsilci imzalayacak ancak, imzalayan kişinin temsilci olduğu metinde veya imza sırasında belirtilecektir. Aynı yönde bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar, C. I, s. 280.

sözleşmenin yine kurulduğunu söylemek mümkündür³⁴⁰. Ancak sözleşme metninde veya başka delillerden imza atanın temsilcisi olduğu anlaşılıyorsa veya sözleşmenin temsilci veya temsil olunan adına yapılması diğer tarafça farketmiyorsa yine sözleşme bütün hak ve borçları temsil olunana ait olarak doğar. Aksi durumda ise bir dolaylı temsilin varlığından söz edilir. Bu durumda ise temsilci kendi şahsında doğan hak ve borçları ikinci bir işlemle temsil ettiği kimseye devreder³⁴¹.

Yukarıda da ifade edildiği gibi, temsilci aracılığıyla yapılan sözleşmelerde temsilci, temsil olunan şahıs adına imza ettiğini belirterek sözleşmeyi imzalamaktadır. Ancak buradaki imza bizzat temsilcinin imzasıdır. Burada metni, temsilcinin temsil olunan adıyla imzalamasının mümkün olup olmadığı akla gelmektedir. Doktrinde bazı yazarlar, temsilcinin temsil olunan kişi adıyla imza atmasında herhangi bir sakınca görmemekte ve böyle bir imzayı geçersiz saymanın şeklin amaçlarından hiç birine hizmet etmediğini ifade ederek bu imzanın geçerli sayılmasının kabul edilmesi yönünde görüş bildirmektedirler³⁴². Bununla beraber, diğer görüşte olan yazarlar ise, BK m. 14/I'de yer alan; yazılı şekle tabi bir sözleşmede, o sözleşmeyle borç altına girenlerin imzalarının bulunmasının gerekli olduğuna ilişkin hükmün açıklığı karşısında, temsilcinin temsil olunan adıyla imza atamayacağını kabul etmektedirler³⁴³. Bu görüşteki yazarlar, temsilcinin temsil ettiği kişinin imzasını atmaya yetkili kılınmasının istismara yol açacağı ve imzanın kişiye bağlı bir hak olup başkası tarafından kullanılmasının mümkün olmadığı gerekçesiyle buna karşı çıkmaktadırlar³⁴⁴.

³⁴⁰ TUĞ, s. 55.

³⁴¹ TUĞ, s. 55; FEYZİOĞLU, C. I, s. 318.

³⁴² TEKİNAY, Borçlar, s. 56

³⁴³ TUĞ, s. 56.

³⁴⁴ SAYMEN/ELBİR, s. 214; TUĞ, s. 56; İNAN, ALİ NAİM: Borçlar Hukuku, C. I, Ankara 1971, s. 178.

ccc- İstisnalar

TBK m. 14/II’de, “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” şeklinde bir hüküm yer almaktadır. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, borç altına girenin imzasının olması kaydıyla mektup, telgraf, faks veya elektronik imzayla gönderilip saklanan metinler de yazılı şekil kabul edilmektedir³⁴⁵. Doktrinde bu düzenlemenin 818 sayılı Borçlar Kanunu’ndan farklı olarak günümüz ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik ve teknolojik gelişmelere uygun olduğu yerinde olarak belirtilmiştir³⁴⁶.

a’- İmzalı Mektup veya İmzalı Telgrafname

TBK’nın düzenlemesine göre³⁴⁷, imzalı mektup ve telgrafname, yazılı şeklin unsurlarını içermektedir. Bu düzenleme 818 Sayılı Borçlar Kanunu’nda da aynı şekilde yer almaktaydı³⁴⁸.

İmzalı mektupta, mektubu yazanın hakimiyet alanından çıkmış ve karşı tarafa ulaşmış imzalı bir metin bulunmaktadır. Dolayısıyla yazılı şeklin temel iki şartı olan imza ve metin şartı yerine gelmiş olmaktadır³⁴⁹. İmzalı telgrafnamede ise, üçüncü bir kişi olan posta işletmesine teslim edilmiş bir imzalı metin söz konusu olduğundan yine imza ve metin şartları yerine gelmiş kabul edilmektedir³⁵⁰. Kanunkoyucu her iki durumda da imza şartını

³⁴⁵ OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 149.

³⁴⁶ ANTALYA, Borçlar, s. 331.

³⁴⁷ TBK m. 14/II: Kanunda aksi öngörülmedikçe, imzalı bir mektup, asılları borç altına girenlerce imzalanmış telgraf, teyit edilmiş olmaları kaydıyla faks veya buna benzer iletişim araçları kaydıyla faks veya buna benzer iletişim araçları ya da güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinler de yazılı şekil yerine geçer.

³⁴⁸ 818 sayılı BK m. 13/II: Hilafı kanunda yazılı olmadıkça imzalı bir mektup veya asli borcu üzerine alanlar tarafından imza edilmiş olan telgrafname tahriri şekil makamına kaim olur.

³⁴⁹ ANTALYA, Borçlar, s. 332.

³⁵⁰ ANTALYA, Borçlar, s. 332.

aradığından, yazılmış ancak imzalanmamış mektup veya telgrafnamenin, yazılı şekli yerine getirmeyeceği açıktır.

b'- Teyit Edilmiş Faks

818 Sayılı BK zamanında, faksın yazılı şekil şartını gerçekleştirdiğine ilişkin bir düzenleme yoktu. Ne var ki doktrinde, modern hayatın gereksinimlerini dikkate alarak faksın gönderen bakımından yazılı şekli yerine getirdiğini ifade eden bir görüş mevcuttu³⁵¹. Daha sonra TBK, teknolojik gelişmeler ve günümüz ihtiyaçlarını dikkate alarak faksın da yazılı şekli yerine getirdiğini yerinde olarak düzenlemiştir. Ancak başlıktan da anlaşıldığı gibi, faksın yazılı şekli yerine getirmesi için teyit edilmiş olması şarttır.

Faks, Türkçe sözlükte, yazı, çizgi ve resimleri telefon bağlantısıyla anında tıpkıbasım olarak gönderip alabilen elektronik aygıt olarak tanımlanmıştır³⁵². Faksın başka bir tanımında ise, günümüz teknolojisinin getirdiği bir araç olduğu ve bunun sayesinde bir yerden diğer bir yere yazılı belgenin hemen gönderilebilmesinin (ulaştırılabilmesi) imkan dahiline girdiği ifade edilmiştir³⁵³. Konumuz bakımından bizim dikkate aldığımız tanım ise, “söz konusu aygıtla gönderilmiş yazı, ileti³⁵⁴” şeklindeki tanımdır.

TBK m. 14/II’de düzenlendiği üzere faksın yazılı şekil şartını yerine getirmesi için 3 koşulun gerçekleşmesi gerekir:

- Bir faks gönderilmiş olmalı
- Faks gönderilen taraf, faks cihazından çıktıyı almalı
- Faks teyit edilmiş olmalı

³⁵¹ OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 148.

³⁵² www.tdk.gov.tr (erişim tarihi: 30.03.2013).

³⁵³ YILMAZ, EJDER: Hukuk Sözlüğü, Ankara 2011, s. 355.

³⁵⁴ www.turkcebilgi.com (erişim tarihi: 30.03.2013).

Bu koşullar yerine getirildiği takdirde, kişinin elinde yazılı bir faks metni olacaktır. Burada söz konusu metinde imza koşulunun yerine gelmiş olup olmadığına bakmak gerekir. TBK'nın faksın teyit edilmiş olmasını aramasının nedeni, faks metninde yer alan imzanın ıslak imza olmaması nedeniyle, yazılı şeklin imza koşulunun yerine gelmemiş olmasıdır³⁵⁵. Diğer bir ifadeyle, metindeki imza yazılı şekli gerçekleştirmiş sayılmayacağından TBK m. 14/II faksın teyit edilmiş olmasını aramaktadır. Diğer bir ifadeyle, gönderilen metnin onaylandığı bildirildiğinde, yazılı şekil şartı gerçekleşmiş olacaktır³⁵⁶. Burada faksı kimin teyit edeceği noktasında iki farklı olasılık ele alınabilir.

İlk yaklaşımda, faksı teslim alan kişinin teyidine ihtiyaç duyulduğu söylenebilir. TBK Gerekçesinde de “Ancak, söz konusu iletişim araçlarıyla gönderilen metinlerin yazılı şekil yerine geçmesi için, bunları alanlar tarafından teyit edilmiş olması şarttır” denilerek faksı alanın teyidinin gerektiği söylenmiştir³⁵⁷. Öğretide de genel olarak bu yaklaşımın benimsendiği gözlemlenmektedir³⁵⁸. Ancak bu bakış açısı, faksı gönderdiği düşünülen kişi bakımından önemli bir riskin doğmasına yol açacaktır. Faksı alan kişinin kendisine gönderide bulunduğunu sandığı kişi, faks metniyle hiç bir alakası olmayan ve bir dolandırıcılık faaliyetinde bilgileri kullanılmış bir başka kişi olabilir. Bu durumda sözleşmenin faksı alanın teyidiyle kurulduğunu kabul etmek, bu kişinin (faksı gönderdiği zannedilen) kendisinin yaratmadığı, sebep olmadığı bir risk alanının onun aleyhine sonuç doğurmuş olmasına izin vermek anlamına gelir³⁵⁹.

³⁵⁵ ANTALYA, Borçlar, s. 332-333.

³⁵⁶ OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 149.

³⁵⁷ <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf> (Erişim Tarihi: 02.02.2014).

³⁵⁸ OĞUZMAN/ÖZ, C: I, s. 154; ÖZ, TURGUT: “Sözleşmelerin Kurulması ve Geçerliliği”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler, Tebliğler, İstanbul 2012, s. 21.

³⁵⁹ KAPANCI, s. 419.

İkinci yaklaşım ise, faksı gönderen kişinin teyidine ihtiyaç duyulmasıdır. Bu durumda yukarıda ilk yaklaşımda gönderen bakımından sözü edilen tehlikeyi bertaraf etmek mümkün olacaktır. Yalnız bu durumda kuralın niteliği ile ilgili de şu açıklamayı yapmak gerekir: Eğer faksı gönderenin teyidinin gerektiği kabul edilecek olursa, getirilen şekil kuralı sadece irade beyanının hükümlerini doğurmaya başladığı an bakımından bir öncelenme sağlayacak³⁶⁰, bunun dışında pratik bir faydası olmayacaktır. Şöyle ki, yazılı olarak yapılmış bir öneriye karşı faks yoluyla kabul beyanı gönderildiğinde, orijinalinin gönderilmesiyle (teyidin verilmesiyle) beraber kabul beyanı faksın vardığı andan itibaren geçerli olacağından, sözleşme de faksın gönderildiği tarihten itibaren hükümlerini doğurmaya başlayacaktır (TBK m. 11). Ne var ki teyit gönderilmediği takdirde faks metnindeki kabulün herhangi bir fonksiyonu olduğundan söz edilemeyecektir.

Metnin onayının hangi araçlarla yerine getirileceği de hükümde açıklanmamıştır. Bir görüşe göre, faksı alanın bir başka faks göndermek suretiyle teyitte bulunabileceği kabul edilmelidir³⁶¹. Bir diğer görüş ise, faksı alanın herhangi bir şekilde örneğin telefon ya da başka bir iletişim aracı yoluyla teyidi sağlamasının mümkün yönündedir³⁶².

BURCUOĞLU ise imza ve teyit edilme bakımından, Elektronik İmza Kanunun'un zaten var olduğunu, sadece faks bakımından da bu düzenlemenin getirildiğini ifade ederek, bu anlamda önemli bir değişikliğin olmadığını, önemli olan noktanın faksın nasıl teyit edilmiş sayılacağı olduğunu ifade etmektedir. BURCUOĞLU, teyidin nasıl yapılacağına ilişkin olarak; risk altına girmemek için örneğin 4 sayfalık bir sözleşmenin fakslanması durumunda

³⁶⁰ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar, C. I, s. 300.

³⁶¹ OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 154.

³⁶² YENİOCAK, UMUT: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklik ve Yenilikler, İstanbul 2011, s. 18.

karşı tarafın 4 sayfanın da altına “alınmıştır” diye yazıp imzalanıp faksı yollayan tarafa geri gönderilmesinin gerekli olduğunu ifade etmektedir³⁶³.

f c’- Teyit Edilmiş Faksa Benzer İletişim Araçları

TBK m. 14/II’ye göre, teyit edilmiş olmaları kaydıyla faks veya buna benzer iletişim araçları da yazılı şekil yerine geçer. Ne var ki fıkraya göre sadece gönderilme yeterli olmayıp, gönderilen metinlerin saklanabilir olması da gereklidir. Buradan hareketle söz konusu durumun gerçekleşmesi için aşağıdaki koşulların bir araya gelmesi gerekir:

- Metin faks benzeri iletişim araçlarıyla gönderilmiş olmalı
- Gönderilen metin saklanabilir olmalı
- Metin teyit edilmiş olmalı

Burada üzerinde durulması gereken bir diğer nokta da, teleks mesajının metninin yazılı şekli sağlayıp sağlamadığıdır. 818 Sayılı BK zamanında doktrinde bu konuda görüş ayrılığı mevcuttu. TBK m. 14’ün metninde “teleks” ifadesi kullanılmamıştır. Bununla beraber, telekste metnin teyit edilmiş olması şartıyla “teyit edilmiş faksa benzer iletişim araçları”

³⁶³ Yazar faksın teyit edilmesi konusunda “nasıl teyit aranır dersenez; ben şahsen faksla sözleşme kuruyor olsam risk altına girmemek için şöyle bir teyit beklerim efendim 4 sayfalık bir sözleşme mi fakslıyorum karşı tarafa 4 say- fasının da altına alınmıştır diye yazılıp karşı tarafça imzalanıp bana geri gön- derilmesini beklerim. Sebebi şu; bana sorarsanız sadece bana gönderdiğiniz 4 sayfalık sözleşmeyi aldım diye bir teyit dahi benim için beni yeteri derecede tatmin etmiyor. Çünkü 4 sayfanın içerisinde ne olduğu konusunda yine sıkıntı çıkabilecektir. O nedenle hem aşırı bir yük getirmediği için, hem de büyük bir güvence, hukuki güvence sağladığı için ben bu şekilde bir teyidin en garantili yol olduğunu düşünüyorum. Kaç sayfa göndermişsem aynı sayfayı bir daha fakslasın toplam 3 dakika daha alacaktır. Yani herhalde o kadar zamanları da vardır bekleyecek. Ve her zaman için yine de şunu da ilave edelim bu şekilde de sözleşme kurulmuş olsa sonradan acelesi yok sonradan gene ıslak imzalı birer kopyaların alınmasında her zaman yarar vardır tebliğ açısından. Ama bu şekilde teyit edilmiş, faksla kurulmuş bir sözleşmede yazılı şekil şartını artık yerine getirmek için yeterli kabul ediliyor” şeklinde görüş bildirmiştir (Borçlar Kanunu’na Getirilen Yenilikler Sempozyumu, s. 13).

kapsamında değerlendirilmesi mümkündür³⁶⁴. Buradan hareketle yazılı şeklin gerçekleştiğini söylemek mümkün olur.

TBK m. 14/II’de, faksa benzer iletişim araçları denilerek tanımın ucu açık bırakılmış ve sınırlı bir sayım yapılmamıştır. Kanımızca bunun nedeni, kanunkoyucunun teknolojinin günümüzde ulaştığı durumu dikkate alarak bir düzenleme yapmak yerine, teknolojinin daha ileride ulaşacağı durumu da göz önünde tutarak, sayımı sınırlı tutmamayı daha yerinde görmüş olmasıdır. Buradan hareketle, kişinin kendi iradesini açıklayan metni karşı tarafa ileten tüm iletişim araçlarının bu hüküm çerçevesinde değerlendirileceğini söylemek mümkündür. Doktrinde sadece metnin iletilmesinin yeterli olduğu, imzanın iletilmesinin şart olmadığı belirtilmiştir³⁶⁵. Bu nedenle, güvenli imza kullanılmadan gönderilen email, cep telefonu ile gönderilen mesaj, yazı ve görüntü de imza şartını taşımadıkları halde bu fıkra kapsamındadırlar. Burada önemli olan, söz konusu aracın metin yazabiliyor olması ve bu metni karşı tarafa gönderebiliyor olmasıdır³⁶⁶.

d’- Güvenli Elektronik İmzayla Gönderilip Saklanabilen

Metinler

Güvenli elektronik imzayla gönderilip saklanabilen metinler de yazılı şekil şartını yerine getirebilir. Bu durum 5070 Sayılı Elektronik İmza Kanunu’nda düzenlenmiştir. Söz konusu kanunun “güvenli elektronik imzanın hukuki sonucu ve uygulama alanı” başlıklı 5. maddesinde “güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile aynı hukuki sonucu doğurur” hükmü yer almaktadır. Buradan da anlaşıldığı gibi güvenli elektronik imzayla gönderilip saklanan metinler de yazılı şekil şartı yerine getirilebilir. Bunun için; metnin Elektronik İmza Kanunu’na uygun olarak gönderilmesi ve metnin, alan tarafından bilgisayar ortamında

³⁶⁴ OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 148; ANTALYA, Borçlar, s. 333

³⁶⁵ ANTALYA, Borçlar, s. 333.

³⁶⁶ ANTALYA, Borçlar, s. 334.

kaydedilerek saklanması gereklidir. Bu şartların dışında metnin teyit edilmesine gerek yoktur. Kanunkoyucunun bu yönde bir düzenlenme getirmesinin nedeni, TBK m. 14/II ile güvenli imzaya bağlanan hukuki sonucu tamamlamaktır³⁶⁷.

bb- El Yazısı İle Atılma

aaa- Kural

TBK m. 15'te imzanın el yazısıyla atılması kuralı getirilmiştir. Maddeden de anlaşıldığı üzere, imza mutlaka elle atılmalıdır. Burada hedeflenen, imzalayanın mutlaka imzayı şahsen ve bizzat atmasıdır³⁶⁸. Bir kişinin eli zorla tutularak imzası atılmışsa, bu imza onun fiil iradesini ve şahsını ifade etmediği için geçerli olmaz³⁶⁹. Kanımızca burada korkutma hükümlerinin uygulanması gerekir. Bununla birlikte, tamamen bir yardımcı aracılığıyla elin hareket ettirilerek imza atılması halinde de durum aynıdır³⁷⁰.

Burada, ellerini kullanamayan kişilerin ellerinden başka uzuvlarıyla attıkları imzanın geçerli olup olmayacağı üzerinde durmak gerekir. Doktrindeki birtakım yazarlar madde metnini dar yorumlayarak bir kimsenin eli dışındaki bir uzvuyla fiilen imza atsa da, bu imzanın hukuken geçerli olmayacağını ifade etmektedirler³⁷¹. Bu görüşü savunan yazarlar, söz konusu kişileri, imza atmaya muktedir olmayan kişiler sınıfına dahil etmektedirler³⁷². Madde metnini geniş yorumlayan yazarlar ise, borcu üstlenen kişinin herhangi bir uzvuyla attığı imzanın hukuken geçerli olduğunu, çünkü maddede kastedilenin herhangi bir uzuv olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedirler³⁷³. Yine bu görüşü savunan yazarlara

³⁶⁷ **ANTALYA**, Borçlar, s. 334.

³⁶⁸ **EREN**, s. 274.

³⁶⁹ **EREN**, s. 274.

³⁷⁰ **EREN**, s. 274. Bununla birlikte yazar, imzanın imza atanın kişiliğinden kaynaklanmasını önleyip engellemeyen önemsiz yardımlar, imzanın el yazısıyla olma niteliğini engellemez.

³⁷¹ **SAYMEN/ELBİR**, s. 214; **İNAN**, C. I, s. 178.

³⁷² **SAYMEN/ELBİR**, s. 214; **İNAN**, C. I, s. 178.

³⁷³ **TUNÇOMAĞ**, s. 223; **FEYZİOĞLU**, C. I, s. 318, **ESENER**, TURHAN: Borçlar Hukuku, C. I, Ankara 1969, s. 174; **TUĞ**, s. 57.

göre, borç altına giren kişinin kendi isteği dahilinde, üçüncü şahsın onun elini idare ederek attığı imza da hukuken geçerli sayılmalıdır³⁷⁴. Bununla beraber, borç altına girenin rızası olmaksızın elinin zorla tutularak imza attırılması durumunda korkutma söz konusu olur³⁷⁵.

Sözleşmelerde sadece borç altına giren tarafın yani borçlunun imzasının bulunması gereklidir. Sözleşmede taraflardan yalnız birisi borç altına giriyorsa buna “tek taraflı şekil” denirken, iki tarafın da borç altına girdiği sözleşmelerde ise “iki taraflı şekil” söz konusudur³⁷⁶. Bununla birlikte sözleşmeden lehine alacak hakkı doğan kişinin imzasına gerek yoktur.

Son olarak, TBK m. 15’in açık hükmü karşısında mekanik bir araçla atılan imzanın hükümsüz olacağını ifade etmek gerekir. Bununla beraber bu durumun birtakım istisnaları da mevcuttur.

bbb- İstisnalar

a’- Güvenli Elektronik İmza

a.1. Elektronik İmza

Elektronik imza, elektronik sözleşmelerde ıslak imzanın (el yazısıyla atılan imza) kullanılmasının mümkün olmaması nedeniyle 5070 Sayılı Elektronik İmza Kanunu ile getirilmiş bir imza türüdür³⁷⁷. Bu kanundaki tanım, Avrupa Birliği’nin 13.12.1999 tarih ve 1999/93 sayılı Direktifi’ne uygun olarak getirilmiştir³⁷⁸. Burada öncelikle “elektronik belge” kavramının üzerinde durmak gerekir. Elektronik belge, en basit ifadeyle elektronik ortamda

³⁷⁴ TUNÇOMAĞ, s. 223, FEYZİOĞLU, C. I, s. 318; ESENER, Borçlar, s. 174; TUĞ, s. 57.

³⁷⁵ VON TUHR, §30; TUĞ, s. 57.

³⁷⁶ EREN, s. 274.

³⁷⁷ 5070 Sayılı Elektronik İmza Kanunu 23.01.2004 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak 23.07.2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

³⁷⁸ [http://eur-lex.europa.eu/legal-](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:31999L0093&qid=1404386260303&from=EN)

[content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:31999L0093&qid=1404386260303&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:31999L0093&qid=1404386260303&from=EN) (erişim tarihi: 02.07.2014).

sayısal olarak kodlanmış şekilde bulunan elektronik veriler anlamına gelmektedir³⁷⁹. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere elektronik belge dendiğine, internet üzerinden yapılan hukuki işlemler, e-posta yoluyla gönderilen irade beyanları, çeşitli veri taşıyıcılarına kaydedilmiş ve irade açıklaması içeren elektronik veriler aklımıza gelmektedir. Bunlar, bilgisayarın belleğinde veya veri taşıyıcısında kayıtlı veriler (disket, CD vb), bilgisayar ekranında görülen veriler (örneğin kişinin e-posta adresinde saklı veriler) ve bilgisayar çıktısı şeklinde karşımıza çıkarlar. Bilgisayar ekranında görülen veriler; özellikle internetle kurulan sözleşmelerde en çok uygulama alanına sahip elektronik belgeler bu tarz belgelerdir. Bunlar özellikle web sayfaları üzerinden kurulan sözleşmeler ve e-posta yoluyla kurulan sözleşmeler bunların iyi örneklerini oluşturmaktadır. Bu veriler, çok sık kullanılmalarına rağmen hukuki açıdan en zayıf halde bulunan elektronik belgelerdir. Örneğin, e-posta, bir metnin veya verinin internet aracılığıyla bir bilgisayardan diğer bir bilgisayara gönderilmesine hizmet eder. E-posta, fiziksel anlamdaki posta ile gerçekleştirilen gönderme işleminin dijital dünyadaki karşılığını oluşturmaktadır³⁸⁰. Elektronik hukuki işlemlerde, irade açıklamaları, daha çok e-posta şeklinde veya web formları şeklinde gönderilmektedir. Tarafın, kendisine gönderilen bir e-posta çıktısını mahkemeye ibraz etmesi durumunda, vakıanın ispatı konusunda bu çıktının yeterli olmadığı söylenmelidir³⁸¹. Bunun nedeni, e-posta verilerinin tahrif edilebilecek olmasıdır. Bundan başka, e-posta gerçekten o kişi tarafından gönderilmiş olsa bile, alıcının veya üçüncü bir kişinin bu e-posta bir kelime veya bir cümleyi değiştirmiş olması da mümkündür³⁸². Almanya Federal Mahkemesi'nin konuya ilişkin bir kararında, mahkemeye

³⁷⁹ **ERTURGUT**, MİNE: “Elektronik İmza Kanunu Bakımından E-belge ve E-imza”, Bankacılar Dergisi, S: 48, İstanbul 2003, s. 66.

³⁸⁰ **ERTURGUT**, MİNE: Medeni Usul Hukuku'nda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Olarak Değerlendirilmesi, Ankara 2004, s. 37.

³⁸¹ **ERTURGUT**, Elektronik İmzalı Belgeler, s. 37; **SAĞLAM**, İPEK: Elektronik Sözleşmeler, İstanbul 2007, s. 92.

³⁸² **ERTURGUT**, Elektronik İmzalı Belgeler, s. 37.

sunulan e-mail çıktısının değiştirilme ihtimali dikkate alınarak, senetle ispat kurallarının uygulanmayacağı, çıktının, hakimin serbest değerlendirmesine tabi olduğu belirtilmiştir. Karar, e-mail delil değeri hakkında Almanya’da verilmiş ilk karar olma özelliğini göstermektedir. Kararda dikkat edilen temel problem, alıcı tarafından sunulan e-mailin kimden geldiğinin yani e-mailin sadır olduğu kişinin belirlenmesidir. E-mailin kimden sadır olduğu konusunda hiçbir zaman bilgi alınamayacağı şeklinde bir sonuca varılmamalıdır. Özellikle güvenli elektronik imza ile oluşturulmamış e-mailler bakımından da kimliğin tespiti mümkündür³⁸³.

Uygulamada sık sık bir üst kavram olan elektronik imzanın dijital imza ile aynı anlamda kullanıldığını görmek mümkündür. Dijital (sayısal) imza elektronik ortamdaki yazışmalara eklenmek suretiyle imza sahibi olan yazıyı gönderenin kimliğinin ve gönderilen yazının bütünlüğünün korunduğunu doğrulayan bölümdür³⁸⁴. Dijital imza yazının içeriğinin ve imzalayanın gizli anahtarına bağlı kriptografik yöntemle üretildiği için sayısal imzanın doğrulanmasında imzayı oluşturan anahtar olarak kullanılmaktadır³⁸⁵. Sayısal imza, mesaj özetinin şifrelenmesi suretiyle oluşturulmuş bir elektronik veridir ve imza kontrolü sayesinde metnin bütünlüğünün korunup korunmadığı ve içeriğinde değişiklik yapıp yapılmadığı kontrol edilir. Gelişmiş elektronik imzada ise alıcıya gönderilen verinin bütün olarak korunduğu anlaşılmakla birlikte imzalayanın kimliğinin tespiti de mümkün olmaktadır³⁸⁶.

³⁸³ AG Bon, Urt., v.25.10. 2001-3-C 193/01 (**ERTURGUT**, Elektronik İmzalı Belgeler, s. 37’den naklen).

³⁸⁴ **KESER BERBER**, LEYLA: “İmzalıyorum O Halde Varım”, Dijital İmza, Dijital İmza Hakkındaki Yasal Düzenlemeler, Dijital İmzalı Elektronik Belgelerin Hukuki Değeri, TBBD 2000, S.2, s. 507.

³⁸⁵ **BULUR**, ALPER: “ 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümleri Uyarınca E-İspat”, YÜHFD, Prof. Dr. Erhan Adal’a Armağan, C. VIII, S. 2, s. 780.

³⁸⁶ **KESER BERBER**, LEYLA: “İnternet Üzerinden Yapılan İşlemlerde Elektronik Para ve Dijital İmza, Ankara 2002, s. 139.

Elektronik belgeleri Usul Hukuku bakımından kâğıt belgelerden ayıran en temel özellik, elektronik belgelerde en önemli sorunun, belgenin içeriğinin sonradan değiştirilip değiştirilmediğinin tespitinin mümkün olmamasıdır³⁸⁷. Bu nedenle elektronik belgelerde imza sorunu karşımıza çıkar.

Elektronik imza, Elektronik İmzalar İçin Topluluk Çerçevesi konusunda 13 Aralık 1999 tarihli 1999/93/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi'nin 2. maddesindeki tanıma uygun olarak³⁸⁸, Elektronik İmza Kanunu'nun 3. maddesinin b bendinde, "başka bir elektronik veriye eklenen veya elektronik veriyle mantıksal bağlantısı bulunan ve kimlik doğrulamak amacıyla kullanılan elektronik veri" olarak tanımlanmaktadır. Bir başka tanımla elektronik imza, el yazısıyla atılan imzanın doğurduğu hukuki sonuçları elektronik belgeler açısından gerçekleştirmeye yarayan bir şifreleme programı, bir sayısal kombinezyon olarak da ifade edilebilir³⁸⁹. Tanımdaki ifadelerden de anlaşılacağı üzere, elektronik imza, günümüze kadar imzalamak için kullanılan ve ileride kullanılabilecek tüm yöntemleri kapsar bir şekilde hukuki düzenlemeye kavuşmuştur.

a.2.- Güvenli Elektronik İmza

Güvenli elektronik imza, 1999 tarihli 1999/93 AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi'nde tanımlanmamıştır. Bunun yerine Elektronik İmza Kanunu'nun 4. maddesinde tanımlanmıştır. Maddedeki anlatımdan, elektronik imzanın, kişinin elektronik

³⁸⁷ **ERTURGUT**, E-imza, s. 66.

³⁸⁸ Article 2

Definitions

For the purpose of this Directive:

1. "electronic signature" means data in electronic form which are attached to or logically with other electronic data and which serve as a method of authentication

³⁸⁹ **ERTURGUT**, E-imza, s. 68, **SAĞIROĞLU**, ŞEREF/**ALKAN**, MUSTAFA, Elektronik İmza Uygulamaları, İstanbul 2007, s. 53 vd; **ORTA**, MESUT: Elektronik İmza ve Uygulaması, Ankara 2005, s. 136.

ortamda, elektronik işlem veya belgelerde elle attığı imzasıyla aynı hukuki sonuçları doğurması için, bir elektronik veriyi kimliğinin doğrulanması için, imza oluşturma verisini kullanan yazılım veya donanım aracıyla kullanması olduğunu söylemek mümkündür. Elektronik imzaya ihtiyaç duyulmasının nedeni, hukuki işlemlerde güvenlik, kimlik tespiti, inkâr edilmeme gibi özelliklerin sağlanmak istenmesidir³⁹⁰. Zira elektronik ortamda yapılan işlemlerin en azından ıslak imzaya eşdeğer, hukuken bağlayıcı bir ikame imzaya ihtiyaçları vardır³⁹¹. İşte elektronik ortamdaki hukuki işlemlerde imzayı yerine getirmeye elverişli olan imza ise güvenli elektronik imzadır ve güvenli elektronik imzayla imzalanmış belgeler yargılamada senet olarak kullanılabilirler.

Elektronik İmza Kanunu'nun 4. maddesine göre, güvenli elektronik imzada bulunması gereken özellikler şunlardır:

- Münhasıran imza sahibine bağlı olmalı
- Sadece imza sahibinin tasarrufunda bulunan güvenli elektronik imza oluşturma aracı ile oluşturulmuş olmalı
- Nitelikli elektronik sertifikaya dayanarak imza sahibinin kimliğinin tespitini sağlamalı
- İmzalanmış elektronik veride sonradan herhangi bir değişiklik yapıp yapılmadığının tespitini sağlamalıdır.

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, bir elektronik imzanın güvenli imza haline dönüşerek, hukuki sonuç doğurabilmesi için, elektronik sertifika sahibi elektronik imza sahibinin kimliğinin tespitinin mümkün olması ve gönderilen elektronik verinin gönderildiği şekliyle gönderilene ulaşması gerekir. Elektronik imzayı kullananın güvenli bir şekilde

³⁹⁰ ERTURGUT, E-imza, s. 68.

³⁹¹ ERTURGUT, E-İmza, s. 68.

kimliğin tespiti için elektronik işlemle ilgili olarak araya bir üçüncü kişinin girmesi ve işlemin de bu üçüncü kişinin sağlayacağı bir sertifikaya dayanması gerekir. Diğer bir ifadeyle elektronik imza, elektronik sertifikaya dayanılarak kullanılmalıdır. Bunun nedeni, elektronik sertifikanın, elektronik imza sahibinin kimliğinin tespitini mümkün kılmasıdır. Burada elektronik sertifikanın tanımının da yapılması gerekir. Bu tanım 5070 Sayılı Elektronik İmza Kanunu'nun 3. maddesinin 1 bendinde yapılmıştır. Bu tanıma göre elektronik sertifika, imza sahibinin imza doğrulama verisini ve kimlik bilgilerini birbirine bağlayan elektronik kayıttır. Güvenli elektronik imza kullanmak isteyenler, yetkili elektronik sertifika hizmet sağlayıcılarına başvurmalıdırlar.

Güvenli elektronik imzanın bir diğer unsuru da, gönderilen elektronik verinin, elektronik şekliyle alıcıya ulaşmasının gerekli olduğudur. Bunun yerine gelmesi için de, mesajın gönderildiği şekliyle tam ve doğru olarak gönderilene ulaşmasını sağlayacak bir elektronik sistemin kurulması gereklidir³⁹².

a.3.- Güvenli Elektronik İmzaya Bağlanan Hukuki Sonuçlar

Elektronik İmza Kanunu'nun kabul edilmesiyle, elektronik imza ve güvenli elektronik imza kavramları hukukumuzda girmiş ve Elektronik İmza Kanunu'na paralel olarak başta Borçlar Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu olmak üzere belli başlı kanunlarda konuya ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.

İlk olarak konuya ilişkin düzenleme yine EİK'nda yer almaktadır. Kanunun 5. maddesinin birinci fıkrasına göre, “güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile aynı hukuki sonucu doğurur” denilerek, bu kuralın istisnalarına da aynı maddenin ikinci fıkrasında yer verilmiştir. Bu istisnalardan ilki, kanunların resmi şekil zorunluluğu getirdiği hukuki

³⁹² ANTALYA, Borçlar, s. 337.

işlemlerdir. Bu madde uyarınca resmi şeklin şart koşulduğu taşınmaz satımı, ipotek tesisi gibi hukuki işlemlerde güvenli elektronik imza kullanılması mümkün değildir. Güvenli elektronik imzanın elle atılan imzanın hukuki sonuçlarını doğurmasının bir diğer istisnası da, yine EİK m. 5/II’te belirtilmiştir. Maddeye göre, teminat sözleşmelerinin elektronik imza ile gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Buradan hareketle rehin hakkı tesis etmeye ilişkin her türlü sözleşme ile şahsi teminat sözleşmesi olan kefalet sözleşmelerinin de elektronik imzayla gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Bu istisnalar dışında, güvenli elektronik imzanın ıslak imza ile aynı sonuçları doğurduğunu söylemek gerekir.

Güvenli elektronik imzanın elle atılan imza ile aynı hukuki sonuçları doğurduğunun Elektronik İmza Kanunu ile getirilmesiyle Türk Borçlar Kanunu’nda da, buna paralel bir hüküm getirilmiştir. Buna göre, 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 (TBK m. 14/II). TBK’nın kabulünden önce yürürlükte olan 818 sayılı Borçlar Kanunu zamanında da, kanunun 14. maddesinin birinci fıkrasına da ”güvenli elektronik imza elle atılan imza ile aynı ispat günü haizdir” cümlesi eklenerek, Elektronik İmza Kanunu’yla paralellik sağlanmıştır.

a.4. Usul ve İcra Hukuku Bakımından Güvenli Elektronik İmza

Medeni Usul Hukuku bakımından güvenli elektronik imza ele alınırken ilk olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 205. maddesinin 2 numaralı bendine bakmak gerekir. Söz konusu hükme göre, usulüne göre güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik veriler, senet hükmündedir. Maddede güvenli elektronik imza ile oluşturulan belgeler için doğrudan “adi senettir” ifadesi yerine “adi senet hükmündedir” ifadesinin tercih edildiği göze

çarpmaktadır. Bunun nedeni, güvenli elektronik imzanın dar ve teknik anlamda senet adi senet olmamasıdır. Bu tür belgelerin oluşturulması ve ibrası adi senetlerden farklılık gösterir³⁹³. Bu nedenle adi senetle aynı ispat gücünde olmasına rağmen doğrudan adi senet olarak kabulü uygun görülmemiştir³⁹⁴.

Bununla beraber, yine aynı kanunda, uyumsuzluk konusu vakıaları ispata elverişli elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcılarının belge olarak kabul edileceği belirtilmiştir (HMK m. 199-1). Son olarak, HMK'na göre, güvenli elektronik imzalı belgenin inkârının da sonucu düzenlenmiştir. Maddeye göre, güvenli elektronik imzayla oluşturulmuş verinin inkârı halinde, hakim tarafından veriyi inkâr eden taraf dinlendikten sonra bir kanaate varılamamışsa, bilirkişi incelemesine başvurulur (HMK m. 210).

Güvenli elektronik imzaya İcra Hukuku açısından bakıldığında, ilk olarak, güvenli elektronik imzalı belgelerin İcra ve İflas Kanunu'nun 68. maddesi uyarınca, itirazın kesin kaldırılması bakımından imzası ikrar edilmiş belge sayılıp sayılmayacağına bakmak gerekir. Burada öncelikle, elektronik belgelerin senet özelliği taşıyıp taşımadığına değinilmelidir. Eğer ki, elektronik imzalı belgelerin senet niteliği taşıdığını kabul edersek, bu belgeyi imzalayan kişinin imzasını ikrar etmesi halinde bu belgenin İİK m. 68 anlamında belge sayıldığını söylemek mümkün olur. Bunun yanı sıra, imzası ikrar edilmiş elektronik belgenin senet özelliklerini taşıması sebebiyle itirazın kaldırılmasında incelenmesi de mümkün olmayacaktır.

³⁹³ UYGUR, s. 267.

³⁹⁴ UYGUR, s. 267.

b'- İmzanın El Yazısı Dışından Bir Araçla Atılması

TBK m. 15/I'de, imzanın borç altına girenin el yazısıyla atılmasının zorunlu olduğu belirtilmiştir. Bu durumun bir diğer istisnası maddenin devamında düzenlenmiştir. Maddeye göre, imzanın el yazısı dışında bir araçla atılması, ancak örf ve adetçe kabul edilen durumlarda ve özellikle çok sayıda çıkarılan kıymetli evrakın imzalanmasında yeterli sayılır (TBK m. 15/II). Bununla beraber, TTK m. 776, 778 ve 818'de ticari senetlerde (poliçe, bono ve çekte) imzanın başka bir araçla atılmasına imkan tanınmamıştır. Dolayısıyla burada kastedilen kambiyo senetleri dışındaki kıymetli evraktır. Bu durumda ilk akla gelen halka açık anonim şirketlerin halka arz ettikleri hisse senetleridir. Çok sayıda çıkarılan hisse senetlerinin tek tek imzalanması ticari hayatta pratik olmayacağından, hisse senetlerinde imza el yazısı dışında bir araçla atılabilir. Onun dışında imza, bizzat borç altına girenin el yazısıyla atılmalıdır.

c'- Görme Engelliler İçin Tanınan İmkan

c.1. Türk Borçlar Kanunu'na Göre

TBK m. 15/III'te 6111 Sayılı Kanun'la getirilen değişiklikten önce, usulüne göre onaylanmadıkça veya imza ettikleri sırada metnin içeriğini bildikleri ispat edilmedikçe görme engellilerin imzalarının onları bağlamayacağı hükme bağlanmıştı. Ne var ki 6111 Sayılı Kanun'un 213. maddesiyle getirilen değişiklikten sonra görme engellilerin talepleri halinde imzalarında şahit aranacağı düzenlenmiştir³⁹⁵. Aksi takdirde görme engellilerin imzalarını el yazısıyla atmaları yeterli görülmektedir.

³⁹⁵ Madde 213: 11/01/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 15. maddesinin üçüncü fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir:

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

Buna göre, imza atabilen görme engellilerin TBK m. 14, diğerlerinin ise TBK m. 15'e tabi olduklarını söylemek gerekir³⁹⁶. 2005 yılında 5378 sayılı Kanunla Noterlik Kanunu'nda yapılan değişiklik sonucu NK m. 75/II'de açıkça "imza atabilen görme engelliler"den söz edildiği için doktrindeki bu görüşün de bu maddeyi destekler nitelikte olduğunu düşünmekteyiz. Kısaca, görme engellilerin iki kategoriye ayrılarak incelenmesi yerinde olacaktır.

Eski BK'nın yürürlükte olduğu dönemde BK m. 14/III'te görme engelliler için şu şekilde bir hüküm yer almaktaydı: "Amaların imzaları usulen tasdik olunmadıkça yahut imza ettikleri zaman muamelenin metnine vakif oldukları sabit olmadıkça onları ilzam etmez". Buna göre, görme engellinin okuma yazma bilmesi ve imza atabilmesi halinde attığı imzanın usulüne göre onaylanması veya metnin içeriğini bildiğinin kanıtlanması gerekmektedir. Buna karşılık imza atamayan görme engellilerin işlem yapmaları halinde ise imzalarıyla ilgili olarak imza yerine usulüne uygun bir biçimde onaylanmış bir işaret, mühür veya parmak izi kullanılacağı kabul edilmekteydi³⁹⁷. TBK madde 15'e 6111 sayılı kanunla getirilen değişiklikle görme engellilerin durumu NK'ya paralel hale getirilmiştir.

c.2 Noterlik Kanunu'na Göre

İşitme, konuşma veya görme özürlü olan kişi notere başvurarak Noterlik Kanunu m. 73'e göre beyanda bulunabilir. Noter kişinin bir özrünün olduğunu anlarsa işlemler iki tanık huzurunda yapılır. Başvuran kişinin işitme ve konuşma özürlü olması ve kendisiyle yazı ile anlaşma imkânı bulunmaması durumunda işlem yapılırken iki tanığın yanı sıra yeminli

³⁹⁶ **KILIÇOĞLU**, Borçlar, s. 123; **TAŞPINAR AYVAZ**, SEMA: "Türk Borçlar Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun İmza Atamayanlarla İlgili Yeni Düzenlemesine Eleştirel Bir Bakış", AÜHFD, S. 61 (1), Ankara 2012, s. 331; **EREN** ise, imza atamayanlar içerisinde açıkça görme engellilerden söz etmemekle birlikte, TBK m. 14 hükmünün okuma yazma bilen görme engelliler için olduğunu belirtip, TBK m. 15'in ise okuma yazma bilmeyenleri kapsadığını ifade ederek aynı sonuca varmaktadır (s. 250 vd).

³⁹⁷ **KILIÇOĞLU**, Borçlar, s. 105.

tercüman da hazır bulunur. Noter görme özürlü kişinin imzasını da metne alır. Bu duruma “usulen tasdik edilmiş olma” denir. Görme özürlü kişinin imzasını noter huzurunda atıp, imzanın kendisine ait olduğunu açıklaması durumunda imzanın o kişiye ait olduğu bir şerhle belgelenmiş olur (NK m. 90/I, m. 91).

Noterlik Kanunu m. 73 imza atabilen görme engelliler için getirilmiştir. NK m. 75’te ise, imza atamayan görme engelliler için bir düzenleme vardır. Maddenin ikinci fıkrasına göre, bir noterlik işleminde imza atılmış veya imza yerine geçen el işareti yapılmış olmasına rağmen, ilgilisi isterse veya adına işlem yapılan ve imza atabilen görme özürlüler hariç olmak üzere noter veya işlemin niteliği, imzayı atan veya el işaretini yapan şahsın durumu ve kimliği bakımından gerekli görürse, yukarıdaki fıkradaki usul dairesinde ilgili, tanık, tercüman veya bilirkişinin parmağı da bastırılır. Yine aynı fıkra göre, mühür kullanılması halinde parmağın bastırılması zorunludur.

Görüldüğü gibi, hem TBK hükmü hem de Noterlik Kanunu hükümleri birarada değerlendirildiğinde, imza atabilen görme engellinin tanık³⁹⁸ huzurunda işlem yapmayı talep etmemeleri halinde serbestçe işlem yapıp imza atabilecekleri ortaya çıkmaktadır.

d’ - İmza Atamayanların Durumu

“İmza atamayanlar” kavramı, okuma yazma bilmeyenler veya bedensel özürlü oldukları için imza atamayan kişileri kapsar³⁹⁹. Bu kişilerin imzalarını nasıl atacakları TBK m. 16’da hükme bağlanmıştır. Maddeye göre, imza atamayanlar, kambiyo senetlerine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla, imza yerine parmak izi veya usulüne göre onaylanmış

³⁹⁸ İki hüküm arasındaki fark, görme engellinin talebi halinde NK m. 73’te iki tanığın hazır bulundurulması iken, TBK m. 15/III’ün sadece “şahit”ten söz etmesidir.

³⁹⁹ **FEYZİOĞLU**, C. I, s. 328; **TEKİNAY**, Borçlar, s. 114; **İNAN**, C. I , s. 180; **TUNÇOMAĞ**, s. 225; **SAYMEN/ ELBİR**, s. 217.

olması koşuluyla, el ile yapılmış bir işaret veya mühür kullanabilirler. Buna örnek olarak ellerini kaybetmiş, kaza sebebiyle elleri alçıda olanlar, ellerine felç inmiş olanlarla benzer durumda olanlar gösterilebilir⁴⁰⁰. Kambiyo senetlerinin ise bu yolla imzalanması mümkün değildir.

İmza atamayanlar usulen tasdik edilmiş ve el ile yapılmış bir işaretle borçlanma iradelerini açıklarlar. Bu olay ya da davranış imza yerine geçer⁴⁰¹.

TBK'nın yanı sıra Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda da, imza atamayanların durumuna ilişkin bir düzenleme getirilmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, imza atamayanların mühür veya bir alet ya da parmak izi kullanmak suretiyle yapacakları hukuki işlemleri içeren belgelerin senet niteliği taşıyabilmesi, noterler tarafından düzenleme biçiminde oluşturulmasına bağlıdır (HMK m. 206/1).

d.1. Türk Borçlar Kanunu'ndaki düzenleme

TBK'daki düzenlemenin gerçekleşmesi için aşağıdaki koşulların varlığı aranır:

- Kişi imza atamayacak durumda olmalıdır. İmza atabilecek durumda olan kişilerin bu maddeden faydalanması beklenemez. Zaten TBK, istisnai durumlar dışında kişinin el yazısıyla imza atması kuralını getirdiğinden, imza atabilecek durumda olan kişinin bu madde uyarınca parmak izi, mühür veya el ile yapılmış bir işaret yoluyla imza atması mümkün olmaz.
- İmza atamayan kişi, el ile yapılmış bir işaret, mühür veya parmak izi kullanabilir. El işareti, imza yerine geçen bir şekildir. Bu işaret elle yapılmış bir çizgi, geometrik bir şekil veya yazı şeklinde kullanılmayan bir harf veya rakam olabilir.

⁴⁰⁰ ANTALYA, Borçlar, s. 339.

⁴⁰¹ EREN, s. 278.

Bu kişilerin imza yerine herhangi bir işaret kullanmaları mümkün değildir. İmza atamayanlar sadece kanunla belirtildiği şekilde imza yerine mühür, işaret veya parmak izi kullanabilirler. Parmak izi ve el ile yapılmış işaret kişiden çıkan çizimlerdir. Parmak izi kişinin kendi doğal işareti, el ile yapılmış işaret ise kişinin bir madde üzerine çizdiği bir işarettir⁴⁰². Parmak izi ülkemizde yaygın olarak kullanılmaktadır. Parmak izi, kişiye özel olması bakımından ayırıcı bir fonksiyona sahiptir. Bu özelliği gereği parmak izinin ayrıca onaylanmasına gerek kalmamaktadır.

Burada belirtilmesi gereken bir diğer nokta da, parmak izini kullanarak imza atacak olan kişinin burada hangi parmağını kullanacağıdır. Bu konuda TBK m. 16'da herhangi bir açıklama yoktur. Ancak Noterlik Kanunu m. 75 hükmünün kıyasen uygulanması sonucu parmak izi aranılacak parmağın sol elin başparmağı olduğu ifade edilebilir. Bu da mümkün değilse diğer parmaklardan birisinin kullanılması mümkün olur.

- İmza atamayan kişi, elle yapılmış işaret veya mühür kullanma arasında tercihi kendisi yapacaktır⁴⁰³. Ancak bu kişinin seçeceği mühür ya da işaret mutlaka elle yapılmış olmalıdır. Diğer bir ifadeyle elle yapılmamış bir mühür veya işaretin kullanılması TBK m. 16 hükmüne uymaz.

d.2. HMK'daki Düzenleme

HMK m. 206/1'in gerçekleşmesi için aşağıdaki koşulların bulunması gerekir:

- Kişi imza atamayacak durumda olmalıdır. Bu noktada TBK m. 16'daki düzenlemenin gerçekleşmesi için gerekli olan koşullar burada da aranmaktadır.

⁴⁰² TAŞPINAR AYYVAZ, s. 343.

⁴⁰³ ANTALYA, Borçlar, s. 339.

- HMK m. 206/1’de TBK m. 16’dan farklı olarak, bir alet ya da parmak izi kullanılarak atılan imzayı içeren belgenin senet sayılması için noter tarafından düzenleme biçiminde oluşturulması gereklidir. Uygulamada bu konuda ortaya çıkan uyuşmazlıklara bakıldığında büyük ölçüde taşınmaz satışı, taşınmaz devri ve mirasla ilgili hususlar olduğu görülmektedir. O nedenle imza atamayanlar bakımından noterde işlem yapılması güvenceli olacaktır. Buradan da açıkça anlaşılacağı gibi bu hüküm, noterde işlem yapılmasını gerekli tutarak imza atamayanları korumaya yöneliktir⁴⁰⁴. Bu amaçtan ve madde hükmünden açıkça anlaşılacağı üzere kanunun öngördüğü şekilde yapılmayan senet kesin hükümsüz olur. Ne var ki, kesin delille ispat ilkesi nedeniyle başka bir kesin delille bu durumun ispatı mümkün olacaktır⁴⁰⁵.

d.3. TBK ve HMK’teki düzenlemelerin karşılaştırılması

Gerek TBK gerekse HMK ile getirilen düzenlemenin amacı, imza atamayacak durumda olan kişilerin parmak izi, el ile yapılmış bir işaret veya mühür aracılığıyla imza atarak hukuki işlem yapabilmelerinin sağlanmasıdır. Her iki düzenlemede de kanunkoyucu, imza atamayan kişileri, günlük yaşamda sıkça karşılaşılan hukuki işlem yapma durumunda gözetmeyi hedeflemiştir. Her ne kadar kanunkoyucu iki kanun bakımından da aynı hedefi gözetse de, doktrinde, imza atamayanlar için HMK ile getirilen noter tarafından düzenleme biçiminde yapılması hükmünün, TBK’daki hükümle çeliştiğini ileri süren bir görüş vardır⁴⁰⁶. Bu görüşe göre, yakın tarihlerde yürürlüğe giren bu iki kanunda kanunkoyucunun birbiriyle çelişen düzenlemeler yaptığı ve bunun isabetli olmadığı ifade edilmiştir⁴⁰⁷. BK’da imza

⁴⁰⁴ TAŞPINAR AYVAZ, s. 343.

⁴⁰⁵ TAŞPINAR AYVAZ, s. 345.

⁴⁰⁶ TAŞPINAR AYVAZ, s. 348.

⁴⁰⁷ TAŞPINAR AYVAZ, s. 348.

atamayanların usulen onaylanmış bu araçlardan birisini kullanmaları düzenlenmişken, HMK, aslında bu araçların kullanımını gereksiz hale getiren biçimde senedin düzenleme biçiminde resen yapılmasını öngörmüştür. Buradan hareketle her iki kanunun amacı aynı olmakla birlikte, imza atamayanların geçerlilik koşulu olarak usulen onaylanmış araçları kullanabilmelerine ve geçerli bir sözleşme yapabilmelerine rağmen, ispat hukuku bakımından resmi senet aranması gibi amaca uygun olmayan bir sonuç doğmuştur. Buna bağlı olarak, uygulamada aslında imza atamayanların yazılı sözleşme yapabilme özgürlükleri bir anlamda kısıtlanmıştır. Hatta doktrinde bu özgürlüğün kısıtlanmaktan öte tamamen ortadan kaldırıldığını ifade eden bir görüş de vardır⁴⁰⁸.

Burada kanunlar arasındaki hiyerarşiye de bakmak gerekir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Türk Borçlar Kanunu arasında genel – özel kanun ilişkisi yoktur. Bu durumda kanunlar arasında önceki düzenleme – sonraki düzenleme ilişkisi olup olmadığına bakmak gerekir. Bilindiği gibi Türk Borçlar Kanunu 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bununla beraber Hukuk Muhakemeleri Kanunu 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Buradan hareketle aralarında genel – özel kanun ilişkisi olmayan bu iki kanundan Türk Borçlar Kanunu’nun daha sonra yürürlüğe girmiş olması nedeniyle HMK m. 206’yı mülga ettiği sonucunu çıkarmak mümkün olur. Dolayısıyla TBK m. 16 uyarınca imza atamayan kişinin, el ile yapılmış bir işaret, mühür veya parmak izi kullanabileceğini, bunun noter tarafından düzenleme şeklinde yapılmasının gerekli olmadığı sonucuna ulaşılabilir. Ne var ki, doktrinde de haklı olarak belirtildiği üzere⁴⁰⁹ kanunkoyucunun yakın tarihli kanunlarda aynı konuyu düzenlerken daha özenli davranarak birbiriyle çelişen hükümler getirmesinin önüne geçilmesinin gerekli olduğunu söylemek gerekir.

⁴⁰⁸ KILIÇOĞLU, Borçlar, s. 131-132.

⁴⁰⁹ TAŞPINAR AYVAZ, s. 348.

cc- İmzanın Yeri

Borçlar Kanunu, yazılı şekle tabi sözleşmelerde imzanın konulacağı yer hakkında bir hüküm öngörmemiştir. Bununla birlikte imza, irade beyanına kesinlik ve bağlayıcılık sağlayacağından metnin sonuna atılmasının gerekli olduğu söylenebilir⁴¹⁰.

İmzanın bütün metni kapsayacak şekil ve doğrultuda metnin sonuna atılması gerekmektedir. İmza kelimesi Almanca'da "Unterschrif" sözcüğüyle ifade edilir⁴¹¹. Bu kelime "altyazı" anlamındadır. Ancak, doktrinde metnin herhangi başka bir yerine atılan imzanın da geçerli olduğu ifade edilmiştir⁴¹². Kanımızca metnin ortasına veya alışılmışın dışında bir yerine imza atılıyorsa bunun sebebinin anlaşılması gerekir. Özellikle bazı hukuk dallarında imzanın atıldığı yer, sözleşmenin geçerliliği üzerinde doğrudan etkilidir. Buna örnek olarak kambiyo senetlerinde senedin ön yüzüne keşideci dışında atılan her imzanın aval sayılması gösterilebilir.

Burada belirtilmesi gereken bir diğer nokta da, metnin altı imzalandıktan sonra, imzanın altına eklenen ilavelerin imza onları kapsamadığından geçerli sayılmayacaklarıdır⁴¹³. Ne var bazı durumlarda metne sonradan ilaveler yapılması veya metindeki birtakım şeylerin çıkarılması gerekmektedir. Bu durumda, ilave yapılan veya çıkarılan kısmın, iradesini ortaya

⁴¹⁰ EREN, s. 279.

⁴¹¹ Alman doktrinindeki bir görüşe göre, şayet senet metninde onu düzenleyen anlaşılmıyorsa bu durumda imza zorunludur. Buradan hareketle senet metninden borçlunun teşhis edilebildiği durumda, bu senet borçlunun imzasını taşımasa bile, geçerli sayılmalıdır. Ancak bu görüş azınlıktadır, DELİDUMAN, Senetler ve Yazılı Şekil, s. 417.

⁴¹² ELDENİZ, GÜLPERİ: "Şekle Bağlı Sözleşmelerde İmza", Ankara Barosu Dergisi, 2008, s. 41.

⁴¹³ İsviçre Federal Mahkemesi konuya ilişkin bir kararında şu yönde görüş bildirmiştir: "İmzanın mutlaka güç kazandıracağı metnin altında yer alması gerekmekte, metin son kelimesinin yanında, ya da metin (altta imzaya yer bırakmayacak biçimde) tamamen doldurulmuş bulunduğu sözleşmenin son sayfasının kenarına atılması halinde de, amacını gerçekleştireceği kabul edilmektedir. Bununla beraber imzanın yeri bakımından, belgenin muhtevasını kapsamaması, diğer bir deyişle, yazı düzeninde metinden sonra gelmesi zorunludur." (KANETİ, SELİM: İsviçre Federal Mahkemesi'nin Borçlar Hukuku Kararları -1955-1964-, Ankara 1968, s. 14.

koyan kişi tarafından paraflanması veya imzalanması gerekir⁴¹⁴. Aksi takdirde ilave edilen veya metinden çıkarılan kısım geçersiz olur⁴¹⁵.

İmzalanan metnin her zaman tek sayfadan oluşması söz konusu olmayabilir. Metnin birden fazla sayfadan oluşması durumunda, sayfaların birbirini takip etmesi şartıyla, imzanın en son sayfaya atılacağı kabul edilmiştir⁴¹⁶. Yine de uygulamada tüm sayfaların imzalanması veya en azından her sayfanın paraf edilmesi yoluna gidilerek çıkacak muhtemel uyuşmazlıkların önüne geçilmesi hedeflenmektedir.

dd- İmzanın Şekli

İmzanın şekli konusunda Borçlar Kanunu'nda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Konuya ilişkin olarak BK m. 15'te imzanın borç altına girenin el yazısıyla atılmasının zorunlu olduğu ifade edilmiştir. Ancak bu hüküm imzanın şeklini açıklamakta yeterli değildir. Doktrinde, imzanın, şeklinden çok imzayı atarak borç altına giren kişinin bağlanma iradesini ortaya koyan bir işaret olduğu ifade edilmiştir⁴¹⁷. İmza genel olarak iradesini ortaya koyan kişinin adı ve soyadını el yazısıyla yazmasıyla atılır⁴¹⁸. Ancak bu şekilde atılması şart değildir. Kişinin sadece adı, soyadı ya da takma adını yazmasıyla da imza atılmış sayılır⁴¹⁹. Burada önemli olan, imza sahibi kişinin kimliğinin tespit edilebilir olması ve imzanın kişinin borç altına girme iradesini ifade edebilecek şekilde atılmasıdır⁴²⁰. Kişinin imzasını inkâr

⁴¹⁴ ANTALYA, Borçlar, s. 341; TUĞ, s. 61.

⁴¹⁵ OSER/SCHÖNENBERGER, Art.13, no. 8; TUĞ, s. 61.

⁴¹⁶ ALTAŞ, s. 76; EREN, s. 37, OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 152, TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 152-153.

⁴¹⁷ OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 13, N. 11; İNAN, C. I, s. 176; FEYZİOĞLU, C. I, s. 326; ELDENİZ, s. 41.

⁴¹⁸ KILIÇOĞLU, Borçlar, s. 120; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar, C. I, s. 280; ŞEN DOĞRAMACI, s. 135.

⁴¹⁹ TUĞ, s. 63.

⁴²⁰ TUĞ, s. 63; RENDA, NİHAT/ ONURSAN, GALİP: Borçlar Hukuku, C. I, Ankara 1972, s. 1070.

etmesi durumunda yapılacak teknik incelemede imza olarak kullanılan işaretin o kişinin elinden çıkıp çıkmadığı araştırılacaktır. İncelemede o işaretin o kişinin elinden çıktığı anlaşıldığında kişi iradesiyle bağlı olacaktır⁴²¹.

c- Beyaza İmza (Açığa Atılan İmza)

aa- Genel Olarak

Boş bir kağıda atılmış olan imza, daha sonra imza sahibinin beyanına göre üstü doldurulmak suretiyle borçlandırıcı bir işlem, bir sözleşme meydana getirebilir⁴²². Doktrinde çoğunlukla kabul gören görüşe göre böyle bir durumda, yani boşa imza içeren belgenin sonradan doldurulması durumunda istenilen hukuki işlem veya sözleşmenin kurulduğunu ve bunun şekil şartını yerine getirdiği için kural olarak geçerli olduğunu söylemek mümkündür⁴²³.

Beyaza imza 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nda yer almamakla birlikte, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda konuya ilişkin bir düzenleme getirilmiş ve uygulamada ortaya çıkan sorunların önüne geçilmeye çalışılmıştır. Bu maddede, açığa atılan imzanın hükmü ile açığa atılan imzanın üstündeki metnin anlaşmaya aykırı olarak yazıldığına iddia edilmesi durumunda ispat yükü düzenlenmektedir. Maddeye göre, açığa atılan imzanın üzerine sonradan yazılan metnin, imza atanın iradesine uygun olduğu kabul edilir. Durumun özelliği aksini göstermedikçe, yazılan metnin anlaşmaya aykırı olduğunu ispat yükü, açığa imza atana düşer. Ne var ki bu hüküm yasalaşmamıştır. TBMM Genel Kurulu'nda (23 Dönem, 4. Yasama Yılı, 7. Birleşim) 15 Ekim 2009 tarihinde yapılan görüşmede verilen bir önerge ile

⁴²¹ **ELDENİZ**, s. 42.

⁴²² **EREN**, s. 276.

⁴²³ Borçlar Kanunu Tasarısı'nda da yazılan metnin anlaşmaya aykırı olduğunu ispat yükünün, açığa imza atana düştüğünü öngören bir hüküm bulunmaktaydı. Bu hüküm meclisteki görüşmeler sırasında “sorun maddi hukukla değil, ispat hukukuyla ilgilidir” gerekçesiyle madde metninden çıkarılmıştır (**NOMER**, s. 70).

hükmün tasarı metninden çıkarılması teklif edilmiştir⁴²⁴. Ancak söz konusu hüküm yasalaşmamış olsa da; doktrinde genel kabul gören görüşe göre açığa atılan imza, bir inanç ve güven eseri sayılarak sonradan yazılan metnin imza sahibini kural olarak bağlar⁴²⁵. Açığa atılan imzanın üzerine yazılan metnin imza atanın iradesine uygun olduğu kabul edilmektedir⁴²⁶. Bu iddianın aksini ispatlamak, açığa imza atana düşer⁴²⁷.

Beyaza imza boş bir kağıdın altına imza atılması veya başlanıp bitirilmeyen bir senedin, kalan kısmının sonradan doldurulması amacıyla arada boşluk bırakıp kağıdın altını imzalamak şeklinde de olabilir. Beyaza imzanın dayanağı imzayı atan kişinin karşı tarafa duyduğu güven esasına dayanır⁴²⁸. Çoğu zaman beyaza imza atan ile karşı taraf arasında bir anlaşma vardır. Karşı taraf senedi o anlaşmaya uygun olarak doldurmalıdır. Taraflar arasında bir anlaşmazlık olduğu noktada ispat hukuku devreye girer. Doktrinde bu durumun ispatının zor hatta imkansız olduğu ifade edilmiştir⁴²⁹. Beyaza atılan imzanın üstünü dolduran kimse metni, imza atanın iradesine uygun doldurduğu kanaatinde ise sözleşme, imzalı metne göre kurulmuş ve tamamlanmış sayılmalıdır⁴³⁰. Bununla birlikte beyaza imza atanın irade

⁴²⁴ Teklif şu şekildedir: “Maddenin 3. fıkrasında açığa atılan imzanın metnin doldurulması halinde imza edenin iradesine uygun olduğu kuralı getirilmiş, durumun aksini göstermedikçe metnin anlaşmaya aykırı olduğunu ispat yükünün imza sahibine ait olduğu kabul edilmiştir. Bu düzenleme ile, adeta açığa atılan imzalı boş belgenin üzerinin doldurulması meşru hale getirilmektedir. Bu hükmün yasadan çıkarılması gerekir. Çünkü bu sorun maddi hukukla değil, ispat hukukuyla ilgilidir.” (HELVACI, İLHAN: Yeni Türk Borçlar Kanunu, İstanbul 2011, s. 69).

⁴²⁵ VON TUHR, §30; TEKİNAY, Borçlar, s. 111; TUNÇOMAĞ, s. 228; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 13, N. 9; FEYZİOĞLU, s. C.I, s. 221; ANTALYA, Borçlar, s. 341; TUĞ, s.61.

⁴²⁶ ANTALYA, Borçlar, s. 341.

⁴²⁷ ANTALYA, Borçlar, s. 341.

⁴²⁸ EREN, s. 276.

⁴²⁹ EREN, s. 276.

⁴³⁰ OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 85.

beyanın metnin yazılması ile tamamlandığı, doldurulan metnin iradeye uygun olmaması halinde, hata hükümlerine gidilmesinin mümkün olduğunu söylemek gerekir⁴³¹.

Yargıtay da, konuya ilişkin olarak 1965 tarihinde verdiği bir kararın yanı sıra, 1989 tarihli bir içtihadı birleştirme kararında da beyaza imzayla ilgili görüş bildirmiştir⁴³².

Açığa atılan imzada, boş bir kağıda veya buna benzer diğer maddelere atılan imzaların üstünün sonradan doldurulup, imzayı atan kişinin borçlu gösterilmesi, diğer bir ifadeyle imzanın atılmış olduğu kağıdın borç senedine dönüştürülmesi söz konusudur. Burada, yazılmış olan metnin o metindeki imzayı atanın iradesine uygun olduğu adi karine olarak kabul edilmiştir. Buradan hareketle, aksi anlaşılmadıkça sonradan yazılan metnin anlaşmaya aykırı olduğunu ispat yükü, açığa imza atandadır.

Beyaza imza atan imza anında karşı tarafın senedi anlaşmaya aykırı olarak doldurabileceğini hesap edebileceği için onun korunması söz konusu olmaz. Burada beyaza imza atılan senedin anlaşmaya aykırı olarak doldurulması durumunda ne olacağı sorusu akla gelebilir. O durumda da, beyaza imza atan yanlış sayılmaz ve fakat karşı taraf güveni kötüye kullanmış olmaktadır. Beyaza imza atanın burada yanlış hükümlerine başvuramayacak olmasının nedeni, beyaza imza atarken metnin içeriği hakkında bilgi sahibi olmamasıdır.

bb- Beyaza İmzada İspat

Yukarıda da ifade edildiği gibi beyaza imza durumunda, irade açıklamasında bulunan ve genellikle borç altına giren kimse henüz senet metni oluşturulmadığı aşamada boş bir kağıdı imzalamaktadır. Bu durumda, imzalı belgenin anlaşmaya aykırı olarak doldurulması

⁴³¹ Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, NECİP: Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul 1968, s.35 vd.

⁴³² Söz konusu kararlara “Beyaza İmzada İspat” başlığı altında detaylıca değinilecektir (s. 103 vd).

söz konusu olursa, bunu iddia eden imza sahibinin bu durumu nasıl ispatlayacağı üzerinde durmak gerekir.

Söz konusu durumda ispatın nasıl yapılacağını Ceza Yargılaması ve Hukuk Yargılamasına göre iki ayrı şekilde ele almak gerekir. Hukuk Yargılaması bakımından ilk olarak, imza sahibinin, imzalı belgeyi karşı tarafın, aralarındaki anlaşmaya uygun olarak dolduracağına inanarak vermesi durumunda, karşı tarafın inancı kötüye kullanarak belgeyi anlaşmaya aykırı olarak doldurması halinde, yazılı delilin arandığını söylemek gerekir⁴³³. Yargıtay'ın da görüşü bu yöndedir⁴³⁴. İmzalı boş belgenin aldatma yoluyla ele geçirilmesi durumunda ise, belge imza sahibinin iradesiyle verilmemiş olduğundan hakimin bu iddiayı ciddi bulması durumunda tanık dinlemesi mümkün olur. Eğer tanık dinlenmesi söz konusu olmazsa, uyuşmazlık yeminle çözümlenebilir⁴³⁵. Görüldüğü gibi aldatma durumunda yazılı delille ispat şartı aranmamaktadır. Zira burada, beyaza imza aldatma ile elde edilmiş olduğundan, karşı tarafın imzayı atanın iradesinin bu yönde olduğu konusunda haklı bir güvene sahip olması mümkün değildir⁴³⁶.

Yukarıda da belirtildiği gibi, senetle ispat kuralı çerçevesinde, taraflar, senet metni ile ilgili ya da başka unsurlara yönelik herhangi bir itirazda bulunmak isterlerse bunu ancak senetle gerçekleştirebilirler. Bununla birlikte, ceza yargılaması bakımından kural olarak hakim her türlü delile başvurabilir. Bunun nedeni, ceza yargılamasında maddi gerçeğin

⁴³³ **RENDİ/ONURSAN**, s. 1068 vd; **TUĞ**, s. 63; **ÖCAL**, AKAR: “Beyaza İmzada İspat Şekli”, AD, Ankara 1962, s. 3-4; s.422.

⁴³⁴ Y 4 HD, 13.07.1965 T., 1965/1383 E., 1965/3753 K. “...itimada müstenit bu gibi muamelelerde imzayı veren, karşı tarafın hilesine maruz kaldığını iddia edemeyeceğine, hata da söz konusu olmayacağına göre, usulün 293/V. maddesi gereğince tanık dinlemek iddianın ispatına da yer verilemez (**RENDİ/ONURSAN**, s. 1084-1085).

⁴³⁵ Y 4 HD, 20.12.1971 T., 1971/9204 E., 1971/10742 K. (**RENDİ/ONURSAN**, s. 1084).

⁴³⁶ **OĞUZMAN/ÖZ**, C. I, s. 85.

araştırılıyor olmasıdır⁴³⁷. Buradan hareketle, ceza yargılamasında delil serbestisinin neredeyse yargılamanın tamamına hakim olduğunu söylemek mümkün olur⁴³⁸. Ceza yargılaması bakımından önemli olan nokta, delilin güvenilirliği ve sağlamlığıdır. Dolayısıyla bütün deliller hakim tarafından değerlendirmeye alınır⁴³⁹.

Medeni Yargılama Hukuku ve Ceza Yargılaması Hukuku arasındaki bu farklılık nedeniyle beyaza imza konusunun da iki yargılama türü bakımından ayrı ayrı ele alınması gerekli olmaktadır. Burada Yargıtay'ın 1989 tarihinde verdiği İçtihadı Birleştirme Kararını incelemek gerekir.

aaa- 1965 Tarihli Yargıtay Kararı

Yargıtay 1965 tarihinde verdiği kararda beyaza imzaya ilişkin olarak “boş kağıda imza ettiğini iddia eden kimse, kağıdın aralarındaki anlaşmaya aykırı olarak kendisine zarar verecek şekilde doldurulduğunu tanıkla ispat edemez” şeklinde görüş bildirmiştir⁴⁴⁰. Doktrinde her ne kadar taraflar arasında bir anlaşmazlık olduğu noktada ispat hukukunun devreye gireceği ve bu durumun da ispatının zor hatta imkansız olduğu ifade edilmiş olsa da⁴⁴¹, Yargıtay'ın bu kararı da tam olarak konuya açıklık getirmemiş ve özellikle İş Hukuku uygulamasında sorunlar ortaya çıkarmıştır. Bu nedenle Yargıtay 1989 tarihinde konuya ilişkin olarak bir içtihadı birleştirme kararı vermiştir.

⁴³⁷ **ÖZTÜRK**, BAHİRİ: Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları, Ankara 1995, s. 4; **MALKOÇ**, İSMAİL/ **GÜLER**, MAHMUT: Ticari Senetler ve Suçlar, Ankara 1989, s. 339; **ÜNVER**, YENER: “Ceza Yargılaması Hukukunda İspata İlişkin Bir Yargıtay İBK'nın İncelenmesi”, İÜHFD, C. 55, S. 1-2, 1995-1996 İstanbul, s. 188, aksi görüş için bkz. **ÜNVER**, s. 196.

⁴³⁸ **YAVAŞ**, s. 211.

⁴³⁹ **ŞAHİN**, CUMHUR: Ceza Muhakemesinde İspat (Delillerin Doğrudan Doğrualığı İlkesi), Ankara 2001, s. 46.

⁴⁴⁰ Y 14. HD, 13.07.1965 T, 1965/1383 E, 1965/3753 K (**EREN**, s. 276, dn. 44).

⁴⁴¹ **EREN**, s. 276.

bbb- 1989 Tarihli İctihadı Birleştirme Kararı

1989 tarihinde Yargıtay Büyük Genel Kurulu, doktrinde tartışmalar yaratan bir karar vermiştir. Karara değinmeden önce bu kararın senet metninin iradeye aykırı olarak tamamlanmış veya doldurulmuş olması halinin ceza yargılamasında ancak senetle ispat edilebileceğini açıkladığını belirtmek gerekir⁴⁴². Diğer bir ifadeyle söz konusu karardaki esas sorun, boş kağıdın aradaki anlaşmaya aykırı olarak senet biçimine getirilmesinin suç oluşturduğu iddiasıyla açılan ceza davasında iddianın ispatı açısından olayda tanık dinlenip dinlenemeyeceğidir.

Söz konusu İctihadı Birleştirme Kararında, “imzalı ve yazısız bir kağıda sahibinin zararına olarak hukukça hükmü haiz bir muamele yazıldığı veya yazdırıldığı iddiasıyla Türk Ceza Kanunu’nun 509. maddesine dayanılarak şikayet üzerine açılan ceza davasında sanığa yüklenen bu eylem, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun cevaz verdiği ayırık durumlar dışında tanıkla ispat edilemez” şeklinde bir sonuca varılmıştır⁴⁴³. Karara konu olan olayda imzalı boş senedin, sanıkla mağdur arasındaki anlaşmaya aykırı olarak doldurulduğu iddiasıyla açılan kamu davasında sanığın bu eyleminin tanıkla ispat edilip edilemeyeceği konusu tartışmalı olarak kalmıştır. O tarihte yürürlükte olan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 288, 290 314 ve 315. maddeleri uyarınca, gerçek veya tüzel kişiler arasında imzalı boş kağıdın ileride senet biçimine dönüştürölmek üzere verilmesinin mümkün olduğu anlaşılmaktadır. Ancak, bu boş kağıdın, aradaki anlaşmaya aykırı olarak senet biçimine getirilmesinin suç oluşturduğu iddiasıyla açılan ceza davasında iddianın ispatı açısından

⁴⁴² KURU, Usul, C. II, s. 2417-2418; YAVAŞ, s. 219. KURU, “söz konusu İBK emniyeti suiistimal suçuyla ilgilidir. Mağdur (borçlu) tarafından onun rızası ile sanığa (alacaklı) verilmiş olan boş senedin sanıkla mağdur arasındaki anlaşmaya aykırı olarak doldurulduğu iddiasının senetle ispat edilebileceğine ilişkindir. Yazara göre bu durumda imzalı boş kağıt imza sahibi tarafından aralarındaki anlaşmaya uygun olarak doldurması için alacaklıya verilmiş olduğundan sanık ile mağdur arasında güvene dayanan bir işlem söz konusu olmaktadır” (Usul, C.II, s. 2418).

⁴⁴³ YBGK, 24.03.1989 T, 1988/1 E, 1989/2 K, www.sinerjimevzuat.com (Erişim tarihi: 12.12.2014).

olayda tanık dinlenip dinlenemeyeceği konusunda ceza ve hukuk usulü yasaları farklı düzenlemeler getirdiğinden hangi usul hükümleri uygulanmak suretiyle uyuşmazlığın çözümlenebileceği hususunda farklı görüşler bulunmaktadır.

Karara göre önce imzalı boş kağıdın veya açık senedin yahut açık kambiyo senedinin poliçe, bono ve çek borçlu tarafından alacaklıya verilmesinin Türk Hukuku yönünden geçerli olduğunu belirtmek gerekir. Borçlunun sadece imzasını taşıyan ve onun rızası ile alacaklıya verildikten sonra alacaklı tarafından doldurulan bu boş kağıt bir senet olarak meydana çıkmaktadır. HUMK'un 288. maddesine göre, "Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri beşbin lirayı geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerektiği gibi aynı yasanın 290. maddesine göre de, "Senede bağlı olan her çeşit iddiaya karşı defî olarak ileri sürülen ve senedin hüküm ve kuvvetini ortadan kaldıracak veya azaltacak nitelikte bulunan hukuki işlemler tanıkla ispat olunamaz. Nitekim, 12.4.1933 gün ve 31/7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında, senede müstenit olan her nevi iddiaya karşı dermeyan olunacak savunmalarının tanıkla ispatının mümkün olmadığına karar verilmiştir. Karardan açıkça anlaşıldığı üzere imzalı boş kağıdı alacaklıya veren borçlu, diğer tarafa güvenmiştir. Bu güvenin yaratacağı olası tehlikelere ve onun hukuki sonuçlarına borçlunun katlanması gerekir. Burada ortada yazılı bir belge bulunduğuna göre, bu belgenin hüküm ve değerini azaltacak ya da sona erdirecek biçimde ileri sürülen her tür iddianın yine yazılı delillerle ispatı gerekir. Burada ayrıca belirtmek gerekir ki, bu hükümlerden ve İçtihadı Birleştirme Kararından anlaşıldığı üzere, senetle ispat zorunluluğu yalnız hukuki işlemler içindir. Hukuki fiiller ise, tanıkla ispat edilebildiği için bunların senetle ispatı zorunluluğu yoktur.

Bu içtihadı birleştirme kararında üzerinde durulması gereken bir diğer nokta da, ceza yargılamasında delillerin serbestçe değerlendirilebilecek olmasına ilişkin prensibin, imzalı boş kağıdın anlaşma dışı doldurulduğu iddiasının ispatı bakımından da uygulanmaya devam

edilecek olması nedeniyle, hukuk ve ceza yargılaması bakımından farklı sonuçlara ulaşılabilecektir. Bu durum adalet ve hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurur⁴⁴⁴.

ccc- Ceza Usul Hukuku Bakımından Konunun Değerlendirilmesi

Yukarıda da ifade edildiği gibi, ceza yargılamasında delil serbestisi ilkesi geçerlidir⁴⁴⁵. Dolayısıyla Yargıtay Büyük Genel Kurulu’nun verdiği içtihatı birleştirme kararı uyarınca bu alanda senetle ispat kuralının uygulanabilmesi, ceza yargılamasındaki delil serbestliği ilkesine bir istisna olarak değerlendirilebilir. Ceza Hukuku doktrininde genel olarak bu istisnai halin yaratılmasının yerinde olmadığı ifade edilmiştir⁴⁴⁶. Söz konusu kararın karşı oy yazısında da, “Ceza Yargılaması’nda Hukuk Yargılaması’nın aksine, hiç bir kanuni delil kabul edilmemiş ve iddiaların ispat vasıtaları sınırlandırılmamıştır. Ceza hakimi, vicdani kanaatinin oluşmasına engel olan ve Hukuk Yargılamasında öngörülen kanuni delillerle de bağlı değildir. Suçların ve suçluların kovuşturulmasını önleyecek ceza yargılamasının ilkelerinden olan takdiri delil sistemine ters düşen, uygulamada son derece karışıklığa sebebiyet verecek ve özellikle ceza

⁴⁴⁴ Söz konusu Yargıtay İçtihadında, “Ceza ve hukuk mahkemelerinde, sübuta ilişkin bir sorunun çözümünde farklı usul kurallarının uygulanmasının kabulünde farklı sonuçların çıkacağı açıktır. CMUK’un 255. maddesinin alındığı Alman Usulünde bu farklılık yoktur. Çünkü bu ülkede gerek ceza ve gerek hukuk usulünde serbest delil sistemi uygulanmaktadır. Öte yandan, imzalı boş kağıdın anlaşma dışı doldurulduğu iddiasının ceza mahkemesinde serbest delil usulü ve hukuk mahkemesinde ise, istisnalar dışında sınırlı delil usulüne göre çözümünün ve bundan dolayı farklı sonuçların ortaya çıkmasının kabulü adalet ve hakkaniyete aykırı düşer. Bu itibarla, imzalı boş kağıdın anlaşma dışı doldurulduğu iddiasına ilişkin adi hukuka ait sorunun çözümünde, ceza ve hukuk mahkemelerinden verilen kararlarının farklı sonuçlarının uygulamada doğuracağı sakıncaların önlenmesi bakımından, tanıkla ispat konusunda ceza mahkemesinin hukuk mahkemesinin bağlı olduğu usul kurallarını uygulaması gerekir. ... şeklinde görüş bildirilmiştir (YBGK, 24.03.1989 T, 1988/1 E, 1989/2 K, www.sinerjimevzuat.com).

⁴⁴⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. **CENTEL, NUR/ ZAFER, HAMİDE**: Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2014, s. 223; **KUNTER, NURULLAH/ YENİSEY, FERİDUN/ NUHOĞLU, AYŞE**: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2010, s. 538; **TOROSLU, NEVZAT/FEYZİOĞLU, METİN**: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2014, s. 297.

⁴⁴⁶ **KUNTER/YENİSEY**, s. 226.

kakiminin vicdani kanaatinin oluşması için serbestçe delil toplamaktan alıkoyan bu karara karşıym” denilerek karara muhalefet edilmiştir.

Söz konusu karardaki karşı oy yazılarına bakıldığında temel olarak aşağıdaki konular üzerinde durulduğunu ifade etmek mümkün olur:

- Senetle ispat kuralının uygulanması, Ceza Usul Hukuku’nda hakim olan delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesiyle çelişmektedir
- Ceza Usul Hukuku’na senetle ispat kuralının dahil edilmesi düşündürücüdür, zira bu durumda maddi gerçekliğin aranması zarar görebilir.
- Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (Ceza Muhakemesi Kanunu)’nda yer alan delillerin serbestçe ilkesi kamu düzenindendir. Bunun önüne geçilmesi mümkün olmamalıdır.

Bu karşı oy yazısından yola çıkılarak doktrinde de karar eleştirilmiştir. YILDIRIM’a göre, hem bireyin hem toplumun menfaatlerini korumak ancak mutlak hakikatin araştırılmasıyla mümkün olur. Bunun sağlanabilmesi için Ceza Muhakemesi Hukuku’nda serbest delil sistemi getirilmiştir. Ceza davasında her şey delil olabilir ve bunların ispat gücünü bağımsız hakimler serbestçe visdani kanaatlerine göre tespit edebilirler. Serbest delil siteminde tarafların iradesi rol oynamaz. Dolayısıyla HUMK m. 293. maddesi ile hile, hata, gabin, cebir ve ikrah halleri ile cürümden doğmuş olsun olmasın tazminat gerektiren eylemler bakımından tanık dinleme olanağı hukuk hakimine tanınırken ve hatta tanık dinletme yasağı bulunan hallerde dahi karşı tarafın rızası ile hukuk davasında tanık dinlenebilirken, kendisine

her türlü delil toplama yetkisi verilen ceza hakimine tanık dinleme yasağının getirilmesinin hiç bir yasal ve mantıksal dayanağı yoktur⁴⁴⁷.

Bununla birlikte, herhangi bir ceza mahkemesinde delil serbestliği ilkesinin gereklerinin sadece birisinden bile vazgeçmek, o mahkemede ceza mahkemesinin temel felsefeye yapısına aykırı davranmak anlamını taşır⁴⁴⁸. Ayrıca Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Ceza Usul Kanunu’na göre daha genel bir kanun olduğunu söyleyerek böyle bir görüşü savunma imkanı da yoktur çünkü her iki kanun da kendi alanları içinde bağımsız birer genel kanundurlar . Bu nedenle aralarında öncelik sonralık ya da genel özel kanun ilişkisi kurmak doğru olmaz⁴⁴⁹. Her ne kadar ceza yargılamasındaki amaç, maddi gerçekliğe ulaşmak olarak ifade edilmiş olsa da, buradaki amacın her şeye rağmen ve bütün değerlerin ihlali pahasına maddi gerçeğe ulaşmak olmadığı ifade edilmelidir. Buradaki sınırın kapsamında yargılama, yargılamadaki bütün yargılama yöntemleri, işlemleri, ispat araç ve kuralları, hakimin delil araştırma yetkisi ve delilleri değerlendirme yetkisi de girmektedir.

ccc- Medeni Usul Hukuku Bakımından Konunun Değerlendirilmesi

Söz konusu kararın ışığında Medeni Usul Hukuku doktrininin beyaza imza durumunda tanıkla ispata ilişkin olarak görüşlerine baktığımızda, baskın görüşün beyaza imza durumunda beyaza imza atan kişinin tanık dinletmesinin mümkün olmayacağı yönünde olduğunu görmekteyiz. İlk olarak POSTACIOĞLU’na baktığımızda yazarın, beyaza imza durumunda senetle ispat kuralının büyük ölçüde önemini kaybedecek bir anlayışla tanık deliline

⁴⁴⁷ **YILDIRIM, KAMİL**: “Senetle İspat Kuralının Türk Medeni Yargılama Hukukundaki Önemi”, İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2001, s. 137; **BELGESAY, MUSTAFA REŞİT**, Hukuk ve Ceza Muhakemesinde Deliller, İstanbul 1940, s. 137-138.

⁴⁴⁸ **MALKOÇ/GÜLER**, s. 339; **ÜNVER**, s. 188.

⁴⁴⁹ **MALKOÇ/GÜLER**, s. 342; **ÜNVER**, s. 190.

başvurulmasının mümkün olmaması gerektiğini ifade ettiğini görüyoruz⁴⁵⁰. Yazara göre, beyaza imza atmak suretiyle kişi önemli bir sorumluluğu ve riski göze almıştır. Dolayısıyla bunun sonuçlarına katlanması gerekir. Beyaza atılan bir imzayı alacaklı anlaşılmaya uygun olarak doldurursa mesele yoktur ancak beyaza imza edilen senet metninin anlaşılmaya aykırı olarak alacaklı tarafından doldurulması halinde, bu durumun borçlu tarafından ileri sürülmesi mümkündür. Ne var ki bu iddianın HUMK m. 290 uyarınca ispat edilmesi gereklidir⁴⁵¹.

KURU ise, bir kimseye güvenilecek o kimse tarafından anlaşıldıkları gibi yazılmak üzere verilmiş olan imzalı boş kağıdın, anlaşılmaya aykırı olarak doldurulması halinde, beyaza imza atan kimsenin bu noktayı tanıkla ispat etmesine imkan olmadığını ifade etmektedir⁴⁵². Yazara göre imzalı kağıt, onu imzalayandan hile ile alınmış olmadığından HUMK m. 293/b.5'in uygulanmasına olanak yoktur. Çünkü burada boş kağıdın imzalanması ve bunun karşı tarafa verilmiş olması hile değil ancak güvenin kötüye kullanılması sayılmalıdır⁴⁵³. Zira güvenin kötüye kullanılması hile teşkil etmez.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU'na göre ise, HUMK m. 293/b.5'in bu durum bakımından uygulanması mümkündür. Boş metni imzalayan kişi, sonradan imzanın üstüne konulacak ve yaptığı beyanın içeriğini oluşturacak metin hakkında her türlü bilgiye sahiptir. Çünkü o, metnin önceden yapılan anlaşılmaya uygun doldurulacağı kanaati ile hareket etmektedir. Metin bu kanaate aykırı olarak doldurulduğu vakit, imza sahibi gerçek iradesine hiç uymayan içeriğini asla istememiş bulunduğu bir beyan yapmış durumuna düşmektedir. Bu durumda

⁴⁵⁰ POSTACIOĞLU, İLHAN: Şehadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları, İstanbul 1964, s. 232.

⁴⁵¹ POSTACIOĞLU, İspat Memnuiyeti, s. 232. Yazar, beyaza imzanın, imzalayanın iradesinin fesada uğraması halinde söz konusu olması durumunda HUMK m. 293/b.5 uyarınca tanıkla ispatın mümkün olması gerektiğini de ayrıca ifade etmiştir.

⁴⁵² KURU, Usul, C. II, s. 2410.

⁴⁵³ KURU, Usul, C. II, s. 2410.

yanılma hükümlerine başvurabilmesi mümkün olacaktır⁴⁵⁴. Bununla birlikte yazara göre, beyaza imzalı belgeyi karşı tarafa verdiğini iddia eden tarafın bunu yazılı delille ispat etmesi gerekir. Ancak bunun ispat edilmesi halinde HUMK m. 293/b.5'ten yararlanmak mümkün olur.

ÜSTÜNDAĞ göre, imzalanmış senedin karşı tarafa verilmesi veya verilen belgenin anlaşmaya aykırı olarak doldurulmuş olması durumları, arasında fark olmaksızın senetle ispat edilmesi gereken durumlardır. Yanılma ve aldatma unsuruna yer vermeksizin açığa imza hallerinin tanıkla ispatına imkan tanımak söz konusu olursa, aslında tamamen borçlunun eseri olan senetlere yönelik olarak gerçek olmadığı halde açığa imzanın kötüye kullanıldığı iddiasının ileri sürülebilmesine imkan tanınmış olur. Bu durumda, beyaza imza atan kimse, imzanın kötüye kullanılmasından doğan riski üstlenmelidir. Buradan hareketle beyaza imza atan şahsın tanıkla ispat yoluna başvurması ancak iradesinin sakatlanması halinde mümkündür⁴⁵⁵.

YILDIRIM⁴⁵⁶ ve BELGESAY ise, senetle ispat kuralının kamu düzenine ilişkin olması nedeniyle bu kuralın ceza yargılamasında da uygulanmasının gerekli olduğunu, tanık dinletilmesinin ancak aldanma halinde söz konusu olması gerektiğini ifade etmektedirler.

YAVAŞ'a göre ise, Yargıtay'ın senet metninin anlaşmaya aykırı olarak doldurulması ihtimalinde, bu halin senetle ispat edilmesine yönelik karar verilmesine değinilerek ceza yargılamasında deliller alanında istisna yaratılması olumlu olmuştur⁴⁵⁷. Yazara göre, Yargıtay'ın yerinde olarak ifade ettiği gibi, henüz metin mevcut değilken yapılan imza ile mevcut bir metnin imzalanmış olması arasında senedin meydana gelmiş sayılması bakımından

⁴⁵⁴ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hata Kavramı, s. 35 vd. (Aynı yönde bkz. EREN, s. 276).

⁴⁵⁵ ÜSTÜNDAĞ, SAİM: Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2000, s. 662.

⁴⁵⁶ YILDIRIM, Senetle İspat, s. 118.

⁴⁵⁷ YAVAŞ, s. 226-227.

fark yoktur. Burada belirleyici olan nokta bir tarafın diğerk tarafa güvenerek beyaza imza attığı bir belgeyi vermiş olmasıdır. Beyaza imza atan kimse kendi aralarındaki anlaşmaya uygun olarak metnin doldurulacağına inanmış olmaktadır. Ne var ki, özellikle yüksek meblağların söz konusu olduğu bir hukuki işlem söz konusu olduğunda böyle bir durumun kabul her zaman adil sonuçlar yaratmayabilir. Bir sözleşme ile borç altına girmiş kimsenin metnin anlaşmaya aykırı olarak doldurulduğunu tanıkla ispat etme hakkı olacaktır ve bu durum da alacaklının elindeki senedin değerinin ve güvenilirliğinin sorgulanmasına sebep olacaktır ⁴⁵⁸. Yazar haklı olarak, açığa imzalı belgenin anlaşmaya aykırı olarak doldurulduğu iddiasının tanık delili ile ispat edilebilecek olması durumunda alacağı tespit eden senedin, hüküm ve kuvvetini ortadan kaldırmaya ya da zayıflatmaya yönelik böyle bir iddiada aranması gereken yazılı delilden fedakarlık edilmiş olacağını, bunun da böyle bir iddiada bulunana ticari hayatın güvenliğini kolaylıkla riske atma imkanı vereceğini ifade etmektedir⁴⁵⁹.

cc- İş Hukuku Bakımından Beyaza İmza

İş Hukuku'nda beyaza imza, baskı veya hile ile işçinin istifaya zorlanması ya da “boşa imza” şeklinde alınan bir kağıdın sonradan işverence istifa dilekçesi olarak doldurulması şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Burada ispat yükü işçiye düşmektedir⁴⁶⁰.

Burada işçinin beyaza imza ile istifaya zorlanması durumunda işçiye düşen ispat yükü faaliyetinin nasıl yerine getirileceğine ilişkin İş Hukuku Doktrini ve Usul Hukuku Doktrini arasında yer alan tartışmaya değinmek gerekir. Tartışmaya temel teşkil eden bir Yargıtay kararında, Yüksek Mahkeme işçiye beyaza imza şeklinde boş kağıtlara imza attırıldığı ve daha sonra o kağıtların üstlerinin doldurularak işleme konulduğu şeklindeki iddia ile ilgili

⁴⁵⁸ YAVAŞ, s. 227.

⁴⁵⁹ YAVAŞ, s. 227.

⁴⁶⁰ ÖZDEMİR, ERDEM: İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, İstanbul 2006, s. 263.

olarak davacı işçinin tanık sözleri ile iddiasını ispatlamasının HUMK'a uygun olduğunu belirterek tanık sözlerine değer vermeyen yerel mahkeme kararını bozmuştur. Bu kararında Yargıtay, "...Davacı kendisi ve diğer çalışanlarından Belediye Başkanı ve yetkilileri tarafından 1993 yılında imzalarını taşıyan boş kağıtlar aldığını ve daha sonra üstlerinin doldurularak işleme konulduğunu ancak istifa etmelerini gerektiren bir neden olmadığını belirtmiştir. Mahkeme yazılı bir belge olan ve imzası kabul edilip içeriği kabul edilmeyen istifa dilekçesinin gerçek iradeyi yansıtmadığının ancak yazılı belge ile ispatlanması gerektiğini belirterek dinlenen tanık beyanlarına değer vermemiştir. Yine mahkemenin de kabul ettiği şekilde dinlenen davacı tanıkları belediye başkanının çalışanlardan ve davacıdan imzalı boş kağıt aldığını ifade etmişlerdir. Beyaza imza alınıp verilmesi hallerinde taraflar arasında karşılıklı ve kuvvetli emniyete dayanan bir münasebetin mevcut olduğu kabul edilmektedir. Böyle bir münasebet bulunmasa, beyaza imza alınıp verilmesi düşünülemez. Bu durumda beyaza imza verenin diğerinden beyaz imza aldığını gösteren bir belge istemesi işin mahiyeti bakımından söz konusu edilemez. Kaldı ki, iddia bir taraftan davacının suiistimal edilen emniyeti dolayısıyla hile iddiasına da dayanmaktadır. Her iki bakımdan da davacının olayda şahit dinletmesi Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 293. maddesinin 4. ve 5. bentlerine de uygundur⁴⁶¹ (bkz. HMK m. 203-b, HMK m. 203-ç)⁴⁶². Bu durumda mahkemece yapılacak işlem tanık sözlerini değerlendirmek suretiyle davacının kıdem ve kötüniyet tazminatı isteklerinde haklı olup olmadığını belirlemekten ibarettir"⁴⁶³.

⁴⁶¹ HUMK m. 293: Aşağıdaki hallerde her halde şahit ikame olunabilir;

IV: halin icabına ve iki tarafın vaziyetlerine nazaran senede raptı müteail olmayan muameleler,

V: Akitlerde hata, hile, gabin, cebir ve ikrah vukuu.

⁴⁶² HMK m. 203: Aşağıdaki hallerde tanık dinlenebilir:

b) İşin niteliğine ve tarafların durumuna göre, senede bağlanmaması teamül olarak yerleşmiş bulunan hukuki işlemler

ç) Hukuki işlemlerde irade bozukluğu ile aşırı yararlanma iddiaları.

⁴⁶³ Y 9 HD, 13.12.2000 T, 2000/13464 E, 2000/18865 K, www.kazanci.com.tr (erişim tarihi: 18.09.2013).

Yargıtay'ın bu kararı usul hukukçularının dikkatini çekmiş ve buna ilişkin birtakım değerlendirmeler yapılmıştır. ÖZEKES'e göre, Yargıtay'ın bozma gerekçeleri yerinde değildir. Özellikle de Yargıtay'ın HUMK m. 293/IV ve m. 293/V'e dayanması yerinde değildir. Yazara göre, HUMK m. 290/IV'e dayanılmaz çünkü bu hüküm senetle ispat kuralının istisnasıdır ve burada uygulanması mümkün değildir. Dolayısıyla burada bu kurala dayanmak mümkün olmadığından, Yargıtay'ın kararına katılmak da mümkün olmaz. Gerçekten örf ve adete rağmen bir sözleşme yazılı olarak yapılmışsa, artık sözleşmeyi hükümden düşüren veya kuvvetini azaltan iddia ve savunmaların da HUMK m. 290 gereğince senetle yapılması gerekir⁴⁶⁴. Karara konu olayda da, mevcut bir senede karşı onu hükümden düşüren bir savunma olduğundan bunun senetle ispatlanması gerekir. Ayrıca yazara göre, işçi ve işverenler arasındaki hukuki ilişkilerin senede bağlanmaması yolunda manevi bir imkansızlık bulunduğu şeklinde bir örf ve adet kuralı da yoktur. Bunun yanısıra yazar Yargıtay'ın, beyaza imza alınıp verilmesi hallerinde, taraflar arasında karşılıklı ve kuvvetli emniyete dayanan bir ilişkinin mevcut olduğu, böyle bir ilişki olmasa beyaza imza alınıp verilmesinin düşünülemeyeceği ve bu durumda da, beyaza imza verenin diğerinden imza aldığını gösteren bir belge istemesinin işin niteliği bakımından söz konusu edilemeyeceği yolundaki gerekçesini de yerinde bulmamaktadır. Aldatma ile alınmadığı sürece, beyaza imza atan, karşı tarafa güvenmesinin sonuçlarını baştan kabul etmiş demektir⁴⁶⁵.

ÖZEKES, ayrıca, HUMK m. 293 (HMK m. 203-ç) hükmünün de olaya uygulanmasını yerinde bulmamaktadır. Çünkü yazar, boş kağıda imza atan bir kişinin iradesinin sakatlandığından söz edilemeyeceğini düşünmektedir. Kişinin ancak boşa imza attığını bilmeden imza vermesi durumunda yanılmadan bahsetmek mümkün olur. Ne var ki, Yargıtay

⁴⁶⁴ ÖZEKES, MUHAMMED: "İş Akdinin Sona Ermesinde Boşa Atılan İmza", AÜHFD, C. 51, Ankara 2002, s. 56.

⁴⁶⁵ ÖZEKES, s. 56-57.

kararına konu olan olayda davacı işçi, boşa imza attığını bilerek kağıdı imzalamıştır. Bu sebeple yanılma hükümlerine gidilmesi söz konusu olmayacaktır⁴⁶⁶. Yazara göre, işçiye boş kağıt imzalatılıp daha sonra bunu istifa dilekçesi olarak doldurmak durumunda korkutma hükümlerine başvurulup başvurulamayacağı da dikkate alınmalıdır. Çünkü somut olayda işçi işe başlamıştır ve boşa imza atmazsa işe başlayamayacağı tehdidiyle karşılaşması mümkün değildir⁴⁶⁷. İşe devam ederken de boşa imza atması durumunda, yine korkutmadan söz edilemez zira işe başlamış ve iş hukukundan doğan hakları da doğmuştur.

Doktrinde bu yönde düşünen başka usul hukukçularının da olduğunu belirtmek gerekir. Konuya ilişkin olarak ALANGOYA, olayda ancak irade bozukluğu olması durumunda, Yargıtay'ın kararının yerinde olacağını aksinin kabulünün mümkün olmadığını ifade etmektedir⁴⁶⁸. ALANGOYA, olayda sadece davacının değil, diğer çalışanların da aynı yönde istifa mektuplarının olup olmadığının tespitinin mümkün olduğu ve durumun o şekilde olması halinde, belediye çalışanlarının topluca istifa etmelerinin hayatın olağan akışına uygun olmamasına dayanılarak tanık dinlenebileceğini söylemiştir.

Yukarıda da açıklandığı üzere, POSTACIOĞLU da, beyaza imza atmak suretiyle kişinin önemli bir sorumluluğu ve riski göze aldığı, bu nedenle de beyaza imza atılmış olması durumunda tanık dinlenmesinin mümkün olmaması gerektiğini ifade etmektedir⁴⁶⁹. Aynı şekilde KURU da, bir kimseye güvenilecek o kimse tarafından anlaşıkları gibi yazılmak üzere

⁴⁶⁶ ÖZEKES, s. 57.

⁴⁶⁷ Yazara göre, işe başlamamış olsa bile, yine korkutmadan söz edilemez çünkü, işçi her ne kadar işverenle eşit durumda olmasa da, başka bir aramak yönündeki hakkı her zaman mevcuttur (ÖZEKES, s. 57).

⁴⁶⁸ ALANGOYA, YAVUZ: “Senede Karşı Senetle İspat Kuralı ve Hayatın Olağan Akışı Kavramı”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, s. 526.

⁴⁶⁹ POSTACIOĞLU, İspat Memnuiyeti, 232.

verilmiş olan imzalı boş kağıdın, anlaşmaya aykırı olarak doldurulması halinde, beyaza imza atan kimsenin bu noktayı tanıkla ispat etmesine imkan olmadığını ifade etmektedir⁴⁷⁰.

Bununla beraber İş Hukuku doktrinde konuya ilişkin görüş daha farklı yöndedir. ÖZDEMİR, her ne kadar konuya ilişkin teknik açıklamanın yerinde olduğunu ifade etse de, Yargıtay'ın kararına konu olan olayda, HUMK m. 293'ün (HMK m. 203) uygulanabilir olduğuna ilişkin eleştirilerin tartışılabilir olduğunu ifade etmektedir⁴⁷¹. Yazara göre, ülkemizdeki yüksek işsizlik oranları işçileri zor duruma sokmaktadır. Uygulamada sadece boş kağıtlar değil, zaman zaman astronomik rakamlara ulaşan senetlerin işe giriş aşamasında işçinin elinden alınması söz konusu olmaktadır. Hatta işçinin işe girişinden önce dahi işçiden istifa dilekçesinin alınması mümkündür. Konuya ilişkin bir Yargıtay kararında, tanık anlatımları ile işçinin işe girişinden önce istifa dilekçesi alındığının ispat edilmesi halinde feshin işçi tarafından yapılmadığına hükmedilmiştir⁴⁷². Bununla beraber yazar, aldatma veya korkutma ile işçinin elinden istifa dilekçesinin alınmasının da uygulamada sıkça görüldüğünü belirtmiştir⁴⁷³. Yazara göre, her ne kadar usul hukukçularının belirttiği teknik itirazların aksini kanıtlamak kolay olmasa da, olaya ülkemiz koşullarında bakıldığında Yargıtay'ın kararı yerindedir⁴⁷⁴.

Kanımızca konuya ilişkin olarak Yargıtay'ın verdiği karara bir kaç açıdan yaklaşmak gerekir. Gerek HMK 200 (HUMK m. 288) gerekse HMK . 203 (HUMK m. 293)'ün şartları ve içeriği oldukça açıktır. İş Hukuku bakımından bu durumun dışına çıkılmasının hukuk mantığına aykırı olup olmadığına bakılmalıdır. Yukarıda da ifade edildiği gibi Usul

⁴⁷⁰ KURU, Usul, C. II, s. 2410.

⁴⁷¹ ÖZDEMİR, s. 266.

⁴⁷² Y 9 HD, 26.02.2001 T, 2001/312 E, 2001/3440 K, www.kazanci.com.tr (erişim tarihi: 06.06.2013).

⁴⁷³ ÖZDEMİR, s. 266.

⁴⁷⁴ ÖZDEMİR, s. 267.

Hukukçuları, beyaza imzanın tanıkla ispatlanmasına karşı çıkmaktadırlar⁴⁷⁵. Kaldı ki, Yargıtay’ın diğer dairelerinin kararları beyaza imzada tanıklığı kesin olarak reddetmektedir. Ayrıca bu konuya ilişkin 1999 tarihli bir İçtihadı Birleştirme Kararı da mevcuttur. İçtihadı Birleştirme Kararında, “... Kural olarak beyaza imza konularak düzenlenen ve borç doğuran belgeler itimadi bir işlem olup, imzalayan kişi, böyle bir belgenin aksini ancak yazılı (yasal) bir delille kanıtlamak yükümü altındadır. Aksi halde bu işlemde doğacak rizikolar, ihtilaflar, imzalayanın baştan bilerek benimsemiş ve kabul etmiş sayılacağı için hukuki sonuçlarına katlanmak zorundadır” ifadeleri yer almaktadır⁴⁷⁶. Yargıtay’ın bu konuya ilişkin aynı yönde sonuca vardığı başka birçok kararı da mevcuttur. Hem Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, hem de kanun hükümleriyle açıkça belirlenmiş ve tartışmaya açık olmayacak derecede sınırları çizilmiş olan beyaza imzada tanık dinlemeyeceğine ilişkin durumun, İş Hukuku’nda işçi lehine bozulması durumunda İş Hukuku doktrininin açıklamalarını ve uygulamadaki durumu da dikkate almak gerekir. Gerek ülkemizdeki yüksek işsizlik oranları gerekse uygulamada işçi işe başlarken alınan boş kağıt ve senetlerin işçileri zor duruma sokabileceği gerçeği gözönünde bulundurulmalıdır.

dd- Üçüncü Kişilerin Durumu

Burada üzerinde durulması gereken diğer bir nokta da, üçüncü kişilerin durumudur. Yetkili kişinin senedi anlaşmaya aykırı olarak doldurması durumunda, imza sahibinin senedin anlaşmaya aykırı olarak doldurulduğunu ileri sürerek, imzanın kendisini bağlamadığını ileri sürüp süremeyeceğine ilişkin iki temel görüş vardır. Bununla beraber, açığa imza atanın imzanın kötüye kullanıldığına dayanarak kendisini bağlamayacağını ileri sürmesinin mümkün olup olmadığına da değinmek gerekir. Bu konuda baskın görüş olan Federal Mahkeme’nin

⁴⁷⁵ POSTACIOĞLU, İspat Memnuiyeti, 204-205; ÜSTÜNDAĞ, s. 663.

⁴⁷⁶ YHGK, 24.11.1999 T, 1999/13-910 E, 1999/993 K, www.kazanci.com.tr (erişim tarihi: 09.07.2013).

görüşü ve doktrine göre, beyaza imza atan kişi, bir güven ilişkisi yaratmış olduğu için buna güvenerek hareket eden iyiniyetli üçüncü kişilere karşı imzasının üstünün anlaşmaya aykırı olarak doldurulduğunu ileri süremeyecektir⁴⁷⁷. O bu davranışından doğan risklere katlanmak durumundadır ve üçüncü kişilerin haklı güveni ancak bu şekilde korunabilir. Diğer bir ifadeyle imza sahibi, senette yazılı olan edimi yerine getirmek zorundadır.

Burada ayrıca yukarıda da açıklandığı gibi, boş bir metne imza atılması durumunda, imza atanın hatasının olmadığı ve imzanın üzerine konan beyanın içeriği hakkında hiçbir bilgi sahibi olmayacağından yola çıkılarak, imzalı metni dolduran kişinin, açığa imza atan kişinin güvenini kötüye kullanmasının söz konusu olduğu ifade edilmektedir⁴⁷⁸. Bu nedenle de, yanılma sebebiyle iptal yoluna başvurmak mümkün değildir. Yine bu görüşe göre, imzanın kötüye kullanılmasından doğan zararın önce imza sahibine yüklenmesi gerekir. İmza sahibi daha sonra imzalı boş kağıdı doldurana tazminat isteminde bulunabilir. Diğer bir ifadeyle, inancını kötüye kullanmış olan karşı taraftan tazminat isteyebileceği kabul edilmektedir⁴⁷⁹.

Aksi görüşe⁴⁸⁰ göre ise, beyaza imza atan kimse, sonradan imzanın üzerine konulacak ve beyanını içerecek metin hakkında her türlü bilgiden yoksun kabul edilemez. Aksine, imza attığı metnin, önceden yapılan anlaşmaya uygun olarak doldurulacağı yönünde bir kanaate sahiptir. Dolayısıyla metin kendi iradesinden farklı yönde doldurulduğu durumda, imza sahibinin gerçek iradesine hiç uymayan, içeriğini asla istememiş olduğu bir beyandan dolayı sorumlu olması söz konusu olmaktadır. Bu nedenle de bu kişinin TBK m. 30 ile 35 arasında düzenlenmiş olan “yanılma” hükümlerine başvurması mümkündür. Bununla beraber diğer bir görüşe göre ise, açığa imza atan kişi, sonradan doldurulacak metnin, önceki anlaşmalara

⁴⁷⁷ EREN, s. 276.

⁴⁷⁸ BGE. II 427; JdT, 1963 (TUĞ, s. 62).

⁴⁷⁹ TUNÇOMAĞ, s. 228; FEYZİOĞLU, C. I; S. 321; TUĞ, s. 62; İNAN, C. I, s. 177; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hata Kavramı, s. 35 vd.

⁴⁸⁰ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hata Kavramı, s. 35, 36.

uygun biçimde yazılacağı inancı içinde metni imzalamıştır. Karşı taraf ise, imza atan kişinin inancına aykırı yönde bu metni doldurmuştur. Burada imza sahibinin iç iradesine uygun olmayan bir davranıştan çok, iç iradenin doğuşunda bir yanıltma söz konusudur. Burada “aldatma” hükümlerine başvurmak daha yerinde olacaktır⁴⁸¹. Doktrindeki diğer bir görüşe göre ise beyaza imza durumunda teknik anlamda aldatmadan söz etmek mümkün olmaz. Bu görüşe göre burada beyaza imza atan kişi, metnin anlaştıkları gibi doldurulması amacıyla ve buna güvenerek imzayı vermiştir. Karşı tarafça bu güvenin kötüye kullanılmış olması aldatma hükümlerine gidilmesine olanak tanımaz⁴⁸². Bununla birlikte beyaza imzanın açıkça aldatma ile alınması durumunda tanık dinlenebileceğini ifade etmek gerekir⁴⁸³. Diğer bir ifadeyle aldatmanın söz konusu olması için imzalı boş kağıdın irade dışı olarak aldatma yoluyla alınmış olması gerekir. Beyaza imza durumunda aldatma zaten işin doğası gereği vardır⁴⁸⁴. Çünkü karşı taraf imzanın verilmesine sebep olan aralarındaki anlaşma konusunda yalan söylemiş, karşı tarafın verdiği dışında bir amaçla, kendi menfaatleri doğrultusunda metni doldurmuştur⁴⁸⁵. Ancak burada Hukuk Muhakemeleri Kanunu anlamında bir hile olduğundan söz etmek mümkün değildir. Tank dinletilmesi için teknik anlamda aldatmanın söz konusu olması gerekir. Görüldüğü gibi beyaza imza bakımından yanıltma ve aldatma hükümlerine

⁴⁸¹ **FEYZİOĞLU**, C. I; s. 322 vd.

⁴⁸² **ULUSOY**, YASİN: “Beyaza İmza” AEÜHFD, C. VIII, S. 3-4, Erzincan 2004, s. 488. Aynı doğrultuda bkz. Y 11 HD, 12.02.1991 T, 1989/5810 E, 1991/868 K, YKD, Ankara 1991, S. 6, s. 882-884. Kararda “bono düzenlemek iradesiyle imzalanan bononun, lehdar tarafından keşidecinin bonoyu imzalarken öngördüğü saik dışında kullanıldığı iddiası, senede karşı tanık dinlenmesine cevaz veren gerçek anlamda bir hile değildir. İtimada dayanan işlemin kötüye kullanıldığı iddiasıdır. Böyle bir iddianın tanıkla ispatı mümkün değildir” denilmiştir.

⁴⁸³ **KURU**, Usul, C. II, s. 2403-2404. Yargıtay da bir kararında, “beyaza imzanın hata veya hile ile alındığı sabit olmadıkça bu belgenin aksi ancak yasal delillerle kanıtlanabilir” diyerek aldatma durumunda tanık dinlenebileceğini ifade etmiştir (Y 13 HD, 12.11.1980 T, 1980/4411 E, 1980/5805 K, www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 09.01.2015).

⁴⁸⁴ **ULUSOY**, s. 498.

⁴⁸⁵ **ULUSOY**, s. 498.

başvurulabilmesi bakımından temel fark, metnin irade dışı olarak aldatma yoluyla alınmış olmasıdır⁴⁸⁶. Beyaza imza karşı taraftan aldatma yoluyla fark ettirilmeden alınmışsa bu durumda teknik anlamda bir aldatmadan bahsetmek mümkün olur. Çünkü bu halde hileli hareketler sonucu beyaza imza atan kişinin iradesi tamamen kaybolmuş ve kişi beyaza imza attığının dahi farkında değildir⁴⁸⁷.

Ancak bir kişiye itimat edilerek verilmiş ve aralarındaki anlaşmaya uygun olarak doldurulmuş bir metnin söz konusu olduğu durumda bir hilenin söz konusu olduğunu söylemek mümkün olmaz. Yargıtay da konuya ilişkin bir kararında “... Davacı, yönetiminde görevli bulunduğu kooperatifin işlerinde kullanılmak üzere imzaladığı boş kağıtları, kooperatifin üyesine verdiğini, davalının bunları hileyle eline geçirip gizleyerek borç senedi haline dönüştürdüğünü ileri sürmüştür. Davacının bu iddiasının, davalının haksız fiiline ilişkin bulunduğu, eş söyleyişle boş kağıdın hile yoluyla ele geçirildiğinin ileri sürülmekte olduğu açıktır. Somut olayda davacı, açıkça hile iddiasını ileri sürmüştür. İmzalı boş kağıdın hile yoluyla ele geçirildiği iddiası, her türlü delille ve buradan hareketle tanıkla ispatlanabilir. Esasen, doğası gereği hilenin yazılı delille kanıtlanması hukuken olanaklı değildir” diyerek beyaza imzada aldatma durumunda açıkça tanık dinlenebileceğini ifade etmektedir⁴⁸⁸.

⁴⁸⁶ ULUSOY, s. 489; TUTUMLU, MEHMET AKİF: Medeni Yargılama Hukukunda Delillerin İleri Sürülmesi, Ankara 2002, s. 154-155.

⁴⁸⁷ ULUSOY, s. 498. Yazar burada, her somut olay bakımından tarafların durumu, hayatın olağan akışı, taraflar arasındaki ticari ilişki gibi unsurların değerlendirilmesinin gerekli olduğunu ifade etmektedir. Buna göre, birbirini hiç tanımayan, aralarında ticari ilişki olmayan kişiler arasında beyaza imza iddiasından çok aldatma yoluyla alınmış bir imza olması daha olasıdır.

⁴⁸⁸ Y 13 HD, 12.10.1999 T, 1999/5372 E, 1999/6920 K, www.kazanci.com.tr, (erişim tarihi: 10.01.2015).

II- YAZILI ŞEKİL YERİNE GEÇEN BELGELER

TBK m. 14/II’de, 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 hükmü yer almaktadır. Söz konusu hükme göre, bir mektup, borcu üzerine alan tarafından imzalanmışsa ve bu imza metnin tamamını kapsayacak yerde bulunuyorsa⁴⁸⁹ kanunun öngördüğü yazılı şekil yerine geçer⁴⁹⁰. Bununla beraber mektupta ayrıca sözleşme yapılacağı belirtiliyor ve imzalanmamış bir sözleşme taslağı gönderiliyorsa bu mektup sözleşmeye hazırlık anlamına gelir⁴⁹¹ ve dolayısıyla yazılı şekil yerine geçmez⁴⁹².

Bazı işlemlerde kanunkoyucu imzanın özel bir belge üzerinde bulunmasını şart koşar. Buna örnek olarak poliçe, çek, bono gösterilebilir. Buradan hareketle, bir mektup imzalanmış ve imza bütün metni kapsıyor olsa da, hiçbir şekilde kıymetli evrak hükmünde olmaz⁴⁹³.

Yine TBK m. 14/II’ye göre, telgraf da, asılları borç altına girenlerce imzalanmış olursa yazılı şekil yerine geçer. Ancak maddedeki bu koşulun gerçekleşmesi için telgrafın imzalanmış olması ve muhataba gönderilen surette de imzanın mutlaka belirtilmesi lazımdır. Ancak bu durumda yazılı şekil şartı gerçekleşmiş olur. Telgraf yazı ile değil de fonotel servisi aracılığıyla yazdırılmışsa TBK m. 14/II’deki şartlar gerçekleşmiş olmaz. Çünkü bu durumda telgrafın imzalı aslının PTT’de bulunması mümkün değildir. Yazılı ve imzalı belge PTT’de bulunmadığından da bu şekilde gönderilmiş telgraf yazılı şekil şartı yerine geçmez. Burada

⁴⁸⁹ TUĞ, s. 63.

⁴⁹⁰ OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 13, N. 13; VON TUHR, &30, TEKİNAY, Borçlar, s. 107; TUNÇOMAĞ, s. 227; FEYZİOĞLU, C. I, s. 332; TUĞ, s. 63.

⁴⁹¹ OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 13 N. 14; FEYZİOĞLU, C. I, s. 332; TUĞ, s. 64.

⁴⁹² Kanımızca “sözleşmeye hazırlık”tan anlaşılması gereken, icaba davettir.

⁴⁹³ OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 13, N. 15; FEYZİOĞLU, s. C. I, s. 333; TUĞ, s. 64.

faksa da değinmek gerekir⁴⁹⁴. Faks, yazılı bir metni telefotokopi olarak adlandırılan sistemle, bir telefon hattına ve numarasına bağlı olarak, alıcı taraftaki mevcut faks cihazına hemen gönderme işlevini yerine getiren makineye verilen isimdir⁴⁹⁵. TBK m. 14/II uyarınca, teyit edilmiş olması şartıyla faks veya buna benzer iletişim araçları (örneğin teleks) ya da güvenli elektronik imzayla gönderilip saklanabilen metinler de yazılı şekil şartı yerine geçmektedir. Uygulamada bir çok sözleşme faksla kurulmaktadır⁴⁹⁶. Bu nedenle kanunkoyucunun bu yönde bir düzenleme yapmış olması oldukça yerinde olmuştur⁴⁹⁷. TBK'nın yürürlüğe girmesiyle bir taraftan faks ve teleks ile kurulan sözleşmeler, metinleri alanlarca teyit edilmiş olmak şartıyla yazılı şekilde kurulmuş sayılırlar; diğer taraftan da elektronik imzayla gönderilen metinler de Elektronik İmza Kanunu'na uygun olarak gönderilmesi ve alanlar tarafından bilgisayar ortamında kaydedilerek saklanabilmesi şartıyla yazılı şekil yerine geçmektedirler. Bununla birlikte TBK m. 15/I c. 2'de EİK ile paralellik sağlanması açısından güvenli elektronik imzanın, el yazısıyla atılmış imzanın bütün hukuki sonuçlarını doğuracağı kabul edilmiştir.

⁴⁹⁴ Faks hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İkinci Bölüm, I-2-ccc-b'.

⁴⁹⁵ **ÖZMEN**, SEBA: “Telefaks Cihazları (Facsimilie) İle Gönderilen İrade Beyanlarının Medeni Hukuk ve Usul Hukuku Açısından Sonuçları”, ABD, S. 1, Ankara 1990, s. 72.

⁴⁹⁶ **BURCUOĞLU**, Bunun nedeni olarak özellikle şirketlerin pazarlama bölümlerinin sözleşme kurmakta acele etmesi ve faksın bu anlamda çok daha rahat ve hızlı sözleşme kurulmasına olanak tanınması olduğunu ifade etmektedir (Borçlar Kanunu'na Getirilen Yenilikler Sempozyumu, s. 12).

⁴⁹⁷ **ALTOP**, ATILLA: “ Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda Yer Alan Bazı Önemli Yenilik ve Değişiklikler”, İstanbul 2012, www.iku.edu.tr (erişim tarihi: 02.03.2014).

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ADİ YAZILI ŞEKLE TABİ İŞLEMLERİN ÖRNEKLERİ OLARAK İŞ HUKUKU, MEDENİ USUL HUKUKU ve İCRA ve İFLAS HUKUKUNDA YAZILI ŞEKİL

I- İŞ HUKUKUNDA ADİ YAZILI ŞEKİL

A- GENEL OLARAK

İş sözleşmesi 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 8. maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre, iş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir. İş sözleşmesi, kanunda aksi belirtilmedikçe, özel bir şekle tabi değildir. Bununla beraber maddenin ikinci fıkrasına göre, süresi bir yıl ve daha fazla olan iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması zorunludur.

Bu madde değerlendirildiğinde İş Hukuku'nda da, şekil serbestisi ilkesinin geçerli olduğunu ancak kanunkoyucunun bazı İş Hukuku sözleşmeleri için yazılı şekil şartı getirdiğini söylemek mümkün olur.

Hukukumuzda şekil serbestisi ilkesi hakimdir. Bunun yanı sıra bazı sözleşmeler için birtakım şekil şartlarının yerine getirilmesi kanunen aranabileceği gibi (kanuni şekil), taraflar da yapacakları sözleşmenin şekle bağlı olması ya da kanunun öngördüğü şekil şartının ağırlaştırılması konusunda anlaşabilirler (iradi şekil). İş sözleşmesini düzenleyen 4857 sayılı İş Kanunu'nun 8. maddesinin 1. fıkrasında da, kural olarak iş sözleşmesinin herhangi bir şekle tabi olmadığı belirtilmiştir. Bununla beraber gerek İş Kanunu gerekse diğer başka kanunlarda iş sözleşmesinin yazılı olarak yapılması gerektiği düzenlenmiştir.

B- İŞ SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ

1- BİREYSEL İŞ SÖZLEŞMELERİ

a- Kural

Yukarıda da belirtildiği gibi, kural olarak iş sözleşmesi için yasa da bir şekil şartı bulunmamaktadır. İş sözleşmesi kanunda aksi öngörülmedikçe özel bir şekle tabi değildir. Diğer bir ifadeyle şekil serbestisi ilkesi, iş sözleşmesi bakımından da uygulama alanı bulmaktadır⁴⁹⁸. Bununla beraber kanunkoyucu, birtakım bazı kanunlarda birtakım koşulların varlığı halinde iş sözleşmesinin yazılı olarak yapılmasını hükme bağlamıştır. İş sözleşmesi için belirlenen şekil serbestisinin istisnaları ilk olarak İş Kanunu m. 8/II’de yer almaktadır. Hükme göre, süresi bir yıl veya daha fazla olan iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması zorunludur. Bununla birlikte iş sözleşmelerinin yapılmasında kural olarak bir şekil şartının bulunmamasının diğer bir istisnası da, Deniz İş Kanunu’nun 5. maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre, gemi adamları ile yapılacak sözleşmeler yazılı şekilde yapılmalıdır. Buna paralel bir diğer düzenleme de, Basın İş Kanunu’nda yer almaktadır. Buna göre, gazeteciler ile işveren arasındaki sözleşme yazılı olarak yapılmalıdır (Basın İşK m. 4). Bu durum bakımından belirtilmesi gereken bir diğer istisna da, Özel Öğretim Kurumları Kanunu’nda yer almaktadır. Söz konusu kanunun 9. maddesinin 1. fıkrasına göre, özel öğretim kurumlarında çalışan yönetici, öğretmen, uzman öğretici ve usta öğreticiler ile kurucu veya kurucu temsilcisi arasında yapılacak iş sözleşmesi, en az bir takvim yılı süreli olmak üzere yazılı olarak yapılır. Bunun yanı sıra, işçi için, iş sözleşmesinden sonraki sürede, eski işvereniyle rekabet etmeme borcu doğuran rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli olması için mutlaka

⁴⁹⁸ **ALPAGUT, GÜLSEVİL:** Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, Ankara 1998, s. 18, **SEVİMLİ, AHMET:** “İş Hukukunda Yazılı Şekil Şartı”, www.ceis.org.tr, s. 4 (erişim tarihi. 09.02.2014).

yazılı şekilde yapılması gereklidir (TBK m. 444)⁴⁹⁹. Rekabet yasağı sözleşmesinin yazılı olarak yapılmaması durumunda ise sözleşme geçersiz olur.

b- İstisnalar

Yukarıda da belirtildiği gibi, İş Kanunu'na tabi belirli süresi bir yıl veya daha uzun olan sürekli iş sözleşmeleri ile Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu'na tabi iş sözleşmelerinin yazılı olarak yapılması gerekir. Buradaki yazılı şartın niteliği konusunda doktrinde bir görüş birliği olduğunu söylemek mümkün değildir. Buradaki tartışma, şeklin geçerlilik şekli mi yoksa ispat şartı mı olduğudur. Baskın görüşe göre, bu sözleşmeler için öngörülen şeklin geçerlilik şekli olduğu yönündedir. Bu görüş sahipleri, TBK m. 12/II'de yer alan, “kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz” hükmünden hareketle, yazılı şekil şartına uyulmadan yapılan sözleşmelerin hükümsüz olacağını yinelemektedirler⁵⁰⁰. Bu görüşü savunanlar, bu maddeden hareketle, yazılı şekil şartının geçerlilik şartı olmasının işçinin lehine olduğunu ifade etmektedirler. İşçilik sıfatının kazanılmasında ister katılma ister sözleşme teorisi⁵⁰¹ benimsensin, varılan sonuç, benimsenen teoriye göre, iş ilişkisi veya

⁴⁹⁹ Doktrinde rekabet yasağı sözleşmesinin yazılı yapılmasının nedeni olarak, işçinin yasağın kapsamı hakkında bilgi sahibi olmasını sağlamak olduğu ifade edilmektedir. (SOYER, POLAT: Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Ankara 1994, s. 41; TAŞKENT, SAVAŞ/ KABAKÇI, MAHMUT: “Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, İstanbul 2009, Y. 4, S. 16, s. 35; BASKAN, ESRA: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C.II, S. 2, Ankara 2012, s. 118.

⁵⁰⁰ ALPAGUT, s. 20, dn. 50; TUNÇOMAĞ, KENAN/ CENTEL, TANKUT: İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2005, s. 77; NARMANLIOĞLU, ÜNAL: “İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay’ın 1986 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtay’ın 1986 Yılı İş Hukukuna ilişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, İstanbul 1988, s. 8-9; ELBİR, HALİD KEMAL: İş Hukuku, İstanbul 1987, s. 70; SEVİMLİ, s. 14.

⁵⁰¹ Katılma ve sözleşme teorileriyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ANTALYA, OSMAN GÖKHAN.: Hizmet Akdinin Tanımı, Unsurları ve Hukuki Niteliği, Yargıtay Dergisi, C: II, S. 1-2 Ocak- Nisan, Ankara 1987, 129 vd; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 54-55; ESENER, TURHAN: İş Hukuku, Ankara 1973; s. 149-151.

ifasına başlanmış iş sözleşmesi için farklı olmamakta, hükümsüzlük geriye etkili (ex tunc) sonuç doğurmamaktadır. Bu nedenle de, gerek katılma teorisi gerekse sözleşme teorisi benimsensin, sonuç işçinin korunması açısından yeterli görülmektedir⁵⁰².

Doktrinde ileri sürülen⁵⁰³ ve Yargıtay tarafından benimsenen diğer bir görüş ise, söz konusu yazılı şekil şartının ispat şartı olduğu yönündedir⁵⁰⁴. Buna göre, yazılı şekil şartına uyulmadan yapılan sözleşmeler geçerlidir. Ancak yazılı belge ile ispatlanmayan bir yıl ve daha uzun süreli belirli süreli sözleşmeler, belirsiz süreli olarak kabul edilmelidir⁵⁰⁵. Ne var ki, doktrinde böyle bir tahvilin mümkün olmadığını ileri süren bir görüş de vardır⁵⁰⁶.

Doktrinindeki bir diğer görüş de, iş sözleşmeleri için öngörölmüş olan yazılı şekil şartının ne geçerlilik ne de ispat şartı olarak kabul edilebileceği, bunun işverene yüklenen bir tür yükümlölük ve işçinin durumunu açıklığa kavuşturmak amacıyla alınmış bir önlem olduğu yolundadır⁵⁰⁷.

c- Sonuçları

İş sözleşmesi için öngörölen yazılı şekil şartı, geçerlilik şartı olarak kabul edilirse, sözleşme, şekle uyulmaması nedeniyle hükümsüzlük yaptırımıyla karşılaştığında,

⁵⁰² TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 77; NARMANLIOĞLU, s. 9; SEVİMLİ, s. 15.

⁵⁰³ ALPAGUT, s. 23; NARMANLIOĞLU, s. 9; ULUCAN, DEVRİM: Deniz iş Hukukuna İlişkin Temel Bilgiler (Sendikal Eğitim Kitabı), İstanbul 1986, s. 38.

⁵⁰⁴ “Basın mesleğinde çalışanların hizmet akdinin yazılı yapılması geçerlilik şartı olmadığından...”

Y 9 HD. 18.10.1999 T., 1999/13238 E., 1999/15919 K (YKD, C. 26; S.11; Ankara 2000).

⁵⁰⁵ ALPAGUT, s. 21,23; AKYİĞİT, ERCAN: Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, İstanbul 1990, s. 18-19; “Böylece, belirli süreli iş sözleşmesi, belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşmektedir”, NARMANLIOĞLU, s. 9.

⁵⁰⁶ ESENER, İş Hukuku, s. 159 dn. 65.

⁵⁰⁷ OĞUZMAN, KEMAL: Narmanlioğlu’nun Tebliğinin Genel Görüşmesi, Yargıtay’ın 1986 Yılı İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, İstanbul 1988, s. 51-52; AKYİĞİT, s. 19; TUNCAY, CAN: Hukuki Yönden Basında İşçi İşveren İlişkileri, İstanbul 1989, s. 44.

hükümsüzlüğün ileriye etkili olmasının işçiyi korumaya yeterli olduğu düşüncesi doktrinde tartışmalıdır. Her durumda kötüniyetli şekilde hükümsüzlük iddiasında bulunan taraf korunmayacaktır⁵⁰⁸. Ancak bu durum istisnadır. Hukuk sistemimiz de esas olan iyiniyettir ve kötüniyeti iddia eden ispatlamakla yükümlüdür. Hükümsüzlüğün ileriye etkisi halinde dahi, iş sözleşmesi fesihle sona ermediğinden, işçi kıdem tazminatı ödenmesi gibi birtakım korumalardan mahrum kalabilir⁵⁰⁹.

İş sözleşmesinde öngörülen yazılı şekil şartının HMK anlamında ispat şartı olduğu kabul edilirse, yazılı şekilde yapılmayan sözleşmenin varlığının ispatı için tek yol, böyle bir sözleşme bulunmadığını iddia eden tarafa yemin teklif etmek ya da tarafın ikrarını beklemektir. Bu durumda tanık dinletmek mümkün olmaz⁵¹⁰. Pratikte, sözleşmenin yapıldığını tanıkla ispatlaması mümkün olmayan işçinin mağdur olması sonucuyla karşı karşıya kalınacaktır. Doktrinde bu durumun işçinin aleyhine olduğu ve varılan sonucun, şeklin geçerlilik şekli olarak kabul edilmesi durumundaki sonuçla paralel olduğu haklı olarak belirtilmektedir⁵¹¹.

İşçiyi koruma ilkesi, iş sözleşmesinin taraflarından işçinin, işverene göre daha zayıf konumda olduğu gerçeğinin İş Hukuku'na yansımasıdır. İş sözleşmesinin yazılı şekilde yapılmasını öngören hükümlerin amacının, işçiyi korumaya yönelik olduğu konusunda da bir tereddüt olmamalıdır⁵¹². Bununla beraber, işçi her ne kadar iş sözleşmesinin yazılı olarak

⁵⁰⁸ SEVİMLİ, s. 16.

⁵⁰⁹ ALPAGUT, s. 22; SEVİMLİ, s. 16.

⁵¹⁰ OĞUZMAN, İş Hukuku, s. 52; SEVİMLİ, s. 16.

⁵¹¹ SEVİMLİ, s. 16-17, dn. 41. Yazara göre, ülkemizdeki yazılılık geleneğinin ne derece gelişmiş olduğu, dahası kaçak işçi çalıştırma gerçeği göz önünde bulundurulduğunda HMK daki kuralın İş Hukuku alanında diğer alanlardakinden farksız uygulanmasının adaletin yerini bulması gereğine ne derece elverişli olacağı tartışmalıdır.

⁵¹² TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 119; SEVİMLİ, s. 17.

yapılmasının gerekli olduğunu bilse de, bunu işverenden talep edip edemeyeceği konusu üzerinde düşünülmelidir⁵¹³.

2- BELİRSİZ SÜRELİ VE BELİRLİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMELERİ

Belirli süreli iş sözleşmesi, sözleşmenin kurulduğu anda taraflarca hukuki ilişkinin devam süresinin yani sona erme anının bilindiği veya öngörülebildiği, bu anın sözleşmede açık ya da örtülü olarak kararlaştırıldığı sözleşme olarak tanımlanabilir⁵¹⁴. Bununla birlikte belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir⁵¹⁵. TBK m. 430’da, belirli süreli hizmet sözleşmesinin, aksi kararlaştırılmadıkça, fesih bildiriminde bulunulmasına gerek olmaksızın, sürenin bitiminde kendiliğinden sona ereceği ifade edilmiştir.

İş Kanunu’nun 11. maddesinin 1. fıkrasına göre ise belirli süreli iş sözleşmesi belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yapılan iş sözleşmesidir. Belirsiz süreli iş sözleşmesi ise, taraflarca süresi belirlenmemiş ve işle güdülen amaçtan da belirli bir süre çıkarılamayan iş sözleşmesidir⁵¹⁶. İş sözleşmesinin belirsiz süreli olması asıl, belirli süreli olması istisnadır. Sözleşmenin belirli süreli veya belirsiz süreli olduğu konusunda bir tereddüt varsa sözleşmenin belirsiz süreli olduğunun kabulü gerekir.

⁵¹³ SEVİMLİ, s. 17.

⁵¹⁴ ALPAGUT, s. 7.

⁵¹⁵ GÜNAY, CEVDET İLHAN: İş Hukuku Yeni İş Yasaları, Ankara 2013, s. 325.

⁵¹⁶ MOLLAMAHMUTOĞLU, HAMDİ: İş Hukuku, Ankara 2008, s. 334; YORULMAZ, ÇİĞDEM: “Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Tanımı, Şekil Şartı, Sözleşme Yapma Serbestisi ve Sınırları”, Çalışma ve Toplum, 2010/1, s. 2.

İşK m. 11/I'e göre, belirli süreli iş sözleşmesinin yazılı yapılması gerekmektedir. Belirsiz süreli iş sözleşmesinin yapılmasında şekil serbestisi bulunmakla birlikte Kanun, belirli süreli iş sözleşmelerinin yazılı yapılması zorunluluğunu getirmiştir⁵¹⁷. Doktrinde İşK m. 8 ile İşK m. 11'in birbiriyle çelişir nitelikte olduğunu ifade eden bir görüş vardır. Bu görüşe göre, İşK m. 8 tüm sözleşme türlerine uygulanabilecek genel bir hükümdür. Dolayısıyla İşK m. 8 ile İşK m. 11'in bir arada yorumlanması gerekmektedir⁵¹⁸. Kanunun 11. maddesindeki sözleşmenin yazılı olma şartının 1 yıl ve daha uzun süreli sözleşmeler için geçerlilik, 1 yıldan az süreli sözleşmeler için ise ispat şartı olarak kabul edilmesi uygun olacaktır. Aksi halde İş Kanunu'nun iki maddesi arasında uyumsuzluk olduğunu söylemek gerekir⁵¹⁹.

Belirli süreli iş sözleşmesinin yazılı yapılmasındaki amaç, belirli süreli iş sözleşmesini imzalayacak olan tarafları düşünmeye sevk etmektir⁵²⁰. Zira, belirsiz süreli iş sözleşmesi işçi açısından daha koruyucu düzenlemeleri içermekte olup, işçinin belirli süreli iş sözleşmesini yapmadan önce gerçek iradesinin ortaya çıkmasını sağlamaktır. Belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin sosyal yönden, daha fazla korundukları bir gerçektir⁵²¹. Diğer yandan bazı işkolları, meslekler ve işler için belirli süreli iş sözleşmelerinin karakteristik bir anlam taşıması ve bu tür sözleşmelerin işletme ve işyeri gereklerinden olmakla birlikte, belirli süreli iş sözleşmelerinin kötüye kullanılmasının engellenmesi ve bunların objektif temellere dayandırılması, Avrupa Birliği müktesebatının da bir gereği olarak görülmektedir⁵²².

⁵¹⁷ YORULMAZ, s. 6.

⁵¹⁸ YORULMAZ, s. 6.

⁵¹⁹ YORULMAZ, s. 6.

⁵²⁰ ALPAGUT, s. 86; YORULMAZ, s. 7.

⁵²¹ GÜNAY, s. 325.

⁵²² GÜNAY, s. 325-326.

Doktrinde bu durumun, belirli süreli iş sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması şartının ispat için gerekli olduğu fikrini güçlendirmekte olduğu ifade edilmektedir⁵²³.

3- TAKIM SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ

Takım sözleşmesi, birden çok işçinin meydana getirdiği bir takımı temsilen bu işçilerden birinin, takım kılavuzu sıfatıyla işverenle yaptığı sözleşmeye denir (İşK m. 16/I). Takım sözleşmesinin hukuki niteliği konusunda fikir birliği yoktur ancak, iş ve başkasının edimini taahhüt sözleşmelerini içeren bir sözleşme olduğunu söylemek mümkündür⁵²⁴.

İş Kanunu'nun 16. maddesinin ikinci fıkrasına göre, takım sözleşmesinin oluşturulacak iş sözleşmeleri için hangi süre kararlaştırılmış olsun, yazılı yapılması gereklidir. Sözleşmede her işçinin kimliği ve alacağı ücret ayrı ayrı gösterilir. Yine aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre, takım sözleşmesinde isimleri yazılı işçilerden her birinin işe başlamasıyla o işçi ile işveren arasında takım sözleşmesinde belirlenen şartlarla bir iş sözleşmesi yapılmış sayılır.

Takım sözleşmesi grup iş ilişkisi kuran sözleşmelerden Türk Hukuku'nda kanunla düzenlenmiş yegane sözleşme türüdür⁵²⁵. Hukuki niteliği tartışmalı olmakla birlikte takım sözleşmesinin başkasının edimini taahhüt sözleşmesi ile iş sözleşmesinden oluşan bir bileşik sözleşme olduğu kabul edilmektedir⁵²⁶.

Takım sözleşmesinin yazılı yapılmasını gerekli kılan kanun hükmüne uygun olarak 2000 yılında Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da takım sözleşmesinin yazılı olarak yapılmasının

⁵²³ YORULMAZ, s. 7.

⁵²⁴ TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 72; SEVİMLİ, s. 18.

⁵²⁵ MOLLAMAHMUTOĞLU, HAMDİ/ ASTARLI, MUHİTTİN: İş Hukuku, Ankara 2011, s. 408.

⁵²⁶ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 408.

gerekli olduğu ve yazılılık şartının geçerlilik şartı olduğu yönünde görüş bildirmiştir⁵²⁷. Ancak doktrinde söz konusu şeklin işveren veya işveren vekiline bir yükümlülüğten ibaret olduğu ileri sürülmektedir⁵²⁸.

Burada üzerinde durulması gereken bir diğer nokta, takım sözleşmesinde isimleri yazılı işçilerden her birinin işe başlamasıyla işçi ile işveren arasında doğrudan doğruya yapılmış sayılan bağımsız sözleşmeler için ayrıca yazılı yapılma koşulu aranmayacağıdır. Takım sözleşmesinin yazılı yapılması bu şartı yerine getirmiştir.

Doktrinde takım sözleşmesinin yazılı olarak yapılmasının geçerlilik şartı değil ispat şartı olduğu belirtilmiştir⁵²⁹. Zira yazılı yapılmamış olsa da takım sözleşmesine dayanarak işçi çalıştıran işverenin daha sonra haksız çıkarlar sağlamak için sözleşmenin hükümsüzlüğünü öne sürmesi hakkın kötüye kullanılmasıdır⁵³⁰. Bununla birlikte 1475 Sayılı İş Kanunu’nun 10. Maddesinin son fıkrasında anılan yasanın 9. Maddesinin 2. fıkrasında “yazılı yapılmayan durumlarda işveren, işçinin isteği üzerine, kendisine genel ve özel iş şartlarını gösteren ve imzasını taşıyan bir belge vermekle yükümlüdür” denilmekteydi. Ancak 4857 Sayılı İş Kanunu’nun 16. maddesinde böyle bir düzenleme bulunmadığından takım sözleşmelerinin hangi süre için kararlaştırılmış olsa da yazılı yapılması şarttır⁵³¹.

⁵²⁷ YHGK 09.02.2000 T., 2000/13-77 E., 2000/63 K (www.legalbank.net, erişim tarihi: 02.02.2014).

⁵²⁸ SEVİMLİ, s. 18. Yazar, yukarıda bireysel iş sözleşmesinde şekil şartına ilişkin olarak anlatılan görüşleri burada da incelemenin yerinde olacağını ifade etmektedir.

⁵²⁹ GÜNAY, s. 332.

⁵³⁰ GÜNAY, s. 333.

⁵³¹ GÜNAY, s. 332-333.

C- BİLDİRİMLERİN ŞEKLİ

1- GENEL OLARAK

4857 Sayılı İş Kanunu bakımından işçiye işveren tarafından yapılacak bildirimlerin başında fesih bildirimleri gelir. İşK m. 17’de süreli fesih, İşK m. 18’de ise geçerli nedenle fesih düzenlenmiştir.

İlk olarak süreli fesih ele alınacak olursa, söz konusu maddede, belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshinden önce durumun karşı tarafa bildirilmesinin gerekli olduğu ifade edilmiştir (İşK m. 17/I). Yine aynı maddenin ikinci fıkrasında ise bildirimin yapılması gerekli olan süreler hükme bağlanmıştır. Buna göre iş sözleşmeleri, işi altı aydan az sürmüş olan işçi için, bildirimin diğer tarafa yapılmasından başlayarak iki hafta sonra, işi altı aydan birbuçuk yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirimin diğer tarafa yapılmasından başlayarak dört hafta sonra, işi birbuçuk yıldan üç yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirimin diğer tarafa yapılmasından başlayarak altı hafta sonra ve son olarak da işi üç yıldan fazla sürmüş işçi için, bildirim yapılmasından başlayarak sekiz hafta sonra feshedilmiş sayılır. Bu sürelerin sözleşme ile artırılabilceği de maddede belirtilmiştir.

İş Kanunu’nun 18. maddesinde ise, geçerli nedenle fesih düzenlenmiştir. Maddeye göre, otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır.

Kanunun 19. maddesinde ise, bildirimin şekli düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasına göre, işveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır. Buradan da açıkça anlaşılacağı gibi, yazılı şekilde

yapılmayan fesih bildirimi geçerli olmayacaktır. Bununla beraber doktrinde bildirim yaparken izlenecek yol daha detaylı ele alınmıştır. Buna göre, bildirimin yapılacağı kişiye bildirimi aldığını ifade eden bir belge imzalatılmalıdır⁵³². Söz konusu belge, bildirimin bir sureti olabileceği gibi ayrı bir belge de düzenlenebilir. Eğer bildirim yapılacak kişi, belgeyi imzalamaktan çekinirse, bu durum bir tutanakla tespit edilmeli ve ilgilinin bildirimi alıp imza atmaktan kaçındığı tanıklarca imzalanmalıdır⁵³³.

Bildirimlerin nasıl yapılacağı konusu, doktrinin yanı sıra İşK m. 109’da da hükme bağlanmıştır. Maddeye göre, İş Kanunu’nda öngörülen bildirimlerin ilgiliye yazılı olarak ve imza karşılığında yapılması gerekir. Bildirim yapılan kişi bunu imzalamazsa, durum o yerde tutanakla tespit edilir. Ancak 7201 sayılı Kanun kapsamına giren tebligat, anılan kanun hükümlerine göre yapılır. Madde gerekçesinde ise, ispat yönünden bildirimlerin yazılı olarak yapılması gereklidir denilmiştir. Buradan hareketle, İşK m.19’da getirilen yazılı bildirim şartı bir geçerlilik şartı ise de, m. 109’da öngörülen yazılı bildirim usulü bir geçerlilik şekli olmayıp ispat şartıdır demek yerinde olur⁵³⁴. Yargıtay da konuya ilişkin olarak verdiği kararlarda bunun altını çizmiştir⁵³⁵. İşçiye fesih bildiriminin elden yapılabileceği ve işçinin bu bildirimi almaktan imtina etmesi durumunda tutanak tutulabileceği gibi, bildirimin noter vasıtasıyla adrese gönderilmesine de yasal bir engel yoktur. Kaldı ki, işçinin işyerinde hazır olmadığı durumlarda bildirimin elden ve imza karşılığı yapılması fiilen de mümkün olmadığından 7201 Sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre, Noter kanalıyla fesih

⁵³² SEVİMLİ, s. 22.

⁵³³ SEVİMLİ, s. 22.

⁵³⁴ DELİKAYA, ZEKİ: “Yargıtay Kararları Işığında İş Akdinin Feshi Usulü”, İstanbul 2013, www.karacabayer.av.tr, s.1 (erişim tarihi: 19.03.2013).

⁵³⁵ Y 9 HD, 09.05.2012 T, 2010/4721 E, 2012/16359 K: “Fesih bildiriminin yazılı olarak yapılması, 4857 Sayılı İş Kanunu’nun 109. maddesinin bir sonucudur. Ancak yazılı şekil şartı, geçerlilik koşulu olmayıp ispat şartıdır”, www.legalbank.net; Y 9 HD, 31.05.2012 T, 2010/13052 E, 2012/19125 K: “Fesih bildiriminin yazılı olarak yapılması, 4857 Sayılı İş Kanunu’nun 109. maddesinin bir sonucudur. Ancak yazılı şekil şartı, geçerlilik koşulu olmayıp ispat şartıdır”, www.legalbank.net (erişim tarihi: 04.04.2013).

ihbarnamesi gönderilmesi kaçınılmaz olur⁵³⁶. Önemle belirtmek gerekir ki, bu anlatılanlar sadece geçerli nedenle fesih için öngörülmüştür. Buna karşılık, İşK m.25'te kaleme alınan haklı nedenle feshe başvurulması durumunda yazılı bildirim şartı aranmayacaktır.

Deniz İş Kanunu bakımından duruma bakıldığında ise, feshin bildirilmesi başlıklı 18. maddede “hizmet akdinin işveren veya işveren vekili tarafından feshedilmesi halinde sebepleri ile birlikte gemi adamına yazılı olarak bildirilmesi şarttır. Bildirim imkânı olmayan hallerde durum bir tutanakla tespit olunur” hükmünün yer almakta olduğu görülür. Dolayısıyla yazılı bildirim için yukarıda açıklananların Deniz İş Kanunu bakımından da geçerli olduğunu söylemek gerekir.

Bildirimler için öngörülen şekil şartı adi yazılı şekildir⁵³⁷. Doktrinde, yazılilik şartının geçerlilik şartı mı yoksa ispat şartı mı olduğu konusu tartışmalıdır. Öğretide yazılı olmayan bildirimin de geçerli olduğu, yazılı olmasının ispat şartı olduğu savunulmaktadır⁵³⁸. Bu bildirimin yazılı yapılması kuralı geçerlilik şartı olarak kabul edilirse, bu şarta uyulmaması bildirimin hiç yapılmaması sonucunu doğuracak, yazılilik ispat şartı olarak kabul edilirse, bildirimi yapan tarafın mahkemeye bildirimi yaptığını ve içeriğini ispatlaması sonucunu ortaya çıkaracaktır. Doktrinde bunun işçi açısından sorun yaratabileceği ve işçinin aleyhine bir durumun ortaya çıkmasına neden olabileceği ifade edilmiştir⁵³⁹. Zira işverenin bildirimi almaktan kaçınması halinde düzenlenmesi gereken tutanağa işyerinde imza atacak tanıkların bulunması, iş hayatının olağan akışı göz önünde bulundurulduğunda neredeyse olanaksızdır⁵⁴⁰. Dolayısıyla doktrinde, bildirimin yazılı yapılmasının gerekli olduğu ve burada

⁵³⁶ DELİKAYA, s. 1.

⁵³⁷ AKYİĞİT, s.235; SEVİMLİ, s. 21.

⁵³⁸ ÇELİK, NURİ: İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2003, s. 145; OĞUZMAN, KEMAL: Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet “İş” Akdinin Feshi, İstanbul 1955, s. 176; GÜNAY, s. 439.

⁵³⁹ SEVİMLİ, s. 22.

⁵⁴⁰ SEVİMLİ, s. 22.

da HMK m. 200'deki⁵⁴¹ senetle ispat kuralının devreye gireceğini ileri sürmenin ve bu ilkeyi katı yorumlamanın adalet duygusunu yaralayıcı sonuçlar doğuracağı ifade edilmiştir⁵⁴².

Bunun yanı sıra, Yargıtay'ın 4857 sayılı Kanun çerçevesinde verdiği kararlar ve doktrinde⁵⁴³ baskın görüş dikkate alındığında, İŞK m. 19'da getirilen yazılılık şartının geçerlilik şartı olduğunu söylemek yerinde olur. Çünkü yazılı yapılmayan fesih bildiriminin geçerli olmayacağını madde metninden anlamak mümkün olmaktadır. Yargıtay da bir çok kararında yazılılık şartının geçerlilik şartı olduğunu belirtmiştir⁵⁴⁴.

2- İŞÇİNİN YAZILI FESİH BİLDİRİMİ (İSTİFA)

a- Genel Olarak

İşçinin İş Kanunu'yla kendisine tanınan fesih bildiriminde bulunma hakkını kullanması, işçinin istifa etmesi demektir. İşveren, istifa olgusunu yazılı belgelerle kanıtlayabilecek ve özellikle işçi tarafından verilecek bir istifa dilekçesi, feshin işçi tarafından yapıldığını gösteren güçlü bir delil niteliği taşıyacaktır. Yargıtay da konuya ilişkin bir çok kararında bu konuya değinmiştir. Buna örnek olarak, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 1997 tarihli bir kararında "...dosyanın içinde davalı işverenin mahkemeye sunduğu 30.11.1993 tarihli "tutanak" başlıklı bir belge olup, bunun metninde aynen "...bütün sosyal haklarımı alarak ayrılıyorum. Bu tarihe kadar hiçbir hak talep etmeyeceğimi beyan ederim. Kendi isteğimle

⁵⁴¹ HMK m. 200 c.1: Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri ikibinbeşyüz Türk Lirasını geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir.

⁵⁴² SEVİMLİ, s. 23.

⁵⁴³ DELİKAYA, s. 1; GÖKTAŞ, SERACETTİN: "İş Sözleşmesinin İşverence Feshi ve İş Güvencesi, ABD, S.1, Ankara 2008, s. 20; ÖZÜLKÜ, OSMAN: "İş Sözleşmelerinde Geçerli Nedenle Fesih", Kayseri 2009, www.osmanozulku.av.tr, s. 7, erişim tarihi: (18.08.2013).

⁵⁴⁴ Y 9 HD, 18.03.2008 T, 2007/26227 E, 2008/5311 K, www.legalbank.net; Y 9 HD, 21.01.2003 T, 2002/12288 E, 2003/459, www.legalbank.net; Y 9 HD, 09.06.2008 T, 2007/39302 E, 2008/14811 K, www.legalbank.net; Y 9 HD, 2008/34018 E, 200/14968 K, www.legalbank.net (erişim tarihi: 13.09.2013).

istifa ettim” şeklinde açıklama yapılmış ve bu belge taraflarca imza altına alınmıştır. İçeriği itibariyle çelişkili olmayan bu belge karşısında davacı işçinin istifa etmek suretiyle işyerinden ayrıldığıının kabulü gerekir. İşçi ihbar ve kıdem tazminatlarına hak kazanamaz” şeklinde görüş bildirilmesi verilebilir⁵⁴⁵. Buradan hareketle, ibraname, işçinin imzasını taşıyan ve işçinin sözleşmeyi kendisinin feshettiğini gösteren bir delil olarak kabul edilecektir⁵⁴⁶. Ancak bunun için, istifa dilekçesinin mutlaka işçinin imzasını taşıması gereklidir. Yargıtay, işçinin sözlü olarak istifa etmesinin üzerine işyerinde tutulan tutanağın istifa dilekçesi olarak nitelendirilemeyeceğine hükmetmiştir. Konuya ilişkin kararda Yüksek Mahkeme “...dosya içerisinde 30.09.2004 tarihli davacının hizmet akdini sözlü olarak feshettiğine dair bir tutanak ve aynı tarihli işletmenin ve işyerinin gereklerinden doğan nedeni bildiren bir fesih yazısı bulunmaktadır. Davalının dayanağı olan ve personel müdür yardımcısı ile personel şef tarafından düzenlenmiş “sözlü istifa” hakkındaki tutanağın istifa dilekçesi olarak kabulü söz konusu olamaz. Ayrıca davalı, ücretin indirilmesi hakkındaki kararın geri alındığını da kabul etmiştir.” şeklinde görüş bildirmiştir⁵⁴⁷.

İstifa dilekçesi, işverene ulaşmakla sonuçlarını doğuracaktır⁵⁴⁸. Bu aşamada işverenin yapacağı bir işlem istifa dilekçesinde vücut bulan fesih beyanının niteliğini değiştiremez. Bu konuya ilişkin olarak Yargıtay, istifa dilekçesinin üzerine “uygundur” biçiminde şerh düşülmesinin, işçi ve işverenin sözleşmenin feshi konusunda anlaştıkları veya ileri sürülen

⁵⁴⁵ Y 9 HD, 29.9.1997, 1997/12409 E, 1997/16458 K, www.kazanci.com.tr (erişim tarihi: 04.10.2013).

⁵⁴⁶ Y 9 HD, 23.03.1997 T, 1996/22632 E, 997/5549 K: “...Yargılama sırasında davalı, davacının işten istifa etmek suretiyle ayrıldığını ileri sürerek bunu belgeleyen bir ibraname ibraz etmiştir. Davacı ibranamedeki imzayı kabul etmiş bulunmaktadır. Gerçekten ibranamede davacı şahsi nedenlerden dolayı işten ayrıldığını açıklamış bulunmaktadır. Bu ibranamede davacı işçilik haklarını aldığını kabul etmiş bulunmaktadır. Bu durumda davacının ihbar ve kıdem tazminatlarına hak kazanmış bulunmadığı halde, mahkemece bu isteklerin kabul edilmiş olması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”, www.kazanci.com.tr (erişim tarihi: 09.10.2013) .

⁵⁴⁷ Y 9 HD, 21.04.2005 T, 2005/10927 E, 2005/14177 K, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 3, İstanbul 2005, s. 238-239.

⁵⁴⁸ ÖZDEMİR, s. 259.

fesih nedeninin işverence kabul edildiği anlamına gelmeyeceğini belirtmiştir. Bu durumda sözleşmenin işçi tarafından tek taraflı olarak feshedildiğinin kabul edilmesi gerekir ve işverence yapılan işlemin sonuca etkili olmadığı düşünülmelidir⁵⁴⁹.

b- İşçinin Yazılı Fesih Bildiriminde Bulunmamış Olması

İşçinin sözleşmeyi feshetmesi açık bir fesih bildirimi yani istifa dilekçesi ile söz konusu olabileceği gibi, işçi sözlü bir şekilde de fesih iradesini açıklayabilir. Ayrıca işçi, işyerini terkederek de sözleşmeyi sonlandırabilir. Bu durumda işveren, işçinin sözlü fesih bildirimini veya işyerini terk ederek iş sözleşmesini feshettiğini tanık beyanlarıyla ispatlayabilir⁵⁵⁰. Ne var ki Yargıtay, tanık beyanlarına oldukça temkinli yaklaşmaktadır. Yüksek mahkeme bir çok kararında, tanık beyanlarının diğer bazı delillerle desteklenmesini aramakta ve işi lehine tesis ettiği fiili karineleri de değerlendirmeye katmaktadır. Buna örnek olarak Yargıtay'ın 2001 tarihinde verdiği bir kararda, devamsızlık tutanaklarının varlığını araması verilebilir. Bu kararda Yargıtay, “dosya içindeki bilgi ve belgelerden davacının işyerini kendisinin terk ettiğine dair davalı hiçbir yazılı kanıt ibraz edememiştir. Davalı ise, devam etmeyen işçisi için devamsızlık tutanağı tutması ve bunu kanıtlaması gerekirken bu yola gitmemiştir. Öte yandan iş müfettişi raporunda da iş akdinin işveren tarafından feshedildiğinin kabulünün gerektiği belirtilirken işverenin bunun aksini gösterir hiçbir delil sunmadığı vurgulanmıştır. Bu durumda davacının ihbar ve kıdem tazminatı isteklerinin kabulüne karar vermek gerekirken reddedilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir” şeklinde görüş bildirmiştir⁵⁵¹. Görüldüğü üzere Yargıtay, devamsızlık tutanaklarının olmayışını, sözleşmenin işverence feshedilmiş olmasının bir göstergesi olarak değerlendirmiştir. Dolayısıyla işçinin işyerini terketmesi veya sözlü olarak istifa ederek işyerine bir daha

⁵⁴⁹ Y 9 HD, 16.01.2001 T, 2000/15535 E, 2001/255 K, Yargı Dünyası Dergisi, S. 70, İstanbul 2001, s. 43-44.

⁵⁵⁰ ÖZDEMİR, s. 274.

⁵⁵¹ Y 9 HD, 21.11.2001 T, 2001/14307 E, 2001/18285 K, www.kazanci.com.tr (erişim tarihi: 13.10.2013).

gelmemesi durumunda işverenin durumu tutanaklarla belgelemesi gerekecektir⁵⁵². Ayrıca belirtmek gerekir ki, Yargıtay, söz konusu tutanakları doğrulayan tanıkların varlığını da aramakta ve işverence tek yanlı olarak düzenlenen tutanaklara da itibar etmemektedir⁵⁵³.

3- YARGITAY'IN KONUYA BAKIŞI

Yargıtay, fesih bildiriminin şekline ilişkin olarak birçok karar vermiştir. Bu kararların hepsinde, Yüksek Mahkeme, işverenin fesih bildirimini yazılı yapmasının gerekli olduğunun altını çizmiştir⁵⁵⁴. Ne var ki Yargıtay fesih bildiriminin yazılı olarak yapılmasının 5857 sayılı İş Kanunu'nun 109. maddesinin bir sonucu olduğunu ancak yazılı şekil şartının geçerlilik koşulu olmayıp ispat şartı olduğunu da ifade etmiştir⁵⁵⁵. Bununla beraber, Yüksek Mahkeme, işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle feshinde ise, yazılılık şartının aranmayacağını da değişik kararlarında belirtmiştir. Buna örnek olarak 2012 tarihli bir Yargıtay kararı verilebilir. Kararda “iş sözleşmesini geçerli nedenle feshetmek isteyen işveren, fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve yazılı fesih bildiriminde fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır. Geçerli bir yazılı fesih bildirimi ile belirtme zorunluluğu, iş güvencesi kapsamı içindeki işçiler için geçerlidir. Yasal geçerlilik şartına uygun aslının işçiye ulaşması da zorunludur. İşverenin haklı nedenle derhal feshinde yazılı şekil şartı aranmamaktadır” denilmektedir⁵⁵⁶. Yargıtay başka kararlarında da, işverenin haklı nedenle derhal feshinde

⁵⁵² Y 9 HD, 03.12.2001 T, 2001/17404 E, 2001/18878 K, www.kazanci.com.tr (erişim tarihi: 24.09.2013).

⁵⁵³ Y 9 HD, 23.11.1995 T, 1995/13896 E, 1995/34492 K, Tekstil İşveren Dergisi, S. 197, İstanbul 1996, s. 15-16.

⁵⁵⁴ Y 9 HD, 18.03.2008 T, 2007/26227 E, 2008/5311 K, www.legalbank.net, 17.05.2010 T, 2010/13668 E, 2010/13692 K, www.legalbank.net (erişim tarihi: 06.10.2013).

⁵⁵⁵ Y 7 HD, 04.03.2013 T, 2013/1880 E, 2013/2023 K, www.kazanci.com.tr (erişim tarihi: 06.10.2013).

⁵⁵⁶ Y 22 HD, 05.06.2012 T, 2011/14965 E, 2012/12506 K, www.kazanci.com.tr; aynı doğrultuda bkz. Y 22 HD, 12.02.2013 T, 2013 /2635 E, 2013/2654 K, www.kazanci.com.tr; Y 22 HD, 19.06.2012 T, 2012/275 E, 2012/13877 K, www.kazanci.com.tr; Y 22 HD, 26.06.2012 T, 2012/179 E, 2012/14594 K, www.kazanci.com.tr; Y 22 HD, 26.06.2012 T, 2012/364 E, 2012/14605 K, www.kazanci.com.tr (erişim tarihi: 06.10.2013).

yazılı şekil şartının aranmayacağını altını çizmiştir⁵⁵⁷. Yüksek mahkeme yakın tarihli başka bir kararında da aynı görüş doğrultusunda “işveren fesih bildirimini yazılı yapmak zorunda olduğu gibi fesih sebeplerini de yazılı olarak göstermek zorundadır. Buna karşılık, aynı kanunun 25. maddesinde öngörülen işverenin haklı sebeple derhal feshinde yazılı şekil şartı aranmamaktadır. ‘Geçerli bir sebep’ yazılı fesih bildirimiyle belirtme zorunluluğu, iş güvencesi kapsamı içindeki işçiler için zorunludur” şeklinde karar vermiştir⁵⁵⁸.

Yukarıdaki kararda söz edilen iş güvencesi kapsamındaki işçiler bakımından yazılılık şartı Yargıtay’ın 2008 tarihli bir kararında ifade edilmiştir⁵⁵⁹. Bu karara göre, “geçerli bir sebep yazılı fesih bildirimi ile belirtme zorunluluğu iş güvencesi kapsamındaki işçiler için zorunludur”.

Bununla beraber Yargıtay, yine aynı kararda, işverenin yazılı olarak fesih bildiriminde bulunmamasının, feshi geçersiz kılacağını belirtmiştir⁵⁶⁰. Yüksek mahkeme ayrıca, sadece yazılı bildirimi şart koşmamış, fesih bildiriminde mutlaka sözleşmeyi sona erdirmeye iradesinin yanı sıra sözleşmenin sona ereceği zamanın da belirtilmesinin gerekli olduğunu ifade etmiştir⁵⁶¹. Bunun yanı sıra Yargıtay, şarta bağlı fesih bildiriminin de kural olarak geçerli olmayacağını “şarta bağlı fesih de kural olarak geçerli değildir. Zira yenilik doğurucu bir

⁵⁵⁷ Y 9 HD, 03.06.2008 T, 2007/36334 E, 2008/13840 K: “İş sözleşmesini geçerli nedenle feshetmek isteyen işveren, fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır. Yazılı şekil ihbar önellerine uyularak yapılacak fesihler için de geçerlilik şartıdır. Buna karşın işverenin haklı nedenle derhal feshinde yazılı şekil şartı aranmamaktadır”, www.legalbank.net. Benzer kararlar için bkz. Y 9 HD, 09.06.2008 T, 2007/39302 E, 2008/14811 K, www.legalbank.net; Y 9 HD, 11.10.2010 T, 2009/27658 E, 2010/28515 K, www.legalbank.net; Y 9 HD, 03.06.2008 T, 2007/36334 E, 2008/13840 K, www.legalbank.net (erişim tarihi: 06.10.2013).

⁵⁵⁸ Y 22 HD, 24.10.2011 T, 2011/1452 E, 2011/3252 K, www.kazanci.com.tr (erişim tarihi: 06.10.2013).

⁵⁵⁹ Y 9 HD, 23.06.2008 T, 2007/41025 E, 2008/17104 K, www.legalbank.net (erişim tarihi: 06.10.2013).

⁵⁶⁰ Y 9 HD, 23.06.2008 T, 2007/41025 E, 2008/17104 K: “yazılı fesih bildiriminde, feshin açık ve kesin sebebini gösterilmemesi, İş Kanunu’nun 20. maddesi anlamında feshin geçersizliği sonucunu doğurur”, www.legalbank.net (erişim tarihi: 06.10.2013).

⁵⁶¹ Y 9 HD, 18.03.2008 T, 2007/26227 E, 2008/5311 K, www.legalbank.net (erişim tarihi: 06.10.2013).

beyan olan fesih bildirimi, tek taraflı olarak karşı tarafın hukuk alanına müdahale anlamına gelmekte ve sürekli borç ilişkisinin gelecekteki kaderini belirlemektedir. Bu sebeple fesih bildiriminden iş ilişkisinin ne zaman sona ereceği açıklıkla anlaşılması gerekir. Şarta bağlı feshin ayrık hali, işçinin iradi davranışına bağlı olan durumlarda, örneğin değişiklik feshinde kendini gösterir. Görev değişikliğini kabul etmeme, verilen uyarı üzerine aynı eylemi tekrar ettiği takdirde feshedileceği şartının bildirilmesi durumlarında, şarta bağlı fesih geçerli olacaktır. Şarta bağlı olarak geçerli bir şekilde iş sözleşmesinin feshedildiği durumlarda bildirim süresi, şartın gerçekleşmesiyle işlemeye başlayacaktır” şeklinde ifade etmiştir⁵⁶².

Yargıtay aynı konuya ilişkin başka bir kararında da, yine işverenin fesih bildirimini yazılı olarak yapmasının gerekli olduğunu ifade ederek, bunun yanı sıra işverenin fesih sebeplerini de açıkça belirtmesinin gerekliliğinin ve işverenin bu fesih sebepleriyle de bağlı olduğunun altını çizmiştir⁵⁶³. Yüksek mahkeme, aynı kararda, yazılı şeklin, açıklık, aleniyet ve ispat fonksiyonlarını haiz olduğunu da ifade etmiştir⁵⁶⁴.

Burada belirtilmesi gereken bir diğer nokta da, Yargıtay’ın “Ancak işveren çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak

⁵⁶² Y 9 HD, 18.03.2008 T, 2007/26277 E, 2008/5311 K. www.legalbank.net (erişim tarihi: 06.10.2013).

⁵⁶³ Y 9 HD, 01.06.2009 T, 2008/36528 E, 2009/16179 K: “İş güvencesi kapsamında kalan işçinin iş sözleşmesini geçerli nedenle feshetmek isteyen işveren fesih bildirimin yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır. Yazılı fesih bildiriminin de fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde içermesi zorunludur. Yazılı şekil ayrıca açıklık, aleniyet ve ispat fonksiyonunu haizdir. Sadece fesih bildiriminin değil fesih sebeplerinin de yazılı olması ve işverence fesih bildirimi ile gerekçelerini kapsayacak şekilde altının imzalanması gerekir. İşveren fesih bildiriminde gösterdiği fesih sebebi ile bağlıdır. İşe iade davasındaki savunmasında ilaveten başka bir sebep ileri süremeyeceği gibi bu sebepten farklı bir sebebe dayanamaz”.

⁵⁶⁴ Benzer bir karar için bkz. 23.06.2008 T, 2007/41025 E, 2008/17104 K, www.legalbank.net (erişim tarihi: 06.10.2013).

kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz” şeklinde ifade ettiği üzere, çalışma koşullarında yapılacak esaslı değişikliğin de yazılı olmasının şart koşulduęudur⁵⁶⁵.

Son olarak Yargıtay, işçi ile işveren arasında yapılmış olan rekabet yasağı sözleşmesinin de yazılı şekil şartına bağlı olduğunu belirten kararlar da vermiştir. Bunlara örnek olarak 2011 yılında verdiği bir kararda, “rekabet yasağı sözleşmesi yazılı şekil şartına tabidir. Yasada geçerlilik şartı olarak öngörülen şekil, adi yazılı şekildir. Bu bakımdan, sözleşme metninin herhangi bir surette yazılması mümkündür. Ayrıca, tarafların önceden düzenlenmiş bir formüler kullanmaları da imkân dahilindedir. Yasağın hizmet akdi içinde veya hizmet akdine eklenen bir belgede düzenlendiği hallerde, çoğu kez formülerlerden yararlanılmaktadır. Bu durumda işçinin özel olarak korunması gerekeceğinden rekabet yasağına, genel işlem koşulları alanında geçerli olan ilkeleri uygulamakta tereddüt gösterilmemelidir” şeklinde hüküm vermiştir⁵⁶⁶.

D- TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNDE ŞEKİL

1- GENEL OLARAK

Toplu iş sözleşmesinin şekli, 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun “Toplu İş Sözleşmesinin Genel Esasları” başlıklı yedinci bölümünde kaleme alınmıştır. Hükme göre, toplu iş sözleşmesi yazılı olarak yapılır (STİSK m. 35/I).

Görüldüğü gibi hüküm, tartışmaya yer vermeyecek derecede açık ve net kaleme alınmıştır. Toplu iş sözleşmesi için öngörülen yazılı şekil şartı geçerlilik şartıdır. Yazılı şekil şartına uyulmadan yapılan toplu iş sözleşmesi geçersiz sayılmakla birlikte, bu sözleşmenin

⁵⁶⁵ Y 9 HD, 25.05.2010 T, 2008/ 28002 E, 2010/14742 K, www.legalbank.net (erişim tarihi: 09.10.2013).

⁵⁶⁶ Y 22 HD, 24.10.2011 T, 2011/1452 E, 2011/3252 K, www.kazanci.com.tr (erişim tarihi: 06.10.2013).

kolektif karakteri ve süreklilik arzeden edimler içermesi göz önünde bulundurularak, geçersizliğin ileri etkili (ex nunc) olduğu kabul edilmektedir⁵⁶⁷.

2- ŞEKLİN AMACI

Toplu iş sözleşmesinin yazılı şekle tabi tutulmasının birden çok amacı olduğunu söylemek mümkündür. Her şeyden önce tarafların düşünmeden hareket etmelerini önleyerek zarara uğramamalarını sağlar⁵⁶⁸. Bunun yanısıra sözleşmenin normatif karakterinden ileri gelen; toplu iş sözleşmesinin kesin olması, ne zaman meydana geldiğinin bilinmesi sözleşmenin esaslı noktaları ve konuya ilişkin kanun normlarının taraflarca kesin olarak bilinmesi sebebiyle de toplu iş sözleşmesinin yazılı şekle tabi tutulduğunu söylemek yerinde olur⁵⁶⁹.

3- ŞEKLİN DÜZENLENMESİ

Toplu iş sözleşmesinin tarafları; işçi tarafını temsilen işçi sendikaları, işveren tarafını temsilen de işveren sendikaları veya işverendir. Toplu iş sözleşmesi en az 1 ve en çok 3 yıl süreli yapılabilir (STİSK m. 35/II). İşçi veya işveren sendikaları 6356 Sayılı STİSK'te belirtilen prosedürü takip ederek toplu iş sözleşmesi yapmak üzere bir araya gelirler. Görüşmenin sonunda bir anlaşmaya varılırsa, dört nüsha olarak düzenlenecek olan toplu iş sözleşmesi taraf temsilcilerince imzalanır ve iki nüshası altı iş günü içinde çağrışı yapan tarafça görevli makama tevdi edilir. Görevli makam sözleşmenin bir nüshasını Bakanlığa gönderir (STİSK m. 48/I).

⁵⁶⁷ ÇENBERCİ, MUSTAFA: "Toplu İş Sözleşmesinin Bağlı Olduğu Şekil", İş Hukuku Dergisi, C.I, S.11, Ankara 1969, s. 756; ŞAHLANAN, FEVZİ: Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul 1992, s. 173-174; SEVİMLİ, s. 20.

⁵⁶⁸ TUĞ, s. 110.

⁵⁶⁹ TUĞ, s. 110.

Toplu iş sözleşmesi için öngörölmüş şekil, adi yazılı şekildir⁵⁷⁰. Toplu iş sözleşmesinin kolektif karakteri ve hazırlık aşamasının uzun sürmesinden dolayı, yazılılık şartının ne zaman yerine getirildiğı konusunda sorular akla gelebilir. Doktrinde bu şartın, toplu görüşmeler sırasında tarafların tekliflerin tümü üzerinde anlaştıklarını gösteren tutanakları imzaladıkları zaman yerine geldiğini kabul eden bir görüş mevcuttur⁵⁷¹. Ayrıca, her görüşme sonunda anlaşmaya varılan noktaların yazılı hale getirilmesi ve taraflarca imzalanarak tutanakların oluşturulması ve toplu görüşme sonunda bu tutanakların taraflarca bir tutanak haline getirilip imzalanması sonucunda toplu iş sözleşmesinin yapılmasından hareketle; tutanakların her birinin taraflarca imzalanmış olması ve son tutanakta da bütün konularda anlaşmaya varıldığı yönünde duraksamaya neden olmayacak nitelikte bir ifadeye yer verildiğinde sözleşmenin kurulduğunu ve şekil şartının yerine geldiğini söylemek mümkün olur⁵⁷².

E- İBRANAMEDE ŞEKİL SORUNU

1- GENEL OLARAK

İbra, tarafların aralarında yaptıkları bir sözleşmeyle (ibra sözleşmesi) alacaklının hakkından vazgeçmesi ve bu şekilde borçlunun borcundan kurtulmasıdır⁵⁷³. İbra, dar anlamda borcu sona erdiren bir nedendir. Burada ayrıca belirtilmelidir ki, ibra ile sözleşme ilişkisinin içerdiği münferit borçların tamamının sona erdirilmesi de mümkündür⁵⁷⁴.

⁵⁷⁰ ŞAHLANAN, s. 103; SEVİMLİ, s. 21.

⁵⁷¹ TUĞ, s. 111.

⁵⁷² SEVİMLİ, s. 21.

⁵⁷³ TUNÇOMAĞ, s. 1172; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 1319;

MOLLAMAHMUTOĞU/ASTARLI, s. 1030.

⁵⁷⁴ EREN, s. 468.

İş sözleşmesinin sona ermesiyle birlikte, uygulamada son derece yaygın olarak, işçiye ibraname imzalatılmakta ve bu yolla işçinin alacaklarının tamamını aldığı ve hiçbir alacağı kalmadığı gösterilmektedir. İbra, iş sözleşmesinin sona ermesi üzerine işçilere imzalatılan “ibra senedi”, “ibra belgesi”, “ibraname”, “ibra kağıdı”, “ibra yazısı” gibi isimler altında çok yoğun olarak uygulanmaktadır⁵⁷⁵. Bu belgeler genellikle işverenin belirli bir borcundan veya borçlarından ibra edildiği ifadesiyle yetinilmeyip ücretler, ücret ekleri, ihbar ve kıdem tazminatları gibi sözleşmeden veya sözleşmenin sona ermesinden doğan tüm işçilik haklarının alındığı, hiçbir alacak kalmadığı gibi çok kapsamlı bir içeriğe sahip olduklarından ve içerdikleri işçi alacakları yönünden işvereni borçlarından kurtardıklarından ibra, İş Hukuku’nda titizlikle yaklaşılması gereken bir konudur⁵⁷⁶.

İşte bu nedenlerle, ibranameler gerek şekil gerekse içerik olarak İş Hukuku’nun en tartışmalı alanlarından birisini oluşturmaktadır. Her ne kadar konuya ilişkin doktrinde değişik görüşlerin mevcut olduğunu söylemek mümkün olsa da, esas olarak Yargıtay’ın bu belgelerin geçerliliği ve ispat değeri konusunda vermiş olduğu kararların uygulamaya yön verdiğini söylemek yerinde olur⁵⁷⁷. Yargıtay, aşağıda detaylıca ele alınacağı gibi, genel olarak ibra sözleşmelerine sınırlı hallerde değer vermektedir. Zira Yargıtay’a göre, işçinin emeği karşılığı olan ücret ve diğer hakları konusunda nedensiz yere işvereni ibra etmesi hayatın olağan akışına uygun değildir ve bu nedenle de ibra sözleşmeleri dar yorumlanmalı ve borcun asıl sona erme nedeninin ifa olduğu göz önünde bulundurulmalıdır⁵⁷⁸.

⁵⁷⁵ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 1031.

⁵⁷⁶ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 1031.

⁵⁷⁷ ÖZDEMİR, s. 357.

⁵⁷⁸ MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 1032.

2- KANUNİ DÜZENLEME

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun kabulünden önce, ibranamenin şekle tabi olup olmadığı konusunda bir görüş birliği yoktu. Doktrinde ibranamede tarafların isim ve adresleri, ibra edilen alacağın neden olduğu ve alacak miktarının açık bir şekilde yazılmasının gerekli olduğu ifade edilmekteydi⁵⁷⁹. Diğer bir ifadeyle ibra sözleşmesinin mümkün olduğunca somut, açık, tereddüte yer bırakmayacak şekilde kaleme alınmasının gerekli olduğu belirtilmekteydi⁵⁸⁰.

818 Sayılı Eski Borçlar Kanunu'nda, ibra sözleşmesi düzenlenmemişti. Bu nedenle de, Borçlar Hukuku bakımından ibra sözleşmesinin yasal bir zemine oturmamış olduğunu söylemek mümkün olur. O nedenle de eski Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu tarihte kanunda ibra sözleşmesine ilişkin bir düzenleme olmadığından dolayı, konuya ilişkin Yargıtay kararları önem kazanmış ve uygulama bu doğrultuda gelişmiştir.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda ibra sözleşmesine ilişkin hükümler getirilerek bu konudaki açık giderilmiş ve ibra sözleşmesi yasal bir zemine oturtulmuştur. Kanunun "ibra" başlıklı 132. maddesinde ibraya ilişkin genel bir düzenleme yapılmıştır. Maddeye 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. Türk Borçlar Kanunu'nun 420. maddesinde ise, hizmet sözleşmesinde ibra düzenlenmiştir. Maddenin ilk fıkrasına göre hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulu geçersizdir. Aynı fıkranın devamına göre, işçinin işverenden alacağına ilişkin ibra sözleşmesinin yazılı olması, ibra tarihi itibarıyla sözleşmenin sona ermesinden başlayarak en az bir aylık sürenin geçmiş bulunması, ibra konusu alacağın türünün ve miktarının açıkça belirtilmesi, ödemenin hak tutarına nazaran noksansız ve banka aracılığıyla

⁵⁷⁹ ERTEKİN, ÖZKAN: İş Hukukunda İbra, Ankara 2007, s. 101

⁵⁸⁰ ERTEKİN, s. 101.

yapılması şarttır. Bu unsurları taşımayan ibra sözleşmeleri veya ibraname kesin olarak hükümsüzdür. Aynı maddenin diğer fıkralarında ise, hakkın gerçek tutarda ödendiğini ihtiva etmeyen ibra sözleşmelerinin veya ibra beyanını muhtevi diğer ödeme belgelerinin, içerdikleri miktarla sınırlı olarak makbuz hükmünde oldukları düzenlenmiştir. Bu hâlde dahi, ödemelerin banka aracılığıyla yapılmış olması zorunludur.

Görüldüğü gibi kanun hizmet sözleşmesinde ibrayla ilgili uygulamada zaten Yargıtay kararları ile uygulanmakta olan konuları kaleme almış ve ibra sözleşmesi konusunu yasal bir zemine oturtmuştur. Bununla beraber, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun kabulünden önce ibra sözleşmesi konusu Yargıtay kararları ile yürümekte olduğundan, çalışmamızda Yargıtay’ın konu hakkındaki görüşüne de değinmeyi uygun bulduk. Burada ilk olarak Yargıtay’ın yaklaşımı doğrultusunda ibranamelerin miktar içerip içermemesine göre bir inceleme yaparak daha sonra ibranamenin şekli üzerinde durulacaktır.

3- YARGITAY’IN İŞÇİ İLE İŞVEREN ARASINDAKİ İBRA SÖZLEŞMESİNE YAKLAŞIMI

a- Miktar İçeren İbranamelerin Hukuki Niteliği ve İspat Gücü

İbranamede yer alan alacak kalemler, miktar belirtilmeksizin ifade edilmiş olabilir. Buna örnek olarak, “kıdem tazminatımı aldım”, “ihbar tazminatımı aldım” şeklindeki ifadelerin olduğu ibranameler gösterilebilir⁵⁸¹. Burada belirtilmesi gereken nokta bu ibranamelerde ne kadar ödeme yapıldığına ilişkin herhangi bir açıklama olmamasıdır. Yargıtay’ın istikrar kazanmış uygulamasına göre ibranamede miktar belirtilmişse ibraname makbuz hükmündedir⁵⁸². Buna göre Yüksek Mahkeme, miktar içeren ibranameyi, üzerinde

⁵⁸¹ ÖZDEMİR, s. 358.

⁵⁸² ERTEKİN, s. 103; ÖZDEMİR, s. 358 vd.

yazılı olan miktarın ödendiğini gösteren bir belge anlamında değerlendirmektedir⁵⁸³. Konuya ilişkin birçok Yargıtay kararı mevcuttur⁵⁸⁴. Yargıtay’a göre, bu durumda işçinin hak ettiği alacak kalemleri saptanmalı ve ibraname ile bunlar arasındaki fark oranında hüküm kurulmalıdır. Yargıtay’ın bu doğrultuda verdiği bir kararında, “davacının ihbar ve kıdem tazminatı istekleri 02.06.1995 tarihli ibranameye dayanılarak mahkemece reddedilmişse de, ibraname miktar içermekte olup makbuz niteliğindedir. Bu durumda mahkemece yapılacak iş, ibranamede ödendiği belirtilen miktarın hangi alacaklara karşılık olarak ödendiğini saptamak, davacının çalışma süresine göre hak kazandığı ihbar ve kıdem tazminat alacaklarını belirlemek, daha önce ödenmiş ihbar ve kıdem tazminatı mevcutsa, bu ödemeleri hesaplanan tazminat miktarlarından indirmek, geriye ihbar ve kıdem tazminatı alacağı kalmıyorsa şimdiki gibi anılan tazminat isteklerini reddetmek, geriye alacak mevcutsa bu ihbar ve kıdem tazminat isteklerini hüküm altına almaktan ibarettir” şeklinde bir sonuca varılmıştır⁵⁸⁵.

Burada belirtilmesi gereken bir diğer nokta da, Yargıtay’ın ibranamelerin hukuki niteliğini belirlerken, maddi ve manevi tazminat alacağı dışında kalan alacaklar ve maddi ve manevi tazminat alacakları şeklinde ikili bir ayırım yapmasıdır. Yukarıdaki Yargıtay kararında da ifade edildiği gibi, Yargıtay maddi ve manevi tazminat alacağı dışındaki alacaklar bakımından uzun yıllardır yerleşmiş içtihadıyla miktar içeren ibranameleri makbuz kabul etmektedir.

Maddi ve manevi tazminat alacakları bakımından ise, Yargıtay verdiği kararların çoğunda “açık oransızlık” ölçütünü kullanmaktadır. Bu tip ibranameler iş Hukuku’nda

⁵⁸³ ÖZDEMİR, s. 359.

⁵⁸⁴ Y 9 HD, 13.05.1997 T, 1996/3755 E, 1997/8805 K, www.kazanci.com.tr (erişim tarihi: 09.10.2013); Y 9 HD, 16.02.2005 T, 2004/13375 E, 2005/4441 K., Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 2, İstanbul 2005, s. 198.

⁵⁸⁵ Y 9 HD, 25.03.1997 T, 1996/22738 E, 1997/5916 K, www.kazanci.com.tr (erişim tarihi: 09.10.2013).

özellikle iş kazalarına ilişkin tazminat davalarında sıkça karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle de Yargıtay “açık oransızlık” ölçütünü getirmiş ve uygulamıştır.

Açık oransızlıktan anlaşılması gereken, zarar ile yapılan ödeme arasında ciddi bir fark olmasıdır. Bu durumda Yargıtay, ibranameyi üzerinde yazılı miktar ile sınırlı makbuz olarak kabul etmekten, böyle bir oransızlığın olmaması durumunda ise, ödemeyi ibra niteliğinde görmekte ve işçinin gerçek zararı ile ibranamede yazılı miktar arasındaki farkı talep edemeyeceğini kabul etmektedir⁵⁸⁶. Yargıtay 2002 tarihli bir kararında konuya ilişkin fikrini açıkça ifade eden bir sonuca varmıştır. Bu karara göre, “alacaklının alacak hakkından vazgeçmesini ve bu suretle borçlunun borçtan kurtulmasını kapsayan akde –ibra- denir. İbranamenin kural olarak işçiye veya hak sahiplerine yapılmış olan ödeme ile sınırlı olmak üzere bağlayıcılığı asıldır. Gerçek anlamda ibranameden söz edebilmek için tazmin edilecek miktar ile buna karşılık olan meblağ arasında açık oransızlığın bulunmaması gerekir. Başka bir anlatımla açık oransızlığın bulunduğu durumlarda anılan belge ibraname değil ancak makbuz niteliğindedir. Burada, ibranamenin verildiği tarih göz önünde bulundurularak hak sahiplerinin gerçek zararının uzman bilirkişiler aracılığıyla saptanması suretiyle belirleneceği hukuksal gerçeği ortadadır”. Yüksek mahkemenin konuya ilişkin aynı yönde görüş bildirdiği birden çok kararı mevcuttur. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 2000 yılında verdiği bir kararda da dava konusu olayda ibraz edilen ibranamenin makbuz niteliğinde olduğu ve davacının gerçek zararını ortaya koyan bir belge vasfında olmadığı ifade edilerek diğer kararlarına paralel yönde görüş belirtilmiştir⁵⁸⁷.

⁵⁸⁶ Y 12 HD, 29.04.2002 T, 2002/3135 E, 2002/3614 K, Yargı Dünyası, S. 84, İstanbul 2002, s. 90-91.

⁵⁸⁷ YHGK 31.05.2000 T, 2000/21-915 E, 2000/942 K, İBD, C. 76, S.1, İstanbul 2002, s. 207.

b- Miktar İçermeyen İbranameler ve İspat Gücü

İbranamede yer alan alacak kalemleri miktar içermeksizin ifade edilmiş olabilir. Buna örnek olarak “kıdem tazminatımı aldım” “ihbar tazminatımı aldım” biçiminde bir ifade gösterilebilir. Burada söz konusu ödemenin yapıldığı bellidir ancak bu ifadeler kapsamında ne kadarlık bir meblağın ödendiğine ilişkin bir açıklama yoktur.

Bu ibranamelerin geçerliliği konusunda Yargıtay, miktar içeren ibranamelerde olduğu gibi, maddi ve manevi tazminat alacakları dışında kalan alacaklar ve maddi ve manevi tazminat alacakları olarak ikili bir ayırım yaparak konuyu incelemektedir.

Manevi ve maddi tazminat alacakları dışındaki alacaklar bakımından Yargıtay, miktar içeren ibranameleri üzerinde yazılı miktarla sınırlı bir makbuz niteliğinde kabul ederken, miktar içermeyen ibranameleri için aynı şeyi söylemek mümkün olmaz⁵⁸⁸. Yüksek mahkemenin bu konuya ilişkin bir çok kararı bulunmaktadır. Bunlara örnek olarak 1997 tarihli bir kararında⁵⁸⁹ “... tarafların iddia ve savunmalarından fesih tarihinden önce düzenlendiği anlaşılan ve altında davacının imzası da bulunan ibranamede ücret alacağının alındığı açıklanmış bulunmaktadır. İbranamede miktarın gösterilmemiş olması bunun geçersiz olduğunu göstermez. Miktar gösterildiği takdirde makbuz niteliğinde kabul edilebilir” şeklinde görüş bildirmiş olması verilebilir. Yargıtay konuya ilişkin verdiği diğer kararlarda, miktar içeren ve miktar içermeyen ibranameler arasındaki farkı belirginleştirerek miktar

⁵⁸⁸ ÖZDEMİR, s. 373.

⁵⁸⁹ Y 9 HD, 11.11.1997 T, 1997/14340 E, 1997/18894 K, www.kazanci.com.tr. Aynı doğrultuda bkz. Y 9 HD, 04.11.2004 T, 2004/8374 E, 2004/24956 K: “...Davacı tarafından verildiği mahkemece 04.05.2002 tarihli ibranamede davacı mahkemece hüküm altına alınan ihbar tazminatı, kıdem tazminatı, aylık ücretleri ile yıllık izin ücretlerini aldığını açıkça kabul ederek davalı işvereni ihbar etmiştir. İbranamede alınan miktarlar açıklanmadığından ibranamenin makbuz olarak değerlendirilmesi mümkün değildir”, www.kazanci.com.tr (erişim tarihi: 11.10.2013).

içeren alacakların makbuz niteliğinde olduğuna ilişkin kararlarına dair hiçbir tereddüt bırakmamaktadır⁵⁹⁰.

Miktar içermeyen ibranameler bakımından söylenmesi gereken nokta, ibranamenin sadece içinde sayılan alacak kalemlerini kapsamasıdır. İbranamenin işçinin alacak hakkını ortadan kaldırabilmesi için kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açık olması gerekir. Yüksek mahkeme birçok kararında, ibranamede açıkça sayılan alacak kalemlerini geçerli kabul etmektedir⁵⁹¹. Buna göre, ibranamede yer alan kalemler bakımından işçinin alacağını aldığı kabul edilmeli ve ibranamede yer almayanlar içinse diğer deliller dikkate alınarak değerlendirme yapılmalıdır⁵⁹². Burada ayrıca belirtilmelidir ki; ibranamede açıkça ismen belirtilmeyen bir alacağın ibraname kapsamında kabul edilerek işçinin talep hakkını ortadan kaldırmasına olanak yoktur. Yine ibranamenin, sadece düzenlendiği zamana kadar söz konusu olan alacak kalemlerini kapsayacağını da söylemek gerekir. İbranamenin düzenlenme tarihinden sonra işçi yeniden o işyerinde çalışmış ise, ikinci dönem çalışmasına ilişkin olarak ibranamenin bir bağlayıcılığı söz konusu olmaz⁵⁹³.

Miktar içermeyen ibranamelerdeki maddi ve manevi tazminat alacakları dışındaki alacaklar bakımından söylenmesi gereken son nokta ise, Yüksek Mahkeme'nin genel ifadeli

⁵⁹⁰ Y 9 HD, 27.10.2004 T, 2004/7559 E, 2004/24429 K: "...İbranamenin altında hangi alacakların ödendiği ve miktarı ayrı ayrı belirtilmiş bulunmaktadır. Dairemizin yerleşik uygulamasına göre, böyle durumlarda ibraname miktar içeren alacaklar yönünden makbuz niteliğinde olup fark oluşturduğu takdirde bu alacaklar hüküm altına alınmalı, miktar içermeyen diğer alacaklar yönünden ise ibraname olarak geçerli olmalıdır. Bu nedenle miktar içeren tazminat ve alacaklar yönünden dosyadaki bilgi ve belgeler ışığında hesaplama yapılarak varsa hüküm altına alınmalıdır", www.kazanci.com.tr (erişim tarihi: 11.10.2013).

⁵⁹¹ Y 9 HD, 25.04.2001 T, 2001/4006 E, 2001/7055 K (YKD C.29, Ankara 2003, s. 710).

⁵⁹² Y 9 HD, 16.02.2005 T, 2004/13375 E, 2005/4441: "...İbranamede genel tatil, hafta tatili ve fazla mesai alacağı belirtilmediğine göre bu alacaklar yönünden yeniden bilirkişiden hesap raporu alınarak bir değerlendirmeye tabi tutulup, sonucuna göre karar verilmesi gerekir. Yazılı şekilde karar verilmiş olması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir", Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 2, İstanbul 2005, s. 198.

⁵⁹³ Y 9 HD, 12.12.2000 T, 2000/13999 E, 2000/18684 K, www.kazanci.com.tr (erişim tarihi: 11.10.2013).

ibranameleri geçersiz kabul ettiğidir. Yargıtay, “hiçbir alacağım kalmamıştır” gibi çok genel ifadeler içeren bu tür belgeleri geçerli saymamaktadır. Yüksek mahkemenin bu noktadaki dayanağı, işçi lehine yorum ve işçinin korunması ilkeleridir. Mahkeme burada “sair her türlü alacaklarımı aldım” vb. ifadelerinin işçinin aleyhine olduğunu düşünmekte ve ibranamede bu şekilde bir ifade olması durumunda konuya ilişkin tüm delillerin toplanıp değerlendirilmesi yoluyla bir karara varılmasını yerinde görmektedir⁵⁹⁴.

Miktar içermeyen ibranamelerde maddi ve manevi tazminat alacaklarında ise Yargıtay’ın bu tür ibranamelere şüpheyile yaklaştığını ve genel eğiliminin bunları geçersiz saymak yönünde olduğunu söylemek mümkün olur⁵⁹⁵. Yüksek mahkemenin konuya ilişkin bazı kararlarında bu tür ibranamelere hiçbir geçerlilik tanımadığı açıkça görülmektedir⁵⁹⁶.

II- MEDENİ USUL HUKUKU VE İCRA VE İFLAS HUKUKUNDA ŞEKLE BAĞLI İŞLEMLER

A- TARAF USUL İŞLEMLERİ

1- GENEL OLARAK USUL İŞLEMİ KAVRAMI

Bir uyuşmazlık sebebiyle açılan bir davada, bu davanın yürütülmesi ve hükme bağlanması bazı işlemlerin yapılmasıyla gerçekleşir. Davanın açılmasından hükmün verilmesi ve hatta hükmün kesinleşmesine kadar geçen sürede birbirini takip eden işlemlere ihtiyaç duyulur⁵⁹⁷. Bu işlemler bir anlamda yargılama prosedürünün elemanlarıdır. Davanın açılmasıyla taraflar arasında ve taraflarla mahkeme arasında üçlü bir usul ilişkisi doğar⁵⁹⁸.

⁵⁹⁴ Y 9 HD, 21.10.1999 T, 1999/13073 E, 1999/16177 K, www.kazanci.com.tr (erişim tarihi: 11.10.2013).

⁵⁹⁵ ÖZDEMİR, s. 381.

⁵⁹⁶ Y 21 HD, 24.06.2003 T, 2003/6207 E, 2003/6096 K, www.kazanci.com.tr (erişim tarihi: 11.10.2013).

⁵⁹⁷ KARSLI, Medeni Muhakeme, s. 413.

⁵⁹⁸ KARSLI, Medeni Muhakeme, s. 413.

Yargılama faaliyeti, davanın ikamesinden hükmün kesinleşmesine kadar geçen zamanda gerçekleştirilen usul işlemlerinin bir araya gelmesinden oluşur demek yerinde olur. Buradan hareketle usul işlemlerinin, genel itibariyle hakkın korunmasını, elde edilmesini, ileri sürülmesini sağlayan işlemler süreci olduğunu söylemek mümkün olur⁵⁹⁹. Buradan hareketle hareketle, usul işlemlerinin Medeni Yargılama Hukuku'nun merkezi ve temel meselesi olduğunu söylemek yanlış olmaz⁶⁰⁰.

Bu genel açıklamalardan sonra, usul işlemini tanımlamak gerekirse, davanın görülmesi ve hükmün elde edilmesi için taraflarca veya mahkemece birbiri ardına yapılan, şartları ve sonuçları Medeni Yargılama Hukuku tarafından belirlenen işlemlere, usul işlemleri demek mümkündür. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda, usul işlemlerinin doğrudan tanımı verilmemiştir. Bununla birlikte HUMK m. 82'de usul işlemleri kanun hükmü ile düzenlenmişti⁶⁰¹. Bununla birlikte HMK'da, usul işlemlerine ilişkin kanunkoyucunun herhangi bir düzenleme yapmadığını da eklemek gerekir. Ancak HMK m. 307 ve devamında davaya son veren taraf işlemleri düzenlenmiş ve bu kavrama hükümler içinde yer verilmiştir. Bunun yanı sıra, HMK'da ıslah konusundaki düzenlemelerde (m. 176, m.179, m. 181), mecburi dava arkadaşlarının davadaki durumu (m. 60), feri müdahilin durumu (m. 68), vekaletname olmadan vekilin işlem yapma halleri (m. 77) ve ses ve görüntü naklinde duruşma icrası ve tarafların usuli işlem yapma imkanı (m. 149) düzenlemelerinde usuli işlem kavramına değinilmiştir.

Konuya ilişkin genel açıklamaları, usul işlemleri ile hukuki işlemin farkında değinerek bitirelim. Hukuki işlem, hukuki işlem yapanın arzusuna uygun olarak kanunun hukuki sonuç

⁵⁹⁹ **KARSLI**, Medeni Muhakeme, s. 413; **KARSLI**, Usuli İşlemler, s. 3.

⁶⁰⁰ **KARSLI**, Usuli İşlemler, s. 6.

⁶⁰¹ HUMK m. 82/I: Esaslı merasime riayet edilmeksizin yapılan usule mütaallik muameleler bu bapta menfaati bulunan kimsenin davayı takipten evvel talebi sebkederse iptal olunur.

bağladığı irade beyanı olarak tanımlanır⁶⁰². Usul işlemi bir hukuki işlem değildir⁶⁰³. Özellikle en önemli usul işlemlerinden olan davanın açılması bir hukuki işlem değildir. Çünkü davanın açılması ile doğan sonuçlar (derdestlik, zamanaşımının durması vb) davacının iradesinin sonucu değildir. Usul işleminin amacı bir hukuki ilişki kurmak değil, bir hakkı kullanmak veya var olan bir hukuki durumu korumaktır. Bununla birlikte, bir usul işlemi bir hukuki işlemi de içerebilir⁶⁰⁴. Örneğin davanın açılması bir irade beyanını içerebilir. VON TUHR, bu işlemlerin yargılama usulü beyanına dahil olmasına rağmen hukuki işlem sayılmasının gerekli olduğunu ifade etmiştir⁶⁰⁵. Yazara göre, davanın açılması ile yapılan takas beyanı, dava geri alınsa bile hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Yargıtay’ın da eski tarihli bir kararında⁶⁰⁶ “dava, hukuki ilişki konusunda alacak tutarını taşıyan sözler yönünden, bir irade ulaştırmasıdır” diyerek bu irade beyanının karşı tarafa ulaşmakla yenilik doğuran bir durumun meydana geleceğine değindiğini söylemek mümkündür.

2- TARAF USUL İŞLEMİ KAVRAMI

a- Genel Olarak

Usul işlemleri, mahkemece kendiliğinde yapılabildiği gibi (Mahkeme usul işlemi) taraflardan birinin mahkemeye başvurmasıyla da yapılabilir. Bu noktada HMK m. 72’e göre, “hakim iki taraftan birinin talebi olmaksızın, kendiliğinden bir davayı inceleyemez ve karara bağlayamaz. Bunun yanı sıra taraflardan birisinin müracaatı olmadan da mahkemenin kendiliğinden yapabileceği usul işlemleri vardır. Bunlara örnek olarak mahkemenin re’sen keşfe karar vermesi ya da bilirkişi incelemesine karar vermesi gösterilebilir.

⁶⁰² OĞUZMAN/ÖZ, C.I, s. 35.

⁶⁰³ KARSLI, Medeni Muhakeme, s. 407; ÜSTÜNDAĞ, Medeni Yargılama, s. 273.

⁶⁰⁴ VON TUHR, s. 148.

⁶⁰⁵ VON TUHR, s. 148.

⁶⁰⁶ Y 4 HD, 01.11.1965 T, 1964/7329 E, 1965/5355 K (ÜSTÜNDAĞ, Medeni Yargılama, s. 273’ten naklen).

Taraf usul işlemleri, usul işlemi kavramının esasını, merkezini oluşturur. Çünkü bu işlemler yukarıda belirtildiği gibi, bazen maddi hukuk alanında da sonuç ve hüküm doğurur⁶⁰⁷. Taraf usul işlemi, taraflardan birinin davayı işletmesine yarayan ve bu şekilde dava sonucuna etkili olan irade veya bilgi beyanıdır⁶⁰⁸. Taraf işlemlerinden en önemli olanların ispat araçlarının mahkemeye sunulması olduğu doktrinde ifade edilmiştir⁶⁰⁹.

Taraf usul işlemleri ile maddi hukuk işlemleri birbirleriyle yakın ilişki içindedirler. Gerçekten hukuki işlemler, taraf usul işlemi olarak yapılsalar bile kendi karakterlerini kaybetmezler⁶¹⁰. Buna örnek olarak, dava dilekçesinde akdin feshine dair yapılan beyan gösterilebilir. Bunun iptali için gidilmesi gereken yol, gabin, ehliyetsizlik veya irade bozuklukları gibi Medeni Hukuk hükümleridir. Yoksa itiraz, ıslah, temyiz gibi usulü yollar değildir⁶¹¹.

b- Taraf Usul İşlemlerinin Özellikleri

Usul işlemlerinin en belirgin özellikleri, süreye tabi olmaları, şarta bağlanamamaları, irade bozukluğu nedeniyle iptal edilmeyecek olmaları ve karşı tarafa bildirilmesinin gerekli olması olarak sayılabilir.

aa- Süreye Tabi Olma

İlk olarak usul işlemlerinin süreye tabi olmalarına değinecek olursak, usul işlemleri için sürenin getirilmiş olmasının, davanın en kısa sürede sonuçlanmasının taraflara ve

⁶⁰⁷ **KARSLI**, Usuli İşlemler, s. 155.

⁶⁰⁸ **BİLGE/ÖNEN**, s. 278; **KARSLI**, Medeni Muhakeme, s. 420.

⁶⁰⁹ **KARSLI**, Medeni Muhakeme, s.421.

⁶¹⁰ **KARSLI**, Medeni Muhakeme, s. 421.

⁶¹¹ **BİLGE/ÖNEN**, s. 278; **KARSLI**, Medeni Muhakeme, s. 421; **ANSAY, SABRİ ŞÜKRÜ**: Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara 1960, s. 152.

yargılama prosedürüne katkıda bulunmasından dolayı olduğunu ifade edebiliriz. Diğer bir ifadeyle usul işlemleri için sürenin getirilmiş olması, usul ekonomisine de hizmet etmektedir.

Kanunkoyucu usul işlemleri için süre getirirken bazı süreleri kendisi tayin etmiş bazılarının tayinini ise hakime bırakmıştır⁶¹². Bu durum HMK m. 90/1’de, “süreler, kanunda belirtilir veya hakim tarafından tespit edilir” şeklinde kaleme alınmıştır. Yargılama Hukuku’ndaki sürelerin önemli bir kısmı taraflar için getirilmiş sürelerdir. Bunların bir kısmı kanuni sürelerdir. Bunlara örnek olarak cevap dilekçesinin verilmesi (HMK m. 127), istinaf yoluna başvuru süresi (HMK m. 345), temyize başvurma süresi (HMK m. 366) gösterilebilir. Kanuni süreler kural olarak kesindir ve işlem o süre içinde yapılmazsa o hakkın düşmesine sebebiyet verir.

Bununla beraber hakimin tayin ettiği süreler kesin değildir ancak hakim süreyi verirken o sürenin kesin süre olduğuna karar verebilir. Eğer bu şekilde bir belirleme yoksa hakim taraflara ikinci kez süre verebilir. Bu durumda hakim belirtmese bile kanun gereği verilen bu süre kesindir. Taraflar için getirilmiş olan bu süreler yanında mahkemeler için getirilmiş süreler de vardır. Bu süreler hak düşürücü nitelikte değildir⁶¹³.

bb- Şarta Bağlanamama

Şart, gerçekleşip gerçekleşmeyeceği veya ne zaman gerçekleşeceği bilinmeyen bir olgudur⁶¹⁴. Şarta bağlı işlemlerde sonuç gelecekte gerçekleşmesi objektif olarak şüpheli bir olguya bağlanmıştır. Usul işlemlerinin hedeflerinden birisi ise mevcut uyuşmazlığı en kısa

⁶¹² POSTACIOĞLU, Usul, s. 355; ÜSTÜNDAĞ, Medeni Yargılama, s. 437-438; KARSILI, Medeni Muhakeme, s. 425; KARSILI, Usuli İşlemler, s. 93.

⁶¹³ KARSILI, Medeni Muhakeme, s. 425.

⁶¹⁴ OĞUZMAN, Borçlar, s. 835 vd.

sürede nihai bir kararla çözmektir⁶¹⁵. Usul işlemlerinin dava dışı şarta bağlanması halinde ise, bu işlemlerin etkilerini doğurması veya sona ermesi şüpheli bir olaya bırakılmış olmaktadır. Yargılama sürecinde her işlem bir öncekine bağlıdır ve sürecin doğru olarak devam edebilmesi için önceki aşamaların açıklık ve kesinlik kazanması gerekir. Bu nedenle dava dışı şarta bağlı işlem şüphe ve belirsizlikten kaynaklandığına göre yargılamanın niteliği ile bağdaşması mümkün değildir⁶¹⁶. Bununla birlikte Medeni Usul Hukuku bakımından daha yumuşak bir çözüme gidilerek ikili bir ayırım yapılmaktadır. Buna göre, eğer usul işlemi dava dışı bozucu veya erteleyici şarta bağlı kılınmış ise, kural olarak bu işlem geçersizdir. Ancak dava içi olay ve şartlara bağlanmışsa bu işlem geçerlidir.

HMK’da da davaya son veren taraf usul işlemlerinden feragat ve kabulün kayıtsız ve şartsız olarak yapılacağı, şarta bağlı olarak yapılmalarının mümkün olmadığı hükme bağlanmıştır (HMK m. 309/4). Diğer bir usulü işlem olan sulhun ise, şarta bağlı olarak yapılabileceği düzenlenmiştir (HMK m. 313/4). 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda yer almayan bu hükümler, doktrin ve Yüksek Mahkemenin kararları doğrultusunda HMK’da yer almıştır.

Usul ilişkisini kuran, devam ettiren veya sona erdiren usul işlemleri şarta bağlanamaz⁶¹⁷. Ancak doktrinde bu işlemlerin dava içi olay veya şartlara bağlı kılınabilmesi kabul edilmiştir. HMK madde 111 ile de doktrinde kabul edilmiş olan kademeli usul işlemlerinin kanunda açıkça düzenlenmesi söz konusu olmuştur. Örneğin, iddialardan biri kabul edilmezse diğer iddiaya geçilebilir⁶¹⁸. Yargıtay doktrindeki bu fikri uzun süre kabul etmemiştir. Fakat 1987’de verdiği bir içtihadı birleştirme kararında kademeli dava ve

⁶¹⁵ **KARSLI**, Medeni Muhakeme, s. 426.

⁶¹⁶ **KARSLI**, Usuli İşlemler, s. 101, 104-106; **KARSLI**, Medeni Muhakeme, s. 426; **BİLGE/ÖNEN**, s. 277; **ALANGOYA, YAVUZ/YILDIRIM, KAMİL/DEREN-YILDIRIM, NEVHİS**: Medeni Usul, s. 163.

⁶¹⁷ **KARSLI**, Medeni Muhakeme, s. 426.

⁶¹⁸ **BİLGE/ÖNEN**, s. 277; **KARSLI**, Medeni Muhakeme, s. 426; **BERKİN**, Medeni Usul, s. 459.

dolayısıyla kademeli (şarta bağlı) usul işlemini kabul etmiştir⁶¹⁹. Daha sonra HMK madde 111 ile getirilen düzenleme ile de kademeli işlemler açıkça hukukumuzda yer almıştır. Maddeye göre, davacı, aynı davalıya karşı birden fazla talebini, aralarında aslilik-ferilik ilişkisi kurmak suretiyle, aynı dava dilekçesinde ileri sürebilir. Bunun için, talepler arasında hukuki veya ekonomik bir bağlantının bulunması şarttır. Maddenin ikinci fıkrasında ise, mahkemenin davacının asli talebinin esastan reddine karar vermedikçe, feri talebi inceleyemeyeceği ve hükme bağlayamayacağı ifade edilmiştir.

cc- İrade Bozukluğu Nedeniyle İptal Edilememe

Usul İşlemleri irade bozukluğu nedeniyle geriye alınamaz⁶²⁰. Bunun istisnası HMK’da konuya ilişkin açık bir hükmün olması durumudur. Buna örnek olarak HMK m. 188/2 gösterilebilir. Maddeye göre, maddi bir hatadan kaynaklanmadıkça ikrardan dönülemez.

dd- Karşı Tarafın Bilgisine Sunulma

Usul işlemlerinin ilgililerce bilinmesi ve hatta işlemin ilgililerine bildirilmesi gerekir. Bildirme, herhangi bir işlemde ilgilileri haberdar etmeyi amaçlayan şekli bir işlemdir. Bu şekli işlem yazılı veya sözlü olabilir. Tarafların yaptıkları usul işlemlerinin tamamlanıp hüküm ifade etmesi için çoğunlukla tebliğ edilmiş olması gerekir. Örneğin, esasa cevap süresinin işlemeye başlaması için dava dilekçesinin davalıya tebliğ edilmiş olması gerekir. Bunun gibi mahkemenin yapacağı usul işlemleri için de tebliğ şarttır. Örneğin duruşma günü kendisine tebliğ edilmemiş olan tarafın yokluğunda duruşma yapılamaz. Bir işlemin karşı

⁶¹⁹ YİBK, 22.05.1987 T, 1986/4 E, 1987/5 K (YKD, Ankara 1987, s. 11, s. 1617 vd).

⁶²⁰ BİLGE/ÖNEN, s. 277; BERKİN, Medeni Usul, s. 458; ÜSTÜNDAĞ, Medeni Yargılama, s. 417; KARSLI, Medeni Muhakeme, s. 427.

taraf tebliğinin gerekli olduğu hallerde, tebligat yapılmadıkça o işlem karşı taraf için “yok hükmünde”dir⁶²¹.

c- Taraf Usul İşlemlerinin Şekli

Medeni Yargılama Hukuku’ndaki şeklin fonksiyonu, Medeni Hukuk’taki şeklin fonksiyonundan farklıdır. Medeni Hukuk’taki şeklin en temel fonksiyonu özel önem taşıyan bazı işlemlere girişecek olan kimseyi etraflıca düşünmeye sevk etmek, onun düşünmesini sağlayarak bir işleme girişmesini sağlamaktır. Bu konu yukarıda detaylıca ele alınmıştır. Medeni Yargılama Hukuku’nda ise şeklin fonksiyonu daha farklıdır. Bu alanda şeklin kabul edilmesinin temel amacı, işlemi yapan tarafı uyarmaktan çok, karşı tarafın savunma hakkını layıkıyla yapabilmesini sağlamaktır⁶²².

Hukuk Muhakemeleri Kanunu içerisindeki düzenlemelerde, usul işleminin şekline ilişkin genel veya özel bir düzenleme mevcut değildir. Kanun her işlemin hangi şekilde yapılacağına ilişkin bir düzenleme getirmiştir. Bunların çoğu yazılı olmakla birlikte, sözlü olarak da yapılabilecek usul işlemleri de mevcuttur. Duruşma sırasında yapılan usuli işlemler kural olarak mahkemeye karşı sözlü olarak açıklanmak suretiyle yapılır⁶²³. Ancak sözlü olarak yapılan bu işlemlerin yapılmış oldukları da zabıtlarla belgelenir, mahkeme önündeki işlemlerin varlıkları ve kapsamı zabıt dışındaki delillerle ispat olunamaz (HMK m. 156).

HMK’da şekil bakımından hangi şekil kurallarının kamu düzeninden olduğu belirtilmemiştir. Talepte bulunanı düşünmeye sevk eden veya mahkemenin otoritesini

⁶²¹ BİLGE/ÖNEN, s. 277; KARSLI, Medeni Muhakeme, s. 429.

⁶²² KARSLI, Medeni Muhakeme, s. 424. Yazar buna örnek olarak, dava dilekçesinde bulunması gereken noktaların davalının savunmasını gerektiği gibi yapabilmesini sağlamak amacıyla getirildiğini göstermektedir.

⁶²³ ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, Medeni Usul, s. 165.

korumak için getirilmiş olan şekiller kamu düzeninden sayılabilir⁶²⁴. Şeklin kamu düzeninden sayıldığı düzenlemeye örnek olarak HMK m. 240/3 gösterilebilir. Maddede “tanık listesinde adres gösterilmemiş veya gösterilen adreste tanık bulunamamışsa, taraf adres göstermesi için, işin niteliğine uygun kesin süre verilir. Bu süre içinde adres gösterilmez veya gösterilen yeni adres de doğru değilse, bu tanığın dinlenilmesinden vazgeçilmiş sayılır” hükmü yer almaktadır. Bu maddede getirilen şekil şartının kamu düzeninden sayılmasının nedeni, hükmün amacının sonradan sağlanan şahitlere karşı ilgiliyi korumak ve mahkemeyi meşgul etmemek olmasındandır.

Taraf usul işlemleri için getirilen yazılı şekilde kanunun o işlem için belirlediği içeriğin yer alması gerekir. Buna örnek olarak HMK 119 gösterilebilir. Maddede dava dilekçesinin içeriği belirlenmiştir ve dava dilekçesinin bu şekil şartlarına uyularak hazırlanması gereklidir.

Burada belirtilmesi gereken bir diğer nokta da, usul işlemlerinin kural olarak şartları, şekli, amacı, içeriği ve hükümleri bakımından maddi hukuka değil, Medeni Yargılama Hukuku’na tabi olduğudur. Ancak istisnai olarak dava konusu üzerinde maddi hukuka dair sonuçlar doğuran işlemler de vardır. örneğin, feragat, sulh ve kabul bunlardandır⁶²⁵. Çalışmanın konuya ilişkin bölümünde de detaylıca ele alındığı üzere bu işlemler çift karakterlidir. Diğer bir ifadeyle bu işlemler hem maddi hukuk hem usul hukuku karakterini haizdirler. Buradan hareketle HMK m. 311 ve HMK m. 315/2’de de irade bozukluğu hallerinde feragat, kabul ve sulhun iptalinin istenebileceği hükme bağlanmıştır⁶²⁶.

⁶²⁴ **BERKİN**, Medeni Usul, s. 464 vd; **KARSLI**, Medeni Muhakeme, s. 425.

⁶²⁵ **ÜSTÜNDAĞ**, Medeni Yargılama, s. 416; **BİLGE/ÖNEN**, s. 276; **KARSLI**, Medeni Muhakeme, s. 425.

⁶²⁶ Ayrıca bkz. **ÜSTÜNDAĞ**, Medeni Yargılama, s. 416; **KARSLI**, Medeni Muhakeme, s. 425.

Taraf usul işlemlerinin şekli bakımından belirtilmesi gereken bir diğer nokta ise, bu işlemlerde şekle aykırılık olması durumunda, Medeni Hukuk'tan farklı olarak, hükümsüzlük yaptırımının uygulanmıyor olmasıdır. Kesin hükümsüzlük yaptırımı, kurucu unsurları mevcut olduğu için bir sözleşme kurulmuş olmakla birlikte, geçerlilik şartlarından kamu düzenini ilgilendirecek önemde bulunanların gerçekleşmemiş olması halinde uygulanır⁶²⁷. Hukuk Yargılaması bakımından ise HUMK m. 82'de esaslı merasimden olmayan hükümlere riayetsizlik söz konusu butlan yaptırımı müeyyidesinin uygulanmayacağı, söz konusu yanlışlık veya eksikliklerin menfaati olanın talebi üzerine düzeltileceği veya tamamlanacağı ifade edilmişti (HUMK m. 82/son). Burada esaslı merasimin ne olduğuna değinmek gerekir. Şekil ile hedeflenen amaç elde edilemiyorsa, şekil esaslı merasimdir demek mümkündür. Örneğin, davetiye mahkemenin ismi yazılmadığı için karşı taraf gelmemişse bu eksiklik esaslı merasime riayetsizliktir, fakat karşı taraf mahkemeye gelmişse, davetiye hükümsüz sayılmaz ve yeniden davetiye çıkarılmaz, eksiklik ilgilinin talebiyle giderilir (HUMK m. 82/3). Bu durumda “yapılan işlem şekle uygun değildir” diye her durumda hükümsüzlük söz konusudur denemez. Yaptırımın uygulanmasında ilk şart ilgilinin talebi, ikinci şart ise şekille güdülen amaca ulaşamamış olmasıdır⁶²⁸.

Şimdi taraf usul işlemlerini genel hatlarıyla ve şekil bakımından tek tek ele alalım.

d- Sulh

aa- Genel Olarak

Sulh, Medeni Usul Hukuku'nda tarafların dava konusu üzerinde tasarrufta bulunmak suretiyle davaya son verebilecekleri hallerden biridir. Bunlardan diğer ikisi ise, davadan feragat ve davayı kabuldür.

⁶²⁷ OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 180.

⁶²⁸ KARSILI, Usuli İşlemler, s.83-84; KARSILI, Medeni Muhakeme, s. 424.

Sulh, Arapça bir kelime olup “anlaşma, barış” anlamına gelmektedir. Yargılama Hukuku bakımından sulh, görülmekte olan bir davanın taraflarının, karşılıklı anlaşma ile dava konusu uyuşmazlığa son vermeleridir (HMK m. 313). Sulh, HMK m. 313-315 arasında düzenlenmiştir. Doktrinde de sulh, ihtilaflı tarafların karşılıklı rıza ve fedakârlıklarıyla⁶²⁹, aralarında bulunan hukuki ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlık ya da tereddütlü duruma son vermek için yaptıkları sözleşme olarak tanımlanmıştır⁶³⁰. Tarafların bu sözleşmeyi mahkeme içinde yapmalarına “mahkeme içi sulh” denir. Davanın tarafları, sulh mekanizması ile aralarında anlaşarak yargılamanın bitmesini sağlarlar. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi davaya son veren taraf işlemlerinde birisi olan sulh, davadan feragat ve davayı kabulden farklı olarak şarta bağlanabilmektedir⁶³¹.

Sulhe ilişkin düzenleme, 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda yer almamaktaydı. Sadece bazı maddelerde sulhe ilişkin düzenlemeler vardı⁶³². Ne var ki gerek uygulamada gerek doktrinde⁶³³ gerekse de Yargıtay kararlarıyla⁶³⁴ ittifakla kabul edilmiş bir kurum olan sulh, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda düzenlenmiştir.

⁶²⁹ Doktrinde karşılıklı fedakârlığın bir edimde bulunmak şeklinde, bununsa bir şeyi vermek, yapmak ya da yapmamak şeklinde ortaya çıkabileceği ifade edilmiştir (**DEMİR, ŞAMİL**: Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi, İstanbul 2011, s. 144, **ÖNEN, ERGUN**: Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara 1972, s. 24). Bununla birlikte fedakarlık çoğu zaman bir hukuki edim olarak ortaya çıkmayabilir. Talebin bir kısmında vazgeçmek de fedakarlık olacaktır.

⁶³⁰ **POSTACIOĞLU**, Usul, s. 484; **DEMİR**, Uzlaşma Sağlama, s. 144; **ILDIR**, GÜLGÜN: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2003, s. 162-163; **AKİL**, CENK: “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Sulh ve Sulh Yoluyla Şarta Bağlı Hüküm Verilip Verilemeyeceği Meselesi, GÜHFD, C.XVI, S.4, Ankara 2012, s. 1.

⁶³¹ **AKİL**, s. 1.

⁶³² HUMK m. 63 c.1: Sarahaten mezuniyet verilmemişse vekil sulh olamaz ve aharı tahkim veya ibra ve davadan hiçbir surette feragat veya hasmın davasını ve teklif olunan yemini kabul veya mahkûnbihi kabız ve haczi fekkedemez.

⁶³³ **TANRIVER**, SÜHA: “Mahkeme Huzurunda Yapılan Sulhler”, Prof. Dr. İlhan Öztrak’a Armağan, AÜSBFD, Ankara 1994, C. 46, S. 1-2, s. 333 vd; **ÖNEN**, Sulh, s. 24 vd.

⁶³⁴ Y 14 HD, 03.06.2010 T, 2010/5944 E, 2010/6502 K: “...Tarafların düzenledikleri sulh anlaşmasının, henüz hüküm kesinleşmediğinden mahkeme içi sulh anlaşması niteliğindedir”, www.kazanci.com.tr (erişim tarihi:

Sulh, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun “davaya son veren taraf işlemleri” üst başlıklı kısmında, 313. madde ile 315. maddeler arasında düzenlenmiştir. HMK m. 313'e göre, sulh, görülmekte olan bir davada, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı kısmen veya tamamen sona erdirmek amacıyla, mahkeme huzurunda yapmış oldukları bir sözleşmedir. Aynı maddenin ikinci fıkrası sulhun ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıkları konu alan davalarda yapılabileceğini hükme bağlamıştır. Bu fıkra uyarınca örneğin, alacak, taşınır, taşınmaz ve tahliye davalarında taraflar sulh olabilirler. Bununla birlikte, bazı istisnai hallerde tarafların dava konusu üzerinde tasarruf yetkileri yoktur veya bu yetkileri kısıtlıdır. İşte istisnai olarak tarafların dava konusu üzerinde serbestçe tasarruf yetkilerinin bulunmadığı davalarda, sulh ile dava sona erdirilemez. Örneğin boşanma davası sulh ile sona erdirilemeyecek uyuşmazlıklardan birisidir. Fakat boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin bir sulh anlaşması hakimin onaylaması ile geçerli olur (TMK m. 184/V). Boşanmanın yanı sıra babalık davası da sulh ile sona erdirilemez. Yine aynı hüküm uyarınca, paylaştırılması mümkün olmayan bir taşınmazın paylaştırılmasını içeren mahkeme önündeki sulh sözleşmesi de geçersizdir.

Kanunkoyucu dava konusunun dışında kalan hususların da sulhun kapsamına dahil edilebileceğini hükme bağlamıştır (HMK m. 313/3). Davanın sulh ile sonuçlanması durumunda, taraflar sulhe göre karar verilmesini isterlerse, sulh sözleşmesine göre karar verilirken, sulhe göre karar verilmesini istemezlerse sulhe karar verilmesine yer olmadığına hükmedilir (HMK m. 315/1)⁶³⁵. HMK m. 313'ün son fıkrasında ise sulhun şarta bağlı olarak

98.03.2014); Y 9HD, 24.03.2008 T, 2008/9306 E, 2008/5747 K: “Görülmekte olan davanın taraflarının karşılıklı anlaşma ile dava konusu uyuşmazlığa son vermeleri mümkün olup, bunun mahkeme önünde yapılabileceği gibi mahkeme dışında da yapılabileceği... Taraflardan birisinin sulh sözleşmesini inkâr etmesi halinde sulhe dayanan tarafın sulh sözleşmesini karşılamakla yükümlü olduğu...”, www.kazanci.com.tr (erişim tarihi: 12.01.2014) .

⁶³⁵ Y 6 HD, 25.09.2012 T, 2012/8160 E, 2012/12202 K: “Sulh, görülmekte olan bir davada tarafların aralarındaki uyuşmazlığı kısmen veya tamamen sona erdirmek amacıyla mahkeme huzurunda yapmış oldukları bir

da yapılabileceği ifade edilmiştir. Ancak, şarta bağlı yapılan sulhte bu şart, hükümde belirtilemez⁶³⁶.

Sulhte, genel olarak davacı olan taraf, talep sonucunun bir kısmından feragat eder ve davalı da davacının talep sonucunun kalan kısmını kabul eder ve böylece sulh anlaşması meydana gelir. Sulh sözleşmesini diğer sözleşmelerden ayıran en önemli özellik, taraflar arasında daha önce var olan bir hukuki ilişkiye dayanmasıdır⁶³⁷. Bununla birlikte taraflar, mahkeme içi sulh sözleşmesini daha sonra karşılıklı anlaşma ile sona erdirebilirler veya değiştirebilirler⁶³⁸.

Sulh sözleşmesinin genel olarak kısmi kabul ve kısmi feragatle gerçekleştiği düşünüldüğünde, içerisinde feragat ve kabul barındıran hukuki işlem ve ilişkilerin örtülü olarak sulh içerdiği kabul edilebilir⁶³⁹.

Sulh, taraflar arasındaki uyuşmazlığı onların rızası (anlaşması) ile gidermeye (çözmeye) yaradığından ve uyuşmazlığa daha çabuk, ucuz ve basit bir şekilde son verdiğinden, davanın mahkemece esastan karara bağlanmasına oranla çok daha iyi bir çözüm

sözleşmedir. Dava konusu dışında kalan hususlar da sulhun kapsamına dahil edilebilir. Sulh bulunduğu davayı sona erdirir ve kesin hüküm gibi hukuki sonuç doğurur. Mahkeme, taraflar sulhe göre karar verilmesini isterlerse, sulh sözleşmesine göre, sulhe göre karar verilmesini istemezlerse, karar verilmesine yer olmadığına karar verir. Bu yasal düzenleme karşısında taraflar dava konusu dışında kalan hususları da sulhun kapsamına dahil edebilecekleri gibi mahkemece tarafların talepleri doğrultusunda sulhe göre karar verilmesi zorunludur. Somut olayda taraflar bilirkişi raporunda belirtilen faydalı masraf bedelinin davalı kiracıya ödenmek şartıyla kiralananın tahliyesi konusunda sulh olmuşlar ve varılan sulh anlaşması doğrultusunda karar verilmesini talep etmişlerdir. Yukarıda açıklanan ilke ve esaslar doğrultusunda mahkemece tarafların sulh anlaşması ile belirledikleri karşılıklı edimler hüküm altına alınarak sulh anlaşması doğrultusunda karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm verilmesi usul ve yasaya aykırıdır” www.kazanci.com.tr (erişim tarihi: 05.05.2014).

⁶³⁶ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 826.

⁶³⁷ ÖNEN, Sulh, s. 24; DEMİR, Uzlaşma Sağlama, s. 144 vd.

⁶³⁸ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 444; AKİL, s. 2.

⁶³⁹ TANRIVER, SÜHA: İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Ankara 1996, s. 84.

şeklidir. Hakimin henüz ön inceleme aşamasında iki tarafı da sulhe teşvik etmesinin nedeni de budur (HMK m. 1377, m. 139, 140).

bb- Şekli

aaa- Mahkeme İçi Sulhun Şekli

Mahkeme önündeki sulh şekle tabidir. Kanunun öngördüğü bu şekil, sulh için geçerlilik şartıdır. İlk olarak mahkeme huzurunda yapılan sulhun şeklini ele alırsak, burada HMK m. 154'ün uygulanmasının gerekli olduğunu ifade etmeliyiz. HMK m. 154, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun “duruşma” üst başlıklı kısmında, “tutanak” başlığıyla kaleme alınmıştır. Maddeye göre, taraflar mahkeme huzurunda sulh olmak istediklerini bildirdikleri takdirde, bu sözlü beyanlarının tutanağa geçirilerek sulh olan taraflara okunması ve imzalatırılması gerekmektedir (HMK m. 154/1; m. 154/3-ç). Sulhun yazılı olarak yapılması halinde ise tarafların bu konudaki beyanlarını içeren dilekçelerinin tutanağa yazılarak eklenmesi gerekir (HMK m. 154/4). Bu hükümden hareketle sulhun tutanağa geçirilmesinin, taraflara okunmasının, onların onayının alınmasının sulhun sonuç doğurabilmesi için zorunlu şartlar olduğu söylenebilir⁶⁴⁰.

Tarafların sulhe ilişkin irade açıklamalarının tutanağa geçirilmesi işi hakim tarafından resen yerine getirilmesi gereken bir görev olup, bu iş hakimin denetimi altında zabıt katibi tarafından yerine getirilir⁶⁴¹. Dava konusu uyuşmazlığı tamamen çözmeye yönelik sulhun yanı sıra dava konusu uyuşmazlığı kısmen çözen sulhün de tutanağa geçirilmesi gerekir⁶⁴².

⁶⁴⁰ **ULUSAN, İLHAN**: Maddi Hukuk ve Usul Hukuku Bakımından Sulh Sözleşmesi, MHAD, C.V, S.7, İstanbul 1971, s. 190; **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s. 444; **MUŞUL, TİMUÇİN**: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2009, s. 184; **PEKCANİTEZ/ATALAY/ÖZEKES**, S. 827; **KARSLI**, Medeni Muhakame, s. 441.

⁶⁴¹ **ÖNEN**, Sulh, s. 117; **AKİL**, s. 4.

⁶⁴² **ÖNEN**, Sulh, s. 116; **AKİL**, s. 4.

HMK m. 154'e göre tutulan tutanağın sulhe ilişkin bölümünün tarafların huzurunda okunması ve tarafların imzalarının alınması hükme bağlanmıştır. Tutanağın taraflara okunmasıyla amaçlanan, tutanağın, tarafların irade açıklamalarına uygun bir biçimde tutulup tutulmadığının belirlenmesi, olası hataların önüne geçilmesi ve tarafların sulhe ilişkin irade açıklamaları üzerinde bir kez daha düşünmelerinin sağlanarak gerekli gördükleri düzeltmeleri yapmalarına fırsat verilmesidir⁶⁴³. Sulh, HMK m. 314'e göre, davanın ön inceleme sonrası aşamalarında da davada verilen hüküm kesinleşinceye kadar yapılabilir.

Yukarıda da ifade edildiği gibi sulh bir sözleşmedir ve bu nedenle de ancak davacı ve davalı tarafından birlikte yapılabilir. Bir tarafın vekilinin karşı tarafla sulh anlaşması yapabilmesi, vekaletnamesinde açık bir sulh yetkisinin olmasına bağlıdır (HMK m. 74).

Mahkeme önünde yapılan sulhler, İcra ve İflas Kanunu anlamında ilam niteliğinde belge sayılırlar (İİK m. 38). Bu nedenle mahkeme önünde yapılan sulhler ayrıca bu konuda bir dava açmaya gerek kalmaksızın kendiliğinden icra edilebilir niteliktedirler⁶⁴⁴. Elbette bu durum, sulhun niteliğinin icraya elverişli olması durumunda mümkündür⁶⁴⁵. Diğer bir ifadeyle, sulhun bir edimin ifasını sağlamaya yönelik olması halinde sulhun icraya elverişli olduğu söylenebilir⁶⁴⁶. Eğer sulh, bir edimin ifasını sağlamaya yönelik değil de, bir hukuki ilişkinin tespitine ilişkinse bu halde icraya elverişli bir belge niteliğinde sayılmaz⁶⁴⁷. Burada belirtilmesi gereken bir diğer nokta da, şarta bağlı sulhun mahkeme kararları gibi icra edilemeyeceğidir.

⁶⁴³ ÖNEN, Sulh, s. 117; AKİL, s. 5.

⁶⁴⁴ ÖNEN, Sulh, s. 152; KARSLI, Medeni Muhakeme, s. 444.

⁶⁴⁵ ULUSAN, s. 53; KARSLI, Medeni Muhakeme, s. 444.

⁶⁴⁶ KARSLI, Medeni Muhakeme, s. 444.

⁶⁴⁷ TANRIVER, Sulh, s. 344-345; KARSLI, Medeni Muhakeme, s. 444.

bbb- Mahkeme Dışı Yapılan Sulhun Şekli

Taraflar mahkeme huzurunda sulh olmak zorunda değildir. Sulh bir sözleşmedir ve taraflar da mahkeme dışında anlaşarak uyuşmazlığı sona erdirmeye yoluna gidebilirler⁶⁴⁸. Mahkeme dışında tarafların yapmış oldukları bir sözleşme ile karşılıklı fedakarlıkta bulunmak suretiyle aralarındaki uyuşmazlığı sona erdirmeleri halinde, mahkeme dışı sulhten söz edilir⁶⁴⁹. Mahkeme dışı sulh, alelade bir Borçlar Hukuku sözleşmesi olduğundan, TBK'nın sözleşmelere ilişkin hükümleri burada da uygulama alanı bulur⁶⁵⁰. Mahkeme dışı sulhun TBK'ya tabi olmasının bir diğer sonucu da, mahkeme dışı sulhun bir yargılama ilişkisini doğrudan etkileyip sonuçlandırmasından bahsetmenin mümkün olmayacağıdır⁶⁵¹. Diğer bir ifadeyle, mahkeme dışında yapılan sulh mahkeme önünde yapılan sulh gibi yargılamaya etki etmez⁶⁵².

Mahkeme dışı sulh, Borçlar Hukuku anlamında bir sözleşme olduğundan, TBK'nın şekle ilişkin hükümleri burada uygulanacaktır. Buna göre sözleşmelerin şekline ilişkin genel kural uyarınca sözleşmelerin geçerliliği kanunda aksi öngörülmedikçe hiçbir şekle bağlı değildir (TBK m. 12/I).

Yargılama Hukuku bakımından üzerinde durulması gereken nokta, mahkeme dışında yapılan sulhun mahkeme önünde sulhe dönüştürülüp dönüştürülemeyeceğidir. Bununla ilgili olarak doktrinde iki farklı görüş vardır. İlk görüşe göre, mahkeme önünde yapılan sulh sadece

⁶⁴⁸ **KARSLI**, Medeni Muhakeme, s. 442.

⁶⁴⁹ **ÖNEN**, Sulh, s. 144; **TANRIVER**, Sulh, s. 338 dn. 20.

⁶⁵⁰ Doktrinde sulhun bir sözleşme olması nedeniyle mahkeme dışında da yapılabileceği ifade edilmiştir (**KARSLI**, Medeni Muhakeme, s. 441; **ANSAY**, s. 184).

⁶⁵¹ **TANRIVER**, Sulh, s. 338, dn. 20; **KARSLI**, Medeni Muhakeme, s. 442; ayrıca **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES** de, dava açılmadan önce tarafların aralarındaki sorunu bir anlaşmayla çözmesinin yargılama hukuku dışında olduğunu ifade etmiştir (s. 827).

⁶⁵² **KARSLI**, Medeni Muhakeme, s. 442.

bir maddi hukuk işlemi olmayıp aynı zamanda bir Medeni Usul Hukuku işlemidir. Mahkeme dışında yapılan sulhte mahkemenin sulhun yapılmasında uzlaştırıcı ve teşvik edici bir işlevi bulunmadığından mahkeme dışı sulh sözleşmesi mahkemeye verilip tutanağa geçirilmek suretiyle mahkeme içi sulhe dönüştürülemez⁶⁵³. Doktrinde baskın olan görüşe göre ise, mahkeme dışında yapılmış olan sulh sözleşmesinin mahkemeye verilmesi ve mahkeme tarafından tutanağa geçirilmesi halinde, mahkeme huzurunda sulhe dönüşeceği kabul edilmektedir⁶⁵⁴. Buna göre taraflar mahkeme dışında yapmış oldukları yazılı bir sulh sözleşmesini mahkemeye verirler ve bu yazılı sulh sözleşmesine göre davada sulh olduklarını bildirirlerse, bu yazılı sulh sözleşmesinin mahkemeye verildiği, duruşma tutanağına yazılır. Burada artık mahkemeye verilen yazılı sulh sözleşmesinin tutanağa geçirilmesine gerek yoktur. Bunun nedeni, HMK m. 154/4'e göre, duruşma tutanağında eklendiği yazılı olan belgelerin içeriğinin de tutanak metni hükmünde olmasıdır. Ne var ki bu durumda, mahkemeye verilen yazılı sulh sözleşmesinin duruşmada tarafların önünde okunması, okunduğunun da duruşma tutanağına yazılması ve tutanağın taraflara ve vekillerine (sulhe yetkili vekil) imzalatılması gerekir. Bu şekilde mahkeme dışı sulh, mahkeme içi sulhe dönüşmüş olur⁶⁵⁵ ve mahkeme huzurunda yapılan sulh gibi yargılamaya etki eder⁶⁵⁶. Şekil bakımından incelendiğinde, mahkeme dışı sulhun mahkeme içi sulhe dönüşmesi için de HMK m 154 uyarınca tutanağa işletilmesi ve imzalatılması gereklidir.

Yargıtay konuya ilişkin olarak bir kararında, “tarafların mahkeme dışında yaptıkları sulh sözleşmesinin mahkemeye verilerek duruşma tutanağına yazılması, duruşmada tarafların önünde okunması, okunduğunun da duruşma tutanağına yazılması ve ondan sonra da tutanağın taraflara (veya sulh için yetkili vekillerine) imza ettirilmesi gerekir” şeklinde görüş

⁶⁵³ ÖNEN, Sulh, s. 88.

⁶⁵⁴ ULUSAN, s. 188; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 514; KARSLI, Medeni Muhakeme, s. 442.

⁶⁵⁵ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 514; KARSLI, Medeni Muhakeme, s. 442.

⁶⁵⁶ KARSLI, Medeni Muhakeme, s. 442.

bildirmiştir. Karara göre bu durumda sulh, mahkeme içi sulhe dönüşür. Bu şartlara uymayan sulh anlaşmasının geçerli olmayacağı da kararda ifade edilmiştir⁶⁵⁷. Kararda dikkati çeken bir nokta da, tarafların aralarında yapmış oldukları protokolün mahkeme dışında yapılmış bir sulh sözleşmesi olması ve bu protokolün mutlaka yazılı olmasının gerekli olduğunun belirtilmesidir. Karara göre mahkeme dışı sulh de şekle tabidir ve yazılı yapılmayan sözleşmeler geçersiz olacaktır. Yargıtay bir başka kararında da “ mahkeme dışı yapılmış bir sulh, buna ait belge mahkemeye sunularak HMK’nın 154. maddesi çerçevesinde duruşma tutanağına geçirilmedikçe usuli işlem niteliği kazanamaz” diyerek mahkeme dışı sulhun mutlaka tutanağa geçirilmesinin gerekli olduğunu ifade etmiştir⁶⁵⁸.

Sulh, bir Medeni Usul Hukuku işlemi olduğundan⁶⁵⁹, sulhun yapılışı da Medeni Usul Hukuku kurallarına tabidir. Bu nedenle mahkeme, sulh halinde önce sulhun Medeni Usul Hukuku kurallarına uygun olarak yapılıp yapılmadığını araştırır, sulhun usulüne uygun olarak yapıldığı kanısına varırsa, vereceği bir kararla davayı sona erdirir⁶⁶⁰. Bununla birlikte şarta bağlı olan sulh ile dava kendiliğinden sona erecek ve mahkeme de sulh nedeniyle karar verilmesine gerek olmadığını tespit ederek yargılamayı sona erdirecektir. Ancak mahkemenin bu durumda vereceği karar maddi anlamda kesin hüküm oluşturmaz⁶⁶¹. Şarta bağlı olmayan sulhte ise, taraflar arasındaki uyuşmazlık sona erdiğinden sulhe dayanarak verilen mahkeme

⁶⁵⁷ Y 3 HD, 17.01.2011 T, 2010/22505 E, 2011/107 K, www.kazanci.com.tr (erişim tarihi: 08.11.2013).

⁶⁵⁸ Y 12 HD, 10.12.2012 T, 2012/19777 E, 2012/37145 K, www.kazanci.com.tr (erişim tarihi: 08.11.2013), aynı yönde bkz. Y 7 HD, 23.02.2006 T, 2006/463 E, 2006/459 K, www.kazanci.com.tr (erişim tarihi: 08.11.2013). Tutanakta yazılı kabul beyanının davacı tarafından imza edilmedikçe geçerli olmayacağına ilişkin bkz. Y 3 HD, 04.02.2013 T, 2013/23776 E, 2013/1553 K, www.kazanci.com.tr (erişim tarihi: 08.11.2013).

⁶⁵⁹ **POSTACIOĞLU**, Usul, s.487; **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s. 516.

⁶⁶⁰ **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s. 516; **POSTACIOĞLU** ise, davanın sulhle mi yoksa sulh üzerine mahkemenin vereceği kararlarla mı sona ereceğine ilişkin olarak iki görüşün birlikte uygulanmasının yerinde olacağını ifade etmektedir (Usul, s. 485).

⁶⁶¹ **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s. 516.

kararı kesin hüküm gibi sonuç doğurur⁶⁶². Çünkü böyle bir sulh ile taraflar arasındaki uyuşmazlık son bulmaktadır.

e- Uzlaşma Belgesi (Avukatların Uzlaşma Sağlama Yetkisi)

aa- Genel Olarak

Türk Hukuk Sistemimizde avukatlar, kanun işlerinde ve hukuki konularda mütalaa vermek, mahkeme veya yargı yetkisine sahip bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, adli işlemleri takip etmek, bu işlere ait belgeleri düzenlemek konularında tek yetkilidirler (Avukatlık Kanunu m.35). Bu hüküm, davayı takip etmek konusunda avukatların tek yetkili olduklarını ifade etmektedir⁶⁶³.

Yukarıdaki yetkinin yanı sıra, 4667 Sayılı Kanun’la, Avukatlık Kanunu’na eklenen 35/A maddesi⁶⁶⁴ ile avukatlara “uzlaşma sağlama” yetkisi verilmiştir. Bu maddeye göre avukatlar, dava açılmadan veya açılmış olup da henüz duruşma başlamadan önce kendilerine intikal eden iş ve davalarda karşı tarafı uzlaşmaya davet etme yetkisine sahiptir. Avukatın diğer tarafa uzlaşma teklif edebilmesi için öncelikle uyuşmazlık konusu üzerinde tarafların tasarruf edebilme olanağının bulunması gerekir. Kanunkoyucu bu durumu “tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edebilecekleri konular” olarak genel bir çerçevede belirtmiştir. Bu nedenle tüm alacak, taşınır ve taşınmazlara ilişkin davalarda uzlaşma sağlanabilir.

⁶⁶² KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 516; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 828; KARSLI, Medeni Muhakame, s. 443.

⁶⁶³ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 828; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 198.

⁶⁶⁴ 35/A- (Ek: 02/05/2001- 4667/23.m) Avukatlar dava açılmadan veya açılmış olup da henüz duruşma başlamadan önce kendilerine intikal eden iş ve davalarda, tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edebilecekleri konulara inhisar etmek kaydıyla, müvekkilleriyle birlikte karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilirler. Karşı taraf bu davete icabet eder ve uzlaşma sağlanırsa, uzlaşma konusunu, yerini, tarihini, karşılıklı yerine getirmeleri gereken hususları içeren tutanak, avukatlar ile müvekkilleri tarafından birlikte imza altına alınır. Bu tutanaklar 09/06/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu’nun 38. maddesi anlamında ilam niteliğindedir.

Bununla birlikte tarafların üzerinde tasarruf edemeyecekleri uyuşmazlıklar hakkında kendi aralarında uzlaşmaları mümkün değildir. Buna örnek olarak boşanma davasına bakılabilir. Boşanma davalarında taraf avukatları uzlaşma sağlayamazlar. Aynı şekilde soybağı ile ilgili davalarda da, taraf avukatlarının uzlaşma sağlama yetkisi yoktur. Kanunda bu durum “tarafların kendi iradeleri ile istem sonucu elde edebilecekleri konulara inhisar etmek kaydıyla” şeklinde ifade edilmiştir. Bu ifade şekli, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıkları kastetmektedir⁶⁶⁵.

Avukatlık Kanunu’na eklenen 35/A maddesi ile avukatlara bu konuyla ilgili olarak önemli bir yetki ve görev verildiğini söylemek gerekir⁶⁶⁶. Bu düzenleme ile avukatlar, mahkemede iddia veya savunmayı temsil eder durumda olmanın yanı sıra, uyuşmazlığı çözen kişi olarak da yetkilendirilmişlerdir⁶⁶⁷. 35/A maddesi ile getirilen düzenleme, AvK m. 2’de tanımlanan avukatlığın amacı ile uyuşmaktadır. AvK m. 2’ye göre, avukatlığın amacı; hukuki münasebetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamaktır. Buradan hareketle, AvK m. 35/A ile getirilen düzenlemenin, avukatların görevlerinden birisi olan her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini sağlama tanımına paralellik göstermesinin yanı sıra, bu amacı yerine getirme yollarından biri olduğundan da kuşku yoktur.

Burada üzerinde durulması gereken önemli bir nokta, “uzlaşma sağlama yetkisi”nin sulh ve arabuluculuk kurumlarıyla sıklıkla karıştırıldığıdır. AvK m. 35/A’da düzenlendiği

⁶⁶⁵ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 513; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 829; DEMİR, Uzlaşma Sağlama, s. 65.

⁶⁶⁶ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 829.

⁶⁶⁷ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 829.

şekliyle uzlaşma sağlamanın, tarafların uyuşmazlığı karşılıklı görüşmelerle çözümlemeye çalıştıkları bir müzakere yöntemi olduğu konusunda tereddüt edilmemesi gerekir⁶⁶⁸. Doktrinde uzlaşma sağlama, diğer yetkileriyle birlikte değerlendirildiğinde, avukatların uyuşmazlıkların çözümünde bir aracı olmaktan çıkarılıp bizzat çözümü sağlamakla yetkilendirildiği bir yöntemdir⁶⁶⁹.

Uzlaşma sağlama, sulhle karıştırılmamalıdır. Mahkeme içi sulh ele alındığında, ortada bir mahkeme kararı olduğunu ifade etmek gerekir. Diğer bir ifadeyle mahkeme davanın sulh ile sona erdiğini kararında açıklamalıdır. Bununla birlikte uzlaşma sağlamada, mahkemenin herhangi bir kararı ya da etkisi söz konusu değildir. Avukata tanınan uzlaşma sağlama yetkisinin niteliği gereği bir mahkeme kararına ihtiyaç da yoktur⁶⁷⁰. İki kurum arasındaki bir diğer fark da, sulhun her zaman yapılabilmesine karşın uzlaşma sağlamanın dava açılmadan ya da duruşma başlamadan önce yapılmasının gerekli olduğudur. Duruşma başladıktan sonra uzlaşma sağlama yapılamaz. Bu aşamadan sonra yapılacak anlaşma sulh olabilir. Mahkeme dışı sulh ile uzlaşma sağlama arasındaki en temel fark ise, mahkeme dışındaki sulhun mahkeme içi sulhe dönüşmeden ilam niteliği alamamasına rağmen, uzlaşma sağlandığı takdirde taraflar ve avukatların imzaladığı tutanağın ilam niteliğinde olmasıdır.

bb- Şekli

Yukarıda da daha önce değinildiği gibi, sözleşmelerin şekle tabi olması, sağladığı güvence nedeniyle faydalıdır. Bununla birlikte bir sözleşmenin yapılmasının sıkı şartlara tabi olması sözleşmenin yapılmasını güçleştirebilir. Ancak bazı durumlarda kanunkoyucu gerek

⁶⁶⁸ **DEMİR**, Uzlaşma Sağlama, s. 116; **ÖZBEK**, MUSTAFA SERDAR: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2009, s. 737; **GÜNER**, SEMİH: Avukatlık Hukuku, Ankara 2009, s. 135.

⁶⁶⁹ **GÜLGÜN**, ILDIR: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler), Ankara 2003, s. 140; **ÖZBEK**, MUSTAFA SERDAR: “Avukatlık Kanunu’nun 35/A Maddesine Göre Arabuluculuk” ABD S. 3, Ankara 2001, s. 129.

⁶⁷⁰ **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s. 829.

sözleşmenin sıhhati gerekse sözleşmenin üçüncü kişilerce bilinmesi için ve yazılı şeklin ispat gücünün olması nedeniyle sözleşmelerin yazılı olarak yapılmasını şart koşabilir. Avukatların uzlaşma sağlama yetkisi kapsamında düzenledikleri tutanak da bu sebeplerden dolayı yazılı olarak yapılmalıdır. Bu durum Avukatlık Kanunu Yönetmeliği'nin 17. maddesinde tarafların ve avukatların biraraya gelerek uzlaşma sağlaması sonucu tutulan tutanaktaki bir veya birkaç unsurun eksik olması halinde tutanağın geçerli olmayacağı şeklinde ifade edilmiştir.

Yukarıda da ifade edildiği gibi, Avukatlık Kanunu m. 35/A'da düzenlenen avukatın uzlaşma sağlama yetkisi sonucu meydana gelen uzlaşma tutanağının yapılması, usulüne göre düzenlenmiş olan bir tutanağın varlığına bağlıdır. Uzlaşma davetine diğer taraf avukatı da icabet ederse ve taraflar uzlaşırsa, kanunda belirtilen şekilde bir tutanak düzenlenmelidir. Bu tutanakta, uzlaşma konusu, yeri, tarihi ve tarafların karşılıklı yerine getirmeleri gereken hususlar yazılıp her iki tarafın avukatının ve tarafların imzalaması gerekir. Burada göze çarpan nokta, tutanağı hem her iki tarafın avukatının hem de bizzat tarafların imzalamasının şart kılınmasıdır. Sadece tarafların ya da sadece taraf avukatlarının kendi aralarında imzaladıkları anlaşma, AvK m. 35/A anlamında bir uzlaşma sayılmaz. Doktrinde bunun mahkeme dışı sulh olabileceğini belirtenler vardır⁶⁷¹.

Burada belirtilmesi gereken bir diğer nokta da, avukatlar ve müvekkilleri tarafından imzalanan bu uzlaşma tutanağının, İİK m. 38 anlamında ilam niteliğinde bir belge sayılmasıdır. Doktrinde bunun önemli bir yenilik olduğu ifade edilmiştir⁶⁷². Bunun nedeni avukatların müvekkilleriyle imzaladıkları bir tutanağın icra edilebilirlik bakımından bir mahkeme hükmü ile eş değerde tutulmuş olmasıdır. Bu tutanağa karşı kanun yoluna başvurulamaz. Ancak eğer koşulları varsa irade fesadı sebebiyle iptali istenebilir. İşte buradan da anlaşılacağı üzere, tutanak imzalandıktan sonra ilam niteliği alır.

⁶⁷¹ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 830.

⁶⁷² PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 830.

Şekil bakımından incelendiğinde, Avukatlık Kanunu Yönetmeliği'nde belirtilen unsurlardan bazılarının eksik olması durumunda, bu unsurlar geçerlilik şartı olduğundan tutanağın ilam niteliğinin zedelenmiş olacağını söylemek yerinde olur. Bu nedenle uzlaşma tutanağının unsurlarının sadeleştirilmesinin gerekli olduğu ifade edilmektedir⁶⁷³.

Uzlaşma tutanağının ilam hükmünde sayılmasına paralel olarak, uzlaşmanın şarta bağlı olamayacağını da belirtmek gerekir. Çünkü uzlaşma tutanağı ilam hükmünde olduğundan ve tutanakla ilamlı icra yoluna başvurulduğunda, bu ilamın icrası sırasında şartın gerçekleşip gerçekleşmediği gibi konuların tartışma konusu yapılması söz konusu olamaz⁶⁷⁴. Ne var ki taraflar, kendi aralarında şarta bağlı olarak sulh olabilirler ancak bu durum uzlaşma anlaşmasının metninde yer almaz, mahkeme sadece uyuşmazlığın sulh ile sona erdiğini hükümde belirtebilir. Yukarıda da belirtildiği üzere, sulh ile uzlaşma sağlama farklı kurumlardır. Şekil bakımından iki kurum arasındaki en temel fark, uzlaşma sağlamada taraflar ve avukatların tutanağı birlikte imzalamasının gerekli olmasının yanısıra sulhte, özel yetkilerinin olması durumunda sadece avukatların sulh olmasının mümkün olduğudur⁶⁷⁵.

Gerek yargılamanın hızlanması gerekse usul ekonomisi bakımından, avukatlara sağlanan uzlaşma sağlama yetkisi Yargılama Hukuku bakımından oldukça önemli ve etkili bir kurum olmasına rağmen, uygulamada rağbet görmemiştir. Bunun nedeni, bu kurumun yeterince tanıtılmamış olması ve toplumun böyle bir kurumun varlığına dair bilgilendirilmemiş olmaları ve avukatların bu konuda çok istekli olmamaları ve toplumumuzda uzlaşma kültürünün olmaması olarak sıralanmıştır⁶⁷⁶.

⁶⁷³ **DEMİR**, ŞAMİL: “Avukatlık Kanunu Tasarısı Çalışma Metninin Uzlaşma Sağlamaya İlişkin 35/A Maddesinin Değerlendirilmesi”, ABD, C. 16, S. 4, s. 196; **DEMİR**, Uzlaşma Sağlama, s. 357-358.

⁶⁷⁴ **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s. 830.

⁶⁷⁵ **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s. 828.

⁶⁷⁶ **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s. 829.

f- Feragat

aa- Genel Olarak

Feragatın sözlük anlamı, “hakkından kendi isteğiyle vazgeçme”dir. Diğer bir ifadeyle feragat, davacının talep sonucundan vazgeçmesidir⁶⁷⁷. HMK m. 307’ye göre de feragat, davacının açmış olduğu davadaki talep sonucundan kısmen veya tamamen vazgeçmesidir. Feragatin konusu, davacının ileri sürdüğü talep sonucudur⁶⁷⁸. Buradan açıkça anlaşıldığı üzere davadan feragat eden davacı, dava dilekçesinin talep sonucu bölümünde istemiş olduğu haktan tamamen veya kısmen vazgeçer.

Feragat kurumunun Yargılama Hukuku’nda yer almasının temelinde, kimsenin kendi lehine olsa bile dava açmaya zorlanamayacağı gibi yine kimsenin açmış olduğu bir davayı sonuna kadar takip etmek zorunda olmadığı fikri yatar⁶⁷⁹. Bunun doğal bir sonucu olarak da, davacı, feragat yoluyla açmış olduğu davayı sona erdirebilir⁶⁸⁰.

Feragatın hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Feragatin salt Medeni Usul Hukuku işlemi olduğu görüşüne göre⁶⁸¹ feragatin geçerlilik ve hükümleri sadece Medeni Usul Hukuku kuralları çerçevesinde belirlenmelidir. Bu görüşte, feragat hüküm ve sonucunu Medeni Usul Hukuku’nda doğurduğu için doğrudan davayı sona erdirmemektedir. Davanın sona ermesi

⁶⁷⁷ POSTACIOĞLU, Usul, s. 476; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 505; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 830; MUŞUL, Usul, s. 172; KARSLI, Medeni Muhakeme, s.432.

⁶⁷⁸ POSTACIOĞLU, Usul, s. 477; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 830; MUŞUL, Usul, s. 173.

⁶⁷⁹ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 505; KARSLI, Medeni Muhakeme, s. 431.

⁶⁸⁰ Uygulamada, davadan feragat yerine davadan vazgeçme teriminin de kullanıldığı, ancak davadan vazgeçme teriminin HMK m. 123’teki davayı geri alma anlamında da kullanıldığından bahisle, karışıklığa sebebiyet vermemek için HMK m.307’deki teknik ve kanuni terim olan “davadan feragat” teriminin kullanılmasının zorunlu olduğu doktrinde ifade edilmiştir (KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 505).

⁶⁸¹ ÖNEN, Sulh, s. 30.

için hakimın hüküm kurması gereklidir⁶⁸². Bu görüşün en çok eleştirilen kısmı, davayı sona erdirme iradesinin feragat beyanına bağlı olduğu gerçeğini göz ardı ediyor olmasıdır⁶⁸³. Oysa ki, mahkeme önünde yapılan feragatin asıl unsuru, davacının davadan feragat ettiğine ilişkin iradesini beyan etmesidir⁶⁸⁴.

Diğer bir görüşe göre ise feragat salt bir maddi hukuk işlemidir⁶⁸⁵. Feragatin dava içinde gerçekleşmiş olması onun bu niteliğini değiştirip onu usul hukuku işlemi yapmaz. Feragat görülmekte olan davayı sona erdirme niteliğine sahip değildir, feragatin şart ve etkileri tamamen maddi hukuk hükümlerine göre belirlenecektir⁶⁸⁶.

Son olarak bizim de katıldığımız görüşe göre, feragatin hukukumuzdaki yerine bakıldığında, hem maddi hukuka hem usul hukukuna ilişkin özellikleri bünyesinde toplayan karma karakterli bir işlem olduğunu söylemek yerinde olur⁶⁸⁷. Doktrinde de feragatin usul işlemine bürünmüş bir maddi hukuk işlemi olarak çift nitelikli bir işlem olduğu ifade edilmiştir⁶⁸⁸. Feragatin çift karakterli bir işlem olmasının sonucu olarak, feragatin açılmış bir davada davacının dilekçede tek taraflı irade beyanı ile feragati bildirmesi veya hakimini önünde tutanak ile feragatin belirtilmesi onun usuli bir işlem olduğunu göstermektedir⁶⁸⁹. Bununla birlikte davadan feragat ile esas hakkın özünden vazgeçildiğinden feragat aynı zamanda bir maddi hukuk işlemidir⁶⁹⁰. Yargıtay da, feragatin karma nitelikli bir işlem

⁶⁸² ÖNEN, Sulh, s. 30.

⁶⁸³ YILMAZ, DİNÇER: Medeni Usul Hukukunda Davadan Feragate İlişkin Hükümlerin İdari Yargılama Usulünde Uygulanması, Ankara 2011, s. 25.

⁶⁸⁴ YILMAZ, s. 25.

⁶⁸⁵ ÜSTÜNDAĞ, Medeni Yargılama, s. 471.

⁶⁸⁶ ÜSTÜNDAĞ, Medeni Yargılama, s. 471.

⁶⁸⁷ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 821; YILMAZ, s. 26; BERKİN, NECMEDDİN: Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi, İstanbul 1980, s. 713.

⁶⁸⁸ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 821; YILMAZ, s. 26.

⁶⁸⁹ YILMAZ, s. 26, 36.

⁶⁹⁰ YILMAZ, s. 26.

olduğunu ifade etmiştir. Yüksek Mahkeme 2013 yılında verdiği bir kararda, “feragat beyanı üzerine dava koşulları ve feragat edenin ehliyeti mevcutsa, dava esastan incelenmeden karar verilir. Feragat asıl olarak bir usul işlemidir ve maddi hukuka dair bir açıklama değildir. Bununla beraber hukukumuzda feragatin hem maddi hukuka hem de usul hukukuna dair özellikleri bünyesinde toplayan karma karakterli olduğu kabul edilmektedir. Özel hukuka dair feragatten farklı olarak usul hukukunda feragat tek taraflıdır ve bunun için karşı tarafın veya mahkemenin iznine gerek yoktur (HMK m. 309/2). Feragat, hüküm kesinleşinceye kadar her aşamada yapılabilir (HMK m. 310) ve davacının mahkemeye hitaben yapacağı tek taraflı, açık bir irade açıklamasıyla gerçekleşir” şeklinde açıklama yapmıştır⁶⁹¹.

HMK m. 310’a göre, feragat, hüküm kesinleşinceye kadar her aşamada yapılabilir ve her türlü davada feragat mümkündür. Ancak şarta bağlı feragat yapılamaz. Bunun nedeni, davadan feragat edildiğinde dava konusu uyuşmazlığın sona erecek olmasıdır.

bb- Şekli

HMK m. 309’a göre, davadan feragat şekle tabidir. Kanunun öngördüğü bu şekil, geçerlilik şartıdır. Diğer bir ifadeyle kanunun öngördüğü şekilde yapılmamış olan feragat geçerli değildir. Bunun nedeni, feragat ile davanın sona erecek olması nedeniyle davacının daha iyi düşünmesini sağlamak ve acele karar vermesini engellemektir⁶⁹². Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda feragatin iki şekilde yapılabileceği hükme bağlanmıştır. Bunlar sözlü ve yazılı feragattir.

⁶⁹¹ Y 3 HD, 21.01.2013 T, 2012/22732 E, 2013/699 K, www.kazanci.com.tr (erişim tarihi: 17.03.2014).

⁶⁹² YILMAZ, s. 114.

aaa- Sözlü Feragat

HMK m. 309/1'e göre, davacı yargılama sırasında davasından sözlü olarak feragat edebilir. Bu durumda, davacının kısmen veya tamamen feragat beyanı duruşma tutanağına yazılıp kendisine okunup imzalatılır. Bu şartlara uymayan feragat geçersizdir. Bu şekil şartı feragatin hem hukuki varlık kazanabilmesinin hem de hükümlerini doğurabilmesinin temel şartını oluşturmaktadır⁶⁹³. Görüldüğü gibi her ne kadar davacı feragat beyanını sözlü olarak ifade etmiş olsa da bu beyanın tutanağa geçirilmesi gereklidir⁶⁹⁴. Bu şekle uyulmadan yapılan feragat geçersizdir⁶⁹⁵. Yargıtay da bu şartlara uyulmadan yapılan feragatin geçersiz olduğunu ifade etmiştir. Söz konusu kararda Yüksek Mahkeme, “feragat iki taraf mahkeme huzurunda hazır ise sözlü olarak yapılır, sonra bu beyan tutanağa geçirilip HUMK'ta öngörülen şekilde yapılacak bir merasimle beyan sahibine (davacıya) imzalatılır. Anılan maddede öngörülen prosedür ve imza feragatin sıhhat şartıdır. İmzasız feragat muteber değildir. O halde 16.05.1951 gün ve 6/19 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı gerekçesinde de belirtildiği gibi, yukarıda belirtilen şekil ve merasim dışında davadan feragat olunamaz ve imzasız bir beyan davadan feragat şeklinde nitelendirilemez” denmiştir⁶⁹⁶.

⁶⁹³ **AKYOL ASLAN**, s. 241.

⁶⁹⁴ **POSTACIOĞLU**, Usul, s. 477; **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s. 822; **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s. 506; **MUŞUL**, Usul, s. 174; **KARSLI**, Medeni Muhakeme, s.433.

⁶⁹⁵ **POSTACIOĞLU**, Usul, s. 477; **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s. 822; **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s. 506; **MUŞUL**, Usul, s. 174; **KARSLI**, Medeni Muhakeme, s. 433.

⁶⁹⁶ Y 4 HD, 28.01.1976 T, 1976/2821 E, 1976/930 K, (**KURU**, C.IV, s. 3608). Aynı yönde başka bir karar için bkz. Y 19 HD, 29.04.1997 T, 1996/7342 E, 1997/4267 K, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 03.03.2014). Kararda “ ...Feragat ve kabul beyanının dilekçe ile veya yargılama sırasında sözlü olarak yapılabileceği öngörülmüş ve maddede yapılan değişiklikle feragatin kabul ve sonuçlarının doğması için karşı tarafın kabulüne bağlı olmadığından söz konusu dilekçenin karşı tarafa tebliğ zorunluluğu madde metninden çıkarılmıştır. Ancak dilekçe ile yapılacak feragat ve kabule ilişkin beyanın mutlaka mahkemeye ilgisi tarafından ulaştırılmak suretiyle gerçekleşeceğinden kuşku duyulmamak gerekir. Somut olayda davadan feragata ilişkin dilekçenin davacı vekili tarafından mahkemeye sunulmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda geçerli bir feragatten söz edilemeyeceğinden yazılı şekilde davadan feragat nedeniyle hüküm kurulmasında isabet görülmemiştir” denmiştir.

Bununla beraber davacı keşif sırasında da davadan feragat ettiğini ifade edebilir. Bu durumda bu beyan keşif tutanağına yazılır ve geçerli bir feragat olur.

Davacının duruşma dışında da mahkemeye başvurup davadan feragat ettiğini sözlü olarak beyan etmesi mümkün olabilir. Bu durumda da hakim bu konuda bir tutanak tutturup davacıya okutup imzalatırsa feragat geçerli olur⁶⁹⁷. Burada önemli olan nokta, feragat beyanının tutanağa geçirilmesinin yanısıra, tutanağın da davalı tarafından imza edilmekçe geçerli olmayacağıdır. Yargıtay da konuya ilişkin olarak “davadan kısmen veya tamamen feragat ve kabul gibi dava konusu üzerine etkili olacak beyanların imzalı olması gerekmektedir... davadan feragat bir dilekçe ile veya duruşma sırasında vaki beyanla yapılabilir. Usulün 151. maddesi uyarınca (şimdi: HMK m. 154) beyan sözlü şekilde yapıldığı takdirde bunun davacı veya vekili tarafından imza edilmesi gerekir” şeklinde bir karar vererek feragatin mutlaka tutanağa geçirilerek imzalanmasının gerekli olduğunu ifade etmiştir⁶⁹⁸.

bbb- Yazılı Feragat

Davacı mahkemeye vereceği bir dilekçe ile de davasından feragat edebilir. Bu halde, davacının dilekçe ile yaptığı davadan feragatin geçerli olabilmesi için, dilekçedeki feragat beyanının ayrıca duruşma tutanağına geçirilmesine ve kendisine imza ettirilmesine gerek yoktur. Çünkü davacının feragate ilişkin irade beyanı zaten kendi ibraz ettiği dilekçede açıkça yer almaktadır. Böyle bir feragat dilekçesinin (davacı veya feragate yetkili vekili tarafından) mahkemeye verildiğinin tutanağa yazılması yeterlidir⁶⁹⁹. Feragatin geçerliliği için bunun davalı veya mahkeme tarafından kabul edilmesine veya davalının muvafakat etmesine gerek

⁶⁹⁷ **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s. 506-507; **POSTACIOĞLU**, Usul, s. 477; **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s. 823; **YILMAZ**, s. 115; **KARSLI**, Medeni Muhakeme, s. 434.

⁶⁹⁸ Y 21 HD, 27.06.2005 T, 2005/29550 E, 2009/6740 K, www.legalbank.net (erişim tarihi: 23.06.2013).

⁶⁹⁹ **POSTACIOĞLU**, Usul, s. 477; **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s. 506-507; **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s. 821; **MUŞUL**, Usul, s. 175; **KARSLI**, Medeni Muhakeme, s. 434.

yoktur (HMK m. 309/2). Yargıtay da 2013 yılında verdiği bir kararda “feragatin geçerliliği için mahkeme tarafından kabul edilmesine gerek yoktur. Mahkeme, sadece davacının feragat beyanının gerçekten feragat olup olmadığını ve kanunen öngördüğü şekilde yapılıp yapılmadığını araştırır. Mahkeme davacının beyanının gerçekten feragat olduğunu ve kanunun öngördüğü şekilde de yapıldığını tespit ederse, davacının feragat sebebiyle reddine karar verir” şeklinde feragata ilişkin açıklamala getirmiştir⁷⁰⁰.

Davacının feragat dilekçesi verdiği duruşmada, davalı taraf hazır bulunmasa bile, duruşma tutanağına davacının feragat dilekçesi verdiğinin yazılması feragatin geçerliliği için yeterlidir⁷⁰¹. Çünkü feragat tek taraflı irade beyanı ile tamamlanır.

Davacının duruşma dışında da davasından feragat ettiğine ilişkin dilekçeyi mahkemeye vermesi durumunda, dilekçeyi veren davacı ya da feragate yetkili olan vekili tarafından imzalandığının dilekçenin altına hakim tarafından şerh verilmesi gerekir. Yargıtay konuya ilişkin bir kararında, “...feragat sebebiyle dava reddolunmuştur. Davacı duruşmada bulunmadığına, davalı davayı takip ettiğine ve evvelce davacıya gıyap kararı tebliğ edilmemiş olduğuna göre, masraf, davalı taraftan alınarak davacıya gıyap kararı tebliği icap ederken bu usuli işlem yapılmadan davanın reddedilmiş olması hüküm neticesine tesir eden usul hatası olup bozmayı gerektirir. Davacı duruşmada bulunarak feragat dilekçesini teyit etmemiş, dilekçenin onun tarafından verildiği de tevsik olunmamıştır. Davacı temyiz dilekçesinde dilekçenin (feragat dilekçesinin) kendisi tarafından düzenlenmediğini açıklamıştır. Davacıya aidiyeti kesin bir şekilde tespit olunmadan ve geçerli bir feragat bulunup bulunmadığı

⁷⁰⁰ Y 3 HD, 24.01.2013 T, 2012/22839 E, 2013/1069 K, www.kazanci.com.tr (erişim tarihi: 11.12.2013).

⁷⁰¹ **KURU**, Usul, C. IV, s. 3609; **YILMAZ**, s. 117; **MUŞUL**, Usul, s. 172; **KARSLI**, Medeni Muhakeme, s. 434.

araştırılmadan davanın feragat sebebiyle reddedilmesi usul ve kanuna aykırıdır” şeklinde görüş bildirmiştir⁷⁰².

Davacının, feragat dilekçesini davaya bakan mahkeme dışında başka bir mahkemeye vermesi de mümkündür. Bu durumda, feragat dilekçesindeki imzanın davacıya ait olduğunun hakim tarafından dilekçenin altına şerh edilerek, davaya bakan mahkemeye gönderilmesi gerekir⁷⁰³.

g- Kabul

aa- Genel Olarak

HMK m. 308/1’e göre davayı kabul, davalının davacının açtığı davada ileri sürdüğü talep sonucuna kısmen veya tamamen muvafakat etmesidir. Davayı kabul eden davalı, bununla davacının talep sonucu bölümünde istemiş olduğu talebi, tamamen veya kısmen kabul eder⁷⁰⁴. Davalının kabul beyanı ile dava sona erer⁷⁰⁵.

Kabul sadece tarafların üzerinde tasarruf edebilecekleri davalarda sonuç doğurur (HMK m. 308/2). Feragatten farklı olarak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf etmelerine imkan olmayan davalarda davanın kabulü davayı sona erdirmez, davaya devam edilir⁷⁰⁶.

⁷⁰² Y 2 HD, 22.02.1973 T, 1973/934 E, 1973/1053 K (RKD Ankara 1973/12, s. 483-484).

⁷⁰³ KURU, Usul, C.IV, s.3611; YILMAZ, EJDER/YILMAZ, ÜMİT: Hukuk Rehberi, C. I, Ankara 1995, s. 351; YILMAZ, s. 117.

⁷⁰⁴ POSTACIOĞLU, Usul, s. 479; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 509; MUŞUL, Usul, s. 180; KARSLI, Medeni Muhakeme, s.437.

⁷⁰⁵ Y 16 HD, 27.06.2003 T, 2003/6913 E, 2003/6656 K: “...Mirasçı olan davalılardan Bedriye ve Fatma davayı kabul ettiklerini ifade etmişlerdir. Davanın kabulü kesin hüküm sonuçlarını doğurur” (YKD, S. 11, Ankara 2003, s. 1713).

⁷⁰⁶ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 824; MUŞUL, Usul, s. 172; KARSLI, Medeni Muhakeme, s. 438; ÜSTÜNDAĞ, Medeni Yargılama, s. 573.

Bununla birlikte davalı artık duruşmada bulunmak zorunda değildir⁷⁰⁷. İhtiyari dava arkadaşlığı durumunda, davalılardan birinin kabulü, davanın sadece kendisi hakkındaki kısmı için etkili olur. Yargıtay buna ilişkin verdiği bir kararda, davalı tarafta birden fazla kişinin bulunması halinde aralarındaki dava arkadaşlığına göre kabulün sonuç doğuracağını ifade etmiştir. Yargıtay söz konusu kararda “mahkeme huzurunda yapılmış kabul beyanı davalıyı bağlar. Davalı davacıya satışı kabul ettiğine göre, onun payı yönünden davanın kabulüne karar verilmemesi usu ve yasaya aykırıdır” şeklinde kabulün bağlayıcılığını ifade etmiştir⁷⁰⁸.

Kabul tasarruf ilkesinin bir sonucudur⁷⁰⁹. Burada üzerinde durulması gereken nokta, Davayı kabulün ikrarla karıştırılmamasıdır. İkrarın konusu vakıalardır. Ancak ikrar talep sonucuna ilişkindir. Dolayısıyla ikrarla dava sona ermez, sadece ikrar edilen vakıanın ispatına gerek kalmaz⁷¹⁰. Diğer bir ifadeyle ikrarde kabulden farklı olarak sadece ikrar edilen vakıa doğru kabul edilir, bu durum kabulde olduğu gibi talep sonucunu doğrudan etkilemez⁷¹¹.

Davayı kabul, feragatte olduğu gibi davanın açılmasından hükmün şekli anlamda kesinleşmesine kadar her zaman yapılabilir⁷¹². Kabulden sonra davalı kabulden dönemez. Ancak kısmen kabul söz konusu olursa kabul edilmeyen kısım için davaya devam edilir⁷¹³.

⁷⁰⁷ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 824.

⁷⁰⁸ Y 14 HD, 16.11.2001, 2001/7184 E, 2001/7986 E (YKD, S. 9, Ankara 2002, s. 1361).

⁷⁰⁹ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 1065.

⁷¹⁰ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 509; ERMENEK, İBRAHİM: Medeni Usul Hukukunda Davayı Kabul, Ankara 2009, s. 27; MUŞUL, Usul, s. 180; KARSLI, Medeni Muhakeme, s. 437-438.

⁷¹¹ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 509.

⁷¹² PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 1064; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 509; KARSLI, Medeni Muhakeme, s. 439.

⁷¹³ POSTACIOĞLU, Usul, s. 480; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, S. 826.

bb- Şekli

aaa- Sözlü Kabul

Davalı duruşma sırasında, sözlü olarak davayı kabul ettiğini söyleyebilir. Bu durumda davalının beyanının mutlaka tutanağa geçmesi gereklidir⁷¹⁴. Bu beyanın mutlaka davalı tarafından imzalanması da gereklidir. Tutanakta mutlaka tutanağın kabule ilişkin bölümünün davalıya okutturulduğu ve imzalandığı da yazılmalıdır⁷¹⁵. Bu şekil şartlarına uyulmadan yapılan kabulün geçersiz olacağı belirtilmiştir⁷¹⁶.

bbb- Yazılı Kabul

Davalı, duruşmada mahkemeye vereceği bir dilekçe ile davayı kabul edebilir⁷¹⁷. Burada zaten davalı yazılı olarak kabul beyanında bulunduğu için bunun ayrıca tutanağa geçirilmesine ve imzalanmasına gerek yoktur. Ancak davalının mahkemeye sunduğu kabul dilekçesinde imzasının bulunmasının gerekli olduğu açıktır. Aynı şekilde sözlü kabulde olduğu gibi davalının beyanının kendisine okunmasına da gerek yoktur. Tutanağa sadece davalının kabulünü içeren bir dilekçenin verildiğinin yazılması yeterlidir⁷¹⁸.

Burada ayrıca davalının duruşma sonrasında (iki duruşma arasında) da davayı kabul dilekçesini mahkemeye verebileceği açıktır (HMK m. 309/1).

⁷¹⁴ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 510; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 826; POSTACIOĞLU, Usul, s. 480; MUŞUL, Usul, s. 181. Yargıtay da bu durumu “davadan kısmen veya tamamen feragat ve kabul gibi dava konusu üzerinde etkili olacak beyanların imzalı olması gerekmektedir” şeklinde kararlarına yansıtmıştır (Y 21 HD, 27.06.2005 T, 2005/2955 E, 2005/6740 K, www.legalbank.net, erişim tarihi: 12.12.2013).

⁷¹⁵ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 510; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 826; MUŞUL, Usul, s. 181; KARSLI, Medeni Muhakeme, s. 438.

⁷¹⁶ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 510; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 826; MUŞUL, Usul, s. 181.

⁷¹⁷ POSTACIOĞLU, Usul, s. 480; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 510; MUŞUL, Usul, s. 181; KARSLI, Medeni Muhakeme, s. 438.

⁷¹⁸ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 510.

Davalının davayı kabul etmesi üzerine kabulün geçerli olduğunu ve bununla dava konusu uyuşmazlığın sona erdiğine kanaat getiren mahkeme davayı kabul eder. Burada önemli olan nokta, davanın kabul edilmesinden sonra mahkemenin, davalının o zamana kadar yapmış olduğu savunmaların ve tahkikat sonucunun dikkate almaksızın davanın kabulüne karar vermesinin gerekli olduğudur⁷¹⁹.

Burada ayrıca, davanın kabulle mi yoksa mahkemenin kabul üzerine vereceği hükümle mi sona ereceği akla gelmektedir. Doktrinde davanın kabul beyanıyla sona ereceği ifade edilmiştir⁷²⁰.

B- TAHKİM

1- GENEL OLARAK

Tahkim, tarafların aralarındaki mevcut veya muhtemel bir uyuşmazlığın hakemlerce çözümlenmesi için yaptıkları bir anlaşmadır⁷²¹. Uyuşmazlığın çözümlenmesi kendisine bırakılan bu kişi/kişilere de hakem/hakem kurulu (hakem heyeti) denir⁷²².

Bölgesel ekonomik birliklerin kurulması, gümrük duvarlarının kaldırılması, sermaye ve ticaretin küreselleşmesi ve aynı zamanda teknolojik gelişmelerin kolaylaşması nedeniyle hazır olmayanlar arasında sözleşmelerin yaygınlaşması sonucunda uluslararası ticaret ve

⁷¹⁹ POSTACIOĞLU, Usul, s. 481; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 510.

⁷²⁰ POSTACIOĞLU, Usul, s. 480; ÖNEN, Sulh, s. 139.

⁷²¹ POSTACIOĞLU, Usul, s.783; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 1064; ALANGOYA, YAVUZ: Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul 1973, s. 27; MUŞUL, Usul, s. 365.

⁷²² Taraflar, uyuşmazlığın çözümünü onlardan istemekle hakemlerin verecekleri karara razı olurlar ve hakemler o uyuşmazlık bakımından bir mahkeme gibi yargılama yapıp karar verirler. Bu nedenle hakem kuruluna “hakem mahkemesi” de denir (KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 779).

yatırımların güven içinde yapılabileceği bir hukuki ortam gerekli ve zorunlu hale gelmiştir. Bu eksikliği giderici bir kurum olarak da tahkim, özellikle uluslararası tahkim gelişmiştir⁷²³.

Tahkimden bahsederken, ihtiyari (isteğe bağlı) tahkim ve mecburi (zorunlu) tahkim olarak iki türlü tahkimin olduğunu belirtmek gerekir. Yukarıda tanımlanan, tarafların kendi rızaları ile başvurabilecekleri yani ihtiyari tahkimdir. İhtiyari tahkimde taraflar bir davanın çözümlenmesi için hakeme başvurmak zorunda olmamakla birlikte anlaşarak uyuşmazlığı kendi seçecekleri hakem veya hakemlere gördürebilirler.

Zorunlu tahkimde bir uyuşmazlığın çözümü için hakeme başvurmak zorunludur. Tahkimin hangi hallerde zorunlu olduğu özel bir kanun hükmü ile belirlenir. Diğer bir ifadeyle zorunlu tahkimde hakeme başvurma zorunluluğu kanundan doğmaktadır.

Konumuz olan ihtiyari tahkim, tarafların aralarında yaptıkları sözleşmeye dayanır. Tahkim incelenirken, burada tahkim sözleşmesi ve hakem sözleşmesi olmak üzere iki türlü sözleşmenin var olduğunu belirtmek gerekir. Tahkim sözleşmesi tarafların sözleşme veya sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmının çözümünün, hakem veya hakem kuruluna bırakılması konusunda yaptıkları anlaşma olarak tanımlanır. HMK m. 412’de de tahkim sözleşmesi, tarafların aralarındaki bir uyuşmazlığın çözümlenmesi için tahkim yoluna yani hakeme başvurmayı kararlaştırmaları olarak ifade edilmiştir. Bu sözleşme, taraflar arasındaki hukuki ilişkiyi düzenleyen sözleşmenin bir şartı olarak veya ayrı bir sözleşme olarak yapılabilir. Hakem sözleşmesi ise, taraflar ve hakemler arasında yapılan sözleşmedir. Bu sözleşmeyle taraflar aralarındaki uyuşmazlığın hakemlerce çözülmesini teklif ederken hakemler ise, hakem olarak o

⁷²³ **BİRSEL**, MAHMUT/**BUDAK**, ALİ CEM: Milletlerarası Tahkim Konusunda Türk Hukuku Açısından Sorunlar ve Öneriler- Türk Tahkim Kurulu ve UNCITRAL Kanun Örneği, Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi?, Sempozyum, Bildiriler-Tartışmalar, Ankara 1997, s. 183-184.

uyuşmazlığa bakmayı kabul etmiş olur. Kendilerine verilen işin hakemlerce üstlenilmesiyle her iki taraf ile hakemler arasında açık veya örtülü bir anlaşma meydana gelmiş olur⁷²⁴. Hakemler bu anlaşma ile önlerine getirilen uyuşmazlığı çözme yükümü altına girerler⁷²⁵. Buna karşılık uyuşmazlığın her iki tarafı da hakemlerin görecekları iş karşılığında almaya kazanacakları hakem ücretini ödemekle yükümlüdürler⁷²⁶. Her ne kadar ortada iki sözleşme olsa da, uygulamada bu iki sözleşme çoğunlukla ayrılmaz ve ikisini de içine alacak şekilde “hakem sözleşmesi” olarak adlandırılır.

Taraflar zorunlu tahkime konu olan bir uyuşmazlığı ihtiyari tahkim yoluyla çözemeler⁷²⁷.

2- HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU’NDA TAHKİM SÖZLEŞMESİ VE ŞEKLİ

Tahkim sözleşmesi Borçlar Kanunu’ndaki sözleşmeye ilişkin hükümlere tabidir. Bununla birlikte yukarıda da ifade edildiği üzere taraflar tahkim sözleşmesi ile dava konusu uyuşmazlığın çözümlenmesi için mahkeme yerine özel kişilere başvurma yoluna gittikleri için HMK tahkim sözleşmesini bazı özel şartlara tabi tutmuştur. Bu şartların getirilmesinin nedeni, tarafların korunmasını sağlamak ve tahkim usulünün kötüye kullanılmasını önlemektir⁷²⁸.

Tahkim sözleşmesi iki şekilde yapılabilir. Bunlardan ilki, ayrı bir sözleşme şeklinde karşımıza çıkar. Burada taraflar doğmuş veya doğabilecek herhangi bir uyuşmazlığı tahkim

⁷²⁴ MUŞUL, Usul, s. 378; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 781-782; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 1071.

⁷²⁵ MUŞUL, Usul, s. 378; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 1071.

⁷²⁶ MUŞUL, Usul, s. 378; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 1071.

⁷²⁷ YEĞENGİL, RASİH: Tahkim (L’Arbitrage), İstanbul 1974, s. 102; AZİZOV, s. 13.

⁷²⁸ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 781-782; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 1071.

yoluyla çözümlmek için ayrı bir sözleşme yaparlar. Bu sözleşmenin konusu tahkimdir⁷²⁹. Bu nedenle bu sözleşmeye dar anlamda tahkim sözleşmesi de denir.

Bir diğer yol ise, tarafların yaptıkları bir anlaşmaya o anlaşmadan doğabilecek uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümleneceğini şart koymaları şeklinde olabilir. Tarafların koydukları bu şartın sözleşmenin tek konusu olmadığı, sözleşmenin yalnızca bir şartı olduğu açıktır. Tarafların koydukları bu şart, kanunun anladığı anlamda bir tahkim sözleşmesidir⁷³⁰. Kanunkoyucu bu durumu HMK m. 412/2’de hükme bağlamıştır. Maddede tahkim sözleşmesinin taraflar arasındaki sözleşmenin bir şartı olarak veya ayrı bir sözleşme şeklinde yapılabileceği düzenlenmiştir. Yine aynı maddeye göre tahkim sözleşmesinin sözlü olarak yapılması mümkün değildir.

Tahkim sözleşmesinin yapılabilmesi için birtakım şartlara uyulması gerekir. İlk olarak tahkim sözleşmesi Borçlar Hukuku’nun sözleşmelere ilişkin kuralları dikkate alınarak yapılmalıdır. Bu nedenle bir sözleşme için bulunması gerekli olan şartların tahkim sözleşmesinde de bulunması gereklidir. Bunun yanı sıra HMK ve tahkime ilişkin başka kanunlarda yer alan şartlar da dikkate alınmalıdır. Bu şartlar temel olarak yazılı şekilde yapılma, konu bakımından tarafların iradesine tabi olan uyuşmazlıklar için mümkün olma ve uyuşmazlığın belirli olması şeklinde sıralanabilir. Biz bu şartlardan konumuz nedeniyle yazılı şekil şartını ele alacağız.

Tahkim, istisnai bir yargılama yoludur. Bu niteliği itibariyle, tarafların tahkime gitme iradelerinin tereddüde yer vermeyecek şekilde açıklanmış olması gerekir⁷³¹. Bu nedenle kural olarak tahkim sözleşmesinin yazılı olması gerekir. Bu da kanunkoyucu tarafından HMK m.

⁷²⁹ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 782; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 1071.

⁷³⁰ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 782; MUŞUL, Usul, s. 368.

⁷³¹ EKŞİ, NURAY: Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Tahkim, İstanbul 2013, s. 98; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 1072; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 782.

412/3'te hükme bağlanmıştır. Tahkim anlaşmasının yazılı şekilde yapılması bir yandan ispat kolaylığı sağlarken diğer yandan tarafların aralarındaki uyuşmazlık için olağan yargı yolu olan mahkemelere başvurmak yerine hakem yoluna gitme konusunda gerçek bir iradeye sahip olduklarını göstermektedir⁷³².

Tahkim sözleşmesinin yazılı şekilde yapılacağını düzenleyen 412. maddenin 3. fıkrasının devamında “yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için, tahkim sözleşmesinin taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına dayanması veya elektronik ortama geçirilmiş olması ya da dava dilekçesinde yazılı bir tahkim sözleşmesinin varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması yeterlidir” ifadesi yer almaktadır. Bu ifadeyle yazılı şekil şartının yumuşatıldığı açıkça görülmektedir⁷³³. Diğer bir ifadeyle yazılı şeklin gerçekleşmesi adi yazılı şekille sınırlandırılmamıştır⁷³⁴. Maddeden açıkça anlaşıldığı gibi, tahkim sözleşmesinin adi yazılı şekilde yapılması yeterlidir. Ancak, adi yazılı şeklin bütün şartlarını taşımasa bile tahkim anlaşmasının şeklen geçerli olacağı haller yine aynı maddede düzenlenmiştir. Maddede yer alan tahkim sözleşmesinin taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye veya taraflar arasında mektup, telgraf, telefaks, faks gibi bir iletişim aracına dayanabilecek olmasının, doktrinde ispat hukuku bakımından sıkıntı yaratabileceği ifade edilmiştir⁷³⁵. Çünkü elektronik ortamda beyan edilen iradenin davalıya ait olup olmadığını ispat gerçekten önemli bir sorundur.

⁷³² **ATALI**, parag. 21.

⁷³³ **ATALI**, MEHMET: “İnternet Ortamında Tahkim ve Usul Hukuku Sorunları”, <http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=%DDNTERNET%20ORTAMINDA%20TAHK%DDM%20ve%20US%DBL%20HUKUKU%20SORUNLARI&kimlik=-1517589410&url=makaleler/matali-1.htm>, parag. 18 (erişim tarihi: 01.02.2014).

⁷³⁴ **NOMER**, ERGİN/ **EKŞİ**, NURAY/ **GELGEL ÖZTEKİN**, GÜNSELİ: Milletlerarası Tahkim Hukuku, C. I, İstanbul 2013, s. 19.

⁷³⁵ **AKINCI**, ZİYA: Milletlerarası Tahkim, Ankara 2003, s. 81; **AZİZOV**, s. 85.

HMK m. 412'3'te belirtildiği üzere, doktrinde taraflar arasında yazılı tahkim sözleşmesi bulunmadığı halde tarafların hakemlerini seçtikleri ve hakemlerin de davayı takip ettikleri hallerde dahi tahkim sözleşmesinin geçerli sayılacağı ve bunun örtülü tahkim sözleşmesi kabul edileceği ifade edilmektedir⁷³⁶.

HMK m. 412/3'te düzenlenen durumlardan biri olan taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracıyla tahkim anlaşmasının yapılması halinde dikkat edilmesi gereken nokta, taraflar arasında söz konusu iletişim araçlarından biriyle metnin teati edilmiş olmasıdır⁷³⁷.

Tahkim anlaşmasının e-posta yoluyla da yapılabileceğini de söylemek mümkündür. Maddeye göre, tahkim anlaşmasının elektronik ortama geçirilmiş olması, yazılı şekil şartının yerine getirilmiş olması için yeterlidir. Burada önemli olan elektronik kaydın ulaşılabilir olması ve tahkim iradesinin elektronik ortamda yer alan veride bulunmasıdır⁷³⁸. Böylelikle senet olmadan tahkim anlaşmasının olmayacağı prensibinden vazgeçilmiştir⁷³⁹.

Dava dilekçesinde yazılı bir tahkim sözleşmesinin varlığının iddia edilmesine, davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması tahkim anlaşmasının yazılı olma şartının gerçekleşmesi için yeterlidir⁷⁴⁰. Böylece HMK m. 412. maddesinde taraflar arasında şeklen geçerli bir tahkim anlaşması bulunmamasına rağmen, bu geçersizliğin sonradan giderilmesine izin verilmiştir. Bunun yanı sıra, asıl sözleşmenin bir parçası haline getirilmek

⁷³⁶ **KURU**, Usul, C. VI, s. 5944; **ATALI**, parg. 35; **DAYINLARLI, KEMAL**: “ İç Tahkim”, İnşaat Sözleşmeleri Yönetici-İşletmeci-Mühendisler ve Hukukçular için Ortak Seminer, Ankara 2001, s. 393; **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s. 785; **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s. 1077; **MUŞUL**, Usul, s. 372-373.

⁷³⁷ **EKŞİ**, Tahkim, s. 102; **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s. 1073.

⁷³⁸ **EKŞİ**, Tahkim, s. 102.

⁷³⁹ **EKŞİ**, Tahkim, s. 102.

⁷⁴⁰ **EKŞİ**, Tahkim, s. 102.

amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması halinde de tahkim sözleşmesi yapılmış sayılır. Bu yöntem, “incorporation” yoluyla yapılan tahkim anlaşması olarak adlandırılır. Bu yöntem ilk olarak Türk Tahkim Hukuku’na 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu ile girmiştir. Herhangi bir belgenin, taraflar arasındaki sözleşmenin eki veya parçası haline getirilmesi yöntemi olan “incorporation” milletlerarası tahkim alanında etkili olmuştur⁷⁴¹.

Tahkim anlaşmasının şekil açısından geçerliliği çeşitli aşamalarda tartışma konusu yapılabilir⁷⁴². Tahkim anlaşmasının şekline ilişkin itirazlar hakemlere yapılabileceği gibi mahkemelere de yapılabilir⁷⁴³. Tahkim anlaşmasının şekli geçerliliğinin mahkemeler tarafından kontrol edilmesi esas olarak iki aşamada söz konusu olabilir. İlk olarak taraflardan birinin tahkime gitmeden mahkemeye başvurması aşamasında söz konusu olabileceği gibi, hakem kararının tenfizi aşamasında da olabilir⁷⁴⁴. Ayrıca bu iki aşama dışında hakem yargılaması sırasında ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz için mahkemeye başvurulduğunda ya da hakem kararı verildikten sonra bu kararın iptali için dava açıldığında da tahkim anlaşmasının şeklen geçerli olmadığı itirazı ile mahkemeler karşılaşabilirler⁷⁴⁵.

HUMK m. 412/3’te getirilen şekil şartının uluslararası anlaşmalara uygun olduğunu söylemek gerekir. Bu konu aşağıda ele alınacaktır.

⁷⁴¹ Incorporation hakkında detaylı bilgi için bkz. **EKŞİ**, NURAY: Milletlerarası Deniz Ticareti alanında Incorporation Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları, İstanbul 2010, s. 21 vd.

⁷⁴² **EKŞİ**, Incorporation, s. 62 vd.

⁷⁴³ **EKŞİ**, Tahkim, s. 104.

⁷⁴⁴ **EKŞİ**, Tahkim, s. 104.

⁷⁴⁵ **EKŞİ**, Tahkim, s. 105.

3- UNCITRAL MODEL KANUNU VE MİLLETLERARASI TAHKİM KANUNU

a- Genel Olarak

Günümüzde teknolojinin ilerlemesi ve bunun sonucu olarak da iletişimin daha hızlı ve kolay yapılabilmesi, milletlerarası ticaretin gelişmesinde ve ticari mal ve hizmet dolaşımının hızlanmasında etkili olmuştur. Bu etkileşimler beraberinde hukuku ve ticari gelişimleri ile beklentileri farklı olan ülkeler ve bu ülkelerdeki şirketler arasındaki mal ve hizmet satışına ilişkin sözleşmelerin uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların çözümünde farklı hukuk sistemlerinin de karşı karşıya gelmesine neden olmuştur⁷⁴⁶.

1960'lı yılların başında uluslararası ticaretin kaynakları ile ilgili araştırmalar yapılmaya başlanmış ve bu araştırmaların sonucunda da hali hazırda var olan kurumların, kanunlardaki birliği sağlamakta yetersiz olduğu sonucu ortaya çıkmıştır. Buradan hareketle Birleşmiş Milletler gibi uluslararası bir kurumun diğer kurumlar arasındaki koordinasyonu sağlamanın mümkün olacağı düşünülmüştür. Bunun hemen sonrasında 1964 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda bu durumun görüşülmesi için bir adım atılmıştır⁷⁴⁷. Araştırma ve incelemelerin sonucunda hazırlanan raporlarda, milletlerarası ticari hayatta uyum ve yeknesaklığın sağlanması ve uygulamanın kolaylaştırılması açısından⁷⁴⁸ 1966 yılında Birleşmiş Milletler bünyesinde Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) kurulmuştur. UNCITRAL uluslararası alanda yeni anlaşmaların yapılması,

⁷⁴⁶ **DAYINLARLI, KEMAL:** UNCITRAL Kurallarına Göre Uzlaşma ve Tahkim, Ankara 2000, s. 5.

⁷⁴⁷ **BROCHES, ARON:** "Birth of UNCITRAL", Uniform Commercial Law in the Twenty-First Century, Proceedings of the Congress of the United Nations Commission on International Trade Law, New York 1992, s. 7 vd (http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/general/Uniform_Commercial_Law_Congress_1992_e.pdf, erişim tarihi: 23.12.2013).

⁷⁴⁸ **ALANGOYA, YAVUZ:** "UNCITRAL Tahkim Yönetmeliği Hakkında", Prof. Dr. İlhan Postacıoğlu'na Armağan, İstanbul 1990, s. 1.

kanunların çıkarılması ve ticari örf ve adet ile ilgili düzenlemelerin yapılmasında etkili olmuştur⁷⁴⁹.

UNCITRAL, tahkime ilişkin ilk kuralları 1976 yılındaki toplantıda kabul etmiştir. Aynı toplantıda UNCITRAL bu kuralların uluslararası ticari işlerde uygulanmasını tavsiye etme kararı da almıştır⁷⁵⁰.

UNCITRAL Model Kanunu'nu ise temel amaç olarak, farklı hukuk sistemlerinden gelen kişiler arasındaki tahkim için genel bir çerçeve çizmeyi hedeflemiştir⁷⁵¹. Taraflardan birisinin veya tarafların her ikisinin de yabancı olduğu uluslararası sözleşmelerde her iki taraf da, kendi ülkelerinin kanunlarının uygulanmasını tercih edeceklerdir. Bu noktada uluslararası tahkim kuralları her iki tarafa da güven verici kurallar olarak karşımıza çıkmaktadırlar. Bu görevi UNCITRAL Model Kanunu yerine getirmektedir⁷⁵². Model Kanun, uyuşmazlığın tarafsız bir şekilde ve sadece taraflardan birisine özgü olmayan kurallar çerçevesinde çözülmesine yardımcı olur. Bunun yanı sıra UNCITRAL Model Kanunu'nu kabul etmiş bir ülkede tahkimin uygulanmasını istemek, tarafların hangi kurallara bağlı olacaklarını önceden bilmeleri açısından daha kolay ve güvenilir görünmektedir⁷⁵³. İşte bu nedenlerle Model Kanun, taraflara bu ortak noktanın yakalanması imkanı sağlamaktadır ve buradan hareketle de herhangi bir milli tahkim kanunundan daha bilinir ve yaygın durumdadır⁷⁵⁴. UNCITRAL Model Kanunu ve UNCITRAL Tahkim Kuralları arasındaki fark temel olarak, UNCITRAL

⁷⁴⁹ **DAYINLARLI**, Uzlaşma ve Tahkim, s. 8; **BOZKURT YÜKSEL**, EBRU: "UNCITRAL ve UNCITRAL Model Kanunu'na Genel Bir Bakış", TAAD, C. 2, S. IV, Ankara 2011, s. 139.

⁷⁵⁰ UNCITRAL Model Kanunu'yla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **BOZKURT YÜKSEL**, s. 144-153; **HERMANN**, GERALD: "The UNCITRAL Arbitration Law", Uniform Law Review, 1998-2/3, www.gcarbitration.com/english/issue/issue12/law1.htm, s. 1 (erişim tarihi: 14.01.2014).

⁷⁵¹ **BİRSEL/BUDAK**, s. 204.

⁷⁵² **BOZKURT YÜKSEL**, s. 151.

⁷⁵³ **BOZKURT YÜKSEL**, s. 151.

⁷⁵⁴ **HERMANN**, s. 3; **BOZKURT YÜKSEL**, s. 151.

Model Kanunu'nun, kanunkoyucunun kendi ülkesindeki tahkim kurallarını koyarken izleyeceği kurallar getirmesinin yanında, UNCITRAL Tahkim Kuralları'nın, taraflarca, sözleşmelerinin eki olarak veya aralarında bir uyuşmazlık çıktıktan sonra uygulanabilecek kurallar olmasıdır⁷⁵⁵.

Yukarıda bahsedildiği gibi dünyada hızla gelişen ticari ilişkiler sonucunda Türkiye'de tahkimin önemi giderek arttı ve bunun sonucu olarak da UNCITRAL Model Kanunu taslak alınarak 2001 yılında 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu kabul edildi. Hazırlanan bu kanunda taraf iradesine büyük önem verilmiş olması, Model Kanun'un tahkime hız kazandırması ve emredici kurallardan daha çok yedek hukuk kurallarını içermesi, hakeme ihtiyati tedbir kararı verme yetkisi tanınması, birçok ülkede ve bizim ülkemizde de hazırlanan Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun UNCITRAL Model Kanunu'nu taslak olarak almasında etkili olmuştur⁷⁵⁶.

2006 yılında yapılan toplantıların sonucu olarak 1985 tarihinde düzenlenmiş olan UNCITRAL Model Kanunu'nda birtakım değişiklikler yapılması kabul edilmiştir. UNCITRAL Model Kanunu'nda 2006 yılında yapılan değişikliklerden şekille ilgili olanına değinmek gerekirse, Model Kanun'un "Tahkim Anlaşmasının Tanımı ve Şekli" kenar başlığını taşıyan 7. maddesinin iki seçenekli olacak şekilde yeniden düzenlendiğini belirtmek gerekir. Buna göre ilk olarak 7. maddenin 1. fıkrasında tahkim anlaşmasının tanımı "belirli bir hukuki ilişkiden doğan veya doğabilecek tüm veya bazı uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözülmesi amacı ile yapılan anlaşmadır" şeklinde yapılmıştır. Tahkim anlaşmasının bir sözleşmede tahkim şartı veya ayrı bir tahkim sözleşmesi şeklinde olabileceği maddenin

⁷⁵⁵ http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration_faq.html (Erişim Tarihi: 13.07.2013).

⁷⁵⁶ YILMAZ, EJDER: "Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi?" Taslaklar-Tartışmalar- Öneriler, C. II, Ankara 1999, s. 8-9 (www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf, erişim tarihi: 14.01.2014).

devamında belirtilmektedir. Aynı maddenin 2. fıkrasında tahkim anlaşmasının şekli düzenlenmiştir. Model Kanun, tahkim anlaşmasının yazılı şekilde olması gerektiği konusunda 1958 New York Sözleşmesi'ni takip etmiştir⁷⁵⁷. New York Sözleşmesi'nin konuya ilişkin maddesinde yazılı şekil şartı aranmaktadır. Tahkim sözleşmesinin yazılı olmaması tenfize engel olacaktır. Zira New York Sözleşmesi uyarınca her ne kadar tahkim sözleşmesinin geçerliliğine uygulanacak hukuk, tarafların tabi kıldığı veya hakem kararının verildiği yer hukukuna göre belirlenecek olsa da, söz konusu hukuklar yazılı şekil şartını öngörmese dahi, New York Sözleşmesi uyarınca tahkim sözleşmesinin yazılı olması gerekmektedir⁷⁵⁸. New York Sözleşmesi'nin II/2 maddesinde, “yazılı anlaşma teriminden karşılıklı olarak teati edilmiş mektup veya telgraflarda mündemiç bulunan veya taraflarca imzalanmış bir mukaveleye dercedilmiş olan bir hakem şartı veya bir hakem mukavelesi anlaşılır” hükmü yer almaktadır. Söz konusu UNCITRAL Model Kanunu bu maddedeki şekle ilişkin hükmü genişleterek ve daha esnek hale getirerek, taraflarca imzalanan bir belge veya mektup, teleks, telgraf veya bir anlaşma kaydını içeren herhangi bir telekomünikasyon aracı ile belgelenmesini yazılılık koşulu için yeterli saymıştır. Bunun yanı sıra Model Kanun'da, karşılıklı iddia ve savunmalarda sözleşmenin varlığının bir tarafça ileri sürülüp diğer tarafça inkâr edilmediği hallerde yazılılığın gerçekleştiği kabul edilmiştir. Bir sözleşmede tahkim şartı içeren bir belgeye atıf yapılmışsa, sözleşmenin yazılı olması ve yapılan atfın o hükmü sözleşmenin bir bölümü olarak nitelendirmesi şartıyla yine tahkim anlaşmasının oluşacağı belirtilmiştir.

⁷⁵⁷ UNCITRAL Model Kanunu ve New York Sözleşmesi'nin karşılaştırması için bkz. **DEREN YILDIRIM, NEVHİS**: UNCITRAL Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları, İstanbul 2004, s. 44 vd.

⁷⁵⁸ **AKINCI, ZİYA**: Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi, Ankara 1994, s. 119-120.

b- Şekil

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 4. Maddesinde, tahkim anlaşması, tarafların, sözleşmeden kaynaklansın veya kaynaklanmasın aralarında mevcut bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tümünün veya bazılarının tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşma olarak tanımlanmıştır. Aynı maddenin devamında tahkim anlaşmasının, asıl sözleşmeye konan tahkim şartı veya ayrı bir sözleşme ile yapılabileceği hükme bağlanmıştır. Maddeye göre, tahkim anlaşması yazılı şekilde yapılır. Yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için, tahkim anlaşmasının taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması ya da dava dilekçesinde yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması gerekir Asıl sözleşmenin bir parçası hâline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması hâlinde de geçerli bir tahkim anlaşması yapılmış sayılır. Bu madde kaleme alınırken, UNCITRAL Model Kanunu'nun 7. maddesi esas alınmıştır. UNCITRAL Model Kanunu'nun şekle ilişkin hükmünde yazılı şekil şartının adi yazılı şekil dışında yeni iletişim teknolojileri kullanılarak yerine getirilmesinin mümkün kılınması, bizde olduğu gibi birçok ülkedeki milletlerarası tahkime ilişkin kanunları da etkilemiştir⁷⁵⁹. Söz konusu kanunun 7. maddesi hem halihazırdaki hem de gelecekteki iletişim modellerini kapsayacak bir ifade ile “other means of telecommunication” şeklinde kaleme alınmıştır. Bu ifade, veri aktarımının nasıl olacağı konusunda bir ayırım

⁷⁵⁹ Buna örnek olarak 1996 tarihli İngiliz Tahkim Kanunu'nun 5. maddesi veya 1987 tarihli İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Alanında Federal Kanun'un 12. Babı gösterilebilir (ŞİT, BÜLENT: “Tahkim Anlaşmasının Şekli: Yazılı Şekil Şartı ve İnternet Aracılığı ile Akdedilen Tahkim Anlaşmaları”, MHB Yıl 25-26, İstanbul 2005-2006, s. 3).

yapmamaktadır⁷⁶⁰. Bununla birlikte, Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun şekli düzenleyen 4. maddesinin üçüncü fıkrasında anlaşmanın geçerliliği konusunda Model Kanun’dan farklı olarak İsviçre Federal Code on Private International Law (CPIL)’in 178/II maddesinden örnek alınarak bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre eğer taraflar tahkim anlaşmasının maddi geçerliliğine uygulanmak üzere bir hukuk seçimi yapmışlarsa öncelikle bu hukuk uygulanacak, eğer yapmamışlarsa Türk Hukuku’na göre tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığı tespit edilecektir.

Bilgisayar faresinin onaylaması ya da özel onay tuşları ile kabul edilen genel işlem şartları arasında bulunan tahkim şartlarının durumu yine özel olarak incelenmelidir. Zira bu tür tahkim şartları, diğer çevrimdışı araçlar ya da elektronik posta ile yapılan tahkim anlaşmalarından daha farklıdır. Öncelikle işlemler hızlı bir şekilde gerçekleşmektedir. Onay tuşuna basıldığında genel işlem şartları üzerinde düşünülmeden onaylanmaktadır ve ilgilinin “server”i üzerinde kaydedilmektedir. Bu şekilde onaylanması istenen tahkim şartının bağlayıcılığı üzerinde durulurken bu tür işlemlerin yapılışının özelliklerine bakılmalıdır. Genel işlem şartları olarak sıralanan bu tür şartlar, internet kullanıcısı tarafından çoğu kez okunmamaktadır. Bu durumda tahkim şartını bu şekilde genel işlem şartları içinde onaylayan bir kimsenin sonrasında tahkim şartını kabul etmediğine dair çekincesinin daha kabul edilebilir olduğunu ifade etmek mümkündür⁷⁶¹. Ancak söz konusu tahkim şartının açık ve anlaşılabilir şekilde internet kullanıcısının onayına sunulduğu hallerde onay tuşuna basılması halinde taraflar arasında bir tahkim anlaşmasının yapıldığının kabulü gerekir⁷⁶².

⁷⁶⁰ **ATALI**, parag. 24. Yazar ayrıca maddedeki ifadenin veri aktarımının uydu veya elektronik posta ile olması arasında bir ayırım yapmadığı da belirtmiştir.

⁷⁶¹ **ATALI**, parag. 37.

⁷⁶² **ATALI**, parag. 37.

4- MODERN İLETİŞİM ARAÇLARIYLA KURULACAK TAHKİM SÖZLEŞMESİ

a- Mektup, Telgraf ve Faks

Modern iletişim araçlarıyla kurulacak tahkim sözleşmesinde ilk olarak yazılı şeklin en temel unsurları olan “metin” ve “imza” şartını taşıyıp taşımadığını değerlendirmek gerekir. Bu noktada yukarıda da değinildiği üzere, 1958 tarihli New York Sözleşmesi’nin II/2. maddesi ve UNCITRAL Model Kanunu’nun 7/2. maddesi bu konuda başvurulması gereken ilk düzenlemelerdir. New York Sözleşmesi’nin II/2. maddesine göre, yazılı anlaşma terimi taraflarca imzalanan bir sözleşme veya tahkim anlaşmasında veya teati edilen mektup veya telgraflarda yer alan tahkim kaydını içerir. UNCITRAL Model Kanunu’nun 7/2. maddesinde, New York Sözleşmesi’nde öngörülen telgraf ve mektup teatisi yanında teleks ve diğer iletişim araçlarının teatisi de, anlaşmanın kaydının tutulması şartıyla “yazılı anlaşma” teriminin kapsamına alınmıştır. Söz konusu maddede “shall include” ifadesi kullanıldığından sözleşmenin yapıldığı dönem dikkate alındığında yazılı anlaşma kapsamında mektup ve telgrafın girdiğini; ancak bu durumun UNCITRAL Model Kanunu’nun 7/2. maddesinin uygulanmasına engel olmadığını söylemek mümkündür⁷⁶³. Günümüzde var olan e-posta gibi elektronik araçlarla tahkim anlaşmasının yapılması durumunda da bunun New York Sözleşmesi veya UNCITRAL Model Kanunu’nun şekle ilişkin hükmüne aykırılık oluşturmayacağı ifade edilmektedir⁷⁶⁴. Bu noktada New York Sözleşmesi veya UNCITRAL Model Kanunu’nda yer alan sayının örnekleyici olduğunu söylemek mümkün olur.

⁷⁶³ ŞİT, s. 420.

⁷⁶⁴ WAHAB MOHAMMED ABDEL: “The Global Information Society and Online Dispute Resolution: A New Dawn for DisputeResolution” (2004) 21(2) Journal of International Arbitration, p.155 (http://unctad.org/en/docs/edmmisc232add20_en.pdf -dispute settlement-, erişim tarihi: 18.01.2014).

Modern iletişim araçlarının yazıllık şartı çerçevesinde ele alınmasında ilk olarak telgraf ve mektuba değinilmelidir. Her iki iletişim aracı bakımından UNCITRAL Model Kanunu ve New York Sözleşmesi'nde herhangi bir tartışma olmadığını belirtmek gerekir. Söz konusu iletişim araçlarında bizim hukukumuz tarafından aranan metin ve imza koşulu yerine geldiğinde tahkim sözleşmesinin bu yolla kurulması da mümkündür. Bununla birlikte faksta telgraftan farklı olarak yazılı metnin aslı muhataba ulaşmadığından yani metnin aslı gönderen kişide kaldığından yazılı şekil şartı gerçekleşmiş olmaz⁷⁶⁵. Ancak metnin fotokopi yoluyla da olsa muhataba ulaşması ve kişinin iradesinin karşı tarafça bilinmiş olmasına dayanılarak yazılı şeklin gerçekleştiğini söylemenin mümkün olduğunu ifade eden yazarlar da mevcuttur⁷⁶⁶. Burada Milletlerarası Tahkim Kanunu'na bakmak gerekir. Kanun'un 4. maddesinde bu iletişim araçlarının kullanılması halinde yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılacağı açıkça hükme bağlanmıştır.

b- Elektronik İletişim Araçları

Modern iletişim araçları dendiğinde günümüzde mektup ve telgraftan çok kullanımı en yaygın olan internet göze çarpmaktadır. Bu başlık altında bilgilerin veri mesajı şeklinde bilgisayarlar aracılığıyla hazırlanması, iletilmesi ve bilgisayar ekranında görüntülenmesi şeklinde olan başta internet olmak üzere sadece ağlar üzerinden kurulan iletişim yoluyla yapılan tahkim sözleşmeleri incelenecektir. Bu durum doktrinde, dar anlamda iletişim olarak tanımlanmıştır⁷⁶⁷. Geniş anlamda elektronik iletişim ise, radyo, televizyon, teleks, faks, bilgisayar vb. iletişim araçları üzerinden kurulan iletişimi ifade etmektedir⁷⁶⁸. Bunların yanı sıra bu konu ele alınırken bu iletişim araçlarıyla gönderilen veri mesajı (data message)'nın da

⁷⁶⁵ ALTAŞ, s. 63.

⁷⁶⁶ ŞİT, s. 421.

⁷⁶⁷ FALCIOĞLU, METE ÖZGÜR: Türk Hukuku'nda Elektronik İmza ve Satım Sözleşmesi, Ankara 2004, s. 47; ŞİT, s. 422-423.

⁷⁶⁸ FALCIOĞLU, s. 47; ŞİT, s. 422.

tanımını yapmak gerekir. 2005 Tarihli Milletlerarası Sözleşmelerde Elektronik İletişim Kullanımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin (United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contacts) 4. maddesinin (c) fıkrasına göre veri mesajı; elektronik veri değişimi, elektronik posta, telgraf, teleks ve faksı içeren, fakat bunlarla sınırlı olmayan elektronik, manyetik, optik ve benzeri araçlarla yaratılan, gönderilen, alınan veya depolanan bilgiyi ifade eder.

Bu açıklamalardan sonra, elektronik ortamda kurulan, bir başka deyişle internet üzerinden yapılan tahkim anlaşmalarının şekline değinilirken, dar anlamda elektronik iletişimin tanım ve kapsamı dikkate alınacaktır.

Tahkim anlaşmasının kural olarak yazılı yapılmasının gerekli olduğunu belirtmiştik. Sözleşmelerin elektronik ortamda kurulması halinde, klasik adi yazılı şeklin imza unsurunun yerine getirilmesi elektronik imzanın kabul edilmiş olması sonucunda mümkün olmuştur⁷⁶⁹. Bizde de Elektronik İmza Kanunu ile düzenlenmiş olan güvenli elektronik imzanın elle atılan imzaya hukuken eşdeğer olduğu kabul edilmiş olduğu için, tahkim anlaşması yapılırken de yazılı şekil şartının gerçekleşmesi için güvenli elektronik imzanın kullanılması yeterli olmaktadır. Bununla birlikte, elektronik ortamda kurulan iletişimin her zaman elektronik imza desteğinde olduğunu söylemek mümkün değildir. Elektronik posta veya web tabanlı irade beyanında bulunulması durumunda, imza yokluğu söz konusu olacağından, internet üzerinden tahkim anlaşmasının kurulması söz konusu olduğunda yazılı şeklin ne ölçüde yerine getirildiği tartışmalıdır. Doktrindeki baskın görüşe göre, günümüzde internet üzerinden kurulan iletişimin New York Sözleşmesi'ndeki şekle ilişkin hükmün⁷⁷⁰ elektronik iletişim

⁷⁶⁹ Konuya ilişkin ayrıntılı açıklama, çalışmanın ikinci bölümünde “elektronik imza” başlığı altında yapılmıştır.

⁷⁷⁰ Madde II/2: “Yazılı anlaşma teriminden karşılıklı olarak teati edilmiş mektup veya telgraflarda mündemih bulunan veya taraflarca imzalanmış bir mukaveleye dercedilmiş olan bir hakem şartı veya bir hakem mukavelesi anlaşılır”.

yöntemlerini kapsamamasından dolayı tahkim anlaşmasının elektronik iletişim konusu olması halinde yazılı şeklin yerine getirilmiş olduğu kabul edilmektedir⁷⁷¹. Yine aynı görüşe göre, bu madde, geniş yorumlanmalı ve bu yorum çerçevesinde elektronik iletişim araçlarının mektup ve telgraf gibi değerlendirilmesi ve imza koşulunun yerine geldiğinin kabul edilmesi daha uygundur⁷⁷². Bu görüşü ileri sürenler, maddede telgraf ve mektup kelimelerinin kullanılmış olması ve bu iletişim araçları bakımından imzanın zorunlu bir unsur olmaması nedeniyle diğer elektronik iletişim araçlarının bu hüküm kapsamında değerlendirilmesinin yerinde olduğunu ifade etmektedirler⁷⁷³.

Bu konuda başvurulması gereken bir diğer düzenleme de, Elektronik Ticarete İlişkin UNCITRAL Model Kanunu⁷⁷⁴’dur. Bu kanun’un 6/1 maddesine göre⁷⁷⁵, “yazılı şekil şartının öngörüldüğü hallerde bu şart, eğer veri mesajında yer alan bilgi daha sonra başvurulduğunda tekrar kullanılmak üzere ulaşılabilir ise, veri mesajı yerine gelmiş olur”. Maddenin devamında ise, yukarıdaki hükmün, maddede belirtilen yazılı şekil şartının yükümlülük olması ya da hukuken bilginin yazılı şekilde olmamasına sonuçlar bağlanmış olması arasında fark olmaksızın uygulanacağı ifade edilmiştir.

Ulaşılabilir olma ölçütü ile bilgisayar verisi formatındaki bilginin okunabilir, yorumlanabilir olması ve bu bilginin okunabilir olmasını sağlayan gerekli yazılımın elde

⁷⁷¹ WAHAB, s. 154; ŞİT, s. 424; HILL, RICHARD: “On-line Arbitration: Issues and Solutions, <http://www.umass.edu/dispute/hill.htm> (erişim tarihi: 12.01.2014).

⁷⁷² HILL, dn. 56; WAHAB, dn. 39; ŞİT, s. 427.

⁷⁷³ ŞİT, s. 427.

⁷⁷⁴ UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce için bkz.

http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/05-89450_Ebook.pdf (erişim tarihi: 19.01.2014).

⁷⁷⁵ Article 6. Writing

- (1) Where the law requires information to be in writing, that requirement is met by a data message if the information contained therein is accessible so as to be usable for subsequent reference.
- (2) Paragraph (1) applies whether the requirement therein is in the form of an obligation or whether the law simply provides consequences for the information not being in writing.

tutulması kastedilmektedir⁷⁷⁶. Söz konusu bilginin “kullanılabilir” olması ise, sadece insanlar tarafından değil, bilgisayar işleme sürecinde de kullanımını ifade eder⁷⁷⁷. Elektronik ortamda yazılı şeklin gerçekleşmesinde bilginin daha sonra ulaşılabilir olmasını yeterli gören bu düzenlemenin New York Sözleşmesi ve UNCITRAL Model Kanunu’nun şekle ilişkin düzenlemelerine yol gösterici olduğunu söylemek mümkündür⁷⁷⁸. UNCITRAL Model Kanunu ve New York Sözleşmesi’nin yazılı şekil şartı çerçevesinde son derece esnek olduğunu söylemek yanlış olmaz.

Tahkim anlaşmalarında yazılı şekil şartının incelenmesi çerçevesine son olarak ele alınması gereken düzenleme 2005 Tarihli Milletlerarası Sözleşmelerde Elektronik İletişim Kullanılmasına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesidir⁷⁷⁹. Söz konusu sözleşmenin şekle ilişkin 9. maddesinde, elektronik ortamda şekil şartının nasıl yerine getirileceği düzenlenmiştir⁷⁸⁰. Maddede yazılı şekil şartının belli derecelerinin olduğu ve yazılılık

⁷⁷⁶ ŞİT, s. 428-429.

⁷⁷⁷ ŞİT, s. 429.

⁷⁷⁸ VAHRENWALD, ALT: “ Out-of-Court Dispute Settlement Systems for E-Commerce”, Report on Legal Issues Part III: Types of Out-of-court Dispute Settlement, 2000, s. 30 (<http://tbplaw.com/data/part3.pdf>, erişim tarihi: 25.01.2014).

⁷⁷⁹ United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts (http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/06-57452_Ebook.pdf, erişim tarihi: 25.01.2014).

⁷⁸⁰ Article 9 of the United Nations Convention on the use of Electronic Communications in International Contracts:

1. Nothing in this Convention requires a communication or contract to be made or evidenced in any particular form.
2. Where the law requires that a communication or a contract should be writing, or provides consequences for the absence of a writing, that requirement is met by an electronic communication if the information contained therein is accessible so as to be usable for subsequent reference.
3. Where the law requires that a communication or a contract should be signed by a party, or provides consequences for the absence of a signature, that requirement is met in relation to an electronic communication if:
 - (a) A method is used to identify the party and to indicate that party’s intention in respect of the information contained in the electronic communication; and
 - (b) The method used either:

kavramından en düşük seviyedeki yazılı şekil şartının anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir. Sonrasında, daha nitelikli yazılı şekil şartı olarak imzalı yazılı şekil şartına ilişkin düzenleme yapılmış ve bu şartın elektronik iletişimde yerine getirilebilmesi için kişinin kimliğini ve irade beyanını ortaya koyan güvenli bir metodun uygulanması öngörülmüştür. Son olarak ise, en yüksek seviyedeki yazılı şekil şartı açıklanmış ve burada kastedilenin orijinal biçimin saklanması olduğu ifade edilmiştir. Bu maddeden çıkarılan sonuca göre, “yazılı şekil” (written form) kavramından anlaşılması gereken, “imzalı yazıllık”, “imzalı orijinal”, veya “resmi” şekil gibi daha sıkı şekil şartlarından farklı olarak daha yüzeysel bir ifadedir⁷⁸¹. Bu yazılı şeklin elektronik ortamda gerçekleşmesi ise, elektronik iletişimde bilginin daha sonra kullanılmak üzere ulaşılabilir olmasına bağlıdır. Sözleşme’nin 9. maddesinde yer alan yazılı şekil şartının 3 dereceli olarak ele alınması, aslında yazılı şeklin güvence altına aldığı noktalar arasında bir ayrım yapılmış olmasını ifade eder ve bu durum, her yazılı şekil şartının aynı işlevi temin etmediğini ortaya koymaktadır⁷⁸². Bu düzenlemenin 9. maddesinin 2. bendinde

-
- (i) As reliable as appropriate for the purpose for which the electronic communication was generated or communicated, in the light of all circumstances, including any relevant agreement; or
 - (ii) Proven in fact to have fulfilled the functions described in the subparagraph (a) above, by itself or together with further evidence.
4. where the law requires that a communication or a contract should be made available or retained in its original form, or provides consequences for the absence of an original, that requirement is met in relation to an electronic communication if:
- (a) there exists a reliable assurance as to integrity of the information it contains from time when it was first generated in its final form, as an electronic communication or otherwise; and
 - (b) Where it is required that the information it contains be made available, that information is capable of being displayed to the person to whom it is to be made available.
5. For the purposes of paragraph 4 (a):
- (a) The criteria for assessing integrity shall be whether the information has remained complete and unaltered, apart from the addition of any endorsement and any change that arises in the normal course of communication, storage and display; and
 - (b) The standard of reliability required shall be assessed in the light of the purpose for which the information was generated and in the light of the relevant circumstances.

⁷⁸¹ ŞİT, s. 433.

⁷⁸² ŞİT, s. 433-434.

yer alan yazılılık kavramı ile UNCITRAL Model Kanunu'nun 7. maddesinin değiştirilmiş halinde yer alan yazılılık kavramının (bilginin tekrar kullanıma hazır olmak üzere ulaşılabilir olması) örtüştüğünü de ifade etmek gerekir⁷⁸³.

Son olarak, yukarıda ifade edildiği üzere, elektronik iletişimde, tahkim anlaşmasındaki yazılı şeklin, UNCITRAL Model Kanunu'nun 7. maddesinde de ifade edildiği gibi, şekil hiyerarşisinin en alt derecesinde yer aldığı kabul edildiğinden hareketle; elektronik iletişim bakımından tahkim anlaşmasında yer alan yazılı şeklin niteliğine değinmek gerekirse, anlaşma metninin elektronik ortamda kayıt altına alınmış ve tekrar kullanıma açık olması sebebiyle bu şeklin esasen ispat şartına yaklaştığını söylemek mümkün olur⁷⁸⁴. Değinilen düzenlemelerde tahkim anlaşmasının yazılı şekilde yapılmaması halinde geçersiz olacağına dair hükümler de yoktur. Doktrinde de tahkim anlaşmasındaki şeklin işlevinin esas olarak tahkim anlaşmasının kayıt altına alınması olduğu ve yazılı şeklin tahkim anlaşmasına ilişkin delil elde edilmesi amacına hizmet ettiği ifade edilmiştir⁷⁸⁵. Bununla birlikte, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda ise, tahkim anlaşmasının yazılı şekilde yapılmış sayılması, yazılı metnin varlığı şartından başlayarak zayıflayan birtakım şekil gerekliliklerine tabi tutulmuştur. Kanımızca buradaki şekil şartının ispat şartı olduğunu kesin olarak söylemek mümkün değildir.

⁷⁸³ ŞİT, s. 434.

⁷⁸⁴ Settlement of Commercial Disputes- Form of Arbitration Agreement, Note by the Secertariat, UNCITRAL, 39th Session, Doc. No. A/CN.9/606, 19 June-07July 2006, s. 4, <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V06/530/25/PDF/V0653025.pdf?OpenElement> (erişim tarihi: 27.01.2014).

⁷⁸⁵ ŞİT, s. 434.

C- YETKİ SÖZLEŞMESİ

1- GENEL OLARAK

HMK m. 17'ye göre, tacirler veya kamu tüzel kişileri, aralarında doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlık hakkında, bir veya birden fazla mahkemeyi sözleşmeyle yetkili kılabilirler⁷⁸⁶. Bu durumda, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça dava sadece sözleşmeyle belirlenen bu mahkemelerde açılır. İşte bu tarafların yaptıkları bu sözleşmeye yetki sözleşmesi denir. Yetki sözleşmesi ile taraflar aslında yetkisiz olan bir mahkemeyi yetkili hale getirmektedirler. HMK ve HUMK'taki yetki sözleşmesine ilişkin en önemli farklılıklardan birisi de yetki sözleşmesiyle yetkili kılınan mahkemenin tek yetkili mahkeme olup olmadığıdır. HUMK dönemindeki Yargıtay kararlarında, taraflar arasında bir yetki sözleşmesi yapılmış olmasının kanunen yetkili mahkemelerin yetkisini ortadan kaldırmadığı diğer bir ifadeyle davacının davasını, yetki sözleşmesinde yetkili kılınan mahkeme ya da kanunen yetkili olan mahkemede açmak hakkına sahip olduğu ifade edilmişti. Örneğin Yargıtay, 2010 tarihli bir kararında, "HUMK'un 9. maddesine davalının ikametgahı Şişli olduğundan Şişli Mahkemeleri yetkilidir. Kira sözleşmesinin özel koşullar bölümü 14. maddesinde bulunan yetki anlaşması genel yetkiyi ortadan kaldırmaz. Davacı seçimlik hakkını kullanarak Şişli'de dava açtığından mahkemece işin esasının incelenerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde yetkisizlik kararı verilmesi yerinde değildir"⁷⁸⁷ şeklinde görüş

⁷⁸⁶ Yetki sözleşmesinin taraflarının kamu tüzel kişisi olmasına ilişkin eleştiri için bkz. **BUDAK, ALİ CEM**: "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Yetki Sözleşmesi", Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Dergisi, C. 8, S. 21, İstanbul 2012, s. 8-9. Yazara göre, yetki sözleşmelerinin zayıf durumda olanı korumak için sınırlamaya tabi tutulması ilke olarak isabetli ise de, kanunkoyucunun yetki sözleşmesi yapma serbestisini sadece tacirlere ve kamu tüzel kişilerine vermek şeklindeki tercihi, olması gereken hukuk bakımından eleştirilebilir. Aynı yönde bkz. **KURU, BAKİ/ BUDAK, ALİ CEM**: "Hukuk Muhakemeleri Kanununun Getirdiği Başlıca Yenilikler", İBD, C. 85, S. 5, İstanbul 2011, s. 5.

⁷⁸⁷ Y 6 HD, 05.04.2010 T, 2010/7607 E, 2010/3868 K, www.legalbank.net (erişim tarihi: 12.02.2014). Aynı yönde bkz. Y 13 HD, 06.07.2011 T, 2011/4190 E, 2011/11081 K: "HUMK'un 22. maddesinde tarafların yetki

bildirmiştir. HMK’da ise, 17. maddenin 1. fıkrasının 2. cümlesinden anlaşıldığı üzere, yetki sözleşmesinin içeriğinden aksi anlaşılmadıkça yetki sözleşmesinde belirlenen mahkemenin tek başına yetkili olduğu, diğer bir deyişle, yetki sözleşmesi yapan tarafların artık kanunen yetkili mahkemelerde dava açmak hakkını saklı tutmuş sayılmayacaklarını kabul etmektedir. **UMAR**, bu hükmü eleştirerek, bu düzenlemenin yararlı olmadığını, yetki sözleşmesinin aksi yönde açıklık içermedikçe kanunen yetkili mahkemelerin yetkisini kaldırmayacağına ilişkin Yargıtay’ın görüşünün daha isabetli olduğunu ifade etmektedir⁷⁸⁸.

Yetki Sözleşmeleri usul hukukuna ilişkin sözleşmelerdir. Çünkü yetki sözleşmesi asıl etkisini usul hukuku alanında göstermektedir⁷⁸⁹. Bu nedenle yabancı bir ülkede Türk mahkemelerini yetkili kılmak için yapılan yetki sözleşmesinin geçerliliği Türk Usul Hukuku kurallarına bağlıdır⁷⁹⁰.

Yetki sözleşmesi, taraf iradelerine dayanarak bir mahkemeyi yetkisiz hale getirme işlevine sahiptir. Bu da uygulamada çoğunlukla taraflardan güçlü olanın güçsüz olana yetkisiz bir mahkemeyi yetkili olarak kabul ettirmesi şeklinde meydana gelir. Buna örnek olarak bankalarla yapılan kredi sözleşmeleri gösterilebilir. Bankayla kredi sözleşmesi yapan kişi, banka tarafından hazırlanan kredi sözleşmesini imzalar ve bu yolla çoğu zaman farkında olmadan yetkisiz bir mahkemeyi yetkili kılmış olmaktadır. Bankanın bu kişiye ileride dava açmak istemesi durumunda kişinin yerleşim yerinde dava açılması gerekirken imzalanmış

sözleşmesi yapmak suretiyle yetkili olmayan bir mahkemenin yetkisini kabul edebilecekleri de belirtilmiştir. Tarafların sözleşmede yetkili mahkemeyi kararlaştırmış olmaları, HUMK’un 9. maddesi uyarınca genel yetkili olan ve 10. Maddedeki kural gereğince özel yetkili bulunan mahkemelerin yetkilerini kaldırmaz. Dolayısıyla dava, davacının seçimine göre, hem genel hem de özel mahkemede ya da yetki sözleşmesi ile yetkili kılınan mahkemede açılabilir”.

⁷⁸⁸ **UMAR**, s. 62.

⁷⁸⁹ **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s. 152; **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s. 176.

⁷⁹⁰ **POSTACIOĞLU**, Usul, s. 160-161; **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s. 152;

PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 176.

olan yetki sözleşmesi uyarınca banka sözleşmeyle yetkili kılınan yerde dava açma hakkına sahip olacaktır. Kanunkoyucu, bankaya göre daha zayıf konumda olan tarafı bankaya karşı korumak amacıyla⁷⁹¹ 17. maddede, yetki sözleşmesinin sadece tacirler ve kamu tüzel kişileri tarafından yapılabileceğini hükme bağlamıştır. Bu hükmün amacı yukarıdaki örnekte açıklandığı gibi zayıf durumda olan kişileri korumaktır. Maddeye göre tacirlerin yetki sözleşmesi yapabilecek olmalarının nedeni ise, tacirlerin kendisini koruyabilen ya da koruyacağı varsayılan kişiler olmalarıdır. Maddenin hükümet gerekçesinde, yetki sözleşmesi yapmak bakımından tacirler ve kamu tüzel kişileri ile diğer kişilerin birbirinden ayrı ele alınmasının nedeni olarak, tacirler veya kamu tüzel kişilerinin kendi aralarındaki hukuki ilişkilerde eşit konumda olmaları ve bu kişilerin diğer kişilere göre daha güçlü konumda olmaları gösterilmiştir⁷⁹². Yine aynı gerekçede, özellikle tüketicilerin hizmet sunucu veya şirketler veya satıcılara karşı hiçbir pazarlık şansı olmaksızın sadece kendilerine uzatılan sözleşmeye imza atarak şirket veya kamu tüzel kişisi tarafından konulan şartları kabul etmek zorunda oldukları ifade edilmiştir⁷⁹³. Elbette bu şartları kabul ederken yetki şartını da kabul etmiş olmaktadır. Bununla beraber Yargıtay da konuya ilişkin kararlarında, tacirler veya kamu tüzel kişilerinin gerçek kişiye göre daha güçlü konumda olduklarını, daha zayıf konumda olan kimselerin daha güçlü olan tacir veya kamu tüzel kişilerine karşı korunma ihtiyacının ortaya çıkması nedeniyle kanunkoyucunun böyle bir düzenleme getirdiğini ifade etmiştir⁷⁹⁴.

Burada üzerinde durulması gereken bir diğer konu da, 12.01.2011 tarihinde kabul edilmiş olan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndan önce yürürlükte olan Hukuk Usulü

⁷⁹¹ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 176; BUDAK, s. 8; KURU/BUDAK, s. 5.

⁷⁹² <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0574.pdf> (erişim tarihi: 05.08.2014).

⁷⁹³ <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0574.pdf> (erişim tarihi: 05.08.2014).

⁷⁹⁴ Y 12 HD, 09.07.2013 T, 2013/17041 E, 2013/25722 K, Y 12 HD, 09.07.2013 T, 2013/17042 E, 2013/25723 K, www.kazanci.com.tr (erişim tarihi: 15.09.2013).

Muhakemeleri Kanunu döneminde yapılmış olan yetki sözleşmelerinin geçerli olup olmayacağıdır. 6100 sayılı Kanunla yürürlükten kalkan 1086 sayılı HUMK'un 22. maddesinde tarafların yetki sözleşmesi yapmak suretiyle yetkili olmayan bir mahkemenin yetkisini kabul edebilecekleri belirtilmişti. Buna göre tüzel kişilerin yanısıra gerçek kişiler de yetki sözleşmesi yapabilmekteydi. Bu konuya ilişkin olarak PEKCANITEZ, daha önce yapılmış olan yetki sözleşmesindeki tarafların tacir ya da kamu tüzel kişisi olup olmadığına bakılmasının gerekli olduğu yönünde görüş bildirmiştir. Yazara göre, 2011 tarihinden önce yetki sözleşmesi imzalayan taraflar tacir ya da kamu tüzel kişisi ise, bu yetki sözleşmesi 2011'den sonra geçerliliğini korur⁷⁹⁵. Bununla beraber yetki sözleşmesinin tarafı tacir ya da kamu tüzel kişisi değilse, 2011 yılından önce yapılmış olan yetki sözleşmesinin geçerli olup olmadığına karar verebilmek için usul sözleşmelerinin dolayısıyla da yetki sözleşmelerinin bir maddi hukuk mu yoksa usul hukuku sözleşmesi mi olup olmadığına bakılması gerekir. PEKCANITEZ, yetki sözleşmelerinin usuli nitelikte bir sözleşme olduğunu ve kimler tarafından hangi koşullarla yapılabileceğinin HMK'da düzenlendiğini belirterek, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun sadece tacirler ve kamu tüzel kişileri arasında yetki sözleşmesi yapılmasını mümkün kılmasından hareketle, eski kanun zamanında yetki sözleşmesi yapan kişilerden birisi tacir veya kamu tüzel kişisi değilse, bu yetki sözleşmesine dayanılarak 2011 yılından sonra açılan davalarda yetki itirazının ileri sürülebileceğini açıkça ifade etmiştir. Yeni kanun derhal uygulandığından, 1 Ekim 2011'den sonra açılan davalarda geçerli bir yetki sözleşmesine dayanarak dava açılabilmesi için, her iki tarafın tacir veya kamu tüzel kişisi olması gerekir. Doktrinde bir çok yazar, önceki kanun döneminde yapılan ve fakat taraflardan birisinin tacir ya da kamu tüzel kişisi olmadığı yetki sözleşmelerinin müktesep hak

⁷⁹⁵ Hukuk Muhakemeleri Kanunu Değerlendirmesi, Yargıtay Başkanı Yargıtay Hukuk Daire Başkanları Kanunu Hazırlayan Akademisyenlerden, Ankara 2012, s. 22.

oluşturmadığını da ifade etmiştir⁷⁹⁶. Bunun nedeni elbette ki, usul hükümlerinin uygulanması açısından usuli müktesep hakkın olmamasıdır⁷⁹⁷. Bu nedenle yetki sözleşmesini imzalayan kişilerden biri tacir değilse, bu yetki sözleşmesine dayanılarak açılan davada mahkemenin yetkisiz olduğunu ileri sürebilir. Kredi sözleşmesini imzalayan kefil tacir değilse de, bu sözleşmedeki yetki şartı ile yetkili kılınan mahkemede kefil itirazında bulunabilecektir⁷⁹⁸.

Eski kanun zamanında yapılmış olan yetki sözleşmelerine göre yeni kanun zamanında dava açılmayacağı sonucuna varan yazarlar eski kanun zamanında yapılan yetki sözleşmelerinin sonuçlarının yetki sözleşmesinin yapıldığı zamanda geçerli olan HUMK’a göre mi yoksa yeni HMK’ya mı tabi olacağına ele almamışlardır. Bununla beraber, HMK m. 17 ve m. 18’e göre geçerli olmayan fakat HUMK hükümlerine göre geçerli olarak yapılmış yetki sözleşmelerinin geçerliliğini koruyup korumadığına ilişkin olarak **BUDAK** eski kanun zamanında yapılmış olan yetki sözleşmelerinin eski kanuna göre geçerli olmaları durumunda bugün de geçerliliklerini koruduklarını ifade etmektedir⁷⁹⁹. Yazar yerinde olarak, usul sözleşmelerinin kurulmaları ve geçerlilikleri bakımından maddi hukuk hükümlerine tabi olduklarını⁸⁰⁰ ve buna göre maddi hukuk alanında yapılan yeni kanunların eski kanun zamanında, eski kanuna göre geçerli olarak yapılmış usul sözleşmelerinin geçerliliğini etkilemeyeceğini ifade etmiştir⁸⁰¹. Diğer bir ifadeyle maddi hukuk sözleşmelerinin geçerliliklerinin yapıldıkları tarihteki kanuna göre belirleneceği hakkındaki zaman

⁷⁹⁶ **PEKCANITEZ**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Değerlendirmesi, s. 22; **UMAR**, s. 64, **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s. 177; **BOLAYIR**, NUR: Medeni Usul Hukukunda Yetki Sözleşmeleri, İstanbul 2009, s. 145; **AŞIK**, İBRAHİM: “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Yetki Sözleşmesi”, TBB Dergisi, S.97, Ankara 2011, s. 44; **KİRAZ**, s. 9.

⁷⁹⁷ Hukuk Muhakemeleri Kanunu Değerlendirmesi, s. 22.

⁷⁹⁸ Yazar aynı şekilde bonoyu imzalayan kişinin tacir olmaması durumunda da bonodaki yetki şartının onun için geçerli olmayacağını ifade etmiştir (Hukuk Muhakemeleri Kanunu Değerlendirmesi, s. 23).

⁷⁹⁹ s. 16-17.

⁸⁰⁰ **ANSAY**, s. 152; **ÜSTÜNDAĞ**, Medeni Yargılama, s. 420; **KARSLI**, Usuli İşlemler, s. 239; **BUDAK**, s. 16.

⁸⁰¹ s. 16.

bakımından uygulanma hükümleri kıyasen usul sözleşmeleri ve bu meyanda yetki sözleşmeleri için de uygulanmalıdır⁸⁰². Doktrinde bunun aksini savunan yazarlar mevcut olsa da⁸⁰³, Yargıtay da 2013 yılında verdiği bir kararda, yetki sözleşmelerinin geçerlilikleri bakımından maddi hukuk hükümlerine tabi olduklarını ifade etmiştir. Karara göre “eski kanun zamanında yapılan yetki sözleşmelerinin, eski kanuna göre geçerli iseler bugün dahi geçerliliklerini muhafaza ettikleri kabul edilmelidir. Buna göre maddi hukuk alanında yapılan yeni yasalar eski yasaya göre geçerli olarak yapılmış olan sözleşmeleri hükümsüz hale getirmedikleri gibi usul sözleşmelerine ilişkin yeni yasa hükümlerinin dahi eski yasa zamanında yapılmış usul sözleşmelerinin geçerliliğini etkilemeyeceğini kabul etmek gerekir... Sözleşmenin imzalandığı tarih itibariyle, 6100 Sayılı HMK, yürürlüğe girmeden, sözleşmede kararlaştırılan yer mahkemesinin kesin yetkili olduğunun kabulü mümkün değildir. Böyle bir kabul, sözleşmenin imzalandığı tarihte değişik yer mahkemesinde dava açma imkanı bulunan, tarafların seçimlik haklarını ortadan kaldıracaktır ve hak kaybına yol açacaktır. Bu bakımdan, sözleşmeyle kararlaştırılan kesin yetkinin 6100 Sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği 01.10.2011 tarihinden sonra imzalanan yetki sözleşmelerinde tatbiki uygun olacaktır. Aksinin kabulü yanların sözleşmeyle kazandıkları ve o tarih itibariyle yasayla yetkili kılınan mahkemelerde dava açma imkanını ortadan kaldıracığından eşitlik ilkesine aykırı olacaktır”⁸⁰⁴.

⁸⁰² BUDAK, s. 17; KURU/BUDAK, s. 5-6.

⁸⁰³ PEKCANITEZ, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Değerlendirmesi, s. 22; UMAR, s. 64, PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 177; BOLAYIR, s. 145; AŞIK, s. 44; KİRAZ, s. 9.

⁸⁰⁴ Y 15 HD, 24.09.2013 T, 2013/4326 E, 2013/5109 K, www.kazanci.net (erişim tarihi: 28.07.2013).

2- ŞARTLARI

Yetki sözleşmesinin geçerli olması için birtakım şartların yerine gelmesi gerekir. Bunlar şu şekilde sıralanabilir:

a- Kesin Yetkinin Olmaması

Tarafların yetki sözleşmesi yapmaları, konuya ilişkin bir kesin yetkinin olmaması durumunda mümkündür. Diğer bir ifadeyle yetki sözleşmesi, kesin yetkinin olmadığı durumlar ve başka bir mahkemenin yetkisinin kararlaştırılmasının yasaklanmadığı hallerde yapılabilir (HMK m. 18/1).

b- Uyuşmazlığın Belirli Olması

Yetki sözleşmesinin geçerli olabilmesi için uyuşmazlığın ve bu uyuşmazlığa bakacak yetkili mahkemenin belirli olması gerekir. Bu durum HUMK m. 22’de “... iki taraf bir veya mütaaddit muayyen hususa mütaallik ihtilaflarının salahiyyetar olmıyan mahal mahkemesinde görölmesini tahriren mukavele edebilirler” şeklinde açıkça ifade edilmiştir. Bunun yanısıra HMK m. 18’de de “uyuşmazlığın kaynaklandığı hukuki ilişkinin belirli veya belirlenebilir olması...şarttır” ifadesi yer almaktadır. Madde hükmünden açıkça anlaşıldığı gibi uyuşmazlığın belirli veya belirlenebilir olması değil, uyuşmazlığın kaynaklandığı hukuki ilişkinin belirli veya belirlenebilir olması gerekmektedir. Yetki sözleşmesi veya yetki şartı ile belirli bir hukuki ilişkiden doğabilecek bütün uyuşmazlıklar için yetkili mahkeme tespit edilebilir⁸⁰⁵. Böyle bir durumda uyuşmazlık belirli değildir, ancak uyuşmazlığın kaynaklanabileceği hukuki ilişki belirlidir ve buna bağlı olarak çıkabilecek uyuşmazlıklar da belirlenebilir niteliktedir. Kanun bu şekilde yetki sözleşmesi yapılmasına izin vermiştir. Burada ifade edilmek istenen, yetki sözleşmesinin yapıldığı anda henüz taraflar arasında bir

⁸⁰⁵ ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, Öneriler, s. 36.

uyuşmazlık olmayabileceğidir. Böyle bir durumda hangi hukuki ilişkiden kaynaklanan muhtemel uyuşmazlıklar için yetki sözleşmesi yapıldığının belirli olması veya belirlenebilir olması gereklidir⁸⁰⁶. Bu daha çok yetki şartı olarak karşımıza çıkar.

c- Mahkemenin Belirli Olması

Mahkemenin belirli olması, yetki sözleşmesiyle yetkili kılınan mahkeme veya mahkemelerin gösterilmesinin gerekli olduğu anlamına gelmektedir (HMK m. 18/1). Tarafların dilediği mahkemede dava açabileceği veya davanın açıldığı anda yetkili mahkemeyi davacının belirleyebileceği şeklinde yapılan yetki sözleşmesi yetkili kılınan mahkeme belirli olmadığı için geçersizdir. Zira bu durumda davalı, davacının keyfi iradesine terk edilmiş olur⁸⁰⁷. Ayrıca belirtilmelidir ki, “taraflar arasında ortaya çıkacak tüm uyuşmazlıklar için” kararlaştırılan yetkili mahkeme geçersiz olduğu gibi, yetkili mahkemenin tam olarak anlaşılamadığı “Türkiye Mahkemeleri yetkilidir” ya da “Marmara Bölgesindeki mahkemeler yetkilidir” şeklindeki kayıtlar da geçersizdir. Uygulamada en çok “işbu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklarda İstanbul Mahkemeleri yetkilidir” şeklinde kayıtlar konulmaktadır⁸⁰⁸. Bu tip kayıtlarda uyuşmazlık ve yetkili mahkeme belli olduğundan, bu kayıtlar geçerlidir. Bununla beraber belirli ve açık olmak kaydıyla birden fazla yer mahkemesi de yetki sözleşmesi ile yetkili hale getirilebilir. Buna örnek olarak tarafların “bu konudaki uyuşmazlıklarda İstanbul ve Bursa Mahkemeleri yetkilidir” şeklinde bir kayıt koymaları gösterilebilir. Bu yetki sözleşmesi geçerlidir. Bununla birlikte doktrinde, birden

⁸⁰⁶ POSTACIOĞLU, Usul, s. 161; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 183; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 155.

⁸⁰⁷ Zivilprozessordnung 38/III’e göre Alman Hukuku’nda tacirler ve kamu tüzel kişileri dışındaki kişilerin yapacağı yetki sözleşmesinin geçerliliği için yetki sözleşmesinin açık bir şekilde yapılmış olması şartı getirilmiştir. Bunun amacı, yazılı anlaşmada mahkemelerin yetkisine ilişkin kuralın açık ve tecrübesizler için dahi yanlış anlaşılmayacak kelimeler içermemesi ve kararlaştırılan mahkemenin belirtilmesidir (STEIN, FRIEDRICH/JONAS, MARTIN: Kommentar zur Zivilprozessordnung Band I, Tübingen 2003, s. 685).

⁸⁰⁸ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 183; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 155.

fazla yetkili mahkemenin kararlaştırılmasının, hakkın kötüye kullanılmasına aykırılık oluşturmamasının gerekli olduğu bildirilmiştir. Diğer bir ifadeyle taraflardan birisinin nerede isterse orada dava açabileceği düşüncesiyle onlarca mahkemenin yetkili kılınması durumunda hakkın kötüye kullanılmasından bahsedilir⁸⁰⁹ ve yetki sözleşmesinin bu şekilde yani adeta taraflardan birisinin istediği yerde dava açabilmesi sonucunu doğuran, onlarca mahkemenin yetkili kılınması şeklinde olmaması gereklidir⁸¹⁰.

Yukarıda anlatıldığı üzere birden çok mahkemenin yetkilendirilmesi durumunda taraflardan birisine, mahkemelerden birini seçme hakkının bırakılması mümkündür. Seçim hakkı davalıda olursa, davacı davalıdan dava açmadan makul bir süre önce seçim hakkını kullanmasını isteyebilecektir⁸¹¹. Buna karşılık doktrinde seçim hakkının tek tarafa verildiği yetki sözleşmelerinin geçerli olup olmadığı konusunda fikir birliği yoktur. Bir görüşe göre, seçim hakkını tek tarafa veren yetki sözleşmeleri geçersizdir. Bunun nedeni yetki sözleşmesiyle belirlenen mahkemede dava açma imkânının her iki taraf için de mümkün olmasıdır. Bu imkânı tek tarafa veren sözleşme yapılamaz⁸¹². Bununla beraber diğer görüşe göre ise, yetki sözleşmesinde aksi belirtilmedikçe seçim hakkı davacıdadır. Ancak bu görüş de yukarıdaki görüşe kısmen paralel olarak seçim hakkının taraflardan birisine bırakılmasının mümkün olduğunu kabul etmektedir. Bu görüşe göre bu durum, bizim hukukumuzda sadece tacir veya kamu tüzel kişilerinin yetki sözleşmesi yapabilecek olmalarından ve bu kişilerin sözleşme hükümlerinin kendileri için getirdiği sonuçları anlayabileceklerinden ileri gelmektedir⁸¹³.

⁸⁰⁹ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 183.

⁸¹⁰ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 184; AŞIK, s. 38; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 155.

⁸¹¹ STEIN/JONAS, s. 38.

⁸¹² THOMAS, HEINZ/ PUTZO, HANS: Zivilprozessordnung Kommentar, München 2012, s. 73.

⁸¹³ AŞIK, Yetki Sözleşmesi, s. 38.

Bunun yanı sıra, “bundan böyle yapacağınız bütün satış sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıklar için Adana Mahkemeleri yetkili olacaktır” veya “bundan böyle aramızda çıkacak bütün uyuşmazlıklar için İzmir Mahkemeleri yetkili olacaktır” şeklindeki yetki sözleşmeleri geçerli değildir. Bunun nedeni, burada uyuşmazlığın belirli olmamasıdır⁸¹⁴.

Kanunun uyuşmazlığın kaynaklandığı hukuki ilişkinin belirli veya belirlenebilir olması şartını getirmesinin temel amacı, sözleşmenin taraflarını koruma amacıdır. Uyuşmazlığın kaynaklandığı hukuki ilişkinin belirli olmadığı bir yetki sözleşmesi, sözleşmenin tarafları için belirsiz birçok uyuşmazlıkta bir veya birkaç mahkemenin yetkili kılınması anlamına gelir ki bunun kabul edilmesi doğru değildir. Bu şekilde bir yetki sözleşmesine izin verilmesi tarafları belirsiz bir yükümlülük altına sokar⁸¹⁵.

HMK m. 17’ye göre, aksi belirtilmedikçe yetki sözleşmesinde belirtilen mahkeme münhasır yetkilidir. Buradan hareketle taraflar münhasır yetki sözleşmesiyle genel ve özel mahkemelerin yetkisini kaldırmış olmaktadır. Ancak tarafların bunu istememesi durumunda, diğer bir ifadeyle tarafların genel ve özel yetkili mahkemelerin yetkisinin devamını istemeleri durumunda yetki sözleşmesinde bunu mutlaka ayrıca belirtmeleri gerekir⁸¹⁶. Kanun, ortada eşitler arası bir ilişki olduğunda iradelerini özgürce açıklayabilecekleri için tacirler ve kamu tüzel kişilerine kendi aralarındaki ilişkiler bakımından münhasır yetki sözleşmesi yapma imkanı vermiştir⁸¹⁷.

⁸¹⁴ **POSTACIOĞLU**, Usul, s. 161; **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s. 155; **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s. 184.

⁸¹⁵ **AŞIK**, Yetki Sözleşmesi, s. 29.

⁸¹⁶ **AŞIK**, Yetki Sözleşmesi, s. 39; **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s. 185.

⁸¹⁷ **TANRIVER**, SÜHA: “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’nın 1. İla 122. Maddelerinde Yer Alan Düzenlemeler ve Bunların Genel Çerçeve Değerlendirilmesi”, Makalelerim II (2006-2010) Ankara 2011, s. 150.

Üzerinde durulması gereken bir diğer konu da, yetki sözleşmesiyle tarafların sadece ilk derece mahkemelerinin yetkisini belirleyebilecek olmalarıdır. Bölge adliye mahkemelerinin yetkisi kesin olduğundan yetki sözleşmesiyle istinaf mahkemesinin yetkisinin belirlenmesi söz konusu olmaz⁸¹⁸. Bununla birlikte kanunun ilk derece mahkemelerine ilişkin yetki sözleşmesi yapılmasına izin verdiği durumlarda, taraflar yaptıkları yetki sözleşmesiyle dolaylı olarak bölge adliye mahkemesinin de yetkisini belirlemiş olacaklardır⁸¹⁹. Buradaki yetkili bölge adliye mahkemesini belirleme durumu, sözleşmeyle değil, tarafların kendi istedikleri ilk derece mahkemesinin yetkisini belirlemeleriyle mümkün olmaktadır⁸²⁰. Çünkü hangi bölge adliye mahkemesinin yetkili olduğu, ilk derece mahkemesinin yetkisine göre belirlenmektedir. Özellikle sözleşmede aksi belirtilmedikçe, yetki sözleşmesiyle belirlenen mahkemenin yetkisinin münhasır yetki olduğu düşünülürse, taraflar bölge adliye mahkemesinin yetkisini daha kolay bir şekilde belirleme imkanına sahip olacaklardır⁸²¹.

Burada son olarak belirtilmelidir ki, MÖHUK m. 47 uyarınca, yetki sözleşmesi ile yabancı bir mahkeme de yetkili kılınabilir. Maddede, “yer itibarıyla yetkinin münhasır yetki esasına göre tayin edilmediği hallerde, taraflar, aralarındaki yabancılık unsuru taşıyan ve borç ilişkilerinden doğan uyuşmazlığın yabancı bir devletin mahkemesinde görülmesi konusunda anlaşabilirler. Anlaşma, yazılı delille ispat edilmesi halinde geçerli olur. Dava, ancak yabancı mahkemenin kendisini yetkisiz sayması veya Türk mahkemelerinde yetki itirazında bulunulmaması halinde yetkili Türk mahkemesinde görülür” şeklinde bir ifade vardır.

⁸¹⁸ Bu durum Alman Hukuku’nda da aynı şekilde düzenlenmiştir. Kanunkoyucu sadece ilk derece mahkemelerinin yetkisinin belirlenebileceği, üst derece mahkemelerinin yetki sözleşmesiyle belirlenemeyeceğini kabul etmiştir (STEIN/JONAS, s. 669).

⁸¹⁹ AŞIK, Yetki Sözleşmesi, s. 37.

⁸²⁰ AŞIK, Yetki Sözleşmesi, s. 38.

⁸²¹ AŞIK, Yetki Sözleşmesi, s. 38.

3- ŞEKLİ

a- Genel Olarak

Yetki sözleşmesi yazılı şekilde olmalıdır. Bu durum, HMK m. 18/2’de açıkça ifade edilmiştir. Maddeye göre, yetki sözleşmesinin geçerli olabilmesi için yazılı olarak yapılması, uyuşmazlığın kaynaklandığı hukuki ilişkinin belirli veya belirlenebilir olması ve yetkili kılınan mahkeme veya mahkemelerin gösterilmesi şarttır. Yazılılık koşulu dışındaki unsurları yukarıda ele almıştık. Burada kanunkoyucunun getirdiği yazılılık koşuluna değineceğiz.

b- Şeklin Amacı

Çalışmanın daha önceki bölümlerinde de belirtildiği üzere, Medeni Hukuk’taki şekil kurallarının amacı, tarafları düşünmeye sevk etmek, bu yolla daha sağlıklı işlem yapılmasını sağlamak ve ispat kolaylığıdır⁸²². Kanunkoyucunun usul hukukunda getirdiği şekil kurallarının temel amacı ise, yargılamanın güvenli ve emin yürütülmesidir⁸²³. Bununla birlikte usul hukukunda kamu düzeni amacıyla tarafları düşünmeye ve ihtiyatlı davranmaya sevk etmek ve tarafların iddia-savunmalarını kolaylaştırmak amacıyla kabul edilmiş şekil kuralları da getirilmiştir⁸²⁴. Yetki sözleşmeleri için kanunda öngörülen şekil, tarafları düşünmeye ve bu konuda dikkatli davranmaya sevk etmek amacıyla getirilmiştir⁸²⁵. Çünkü bu sözleşmeyle taraflar kanunen yetkisiz olan bir mahkemeyi yetkili kılmaktadırlar. Dolayısıyla yazılı şekil ile taraflara, kendisi için kanunen yetkili kılınan mahkemelerin mi yoksa yetki sözleşmesiyle yetkili kılınan mahkemelerin mi daha uygun olduğunu düşünüp değerlendirme imkanı

⁸²² YİBK, 30.09.1988 T, 1988/2 E, 1988/2 K: “Genel olarak şeklin amacı, bazen taraflardan birinin veya her ikisinin, bazen de üçüncü kişilerin veyahut kamunun yararını korumak, hukuki güvenliği sağlamaktır” www.kazanci.com.tr (erişim tarihi: 26.12.2013).

⁸²³ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 182; AŞIK, Yetki Sözleşmesi, s. 29.

⁸²⁴ KARSILI, Medeni Muhakeme, s. 76; AŞIK, Yetki Sözleşmesi, s. 29.

⁸²⁵ AŞIK, Yetki Sözleşmesi, s. 29.

sağlanmış olmaktadır⁸²⁶. Burada diğer usul işlemleri bakımından özellikle öne çıkan yargılamanın güvenli ve emin yürütülmesi amacı güdülmemiş olacaktır⁸²⁷. Zira yetki sözleşmesinin yapıldığı sırada henüz bir yargılama yoktur. Uygulamada da tarafların daha çok dava açılmadan önce yetki sözleşmesi yaptıklarını görmekteyiz. Dava açıldıktan sonra yetki sözleşmesi yapma imkanı oldukça sınırlıdır⁸²⁸. Çünkü davalı süresi içinde yetki itirazında bulunmazsa zaten davanın görülmekte olduğu mahkeme yetkili hale geleceğinden dolayı, bu aşamadan sonra yapılan yetki sözleşmesi bu davada artık ileri sürülemez ve mahkeme de buna dayanarak yetkisizlik kararı veremez.

c- Şeklin Niteliği

Yetki sözleşmesiyle taraflar, başka bir mahkemeyi yetkili kılıp o mahkemenin hakiminin önüne gitmeyi kabul etmiş olduğundan, sözleşmenin taraflarının dikkatli davranması ve yaptığı sözleşmenin sonuçlarını ve kendisi için önemini kavrayabilmesi için şekil şartı getirilmiştir⁸²⁹. Burada getirilen şekil şartının niteliğini ele alırken öncelikle HUMK'daki düzenlemeye bakacak olursak, "...iki taraf...ihtilaflarının salahiyettar olmıyan mahal mahkemesinde görülmesini tahriren mukavele edebilirler." ifadesinin yer aldığını görürüz (m.22). HMK m. 18/2'de ise "yetki sözleşmesinin geçerli olabilmesi için yazılı olarak yapılması, ... şarttır" ifadesi vardır. Görüldüğü gibi HMK, yazılılık şartının geçerlilik şartı olduğunu açıkça ifade etmektedir. Bununla birlikte HUMK'daki şartın da geçerlilik şartı olduğu konusu açıktır⁸³⁰. Doktrinde bu konuda bir görüş ayrılığı yoktur. Bununla birlikte

⁸²⁶ AŞIK, Yetki Sözleşmesi, s. 30.

⁸²⁷ AŞIK, Yetki Sözleşmesi, s. 30.

⁸²⁸ AŞIK, Yetki Sözleşmesi, s. 30.

⁸²⁹ ÜSTÜNDAĞ, Salahiyet, s. 19.

⁸³⁰ POSTACIOĞLU, Usul, s. 160; KURU, Usul, C. I, s. 558; ÜSTÜNDAĞ, SAİM: Medeni Usul Hukukunda Salahiyet Anlaşmaları, Makaleler, İçtihat Tahliller ve Çeviriler, Ankara 2010, ÜSTÜNDAĞ, Medeni Yargılama, s.212; BİLGE/ÖNEN, s. 202; ÖNEN, Medeni Yargılama, s. 41; ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-

HMK'daki düzenlemede de şeklin geçerlilik şekli olduğu zaten açıkça belirtilmiştir. Bunu HMK m. 18/2'deki ifadenin açıklığından da anlamak mümkündür. Madde hükmüne göre, yazılılık şartı yetki sözleşmesinin geçerlilik şartıdır. Bu sonuca ayrıca TBK m. 12/II'de yer alan “kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir” ifadesinden de ulaşmak mümkündür.

Gerek kanun maddesi gerekse doktrin görüşünden anlaşıldığı üzere yetki sözleşmesi için öngörülen şekil geçerlilik şartı olduğundan⁸³¹, bu şekle uyulmadan yani yazılı olarak yapılmayan yetki sözleşmesi geçerli olmaz. Bu durum, yetki sözleşmesi için aranan yazılılık şartının geçerlilik şartı olmasının doğal bir sonucudur⁸³². Burada iki konu üzerinde durmak gerekir. İlk olarak taraflar arasında sözlü olarak yapılmış bir yetki sözleşmesi söz konusu olabilir. İkinci durum ise, davacının, davalıyla aralarında yetki sözleşmesi olmamasına rağmen yetkisiz bir mahkeme dava açmış olması ve davalının süresi içinde yetki itirazında bulunmamış olmasıdır.

İlk durumda davacı, aralarında sözlü olarak yapıldığını iddia ettiği yetki sözleşmesine dayanarak yetkisiz mahkemede dava açar ve davalı süresinde yetki itirazında bulunursa, davacı yazılı bir yetki sözleşmesi gösteremeyeceği için mahkeme yetkisizlik kararı verecektir. Bununla birlikte, davalı süresi içinde yetki ilk itirazında bulunmazsa daha sonra bunu ileri sürme hakkını kaybedeceğinden yetkisiz mahkeme kendi yetkisizliğini dikkate alamayacağı için yetkili hale gelecek ve yargılamaya devam edecektir.

YILDIRIM, Öneriler, s. 108; **BOLAYIR**, s. 133; **KESKİN**, OSMAN KADRİ: “Yetki Anlaşmaları”, Adalet Dergisi, 1973/4, s. 308; s. 17; **AŞIK**, Yetki Sözleşmesi, s. 29.

⁸³¹ **POSTACIOĞLU**, Usul, s. 160; **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s. 182; **AŞIK**, Yetki Sözleşmesi, s. 30; **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s. 155.

⁸³² **AŞIK**, Yetki Sözleşmesi, s. 30.

İkinci ihtimalde ise kesin yetkinin olmadığı bir uyuşmazlıkta davacı yetkisiz mahkemede dava açmış, davalı süresi içinde ve usulüne uygun yetki itirazında bulunmamışsa, davanın açıldığı mahkeme yetkili hale gelecektir (HMK . 19/4). Burada kabul gören yaygın görüş taraflar arasında zımni yetki sözleşmesi kurulduğu yönündedir⁸³³. Bu konudaki diğer bir görüşe göre ise yetki sözleşmesinin zımni olarak kurulması mümkün değildir. Çünkü yetkisizliğin ileri sürülmesi belirli bir süre içinde kullanılması gereken bir haktır ve süresinde yetki itirazında bulunulmaması durumunda bu hak düşmüş olmaktadır. Mahkeme de bu durumda kendisinin yetkisiz olduğunu dikkate almayacak ve esasa girecektir⁸³⁴. Davalı süresinde yetki itirazında bulunmadığı takdirde mahkemenin yetkisini kabul etmiş olacaktır. Burada davalının iradesinin bu doğrultuda olmasına gerek yoktur, itiraz ileri sürülmeyince mahkeme kanundan dolayı yetki kazanmış olur⁸³⁵. Süresinde yetki ilk itirazında bulunulmadığından dolayı da yetki itirazını ileri sürme hakkı düşmüş olur. Yetki sözleşmesinin zımnen kurulduğunu kabul etmenin mümkün olmadığını ileri süren görüşe göre, böyle bir kabulün yasal dayanağı yoktur ve bunun usul hukuku kurallarıyla da bağdaşması mümkün değildir⁸³⁶. Her şeyden önce böyle bir kabul durumunda yetki sözleşmesinin kurulması için gerekli olan yazılılık şartı göz ardı edilmiş olmaktadır. Yetki sözleşmesinin zımni bir şekilde kurulduğunun kabul edilmiş olması halinde, bir taraftan sözleşmenin kurulması için yazılı olarak yapılmasını gerekli kılıp diğer yandan yazılılık koşulunun gerçekleşmemesine rağmen sözleşmenin kurulmuş olmasını kabul etmek çelişki oluşturmaktadır⁸³⁷. Zira kurulması için geçerlilik şartı öngörülen bir sözleşme o şekle uyulmadan yapılmışsa geçersizdir. Diğer bir ifadeyle kanunun bir usul sözleşmesi için aradığı

⁸³³ ÜSTÜNDAĞ, Medeni Yargılama, s. 216; KURU, Usul, C.I, s. 558; BİLGE/ÖNEN, s. 202; BOLAYIR, s. 144; AŞIK, Yetki Sözleşmesi, s. 30.

⁸³⁴ POSTACIOĞLU, Usul, s. 169; AŞIK, Yetki Sözleşmesi, s. 31.

⁸³⁵ ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, Öneriler, s. 108; AŞIK, Yetki Sözleşmesi, s. 31.

⁸³⁶ AŞIK, Yetki Sözleşmesi, s. 31-32.

⁸³⁷ AŞIK, Yetki Sözleşmesi, s. 32.

şekil şartı varsa sözleşmenin geçerliliği için buna uyulması gerekir⁸³⁸. Bunun doğal sonucu olarak da kanunun öngördüğü şekil şartına uyulmadan yapılan sözleşmenin geçersiz olmasıdır. Kanunun şekli geçerlilik şartı olarak öngördüğü durumlarda bu kamu düzenine ilişkindir ve taraflar bu şekil şartını açık veya zımni olarak kaldıramazlar. Bu şekle uyulmadan yapılan sözleşme geçersiz olur. Dolayısıyla da şekle uyulmadan yapılan sözleşme, karşı taraf muvafakat etse bile geçerli hale gelmez. Başka bir açıdan baktığımızda ise yetki sözleşmesinin zımnen yapılabileceğini kabul etmek, zaten dava konusunun tarafların arzularına tabi bir husus olduğu anlamına gelmektedir. Bu durumda ise mahkemenin yetkisizliğini re'sen dikkate almasının mümkün olmadığı kabul edilir⁸³⁹. Hem zımni yetki sözleşmesinin hem de mahkemenin yetkisizliğinin re'sen dikkate alınacağını kabulü bir tezat oluşturmaktadır. Yargıtay da, kural olarak mahkemenin yetkisizliğini re'sen dikkate alamayacağı yönünde görüş bildirmiştir⁸⁴⁰.

Burada ayrıca, yazılı olarak yapılmamış bir yetki sözleşmesinin varlığının başka bir delille ispat edilmesinin mümkün olmadığını da belirtmek gerekir⁸⁴¹. Diğer bir ifadeyle , yetki sözleşmesi yazılı olarak yapılmamışsa, sözleşmenin varlığını ispat etmek için yemin, tanık vb. deliller ileri sürülemez⁸⁴².

⁸³⁸ **KARSLI**, Medeni Muhakeme, s. 327.

⁸³⁹ **POSTACIOĞLU**, Usul, s. 409; **ÜSTÜNDAĞ**, Medeni Yargılama, s. 232; **ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM**, Öneriler, s. 109; **BİLGE/ÖNEN**, s. 204; **ÖNEN**, Yargılama, s. 42; **AŞIK**, Yetki Sözleşmesi, s. 34.

⁸⁴⁰ “Y 3 HD, 05/10/2009 T, 2009/14384 E, 2009/14779K: “Kamu düzenine ilişkin bulunmayan bu yetki kuralı için davalının yetki itirazında (HUMK m. 187/II) bulunmaması halinde, mahkemece re'sen yetkisizlik kararı verilemez (www.legalbank.net, erişim tarihi: 24.11.2013).

⁸⁴¹ **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s. 154.

⁸⁴² **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s. 154.

Yetki sözleşmesi için getirilen yazılılık koşulunun niteliğine değinirken, maddede sözü edilen yazılılıktan kastın adi yazılı şekil şartı olduğunu da ifade etmek gerekir⁸⁴³. Diğer bir ifadeyle yetki sözleşmesinin adi yazılı şekilde yapılması yeterlidir⁸⁴⁴. Yetki sözleşmesi için kanunkoyucu sadece “yazılı olarak yapılma” şartı öngördüğünden asıl sözleşme resmi şekilde yapılmak zorunda olsa da, yetki sözleşmesinin adi yazılı şekilde yapılması mümkündür⁸⁴⁵. Aynı doğrultuda, asıl sözleşmenin yazılı yapılması gerekli olmasa da, yetki sözleşmesi adi yazılı şekilde yapılmalıdır.

Yetki sözleşmesinin şekline değinirken, bu şartın taraflar arasında asıl sözleşmenin bir maddesi şeklinde, yani yetki şartı olarak kararlaştırılabileceğini ya da ayrı bir sözleşme olarak yapılabileceğini de belirtmek gerekir. Bu konuya yukarıda değinilmiştir.

D- DELİL SÖZLEŞMESİ

1- GENEL OLARAK

Medeni Usul Hukuku’nda kural olarak, kanunun belli bir delil ile ispatını aradığı vakıaların başka delillerle ispatı mümkün değildir (m. 189/3). Bu düzenleme kanuni delil sisteminin doğal bir sonucudur⁸⁴⁶.

HMK’da delil sözleşmeleri, Kanunun dördüncü kısmı olan “ispat ve deliller” ana başlığı altında “genel hükümler” arasında “delil sözleşmesi” başlığıyla ele alınmıştır. Maddede delil sözleşmesinin tanımı yapılmamış sadece tarafların delil sözleşmesi yapabilecekleri kaleme alınmıştır.

⁸⁴³ POSTACIOĞLU, Usul, s. 160; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 154; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 182.

⁸⁴⁴ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 154; POSTACIOĞLU, Usul, s. 160; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 182.

⁸⁴⁵ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 154.

⁸⁴⁶ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 716.

Doktrinde ise delil sözleşmesinin birbirine benzeyen tanımları yapılmıştır. Buna göre delil sözleşmesi, bir hususun (vakıa veya hukuki işlemin) belli bir delil (örneğin tanık) ile ispat edilebileceği (veya diğer deliller yanında o delille de ispat edilebileceği) hakkında yapılan sözleşmeye verilen isimdir⁸⁴⁷. Diğer bir ifadeyle delil sözleşmesi belli bir vakıanın belli bir delil veya diğer deliller yanında kararlaştırılan türdeki deliller ile de ispat edilebileceği konusunda taraflar arasında davadan önce veya yargılama sırasında yapılan usuli bir sözleşme olarak da tanımlanabilir⁸⁴⁸. Hukukumuzda delil sözleşmesinin geçerli olduğu, HMK m. 193'te açıkça düzenlenmiştir. Maddeye göre, taraflar yazılı olarak veya mahkeme önünde tutanağa geçirilecek imzalı beyanlarıyla kanunda belirli delillerle ispatı öngörülen vakıaların başka delil veya delillerle ispatını kararlaştırabilecekleri gibi; belirli delillerle ispatı öngörülemeyen vakıaların da sadece belirli delil veya delillerle ispatını kabul edebilirler (1. Fıkra). Bu maddenin yanı sıra, HMK m. 200/2'de de, senetle ispatı gereken hususlarda birinci fıkradaki⁸⁴⁹ düzenleme uyarınca karşı tarafın açık muvafakati halinde tanık dinlenebilir.

Delil sözleşmesinin konusu ispattır⁸⁵⁰. Bu nedenle, delil sözleşmesi ile ispat şartı olan yazılı şekil öngörülebilir veya ispat şartı olan yazılı şekil (senet) ile ispat zorunluluğuna istisna getirilebilir. Bunun yanı sıra, delil sözleşmesi ile geçerli şartı olan yazılı şekil yerine başka bir delil veya yazılı şekil kararlaştırılamaz. Yargıtay konuya ilişkin olarak verdiği birçok kararda "...Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin 40. maddesi hükmündeki bu düzenleme "delil sözleşmesi" niteliğinde olup uyumsuzluğun çözümünde anılan şartname hükümlerinin

⁸⁴⁷ **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s. 441; **UYGUR**, s. 222, **ATEŞ**, MUSTAFA: "Hukuk Muhakemeleri Usulünde Delil Sözleşmeleri", YD 1995/3, Ankara, s. 244-245; **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s. 716.

⁸⁴⁸ **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s. 716; **ATEŞ**, s. 245.

⁸⁴⁹ HMK m. 200/1: "Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri ikibinbeşyüz Türk Lirasını geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir. Bu hukuki işlemlerin miktar veya değeri ödeme veya borçtan kurtarma gibi bir nedenle ikibinbeşyüz Türk Lirasından aşağı düşse bile senetsiz ispat olunamaz".

⁸⁵⁰ **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s. 441; **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s. 716.

uygulanması zorunludur. Delil sözleşmesi ‘kesin delil’ niteliğindedir ve taraflar ile mahkemeyi bağlar” şeklinde görüş bildirmiştir⁸⁵¹.

Bu genel açıklamalar ve tanımdan sonra, delil sözleşmesinin bir usul hukuku sözleşmesi olduğunu da ele almak gerekir⁸⁵². Medeni Yargılama Hukuku’nda usul işlemleri, taraf usul işlemleri ve mahkeme usul işlemleri olarak iki türdür. Burada delil sözleşmelerinin iki taraflı bir usul işlemi olduğunu belirtmek yerinde olur. Bununa beraber delil sözleşmesi etkisini tamamen usul hukukunda gösterdiğinden gerçek usul sözleşmeleri sınıfına girer⁸⁵³.

2- ÇEŞİTLERİ

Delil sözleşmesi iki türlü yapılabilir:

a- Münhasır Delil Sözleşmesi

Bir davanın tarafları, davanın açılmasından önce veya sonra bir vakıanın veya hukuki işlemin yalnız tek bir delille ispat edileceği hakkında bir sözleşme yaparlarsa, burada münhasır delil sözleşmesinin varlığından bahsedilir. Bu durumda taraflar, delil sözleşmesine konu yapılan vakıanın veya işlemin ispatında başkaca delil kullanamayacaklardır. Bu şekilde taraflar esasında delillerini hasretmiş sayılırlar. Münhasır delil sözleşmesi ile taraflar aslında senetle ispatı zorunlu olan bir hukuki işlemin, tanıkla ispat edilebileceğini veya aslında takdiri delillerle ispatı mümkün olan bir hususun sadece senetle ispat edilebileceğini kararlaştırabilirler.

⁸⁵¹ Y 15 HD, 09.07.2012 T, 2012/1571 E, 2012/5222 K, Y 15 HD, 27.06.2012 T, 2012/3240 E, 2012/4832 E, www.kazanci.com.tr (erişim tarihi: 14.11.2013).

⁸⁵² ayrıntılı bilgi için bkz. TAŞPINAR, s. 185.

⁸⁵³ ÇİFTÇİ, PINAR: “Bir Hukuk Genel Kurulu Kararı Işığında Özellikle Medeni Usul Hukuku Açısından Delil Sözleşmelerinin Geçerliliği Sorunu”, DEÜHFD, C. 11, Özel S, İzmir 2009, s. 145.

Burada üzerinde durulması gereken nokta, tarafların miktar veya değeri HMK m. 200/1'deki sınırdan az olan bir hukuki işlem için münhasır delil sözleşmesi yapabilecek olmalarıdır. Delil sözleşmesi ile kararlaştırılan delil çeşidi birden fazla da olabilir⁸⁵⁴. Buna örnek olarak bir hukuki işlemin senet veya tanık ile ispat edilebileceği hakkında yapılan delil sözleşmesinin geçerli olduğunu verebiliriz. Bunun kaynağı, HMK m. 193/1'de yer alan “delil veya deliller” ifadesidir⁸⁵⁵. Maddede de açıkça ifade edildiği gibi delil sözleşmesi ile bir veya birden fazla delil kararlaştırılması mümkündür. Ancak delil sözleşmesi ile kararlaştırılan delillerin muayyen olması gereklidir. Bu nedenle doktrinde, bir delil sözleşmesinde bir hukuki işlemin “her türlü delille ispat edilebilir” şeklinde bir ifade olmasının o sözleşmeyi geçerli kılmayacağı ifade edilmiştir⁸⁵⁶.

Münhasır delil sözleşmesi yapan kişiler, delil sözleşmesinde kararlaştırdıkları deliller dışında başka delil gösteremezler. Bu delil sözleşmesine “münhasır delil sözleşmesi” denmesinin nedeni budur. Münhasır delil sözleşmesi ile münhasır olmayan delil sözleşmesini birbirinden ayıran en önemli nokta da budur.

Münhasır delil sözleşmesinin en tipik örneği, “hakem-bilirkişi sözleşmesi”dir. Bu sözleşme ile taraflar aralarındaki belli bir uyuşmazlık konusunun miktarının veya niteliklerinin belirli kişiler veya kurullar tarafından tespit edileceğini ve hakem-bilirkişilerce yapılacak tespiti kabul edeceklerini kararlaştırırlar. Bu şekilde yapılan bir sözleşme HMK m. 193/1'e uygun bir münhasır delil sözleşmesidir. Bu nedenle de tarafların yaptıkları hakem-

⁸⁵⁴ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 442; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 718; ATEŞ, s. 249.

⁸⁵⁵ **MADDE 193-** (1) Taraflar yazılı olarak veya mahkeme önünde tutanağa geçirilecek imzalı beyanlarıyla kanunda belirli delillerle ispatı öngörülen vakıaların başka delil veya delillerle ispatını kararlaştırabilecekleri gibi; belirli delillerle ispatı öngörülme-yen vakıaların da sadece belirli delil veya delillerle ispatını kabul edebilirler.

⁸⁵⁶ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 442; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 718.

bilirkişi raporları normal bilirkişilerin⁸⁵⁷ raporlarından farklı olarak tarafları da mahkemeyi⁸⁵⁸ de bağlayıcı niteliktedir.

b- Münhasır Olmayan Delil Sözleşmesi

Taraflar, yaptıkları sözleşme ile aralarında çıkacak uyuşmazlıkta, belli bir vakıanın ya da işlemin, sadece belli delil veya delillerle değil de, kanunen mümkün olan deliller yanında, kendi kararlaştıracakları deliller ile de ispatlanabileceğini kabul ederlerse bu durumda ortada bir “münhasır olmayan delil sözleşmesi” vardır. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, münhasır olmayan delil sözleşmesinde taraflar yaptıkları sözleşmede belirledikleri delilleri hasretmezler. Söz konusu husus tarafların belirledikleri delil dışında başka bir delille de ispatlanabilir.

Münhasır olmayan delil sözleşmesinin en tipik örneği, tarafların senetle ispatı zorunlu olan bir hukuki işlemin tanıkla da ispat edilebileceği hakkında yaptıkları delil sözleşmesidir⁸⁵⁹. Burada ifade edilmek istenen, tarafların iddia ettikleri hukuki işlemi aralarındaki delil sözleşmesi gereğince tanıkla ispat edecek olmalarının yanı sıra taraflara hukuki işlemi senetle de ispat edebilme imkânının getirilmiş olmasıdır⁸⁶⁰.

Burada üzerinde durulması gereken önemli bir nokta da, Türk Hukuku’nda önceden beri, delil sözleşmesinin yapılabileceğinin kabul edilmiş olmasına rağmen yapılan delil

⁸⁵⁷ HMK m. 266: Mahkeme, çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz.

⁸⁵⁸ HMK m. 282: Hâkim, bilirkişinin oy ve görüşünü diğer delillerle birlikte serbestçe değerlendirir.

⁸⁵⁹ HMK m. 200: Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri ikibinbeşyüz Türk Lirasını geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir. Bu hukuki işlemlerin miktar veya değeri ödeme veya borçtan kurtarma gibi bir nedenle ikibinbeşyüz Türk Lirasından aşağı düşse bile senetsiz ispat olunamaz.

⁸⁶⁰ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 443.

sözleşmesiyle senetle ispat kuralının aksinin düzenlenip düzenlemeyeceğidir. Diğer bir ifadeyle doktrinde, tarafların delil sözleşmesi yapabilecekleri kabul edilmekle birlikte değeri belirli bir miktarın üzerinde olan bir hukuki işlemin ispatı için senetle ispat kuralını bertaraf edecek şekilde, uyuşmazlık konusu vakıanın tanıkla ispat edilebilmesi amacıyla delil sözleşmesi yapıp yapamayacakları tartışılmaktaydı. Bu tartışmanın temelinde ise o zaman yürürlükte olan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 288. Maddesinin (HMK m. 200) kamu düzenine ilişkin olup olmadığı tartışması bulunmaktaydı. Özellikle Yargıtay'ın verdiği içtihadı Birleştirme Kararı'ndan⁸⁶¹ sonra konunun önemi artmıştı. Bu İçtihadı Birleştirme Kararı'nda, senetle ispat kuralına ilişkin HUMK m. 288'in emredici nitelikte olmadığı karşı tarafın muvafakati ile senetle ispatlanması gereken bir vakıanın ispatında tanık dinlenebileceği; bu durumda taraflar arasında bir çeşit delil sözleşmesi yapıldığı ifade edilmiştir. Bu tartışmaların devamında ise, kanunkoyucu 07.06.1973 tarihinde 1711 sayılı kanun ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 289. maddesi yeniden düzenlemiştir. Dolayısıyla söz konusu madde, sadece senetle ispat kuralının emredici nitelikte olmadığını, karşı tarafın rıza göstermesi durumunda uyuşmazlık konusu vakıa ile ilgili olarak tanık dinletilebileceğini düzenlemeyi amaçlamıştır⁸⁶². O halde kanunkoyucu 1973 yılında 1711 sayılı Kanun ile yaptığı değişiklikte, Kanun'da düzenlenmediğini düşündüğü münhasır delil sözleşmesi türünü hükme bağlamayı amaçlamamış⁸⁶³, sadece emredici nitelikte olmayan

⁸⁶¹ YİBK, 18.03.1959 T, 1958-18/21 (RG, 16.06.1959 T, S. 10237).

⁸⁶² **SONER, LÜTFİ FİKRİ**: “Senetle İspat Zorunluluğu, Delil Sözleşmesi ve Tanık Dinletilmesi, ABD S. 5, 1975 Ankara, s. 661. Yazar da “gerek sözü edilen kararda ve gerekse 1711 sayılı Kanun’la değiştirilen 289. maddenin gerekçesinden aynı hususlardan söz edilmektedir. Buna göre, karşı tarafın açık izni halinde tanık dinlenmesi bir ihtiyacı karşılamaktadır. Tanıkla ispat yasağı kamu düzeni düşüncesi ile kanuna konulmamıştır. Yazılı olarak sözleşilmişse veya duruşma sırasında sözleşmenin yapıldığı ikrar edilip usulen tutanağa geçirilip ikrarda bulunana okutulup imzalatılmışsa tanık dinletilebilir. Tanık dinletme yasağı tarafların yararı düşünülerek konulduğundan onlara o konuda tasarruf serbestisi tanınması kadar tabi bir durum olamaz” şeklinde görüşünü ifade etmiştir.

⁸⁶³ **BİLGE/ÖNEN**, s. 496; **POSTACIOĞLU, İLHAN**: “HUMK. nun 288 ve 290. Maddelerinin 1711 Sayılı Kanunla Aldığı Yeni Şekil”, HUMK’nu Değiştiren 1711 Sayılı Kanun ve Noterlik Kanunu Hakkında

senetle ispat kuralının bertaraf edilerek tanık dinletilebileceğini hükme bağlamayı amaçlamıştır. Yani kanunkoyucu, senetle ispat kuralının istisnaları içinde yer vermediği ancak uygulamada tartışmalara yol açan “karşı tarafın muvafakat etmesi durumunda tanık deliline dayanılabileceği” konusundaki boşluğu doldurmaya çalışmıştır.

c- Ayrım Konusunda Doktrin Görüşü

Doktrinde, delil sözleşmelerinin münhasır delil sözleşmesi ve münhasır olmayan delil sözleşmeleri şeklinde bir ayrıma tabi tutulmasının ispat hukuku bakımından çok doğru bir ayrım olmadığı yolunda bir görüş mevcuttur. Bu görüşe göre, münhasır delil sözleşmesi ile taraflar bir vakıanın veya hukuki işlemin ancak belirli delillerle ispatlanabileceğini kararlaştıracaklar ve dolayısıyla taraflar delil sözleşmesinde bu delilleri hasretmiş olacaklardır. Bununla birlikte münhasır olmayan delil sözleşmesinde de esas olarak taraflar yine delilleri hasretmiş olmaktadır. Çünkü burada da yine deliller belirlenmiş olacaktır ve bu da o delillerin hasredilmiş olması anlamına gelmektedir⁸⁶⁴. Burada delillerin hasredilmesinin ne anlama geldiği üzerinde durmak gerekir. **AKKAYA**⁸⁶⁵,ya göre delillerin hasrı, dava konusunun temeli olan belli vakıalar bakımından ispat faaliyetinin gerçekleştirilebilmesi için, tarafın bütün delillerini bildirdiği ve belirtilen delillerden başka delil ileri sürmemeyi taahhüt ettiği, başka bir deyişle yeni delil göstermek istemesi halinde hakim bu kabul etmeme veya reddetme riskini üstlendiği, karara yönelik olmayan taraf

Sempozyum, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını İstanbul 1973, s. 13-14. Yazar burada “Görülüyor ki, yeni metin şهادت ile ispat yasağından ilgili tarafın muteber olarak feragat edebileceğini ve binaenaleyh şahit dinlenmesine cevaz olmayan 288. maddeye giren hallerde karşı tarafça şahit ikame edilmesine muvafakat edilebileceği esasını kabul etmiş ve bu suretle 18.3.1959 tarihli içtihatları birleştirme kararının mezkur maddeyi amme intizamından saymayan görüşüne iltihak etmiştir” diyerek 1711 sayılı Kanun’da kanunkoyucunun 1959 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı’nı esas alarak değişiklik yaptığını ifade etmiştir.

⁸⁶⁴ ÇİFTÇİ, s. 152.

⁸⁶⁵ **AKKAYA, TOLGA**: Medeni Usul Hukukunda Delillerin Hasredilmesi (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Eskişehir 2003, s. 60.

usul işlemi olarak tanımlanabilir. Doktrinde, münhasır olmayan delil sözleşmesi ile de, esasında taraflar yine delillerini hasretmekte olduklarından böyle bir ayrımın sağlıksız olduğu ifade edilmiştir⁸⁶⁶. Zira bu tür bir delil sözleşmesinde de belirlenen delil, aynı zamanda hasredilmiş olacaktır. Doktrinde münhasır delil sözleşmesi- münhasır olmayan delil sözleşmesi ayrımını kabul eden görüş, çoğunlukla tarafların bir vakıanın veya hukuki işlemin her türlü delille ispat edilebileceğini kararlaştıramayacaklarını kabul etmektedir⁸⁶⁷. Dolayısıyla münhasır olmayan delil sözleşmesi ile taraflara bir seçimlik hak tanınmış olsa dahi, taraflar uyuşmazlık konusu vakıa veya hukuki işlemi “x” ya da “y” delili ile ispat edebileceklerdir. Yine bu görüşe göre delil sözleşmeleri, tarafların ispat alanlarına müdahalede bulunmaları anlamına geldiğinden delil sözleşmeleri türlerinin ayrımı yapılırken delillerin hasredilmesi esasına değil, ispat hakkına dayandırılarak yapılması gereklidir⁸⁶⁸. Ancak doktrinde genel kabul gören görüşe göre, delil sözleşmeleri, delillerin hasredilmesi esasına göre münhasır delil sözleşmeleri ve münhasır olmayan delil sözleşmeleri şeklinde iki türlü ele alınarak incelenmektedir.

3- ŞEKLİ

Delil sözleşmeleri davadan önce veya mahkeme sırasında olmak üzere iki türde yapılabilir.

a- Davanın Açılmasından Önce Yapılan Delil Sözleşmesi

Tarafların davadan önce bağımsız bir sözleşme olarak delil sözleşmesi yapmaları veya maddi hukuk sözleşmesinin bir şartı olarak yazılı şekilde yapmaları mümkündür (HMK m.

⁸⁶⁶ ÇİFTÇİ, s. 153.

⁸⁶⁷ ATEŞ, s. 251; TAŞPINAR, SEMA: Medeni Yargılama Hukuku’nda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001, s. 192.

⁸⁶⁸ ÇİFTÇİ, s. 153.

193/1). Uygulamada çoğunlukla delil sözleşmesine ilişkin kayıtlar, genel işlem şartları niteliğini taşıyan ve çerçeve sözleşme denilen maddi hukuk sözleşmelerinin birer şartı olarak düzenlenmektedir⁸⁶⁹. Bu şekilde genel işlem şartlarına ilişkin sözleşmelerinin birer unsuru olarak düzenlenen delil sözleşmesine ilişkin kayıtlar, tam anlamıyla “gerçek usul sözleşmeleri” olarak niteliklerini korusalar da, bu kayıtların genel işlem şartları çerçevesinde geçerliliklerinin denetlenmesi gerekmektedir⁸⁷⁰. Delil sözleşmesi, maddi hukuk sözleşmesinin bir şartı olarak yapılmış olsa da, delil sözleşmesi usuli bir sözleşme olma özelliğini yitirmez⁸⁷¹.

Doktrinde davanın açılmasından önce yapılan delil sözleşmesi için adi yazılı şekil şartının yeterli olduğu ifade edilmiştir⁸⁷². Bununla birlikte doktrinde buradaki şekil şartının, delil sözleşmesinin geçerlilik koşulu değil, ispat için gerekli olduğu bu nedenle de delil sözleşmesinin sözlü olarak da yapılabileceğini ifade eden bir görüş de mevcuttur⁸⁷³.

b- Davanın Açılmasından Sonra Yapılan Delil Sözleşmesi

Taraflar bir dava açıldıktan sonra da yazılı delil sözleşmesi yapabilirler. Buradaki şekil şartının, delil sözleşmesinin geçerlilik koşulu değil, ispat için gerekli olduğu bu nedenle de delil sözleşmesinin sözlü olarak da yapılabileceğini ifade etmek gerekir⁸⁷⁴. Diğer bir ifadeyle buradaki yazılılık şartı, ispat şartıdır⁸⁷⁵. Sözlü olarak yapılan delil sözleşmesinin davada ispat

⁸⁶⁹ Uygulamada bankaların genel işlem şartları çerçevesinde mudilerle aralarında akdedilen banka sözleşmelerine koydukları “uyuşmazlık halinde bankamız kayıtları esas alınır” şartlarının geçerli bir delil sözleşmesi sayılıp sayılmadığına ilişkin bkz. YHGK, 14.06.1995 T, 11-425/616 K, www.legalbank.net.

⁸⁷⁰ TAŞPINAR, s. 193.

⁸⁷¹ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 716; TAŞPINAR, s. 193.

⁸⁷² KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 443.

⁸⁷³ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 716; TAŞPINAR, s. 194.

⁸⁷⁴ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 718; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 443; ÇİFTÇİ, s. 145; TAŞPINAR, s. 194.

⁸⁷⁵ YİBK , 18.03.1959 T, 1959/18 E, 1959/12 K (RG 26.06.1959, S. 10237, Ankara 1959).

edilmesi gerekir. Bu ispat delil sözleşmesine dayanmak isteyen tarafın karşısındaki tarafın ikrarı ile mümkün olabilir⁸⁷⁶.

Tarafların dava açıldıktan sonra (dava sırasında) sözlü olarak da delil sözleşmesi yapmaları durumunda taraflar, bu yöndeki beyanlarını duruşmada tutanağa geçirerek altını imzalamalıdır (HMK m. 193/1). Çünkü ancak bu şekilde taraflar aralarında akdedilen delil sözleşmesinin varlığını ispat edebileceklerdir. Taraflar, davadan önce veya dava sırasında akdettikleri delil sözleşmesini sözlü olarak yapmış olsalar ve dava esnasında tutanağa geçirmemiş olsalar da duruşma sırasında taraflardan birisinin akdi ilişkiyi inkâr etmesiyle delil sözleşmesi uyumsuzluk konusu olmaktan çıkacağından, sözleşmenin ayrıca ispatına da gerek kalmayacaktır.

Dava açıldıktan sonra delil sözleşmesi yapılması, aslında senetle ispatı gereken bir hususta taraflardan birinin tanık dinletmek istemesi üzerine, karşı tarafın buna açıkça muvafakat etmesi yoluyla da yapılabilir (HMK m. 200/2). Davada bir tarafın aslında senetle ispatı gereken bir hususta tanık dinletmek istemesi durumunda hakim, karşı tarafa, kanunen bu hususun senetle ispatının gerektiğini, ancak muvafakat edilirse tanık dinletilebileceğini hatırlatır ve tanık dinletilmesine muvafakati olup olmadığını sorar⁸⁷⁷. Bunun üzerine karşı taraf, açık bir biçimde muvafakat ettiğini mahkemeye bildirirse, dava sırasında sözlü bir delil

⁸⁷⁶ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 718.

⁸⁷⁷ YHGK, 22.10.2003 T, 2003/11-572 E, 2003/592 K: "... Davalının hakkının senetten kaynaklanması karşısında, davacının iddiasını HUMK m. 290. maddesi hükmü uyarınca, yazılı delille kanıtlaması gereklidir. Davalının, tanık dinlenmesine muvafakati olmadığına göre mahkemece tanık dinlenmesi doğru değildir. Davacı, davalının çeki kötüniyetli iktisap ettiğini ispat edemediğine göre, mahkemece, davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı olduğu şekilde kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiş ve kararın bozulması gerekmiştir... davacı, hamlin kambiyo senedini ciro yolu ile iktisap ederken kötüniyetli olduğunu ve geçerli bir ciro teselsülü bulunmadığını yani hukuki işlem yokluğunu ileri sürmüştü, bu hususu yazılı delille kanıtlamalıdır. Taraflar arasında; HUMK m. 289. maddesi anlamında mahkeme önünde yapılmış bir delil sözleşmesi var ise, aslında senetle ispatı gereken hukuki işlem hakkında ancak bu sınırlı halde tanık dinlenebilir" www.kazanci.com.tr (erişim tarihi: 15.03.2013).

sözleşmesi yapılmış olur ve senetle ispat yanında ilgili tarafın tanıkla ispat etme hakkı doğar⁸⁷⁸.

Tarafların delil sözleşmesi yapmalarının sınırını HMK m. 193/2 belirler. Maddeye göre, taraflardan birisinin ispat hakkının kullanımını imkansız kılan veya fevkalade güçleştiren delil sözleşmeleri geçersizdir. Yargıtay da, 2012 yılında verdiği bir kararda “somut olayda davacının öncelikle listede yer alan tüplerin davalıya teslim edildiğini kanıtlaması gerekir. Davacı bu hususta davalının imzasını taşıyan bir belge sunamadığı gibi, mahkemenin gerekçesinde dayandığı sözleşmenin 14/9 maddesindeki delil sözleşmesi de geçerli kabul edilemez. Zira sözleşmenin bu maddesinde dağıtıcının (davacı) evrak, bordro, rapor, defter vs. kayıtlarının muteber olacağı, bu evrak ve kayıtlarla hiçbir sebeple itiraz hakkı bulunmadığı belirtilmiştir. 6100 sayılı HMK’nın 193/2. maddesinde denilmekte olup davalıya itiraz hakkı tanımayan delil sözleşmesinin geçerli olduğu kabul edilemez” diyerek taraflardan birisinin ispat hakkının kullanımını imkansız kılan veya güçleştiren delil sözleşmelerinin geçersiz olduğunu ifade etmiştir⁸⁷⁹.

⁸⁷⁸ Y13 HD, 01.10.2002 T, 2002/7949 E, 2002/9957 K: “HUMK 289. maddesindeki koşullar yerine getirilmeden tanık dinlenemez ve tanık beyanları ile hüküm kurulamaz” (YKD, S.10, Ankara 2003, 1560).

⁸⁷⁹ Y 19 HD, 21.11.2012 T, 2012/6268 E, 2012/17422 K, www.kazanci.com.tr (erişim tarihi: 15.03.2013).

E- İCRA SÖZLEŞMELERİ

1- TANIM

İcra sözleşmeleri, alacaklı ile borçlu arasında yapılan ve icra sürecini konu alan sözleşmelerdir⁸⁸⁰. Daha ayrıntılı bir tanımla icra sözleşmeleri, alacaklı ve borçlunun karşılıklı birbirine uygun irade açıklamalarıyla meydana gelen, kanun tarafından belirlenmiş olan İcra Hukuku kurallarından ayrılmayı öngören ve dolayısıyla icra sürecini etkilemeyi amaçlayan sözleşmelerdir⁸⁸¹. İcra sözleşmeleri vasıtasıyla taraflar cebri icra sürecini etkilerler ve bu sürecin işleyişine kanunda düzenlenen kurallardan ayrılarak, müdahale etmek isterler⁸⁸². Bundan anlaşılacağı üzere icra sözleşmelerinde, tarafların cebri icra sürecini etkilemek istemesi ön plana çıkmakta ve bu, icra sözleşmelerini diğer sözleşmelerden ayıran bir ölçüt olmaktadır⁸⁸³. İcra sözleşmeleriyle taraflar karşılıklı olarak bir şeyi yapma yetkisini ya da gerekliliğini düzenlerler ve aynı zamanda icranın ne zaman ve ne şekilde yapılacağına veya icranın yapılıp yapılmayacağına ilişkin hükümler getirirler. Bu sözleşmelerle tarafların icra sürecini bir şekilde etkilemesi ve yasal olarak öngörülmüş olan kurallardan ayrılarak cebri icra imkanlarını genişletmesi veya sınırlandırması ya da bertaraf etmesi söz konusudur. Örneğin, alacaklı ve borçlu icra sözleşmesi yaparak belirli bir süre icra takibi yapılmamasını kararlaştırmak suretiyle, bu süre içinde cebri icra takibi yapılmasına engel olabileceklerdir. Taraflar bunun yanı sıra icra sürecinde bazı icra imkanlarından vazgeçmeyi de kararlaştırmış olabilirler. Bu ikisinin bir arada bulunması da mümkündür⁸⁸⁴.

⁸⁸⁰ AŞIK, İ: İcra Sözleşmeleri, Ankara 2006, s. 8; UYAR, TALİH: İcra ve İflas Kanunu Şerhi, C. II, Ankara 2014, s. 2121; UZEL, YELDA: “İcra Takiplerinde Borcun Taksitle Ödenmesi”, Legal MİHDER, C. III, S. 8, İstanbul 2007, s. 698.

⁸⁸¹ AŞIK, İcra Sözleşmeleri, s. 9.

⁸⁸² AŞIK, İcra Sözleşmeleri, s. 8; UZEL, s. 700.

⁸⁸³ AŞIK, İcra Sözleşmeleri, s. 8.

⁸⁸⁴ AŞIK, İcra Sözleşmeleri, s. 8-9.

Kanunkoyucunun taraflara, sözleşme yapma fırsatı vererek kanun hükümlerinden ayrılma imkanı sağlamakla neyi amaçlamaktadır? Alacaklı neden kendisine yasal olarak sunulmuş olan icra imkanlarını daraltmakta veya bunlara başvurmadan vazgeçmektedir? Borçlu bakımından ise, borçlu neden icrayı genişleten sözleşmeyi kabul etmektedir? Kanunun kendisine tanıdığı koruyucu hükümlerden vazgeçmesinin nedeni nedir? Borçlu ile alacaklı arasında İcra Hukuku'na ilişkin sözleşme yapılmasının ilk olarak ekonomik temelleri bulunmaktadır. Alacaklıyla sözleşme yapan iyiniyetli borçlu, borcunu zamanında ve sözleşmeye uygun şekilde ödemek için çaba sarfedecektir. Bununla beraber, iyiniyetli olduğu halde ekonomik durumunun kötüye gitmesi nedeniyle borcunu ödemeyen borçlu korunmuş olacaktır⁸⁸⁵. Buna örnek olarak, borçlunun ödeme güçlüğüne olduğu dönemde alacaklı ile borçlunun anlaşarak belirli bir süre icra takibi yapılmamasını kararlaştırmaları yoluyla borçlunun korunması gösterilebilir.

Alacaklı bakımından icra sözleşmesinin yapılmasının en temel faydası ise, alacaklının icra takibi yapmanın zorluklarından kurtulacak olması ve sözleşme yaparak alacağını en kısa sürede tatmin edici şekilde elde etme imkanına kavuşacak olmasıdır. İcra sözleşmesinin alacaklı için buradaki faydası, borçlunun borcunu hemen ve tam olarak ödeyecek durumda olmamasına rağmen sözleşmeyle borcun belli bir vadeye yayılması imkanı tanındığından borcunu tam olarak ve hatta faiziyle ödeyecek olmasıdır. Ayrıca icra takibiyle borçlunun malvarlığının gerçek değerinin altında satılması ve alacaklının da tam olarak da tatmin edilememesi söz konusu olacak ancak sözleşmeyle bu durumun önüne geçilmiş olmaktadır⁸⁸⁶. Taksitle ödeme sözleşmesi, alacaklının alacağını tam olarak almasını sağlarken borçlunun da ekonomik faaliyetinin devam etmesine olanak tanımaktadır. İcra sözleşmesi yapmak özellikle ekonomik anlamda daha zor durumda olan borçlu için, özellikle de ekonomik buhran

⁸⁸⁵ AŞIK, İcra Sözleşmeleri, s. 10.

⁸⁸⁶ AŞIK, İcra Sözleşmeleri, s. 10-11.

dönemlerinde oldukça faydalı olmaktadır. Nitekim Alman Hukuku'nda da, ülke ekonomisinin sıkıntılı olduğu dönemlerde icra sözleşmelerine ilişkin mahkeme kararlarının arttığı görülmüştür. Buradan özellikle ekonomik sıkıntıların olduğu dönemde icra sözleşmelerinin öneminin arttığı sonucuna varılabilir.

2- TÜRLERİ

a- İcrayı Daraltan Sözleşmeler

İcra sözleşmeleri temel olarak, icrayı daraltan sözleşmeler, icrayı engelleyen sözleşmeler ve icrayı genişleten sözleşmeler olarak ele alınabilir. İlk olarak icrayı daraltan sözleşmeleri ele alırsak, bu sözleşmeleri, kanun tarafından alacaklıya sunulan icra imkanlarının kısıtlanması, daraltılması sonucunu doğuran sözleşmeler olarak tanımlamak mümkün olur⁸⁸⁷. Alacaklının, borçlunun bazı mallarının haczini isteyebileceğine (örneğin sadece taşınır mallar veya sadece taşınmazlar) ya da borçlunun taşınır malları haczedilmeden taşınmaz mallarının haczinin istenemeyeceğine ya da bazı malların haczin kapsamının dışında kalacağına⁸⁸⁸ ilişkin sözleşmeler icrayı daraltan sözleşmelere örnektir. Bu sözleşmeler, icra takibinin başlatılması, bazı durumlarda sona erdirilmesi, takibin ne zaman başlayacağını alacaklı tarafından belirlenmesi gibi icra sürecinde tasarruf ilkesinin geçerli olması nedeniyle geçerli sayılmaktadırlar⁸⁸⁹. Bunun nedeni olarak, icra takibi yapma yetkisi olan alacaklıyı, icra takibi yapmak bakımından emredici kurallarla korumaya gerek olmaması gösterilmektedir⁸⁹⁰. İcrayı daraltan sözleşmelere örnek olarak, haczi mümkün olan mala sözleşmeyle

⁸⁸⁷ AŞIK, İcra Sözleşmeleri, s. 92; UZEL, s. 703. BERKİN, açıkça icrayı daraltan sözleşme kavramını kullanmamakla birlikte borçlunun borcunu ödememesi durumunda hangi mal ve haklarının haczinin istenebileceğine dair borçlu ile muteber bir sözleşme yapılabileceğini belirtmektedir (Medeni Usul, s. 308).

⁸⁸⁸ POSTACIOĞLU, İLHAN: İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1982, s. 60; AŞIK, İcra Sözleşmeleri, s. 92.

⁸⁸⁹ AŞIK, İcra Sözleşmeleri, s. 92-93.

⁸⁹⁰ BLOMEYER, s. 145.

haczedilemezlik verilmesi veya haczin belli mallarla sınırlandırılmasını konu alan sözleşmeler gösterilebilir.

b- İcraı Engelleyen Sözleşmeler

İcra sözleşmelerinin bir diğer türü ise, icraı engelleyen sözleşmelerdir. İcraı engelleyen sözleşmeler, alacaklının icra imkanlarını engelleyen, alacaklının icra takibi yapmasına veya başlatılmış olan icra takibinin devam etmesine engel olan sözleşmelerdir⁸⁹¹. İcraı engelleyen sözleşmeler, başlamış bir icra takibi varsa bunun devamına, icra takibi henüz başlamamışsa icra takibinin başlamasına engel olur. Diğer yandan icraı engelleyen sözleşme ile alacaklı, yargılama sonucu elde edilen mahkeme kararını icraya koymama yükümlülüğü altına girmiş olabilir⁸⁹². Tanımdan da anlaşılacağı üzere icraı engelleyen sözleşmeler daha çok borçlu lehinedir. Bu nedenle bu icra sözleşmeleri özellikle ekonomik durumu kötü olan borçlu için büyük öneme sahiptir. İcraı engelleyen sözleşmeler için üzerinde durulması gereken bir diğer nokta da, genel olarak hiçbir icra takibinin yapılmayacağına ilişkin sözleşmelerin geçersiz olduğudur. Zira burada belirsiz bir haktan sürekli olarak vazgeçme vardır ve böyle bir vazgeçme geçerli değildir⁸⁹³. İcraı engelleyen sözleşmelerin en tipik örneği taksitle ödeme sözleşmeleridir. Taksitle ödeme sözleşmeleri hacizden önce taksitle ödeme ve hacizden sonra taksitle ödeme sözleşmesi olarak iki türlü incelenebilir. Borçlunun taksitle ödeme taahhüdü İİK m. 111'de hükme bağlanmıştır. Maddeye göre, borçlu alacaklının satış talebinden önce, borcunu muntazam taksitlerle ödemeyi taahhüt eder ve birinci taksiti de derhal verirse icra işlemi durur. Taksitle ödeme taahhüdünde kanunda belirtilen şartlar gerçekleşmişse borçlunun taksitle ödeme taahhüdünün alacaklı tarafından kabulüne gerek yoktur. Belirtmek gerekir ki, İİK m. 111'de düzenlenen

⁸⁹¹ AŞIK, İcra Sözleşmeleri, s. 97.

⁸⁹² AŞIK, İcra Sözleşmeleri, s. 97.

⁸⁹³ AŞIK, İcra Sözleşmeleri, s. 101.

taksitle ödeme taahhüdü, teknik anlamda taksitle ödeme sözleşmesi değildir⁸⁹⁴. Taksitle ödeme sözleşmesi, alacaklı ve borçlunun karşılıklı irade beyanlarının uyuşması ile kurulur ve alacaklı bakımından kanundan doğan ödeme talebini kabul etmek gibi herhangi bir zorunluluk yoktur⁸⁹⁵.

c- İcraı Genişleten Sözleşmeler

İcra sözleşmelerinin bir diğer türü de, icraı genişleten sözleşmelerdir. Bu tip sözleşmelerde alacaklıya kanun tarafından verilen icra imkânlarının genişletilmesi söz konusudur⁸⁹⁶. Bu da genellikle borçlunun, kanunda öngörülen koruyucu hükümlerden sözleşmeyle vazgeçmesi şeklinde karşımıza çıkar. Buna örnek olarak, kanunun haczedilemeyeceği öngörülmüş olan bir malın haczedilmezliğinden borçlunun vazgeçmesi (İİK m. 83/a) ya da herhangi bir sürenin geçmesinden istifade hakkı olan borçlunun, bu hakkından vazgeçmesi şeklinde görülebilir. İcraı genişleten sözleşmeler, iki türlü incelenebilir. Başka bir deyişle, bu sözleşmeler (taksitle ödeme sözleşmeleri) iki dönemde gerçekleştirilebilir:

aa- Hacizden Önce Taksitle Ödeme Sözleşmesi

İİK m. 78/II'den, alacaklı ve borçlunun hacizden önce taksitle ödeme sözleşmesi yapabilmelerine kanun tarafından imkan tanındığı anlaşılmaktadır⁸⁹⁷. Alacaklı ve borçlu,

⁸⁹⁴ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **AŞIK**, İcra Sözleşmeleri, s. 85 vd.

⁸⁹⁵ **AŞIK**, İcra Sözleşmeleri, s. 102.

⁸⁹⁶ **ÜSTÜNDAĞ**, SAİM: İcra Hukukunun Esasları, Ankara 2004, s. 158; **KURU**, BAKİ: İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Ankara 2013, s. 523 vd; **BELGESAY**, MURAT REŞİT: İcra ve İflas Kanunu Şerhi, C. I, İstanbul 1954, s. 148; **ULUKAPI**, ÖMER: İcra ve İflas Hukuku, Konya 2001, s. 67; **TERCAN**, ERDAL/ **TERCAN**, SÜHEYLA: İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2005, s. 74.

⁸⁹⁷ İİK m. 78/II: “Haciz istemek hakkı, ödeme emrinin tebliği tarihinden itibaren bir sene geçmekle düşer. İtiraz veya dava halinde bunların vukuundan hükmün katileşmesine kadar veya alacaklıyla borçlunun icra dairesinde taksit sözleşmeleri yapmaları halinde taksit sözleşmesinin ihlaline kadar geçen zaman hesaba katılmaz”.

hacizden önceki bir dönemde icra dairesi önünde borcun taksitle ödenmesi konusunda sözleşme yapabilirler⁸⁹⁸. Diğer bir ifadeyle hakkındaki icra takibi kesinleşmiş olan borçlu borcunu taksitle ödemek isteyebilir. Bu sözleşme iki şekilde yapılabilir: İlk olarak haciz için borçlunun evine veya işyerine gidildiğinde borçlu taksitle ödeme teklifinde bulunur ve alacaklı da bu teklifi kabul ederse, icra müdürü (haczi yapan memur) borçlunun taksitle ödeme teklifini ve şartlarını ve alacaklının bu teklifi kabul ettiğini bir tutanağa (haciz tutanağına) yazar ve tutanağın altı borçlu, alacaklı ve icra müdürü tarafından imzalanır. Bununla alacaklı haciz talebini geri almış olacağından borçlunun malları haczedilemez⁸⁹⁹. Bunun yanısıra borçlu, hacze gidildiği sırada değil hacze gidilmeden önce de icra dairesine başvurarak borcunu taksitle ödemek istediğini bildirebilir ve alacaklı bu teklifi kabul edebilir. Burada da iki ihtimal söz konusudur:

- Alacaklının ve borçlunun icra dairesinde hazır olmaları: borcun taksitle ödenmesi anlaşması icra tutanağına yazılır ve tutanağın altı borçlu, alacaklı ve icra müdürü tarafından imzalanır⁹⁰⁰.
- Alacaklının icra dairesinde hazır olmaması: borçlu tarafından yapılan taksitle ödeme teklifi, icra dairesince alacaklıya bir yazı (muhtıra) ile bildirilir. Alacaklı, borçlunun taksitle ödeme teklifini kabul ettiğini icra dairesine bildirirse, icra dairesi de bunu bir yazı ile borçluya bildirir ve böylece taksitle ödeme anlaşması yapılmış olur⁹⁰¹.

⁸⁹⁸ PEKCANITEZ, HAKAN/ ATALAY, OĞUZ/ SUNGURTEKİN ÖZKAN, MERAL/ ÖZEKES, MUHAMMED: İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2013, s. 300; UYAR, Şerh, C. I, s. 1502 vd.

⁸⁹⁹ KURU, İcra-İflas, s. 609.

⁹⁰⁰ KURU, İcra-İflas, s. 610.

⁹⁰¹ UYAR, Şerh, C. I, s. 1503; KURU, İcra-İflas, s. 610.

Bu sözleşmenin icra dairesi önünde yapılması gerekir. İcra dairesi önünde yapılmayan sözleşmeyle icra takibi durmaz⁹⁰². Sözleşme icra dairesinde yapılmalı ve sözleşme tutanağa geçirilerek tutanağın alacaklı, borçlu ve icra müdürü tarafından imzalanması gereklidir⁹⁰³. Yargıtay'ın da görüşü bu yöndedir⁹⁰⁴. Bu sözleşmenin yapılabilmesi için mutlaka borçlunun mallarının haczine gidilmiş olması gerekmez. Hacze gidilmeden de icra takibinin herhangi bir aşamasında taksitle ödeme sözleşmesi yapılabilir.

Borçlunun hacizden önce yapmış olduğu taksitle ödeme teklifi, İİK m. 111'deki şartları taşısa bile, alacaklının bu teklifi kabul etme zorunluluğu yoktur. Diğer bir ifadeyle borçlunun teklifi ne olursa olsun, alacaklı hacizden önceki taksit teklifini kabul etmek zorunda değildir. Bu sözleşmenin yapılması için mutlaka alacaklının rızası gerekir⁹⁰⁵. Alacaklı bu teklife rağmen borçlunun mallarının haczini isteyebilir. Ancak borçlunun borcuna yetecek kadar malı haczedildikten sonra kanunkoyucu alacaklıya bu talebi kabul etme zorunluluğu getirmiştir. Ancak bu zorunluluk hacizden önceki dönem için söz konusu değildir. Hacizden önceki dönemde yapılan taksitle ödeme sözleşmesinin şartlarını, taksit sayısını, taksit miktarlarını borçlu ve alacaklı istedikleri gibi belirleyebileceklerdir⁹⁰⁶. Ancak taksit anlaşmasının ihlali durumunda özellikle cezai sonuçların doğabilmesi için bu anlaşmada taksit miktarlarının ve taksitle ödeme tarihlerinin açıkça belli olması gerekir⁹⁰⁷.

⁹⁰² KURU, İcra-İflas, s. 523, 525.

⁹⁰³ KURU, İcra- İflas, s. 522.

⁹⁰⁴ Y 8CD , 25.11.1993 T, 1993/10676 E, 1993/11955: "...Borçlu sanığın ödeme taahhüdünü ihtiva eden 17.3.1992 tarihli icra tutanağında, icra müdürü veya yetkili memurun imzaları bulunmadığı, böylece İİK'nın 8. Maddesine aykırılık yapılmış olması nedeniyle bu tutanak ve hükme dayanak alınan taahhüdün hukuken geçerli bulunmadığı göz ardı edilerek yazılı biçimde mahkumiyet kararı verilmesi, bozmayı gerektirmiştir" (YKD, S. 2, Ankara 1884, s. 316-317).

⁹⁰⁵ UYAR, Şerh, C. I, s. 1505; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 300.

⁹⁰⁶ MUŞUL, T: İcra ve İflas Hukuku, C. I, Ankara 2013, s. 891; AŞIK, İcra Sözleşmeleri, s. 104; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s.

⁹⁰⁷ PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 300.

Alacaklı ve borçlunun anlaşarak taksitle ödeme sözleşmesi yapması ve bunun icra tutanağına geçirilmesi ile icra takibi durur. Borçlu taksitleri sözleşmeye uygun olarak ödemeye devam ettiği takdirde icra takibi devam etmez ve borçlunun malları haczedilemez⁹⁰⁸. Borçlu kararlaştırılan şekilde taksit sözleşmesine uygun olarak ödeme yapmazsa, alacaklı borcun kalan kısmı için takibe devam edilmesini ve borçlunun mallarının haczedilmesini isteyebilir⁹⁰⁹.

bb- Hacizden Sonra Taksitle Ödeme Sözleşmesi

Hacizden sonra borçlunun icra takibinin devam etmesine engel olmak için iki yolu vardır. Bunlardan ilki, İİK m. 111'deki şartlara uygun bir ödeme taahhüdünde bulunmaktır. Bu durumda alacaklının kabulüne ihtiyaç yoktur. Borçlunun taksitle ödeme teklifi, İİK m. 111'deki koşulları taşıyorsa tarafların sözleşme yapmalarına gerek olmaksızın kanundan dolayı borç taksitle ödenecektir⁹¹⁰, yani icra müdürü borçlunun hacizli mallarını satamaz⁹¹¹. İkinci durum ise, borçlunun İİK m.111'deki şartları gerçekleştirememesi durumunda, alacaklı ile şartlarını kendilerinin belirledikleri ve alacaklının kabulüne bağlı bir taksitle ödeme sözleşmesi yapmalarıdır. Alacaklı böyle bir durumda borçlunun taksitle ödeme teklifini kabul etmek zorunda değildir⁹¹². Ancak alacaklının bu teklifi kabul etmesi halinde alacaklı ile borçlu arasında bir taksit anlaşması yapılmış olur. Bu durumda borçlu taksitleri anlaşmaya göre zamanında ödediği sürece borçlunun hacizli malları satılamaz ve satış işleme süreleri

⁹⁰⁸PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 300; ULUKAPI, s. 101; TERCAN/TERCAN, s. 96.

⁹⁰⁹PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 301.

⁹¹⁰UYAR, Şerh, C. I, s. 2122; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 301.

⁹¹¹UYAR, Şerh, C. I, s. KURU, İcra- İflas, s. 614.

⁹¹²PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 301; TERCAN/TERCAN, s. 96.

işlemez (İİK m. 111/III). Fakat alacaklı İİK m. 111'deki şartları taşımayan böyle bir teklifi kabul etmezse borçlunun hacizli malları satılır⁹¹³.

Borçlunun İİK m. 111'de belirtilen şartlara uygun olarak taksitle ödeme taahhüdü üzerine alacaklının kabulüne gerek kalmadan icra takibi olduğu yerde durur⁹¹⁴. Takip durduğundan icra müdürü borçlunun hacizli mallarını satamaz. Ancak borçlunun taahhüt ettiği bu taksitlerden birini zamanında ödememesi halinde icra takibine kaldığı yerden devam edilir, yani alacaklının talebi üzerine hacizli mallar satılır⁹¹⁵.

3- KURULUŞU

İcra sözleşmeleri, İcra Hukuku'nun inceleme alanında yer alan sözleşmelerdir. Diğer bir ifadeyle bu sözleşmeler asli etki ve sonuçlarını İcra Hukuku alanında meydana getirirler. Bu anlamda icra sözleşmeleri maddi hukuk sözleşmesi sayılmazlar. Bu nedenle de icra sözleşmelerinin kurulması ve şekli bakımından icra hukuku normlarının uygulanması gerekir. Ancak doktrinde, icra sözleşmelerinin kanunda ayrıntılı olarak düzenlenmemiş olması nedeniyle konuya usul sözleşmeleri için geliştirilen ilkelerinin⁹¹⁶ uygulanmasının uygun olacağı ifade edilmiştir⁹¹⁷.

Buradan hareketle icra sözleşmelerinin kuruluşunda ilk olarak bu sözleşmeye ilişkin kanunda özel olarak bir düzenleme olup olmadığına bakılması gerekir. İcra İflas Kanunu'nda

⁹¹³ UYAR, Şerh, C. I, s. 2122; KURU, İcra-İflas, s. 525.

⁹¹⁴ KURU, İcra-İflas, s. 525; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 301.

⁹¹⁵ UYAR, Şerh, C. I, s. 2122; KURU, İcra-İflas, s. 525.

⁹¹⁶ Maddi hukukta olduğu gibi Usul Hukukunda da sözleşmenin kurulması için icap ve kabulün olması, bunun sonunda irade beyanlarının birbirine uygun olması gerekir. Bütün bu Medeni Hukuk alanında geliştirilen sözleşmelere ilişkin kurallar usul sözleşmeleri için de kullanılabilir. Medeni Hukuk alanında geliştirilen sözleşmelerle ilgili kurallar genel olarak geçerliliği olan kurallardır ve bütün hukuka aittir (AŞIK, İcra Sözleşmeleri, s. 142-143).

⁹¹⁷ AŞIK, İcra Sözleşmeleri, s. 141.

konuya ilişkin ayrıntılı düzenlemeler yer almamaktadır. Sözleşmelere ilişkin hükümler Medeni Hukuk alanında yer aldığı için, sözleşmelere ilişkin bu kuralların bünyelerine aykırı düşmedikçe bütün sözleşmeler için geçerli olacaklarının ve böylelikle icra sözleşmelerine de uygulanacaklarının belirtilmesi mümkün olur⁹¹⁸. Buna örnek olarak, İcra ve İflas Kanunu'nda konuya ilişkin atıf olmamasına rağmen, Medeni Hukuk'un ehliyet hakkındaki kurallarının İcra Hukuku'nda da, taraf ehliyetinin ve takip ehliyetinin belirlenmesinde kullanılacağına ilişkin doktrin görüşü verilebilir⁹¹⁹.

Bu açıklamalardan sonra, icra sözleşmelerinin kuruluşunda, diğer sözleşmelerde olduğu gibi, tarafların karşılıklı birbirine uygun irade beyanlarının olmasının gerekli olduğunu ifade etmek gerekir. Tarafların irade beyanları, aralarında var olan veya ileride meydana gelecek olan sözleşmeyi kurmaya yönelik olmalıdır. Bu irade açıklamaları maddi hukukta olduğu gibi icap ve kabul şeklinde olacaktır. Hacizden önceki bir dönemde veya hacizden sonraki taksitle ödeme sözleşmesi teklifinde borçlu, taksitle ödemek yapmak için icra dairesine başvurarak taksitle ödeme teklifini icra dairesine bildirir. Borçlunun yaptığı bu bildirim teknik anlamda icaptır. Bu icap, icra dairesi tarafından alacaklıya tebliğ edilir. Alacaklı da borçlunun taksitle ödemeye ilişkin icabını kabul ettiğini icra dairesine bildirirse alacaklının bu beyanı teknik anlamda kabuldür ve bu şekilde taksitle ödeme sözleşmesi kurulmuş olur. Önemle belirtmek gerekir ki, sözleşmenin kurulması için tarafların beyanlarını icra dairesi aracılığıyla birbirlerine ulaştırmalı şart değildir, borçlu ve alacaklı bizzat karşılıklı icap ve kabulle sözleşmeyi yapabilirler.

⁹¹⁸ AŞIK, İcra Sözleşmeleri, s. 143.

⁹¹⁹ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 106-108.

4- ŞEKLİ

Çalışmanın daha önceki bölümlerinde de ifade ettiğimiz gibi, irade beyanı bir şekle tabidir. Bununla beraber teknik veya dar anlamda şekil, beyanın kanun tarafından veya tarafların iradesiyle tespit edilen ve iradenin dışı yansıması için öngörülen özel bir tarzı ifade etmektedir⁹²⁰. İcra sözleşmelerine ilişkin olarak kanunda özel bir düzenleme yer almadığından sözleşmelerin şekline ilişkin de bir düzenleme kanunda yer almamaktadır. Doktrinde kanun tarafından özel bir şekil şartı öngörülmediği takdirde şekil serbestisi söz konusu olacağından icra sözleşmeleri bakımından da kural olarak şekil serbestisi ilkesinin geçerli olduğu ifade edilmiştir⁹²¹. Ancak taraflar kendileri icra sözleşmesinin belli bir şekil şartına uyularak yapılabileceğini kararlaştırabilirler. Örneğin icra dairesinin yetkisini belirleyen yetki sözleşmesi hakkında İİK m. 50/I’de, “ para veya teminat borcu için takip hususunda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun yetkiye dair hükümleri kıyas yolu ile tatbik olunur” düzenlemesi yer aldığından HMK’da (HUMK yürürlükten kalmış olduğu için) konuya ilişkin 18/2’ye baktığımızda, yetki sözleşmesinin geçerli olması için yazılı olarak yapılmasının gerekli olduğunu görürüz. Kanunda öngörülen bu şekil geçerlilik şartıdır. Yetki sözleşmesinin adi yazılı şekilde yapılması yeterlidir. Konuya ilişkin açık bir kanun maddesi olduğundan, taraflar arasında asıl sözleşme şekle tabi olmasa bile yetki sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması gereklidir. Buna karşılık asıl sözleşmenin resmi şekle tabi olması, yetki sözleşmesinin de resmi şekle tabi olması sonucunu doğurmaz. Asıl sözleşme resmi şekle tabi olsa bile yetki sözleşmesi adi yazılı şekilde yapılabilir⁹²². Ayrıca belirtmelidir ki yetki

⁹²⁰ ALTAŞ, s. 61.

⁹²¹ AŞIK, İcra Sözleşmeleri, s. 144-145; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 106-108.

⁹²² POSTACIOĞLU, Usul, s. 160, KURU, Usul, C.I, s. 558; ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, Öneriler, s. 114; ÜSTÜNDAĞ, İcra, s. 212.

sözleşmesi ile her iki taraf da yükümlülük altına girdiğinden⁹²³, yetki sözleşmesinin altı her iki tarafça da imzalanmalıdır⁹²⁴.

Alacaklının yetkisiz bir icra dairesinde takibi başlatmış olması ve borçlunun da yetki itirazında bulunmaması durumunda yetkisiz icra dairesinin yetkili hale geleceğini belirtmek gerekir. Bu durumda şöyle bir sorun karşımıza çıkmaktadır: Taraflar bir yetki sözleşmesi yapmışlar ancak bu sözleşmeyi yazılı olarak değil de sözlü olarak yapmışlarsa, alacaklının icra takibini kanunen yetkili olmayan ama sözleşmeyle tarafların yetkili hale getirdiği icra dairesinde başlatması durumunda, borçlunun da yetki itirazında bulunmaması halinde, borçlu şekil şartı eksikliği olan bu sözleşmeye icazet vermiş olur mu? Ya da taraflar arasında zımni bir yetki sözleşmesi mi kurulmuş olur? Doktrindeki baskın görüş bu durumda bir zımni yetki sözleşmesinin var olduğunu kabul etmektedir⁹²⁵. Burada artık borçlu, alacaklıyla yazılı şekle uyularak yapılmamış ve bu nedenle de geçersiz olan yetki sözleşmesine icazet vermiş olmaz. Çünkü burada borçlu, yetkisiz icra dairesinin yetkisini kabul etmektedir ve bu nedenle de yeni bir yetki sözleşmesinin kurulduğunu söylemek yerinde olur⁹²⁶.

Öte yandan, borcun taksitle ödenmesine ilişkin sözleşmelere baktığımızda ise, bu sözleşmelerin icra tutanağına geçirilmesi gerekli olduğunu görmekteyiz. Daha açık bir ifadeyle alacaklı ve borçlunun hacizden önceki bir dönemde, icra dairesi önünde borcun taksitle ödenmesine ilişkin olarak yaptıkları sözleşme, icra dairesi önünde yapılmazsa icra takibini durdurmaz. Bu konuda Yargıtay da bu yönde görüş bildirmiştir⁹²⁷. Doktrinde de,

⁹²³ **KURU**, Usul, C. I, s. 559, **AŞIK**, İcra Sözleşmeleri, s. 145.

⁹²⁴ **KURU**, Usul, C. I, s. 559.

⁹²⁵ **ÜSTÜNDAĞ**, Medeni Yargılama, s. 216; **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s. 199; **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s. 183.

⁹²⁶ **AŞIK**, İcra Sözleşmeleri, s. 146.

⁹²⁷ Y 8 CD 25.11.1993 T, 1993/10676 E, 1993/11955 K: "... Borçlu sanığın ödeme taahhüdünü ihtiva eden 17.03.1992 tarihli icra tutanağında, icra müdürü veya yetkili memurun imzaları bulunmadığı, böylece İİK'nın 8. maddesine aykırılık yapılmış olması nedeniyle bu tutanak ve hükme dayanak alınan taahhüdün hukuken geçerli

konuya ilişkin kararın doğru olduğu ifade edilmiştir. Buna göre, icra tutanağının altı icra müdürü veya yardımcısı tarafından imzalanmamışsa o tutanağa dayanılarak o kişiye ceza verilemez⁹²⁸. Bununla birlikte icra tutanağının icra müdürü tarafından imzalanmamış olması borçlunun taahhüdünün geçersiz olduğu anlamına gelmez, borçlunun taahhüdü hukuken geçerlidir. Bu durum sadece borçluya ceza verilmesine engel olur⁹²⁹. Ayrıca belirtmek gerekir ki, tutanağın imzalanmamış olması halinde, Ceza Hukuku bakımından borçlu ceza almayacakken, İcra Hukuku bakımından da, icra takibinin durması, sürelerin durması ve bu nedenle haciz veya istenememesi gibi sonuçların doğmaması söz konusu olur. Bununla birlikte taraflar arasında sözleşmenin kurulması bakımından, sözleşmenin icra tutanağına geçirilmemiş olması önemli değildir. Tutanağa geçirilmemiş olsa da sözleşme kurulmuş olur.

C- KONKORDATONUN ve YENİDEN YAPILANDIRMA PROJESİNİN ŞEKLİ

1- GENEL OLARAK

Konkordato, bir borçlunun yaptığı teklifin Kanun'da öngörülen nitelikli çoğunlukta alacaklıları tarafından kabul edilmesi ve yetkili makamca tasdik edilmesi sonucu, belli bir zaman dilimi içerisindeki tüm adi borçlarını, teklifi doğrultusunda ve kendisine uygun koşullar çerçevesinde ödemesini mümkün kılan bir hukuki imkandır⁹³⁰. Diğer bir tanımla konkordato, borçlu ile alacaklılarının kanunda öngörülen çoğunluğu arasında ve yetkili

bulunmadığı göz ardı edilerek yazılı biçimde mahkumiyet kararı verilmesi, bozmayı gerektirmiştir” (YKD, S. 2, Ankara 1994, s. 316-317).

⁹²⁸ KURU, İcra-İflas, s. 522.

⁹²⁹ KURU, İcra –İflas, s. 522; AŞIK, İcra Sözleşmeleri, s. 102-103, dn. 517.

⁹³⁰ KURU, İcra-İflas, s. 523; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 775.

makamın tasdiki sonucunda ortaya çıkan cebri bir anlaşmadır⁹³¹. Ekonomik kriz, piyasa şartlarının elverişli olmaması, işlerinin bozulması, tahminlerinde yanılmış olması gibi nedenlerle bir borçlunun mali durumu bozulmuş olabilir. Eğer borçlu bütün borçlarını tam olarak ödemek zorunda bırakılırsa, borçlunun elindeki mevcudu bütün borçlarını ödemeye yetmeyeceğinden ve böylece borçlu iflasın eşiğine geleceğinden kanunkoyucu konkordato prosedürünü hükme bağlamıştır⁹³².

2- KONKORDATONUN TÜRLERİ

Konkordato birçok ayrıma tabi tutulmakla birlikte, esas olarak yapıldığı zamana göre iflas içi konkordato ve iflas dışı konkordato olmak üzere ikiye ayrılır. İflas dışı konkordato, borçlunun iflasa tabi olup olmadığına bakılmaksızın yapılabilen konkordato türüdür. İflas dışı konkordatoda borçlu iflasa tabi ise, henüz iflas etmeden önce konkordato teklif edip bu teklifinin kabul edilmesi durumunda iflastan kurtulabilir⁹³³. Buna iflas dışı konkordato denir ve bu yönüyle iflas dışı konkordatonun iflas etmeden önce iflası önleyici niteliği vardır⁹³⁴. Bununla birlikte borçlu iflasa tabi kimselerden olup da iflas etmişse, iflastan kurtulmak için konkordato teklif edebilir. Teklif edilen konkordato kabul ve tasdik edilirse borçlu hakkındaki iflas hüküm ve sonuçlarıyla ortadan kalkar. Buna da iflas içi konkordato denir⁹³⁵. İcra ve İflas Kanunu'nda iflas dışı konkordato ayrıntılı olarak düzenlenmiş (m. 285-308) iflastan sonra konkordato içine iflas dışı konkordato hükümlerine yollama yapılmıştır.

⁹³¹ Y14 HD, 06.03.1980 T, 1980/1069 E, 1980/1246 K: “İİK’nın 285-309. maddelerinde yer alan konkordato koşulları var olduğu takdirde, borçlarını ödeyemeyecek hale gelen borçlunun iflastan kurtulmak için aman dilemesi sonucu uygulanan hafifletilmiş bir kolektif icra müessesesidir” (YKD, S. 6, 1980 Ankara, s. 833).

⁹³² KURU, İcra-İflas, s. 1229.

⁹³³ PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 777; KURU, İcra-İflas, s. 1231; UYAR, Şerh, C.III, s. 4701; POSTACIOĞLU, İLHAN: İflas Hukuku Esasları, C. I Konkordato, İstanbul 1949, s. 159 vd.

⁹³⁴ Bu konkordato türüne iflas önleyici konkordato da denir (KURU, İcra-İflas, s. 1231).

⁹³⁵ PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 777; KURU, İcra-İflas, s. 1231.

3- ŞEKLİ

a- İflas Dışı Konkordato

Konkordatonun şekli konusunda ilk olarak iflas dışı konkordatonun şekline değinmek gerekir. İflas dışı konkordato kurumundan yararlanmak isteyen borçlu, iflasa tabi şahıslardan ise, muamele merkezinin bulunduğu, iflasa tabi şahıslardan değilse yerleşim yerinin bulunduğu yer icra mahkemesine gerekçeli bir dilekçe ile başvurarak konkordato talep eder (İİK m. 285/IV). Bu başvuru sırasında borçlu dilekçe ile konkordato teklifini (projesini) bildirir (İİK m. 285/I, c. 1). Borçlu konkordato projesine ayrıntılı bilançosunu ve gelir gider tablosunu da eklemelidir. Bununla birlikte borçlu, defter tutmak zorunda olan kimselerden ise, defterlerinin durumunu gösteren bir cetveli de konkordato dilekçesine eklemelidir. Bu cetvelde özellikle Türk Ticaret Kanunu'nun 66. maddesine göre tutulması mecburi olan defterlerin hepsinin tutulmuş olup olmadıkları da gösterilir (İİK m. 285/I). Bununla birlikte borçlu, konkordato projesine eklemek zorunda olduğu ayrıntılı bilançoda bütün alacaklıların isim ve adreslerini ve alacak miktarlarını da bildirmelidir. Aksi halde bilanço ayrıntılı olmaz. Bunun en temel yararı, icra mahkemesinin konkordato projesinin alacaklıları zarara sokmak kastından ari olup olmadığını daha kolay ve isabetli şekilde belirleyebilecek olmasıdır. Bilançoda alacaklıların adresleri de verileceğinden onlara konkordatonu aşamalarından bilgi vermek de mümkün olacaktır⁹³⁶.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşıldığı üzere konkordato projesi ve ekleri yazılı şekilde icra mahkemesine sunulmalıdır. Buradaki şeklin ne olduğu konusunda kanunda resmi şekilde bahsedilmediğinden kanımızca adi yazılı şekilde hazırlanacak bir konkordato projesinin icra mahkemesine sunulması şekil şartını yerine getirmiş olacaktır. Bunun yanısıra, konkordato projesinin İİK m. 286 ve İİK m. 298'deki unsurları kapsar biçimde olması

⁹³⁶ UYAR, Şerh, C. III, s. 4705; KURU, İcra-İflas, s. 1449; POSTACIOĞLU, Konkordato, s. 161.

gerekir⁹³⁷. İİK m. 286'da, "icra mahkemesi, borçluyu ve talepte bulunmuş ise alacaklıyı dinledikten sonra borçlunun durumunu, malvarlığını ve gelirlerini, taahhütlerini yerine getirmesine engel olan sebepleri ve konkordatonun başarı ihtimalini göz önünde tutarak, projenin alacaklıları zarara sokmak kastından ari olup olmadığına göre konkordato talebinin uygun olup olmadığına karar verir" hükmü yer almaktadır. Bununla birlikte İİK m. 285/V uyarınca borçlunun ayrıntılı bilançosunda bütün mal ve kıymetlerinin bulundukları yerleri ayrı ayrı göstermesi gerekir⁹³⁸.

Buraya kadar, borçlunun iflas dışı konkordato talebinde bulunmak istediğinde nasıl bir yol izleyeceği açıklanmıştır. Bununla birlikte, borçlusu iflasa tabi kişilerden olan her alacaklı da, gerekçeli bir dilekçeyle icra mahkemesinden borçlu hakkında konkordato işlemlerinin başlatılmasını isteyebilir (İİK m. 285/II). Alacaklının konkordato talebinde bulunması durumunda, borçlusunun ticari defterlerini, bilançosunu, gelir tablolarını ve konkordato projesi sunmak zorunluluğu yoktur. Ancak dilerse bir proje önermesinin önünde bir engel yoktur⁹³⁹. Alacaklının sunduğu bu projeyi kabul etmesi ya da yeni bir proje sunması mümkündür.

Burada belirtilmesi gereken önemli bir nokta da, borçlunun sunduğu konkordato dilekçesinin bir dava dilekçesi olmadığı, tek taraflı bir konkordato teklifi talebi olduğudur⁹⁴⁰.

⁹³⁷ Y 19 HD, 05.05.2010 T, 2010/535 E, 2010/5511 K: "Projede alacaklılar dört gruba ayrılmasına rağmen hangi alacaklının hangi gruba dahil olduğunun belirtilmemesi ve alacaklılar arasında eşit işlem yapılması gerektiğinin dikkate alınmaması usul ve yasaya aykırıdır, www.legalbank.net (erişim tarihi: 30.05.1014).

⁹³⁸ **ATALAY**, hakimin bilançoda gösterilen mal ve kıymetlerin değerinin takdir edilmesi ve buradan hareketle konkordato projesinin gerçekçi olup olmadığını incelerken bağımsız denetim kuruluşlarından ve bilirkişilerden yardım almasının gerekli olduğunu ifade etmiştir (**ATALAY**, OĞUZ: "Konkordato Hukukundaki Değişiklikler, Bankacılar Dergisi, S. 47, Ankara 2003, s. 102).

⁹³⁹ **PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES**, s. 780-781.

⁹⁴⁰ **KURU**, İcra-İflas, s. 1234.

Bu nedenle konkordato dilekçesinde alacaklılar hasım olarak gösterilmezler⁹⁴¹. Bunun yanı sıra, borçlunun konkordato dilekçesine ekleyeceği ayrıntılı bilançosunda bütün alacaklıların isim, adres ve alacak miktarlarını göstermesi gerekir⁹⁴².

b- İflas İçi (İflastan Sonra) Konkordato

İflasına karar verilmiş bir kimse de, karar verilen bu iflastan kurtulmak için, yani iflasın kaldırılmasını sağlamak için (İİK m. 182) konkordato teklif edebilir. İflas içi konkordatonun iflas dışı konkordatodan en temel farkı bu tür konkordatonun borçlunun iflasına engel olmayı değil, iflasa karar verilmiş bir durumda, bu kararın kaldırılmasını sağlamayı amaçlamasıdır. Müflis iflas tasfiyesi sırasında konkordato teklifini iflas idaresine verir. Müflisin bu projeye ayrıntılı bilançosunu gelir tablosunu ve defterlerinin durumunu bildiren cetveli ekleme zorunluluğu yoktur⁹⁴³. Bununla birlikte müflisin iflas masasına alacak yazdırmamış olan alacaklıların isim, adres ve alacak miktarlarını konkordato teklifinde bildirmesi gerekir⁹⁴⁴. İflas içi konkordatoda da borçlunun sunacağı projenin adi yazılı şekilde yapılması kanımızca şekil şartını yerine getirir.

4- YENİDEN YAPILANDIRMA PROJESİNİN ŞEKLİ

Ekonomik koşullardaki beklenmedik değişiklikler nedeniyle aslında ekonomik varlıklarını devam ettirmesi mümkün olan sermaye şirketleri, muaccel para borçlarını ödeyemedikleri için faaliyetlerini durdurmak tehlikesi ile karşı karşıya kalabilirler⁹⁴⁵. Bu

⁹⁴¹ KURU, İcra-İflas, s. 1234.

⁹⁴² Ayrıntılı bilançonun yararları için bkz. UYAR, Şerh, C. III, s. 4706; KURU, İcra-İflas, s. 1235.

⁹⁴³ PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 819; KURU, İcra-İflas, s. 1324.

⁹⁴⁴ KURU, İcra-İflas, s. 1324.

⁹⁴⁵ PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 836; YARICI, HÜLYA: Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılması, İstanbul 2007, s. 9; ERTEN, ALPER EFE: Mali Durumu Bozulan Sermaye Şirketlerinin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılması, Ankara 2006, s. 14; UYAR, Şerh, C. III, s. 4722-4723.

tehlike, Finansal sıkıntı yaşayan şirketlerin yeniden yapılandırılmasında nakit akışını düzeltecek ve etkinliği artıracak yöntemlerle ortadan kaldırılmaya çalışılır⁹⁴⁶. Sermaye şirketleri ile kooperatiflerin alacaklılarıyla uzlaşarak borçlarını ve gerekiyorsa, yönetim organizasyonlarını yeni koşullara adapte etmek suretiyle faaliyetlerine devam etmelerine imkan sağlayan hukuki kuruma “uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma” denir⁹⁴⁷. İcra ve İflas Kanunu’na 5092 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle girmiş bulunan uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma kurumu, sadece mali durumu bozulan sermaye şirketleri ve kooperatiflere tanınan bir imkandır. Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılmasına Dair Yönetmeliğin 4. maddesinde, “İcra ve İflas Kanununun 309/m maddesi hükümlerince, borçlu önceden müzakere edilmiş ve alacaklılar tarafından kabul edilmiş projenin tasdiki için asliye ticaret mahkemesine başvurur. Başvuruya bu Yönetmeliğin 7⁹⁴⁸, 8⁹⁴⁹, 9, 10, 14 ve 17 nci maddelerinde yer alan belgeler de eklenir” hükmü yer almaktadır.

⁹⁴⁶ **SAYILGAN, GÜVEN/COŞKUN, ENDER**: “Finansal Sıkıntılı Şirketlerde Yeniden Yapılandırma Süreçleri ve Yeniden Yapılandırma Süreçlerinin Seçimini Etkileyen Faktörler”, AÜSBFD, 64-2, Ankara 2009, s. 1, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/997/12135.pdf>; **ERTEN**, s. 15.

⁹⁴⁷ **PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES**, s. 836; **UYAR**, Şerh, s. 4722-4723; **YARICI**, s. 23.

⁹⁴⁸ İcra ve İflas Kanununun 309/o maddesinin (5) numaralı bendi uyarınca ve projenin oylanması için alacaklıları davete ilişkin olarak, borçlu projeden etkilenen alacaklılara proje hakkında karar vermelerine imkan sağlayacak gerekli bilgiyi de içeren belgeleri vermekle yükümlüdür. İadeli taahhütlü mektup veya noter ihbarnamesi gibi yollarla alacaklılara gönderilecek belgeler şunlardır:

- a) İcra ve iflas Kanunun 309/n maddesindeki unsurları içeren ve borçlu tarafından usulüne uygun olarak imzalanmış ve mühürlenmiş proje, alacaklıların bu proje çerçevesinde tabi oldukları şartları gösteren beyan ve borçlunun bu projeyi akdetmeye yetkili olduğunu ispatlayan evrak,
- b) Bu Yönetmeliğin 8 inci maddesinde sayılan veya mevcut en son finansal tablolar ile yeniden yapılandırılan işletmeye ilişkin finansal tahminleri gösteren bağımsız bir denetim kuruluşu tarafından hazırlanmış rapor özeti,
- c) Bu Yönetmeliğin 9 uncu maddesine göre hazırlanmış iflas analiz raporu özeti,
- d) Alacakların sebeplerini, niteliğini ve miktarını sınıflarına göre ayrı ayrı gösteren alacaklı listesi veya listenin dağıtım için fazla kabarık olması durumunda özeti,

Projede bulunması gerekenler İİK m. 309/n'de belirtilmiştir⁹⁵⁰. Maddede belirtilen koşulları içeren projenin gerekli çoğunluk tarafından kabul edilmesiyle borçlu şirket veya

-
- e) Projeden etkilenen ve etkilenmeyen tüm alacaklıları gösteren, etkilenen alacaklılar ile nitelik itibarıyla büyük ölçüde benzer olup da projeden etkilenmeyen alacaklıları da kapsayan, borçlunun etkilenen alacaklıların proje dahilinde ellerine geçecek miktarın da yer aldığı bu Yönetmeliğin 5 inci maddesi uyarınca hazırlanmış bir çizelge,
 - f) İşletmeyi finansal zorluğa düşüren faktör ve nedenleri gösteren açıklama,
 - g) Yeniden yapılandırma yoluyla finansal darboğazı atlatmaya yönelik stratejiyi gösteren plan,
 - h) Projenin uygulanmasına yönelik şartlar,
 - i) Gerekli finansmanın temin edilebileceğine ilişkin beklentiler ve şartları,
 - j) Vergi yükümlülükleri,
 - k) Projenin başarısız olmasına yol açabilecek ekonomik, siyasi, hukuki, ticari vergi riskleri gibi riskler ve engeller,
 - ı) Yönetmeliğin 11 inci maddesi uyarınca hazırlanmış oylama davetiyesi.

⁹⁴⁹ Madde 8- Borçlu, bu Yönetmeliğin 7 nci maddesi uyarınca alacaklılarına aşağıdaki rapor ve tabloları gönderir ve bunları İcra ve İflas Kanununun 309/o maddesinin ikinci fıkrası uyarınca asliye ticaret mahkemesine yapacağı başvuruda ayrıntılı bilanço, gelir tablosu ve defterlerinin vaziyetini bildiren cetvele ek olarak sunar:

- a) En son denetçi veya denetim kurulu raporu. Eğer rapor yoksa, şirketin neden denetlenmemiş olduğuna ilişkin borçlu tarafından düzenlenen rapor.
- b) Başvuruda bulunan borçlu, ilgili mevzuat gereğince bağımsız dış denetim yaptırmak zorunda ise son denetime ilişkin rapor.
- c) Son üç yıla ait finansal tablolar. Şirket veya kooperatif üç yıldan daha kısa bir süre önce kurulmuşsa, kuruluşundan itibaren düzenlenen tüm finansal tablolar.
- d) Borçlunun aktiflerinin durumu gösteren ve aktifinde yer alan her bir mal veya mal grubunun tarifini, defter değerini, tahmini piyasa değerini, değerlemede temel alınan usul ve esasları, üzerinde bulunan rehin hakkını veya üçüncü kişinin zilyedliğinde olanları ve rehinli alacaklıların veya üçüncü kişi zilyedlerin adlarını ve adreslerini de içeren karşılaştırmalı bir değerlendirme tablosu.

⁹⁵⁰ İİK m. 309/n: Asliye ticaret mahkemesine sunulacak yeniden yapılandırma projesi, aşağıdaki hususları içerir:

- 1- Projeden etkilenen alacaklıların tâbi olacağı koşullar ve benzer alacaklara sahip olan alacaklılar arasında eşitliğin ne şekilde sağlanacağı.
- 2- Projenin, borçlunun taraf olduğu sözleşmelere etkisi.
- 3- Projenin, borçlunun malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisine etkisi.
- 4- Borçların yeniden yapılandırılması için gerekli görülüyorsa, borçlunun kredi gibi finansman kaynaklarına başvurup başvurmayacağı.
- 5- Borçlunun işletmesinin kısmen ya da tamamen devri, diğer bir şirket veya şirketlerle birleşmesi, sermaye yapısının veya ana sözleşmesinin değiştirilmesi, borçlu işletmenin yönetiminde yer alacak kişilerin belirlenmesi, borçların vadelerinin uzatılması, faiz oranlarının değiştirilmesi, menkul kıymet ihracı gibi projenin uygulanabilirliğini sağlayabilecek yöntemler.

kooperatif kanunda aranan bazı belgelerle yeniden yapılandırma projesinin tasdiki için muamele merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesine başvurulabilir (İİK m. 309/I). Mahkemeye başvuru dilekçe ile olur ve dilekçeye İİK m. 309/o'da belirtilen belgelerin eklenmesi gerekir⁹⁵¹. Bu hususları içermeyen proje ticaret mahkemesi tarafından tasdik edilmez⁹⁵². Mahkeme sunulan bu belgeler ile objektif olarak şirketin mali durumu ve alacaklıların haklarının korunup korunmadığı hakkında bilgi sahibi olacaktır⁹⁵³.

Gerek konkordato gerekse yeniden yapılandırma projesinin onaylanması için Asliye ticaret mahkemesine yapılacak başvurunun şekline ilişkin olarak kanunda özellikle getirilmiş

6- Tasdik kararından sonra projenin uygulanmasının kim tarafından ve nasıl denetleneceği.

7- Projeyi reddeden alacaklının alacağının, bu alacaklı projede kendi sınıfı için öngörülen haktan daha azını açıkça kabul etmediği sürece, nitelik itibarıyla benzerlik gösteren alacaklarla eşit muameleye tâbi olacağı.

Hukukî nitelikleri büyük ölçüde birbirine benzer olan alacakların aynı sınıfta yer almaları şartıyla, proje, alacaklıları birden fazla sınıf içerisinde gruplandırılabilir.

⁹⁵¹ İİK m. 309/o: Başvuruya eklenecek belgeler şunlardır:

1- Yeniden yapılandırma projesi.

2- Borçlunun malî durumunu gösterir belgeler, ayrıntılı bilanço, defterlerinin vaziyetini bildiren bir cetvel, gelir tablosu ve borçlunun malî durumunu açıklayıcı diğer bilgi ve belgeler.

3- Projenin, borçluyu yeniden ödeme kabiliyetine kavuşturarak muaccel borçlarını ödeme plânına göre ödeyebilecek ve nakit akışını gerçekleştirecek duruma getireceğini gösteren belgeler.

4- Projeden etkilenen ve etkilenmeyen alacaklılar ile bunların alacaklarının listesi.

5- Başvuru öncesi müzakere sürecini tanımlayan ve projeden etkilenen alacaklıların proje hakkında karar vermelerine olanak sağlayan yeterli bilgilendirmenin iadeli taahhütlü mektup ya da noter ihbarnamesi gibi uygun araçlarla yerine getirildiğini gösteren delilleri de içeren açıklamalar.

6- Projeden etkilenip de onay veren alacaklıların, bu beyanlarını içeren, imzası ve tarihi noterlikçe onaylı tutanaklar.

7- Projeye göre alacaklıların eline geçecek miktar ile borçlunun iflâsı hâlinde alacaklıların eline geçebilecek muhtemel miktarı karşılaştırmalı olarak gösteren belge.

8- Sayı ve meblağ itibarıyla çoğunluk koşulunun gerçekleştiğini gösteren cetvel.

9- Borçlunun ödeme kabiliyetine kavuşabileceğini ve projede yer alan koşullara uymasının mümkün olduğunu gösteren ve gerekli nitelikleri haiz bir bağımsız denetim kuruluşu tarafından hazırlanmış bulunan finansal analiz raporları ile dayanakları.

⁹⁵² UYAR, Şerh, C.III, s. 4724.

⁹⁵³ UYAR, Şerh, C.III, s. 4724; ERTEN, s. 157; YARICI, s. 37.

bir düzenlemenin olmadığını söylemek gerekir. Ancak ilgili maddelerde dilekçeye ve projeye nelerin ekleneceği belirtildiğinden ve bu belgelerin tamamı yazılı olacağından dilekçenin de yazılı olması gerektiği konusunda şüphe duyulmayacağını belirtmek isteriz. Buradan hareketle konkordato ve yeniden yapılandırma projesinin de yazılı olması gerektiği sonucuna ulaşmak mümkün olur. Diğer bir ifadeyle konkordato veya yeniden yapılandırma için Kanunkoyucu özellikle bir şekil şartı getirmediğinden ya da başvurunun noterce düzenleme ya da onaylama şeklinde yapılması şartını getirmediğinden burada adi yazılı şekil şartının yeterli olacağının kabul edilmesi gerekir. Diğer bir ifadeyle konkordato ya da yeniden yapılandırma talebinde bulunan kişinin bunun kabul edilmesi üzerine hazırlayacağı ve sunacağı projenin adi yazılı şekilde yapılması gereklidir. Adi yazılı şeklin unsurları olan metin ve imzanın, hazırlanan projede var olması yeterlidir. Metin şartı projenin detaylarının açıklanmasıyla, imza şartı da talepte bulunanın imzasının metne atılmasıyla yerine gelmiş sayılır.

Her ne kadar kanunda kanunkoyucu şekle ilişkin bir düzenleme getirmemiş olsa da, burada yazılı şeklin aranmayacağı gibi bir anlam çıkarmak mümkün olmaz. Zira projenin içermesi gereken noktalar dikkate alındığında mutlaka yazılı olarak sunulmasının gerekli olduğu konusunda herhangi bir tereddüt olmayacaktır. Burada sözlü şeklin, proje bakımından söz konusu olamayacağı açıktır. Bu nedenle projenin sözlü olarak mahkemede açıklanmasıyla şeklin yerine gelmiş sayılma olasılığı yoktur. Gerek konkordato gerekse yeniden yapılandırma projesinin mutlaka yazılı şekilde mahkemeye sunulması gereklidir. Bu nedenle burada adi yazılı şeklin gerekli ve yeterli olduğunu ifade etmek gerekir.

G- HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNUNDA ve İCRA ve İFLAS KANUNUNDA YAZILI OLARAK YAPILACAĞI BELİRTİLEN DİĞER İŞLEMLER

Yukarıda açıklanan taraf usul işlemleri ve sözleşmeler dışında kanunkoyucu HMK’da ve İİK’da birtakım işlemlerin de yazılı olarak yapılmasının gerekli olduğunu belirtmiştir. Bunlar sözleşme olabileceği gibi tek taraflı usul işlemi ya da tarafların yaptıkları icra takip işlemleri olarak da karşımıza çıkabilirler.

Kanunkoyucunun yazılı olarak yapılmasını gerekli gördüğü düzenlemelerden biri, kambiyo senetlerine özgü takip yolunda itirazın yazılı olarak yapılmasıdır. Genel haciz yoluyla takipte ödeme emrine itiraz icra dairesine sözlü veya yazılı yapılabilirken, kambiyo senetlerine özgü haciz yolunda itiraz icra mahkemesine dilekçe ile yapılır. Ayrıca kambiyo senetlerine özgü haciz yolunda özellikle borca itirazda itiraz sebeplerinin de belirtilmesi gerekir (İİK m. 168, I, b. 5). İtirazın yazılı olmadan yapılması durumunda icra mahkemesinin bunu dikkate almaması gerekir. Eğer icra mahkemesi yazılı olmayan itirazı dikkate alırsa da bu itirazın geçersiz sayılması gerekir.

Kanunkoyucunun yazılı olarak yapılmasını gerekli gördüğü bir diğer işlem de mal beyanında bulunmaktır. İcra takibi kesinleşip haciz aşamasına gelindiğinde, haczi yapabilmek için borçluya mal beyanında bulunma zorunluluğu getirilmiştir (İİK m. 74-77). İcra takibinin başında gönderilen ödeme emrinde, 7 gün içinde itiraz etmeyen ve borcunu da ödemeyen borçlunun aynı süre içinde mal beyanında bulunması, bulunmazsa hapisle tazyik olunacağı mal beyanında bulunmaz ya da gerçeğe aykırı beyanda bulunursa ayrıca hapisle cezalandırılacağı ihtar bildirilir.

İİK’da mal beyanının nasıl yapılacağı konusunda herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir. Bu nedenle mal beyanında bulunmak yazılı ya da sözlü olarak gerçekleştirilebilir⁹⁵⁴. Bu bağlamda, ödeme ya da icra emrinin tebliği üzerine mal beyanında bulunmak isteyen borçlu ya doğrudan doğruya icra dairesine başvurup beyanının icra müdürünce tutanağa geçirilmek suretiyle sözlü olarak veya hazırladığı mal beyanı dilekçesini icra dairesine vererek yazılı olarak mal beyanında bulunabilir⁹⁵⁵. Uygulamada mal beyanının çoğunlukla yazılı olarak yapıldığını görmekteyiz.

Sözlü olarak yapılan mal beyanında borçlu, süresi içinde icra dairesine başvurup mal beyanını icra müdürüne ya da yardımcısına bildirir. İcra müdürü bu beyanın İİK m. 74’teki yazılı koşullara uygun olacak şekil ve içerikte tutanağa geçirir ve altını borçluya imzalatır. İİK m. 74’te, “mal beyanı, borçlunun gerek kendisinde ve gerek üçüncü şahıslar yedinde bulunan mal ve alacak ve haklarında borcuna yetecek miktarın nevi ve mahiyet ve vasıflarını ve her türlü kazanç ve gelirlerini ve yaşayış tarzına göre geçim membalarını ve buna nazaran borcunu ne suretle ödeyebileceğini yazı ile veya şifahen icra dairesine bildirmesidir” hükmü yer almaktadır. Bu maddeye uygun beyanda bulunan borçlu mal beyanında bulunmuş olur. Bunun yanı sıra borçlu yazılı olarak hazırladığı mal beyanı dilekçesini icra dairesine vermek suretiyle de mal beyanı yükümlülüğünü yerine getirmiş olur⁹⁵⁶. Yazılı olarak yapılan mal beyanının İİKm .74’te yer alan unsurları içermesi gerekir. Bu unsurları içermeyen beyanlar, usulüne uygun olarak yapılmış mal beyanı niteliğinde değildir. Usulsüz mal beyanı ise hiç mal beyanında bulunmamış olmakla aynı sonucu yaratır. Yani borçlunun dilekçesindeki mal

⁹⁵⁴ ÖĞÜTÇÜ, TAHİR/ ÇİTOĞLU, ALİ: Uygulamalı İcra ve İflas Kanunu, C. II, Ankara 1977, s. 1268.

PEKCANİTEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 262; ERCAN, HASAN: İcra ve İflas Kanununa Göre Mal Beyanı, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Ankara 2004, s. 56, www.acikarsiv.ankara.edu.tr (erişim tarihi: 28.03.2014).

⁹⁵⁵ ERCAN, s. 56.

⁹⁵⁶ TÜRKES, ŞÜKRÜ: İcra-İflas Suç ve Cezaları, İstanbul 1977, s. 20; UYAR, TALİH: İcra ve İflas Hukukunda Suç Sayılan Fiiller (İcra-İflas Suçları), Manisa 1987, s. 60.

beyanı İİK m. 74'teki unsurları kapsamıyorsa bu beyan geçersizdir ve dolayısıyla borçlu hiç beyanda bulunmamış sayılır⁹⁵⁷.

Yukarıda açıklanan işlemlerin yanı sıra, gerek hacizde gerekse iflasta hazırlanacak olan sıra cetveli ve sıra cetveline itiraz da yazılı olarak yapılmalıdır. Bilindiği gibi sıra cetvelinin düzenlenmesi için birden fazla alacaklının bulunması ve borçlunun malvarlığının satılması sonucunda elde edilen para ile tüm alacaklıların alacağının ödenememesi gerekir⁹⁵⁸. Hacze iştirak eden tüm alacaklıların alacağı ödenebiliyorsa sıra cetveli düzenlemeye gerek kalmaz. Sıra cetveli düzenlenirken hacze iştirak eden alacaklılar alacak miktarlarıyla gösterilir ve bu alacaklılar belli bir sıraya kaydolunur. Bu sıranın nasıl düzenleneceğini anlamak için İİK m. 206'y bakmak gerekir. Bu maddede belirtilen şekilde ve yazılı olarak yapılmayan sıra cetvelinin geçersiz olacağı açıktır. Sıra cetvelinin tebliğinden itibaren (İİK m. 141) 7 gün içinde ilgililer duruma göre ya şikayet ya da itiraz yolu ile sıra cetveline karşı koyabilirler. Bu itirazın da mutlaka yazılı olarak yapılması gereklidir⁹⁵⁹. Yazılı yapılmayan itiraz bir sonuç doğurmaz.

Yazılı olarak düzenlenmesi gereken bir diğer belge de borç ödemedен aciz vesikasıdır. Borç ödemedен aciz vesikası, icra takibi sonunda alacaklıya alacağının ödenmeyen kısmı için icra dairesince verilen belgedir⁹⁶⁰. Diğer bir ifadeyle aciz vesikası, haczedilen malların paraya çevrilmesi sonunda, alacağı tamamen ödemeyen alacaklıya (ve bir sureti de borçluya) icra memuru tarafından verilen ve takip konusu alacağın ödenmemiş olan miktarını belirten bir belgedir⁹⁶¹. İİK m. 143/I uyarınca alacaklıya verilen bu belgeye “kesin aciz belgesi”

⁹⁵⁷ ERCAN, s. 59; ÖĞÜTÇÜ/ÇİTOĞLU, C:II, s. 1268.

⁹⁵⁸ PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 399.

⁹⁵⁹ PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 401.

⁹⁶⁰ PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 405.

⁹⁶¹ UYAR, TALİH: “Takip Hukukunda Borç Ödemedен Aciz Vesikası (İİK m. 143)”, TBB Dergisi S. 70, Ankara 2007, s. 345.

denilmektedir. Bunun yanı sıra, haciz sırasında borçlunun haczi kabil malları bulunmakla birlikte, bunların takdir edilen kıymetlerinin takip konusu alacağı karşılamayacağı anlaşılırsa, bu durumu belirleyen haciz tutanağı geçici aciz vesikası niteliğindedir (İİK m. 105). Burada aciz vesikası haciz sırasında verildiğinden ve haczedilen malların alacağı gerçekten karşılamayacağı ancak satış sonunda anlaşılacağından aciz vesikası geçici niteliktedir⁹⁶².

İİK m. 13 gereğince düzenlenecek olan kesin aciz vesikasının neleri içereceği İİK Yönetmeliği'nin 95. maddesinde gösterilmiştir. Buna göre aciz belgesinde,

- dosya numarası
- Alacaklının ve borçlunun kimlikleri, adresleri, gerçek kişilerin TC kimlik numaraları
- Hangi tutardaki alacak için düzenlendiği
- Kayın sicilden terkin nedeni

belirtilir. Bunlardan herhangi birisinin olmaması durumunda sıra cetvelini düzenlemekle yükümlü olan takibin yapıldığı yer icra dairesi sorumludur ve belge geçerli olmaz.

⁹⁶² PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 406.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ŞEKLE UYMAMANIN HÜKÜM ve SONUÇLARI

I- GEÇERLİLİK ŞEKLİ BAKIMINDAN

A- GENEL OLARAK

TBK'nın 12. maddesinde, sözleşmelerin geçerliliğinin kanunda aksi öngörülmedikçe hiçbir şekle bağlı olmadığı düzenlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında ise, kanunda sözleşmeler için öngörülen şeklin kural olarak geçerlilik şekli olduğu ve öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmelerin hüküm doğurmayacağı ifade edilmiştir. Maddeden anlaşıldığı gibi iradenin sadece açıklanmasını yeterli bulmayan ve ayrıca özel bir şekle tutulmasını öngören formalist sisteme karşı şekil serbestisi ilkesinin getirildiğini söylemek mümkün olur⁹⁶³. Bununla beraber maddenin devamına göre ise kanunda öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmelerin hüküm doğurmayacağı belirtildiğinden bu şekle uyulmadan yapılan sözleşmelere, hükümsüzlük (geçersizlik) yaptırımını uygulanmaktadır⁹⁶⁴. Ancak şekil eksikliğinin ileri sürülmesi, hakkın kötüye kullanımını (TMK. m. 2/f. II) teşkil ettiği hallerde sözleşmenin şekil eksikliği yüzünden hükümsüzlüğü iddiaları dinlenmez ve bu durumda sözleşmeyi geçerli olarak kabul etmek gerekmektedir. Yargıtay konuya ilişkin olarak bir Büyük Genel Kurul kararında “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 davası kural olarak kabul edilemez; bununla beraber Kat Mülkiyeti Kanununa tabi 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

⁹⁶³ TUĞ, s. 289.

⁹⁶⁴ EREN, s. 289; TUĞ, s. 128; OĞUZMAN, s. 157.

teslim ederek alıcının onu malik gibi kullanmasına rağmen satıcının tapuda mülkiyetin devrine yanaşmaması hallerinde, olayın özelliğine göre hakim, Medeni Kanunun 2. maddesini gözeterek açılan tescil davasını kabul edebilir” diyerek iyiniyet kuralının araştırılmasının gereğini ifade etmiştir⁹⁶⁵.

Doktrinde, TBK m. 12’de geçersizliğin türü bakımından bir düzenlemenin yapılmadığı ifade edilmektedir⁹⁶⁶. Yargıtay yakın tarihli bir kararında taraflar arasında şekil eksikliği nedeniyle sözleşmenin geçersiz olduğuna değinmiştir. Yüksek Mahkeme “taraflar arasında kanuni şekil şartına uygun yapılmayan, araç devrine ilişkin yapılan takas sözleşmesi geçersizdir. Dolayısıyla geçersiz olan sözleşmeler, tarafları yönünden herhangi bir hak ve borç doğurmazlar. Bu nedenle de, geçersiz bir sözleşmenin tarafları, o sözleşmeyle yükümlendikleri edimleri yerine getirmekten kaçınabilirler, sözleşmenin karşı tarafı da, o edimin ifasını isteyemez. Böyle bir sözleşme, taraflarına sadece aldıklarını karşı tarafa geri vermek yükümlülüğü getirir. Somut olayda, taraflar arasında sözleşme şekil eksikliği nedeniyle geçersiz olduğuna göre, taraflar sadece aldıklarını iade ile yükümlüdürler” şeklinde karar vermiştir⁹⁶⁷. Görüldüğü gibi Yüksek Mahkeme kararda sadece sözleşmenin şekil eksikliği nedeniyle geçersiz olduğunu ifade etmiş ancak geçersizliğin türü hakkında görüş bildirmemiştir. Doktrinde TBK m. 12’de yer alan geçersizliğin kesin hükümsüzlük olduğunu ifade eden bir görüş mevcut olmasına rağmen⁹⁶⁸ geçersizlik kavramının son derece tartışmalı olduğunu ifade etmek gerekir. Bu konuda öğretilde birçok farklı görüş savunulmaktadır. Bunlar, butlan, kendine özgü geçersizlik, yokluk, iptal edilebilirlik ve kesin hükümsüzlük (butlan) görüşüdür.

⁹⁶⁵ YBGK, 30.09.1988 T, 1987/2 E, 1988/2 K, www.kazanci.com.tr (erişim tarihi: 16.05.2014).

⁹⁶⁶ ÖĞÜZ, TUFAN: “Türk Borçlar Kanunu’nun Sözleşmelerin Geçersizliğine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, MÜHFHAD, İstanbul 2012, s. 99.

⁹⁶⁷ Y 13 HD, 18.12.2013 T, 2013/19630 E, 2013/31668 K, www.legalbank.net (erişim tarihi: 31.07.2013).

⁹⁶⁸ KILIÇOĞLU, Borçlar, s. 83; UYGUR, s. 250.

B- YOKLUK GÖRÜŞÜ

TBK m. 12’de belirtilen şekil şartının ne olduğu konusunda yokluk görüşüne değinmek gerekirse, ilk olarak şeklin başta Roma Hukuku olmak üzere, eski hukuk düzenlerinde oynadığı rol ile modern hukuktaki fonksiyonu arasında ciddi farklılıklar olduğunu söylemek gerekir. Gerek Roma Hukuku’nun ilk dönemlerinde gerekse diğer eski hukuk düzenlerinde, işlemin hukuki sonuçlar doğurmasının sebebi irade beyanları değil şeklidir. Bir başka deyişle şeklin hukuki işlem karşısında bağımsız bir statüsü yoktur. Tam tersine, işlem ve şekil tek bir bütün oluşturmakta; işlem ancak öngörölmüş şekle uyulmuşsa var olabilmekte, şekil dışında sırf irade beyanları ile kurulmuş bir işlem mevcut bulunmamaktadır⁹⁶⁹. Oysa bugün hukuki işleme varlığını veren şekil değil irade beyanlarıdır. Birçok işlem, hiçbir şekil şartı aranmaksızın, sadece irade beyanları ile varlık kazanabilmekte ve hukuki sonuçlarını doğurabilmektedir. Kanunun belirlediği bir şekle bağladığı işlem şekle uyulmasa dahi vardır, sadece hukuki sonuçlarını doğurmamaktadır. Buradan anlaşıyor ki, yokluk görüşü modern hukukların şekil anlayışı ile hiçbir şekilde bağdaşmamaktır. Daha açık belirtmek gerekirse, bir hukuki işlem ancak kurucu unsurları bir araya gelmişse mevcut sayılır⁹⁷⁰. Dolayısıyla TBK m. 12’de yer alan belirtilen şekle uymayan sözleşmelerin hüküm doğurmayacağı ifadesi yokluk yaptırımını kastetmemektedir. Maddede kastedilen yaptırım açıkça yokluk olarak değil, geçersizlik olarak ifade edilmiştir. Diğer bir ifadeyle kanunkoyucu şekil şartını “kurucu unsur” değil, “geçerlilik unsuru” olarak görmüş ve düzenlemeleri de ona göre yapmıştır⁹⁷¹.

⁹⁶⁹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar, C. I, s. 308-309; EREN, s. 294; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 179; SAYMEN/ELBİR, s. 147.

⁹⁷⁰ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar, C. I, s. 308-309; EREN, s. 294; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 179; SAYMEN/ELBİR, s. 147; TUĞ, s. 132.

⁹⁷¹ EREN, s. 294; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 179.

C- İPTAL EDİLEBİLİRLİK

İptal edilebilir sözleşme, kurulduğu andan, başlangıçtan itibaren geçerli olup hüküm ve sonuçlarını doğurur. Ne var ki, iptal hakkı sahibi istediği durumda sözleşmeyi geçmişe etkili olarak ortadan kaldırabilir⁹⁷².

İptal edilebilirlik şeklindeki hükümsüzlüğün doktrinde iki farklı şekilde incelendiğini ifade etmek gerekir. Bunlar “gerçek anlamı ile bir iptal hakkı doğuran iptal edilebilirlik” ile “gerçek olmayan anlamda bir iptal hakkı doğuran iptal edilebilirlik”tir⁹⁷³. İlk olarak “gerçek anlamı ile bir iptal hakkı doğuran iptal edilebilirlik” kavramına baktığımızda, iptal edilebilir sözleşmenin başlangıçta geçerli bir sözleşme gibi hüküm ve sonuçlarını doğurduğunu ancak iptal hakkının kullanılmasıyla kesin hükümsüz hale geldiğini görmek söylemek gerekir. Diğer bir ifadeyle kendisine iptal hakkı tanınan taraf, bozucu yenilik doğuran hak niteliğindeki iptal hakkını kullandığı zaman işlem geçmişe etkili olarak, yapıldığı andan itibaren kesin hükümsüz hale gelmektedir⁹⁷⁴. Buradan hareketle, geçerli olarak kurulmuş bir sözleşmenin hak sahibi tarafından geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılabilmesine iptal denir⁹⁷⁵. Sözleşme ancak iptal hakkının kullanılmasıyla sona ereceği için, bu hak kullanılana kadar sözleşmenin geçerli olduğunu söylemek gerekir⁹⁷⁶. Bununla birlikte iptal edilebilir sözleşme başından itibaren geçerli bir sözleşme olduğu için iptali ikiye ayıran ve bazı iptal edilebilir işlemleri başından itibaren geçersiz, bazılarını geçerli kabul etmenin doğru olmadığını, bu şekilde bir ayırımın yapılmasının gereksiz olduğunu ifade eden bir görüş de mevcuttur⁹⁷⁷.

⁹⁷² EREN, s. 343; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar, C. I, s. 586; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 183.

⁹⁷³ TUNÇOMAĞ, s. 180; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar, C. I, s. 586.

⁹⁷⁴ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar, s. 586; EREN, s. 343.

⁹⁷⁵ EREN, s. 343; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 183.

⁹⁷⁶ EREN, s. 343; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar, C. I, s. 586.

⁹⁷⁷ EREN, s. 343.

Burada önemli olan nokta, kesin hükümsüz sözleşmelerden farklı olarak, diğer sözleşen veya üçüncü kişilerin iptal hakkı sahibi olan taraf iptal hakkını kullanmadıkça sözleşmenin hükümsüz olduğunu iddia edemeyecek olmalarıdır⁹⁷⁸. Diğer bir ifadeyle bu kişiler, iptal hakkı sahibinin yerine geçerek onun yerine iptal hakkını kullanamazlar. İptal, etkileri yönünden sadece taraflar arasında hüküm ifade eder. Sözleşmenin tarafı olmayan kişiler menfaatleri olsa bile iptal hakkını kullanamazlar⁹⁷⁹.

“Gerçek olmayan anlamda bir iptal hakkı doğuran iptal edilebilirlik” kavramına baktığımızda ise, buradaki iptal edilebilirlik kavramının yukarıda ifade edilen gerçek anlamı ile iptal hakkı doğuran iptal edilebilirlik kavramından farkının, burada sözleşmenin baştan hiç bir hüküm doğurmaması, söz konusu iptal hakkının kullanılması ile bu hükümsüzlüğün kesinleşmesi olduğunu söylemek mümkün olur.

Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda, TBK m. 12’de yer alan hükme göre şekle uymadan yapılan sözleşmenin geçerli olmayacağı ifadesi, iptal edilebilirlik kavramıyla bağdaşmamaktadır. Kanunkoyucu bu gibi ihtimallerde, mahkeme tarafından iptal edilmedikçe geçerliymiş gibi hüküm doğuran bir işlemin varlığını kabul etmemektedir⁹⁸⁰.

D- KENDİNE ÖZGÜ (SUI GENERIS) HÜKÜMSÜZLÜK GÖRÜŞÜ

Özellikle son yıllarda doktrinde savunulan bu yeni görüşe göre, şekil eksikliğine butlan yaptırımının uygulanması yerinde değildir. Bu görüşe göre, burada butlan değil, kendine özgü bir geçersizlik söz konusudur⁹⁸¹. Doktrinde bu görüşü savunanlar şekil eksikliğinin tamamen taraflar arasındaki bir geçersizlik olduğunu ve bu nedenle de şekil

⁹⁷⁸ EREN, s. 343; UYGUR, s. 255; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 183-184; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar, C. I, s. 310.

⁹⁷⁹ EREN, s. 343.

⁹⁸⁰ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar, C. I, s. 310.

⁹⁸¹ KILIÇOĞLU, Borçlar, s. 78.

eksikliğinin herkes tarafından değil sadece taraflarca def'i olarak ileri sürülebileceğini ifade etmektedirler⁹⁸². Bu görüşe göre, geçersizlik hakim tarafından re'sen göz önünde bulundurulamaz. Şekil eksikliği sözleşmenin sürekli olarak geçersiz kalması sonucunu doğurmaz. Bu görüş, şekil eksikliği nedeniyle sözleşmenin butlanının istenmesinin şeklin tarafları koruması amacına aykırı olduğu için eleştirmektedir⁹⁸³. Şekil eksikliğinin yaptırımının kendine özgü geçersizlik olamayacağına ilişkin olarak söylenmesi gereken, kesin hükümsüzlük görüşünün karşılıklı borçların tam olarak veya geniş ölçüde ifa edilmesiyle hükümsüzlüğün düzelmesine imkan tanımayan bir nitelik taşımasıdır⁹⁸⁴. Oysa şekil eksikliği sebebiyle geçersiz sayılması gereken sözleşmelerin de başta TMK m. 2/II hükmünün yardımıyla geçerlilik kazanabileceği kabul edilmektedir. Bu durumda “klasik kesin hükümsüzlük” görüşü, olayların büyük çoğunluğunda “kendine özgü hükümsüzlük” görüşü ile elde edilmek istenen sonuçları doğurmaya elverişlidir ve arada büyük bir fark kalmamıştır⁹⁸⁵.

Şekil eksikliğine ilişkin yaptırımın kendine özgü hükümsüzlük olması bakımından ileri sürülen bir diğer sakınca da, özellikle taşınmaz satımlarında, hakimın re'sen göz önünde tutamayacağı şekil eksikliğine dayalı hükümsüzlüğü tapu sicil müdürünün re'sen dikkate alıp tescil talebini bu talebe esas teşkil eden borçlanma işlemindeki şekil eksikliğine dayanarak reddetme hakkına sahip olmasının kabul edilebilir olmamasıdır⁹⁸⁶. Doktrinde bu sakıncayı önlemek üzere, sicil hukukunun özellikle tapu kütüğünü düzenleyen hükümlerin tescil için zorunlu saydıkları şekillere uyulmamış olması halinde, ana ilkeden ayrılarak hakimın şekil

⁹⁸² KILIÇOĞLU, Borçlar, s. 85.

⁹⁸³ ALTAŞ, s. 146.

⁹⁸⁴ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar, C. I, s. 310.

⁹⁸⁵ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar, C. I, s. 311; ADAY, NEJAT: Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muvazaa, İstanbul 1992, s. 39-40.

⁹⁸⁶ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar, C. I, s. 310.

eksikliğini re'sen dikkate alması imkanının tanınmasının gerekli olduğu ifade edilmiştir⁹⁸⁷. Bununla birlikte, ülkemizde avukat tutma zorunluluğunun olmaması sebebiyle, hakimın şekil eksikliğini re'sen göz önünde tutmayacağı bir sistemin beklenen amacı ne kadar karşılayacağı tartışmalıdır⁹⁸⁸.

E- KESİN HÜKÜMSÜZLÜK (BUTLAN) GÖRÜŞÜ

Türk-İsviçre Hukuku'nda hakim olan görüşe göre, şekil eksikliğinin yaptırımı kesin hükümsüzlüktür. Kesin hükümsüzlükte, hukuki işlemin bütün kurucu unsurları tamamdır ancak hukuk düzeninin istediği bir geçerlilik şartı eksiktir. Yani hukuki işlemin daha doğumunda bir sakatlık vardır. Bu sakatlıklardan bir tanesi de TBK m. 12 ile getirilen şekil şartına uyulmamış olmasıdır⁹⁸⁹. Şekil eksikliği bakımından sebebiyle batıl olan sözleşme başından itibaren hiçbir hüküm ve sonuç, özellikle borç ve hak doğurmaz⁹⁹⁰. Hakim sağlık kazanması mümkün olmayan şekil eksikliğini dosyada gördüğü zaman yargılamanın her aşamasında taraflar ileri sürmese bile re'sen göz önüne almak zorundadır. Şekil eksikliği zamanla veya tarafların onayı ve rızası ya da ifa ile geçerli hale gelmez. Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlanılan edim ifa edilmişse, bu ifa geçerli bir sebebe dayanmadığı için ya sebepsiz zenginleşme veya istihkak davasıyla verilen şey geri istenebilir⁹⁹¹.

Bununla beraber Yargıtay İhtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu da 1988 yılında verdiği bir kararda⁹⁹² konuya ilişkin olarak şunları ifade etmektedir: “bu geçersizliğin hukuki

⁹⁸⁷ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar, C. I, s. 310.

⁹⁸⁸ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar, C. I, s. 311.

⁹⁸⁹ OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 180, EREN, s. 290; TUĞ, s. 133; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar, C. I, s. 311.

⁹⁹⁰ EREN, s. 290; TUĞ, s. 133; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar, C. I, s. 311.

⁹⁹¹ EREN, s. 290.

⁹⁹² YİBBGK, 30.09.1988 T, 1987/2 E, 1988/2 K, www.kazanci.com.tr (erişim tarihi: 30.03.2013);

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar, C. I, s. 311.

mahiyeti doktrinde tartışmalı olup, klasik olarak nitelendirilen “butlan” görüşüne karşı son yıllarda “kendine özgü geçersizlik görüşü” de savunulmakta ve şekil kurallarının amaçsal yorumundan hareketle (şekil noksanlığının herkes tarafından değil, bundan zarar gören tarafça defî olarak ileri sürülebileceği; şekil noksanlığının hakim tarafından re’sen gözetilemeyeceği...) ileri sürülmekte ise de, İsviçre Federal Mahkemesi gibi, Yargıtay butlan görüşünü benimsemektedir. Bu itibarla, kanunda öngörülen şekil şartı, emredici niteliktedir ve hakim şekil noksanlığını (taraflar ileri sürmemiş olsalar dahi yargılamanın her safhasında) re’sen göz önüne almak zorundadır”.

Her ne kadar şekil eksikliğinin butlan yaptırımına tabi olmasının sert olacağını ifade ederek, şekil eksikliğinin kendine özgü bir geçersizlik yaratacağını ileri sürenler olsa da, doktrinde hakim görüş şekil eksikliğinin yaptırımının butlan olduğu yönündedir. Yukarıda yer verdiğimiz Yargıtay kararı da bu görüşü destekler niteliktedir⁹⁹³. Konuya ilişkin olarak **ÖĞÜZ**, TBK madde 12 hükmünden de sözleşmelerin şekle aykırılığı açısından kesin hükümsüzlük görüşünün hakim olmaya devam edeceğini belirtmiştir⁹⁹⁴.

F- ŞEKİL EKSİKLİĞİYLE SAKAT SÖZLEŞMENİN BAŞKA BİR HUKUKİ İŞLEME DÖNÜŞMESİ (TAHVİL)

Hukukta aynı ya da benzer bir amaca ulaşmaya veya aynı ya da benzer bir sonuç doğurmaya yönelik çeşitli hukuki işlemler vardır. şekil eksikliği nedeniyle geçersiz bir hukuki işlem veya sözleşme yerine, bu sözleşmenin gerçekleştirmek istediği amacı veya doğurmak istediği sonucu başka bir hukuki işlem doğurabilecek durumda ise ve söz konusu şekil de bu işlem için yeterliyse, tarafların iradelerinin de bu yönde olması halinde, batıl işlem geçerli

⁹⁹³ **TUĞ**, s. 133.

⁹⁹⁴ **ÖĞÜZ**, s. 100.

işlem yerine geçer⁹⁹⁵. Hukukta bu işleme dönüşme, çevirme veya tahvil denir. Tahvile örnek olarak tarafların uyguladıkları şekil şartının yapmak istedikleri sözleşme için kanunda öngörülen resmi şekil şartını içermemekle birlikte, aynı sonuca yönelik başka bir işlem öngörülen adi veya nitelikli yazılı şekil şartını içermesi halinde, tahvile uygun olması gösterilir⁹⁹⁶. Hakim tarafların muhtemel iradelerinin istenilen işlemin şekil eksikliği nedeniyle sonuç doğurmaması halinde diğer işlemi yapma yönünde olduğuna kanaat getirirse tahvile karar vermelidir⁹⁹⁷. Ancak batıl işlem yerine geçen işlem tarafların istediklerinden daha kapsamlı sonuçlar doğuruyor veya taraflar için daha ağır yükümlülükler içeriyorsa hakim tahvile karar vermemelidir⁹⁹⁸.

Tahvil için üç unsurun bulunmasının gerekli olduğu doktrinde ortaya koyulmaktadır⁹⁹⁹. Bunlar, ortada kesin hükümsüz bir sözleşme bulunması, bu sözleşmenin çevrileceği sözleşmenin maddi ve şekli bütün unsurlarını içeriyor olması ve tarafların sözleşmenin kesin hükümsüz olduğunu bilmeleri halinde çevirme ile geçerli sayılacak sözleşmeyi yapacaklarının kabul edilmesidir¹⁰⁰⁰. Bununla birlikte kesin hükümsüz sözleşme, çevrileceği sözleşmenin maddi ve şekli bütün unsurlarını içermelidir¹⁰⁰¹. Diğer bir ifadeyle kendisine çevrilen işlemin geçerliliği şekle bağlıysa bu şekil de çevirmeye konu olacak

⁹⁹⁵ EREN, s. 295; UYGUR, s. 254; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 182; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 110 vd.

⁹⁹⁶ EREN, s. 296; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 182.

⁹⁹⁷ EREN, s. 296.

⁹⁹⁸ EREN, s. 296.

⁹⁹⁹ OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 183; KANETİ, SELİM: Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi, İstanbul 1972, s. 130.

¹⁰⁰⁰ OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 183; KANETİ, Çevrilme, s. 130; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, ise bu şartları; kesin hükümsüz bir işlemin bulunması, işlemin geçersiz olduğunun taraflara bilinmemesi, çevirme hükümsüzlüğünü öngören normun anlam ve amacına ters düşülmemesi, yedek işlemin geçerlilik şartlarının gerçekleşmiş olması, yedek işlemin kesin hükümsüz işlem ile aynı veya benzer sonuçlar doğuran, fakat ondan daha ileriye gitmeyen bir nitelik taşıyor olması ve tarafların yaptıkları işlemin geçersiz olduğu bilselerdi yedek işlemi istemiş olacaklarının söylenebilir olması şeklinde belirtmiştir (Borçlar, C. I, s. 614-619).

¹⁰⁰¹ OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 183.

işleminde gerçekleşmiş olmalıdır¹⁰⁰². Çevirmede kendisine çevrilen şekil şartına çevirmeye konu olan işlemin bünyesinde uyulmuş olması gerekli ve yeterlidir. Çevirmeye konu olan işleminde gerçekleştirilen şekil, bu işlemin geçerliliğini sağlamaya yeterli olmamakla birlikte, kendisine çevrilecek işleminde uyulması gereken şekli karşılayabiliyorsa, çevirmeye konu olan geçersiz işlem için yeterli sanmış olmaları, buna karşılık kendisine çevrilecek işlemin şekil şartını gerçekleştirmiş olduklarını bilmemeleri önemli değildir, kendisine çevrilecek olan işlemin şekil şartının objektif olarak gerçekleşmesi yeterlidir¹⁰⁰³. Bununla birlikte çevirmeye konu olacak işlem, kanunun kendisi için öngördüğü şekil şartını gerçekleştirmiş olup başka bir nedenden ötürü geçersiz olabilir. Kendisine çevrilecek olan işlem değişik ya da daha ağır bir şekil şartını gerektiriyorsa çevirme gerçekleştirmeyecektir.

Tahvil kurumunun önemi, özellikle noterde yapılan taşınmaz satış sözleşmesinin tapu sicil müdürlüğünde yapılmamasından dolayı geçersiz olması ancak tarafların iradelerinin de bu yönde olması halinde noterlerin taşınmaz satış vaadi yapabileceklerinden hareketle geçersiz olan taşınmaz satış sözleşmesinin, taşınmaz satış vaadi sözleşmesine tahvil edilmesinde kendisini gösterir¹⁰⁰⁴.

II- İSPAT ŞEKLİ BAKIMINDAN

A- USUL HUKUKU BAKIMINDAN

Çalışmanın yukarıdaki bölümlerinde de ifade edildiği gibi Usul Hukuku'nda şeklin uygulama alanı, maddi hukuka göre daha farklıdır. Fakat Usul Hukuku'nda şekle aykırılık durumunda maddi hukukta olduğu gibi her zaman butlan yaptırımı uygulanır demek doğru olmaz. Bunun nedeni, şekil unsurlarının usul hukuku ve maddi hukukta farklı olmasıdır.

¹⁰⁰² Ayrıntılı bilgi için bkz. **KANETİ**, Çevrilme, s. 145.

¹⁰⁰³ **KANETİ**, Çevrilme, s. 145.

¹⁰⁰⁴ **EREN**, s. 296; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. I, s. 182-183.

Bununla beraber, şekle aykırılık kamu düzeni amacıyla getirilmiş bir hükme aykırılık şeklinde ise, bu işlemin geçersiz sayılması gerekir. İkinci olarak, usuli işlemin güttüğü amacı sağlayan hükümlere aykırılık halinde işlem batıldır¹⁰⁰⁵.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda hangi işlemin kamu düzenine aykırı olduğu hakkında bir açıklık bulunmamaktadır. Genel olarak kamu düzeni, “toplumun her bakımdan genel çıkarlarını koruyucu hükümlerin tümü, bir ülkede kamu hizmetlerinin iyi yapılması, devletin güvenliğini ve düzenini ve bireyler arasındaki ilişkilerde hukuku, huzuru ve ahlak kurallarına uygunluğu sağlamaya yarayan kurum ve kuralların tümü, toplumun huzur ve sükununun sağlanmasını, devletin ve devlet yapısının korunmasını hedef tutan, toplumun her alanındaki düzeninin temelini oluşturan bütün kurallar” şeklinde tanımlanabilir¹⁰⁰⁶. Doktrinde Medeni Usul Hukuku'nda kamu düzenine ilişkin kurallar için, talepte bulunanları düşünmeye, dikkatli davranmaya sevk eden veya mahkemenin otoritesini koruyan, mahkemenin ve tarafların zamanını tasarruf eden hükümler kamu düzeninden sayılır denilmektedir¹⁰⁰⁷. Bu konuda, her işlem için geçerli olabilecek bir kıstas da koymak mümkün değildir. Ancak taraflara yargılama sırasında farklı imkan tanınması, davanın gereksiz yere uzatılması ve hakkın kötüye kullanılması gibi durumlar kamu düzenini ilgilendiren noktalardır. Bu sebeple ıslah (HMK m. 176/2) veya ikinci tanık listesi verilememesi (HMK m. 240/2) gibi işlemlerin davada bir kez yapılabilmesi gibi hükümler hakkın kötüye kullanılmasını ve davanın be sebeple gereksiz yere uzatılmasını önlemek düşüncesiyle düzenlenmiş olup kamu düzeninden oldukları doktrinde belirtilmiştir¹⁰⁰⁸. Bu nedenle bu tür bir talep hiç sonuç doğurmamalı, mahkeme kendiliğinden bu talebi reddetmelidir. İkinci tanık listesi verme yasağı ile gereksiz

¹⁰⁰⁵ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 258.

¹⁰⁰⁶ SÖZEN, TURHAN: “Kamu Düzenine İlişkin Özel Hukuk Kuralları Üzerine Düşünceler”, İBD, S. 4-5-6, İstanbul 1992, s. 362 vd.

¹⁰⁰⁷ KARSLI, Usuli İşlemler, s. 85

¹⁰⁰⁸ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 258.

yere tanık göstererek davayı uzatmak gayretleri önlenmek istenmiştir. Bu davanın gereksiz yere uzaması, sadece davanın taraflarını değil, çoğu kez kamuyu da ilgilendirecektir. Çünkü bir davanın uzaması sebebiyle mahkemenin iş yükü artacağından, bu durum, diğer davaların çözümünde de etkili olacaktır. Bunun gibi, dava dilekçesinin davalıya tebliğ edilmeden ve onun cevabı alınmadan ya da taraf duruşmaya çağrılmadan karar verilmesinde de kamu düzenine aykırılık olduğunu söylemek mümkündür¹⁰⁰⁹. Bazı kamu düzenine ilişkin hükümler, tarafın, söz konusu usul işlemini yapmadan önce düşünmesine ve daha dikkatli davranmasına veya mahkemenin otoritesini korumaya yöneliktir. Bunlara örnek olarak hakimin reddinin dilekçe ile yapılması (HMK m. 38/2) gösterilebilir. Bununla birlikte dava dilekçesinde bulunması zorunlu olan davacı ile davalının adı, soyadı ve adresleri (HMK m. 119/1-b) , davacının Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası (HMK m. 119/1-c), varsa tarafların kanuni temsilcilerinin ve davacı vekilinin adı, soyadı ve adresleri (HMK m. 119/1-ç), açık bir şekilde talep sonucu (HMK m. 119/1-ğ), davacının, varsa kanuni temsilcisinin veya vekilinin imzası (HMK m. 119/1-h) da kamu düzenine ilişkindir.

Medeni Usul Hukuku bakımından eksikliğinin kamu düzenine aykırılık oluşturacağı noktalar belirtildikten sonra, kamu düzenine aykırılık durumunda bunun sonucunun ne olacağına değinmek gerekir. Kamu düzenine aykırılığın sadece diğer tarafın talebi üzerine dikkate alınması, mahkemenin kendiliğinden bu aykırılığı göz önünde tutamaması söz konusu olamaz¹⁰¹⁰. Eğer işlem kamu düzenine aykırı ise, bunu mahkeme kendiliğinden dikkate alır. Zaten kamu düzenine aykırılık diğer tarafın ileri sürmesine gerek olmaksızın kendiliğinden göz önünde tutulur¹⁰¹¹. Örneğin, duruşma sırasında yapılan ikrarın, tutanağa geçirilip, ikrarda bulunan tarafa okutularak imza ettirilmesi gerekir (HMK m. 154/1-ç). İkrar bu şekilde

¹⁰⁰⁹ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 258.

¹⁰¹⁰ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 258.

¹⁰¹¹ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 258; KARSLI, Usuli İşlemler, s. 86.

tutanağa yazıldıktan sonra ikrarda bulunan tarafa okutularak imzalatılmamışsa, bir ikrardan söz edilemez. Bunun için, ikrarda bulunanın ayrıca itiraz etmesine gerek yoktur.

Burada “tutanaklar” başlıklı HMK m. 154’ü ele almak gerekir. Maddenin birinci fıkrasında “hakim tatbikat ve yargılama işlemlerinin icrasıyla, iki tarafın ve diğer ilgililerin sözlü açıklamalarını, gerekirse özet olarak zabıt katibi aracılığıyla tutanağa kaydettirir” hükmü varken ikinci fıkra ise “ taraflar veya diğer ilgililer sözlü açıklamalarını hakim’in izniyle doğrudan da tutanağa yazdırabilir” cümlesi yer almaktadır. Maddenin devamında ise hangi hususların mutlak olarak tutanağa yazılacağına yer verilmiştir¹⁰¹². Tutanak içeriği ile ilgili olarak hükümde belirtilenler örnek olarak sayılmış olup içerik bunlarla sınırlı değildir¹⁰¹³. Bununla birlikte tutanağın mutlaka imzalanmış olması gerekir. Tutanakta imzalatılmamış beyan ilgiliyi bağlamaz¹⁰¹⁴. Maddenin gerekçesinde de, “üçüncü fıkra, tutanakta mutlaka bulunması gereken hususlar gösterilmiştir. Bu fıkranın (ç) bendinde, imza

¹⁰¹² Aşağıdaki hususlar mutlak olarak tutanağa yazılır:

- a) Mahkemenin adı, duruşmanın açıldığı yer, gün ve saat.
 - b) Hâkim, zabıt kâtibi, hazır bulunan taraflar ve varsa vekilleri, kanuni temsilcileri, fer’î müdahil ve tercümanın ad ve soyadları.
 - c) Yargılamanın aleni ya da gizli yapıldığı.
 - ç) Beyanda bulunana okunmak ve imzası alınmak kaydıyla ikrar, yeminin edası, davanın geri alınmasına muvafakat, davadan feragat, davayı kabule ilişkin beyanlar ve sulh müzakereleri ile sonucu.
 - d) Beyanda bulunana okunmak kaydıyla taraf, tanık, bilirkişi veya uzman kişi beyanı.
 - e) Duruşma dışında yapılan işlemlerin özeti.
 - f) Tarafların sundukları belgelerin neler olduğu.
 - g) Tarafların soruşturmaya ilişkin istekleri ile diğer kanunların tutanağa yazılmasını emrettiği konular.
 - ğ) Ara kararları ve hükmün sonucu.
 - h) Karar veya hükmün açıklanma biçimi.
- (4) Tutanakta sözü edilen veya dosyaya konduğu belirtilen belgeler de tutanağın eki sayılır.
- (5) Tahkikat ve yargılama sırasında yapılan işlemler teknik araçlarla kayda alınırsa, bu durum bir tutanakla tespit olunur.

¹⁰¹³ YILMAZ, EJDER: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2013, s. 945.

¹⁰¹⁴ YILMAZ, Şerh, s. 948.

ile onanması zorunlu bazı işlemler gösterilmiş, böylece bu konularda imzanın bir şekil şartı olduğu kabul edilmiştir” şeklinde bir açıklama getirilmiştir¹⁰¹⁵. Yargıtay da bu konuya ilişkin bir kararında, “hakimin karşı yasa hükümlerini hatırlatması ve tutanağa geçirip karşı taraf muvafakat ettiği takdirde, bu muvafakatin bir haktan feragati de içermesi nedeniyle HUMK m. 151/son maddesi (şimdi: HMK m. 154/3, ç) gereğince bu beyanın imzalatılması gerekir” şeklinde imzanın ilgiliyi bağlamak için şart olduğunu ifade etmiştir¹⁰¹⁶.

Bununla birlikte usul işlemlerindeki şekil eksikliği her zaman kamu düzenine ilişkin olmayabilir. Bu işlemlerdeki eksiklik giderilebilir ya da düzeltilebilir nitelikte ise bu işlemlerdeki eksiklik diğer tarafça ileri sürüldüğünde, işleme butlan uygulanmaz, sadece işlemdeki eksiklik giderilir veya düzeltilir¹⁰¹⁷. Bunun yolu ise hatalı işlemin doğrusunun yapılması, geçmişe etkili olacak şekilde icazet verilmesi ya da itiraz etme hakkının kullanılmaması şeklinde söz konusu olabilir. Hatalı işlemin doğrusunun yeniden yapılması halinde, işlemin etkileri bu yeni işlemde itibaren başlar¹⁰¹⁸. Elbette ki bu işlemler kamu düzenine ilişkinse bunların düzelmesi mümkün olmaz. Bunlara örnek olarak HMK m. 304/1’de yer alan iki tarafın veya hakimin açık olan yazı ve hesap hatalarının her zaman düzeltilebileceği hükmünü göstermek mümkündür. Maddeye göre, hükümdeki yazı ve hesap hataları ile diğer benzeri açık hatalar, mahkemece resen veya taraflardan birinin talebi üzerine düzeltilebilir. Ayrıca dava dilekçesinde unutulmuş imza eksikliği hakim tarafından tamamlattırılabilir¹⁰¹⁹. Bunun yanı sıra hakim, davayı aydınlatma ödevi¹⁰²⁰ çerçevesinde çelişik ve açık olmayan usul işlemlerinin açıklanmasını taraflardan isteyebilir¹⁰²¹.

¹⁰¹⁵ KILIÇOĞLU, Hukuk Muhakemeleri, s. 785.

¹⁰¹⁶ Y 13 HD, 01.10.2002 T, 2002/7949/E, 2002/9957 K, www.legalbank.net (erişim tarihi: 09.09.2013).

¹⁰¹⁷ KARSILI, Usuli İşlemler, s. 88.

¹⁰¹⁸ KARSILI, Usuli İşlemler, s. 88.

¹⁰¹⁹ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 259.

B- İCRA ve İFLAS HUKUKU BAKIMINDAN

İcra ve İflas Hukuku bakımından yazılı olarak yapılması gereken sözleşmeler ve işlemlerin neler olduğuna çalışmada detaylıca değinilmiştir. Bu işlemlerin belirtilen şekilde yazılı olarak yapılmaması durumunda sonucunun ne olacağına değinmek gerekir.

İlk olarak gerek konkordatoda gerekse yeniden yapılandırma projesinin dilekçesini sunarken yukarıda belirtilen unsurların eksik olmamasının gerekli olduğunu belirtmek gerekir. Bu unsurlardan biri veya birkaçının eksik olması durumunda dilekçenin sunulduğu mahkeme veya yetkili mercii bu eksikliğin tamamlanması için dilekçeyi sunan kişiye süre verilmesi gerekir. Unsurun tamamlanma imkanı varken projenin reddedilmemesi gerekir. Dilekçeyi sunan kişi verilen sürede projedeki unsurları tamamlarsa bu durumda mahkeme ya da yetkili mercii dilekçeyi kabul etmelidir.

İkinci olarak mal beyanında bulunma yükümlüğü bakımından ise, İİK madde 74'te yer alan şekil ve içeriğe uymadan yapılmış olan beyanların geçersiz olacağı ve borçlunun mal beyanında bulunma yükümlülüğüne aykırı hareket etmiş olacağını söylemek gerekir¹⁰²². Bununla birlikte sözlü beyandaki eksiklik borçluyu sorumluluktan kurtarır¹⁰²³. Çünkü sözlü beyanda icra dairesine başvuran borçlunun mal bildirimini hakkındaki beyanının usulüne uygun olarak tespit edilip tutanağa geçirilmesi gerekir. Bu görev icra müdürüne aittir. Diğer bir ifadeyle, icra müdürünün düzenlediği tutanak İİK m. 74'teki unsurları kapsamıyorsa borçlu usulüne uygun biçimde mal beyanında bulunmamış sayılamaz. Konuya ilişkin olarak Yüksek Mahkeme de bir kararında, “ İİK m. 74'te belirtildiği gibi, mal beyanı yazı ile veya icra

¹⁰²⁰ HMK m. 31: Hakim, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir; delil gösterilmesini isteyebilir.

¹⁰²¹ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 259.

¹⁰²² ÖĞÜTÇÜ/ÇİTOĞLU, C. II, s. 1268; ERCAN, s. 57.

¹⁰²³ ÖĞÜTÇÜ/ÇİTOĞLU, C. II, s. 1268; ERCAN, s. 57; TÜRKEŞ, s. 19.

dairesine vaki şifahi beyan ile mümkündür. Borçlu mal bildiriminde bulunmak üzere icra dairesine başvurduğu zaman memur bu beyanı İİK'nın 74. Maddesinde yazılı şartlar dahilinde tutanağa geçirmeye mecburdur. İcra dairesinde zapt ettirilen böyle bir beyanın 74. Maddede yazılı unsurları ihtiva etmemesinden dolayı borçluya bir kusur atfı mümkün olamaz. Bu durumun sanık lehine yorumlanması ve icra müdürünün ihmalin cezai neticeleri ile borçlunun mesul tutulmaması icap eder” şeklinde görüş bildirmiştir¹⁰²⁴. Bununla birlikte, icra müdürü borçlunun beyanını kanunun öngördüğü şekil ve içerikte tespit edip tutanağa geçirmiş olmakla beraber beyan eksik ise bu durumda zaten borçlu sorumlu olur¹⁰²⁵.

Bununla birlikte borçlunun mal beyanını yazılı olarak yapması durumunda, İİK m. 74'teki noktaları içermeyen mal beyanı usulsüz mal beyanı niteliğindedir ve hiç mal beyanı yapmamakla aynı sonucu yaratır¹⁰²⁶. Diğer bir ifadeyle borçlunun dilekçesindeki mal beyanı İİK m. 74'teki unsurları kapsamıyorsa bu beyan geçersizdir ve sözlü beyanın aksine bu durumdan borçlu sorumlu olarak usulsüz mal beyanında bulunmuş olmaktan dolayı hiç mal beyanında bulunmamış gibi cezalandırılır¹⁰²⁷. Yüksek Mahkemenin de bu yönde verdiği kararlar mevcuttur. Bir kararında Yüksek Mahkeme “ödeme emrinin tebliği üzerine, sanığın, süresinde verdiği mal beyanı dilekçesinin içeriği itibarıyla İİK'nın 74. maddesine öngörülen koşulları taşımadığı gözetilerek, yazılı biçimde beraat kararı verilmesi bozmayı gerektirmiştir” şeklinde görüş bildirirken¹⁰²⁸ konuya ilişkin bir başka kararında ise “ İİK'nın 74. Maddesinde açıklandığı gibi mal beyanı borçlunun gerek kendisinin gerekse üçüncü şahıslar yedinde bulunan mal, alacak ve haklarından borcuna yetecek miktarın nev'i, mahiyet ve vasıflarını ve her türlü kazanç ve gelirlerini ve yaşayış tarzına göre geçim kaynaklarını ve

¹⁰²⁴ İİD, 16.09.1984 T, 1968/9068 E, 1968/7915 K (RKD, 1968/11-12, s. 175).

¹⁰²⁵ **ERCAN**, s. 58.

¹⁰²⁶ **ERCAN**, s. 59.

¹⁰²⁷ **UYAR**, İcra-İflas Suçları, s. 61; **ERCAN**, s. 59.

¹⁰²⁸ 8CD, 14.11.1996 T, 1996/13147 E, 1996/14414 K, www.legalbank.net www.kazanci.com.tr (erişim tarihi: 15.04.2014).

buna nazaran borcunu ne suretle ödeyebileceğini yazı ile veya sözlü olarak icra dairesine bildirmesidir. Borçlu kanuni süresi içinde verdiği dilekçesinde sadece mali durumunun fakir olup amelelikle evini idare ettirdiği bildirmekle yetinmiştir. Bu beyan kanunun aradığı koşulları kapsayan mal bildirimi niteliğinde olmadığı halde beraat kararı verilmesi yasaya aykırıdır” şeklinde görüş bildirmiştir¹⁰²⁹.

III- SENETLERİN İSPAT GÜCÜ

A- RESMİ SENETLERİN İSPAT GÜCÜ

Medeni Usul Hukuku bakımından, bir senedin adi senet veya resmi senet olması kesin delil olması açısından herhangi bir fark yaratmaz¹⁰³⁰. Diğer bir ifadeyle kesin delille ispatı gereken bir olayın veya hukuki işlemin mutlaka resmi senet biçiminde düzenlenmesi gerekmez¹⁰³¹. İmza inkârı söz konusu olmadığı sürece adi senetlerle resmi senetler arasında kural olarak ispat gücü bakımından herhangi bir farklılık yoktur, her iki senet de kesin delildir¹⁰³². Adi senetler ile resmi senetler arasındaki başlıca farklılık, bunların düzenlenme ve onayına resmi makamların dahil edilip edilmemeleri noktasında ortaya çıkar¹⁰³³. Bu nedenle adi senetlere resmi olmayan senetler de denir. Bu yönü ile bono, Medeni Usul Hukuku bakımından bir adi senettir¹⁰³⁴.

Resmi senetler, resmi bir makam veya memurun katılması ile düzenlenen senetler olarak tanımlandığından, bu tanımdan resmi senedin 3 unsurunun olduğundan bahsetmek mümkün olur. Bunlar:

¹⁰²⁹ Y12 HD, 05.02.1975T, 1975/1283 E, 1975/861 K (ERCAN’dan naklen, s. 60, dn. 34).

¹⁰³⁰ KARSILI, Medeni Muhakeme, s. 588.

¹⁰³¹ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 730

¹⁰³² PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 730.

¹⁰³³ YAVAŞ, s. 127.

¹⁰³⁴ YAVAŞ, s. 127; DELİDUMAN, Senetler ve Yazılı Şekil, s. 421.

- senedin resmi makam veya memur tarafından düzenlenmesi
- bu düzenlemenin makam veya memurun yetkisi dahilinde olması
- senedin usulüne uygun olarak meydana getirilmesidir¹⁰³⁵.

Ne var ki doktrinde, söz konusu tanımın yetersiz olduğu zira, resmi makamın doğrudan düzenlemeyip sadece imzasını ve tarihini onayladığı senetlerin de resmi senet kapsamında olduğu ifade edilmiştir¹⁰³⁶. Bu görüşe göre, senet üzerinde resmi makamın veya memurun rolü ne olursa olsun senedin belli bir kısmında dahi bu makamın veya memurun düzenleme¹⁰³⁷ ya da onaylama suretiyle bir katkısı bulunuyorsa bu tür senetler resmi senet olarak kabul edilmelidir¹⁰³⁸. Resmi senet, bir kimse tarafından aleyhine delil teşkil etmek üzere yazılan metin olarak ifade edildiğinden, bir kimsenin gerçek olmadığı halde böyle bir yazı yazmasının uzak bir ihtimal olduğu, bu nedenle senet içeriğinin doğru olarak kabul edilmesinin gerekli olduğu ifade edilmelidir¹⁰³⁹.

Resmi senetlerin Medeni Usul Hukuku açısından önemi, ispat güçleri bakımındandır¹⁰⁴⁰. Diğer bir ifadeyle her iki senet türünde ispat hukuku bakımından en önemli farklılık, resmi senetlerin aksi ispat edilinceye kadar kesin delil sayılmalarıdır¹⁰⁴¹. Resmi senet, metnin kapsadığı ve anlaşma yapılan noktalar bakımından delil değerine sahiptir¹⁰⁴².

¹⁰³⁵ YAVAŞ, s. 150.

¹⁰³⁶ DELİDUMAN, Noter Senetleri, s. 15; YAVAŞ, s. 150.

¹⁰³⁷ Düzenleme yoluyla yapılan senet, bir para borcunu kapsıyorsa bu icra hukuku bakımından bir mahkeme ilamı hükmündedir. Bu nedenle böyle bir senedin tahsili için dava açmaya gerek yoktur. Senet, doğrudan doğruya icraya konabilir (KURU, İcra-İflas, s. 895; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖKAN/ÖZEKES, s. 457; EREN, s. 287).

¹⁰³⁸ YAVAŞ, s. 150; DELİDUMAN, Noter Senetleri, s. 15-16.

¹⁰³⁹ BELGESAY, Huku ve Cezada Deliller, s. 134. Yazara göre, aleyhine delil teşkil edecek bir vakıayı yazı ile tespit eden kişinin bütün vaziyeti tam ve doğru olarak ifade etmesi doğaldır.

¹⁰⁴⁰ NART, s. 227.

¹⁰⁴¹ KARSILI, Medeni Muhakeme, s. 588.

¹⁰⁴² YAVAŞ, s. 147.

Ancak Medeni Usul Hukuku yönünden resmi veya yazılı şekilde yapılmış bir işlem belge ve senedin kapsamının aksini ispat sadece yazılı delille mümkündür¹⁰⁴³.

Bu nedenle de, doktrinde resmi senetlerin adi senetlerden daha güçlü kesin delil olduğu ifade edilmiştir¹⁰⁴⁴. Bunun en önemli nedeni, bir resmi senede dayanan tarafın bunun borçluya ait olduğunu (yani senedin doğru olduğunu) ispat etmek zorunda olmamasıdır¹⁰⁴⁵. Bu durum TMK m. 7’de de yer almaktadır. Maddeye göre, resmi sicil ve senetler, belgeledikleri olguların doğruluğuna kanıt oluşturur. Görülüyor ki, resmi sicil ve senetler, aksi ispat edilebilen bir doğruluk karinesinden yararlanmaktadırlar¹⁰⁴⁶. Ayrıca düzenleme yoluyla yapılan noter senetleri de sahtelikleri ispat edilinceye kadar kesin delil oluşturlar (HMK m. 204/I). TMK m. 7’ye göre, resmi sicil ve senetlerin kapsamlarının doğru olmadığını ispat da bir şekle tabi değildir. Bunun yanısıra onaylama (imza ve tarih tasdiki) yoluyla yapılan işlemlerde tarih ve imza, sahteliği sabit oluncaya kadar geçerlidir¹⁰⁴⁷. Ancak bu ispat gerçekleştirilinceye kadar, imzanın ilgiliye ait olduğu kabul edilir.¹⁰⁴⁸

İmza inkârının söz konusu olduğu durumlarda resmi senetler adi senetlerden daha güçlü bir kesin delildir. Konuya ilişkin kanun hükmünde bu durum açıkça düzenlenmiştir. HMK m. 204/1’e göre, ilamlar ile düzenleme biçimindeki noter senetleri, sahteliği ispat olunmadıkça kesin delil sayılırlar. Resmi senede dayanarak bir iddiasını ispatlamak isteyen taraf, senedin doğruluğunu ayrıca ispatlamak durumunda değildir¹⁰⁴⁹. Bilakis, ispat yükü

¹⁰⁴³ EREN, s. 287; POSTACIOĞLU, s. 604.

¹⁰⁴⁴ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 381.

¹⁰⁴⁵ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 381; NART, s. 227.

¹⁰⁴⁶ EREN, s. 287.

¹⁰⁴⁷ Bununla birlikte NK m. 82’ye göre, imzayı onaylama, hukuki işlemin, örneğin sözleşmenin içeriğinin doğruluğunu kapsamaz.

¹⁰⁴⁸ EREN, s. 287.

¹⁰⁴⁹ POSTACIOĞLU, Medeni Usul, s. 617; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 381; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 730; YAVAŞ, s. 147.

bunun aksini iddia eden taraftadır¹⁰⁵⁰. Aleyhine delil olarak kullanılmak istenen kişi, bu senedin kendisi tarafından imzalanmadığını ileri sürse ve senedi inkâr etse bile, bu senedin mahkemece delil olarak kullanılmasını engelleyemez. Diğer bir ifadeyle, resmi senetteki yazı veya imzayı inkâr eden tarafın bu iddiası, ancak ilgili evraka resmiyet kazandıran kişiyi de taraf göstererek açacağı ayrı bir davada incelenip karara bağlanabilir. Resmi senedi kabul etmeyen borçlunun, senedin sahteliğini ileri sürmesi, ya ön sorun şeklinde sahtelik iddiasında bulunması veya ayrı bir sahtelik davası açmasıyla mümkün olur.

Yukarıda da ifade edildiği gibi HMK m. 204/2'ye göre, onaylama biçimindeki noter senetlerinin içeriği aksi ispat edilene kadar bu senetler kesin delil teşkil ederler. Yetkili resmi memurların görevleri içinde usulüne uygun olarak düzenledikleri resmi belgeler de bu hükme tabidir. Mahkeme, bu tür resmi belgelerden biri hakkında şüphe uyandıran bir hal görürse, ilgili resmi daireden açıklama isteyebilir (HMK m. 204/3).

HMK m. 204 hükmünün gerekçesinde, maddede belirtilmemekle birlikte ilamlar ile noterde düzenleme şeklinde yapılan senet kuvvetinde sayılan mahkeme huzurunda yapılan sulhler, resmi vasiyetname düzenlenmesi ve tereke tespiti gibi resmi belgelerin de bu madde kapsamında resmi senet gücünde oldukları ifade edilmiştir¹⁰⁵¹.

B- ADİ SENETLERİN İSPAT GÜCÜ

Adi senetlerin ispat gücü, HMK m. 205'te düzenlenmiştir. Maddeye göre, mahkeme huzurunda ikrar olunan veya mahkemece inkâr edenden sadır olduğu kabul edilen adi senetler, aksi ispat edilmedikçe kesin delil sayılırlar. Diğer bir ifadeyle, bir adi senet, senet

¹⁰⁵⁰ POSTACIOĞLU, Medeni Usul, s. 617; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 381; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 730; NART, s. 227.

¹⁰⁵¹ KARAHACIOĞLU/PARLAR, s. 281; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 381.

altında imzası bulunan kişi tarafından ikrar edilirse, o senet kesin delil teşkil eder¹⁰⁵². Burada önemli olan konu, adi senedin, onu düzenleyen taraftan sadır olduğunun anlaşılır olmasıdır. Ancak o durumda delil niteliği taşıdığını söylemek mümkün olur¹⁰⁵³.

Burada ayrıca adi senette, iki taraf da borç altına giriyorsa her ikisinin de imzasının bulunmasının gerekli olduğunu söylemek gerekir¹⁰⁵⁴. Taraflardan birisi, kendisi tarafından düzenlendiği iddia edilen belgedeki yazı veya imzayı inkâr etmek isterse, sahtelik iddiasında bulunmalıdır, aksi halde belge aleyhine delil olarak kullanılır (HMK m. 208/1). Bir belgenin sahteliği iddia edildiğinde, belgenin mahkemeye verildiği tarih yazılıp mühürlenerek belgenin saklanması için mahkemece gerekli olan tedbirler alınır.

Adi senetlerin ispat gücünün düzenlendiği HMK m. 208’in ikinci fıkrasında, güvenli elektronik imzalı belgelerin adi senet niteliğinde olduğu kabul edilmiştir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, elektronik imzalı belgelerden sadece güvenli elektronik imza ile oluşturulanlar adi senet gücünde sayılmış, diğer elektronik imzalı belgeler ya da güvenli elektronik imza dışında imzalanarak oluşturulmuş elektronik belgelerin adi senet olarak kabul edilmemiş olmasıdır¹⁰⁵⁵.

Üzerinde durulması gereken bir diğer nokta da, güvenli elektronik imza ile oluşturulan belgeler için kanunkoyucunun “doğrudan adi senet sayılır” ifadesini kullanmayıp “adi senet hükmündedir” ifadesini tercih etmiş olmasıdır. Bunun nedeni, maddenin gerekçesinde güvenli elektronik imzanın dar ve teknik anlamda adi senet olmaması şeklinde ifade edilmiştir¹⁰⁵⁶.

¹⁰⁵² **POSTACIOĞLU**, Medeni Usul, s. 604; **YAVAŞ**, s. 129, 130; **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s. 381; **ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM**, Medeni Usul, s. 331.

¹⁰⁵³ **POSTACIOĞLU**, Medeni Usul, s. 604.

¹⁰⁵⁴ **YAVAŞ**, s. 129.

¹⁰⁵⁵ **KILIÇOĞLU**, Hukuk Muhakemeleri, s. 980.

¹⁰⁵⁶ **KILIÇOĞLU**, Hukuk Muhakemeleri, s. 980.

C- SAHTECİLİK İDDİASINDA YAZI veya İMZA İNKARI

HMK m. 208/3'e göre, bir adi senedi düzenlediği iddia edilen kişi (borçlu), bu adi senede dayanarak dava açılmasını beklemeden senetteki imzanın kendisine ait olmadığı (yani senedin sahte olduğunun) tespiti için ayrı bir sahtelik davası açabilir. Bu sahtelik davası hukuki niteliği gereği menfi tespit davasıdır¹⁰⁵⁷.

Eski tarihli HUMK'nın 317. maddesinde "sahtelik iddiası 308. madde ile mevaddı müteakibesi ahkamına tevfikân tetkik olunur. Sahteliği iddia kılınan senedin ehlihîbre marifetiyle tetkik ve tatbıkına ve vakayi ve hadisattan haberdar olanların istimâna karar verildiği takdirde, bu kabıl senedat neticeyi hükme kadar bir güne muameleye esas ittihaz kılınmaz. Ancak bu senede müsdeniden evvelce ittihaz edilen ihtiyati tedbirlere de helal gelmez ve ledelhace senet sahibi hukukunun muhafazası zınnında sair ihtiyati tedbirlere de tevessül edebilir" hükmü yer almaktaydı. Bu hüküm uyarınca borçlunun alacaklının takip konusu yaptığı senedin sahte olduğunun tespiti için açtığı davanın (HUMK 314 ve HMK 208) İİK'nın 72. maddesi anlamında bir menfi tespit davası olduğu kabul edilerek, bu davanın icra takibine etkisinin (yani bu dava nedeniyle icra takibinin durdurulup durdurulamayacağının, durdurulacaksa hangi koşullarda durdurulacağının) İİK'nın 72. maddesine değil, HUMK m. 317'ye tabi olduğu kabul edilmekteydi¹⁰⁵⁸. Buna göre sahtelik davasına bakan mahkeme sahteliği iddia edilen senet hakkında bilirkişi incelemesi yapılmasına ve senedin yazıldığını görenlerin dinlenmesine karar vermiş ise, sahteliği iddia edilen senet, sahtelik davası sonuçlanıncaya kadar hiçbir işleme dayanak yapılamaz (HUMK m. 317 c. 2). Yani bu halde,

¹⁰⁵⁷ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 377; BELGESAY, Hukuk ve Cezada Deliller, s. 137.

¹⁰⁵⁸ UYAR, TALİH: "Takip Konusu Senedin Sahte Olarak Düzenlenmiş Olduğu" İleri Sürülerek, İcra Takibinin Durdurulması Nasıl Sağlanabilir? İBD. Mart-Nisan/2012, s. 199; KURU, BAKİ: İcra ve İflas Hukukunda Menfi Tespit ve İstirdat Davası, Ankara 2003, s. 18 vd; TÜRK, AHMET: Maddi Hukuk ve İcra ve İflas Hukuku Yönleriyle Menfi Tespit Davası, Ankara 2006, s. 264 vd; YAVUZ, NİHAT: İtirazın İptali, Menfi Tespit ve İstirdat Davaları, İstanbul 2000, s. 179.

sahteliği iddia edilen senede dayanarak yapılmış (başlamış) olan icra takibi kendiliğinden durur¹⁰⁵⁹.

Doktrinde senedin sahteliği nedeniyle açılacak davanın menfi tespit davası niteliğinde olsa bile HUMK 314 ve devamı hükümlerinin İİK m. 72'den önce uygulanması gerektiği ifade edilerek HUMK m. 317'nde yazılı olduğu üzere sahteliği ileri sürülen senet hakkında mahkemece bilirkişi incelemesi yapılmasına ve senedin düzenlenmesi hakkında bilgisi olanların 309. madde hükmü doğrultusunda dinlenmesine karar verilmesinden itibaren, bu senede dayalı hiçbir işlem yapılamayacağı, ancak alacaklı tarafından bu senede dayanılarak evvelce itiraz edilmiş ihtiyati tedbirlere yönelik işlemlerin aynen korunacağı ve senet sahibi alacaklının hukukunun korunması yönünden gerekli sair ihtiyati tedbirlerin de alınabileceğinin hükme bağlandığı ifade edilmiştir¹⁰⁶⁰.

1086 sayılı HUMK döneminde kanunkoyucu sahte senet düzenlenmiş olması halinde ortaya çıkan uyuşmazlıkta deyim yerindeyse alacaklı lehine bir düzenleme yaparak sadece borçlunun sahtecilik iddiasında bulunmuş olmasını, icra takibinin durdurulması için yeterli bulmamış, ayrıca bu konuda hukuk mahkemesinde açılan menfi tespit davasında ceza mahkemesinde açılan sahtecilik suçuna ilişkin kamu davasında, mahkemece “senet üzerinde bilirkişi incelemesi yapılmasına” ve “senedin yazıldığını görenlerin tanık olarak dinlenmesine” karar verilmiş olmasını aramış, buna karşın 6100 sayılı yeni HMK 209/I maddesini yeniden düzenlerken tamamen farklı bir sistem benimseyerek bu kez “sahtelik iddiası”nda bulunan borçlu yanında yer alarak (borçlu lehine bir yasal düzenleme yaparak) borçlunun sadece “adi bir senetteki yazı veya imzayı inkâr etmiş olması halinde bu konuda bir karar verilinceye kadar o senedin herhangi bir işleme esas alınamayacağı kabul

¹⁰⁵⁹ KURU, Menfi Tespit, s. 18 vd.

¹⁰⁶⁰ KOSTAKOĞLU, CENGİZ: Banka Kredi Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar ve Akreditif, İstanbul 2001, s. 721 vd.

etmiştir¹⁰⁶¹. HMK m. 209/1'deki bu düzenleme yeni kanunun yürürlüğe girdiği 01.10.2011 tarihinden itibaren uygulanması gerektiğinden, eski HUMK zamanında açılmış bulunan ve halen devam etmekte olan tüm “sahtelik iddiasına dayalı menfi tespit davalarında uygulanmalıdır¹⁰⁶². Konuya ilişkin bir kararda da Yargıtay aynı yönde görüş bildirmiştir. Çünkü yeni kabul edilen HMK m. 209 tıpkı önceki HUMK m. 317 gibi hem icra müdürüne hem icra hakimine ve hem de sahtelik iddiasına dayalı menfi tespit (senet iptali) davasına bakan hukuk (ticaret) mahkemesi hakimine hitap eden bir hükümdür¹⁰⁶³. Kimi mahkemelerin bugün sahtelik iddiası ile açılmış olan menfi tespit davalarında açılmış olan bu davanın icra takibine etkisi konusunda “özel hüküm” niteliğinde olduğu açıkça ifade edilmiş olduğu halde HMK m. 209/1 (HUMK m. 317) i görmezden gelerek İİK m. 72/III hükmünü uygulamak istemelerinin doktrinde hakimin sorumluluğuna neden olabileceği belirtilmiştir¹⁰⁶⁴.

Hukuk Muhakemeleri Kanunundaki değişiklikler, bütün yasal değişiklikler gibi, kendilerini getiren yasada aksine bir düzenleme yapılmamışsa, yasanın yürürlüğe girmesiyle hemen uygulanmalıdır. Diğer bir ifadeyle yapılmakta olan veya ileride yapılacak olan yargılamalarda geçerli olurlar; söz konusu yargılamanın yasa değişikliğinden önce gerçekleşmiş olaylar ve hukuksal sonuçlar dolayısıyla açılmış bir davada yapıyor olması bu çözümü değiştirmez. Yargılama Usulü Hukuku'nda değişiklik getiren yasanın kendisi bu ilkeye istisna getirmişse, onun getirdiği kural geçerli olur¹⁰⁶⁵. Bununla birlikte “zaman bakımından uygulanma” kenar başlığını taşıyan yeni HMK'nın 448. maddesinde “bu kanunun hükümleri, tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla derhal uygulanır” denilmiştir. Bu kural, hakların himayesi bakımından daha iyi usuller öngördüğü kabul edilmesi gereken yeni

¹⁰⁶¹ UYAR, Sahte Senet, s. 204.

¹⁰⁶² UYAR, Sahte Senet, s. 204.

¹⁰⁶³ UYAR, Sahte Senet, s. 204.

¹⁰⁶⁴ UYAR, Sahte Senet, s. 204.

¹⁰⁶⁵ UYAR, s. 11.

usul hükümlerinin, devam etmekte olan davalar bakımından da hemen uygulanmaya başlanması düşüncesine dayanır¹⁰⁶⁶. Yeni HMK’nın 209/1 maddesinde sadece “imza”nın değil, imza inkâr edilmeden sadece “yazı”nın da inkâr edilebileceği “adi bir senetteki yazı veya imza inkâr edildiğinde, bu konuda bir karar verilinceye kadar o senet herhangi bir işleme esas alınamaz” şeklinde açıkça belirtilmiştir. Bu nedenle görülmekte olan bir davada “senetteki imzanın veya yazının inkâr ı halinde; bu konuda bir karar verilinceye kadar (yani; senetteki imzanın veya yazının bu kimseye ait olduğu anlaşılincaya kadar) senet herhangi bir işleme esas alınamaz ve delil olarak kullanılamaz¹⁰⁶⁷. Bununla birlikte Yargıtay 2013 yılında verdiği bir kararda “kambyo senetlerine mahsus haciz yoluyla icra takibinde, imzaya itiraz İcra ve İflas Kanunu’nun 170. Maddesinde açıkça düzenlenmiş olmasına rağmen, aynı takipler yönünden yazının sahteliği iddiası konusunda aynı kanunda özel bir hüküm mevcut değildir. İcra ve İflas Kanunu İcra Hukuku açısından Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na göre özel kanun olup, İcra Hukuku’na ilişkin uyuşmazlıklarda öncelikle İcra ve İflas Kanunu hükümlerinin, bu kanunda hüküm bulunmayan durumlarda ise anılan kanuna aykırılık teşkil etmemek koşuluyla genel nitelikte olan Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanması gerekir. Buna göre imzaya itiraz İcra ve İflas Kanunu’nda özel olarak düzenlendiğinden anılan itiraz hakkında bu Kanun’un 170. Maddesinin uygulanması zorunlu olup, imzanın inkarı nedenine dayalı sahtelik iddiası hakkında genel nitelikte olsa 6100 Sayılı HMK’nın 209. maddesinin uygulama yeri bulunmamaktadır. Ne var ki sahtelik iddiasının imza inkarı dışında bir nedene dayanması durumunda İcra ve İflas Kanunu’nda özel bir düzenleme bulunmadığından sorunun çözümü için 6100 Sayılı HMK’nın 209. maddesinin uygulaması gerekecektir. İmzaya itiraz hakkında uygulaması gereken İİK’nın 170/1. maddesi uyarınca itiraz satıştan başka icra takip muamelelerini durdurmaz. Şu hale kambyo senetlerine mahsus haciz yolu ile icra takibine konu edilen senedin imza inkarı nedeni ile

¹⁰⁶⁶ KURU/BUDAK, s. 3 vd.

¹⁰⁶⁷ UYAR, Sahte Senet, s. 206.

sahteliğinin iddia edilmesi halinde İİK'nın 170/1. maddesi uyarınca satış dışında hiç bir takip işlemi durmaz. Ancak sahtelik iddiasının imza inkarı dışındaki bir nedene dayanması halinde 6100 Sayılı HMK'nın 209/1. maddesinin emir hükmü gereği icra takibi olduğu yerde durur. Bunun için sahtelik iddiasının ileri sürüldüğü Cumhuriyet Savcılığı'na ya da mahkemece ayrıca tedbir kararı verilmesi gerekmez. Borçlu tarafından icra dairesine başvurulması halinde icra müdürlüğünce anılan madde uyarınca sahtelik davası sonuna kadar icra takibinin durdurulması gerekir. İcra müdürünün kararının taraflarca İİK'nın 16/2. Maddesi uyarınca süresiz şikayet konusu yapılabileceği tabiidir. Öte yandan borçlu tarafından doğrudan icra mahkemesine başvurulmasına da yasal engel olmadığı gibi, hakim 6100 Sayılı HMK'nın 209/1. maddesini resen nazara almalıdır. Pek tabidir ki, mahkemece sahtelik iddiasının imza inkarı dışındaki bir nedene dayandığının belirlenmesi halinde takip hukukunun özelliği ve ivedi karar verilmesi gerekliliğinin bir sonucu olarak sahtelik davası bekletici mesele yapılmadan, sahtelik davası sonuçlanıncaya kadar icra takibinin durdurulmasına karar verilmesi gerekir” diyerek, imza inkarı halinde İİK m. 170/1'e, yazının inkarı halinde ise HMK m. 209/1'e başvurulmasının gerekli olduğunu ifade etmiştir¹⁰⁶⁸.

¹⁰⁶⁸ Y 11.03.2013 T, 2013/31 E, 2013/8736 K, www.e-uyar.com (erişim tarihi: 05.05.2014).

SONUÇ

Çalışmanın giriş bölümünde de belirtildiği gibi bir maddi olay ya da duygu hukuk düzeninde bir sonuca bağlanmıştır. Bu anlamda her irade beyanının bir şekli vardır. Hukuki işlemlerde şekil serbestisi prensibi uygulanmakla birlikte tarafların kararlaştırması ya da kanunun tarafları düşünmeye sevk etme veya üçüncü kişilerin haklarını koruma amacı güttüğü durumlarda irade açıklamaları ya da hukuki işlemlerin yapılması şekle bağlanabilir. Hukukumuzda başlıca şekil türleri sözlü şekil, yazılı şekil (nitelikli ve adi) ve resmi şekildir.

Yazılı şekil şartının gerçekleşmesi için mutlaka bir metin ve o metnin altına atılması gereken bir imza olması gereklidir. Metinde, beyanda bulunanın hukuki sonuç iradesi yer alır. Bununla birlikte yazılı şeklin gerçekleşmesi için beyanda bulunanın kişiliğini ve beyanda bulunma iradesini tespiti yarayan bir işaret olan imzanın da bulunması şarttır. Senet metninin senet kendisine karşı delil teşkil edecek kişi tarafından yazılmış olması gerekli değildir, ancak senedin mutlaka o kişinin imzasını taşıması gereklidir. Kanunkoyucu, teyit edilmiş olması koşuluyla faksın ve Elektronik İmza Kanunu’yla ticari hayat ve teknolojiye hızlı gelişmeleri takip etmesi sonucu güvenli elektronik imzayla gönderilip saklanan metinlerin de yazılı şekil şartı yerine getirilebileceği kabul etmiştir. Çalışmada imzayla ilgili üzerinde durulan bir başka konu da beyaza imza konusudur. Açığa atılan imzanın üstündeki metnin anlaşmaya aykırı olarak yazıldığına iddia edilmesi durumunda ispat yükünü düzenleyen maddeye göre, açığa atılan imzanın üzerine sonradan yazılan metnin, imza atanın iradesine uygun olduğu kabul edilir. Beyaza imza özellikle İş Hukuku’nda baskı veya hile ile işçinin istifaya zorlanması ya da “boşa imza” şeklinde alınan bir kağıdın sonradan işverence istifa dilekçesi olarak doldurulması şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Böyle bir durumda ispat yükünün işçide mi yoksa işverende mi olduğu konusu İş Hukuku Doktrini ve Usul Hukuku Doktrini arasında tartışmalıdır. Yüksek Mahkemenin konuya ilişkin verdiği kararlarda çoğunlukla işçi lehine bir

tutum sergilediğini görmek mümkündür. İş Hukuku'nda yazılı şekil bakımından değerlendirilen bir diğer konuda da, işçi ile işveren arasında imzalanan ibranamelerdir. İş sözleşmesinin sona ermesiyle birlikte, uygulamada son derece yaygın olarak, işçiye ibraname imzalatılmakta ve bu yolla işçinin alacaklarının tamamını aldığı ve hiçbir alacağı kalmadığı gösterilmektedir. Konuya ilişkin doktrinde değişik görüşlerin mevcut olduğunu söylemek mümkün olsa da, esas olarak Yargıtay'ın bu belgelerin geçerliliği ve ispat değeri konusunda vermiş olduğu kararların uygulamaya yön verdiğini söylemek yerinde olur. Yargıtay, ibra sözleşmelerine sınırlı hallerde değer vermektedir. Zira Yargıtay'a göre, işçinin emeği karşılığı olan ücret ve diğer hakları konusunda nedensiz yere işvereni ibra etmesi hayatın olağan akışına uygun değildir ve bu nedenle de ibra sözleşmeleri dar yorumlanmalı ve borcun asıl sona erme nedeninin ifa olduğu göz önünde bulundurulmalıdır.

Şekil konusu incelenirken, ispat şekli denilince akla ilk olarak “senet” kavramı gelmektedir. Bunun nedeni, senedin Medeni Usul Hukuku'ndaki en güvenilir delildir olarak kabul edilmesi ve aynı şekilde ispat hukuku bakımından da en önemli ispat aracı sayılmasından kaynaklanmaktadır. Senette imzanın olmaması ancak senedin senedi düzenleyen kişiden çıkma olduğunu ifade eden paraf veya başka bir el yazısı olması durumunda yazılı delil başlangıcı sayılacağı belirtilmiştir. 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile getirilen “belge” kavramı “senet” kavramından farklı olarak düzenlenmiştir. Yeni düzenleme ile delil türleri bakımından HUMK'taki deliller genel olarak muhafaza edilmiş, ancak senet kavramı yanında senedi de içine alan daha geniş bir kavram olan belge kavramına yer verilmiştir. Senet, belge ve delil başlangıcı kavramlarının incelenmesinden sonra senetlerin ispat gücü, resmi senetler ve adi senetler olarak iki türlü ele alınmıştır. İmza inkârı söz konusu olmadığı sürece adi senetlerle resmi senetler arasında kural olarak ispat gücü bakımından herhangi bir farklılık yoktur, her iki senet de kesin delildir. Her iki senet türünde

ispat hukuku bakımından en önemli farklılık, resmi senetlerin aksi ispat edilinceye kadar kesin delil sayılmalarıdır.

Medeni Usul Hukuku'nda yazılı şekil denilince ilk olarak “senet” kavramının akla geliyor olmasının yanı sıra diğer şekle bağlı işlemler de çalışmada ele alınmıştır. Bunlardan taraf usul işlemleri incelenirken HMK'da şekil bakımından hangi şekil kurallarının kamu düzeninden olduğu belirtilmemiştir. Taraf usul işlemleri için getirilen yazılı şekilde Kanunun o işlem için belirlediği noktaların yer alması gerekir. Burada belirtilmesi gereken bir diğer nokta da, usul işlemlerinin kural olarak şartları, şekli, amacı, içeriği ve hükümleri bakımından maddi hukuka değil, Medeni Yargılama Hukuku'na tabi olduğu ve bu işlemlerde şekle aykırılık olması durumunda, Medeni Hukuk'tan farklı olarak, hükümsüzlük yaptırımının uygulanmıyor olmasıdır.

Medeni Usul Hukuku'nda yazılı şekil şartı dendiğinden tek taraflı usul işlemlerinin yanı sıra yazılı olarak yapılması gerekli olan sözleşmelere de değinilmesi gerekir. Bunlardan ilk olarak tahkim ele alındığında tahkimin istisnai bir yargılama yolu olduğu belirtilmişti. Bu niteliği itibarıyla, tarafların tahkime gitme iradelerinin tereddüde yer vermeyecek şekilde açıklanmış olması gerekir. Bu nedenle kural olarak tahkim sözleşmesinin yazılı olması gerekir. Bu da kanunkoyucu tarafından HMK m. 412/3'te hükme bağlanmıştır. Tahkim anlaşmasının yazılı şekilde yapılması bir yandan ispat kolaylığı sağlarken diğer yandan tarafların aralarındaki uyuşmazlık için olağan yargı yolu olan mahkemelere başvurmak yerine hakem yoluna gitme konusunda gerçek bir iradeye sahip olduklarını göstermektedir. Tahkim sözleşmesinin şekli incelenirken UNCITRAL Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun hükümlerine de değinilmiştir. UNCITRAL Model Kanununda tahkimin şekline ilişkin olarak getirilen düzenlemede tahkim anlaşmasının yazılı şekilde yapılacağı belirtilerek yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için, tahkim anlaşmasının taraflarca

imzalanmış yazılı bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması ya da dava dilekçesinde yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olmasının gerekli olduğu da söylenmiştir.

Medeni Usul Hukuku'nda yazılı şeklin gerekli olduğu bir diğer sözleşme de yetki sözleşmesidir. Yetki sözleşmesiyle taraflar, başka bir mahkemeyi yetkili kılıp o mahkemenin hakiminin önüne gitmeyi kabul etmiş olduğundan, sözleşmenin taraflarının dikkatli davranması ve yaptığı sözleşmenin sonuçlarını ve kendisi için önemini kavrayabilmesi için şekil şartı getirilmiştir. Yetki sözleşmesinin yanı sıra delil sözleşmesi de yazılı olarak yapılması gerekli olan Medeni Usul Hukuku'na ilişkin sözleşmelerdendir. Hukukumuzda delil sözleşmesinin geçerli olduğu, HMK m. 193'te açıkça düzenlenmiştir. Maddeye göre, taraflar yazılı olarak veya mahkeme önünde tutanağa geçirilecek imzalı beyanlarıyla kanunda belirli delillerle ispatı öngörülen vakıaların başka delil veya delillerle ispatını kararlaştırabilecekleri gibi; belirli delillerle ispatı öngörülemeyen vakıaların da sadece belirli delil veya delillerle ispatını kabul edebilirler. Tarafların davadan önce bağımsız bir sözleşme olarak delil sözleşmesi yapmaları veya maddi hukuk sözleşmesinin bir şartı olarak yazılı şekilde yapmaları mümkündür. Doktrinde davanın açılmasından önce yapılan delil sözleşmesi için adi yazılı şekil şartının yeterli olduğu ifade edilmiştir. Tarafların dava açıldıktan sonra (dava sırasında) sözlü olarak da delil sözleşmesi yapmaları durumunda taraflar, bu yöndeki beyanlarını duruşmada tutanağa geçirerek altını imzalamalıdır.

Yazılı şeklin İcra ve İflas Hukuku bakımından incelenmesinde ilk olarak icra sözleşmelerine değinilmiştir. İcra sözleşmelerine ilişkin olarak kanunda özel bir düzenleme yer almadığından sözleşmelerin şekline ilişkin de bir düzenleme yer almamaktadır. Doktrinde kanun tarafından özel bir şekil şartı öngörülmediği takdirde şekil serbestisi söz konusu

olacağından icra sözleşmeleri bakımından da kural olarak şekil serbestisi ilkesinin geçerli olduğu ifade edilmiştir. Ancak taraflar kendileri icra sözleşmesinin belli bir şekil şartına uyularak yapılabileceğini kararlaştırabilirler. Buna karşılık asıl sözleşmenin resmi şekle tabi olması, yetki sözleşmesinin de resmi şekle tabi olması sonucunu doğurmaz. Asıl sözleşme resmi şekle tabi olsa bile yetki sözleşmesi adi yazılı şekilde yapılabilir.

İcra ve İflas Hukuku'nda yazılı şeklin arandığı bir diğer kurum da konkordato ve yeniden yapılandırma projesidir. Konkordato veya yeniden yapılandırma imkanından yararlanmak isteyen kişi başvurusunu mutlaka dilekçe ile yapmalı ve dilekçede, kanunda her iki kurum için aranan koşullar mutlaka bulunmalıdır.

Çalışmada, Hukuk Muhakemeleri ve İcra ve İflas Kanunu'nda yazılı olarak yapılması gereken diğer işlemlere de yer verilmiştir. Bunlar kambyo senetlerine özgü takip yolunda itirazın yazılı olarak yapılması, mal beyanında bulunmak, sıra cetveli düzenlenmesi ve sıra cetveline itiraz edilmesi, borç ödemededen aciz vesikasıdır.

Çalışmanın son bölümünde Medeni Usul Hukuku ve İcra ve İflas Hukuku'nda belirtilen şekle uyulmadan yapılan işlem veya sözleşmeler için yaptırımın ne olacağı konusu ele alınırken işlemin kamu düzenine aykırı olup olmamasına göre bir ayırım yapılmıştır. Şekle aykırılık kamu düzeni amacıyla getirilmiş bir hükme aykırılık şeklinde ise, bu işlemin batıl sayılması gerekir. İkinci olarak, usuli işlemin güttüğü amacı sağlayan hükümlere aykırılık halinde işlem batıldır. Kamu düzenine aykırılığın sadece diğer tarafın talebi üzerine dikkate alınması, mahkemenin kendiliğinden bu aykırılığı göz önünde tutamaması söz konusu olamaz. Bununla birlikte usul işlemlerindeki şekil eksikliği her zaman kamu düzenine ilişkin olmayabilir. Bu işlemlerdeki eksiklik giderilebilir ya da düzeltilebilir nitelikte ise bu işlemlerdeki eksiklik diğer tarafça ileri sürüldüğünde, işleme butlan uygulanmaz, sadece işlemdeki eksiklik giderilir veya düzeltilir. İcra ve İflas Hukuku bakımından ise icra

tutanakları yazılı Şekil konusunda aydınlatıcı olmaktadır. İİK m. 8 hükmünde açıkça sözlü itirazların tutanağa geçirilmesinin gerekli olduğu ifade edilmektedir. Tutanağa geçirilmeyen işlemin geçerli olmayacağı açıktır.

KISALTMALAR

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AD	: Adalet Dergisi
AEÜHFD	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Art	: artikel
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AvK	: Avukatlık Kanunu
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
b	: bent
BK	: 818 Sayılı Borçlar Kanunu
bkz	: bakınız
C	: cilt
CD	: Ceza Dairesi
c	: cümle
Çev	: çeviren
CPIL	: Switzerland Federal Code on Private International Law
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn	: dipnot
E	: esas
EİK	: Elektronik İmza Kanunu
Evl Y	: Evlenme Yönetmeliği
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu

HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İİD	: İcra İflas Dairesi
İİK	: İcra ve İflas Kanunu
İşK	: İş Kanunu
İzBD	: İzmir Barosu Dergisi
İÜHFD	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
K	: karar
M	: 743 Sayılı Türk Kanuni Medenisi
MHB	: Milletlerarası Hukuk Bülteni
MTK	: Milletlerarası Tahkim Kanunu
MÜHFHAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
NK	: Noterlik Kanunu
Parg	: paragraf
PTT	: Posta ve Telgraf Teşkilatı
RG	: Resmi Gazete
RKD	: Resmi Kararlar Dergisi
s	: sayfa
STİSK	: Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu
T	: Tarih
TAAD	: Türk Adalet Akademisi Dergisi
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
vb	: ve benzeri
vd	: ve devamı
Y	: Yargıtay

YBGK : Yargıtay Büyük Genel Kurulu
YHGK : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBK : Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
YKD : Yargıtay Kararları Dergisi

YARARLANILAN KAYNAKLAR

ADAY, NEJAT: Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muvazaa, İstanbul 1992.

AKINCI, ZİYA: Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi, Ankara 1994 (Anılış: Hakem Kararları).

AKINCI, ZİYA: Milletlerarası Tahkim, Ankara 2003 (Anılış: Tahkim).

AKINTÜRK, TURGUT/ KARAMAN, DERYA: Aile Hukuku, İstanbul 2013.

AKİL, CENK: “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Sulh ve Sulh Yoluyla Şarta Bağlı Hüküm Verilip Verilemeyeceği Meselesi, GÜHFD, C.XVI, S.4, Ankara 2012, s 1-18.

AKİPEK, JALE: Türk Eşya Hukuku, C.II, Mülkiyet, Ankara 1971.

AKKAYA, TOLGA: Medeni Usul Hukukunda Delillerin Hasredilmesi (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Eskişehir 2003.

AKYİĞİT, ERCAN: Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, İstanbul 1990, s. 18-19.

AKYOL ASLAN, LEYLA: Medeni Usul Hukukunda Davadan Feragat, Ankara 2011.

ALANGOYA, YAVUZ: Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul 1973 (Anılış: Tahkim).

ALANGOYA, YAVUZ: “Senede Karşı Senetle İspat Kuralı ve Hayatın Olağan Akışı Kavramı”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004 (Anılış: Senetle İspat Kuralı).

ALANGOYA, YAVUZ: “UNCITRAL Tahkim Yönetmeliği Hakkında”, Prof. Dr. İlhan Postacıoğlu’na Armağan, İstanbul 1990, s. 1-23 (Anılış: Tahkim Yönetmeliği).

ALANGOYA, YAVUZ/YILDIRIM, KAMİL/DEREN-YILDIRIM, NEVHİS: Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2011 (Anılış: Medeni Usul).

ALANGOYA, YAVUZ/YILDIRIM, KAMİL/ DEREN-YILDIRIM, NEVHİS: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul 2006 (Anılış: Öneriler).

ALPAGUT, GÜLSEVİL: Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, Ankara 1998.

ALTAŞ, HÜSEYİN: Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara 1998.

ALTOP, ATILLA: “ Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nda Yer Alan Bazı Önemli Yenilik ve Değişiklikler”, İstanbul 2012, www.iku.edu.tr.

ANIL, YAŞAR ŞAHİN: “Yazılı Delil Başlangıcı”, AD, S. 2, Ankara 1983, s. 414-419.

ANSAY, SABRİ ŞÜKRÜ: Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara 1960.

ANTALYA, OSMAN GÖKHAN: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul 2012 (Anılış: Borçlar).

ANTALYA, OSMAN GÖKHAN: Miras Hukuku, İstanbul 2009 (Anılış: Miras).

ANTALYA, OSMAN GÖKHAN: Hizmet Akdinin Tanımı, Unsurları ve Hukuki Niteliği, Yargıtay Dergisi, C: II, S. 1-2 Ocak- Nisan, Ankara 1987 (Anılış: Hizmet Akdi).

ARAL, FAHRETTİN: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2007.

ARSLAN AKYÜZ, PETEK: Şekle Aykırılık Nedeniyle Geçersiz Taşınmaz Satımlarından Doğan Hukuki Sonuçlar, Ankara 2003.

AŞIK, İBRAHİM: “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Yetki Sözleşmesi”, TBB Dergisi, S.97, Ankara 2011 (Anılış: Yetki Sözleşmesi).

AŞIK, İBRAHİM: İcra Sözleşmeleri, Ankara 2006 (Anılış: İcra).

ATALAY, OĞUZ: “Konkordato Hukukundaki Değişiklikler, Bankacılar Dergisi, S. 47, Ankara 2003, s. 99-106.

ATALI, MEHMET: “İnternet Ortamında Tahkim ve Usul Hukuku Sorunları”, <http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=%DDNTERNET%20ORTAMINDA%20TAHK%DDM%20ve%20US%DBL%20HUKUKU%20SORUNLARI&kimlik=-1517589410&url=makaleler/matali-1.htm>.

ATEŞ, MUSTAFA: “Hukuk Muhakemeleri Usulünde Delil Sözleşmeleri”, YD 1995/3, Ankara 244-263.

AYİTER, NUŞİN: Miras Hukuku, Ankara 1978.

AZİZOV, HAKİM: Uluslararası Ticari Tahkim, Ankara 2004.

BALCI, MUHARREM: İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim, İstanbul 1999.

BASKAN, ESRA: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C.II, S. 2, Ankara 2012, s. 116-25.

BAŞPINAR, VEYSEL: “Taşınmaz Satımında Vekâlet”, AÜHFD, Ankara 1996, s. 483- 504.

BELGESAY, MURAT REŞİT: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. I, İstanbul 1939 (Anılış: HMK Şerh).

BELGESAY, MURAT REŞİT: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, İsbat Teorisi, İstanbul 1950 (Anılış: İsbat Teorisi).

BELGESAY, MURAT REŞİT: “Yazılı Deliller”, Adalet Ceridesi, Ankara 1943, s. 333-340 (Anılış: Deliller).

BELGESAY, MUSTAFA REŞİT, Hukuk ve Ceza Usulü Muhakamesinde Deliller, İstanbul 1940 (Anılış: Hukuk ve Cezada Deliller).

BELGESAY, MURAT REŞİT: İcra ve İflas Kanunu Şerhi, C. I, İstanbul 1954 (Anılış: İİK Şerh).

BERKİN, NECMETTİN: Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi, İstanbul 1980 (Anılış: Medeni Usul).

BERKİN, NECMETTİN: Usul Hukukunda Senetler ve Senetlerin İspat Kuvveti, İstanbul 1948 (Anılış: Senetler).

BERKİN, NECMETTİN: “Senetle İspat Mecburiyeti ve Kaidenin İstisnaları, İHFM, C: XVI, S. 3-4, İstanbul 1950, s.799- 821 (Anılış: Senetle İspat).

BERKİN, NECMETTİN: “İspat Hukuku’nda Senet Delili ve Yazılı Şekil”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası S. 4, İstanbul 1946, s. 1175- 1192 (Anılış: Yazılı Şekil).

BİLGE, NECİP/ÖNEN, ERGUN: Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1978.

BİRSEL, MAHMUT/BUDAK, ALİ CEM: Milletlerarası Tahkim Konusunda Türk Hukuku Açısından Sorunlar ve Öneriler- Türk Tahkim Kurulu ve UNCITRAL Kanun Örneği, Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi?, Sempozyum, Bildiriler-Tartışmalar, Ankara 1997, s. 169-223.

BLOMEYER, ARWED: Zivilprozessrecht-Erkentnissverfahren, Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1963.

BOLAYIR, NUR: Medeni Usul Hukukunda Yetki Sözleşmeleri, İstanbul 2009, s. 133.

BOZKURT YÜKSEL, EBRU: “UNCITRAL ve UNCITRAL Model Kanunu’na Genel Bir Bakış”, TAAD, C. 2, S. IV, Ankara 2011, s. 135-172.

BROCHES, ARON: “Birth of UNCITRAL”, Uniform Commercial Law in the Twenty-First Century, Proceedings of the Congress of the United Nations Commission on International Trade Law, New York 1992, s. 7 vd
(http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/general/Uniform_Commercial_Law_Congress_1992_e.pdf)

BUDAK, ALİ CEM: “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Yetki Sözleşmesi”, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Dergisi, C. 8, S. 21, İstanbul 2012, s. 9-25.

BULUR, ALPER: “ 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümleri Uyarınca E-İspat”, YÜHFD, Prof. Dr. Erhan Adal’a Armağan, C. VIII, S. 2, s. 779-799.

BURCUOĞLU, HALUK: Borçlar Kanunu’na Getirilen Yenilikler Sempozyumu, İzBD, S. 2, İzmir 2012, s. 9-91.

CARBONNIER, JEAN: Droit Civil, C. II, Paris 1967 (TUĞ’dan naklen).

CENTEL, NUR/ **ZAFER**, HAMİDE: Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2014.

ÇELİK, NURİ: İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2003.

ÇENBERCİ, MUSTAFA: Gayrimenkul Satış Vaadi, Ankara 1973 (Anılış: Satış Vaadi).

ÇENBERCİ, MUSTAFA: “Toplu İş Sözleşmesinin Bağlı Olduğu Şekil”, İş Hukuku Dergisi, C.I, S.11, Ankara 1969, s. 756-759 (Anılış: Toplu İş).

ÇİFTÇİ, PINAR: “Bir Hukuk Genel Kurulu Kararı Işığında Özellikle Medeni Usul Hukuku Açısından Delil Sözleşmelerinin Geçerliliği Sorunu”, DEÜHFD, C. 11, Özel S, İzmir 2009, s. 129-182.

DAYINLARLI, KEMAL: Borçlar Kanunu’na Göre Alacağın Devri, Ankara 1993 (Anılış: Alacağın Devri).

DAYINLARLI, KEMAL: UNCITRAL Kurallarına Göre Uzlaşma ve Tahkim, Ankara 2000 (Anılış: Uzlaşma ve Tahkim).

DAYINLARLI, KEMAL: “ İç Tahkim”, İnşaat Sözleşmeleri Yönetici-İşletmeci-Mühendisler ve Hukukçular için Ortak Seminer, Ankara 2001 (Anılış: İnşaat Sözleşmeleri).

DEDEAĞAÇ, ENDER: “6100 Sayılı HMK’da Belge ve Senetle İspat”, s. 1, www.enderdedeagac.blogspot.com.

DELİDUMAN, SEYİTHAN: “Medeni Usul Hukuku’nda Senet ve Senetlerle Yazılı Şekil Arasındaki İlişki”, Erzincan 2000, s. 413- 436, www.erzincan.edu.tr (Anılış: Senetler ve Yazılı Şekil).

DELİDUMAN, SEYİTHAN: Noter Senetleri, Ankara 2001 (Anılış: Noter Senetleri).

DELİKAYA, ZEKİ: “Yargıtay Kararları Işığında İş Akdinin Feshi Usulü”, İstanbul 2013, www.karacabayer.av.tr.

DEMİR, ŞAMİL: Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi, İstanbul 2011 (Anılış: Uzlaşma Sağlama).

DEMİR, ŞAMİL: “Avukatlık Kanunu Tasarısı Çalışma Metninin Uzlaşma Sağlamaya İlişkin 35/A Maddesinin Değerlendirilmesi”, ABD, C. 16, S. 4, s. 187-215 Anılış: (Uzlaşma Sağlama).

DEREN YILDIRIM, NEVHİS: UNCITRAL Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları, İstanbul 2004.

DURAL, MUSTAFA/ ÖĞÜZ, TUFAN/ GÜMÜŞ, MEHMET ALPER: Türk Özel Hukuku C.III, Aile Hukuku, İstanbul 2014.

DURAL, MUSTAFA/ ÖZ, TURGUT: Miras Hukuku, İstanbul 2013.

EKŞİ, NURAY: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim, İstanbul 2013 (Anılış: Tahkim).

EKŞİ, NURAY: Milletlerarası Deniz Ticareti alanında Incorporation Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları, İstanbul 2010 (Anılış: Incorporation).

ELBİR, HALİD KEMAL: İş Hukuku, İstanbul 1987.

ELDENİZ, GÜLPERİ: “ Şekle Bağlı Sözleşmelerde İmza”, Ankara Barosu Dergisi, 2008, s. 38-45.

ERCAN, HASAN: İcra ve İflas Kanununa Göre Mal Beyanı, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Ankara 2004, www.acikarsiv.ankara.edu.tr.

EREN, FİKRET: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, Ankara 2002.

EREN, FİKRET: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, Ankara 2014.

ERTEKİN, ÖZKAN: İş Hukukunda İbra, Ankara 2007.

ESENER, TURHAN: Borçlar Hukuku, C. I, Ankara 1969 (Anılış: Borçlar).

ESENER, TURHAN: İş Hukuku, Ankara 1973 (Anılış: İş Hukuku).

ESENER, TURHAN: Selahiyete Müstenit Temsil, Ankara 1961 (Anılış: Temsil).

ESMER, GALİP: Mevzuatımızda Gayrimenkul Hükümleri ve Tapu Sicili, Ankara 1976.

ERMENEK, İBRAHİM: Medeni Usul Hukukunda Davayı Kabul, Ankara 2009, s. 27.

ERTEN, ALPER EFE: Mali Durumu Bozulan Sermaye Şirketlerinin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılması, Ankara 2006.

ERTURGUT, MİNE: Medeni Usul Hukuku'nda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Olarak Değerlendirilmesi, Ankara 2004 (Anılış: Elektronik İmzalı Belgeler).

ERTURGUT, MİNE: “Elektronik İmza Kanunu Bakımından E-belge ve E-imza”, Bankacılar Dergisi, S. 48, İstanbul 2003, s. 66- 79 (Anılış: E-imza).

FALCIOĞLU, METE ÖZGÜR: Türk Hukuku'nda Elektronik İmza ve Satım Sözleşmesi, Ankara 2004.

FEYZİOĞLU, NECMETTİN FEYZİ: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I-II, İstanbul 1976.

GÖKSU, MUSTAFA: “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Senetle İspat Kuralları ve Bunların İstisnaları”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, S.1(1), Ankara 2011, s.53-65.

GÖKTAŞ, SERACETTİN: “İş Sözleşmesinin İşverence Feshi ve İş Güvencesi, ABD, S.1, Ankara 2008.

GÖKTÜRK, HÜSEYİN AVNİ: Türk Hukuku'nda Yazılı Şekil, Ankara 1937.

GÖNENSAY, SAMİM/ BİRSEN, KEMALEDİN: Miras Hukuku, İstanbul 1963.

GÖTZ, DIETER/HAENSCH, GÜNTHER/ WELLMANN, HANS: Langenscheid Grosswörterbuch Deutsch als Fremdsprache, Berlin-München-New York 1997.

GÜMÜŞ, MEHMET ALPER: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II, İstanbul 2010.

GÜNAY, CEVDET İLHAN: İş Hukuku Yeni İş Yasaları, Ankara 2013.

GÜNER, SEMİH: Avukatlık Hukuku, Ankara 2009.

GÜRİSOY, KEMAL TAHİR/ EREN, FİKRET/ EROL, CANSEL: Türk Eşya Hukuku, Zilyetlik, Tapu Sicili, Mülkiyet, Sınırlı Ayni Haklar, Ankara 1978.

HATEMİ, HÜSEYİN: Aile Hukuku C.I (Evlilik Hukuku), İstanbul 2005.

HATEMİ, HÜSEYİN/ GÖKYAYLA, EMRE: Borçlar Hukuku, İstanbul 2012.

HATEMİ HÜSEYİN/ SEROZAN RONA: Aile Hukuku, İstanbul 1993.

HATEMİ, HÜSEYİN/ KALKAN OĞUZTÜRK, B: Aile Hukuku, İstanbul 2013.

HELVACI, İLHAN: Yeni Türk Borçlar Kanunu, İstanbul 2011.

HELVACI, SERAP/ ERLÜLE, FULYA: Medeni Hukuk, İstanbul 2010, s. 146.

HELWİG, KONRAD: System des Deutschen Zivilprozessrecht, Aalen 1968.

HERMANN, GEROLD: “The UNCITRAL Arbitration Law”, Uniform Law Review, 1998-2/3, www.gcarbitration.com/english/issue/issue12/law1.htm, s. 1.

HILL, RICHARD: “On-line Arbitration: Issues and Solutions”, <http://www.umass.edu/dispute/hill.htm>.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu Değerlendirmesi, Yargıtay Başkanı Yargıtay Hukuk Daire Başkanları Kanunu Hazırlayan Akademisyenlerden, Ankara 2012.

HOCHGRAEFE, OSKAR: Vollstreckungsvertraege, Breslau 1938.

HÖFER, GERHARD/HUHN, DIETER: Beurkundungsgesetz und Ergänzende Vorschriften, Athanaeum.

ILDIR, GÜLGÜN: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler), Ankara 2003.

İMRE, ZAHİT: “Mirasın Taksim Sözleşmesinin Şekil Şartı ve Türk Medeni Hukuku’nun Buna İlişkin Meseleleri”, Onar Armağanı, İstanbul 1977, s. 395-436.

İNAN, ALİ NAİM: Borçlar Hukuku, C. I, Ankara 1971.

İNAN, ALİ NAİM/ ERTAŞ, ŞEREF/ ALBAŞ, HAKAN: Miras Hukuku, Ankara 2008.

KANETİ, SELİM: İsviçre Federal Mahkemesi’nin Borçlar Hukuku Kararları -1955-1964-, Ankara 1968 (Anılış: Federal Mahkeme Kararları).

KANETİ, SELİM: Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi, İstanbul 1972 (Anılış: Çevrilme).

KAPANCI, BERK: “Türk Borçlar Kanunu’nun 14. Maddesinin Öngördüğü Yeni Şekil Düzenlemesinin Getirdikleri”, MÜHFD; Cilt 18, Sayı 1, 2012, s. 403-430.

KARAHACIOĞLU, ALİ HAYDAR/ PARLAR, AYNUR: İspat ve Deliller, Ankara 2012.

KARSLI, ABDURRAHİM: Medeni Muhakeme Hukuku, İstanbul 2012 (Anılış: Medeni Muhakeme).

KARSLI, ABDURRAHİM: Medeni Usul Hukuku’nda Usuli İşlemler, İstanbul, 2001 (Anılış: Usuli İşlemler).

KESER BERBER, LEYLA: “İnternet Üzerinden Yapılan İşlemlerde Elektronik Para ve Dijital İmza, Ankara 2002 (Anılış: Elektronik Para).

KESER BERBER, LEYLA: “İmzalıyorum O Halde Varım”, Dijital İmza, Dijital İmza Hakkındaki Yasal Düzenlemeler, Dijital İmzalı Elektronik Belgelerin Hukuki Değeri, TBBD 2000, S.2, s. 501-519 (Anılış: Dijital İmza).

KESKİN, OSMAN KADRİ: “Yetki Anlaşmaları”, Adalet Dergisi, 1973/4, s. 308; s. 13-39.

KILIÇOĞLU, AHMET: Miras Hukuku, Ankara 2012. (Anılış: Miras)

KILIÇOĞLU, AHMET: Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Yeni Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış) 14. Bası, Ankara 2011. (Anılış: Borçlar)

KILIÇOĞLU, MUSTAFA: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi, Ankara 2012 (Anılış: Hukuk Muhakemeleri)

KİRAZ, TAYLAN ÖZGÜR: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Getirilen Yenilikler, Ankara 2012.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, NECİP/ HATEMİ, HÜSEYİN/ SEROZAN, RONA/ ARPACI, ABDÜLKADİR:Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2008 (Anılış: Borçlar).

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, NECİP: Miras Hukuku, İstanbul 1978 (Anılış: Miras).

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, NECİP: Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul 1968 (Anılış: Hata Kavramı).

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, NECİP: Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi, İstanbul 1959 (Anılış: Satış Vaadi).

KOCAMAN, ARİF: Alacağın Devrinin Benzer Üçlü İlişkiler Karşısındaki Teorik Sınırı Sorunu, Ankara 1992.

KONURALP, HALUK: Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara 1999 (Anılış: İspat Kuralları).

KONURALP, HALUK: “Medeni Usul Hukuku’nda Yazılı Delil Başlangıcı, Ankara 1988 (Anılış: Yazılı Delil Başlangıcı).

KOSCHAKER, PAUL (AYİTER, KUDRET): Roma Özel Hukuku'nun Ana Hatları, Ankara 1977.

KOSTAKOĞLU, CENGİZ: Banka Kredi Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar ve Akreditif, İstanbul 2001.

KÖPRÜLÜ, BÜLENT/ KANETİ, SELİM: Aile Hukuku, İstanbul 1986.

KULUÇLU, ERDAL: "Türk Hukuk Sisteminde Normlar Hiyerarşisi ve Sayıştay Denetimine Etkileri", www.dergi.sayistay.gov.tr.

KUNTER, NURULLAH/ YENİSEY, FERİDUN/ NUHOĞLU, AYŞE: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2010.

KURU, BAKİ: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I-IV, İstanbul 2001 (Anılış: Usul).

KURU, BAKİ: İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Ankara 2013 (Anılış: İcra-İflas).

KURU, BAKİ: İcra ve İflas Hukukunda Menfi Tespit ve İstirdat Davası, Ankara 2003 (Anılış: Menfi Tespit).

KURU, BAKİ: "İcra Tutanakları (Zabıtları), ABD, S. 5, Ankara 1975, s. 643-653 (Anılış: Tutanaklar).

KURU, BAKİ/ ARSLAN, RAMAZAN/ YILMAZ, EJDER: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2013.

KURU, BAKİ/ BUDAK, ALİ CEM: "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Yenilikler", İBD, C. 85, S. 5, İstanbul 2011, s. 3- 43.

LALE, İSMAİL/ LALE, ÖMER: Evlilikte Hukuksal İlişkiler, Ankara 2009.

LARENZ, KARL: Lehrbuch des Schuldrechts, I. Bd. Allgemeiner Teil, München 1970.

MALKOÇ, İSMAİL/ GÜLER, MAHMUT: Ticari Senetler ve Suçlar, Ankara 1989.

MOLLAMAHMUTOĞLU, HAMDİ: İş Hukuku, Ankara 2008.

MOLLAMAHMUTOĞLU, HAMDİ/ ASTARLI, MUHİTTİN: İş Hukuku, Ankara 2011.

MUŞUL, TİMUÇİN: İcra ve İflas Hukuku, C. I, Ankara 2013 (Anılış: İcra-İflas).

MUŞUL, TİMUÇİN: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2012 (Anılış: Usul).

NARMANLIOĞLU, ÜNAL: “İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay’ın 1986 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtay’ın 1986 Yılı İş Hukukuna ilişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, İstanbul 1988.

NART, SERDAR: “Alman ve Türk Hukuku’nda Senetle İspat”, DEÜHFD C. 9, S. 1, 2007 İzmir, s. 207-232.

NOMER, HALUK: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012.

NOMER, ERGİN/ EKŞİ, NURAY/ GELGEL ÖZTEKİN, GÜNSELİ: Milletlerarası Tahkim Hukuku, C.I, İstanbul 2013.

OĞUZMAN, KEMAL/ DURAL, MUSTAFA: Aile Hukuku, İstanbul 1998 (Anılış: Aile).

OĞUZMAN, KEMAL/ ÖZ, TURGUT: Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I, B. 11, İstanbul 2013 (Anılış: Borçlar).

OĞUZMAN, KEMAL: Narmanlıoğlu’nun Tebliğinin Genel Görüşmesi, Yargıtay’ın 1986 Yılı İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, İstanbul 1988 (Anılış: İş Hukuku).

OĞUZMAN, KEMAL: Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet “İş” Akdinin Feshi, İstanbul 1955 (Anılış: Hizmet akdi).

OLGAÇ, SENAİ: Satış-Trampa-Bağışlama, Ankara 1977.

ORTA, MESUT: Elektronik İmza ve Uygulaması, Ankara 2005.

OSER, HUGO/ SCHÖNENBERGER, WILHELM: Kommentar, Obligationenrecht BD V. 3, Zurich 1945.

ÖCAL, AKAR: “Beyaza İmzada İspat Şekli”, AD, Ankara 1962.

ÖĞÜTÇÜ, TAHİR/ ÇİTOĞLU, ALİ: Uygulamalı İcra ve İflas Kanunu, C. I-II, Ankara 1977.

ÖĞÜZ, TUFAN: “Türk Borçlar Kanunu’nun Sözleşmelerin Geçersizliğine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, MÜHFHAD, İstanbul 2012, s. 99-106.

ÖKTEMER, SEMİH: “1512 Sayılı Kanun Açısından Mirasın Taksimi Sözleşmesi”, Türkiye Noterler Birliği Dergisi, S. 14, Ankara 1977, s. 27-53.

ÖNEN, ERGUN: Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1979 (Anılış: Medeni Yargılama).

ÖNEN, ERGUN: Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara 1972 (Anılış: Sulh).

ÖZ, TURGUT: “Sözleşmelerin Kurulması ve Geçerliliği”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler, Tebliğler, İstanbul 2012.

ÖZBEK, MUSTAFA SERDAR: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2009 (Anılış: Uyuşmazlık).

ÖZBEK, MUSTAFA SERDAR: “Avukatlık Kanunu’nun 35/A Maddesine Göre Arabuluculuk” ABD S. 3, Ankara 2001, s. 113-139 (Anılış: Arabuluculuk).

ÖZDEMİR, ERDEM: İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, İstanbul 2006.

ÖZEKES, MUHAMMED: “İspat ve Deliller”, Türkiye Adalet Akademisi HMK Toplantısı 2011, s. 15, www.hsyk.gov.tr.

ÖZEN, BURAK: Kefalet Sözleşmesi, Özellikler-Kuruluşu- Türleri, İstanbul 2008.

ÖZMEN, SEBA: “Telefaks Cihazları (Facsimilie) İle Gönderilen İrade Beyanlarının Medeni Hukuk ve Usul Hukuku Açısından Sonuçları”, ABD, S. 1, Ankara 1990, s. 72-84.

ÖZTAN, BİLGE Aile Hukuku, Ankara 2004.

ÖZTÜRK, BAHRİ: Yeni Yargıtay Karararo Işığı Altında Delil Yasakları, Ankara 1995.

ÖZTÜRK, SİNAN: Elektronik Sözleşmeler (Kuruluş ve Geçerlilik Şartları), İ.Ü. SBE, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2002.

ÖZUĞUR, ALİ İHSAN: Türk Medeni Kanunundan Önce ve Sonra Miras Hukuku, Ankara 2005.

ÖZÜLKÜ, OSMAN: “İş Sözleşmelerinde Geçerli Nedenle Fesih”, Kayseri 2009, www.osmanozulku.av.tr.

PEKCANITEZ, HAKAN/ATALAY, OĞUZ/ ÖZEKES, MUHAMMED: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2013.

PEKCANITEZ, HAKAN/ ATALAY, OĞUZ/ SUNGURTEKİN ÖZKAN, MERAL/ ÖZEKES, MUHAMMED: İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2013.

POSTACIOĞLU, İLHAN: Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975 (Anılış: Medeni Usul).

POSTACIOĞLU, İLHAN: İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1982 (Anılış: İcra).

POSTACIOĞLU, İLHAN: İflas Hukuku Esasları, C. I Konkordato, İstanbul 1949 (Anılış: Konkordato).

POSTACIOĞLU, İLHAN: Şehadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları, İstanbul 1964 (Anılış: İspat Memnuiyeti).

POSTACIOĞLU, İLHAN: Şekle Riayet Mecburiyeti, İstanbul 1945 (Anılış: Şekle Riayet).

POSTACIOĞLU, İLHAN: “HUMK. nun 288 ve 290. Maddelerinin 1711 Sayılı Kanunla Aldığı Yeni Şekil”, HUMK’nu Değiştiren 1711 Sayılı Kanun ve Noterlik Kanunu Hakkında Sempozyum, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını İstanbul 1973, s. 11-17 (Anılış: HUMK 288 ve 290).

RENDİ, NİHAT/ ONURSAN, GALİP: Borçlar Hukuku, C. I, Ankara 1972.

ROSENBERG, LEO /SCHWAB, KARL /GOTTWALD, PETER: Zivilprozessrecht, München 2010.

SAĞIROĞLU, ŞEREF/ALKAN, MUSTAFA, Elektronik İmza Uygulamaları, İstanbul 2007.

SAĞLAM, İPEK: Elektronik Sözleşmeler, İstanbul 2007.

SAYILGAN, GÜVEN/ COŞKUN, ENDER: “Finansal Sıkıntılı Şirketlerde Yeniden Yapılandırma Süreçleri ve Yeniden Yapılandırma Süreçlerinin Seçimini Etkileyen Faktörler”, AÜSBFD, 64-2, Ankara 2009, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/997/12135.pdf>.

SAYMEN, FERİT HAKKI: Türk Eşya Hukuku, Ayni Haklar, İstanbul 1954.

SAYMEN, FERİT HAKKI/ ELBİR, HALİD KEMAL: Türk Borçlar Hukuku, İstanbul 1978.

Settlement of Commercial Disputes- Form of Arbitration Agreement, Note by the Secertariat, UNCITRAL, 39th Session, Doc. No. A/CN.9/606, 19 June-07July 2006, s. 4, <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V06/530/25/PDF/V0653025.pdf?OpenElement>.

SCHREİBER, KLAUS: Die Urkunde im Zivilprozess, Berlin 1982.

SEROZAN, RONA/ ENGİN, BAKİ İLKAY: Miras Hukuku, Ankara 2012.

SEVİMLİ, AHMET: “İş Hukukunda Yazılı Şekil Şartı”, www.ceis.org.tr, s. 11-26.

SONER, LÜTFÜ FİKRİ: “Senetle İspat Zorunluluğu, Delil Sözleşmesi ve Tanık Dinletilmesi, ABD S. 5, 1975 Ankara, s. 636-664.

SOYER, POLAT: Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Ankara 1994.

SÖZEN, TURHAN: “Kamu Düzenine İlişkin Özel Hukuk Kuralları Üzerine Düşünceler”, İBD, S. 4-5-6, İstanbul 1992.

STEİN, FRIEDRICH/ JONAS, MARTIN: Kommentar zur Zivilprozessordnung Band I, Tübingen 2003.

SÜTKEN, ELVAN: Roma Hukuku’nda Şekil, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir 2010.

ŞAHLANAN, FEVZİ: Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul 1992, s. 173-174.

ŞEN DOĞRAMACI, HAYRİYE: “Sözleşmelerin Şekli”, Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları I, Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan, İstanbul 2012, s. 129-147.

ŞİT, BANU: “Tahkim Anlaşmasının Şekli: Yazılı Şekil Şartı ve İnternet Aracılığı ile Akdedilen Tahkim Anlaşmaları”, MHB Yıl 25-26, İstanbul 2005-2006, s. 411-436.

TANRIVER, SÜHA: İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Ankara 1996 (Anılış: İlamlı İcra).

TANRIVER, SÜHA: “Mahkeme Huzurunda Yapılan Sulhler”, Prof. Dr. İlhan Öztrak’a Armağan, AÜSBFD, Ankara 1994, C. 46, S. 1-2, s. 333-348 (Anılış: Sulh).

TANRIVER, SÜHA: “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’nın 1. İla 122. Maddelerinde Yer Alan Düzenlemeler ve Bunların Genel Çerçeve Değerlendirilmesi”, Makalelerim II (2006-2010) Ankara 2011, s. 143-181 (Anılış: HMK Tasarısı Değerlendirmesi).

TAŞKENT, SAVAŞ/ KABAKÇI, MAHMUT: “Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, İstanbul 2009, Y. 4, S. 16, s. 21-46.

TAŞPINAR, SEMA: Medeni Yargılama Hukuku’nda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001, s. 192.

TAŞPINAR AYVAZ, SEMA: “Türk Borçlar Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun İmza Atamayanlarla İlgili Düzenlemesine Eleştirel Bir Bakış Açısı”, AUHFD, S. 61/I, Ankara 2012, s. 321-349.

TEKİNAY, SELAHATTİN SULHİ: Türk Aile Hukuku, İstanbul 1986 (Anılış: Aile).

TEKİNAY, SELAHATTİN SULHİ: Borçlar Hukuku, İstanbul 1974 (Anılış: Borçlar).

TEKİNAY, SELAHATTİN SULHİ: “Noterlik Kanunu’nun 89. Maddesi Hakkında Düşünceler”, HUMK’nu Değiştiren 1711 Sayılı Kanun ve Noterlik Kanunu Hakkında Sempozyum, İstanbul 1976 (Anılış: Noterlik).

TEKİNAY, SELAHATTİN SULHİ/ AKMAN, SERMET/ BURCUOĞLU, HALUK/ ALTOP, ATILLA: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.

TERCAN, ERDAL/ TERCAN, SÜHEYLA: İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2005.

THOMAS, HEINZ/ PUTZO, HANS: Zivilprozessordnung Kommentar, München 2007, s.73.

TİFTİK, MUSTAFA: “Yazılı Delil Başlangıcı”, AD 1984, s. 241-263.

TOROSLU, NEVZAT/FEYZİOĞLU, METİN: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2014.

TUĞ, ADNAN: Türk Özel Hukukunda Şekil, Konya 1994.

TUNCAY, CAN: Hukuki Yönden Basında İşçi İşveren İlişkileri, İstanbul 1989, s. 44.

TUNÇOMAĞ, KENAN: Türk Borçlar Hukuku, C. I, İstanbul 1976.

TUTUMLU, MEHMET AKİF: Medeni Yargılama Hukukunda Delillerin İleri Sürülmesi, Ankara 2002.

TÜRK, AHMET: Maddi Hukuk ve İcra ve İflas Hukuku Yönleriyle Menfi Tespit Davası, Ankara 2006.

TÜRKEŞ, ŞÜKRÜ: İcra-İflas Suç ve Cezaları, İstanbul 1977.

TÜRKİYE NOTERLER BİRLİĞİ: “1512 Sayılı Noterlik Kanunu ile Resmi Senet Yolu ile İspat Rejimine Getirilen Değişiklikler”, HUMK’u Değiştiren 1911 Sayılı Kanun ve Noterlik Kanunu Hakkında Sempozyum, İstanbul 1976, s. 199-216 (Anılış: Tebliğ).

ULUCAN, DEVRİM: Deniz İş Hukukuna İlişkin Temel Bilgiler (Sendikal Eğitim Kitabı), İstanbul 1986.

ULUKAPI, ÖMER: İcra ve İflas Hukuku, Konya 2001.

ULUSAN, İLHAN: Maddi Hukuk ve Usul Hukuku Bakımından Sulh Sözleşmesi, MHAD, C.V, S.7, İstanbul 1971, s. 149-203.

ULUSOY, YASİN: “Beyaza İmza” AEÜHFD, C. VIII, S. 3-4, Erzincan 2004, s. 471- 499.

UMAR, BİLGE: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2011.

UMUR, ZİYA: Roma Hukuku, İstanbul 1974.

UYAR, TALİH: İcra ve İflas Hukukunda Suç Sayılan Fiiller, Manisa 1987 (Anılış: İcra-İflas Suçları).

UYAR, TALİH: İcra ve İflas Kanunu Şerhi, Ankara 2014 (Anılış: Şerh).

UYAR, TALİH: “Takip Konusu Senedin Sahte Olarak Düzenlenmiş Olduğu” İleri Sürülerek, İcra Takibinin Durdurulması Nasıl Sağlanabilir? İBD. Mart-Nisan/2012, s. 199-207 (Anılış: Sahte Senet).

UYAR, TALİH: İcra Tutanakları ve İşlevleri (İİK m. 8), İzBD, S. 4, İzmir 2004, s. 131-141 (Anılış: Tutanaklar).

UYAR, TALİH: “Takip Hukukunda Borç Ödemeden Aciz Vesikası (İİK m. 143)”, TBB Dergisi S. 70, Ankara 2007, s. 345- 358 (Anılış: Aciz Vesikası).

UYGUR, TURGUT: Türk Borçlar Kanunu Şerhi, İstanbul 2012.

ÜNVER, YENER: “Ceza Yargılaması Hukukunda İspata İlişkin Bir Yargıtay İBK’nın İncelenmesi”, İÜHFD, C. 55, S. 1-2, 1995-1996 İstanbul, s. 183-218.

ÜSTÜNDAĞ, SAİM: Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, İstanbul 1997 (Anılış: Medeni Yargılama).

ÜSTÜNDAĞ, SAİM: Medeni Usul Hukukunda Salahiyet Anlaşmaları, Makaleler, İçtihat Tahliller ve Çeviriler, Ankara 2010, s. 13-39 (Anılış: Salahiyet).

ÜSTÜNDAĞ, SAİM: İcra Hukukunun Esasları, Ankara 2004 (Anılış: İcra).

UZEL, YELDA: “İcra Takiplerinde Borcun Taksitle Ödenmesi”, Legal MİHDER, C. III, S. 8, İstanbul 2007, s. 697- 712.

VAHRENWALD, ALT: “ Out-of-Court Dispute Settlement Systems for E-Commerce”, Report on Legal Issues Part III: Types of Out-of-court Dispute Settlement, 2000, s. 30 (<http://tbplaw.com/data/part3.pdf>).

VON TUHR, ANDREAS (çev: **EDEGE, CEVAT**), Borçlar Hukukunun Umumi Kısım, İstanbul 1952.

WAHAB, MOHAMMED ABDEL: “TheGlobal Information Society and Online Dispute Resolution: A New Dawn for DisputeResolution” (2004) 21(2) Journal of International Arbitration, p. 143-168 (http://unctad.org/en/docs/edmmisc232add20_en.pdf -dispute settlement-).

YARICI, HÜLYA: Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılması, İstanbul 2007.

YAVUZ, CEVDET/ ACAR, FARUK/ ÖZEN, BURAK: Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul 2014.

YAVUZ, CEVDET: Türk, İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil, İstanbul 1982.

YAVUZ, NİHAT: İtirazın İptali, Menfi Tespit ve İstirdat Davaları, İstanbul 2000.

YEĞENGİL, RASİH: Tahkim (L’Arbitrage), İstanbul 1974, s. 102; **AZİZOV, HAKİM:** Uluslararası Ticari Tahkim, Ankara 2004.

YENİOCAK, UMUT: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Değişiklik ve Yenilikler, İstanbul 2011.

YILDIRIM, KAMİL: “Senetle İspat Kuralının Türk Medeni Yargılama Hukukundaki Önemi”, İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2001, s.118-142 (Anılış: Senetle İspat).

YILMAZ, DİNÇER: Medeni Usul Hukukunda Davadan Feragate İlişkin Hükümlerin İdari Yargılama Usulünde Uygulanması, Ankara 2011 (Davadan Feragat).

YILMAZ, EJDER: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2013 (Anılış: Şerh).

YILMAZ, EJDER: Hukuk Sözlüğü, Ankara 2011 (Anılış: Sözlük).

YILMAZ, EJDER: “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Üzerine Notlar”, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı V (Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirmesi), Ankara 2007, s. 178-209 (Anılış: HMK Tasarısı).

YILMAZ, EJDER: “Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi?” Taslaklar-Tartışmalar- Öneriler, C. II, Ankara 1999 (www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf) (Anılış: Milletlerarası Tahkim).

YILMAZ, EJDER/ YILMAZ, ÜMİT: Hukuk Rehberi, C. I, Ankara 1995.

YILMAZ, MERVE: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı, www.portal.ubap.org.tr (Anılış: Kefilin Sorumluluğu).

YORULMAZ, ÇİĞDEM: “Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Tanımı, Şekil Şartı, Sözleşme Yapma Serbestisi ve Sınırları”, Çalışma ve Toplum, 2010/1.

ZEVLİLİLER, AYDIN/ GÖKYAYLA, EMRE: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2010.

www.e-uyar.com.

www.kazanc.com.tr.

www.kararevi.com.

www.neohukuk.net.

www.sinerjimevzuat.com

www.turkcebilgi.com.

www.turkhukusitesi.com.

www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf.