



NOTERİN İLGİLİLERİ AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ*

Dr. Cenk AKIL

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

ÖZ

Noterler, hukuki güvenliği sağlamak ve anlaşmazlıkları önlemek için işlemleri belgelendirirler. Bunu yaparken bir yandan ilgililerin gerçek iradelerini araştırır öte yandan işlemin hukuken taşıdığı önem ve sonuçlar hakkında onlara bilgi verirler. Bu sayede noter, tecrübesiz ve genellikle hukuki kavram ve kurumları bilmeyen ilgililerin zarar görmesini engellerler. Noterlerin aydınlatma yükümlülüğünü ihlal etmelerinin hukuki, disiplinler ve cezai sonuçları mevcuttur.

Anahtar Sözcükler: *Medeni yargılama hukuku, noter, noterlik, noterin aydınlatma yükümlülüğü, belgelendirme.*



“THE BURDEN OF CLARIFICATION OF
THOSE CONCERNED BY THE NOTARY
PUBLIC IN THE CIVIL PROCEDURE LAW”

ABSTRACT

Public notaries certify the transactions in order to provide legal security and prevent conflicts. While doing this they seek actual wills of the concerned on one hand and they inform the concerned about the legal importance and consequences of the transaction on the other hand. By this way public notaries prevent the concerned who are inexperienced and usually do not have knowledge about legal concepts and institutions from being damaged. There exist legal, disciplinary and criminal results of the public notaries' breach of the obligation of instruction.

Keywords: *Civil procedure law, public notary, notariate, obligation of instruction of public notary, certification.*

I. GİRİŞ

Noterlik kurumu toplumsal hayatta önemli bir yer işgal etmektedir. Bir ülkedeki bireylerin haklarını güvence altına almak ve adalet hizmetinin etkinliğini sağlamak konusunda yargı organlarının yanı sıra noterler de önemli bir rol oynamaktadır. Öyle ki, bir hukuk devletinde yargıç ile noterin ifa ettikleri görevin önem ve konumu birbirine paralellik göstermektedir. Yargıç önüne gelen uyuşmazlığı kanunlara göre bir hükme bağlamakla yükümlü iken, noter, hukuki güvenliği sağlamak ve çıkması olası anlaşmazlıkları önlemek için hukuki işlemlere resmiyet kazandırmakla yükümlüdür^[1]. Bu yönüyle de noterler toplumsal barışa katkıda bulunmaktadır^[2]. Noterlerin yapmış olduğu işlemler arasında hukuki işlemlerin tanzim edilmesi ve belgelendirilmesi önemli bir yere sahiptir. Nitekim Noterlik Kanunu'nun 60. maddesinde noterlerin yapacakları işler örnek kabilinden sayılmıştır. Söz konusu maddenin birinci fıkrasının ikinci bendi önemli bir hüküm içermektedir. Buna göre noterler, kanunlarda resmi olarak yapılmaları emredilen ve mercileri belirtilmemiş olan bütün hukuki işlemleri Noterlik Kanunu hükümlerine göre yapmakla görevli ve yetkilidirler. Bu bakımdan bir hukuki işleme resmiyet kazandırma konusunda noterlerin en önde gelen kamu görevlisi oldukları söylenebilir. Noterlerin aydınlatma yükümlülüklerinin hukuki işlemlere resmiyet kazandırma görevleri ile yakın ilişkisi vardır. O nedenle bir hukuki işleme resmiyet kazandırılmasında kanun koyucunun güttüğü amaç üzerinde kısaca durmak yararlı olacaktır. Bu amaçları üç ana başlık altına toplamak mümkündür: Birinci amaç, hukuki işlemin ilgililerin gerçek iradelerinin yaşama geçirilmesidir. İkincisi geçerli bir hukuki belgenin tanzimi; üçüncüsü ise resmî işlemin ilgililerin acele davranarak hata yapmalarının önlenmesidir^[3].

Günümüzde noterlerin faaliyetleri, klasik olarak nitelendirilebilecek belge onaylama ve belgelendirme ile sınırlı değildir. Noterler, artık hukuki ilişkilerin, ileride ortaya çıkması muhtemel hukuki sorunların doğumunu önleyebilecek nitelikte tanzimi, ilgililerin istemleri ve hukukun gerekleri doğrultusunda yeniden yapılandırılması yönünde beliren çağdaş bir boyuta ulaşmış bulunmaktadır^[4]. Noterler ilgiliyi, yönlendirme ve gerekiyorsa danışmanlık işlevleri

[1] Hasan Pulaşlı, Türk ve Alman Hukukunda Noterlerin Hukuki Sorumluluğu (TNBHD, 1983/39, s.10-16), s. 10; Mehmet Yurdagül, Adalet Hizmetlerinde Noter ve Noterliklerin Yeri ve Önemi (TNBHD, 1995/85, s. 48-52), s. 48.

[2] Ömer Ulukapı / Murat Atalı, Noterlik Hukuku, Konya 2001, s. 6.

[3] Jörg Schmid, Grundlagen zur notariellen Belehrungs- und Beratungspflicht (Die Belehrungs- und Beratungspflicht des Notars, Zürich-Basel-Genf 2006, s. 3-42), s. 9-10.

[4] Süha Tanrıver, Avrupa Birliği Ülkelerinde Noterlik ve Noterlik Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Taslağı'nın Getirdikleri (75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru'ya Armağan, İstanbul 2004, s. 577-597), s. 577.

itibarıyla “*hukuk mühendisi*” olarak nitelendirilebilir ve yaptıkları işlemlerin boyutu itibarıyla, diğer görevlilerden ayrılarak adeta tıptaki “*koruyucu hekim*”e yaklaşmaktadır^[5]. Bu nedenle, noterler, danışmanlık işlevi^[6] ve bu işlevin icrası sırasında üstlenmiş oldukları görevler dikkate alındığında “*koruyucu yahut önleyici yargının*” asli unsuru; ayrılmaz bir parçası sayılırlar^[7].

II. GENEL OLARAK BELGELENDİRME VE NOTERİN AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Hukuki işleme yönelik irade beyanları ve özel hukuk sözleşmelerine resmiyet kazandırılması ile hukuken önem taşıyan vakıaların ve hukuki işleme yönelik beyanların bağımsız bir belgede devlet tarafından yetkili kılınmış bir organ tarafından ve emredilmiş biçimde tespit edilmesi anlaşılmaktadır^[8].

Resmî belgelendirmenin başlıca hedefi ilgililerin hukuki işleme yönelik beyanlarının hakikate uygun ve hilesiz bir biçimde belgeye dökülmesidir. Bundan dolayı, hukuki işlemi belgelendiren görevli, esas olarak, ilgililerin gerçek iradelerini araştırmak ve ortaya koymakla yükümlüdür. Bunun için belgelendirmeyi yapan görevlinin, ilgililerin belgelendirilmesini istedikleri hukuki işlem ile hangi amacı güttüklerini doğru tespit etmesi gerekir. Bu bağlamda, o, ilgilileri açık, tam, gerçeğe uygun ve çelişkisiz beyanlarda bulunmaya teşvik etmelidir. Noter, ilgililerin beyanlarını incelemeksizin belgelendiremez; aksine o, ilgilileri dinlemeli ve işlem üzerinde onlarla esaslı bir surette istişare etmelidir^[9].

Giderek karmaşıklaşan hukuk hayatı dikkate alındığında özellikle hukuki tecrübeden yoksun ilgililer açısından noterin aydınlatma yükümlülüğü vazgeçilmez niteliktedir^[10]. Bu bağlamda noter, işlemin ilgililerini belgenin şekil ve

[5] Ramazan Arslan / Süha Tanrıver, Yargı Örgütü Hukuku, 2. B., Ankara 2001, s. 211; Süha Tanrıver, Avrupa Birliği Ülkelerinde Noterlik ve Noterlik Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Taslağının Getirdikleri (Avrupa Birliğine Uyum-Türk Medeni Kanununda Noterleri İlgilendiren Önemli Değişiklikler-Noterlik Kanununda Yapılması Düşünülen Yenilikler, Noterlik Hukuku Sempozyumu: VIII-IX-X, Ankara 2005, s. 197-215), s. 197.

[6] Noterin danışmanlık işlevi ile aydınlatma yükümlülüğü arasında çok yakın bir ilişki vardır. Bkz. Armin C. Hergeth, Europäisches Notariat und Niederlassungsfreiheit nach dem EG-Vertrag, Baden-Baden 1996, s. 177.

[7] Tanrıver-Armağan, s. 597.

[8] Hans Huber, Die Öffentliche Beurkundung als Begriff des Bundesrechtes (ZBJV, 103 (1967), s. 249-281), s. 263.

[9] Huber, s. 263-264; Peter Gottwald, Almanya’da Noterlik Alanında Güncel Gelişmeler (Çev. Özlem Yazar), (Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-VIII, Abant 9-10 Ekim 2009, s. 409-428), s. 411.

[10] Jürgen Allerkamp, Die sogenannte erweiterte Belehrungspflicht des Notars, Frankfurt am Main, 1990, s. 2.

içeriği ile onun hukuki sonuçları hakkında aydınlatmakla yükümlüdür^[11]. Noter, ilgilileri, her şeyden önce, seçilen sözleşmenin şekli ve doğru ya da muhtemel belgelendirme formatı hakkında bilgilendirmek zorundadır. Buna sözleşme ve belgelendirme formunun seçiminden doğan hukuki sonuçlar hakkında bilgi verilmesi ile ilgililerin gerçeğe aykırı irade beyanında bulunmalarından kaynaklanan hukuki ve cezai sorumluluğunun ne olduğunun onlara bildirilmesi de dâhildir. Zira ilgililerin hakikate aykırı beyanda bulunarak gerçekte istemedikleri hususları notere belgelettirmeleri, resmî evrakta sahtecilik suçunu oluşturmaktadır. Genel kabul gören görüşe göre, noter, ilgililerin mali danışmanı değildir. Bununla birlikte, ilgililerin belgelendirmek istedikleri hukuki işlem, vergi hukuku bakımından yaptırım gerekiyorsa, onun, ilgilileri bu konuda aydınlatmakla yükümlü olduğu kabul edilmektedir^[12].

Noterin aydınlatma yükümlülüğü şekli bakımından aydınlatma yükümlülüğü ve maddi bakımdan aydınlatma yükümlülüğü olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Şekli bakımından aydınlatma yükümlülüğü ile noterin, ilgilileri, seçilen sözleşmenin formu ve farklı belgelendirme biçimleri hakkında bilgilendirmesi kastedilmektedir^[13].

Maddi bakımdan noterin aydınlatma yükümlülüğüyle belgelendirilmek istenen konunun hukuki önemi hakkında ilgililerin bilgilendirilmesi kastedilmektedir. Buna göre, noter, sözleşmenin içeriği ve onun hukuki sonuçları hakkında ilgilileri aydınlatacaktır. Maddi bakımdan aydınlatma yükümlülüğüne ilgililerin, hukuka ya da ahlâka aykırı düşen sözleşme hükümlerinin hukuki sonuçları hakkında bilgilendirilmeleri de girmektedir^[14].

III. NOTERİN AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN POZİTİF DAYANAKLARI

1512 sayılı Noterlik Kanunu'nda noterlerin aydınlatma yükümlülüğü açıkça düzenlenmiş değildir. Bununla birlikte, bu durum, Türk hukukunda noterin aydınlatma yükümlülüğünün bulunmadığı şeklinde yorumlanamaz. Nitekim bahsi geçen Kanun'un 72. maddesinin son fıkrası uyarınca notere, iş yapacaktır

[11] Bu yükümlülüğün kapsamı konusunda kesin bir kriter belirlenemez. Burada somut olayın özellikleri ve ilgililerin sahip olduğu bilgi birikimi belirleyici olacaktır. Bununla birlikte şüpheli durumlarda noterin ilgilileri ayrıntılı bir biçimde aydınlatması gerektiği kabul edilmektedir (Philippe Litzka, *Notare in Frankreich und Deutschland*, München 1999, s. 107).

[12] Willy Meier, *Wahrheitssche und Wahrheitstreue bei der Beurkundung von Willenserklärungen* (ZBGR 1984/1, s. 1-27), s. 17.

[13] Peter Ruf, *Öffentliche Urkunde und Abgaberecht*, (ZBJV, 116 (1980), s. 415-436), s. 418.

[14] Ruf, s. 419.

kimsenin, gerçek arzularını tümüyle öğrenme ve gerçekleştireceği işleme yanıtıma ödevi yüklenmiştir. Keza, Noterlik Kanunu'nun 91. maddesinin üçüncü fıkrasında da notere, hukuki işlerin belgelendirilmesi esnasında ilgiliye iradesini serbestçe ve kendi isteği ile eksiksiz bir biçimde beyan etmesine olanak veren bir ortamı yaratma ve yapılan işlemin niteliğine göre, gerekli soruları sorup işlemin sonucu hakkında ilgiliye açıklamalarda bulunma yükümü getirilmiştir^[15].

Nihayet, Noterlik Kanunu'nun 1. maddesinde, noterlerin “*hukuki anlaşmazlıkların doğumunu önlemekle*” görevli kılınması da onların araştırma ve aydınlatma yükümlülüğüne işaret etmektedir^[16]. Zira noterin, ilgiliyi yönlendirebilmesi ve işlemin inşasına katkı sağlayabilmesi için, öncelikle, ilgiliye, iradesini serbestçe ve istediği biçimde beyan etmesine imkân veren bir ortamı yaratması, gerçek iradesinin ne olduğunun tam olarak kavranabilmesi bağlamında ona sorular sorması; yapılacak hukuki işlemin hüküm ve sonuçları konusunda dikkatini çekmesi ve ileride doğması muhtemel sorunların şimdiden önlenmesi için ne gibi düzenlemelere yer verilmesinin uygun düşeceği konusunda aydınlatıcı bilgiler sunması gerekir^[17].

IV. İLGİLİLER NOTERİN AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNDEN FERAGAT EDEBİLİRLER Mİ?

Kanun koyucu bazı işlemlerin noter marifetiyle yapılmasını öngörmek suretiyle bu tip işlemlere özel bir önem atfetmiştir. Noterlik Kanunu'nda ve diğer kanunlarda noter tarafından resmiyet kazandırılması gerekli görülmüş bulunan işlemler bakımından noterin ilgilileri aydınlatma yükümlülüğünde kamu yararı olduğundan ilgililerin bundan feragat edemeyecekleri kabul edilmektedir^[18]. Dolayısıyla ilgililerin aralarında anlaşmak suretiyle noteri bu yükümlülükten kurtarmaları kural olarak mümkün değildir^[19]. Bunun istisnasını, ilgililerin yapılması düşünülen hukuki işlem hakkında yeterince bilgi sahibi olduklarını açıklamaları^[20] yahut notere karşı açılacak sorumluluk davasında ilgililerin davranışlarının müterafik kusur teşkil etmesi ve bunun noterin sorumluluğunu hafifletmesi^[21] halleri oluşturmaktadır.

[15] Süha Tanrıver, İşlevsel Açından Noterlik Kurumuna Yeni Bir Vizyon Kazandırılmasına Yönelik Bazı Düşünceler (Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-VIII, Abant 9-10 Ekim 2009, s. 495-521), s. 501.

[16] Karş. Tanrıver-Armağan, s. 577; Süha Tanrıver, Noterlik Açısından Vekâlet (Temsil), 2. B., Ankara 2001, s. 78.

[17] Tanrıver-Vekâlet, s. 78.

[18] Bkz. Schmid, s. 13; Lerch, s. 56; Brückner, s. 489.

[19] Schmid, s. 13.

[20] Brückner, s. 489; Schmid, s. 14.

[21] Schmid, s. 14.

V. NOTERİN AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN ÖNEMİ

Aydınlatma yükümlülüğü hukuki işlemin ilgililerin iradelerinin gerçek ve tam olarak tespiti ve somut olaya uygun bir biçimde yaşama geçirilmesi bakımından önemli olduğu gibi ilgililerin yapmayı tasarladıkları hukuki işlemde kaynaklanacak önemli riskler hakkında onların dikkatinin çekilmesi bakımından da önemlidir^[22]. Bu yükümlülüğün esasını noterin tarafları hukuki işlemin önemi hakkında bilgilendirmesi oluşturmaktadır^[23].

Aydınlatma görevinin bizzat noter tarafından yerine getirilmesinin gerekip gerekmediği konusunda öğretide iki ayrı görüş ileri sürülmüştür. Birinci görüşe göre^[24], bu görev, sahip olduğu hukuk, yani uzmanlık bilgisi nedeniyle bizzat noter tarafından yerine getirilmelidir. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise^[25] noter bu konuda yardımcı kişiden yararlanabilir. Ancak bu halde, noter, ilgililerin doğru ve yeterli derecede aydınlatılmasını sağlamak zorundadır. Şayet ilgililerden biri hukuki işlemin tanzimi sırasında bir başkası tarafından temsil edilmekteyse, noter, onu da hukuki işlem hakkında aydınlatmakla yükümlüdür^[26].

Noterin hukuki işlemin belgelendirmesi aşamasındaki ilk görevi ilgililerin gerçek iradesine buna uygun düşen bir hukuki formatta resmiyet kazandırmasıdır^[27]. Noter yapılması plânlanan sözleşmenin içeriği, şekli ve sonuçları hakkında ilgilileri aydınlatır^[28]. Bu bağlamda, noter, öncelikle ilgilileri belgenin önemi ve içeriği hakkında bilgilendirir ve belgeyi onlar bakımından anlaşılır kılar^[29]. Buna belgenin anlam ve içeriğinin yanı sıra yabancı sözcükler ile hukuki terimlerin anlamlarının açıklanması da dâhildir^[30]. İkinci olarak, noter, belgeye dökülmek suretiyle resmiyet kazandırılan işlemin ilgililer -ve hatta üçüncü kişiler- bakımından hangi haklar ve yükümlülükler getirdiğini –eğer bunlar, belgenin açıklanması (izah edilmesi) kapsamında daha önce açıklanmamış ise- ilgililere anlatır^[31]. Üçüncü olarak, resmiyet kazandırılması istenen

[22] Schmid, s. 15.

[23] Allerkamp, s. 40.

[24] Klaus Lerch, Inhalt und Grenzen der Belehrungspflichten durch den Notar unter besonderer Berücksichtigung der haftungsrechtlichen Konsequenzen (BWNNotZ 1997, 53, s. 53-62), s. 55; Schmid, s. 15.

[25] Michel Mooser, Le droit notarial en Suisse, Bern 2005, Nr. 217 (Schmid, s. 16'dan naklen).

[26] Schmid, s. 16.

[27] Peter Ruf, Notariatsrecht, Skriptum, Langenthal 1995, Nr. 899 (Schmid, s. 16'dan naklen).

[28] Schmid, s. 16-17.

[29] Brückner, s. 492-493.

[30] Brückner, s. 493.

[31] Brückner, s. 496; Schmid, s. 17.

hukuki işlem alışmışın dışında bir takım özellikler taşımaktaysa, noter, bunlar hakkında ilgililerin dikkatini çeker. Nihayet, noter, ilgilileri, belgenin şekli ve belgelendirme usulü hakkında bilgilendirir^[32]. Öğretide temsil edilen bir görüşe göre^[33] noterin ilgilileri aydınlatma yükümlülüğünün kapsamına belgelendirme işleminin yol açtığı masraflar hakkında bilgi verilmesi de girmektedir.

Noterin ilgililerin yapmayı plânladığı hukuki işlemin içeriği ve sonuçları hakkında vermiş olduğu bilgi sonucunda ilgililer işlemde değişiklik yapmak isteyebilirler. Bu halde de noterin aydınlatma yükümlülüğü yapılmak istenen değişikliklere ilişkin olarak yeniden gündeme gelebilir^[34].

VI. NOTERİN İLGİLİLERİ HUKUKİ İŞLEMİN YOL AÇABİLECEĞİ RİSKLİ SONUÇLAR HAKKINDA İKAZ ETMESİ

Hukuki işlemlere resmiyet kazandırılmasının amaçlarından biri de ilgililerin muhtemel zararlardan korunmasıdır. Kanun koyucu aydınlatma yükümlülüğünü ihdas ederken bazı hukuki işlemlerin belgeye bağlanmasını gerekli görmüş ve bunu yaparken de genel, karakteristik riskleri dikkate almıştır^[35]. Bu cümleden olarak ilgililerin yapmayı istedikleri işlemin hükümleri kanunun ihtiyari hükümlerinden önemli ölçüde sapmaktaysa noter, ilgilileri bu alışılmamış durum hakkında ikaz edecektir^[36]. Alışılmamış durum ile özellikle işlemin, yapıldığı yerin örf ve âdeti ile mevcut piyasa koşullarından büyük ölçüde sapması kastedilmektedir^[37].

Noter geçerli bir hukuki işlemin yapılmasını sağlamakla yükümlü olduğundan yapılmak istenen hukuki işlemin yokluk, askıda geçersizlik yahut iptal edilebilirlik gibi bir sakatlıkla malul olabileceği hallerde ilgililerin dikkatini çekmek zorundadır^[38]. Noterin böyle bir ikazı yapmasına rağmen ilgililer bu işlemi yapma konusunda ısrar etmekteyseler noter nasıl bir tavır takınacaktır? Bu durumda noterin, ilgililerin yapmak istedikleri işlemin geçerliliğinin kuşkulu olduğunu ve ilgililere bu işlemin belgelendirilmemesini tavsiye ettiği hususunu belgelendirilmek istenen belgenin içine yazılı olarak kaydetme hak ve yetkisine sahip olduğu kabul edilmektedir. Buna karşılık, şayet ilgililerin yapmak istedikleri hukuki işlem aşikâr surette yanıltıcı, şekil kurallarına, hukuka yahut ahlaka

[32] Schmid, s. 18.

[33] Mooser, Nr. 234 (Schmid, s. 17'den naklen).

[34] Schmid, s. 18.

[35] Schmid, s. 19.

[36] Brückner, s. 499 vd.

[37] Brückner, s. 499.

[38] Allerkamp, s. 56.

aykırı ise bu durumda noter, belgelendirme işlemini reddedecektir^[39]. Örneğin, gerek doğrudan doğruya gerekse kanuna, ahlaka ve adaba aykırı vasiyetlerin iptali istenebilir (TMK m. 504, 557/3, BK m. 19-30). Bu nedenle, vasiyeti geçersiz kılacak arzuların beyan edilmesi durumunda noter vasiyette bulunana ikaz etmeli, onu vasiyetini düzeltmesi konusunda iknaya çalışmalı; vasiyetçinin ısrar etmesi durumunda ise vasiyetnameyi belgelendirmekten (düzenlemekten) kaçınmalıdır^[40].

Yapılmak istenen işlem ile ilgililerden birinin hileye düşürüldüğü ya da sömürüldüğü anlaşılmakta ise noterin bu durumda söz konusu ilgilinin dikkatini çekmesi gerekmektedir^[41]. Örneğin, kefil, noter huzurunda kefalet taahhüdünde bulunacaksa noterin onu sorumluluğun sonuçları hakkında bilgilendirmesi ve böylelikle aceleci davranmasını önlemesi gerekir^[42]. İlgililerden birinin sözleşme koşullarında değişiklik yapılmasını istemesi durumunda işlemin ilgililerin muhtemel riskler hakkında bilgilendirilmesi de noterin aydınlatma yükümlülüğünün bir gereği olarak kabul edilmektedir^[43].

VII. AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN SINIRLARI

1. TARAFSIZ DAVRANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Noter resmiyet kazandıracığı hukuki işlemin ilgililerine karşı tarafsız kalmak zorundadır^[44]. Aydınlatma yükümlülüğü resmiyet kazandırılacak (belgeye dökülecek) işlemin tüm ilgilileri bakımından geçerlidir. Noterin aydınlatma yükümlülüğü kapsamında ilgililere vereceği hukuki bilgi onlara karşı tarafsızlığını yitirmeye başladığı noktada sona erecektir.

Belgelendirilmek istenen işlem bakımından ilgililerden birine karşı hile yapılması yahut onun sömürülmesi ihtimali mevcut ise bu durumda noterin aydınlatma görevi ile tarafsız davranma yükümlülüğü karşı karşıya gelebilecektir^[45].

[39] Schmid, s. 22; Ejder Yılmaz, Avrupa Birliği'ne Giriş Sürecinde Noterliğin Sorunları (Avrupa Birliğine Giriş Sürecinde Noterliğin Sorunları, Noterlik Hukuku Sempozyumu: VI, Ankara 2001, s. 15-24), s. 17; Tunay Köksal, Avrupa Birliği Üyesi Ülkelerde Noterlik (Avrupa Birliğine Giriş Sürecinde Noterliğin Sorunları, Noterlik Hukuku Sempozyumu: VI, Ankara 2001, s.49-60), s. 52.

[40] Esat Şener, Noterlik Kanunu ve Noterlerin Bir Kısım Görevleri Üzerinde Düşünceler (TNBHD, 1995/85, s. 21-33), s. 27.

[41] Müller-Haftung, s. 181 (Schmid, s. 20'den naklen).

[42] Schmid, s. 21.

[43] Schmid, s. 21.

[44] Hergeth, s. 173; Ejder Yılmaz, Avrupa Topluluğu Ülkelerinde ve Türkiye'de Noterlik (TNBHD, 1995/87, s. 3-16), s. 14; Muhsin Bilge, U.İ.N.L 1995 Berlin Kongresi 1. Tema "Noterliğin Ulusal ve Toplumsal İşlevi" (TNBHD, 1995/86, s. 39-50), s. 42.

[45] Müller-Haftung, s. 215 vd.(Schmid, s. 23'den naklen).

Schmid'e göre böylesi durumlarda her somut olayı kendi özgün koşulları içerisinde değerlendirilmelidir. Bununla birlikte, şüphe halinde, noterin aydınlatma yükümlülüğünün koruma fonksiyonuna öncelik tanınmalıdır^[46].

2. BELGELENDİRME KONUSU HUKUKİ İŞLEMİN KAZANÇLI OLUP OLMADIĞI KONUSUNDA DEĞERLENDİRME YAPMA YASAĞI

Noterin aydınlatma yükümlülüğü noterin önüne gelen işlemle ilgili olarak ilgililerin ekonomik olarak eline geçecekleri değerlendirme ve bu konuda ilgililere bilgi verme zorunluluğunu kapsamaz. Bu bağlamda, örneğin, ilgililer, noter huzurunda bir sözleşme yapmak istemişlerse noter, ilgililerin asıl edim yükümlülüklerini karşılaştırarak bunun ekonomik olarak kazançlı olup olmadığı konusunda ilgilileri yönlendiremez. Zira bir hukuki işlemin ilgililer açısından taşıdığı ekonomik kazanç imkânı kural olarak sadece onları ilgilendiren bir konudur^[47].

Buna karşılık öğretilerde bu ilkenin bazı istisnaları olduğu kabul edilmektedir. Özellikle yapılmak istenen hukuki işlem ile ilgililerden birine karşı hile yapılmakta ya da ilgililerden biri sömürülmekte ise noterin bu konuda ilgiliyi ikaz etmesi onun aydınlatma yükümlülüğünün bir gereği olarak kabul edilmektedir^[48]. Örneğin, bir satım sözleşmesinde kararlaştırılan semenin piyasa koşullarından aşikâr biçimde sapsması durumunda noterin bu durumu ilgiliye bildirmesi gerektiği kabul edilmektedir^[49].

3. NOTERİN İŞLEMİN VERGİ HUKUKU BAKIMINDAN DOĞURDUĞU SONUÇLAR HAKKINDA İLGİLİLERİ AYDINLATMAKLA YÜKÜMLÜ OLUP OLMADIĞI

Noterin belgelendirilmesi istenen hukuki işlemin vergi hukuku bakımından doğuracağı sonuçlar konusunda ilgilileri aydınlatmakla yükümlü olmadığı genel olarak kabul edilmektedir. Mukayeseli hukukta ilgililer noter ile bir özel hukuk sözleşmesi yapmışlarsa noterlerin bu halde onları hukuki işlemin vergisel sonuçları bakımından da aydınlatmakla yükümlü olacağı dile getirilmiştir^[50].

[46] Schmid, s. 23.

[47] Alfred Santschi, Die Rechtberatung durch den Notar, (ZBGR, 49 (1968), s. 1-16), s. 9; Isaak Meier, İsviçre Noterlik Hukuku: Birleştirilmiş Özel Hukuk, Usul Hukuku ve Avukatlık Hukuku İçinde Kantonal Çeşitlilikten Bir Kalıntı (Çev. Nilüfer Boran-Güneysu), (Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-VIII, Abant 9-10 Ekim 2009, s. 471-488), s. 481.

[48] Schmid, s. 24.

[49] Schmid, s. 24.

[50] Ruf, Notariatsrecht, Nr. 915 ve 922; Müller-Haftung, s. 184. Alman hukuku bakımından farklı düşünce için bkz. Martin Schlüter / Hermann Knippenkötter, Die Haftung des

Nitekim Wallis Kantonu'nda gerçekleşen otel devrine ilişkin bir işlemde bu işlemin vergisel sonuçları hakkında noter tarafından yanlış bilgi verilmesi dava konusu edilmiştir. Mahkeme, noterin yanlış bilgi vermesini, noterin belgelendirme işlemini yaparken işlediği bir kusur olarak değil, vekâlet hukuku kapsamında değerlendirmiş ve noterin sorumlu olması için notere vekâlet verilmiş olmasını aramıştır^[51].

Buna karşılık mukayeseli hukukta son zamanlarda temsil edilen bir görüşe göre bazı hallerde vergi hukukuna ilişkin konularda da noterin aydınlatma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu görüşün temsilcilerinden Brückner'e göre özellikle ilgililerden birinin yapılan işlemin vergi hukuku bakımından doğurduğu sonuçları bilmesi durumunda işlemi yapmayacağı kesinliliğe yakın bir ihtimalle söylenebiliyorsa böyle bir durumda noterin ilgiliyi aydınlatma yükümlülüğü vardır^[52]. Bu durumla özellikle şirket ya da aile vakıflarının kurulmasına yönelik işlemlerde karşılaşılmaktadır^[53]. Ruf ise vergi hukuku bakımından noterin aydınlatma yükümlülüğünün doğmasını şu üç şartın birlikte gerçekleşmesine bağlamıştır: (a) İlgililer yaptıkları açıklamalar sonucunda bir zarara maruz kalma tehlikesi ile karşılaşacaklarsa, (b)Noter, hukuken önem arz eden durumlar hakkında kapsamlı bilgiye sahip ise ve (c) Olayın noter bakımından aşikâr olduğu söylenebiliyorsa^[54].

Türk hukuku bakımından ise noterin ilgililerle yapmış olduğu vekâlet sözleşmesi gereğince ilgililere karşı aydınlatma yükümlülüğünün bulunacağını kabul etmek olanaksızdır. Zira Noterlik Kanunu'nun 50. maddesinde noterlik mesleğinin hiçbir hizmet ve görevle bağdaşmayacağı^[55] bildirilmiş; yargı mercilerinin vereceği işler, ilim ve hayır kuruluşları başkan ve üyelikleri, hakemlik, vasiyeti tenfiz memurluğu bundan ayırık tutulmuştur. Bu hüküm karşısında noterin ilgililerle vekâlet sözleşmesi yapması ve bu sözleşme gereğince onları vergi hukukuna ilişkin sonuçlar bakımından aydınlatması söz konusu olmayacaktır.

Notars, Köln/Berlin/München 2004, Nr. 224 vd. (Schmid, s. 25'den naklen).

[51] ZBGR 77/1996, s. 103 vd.

[52] Brückner, s. 497; Schmid, s. 26.

[53] Schmid, s. 26.

[54] Peter Ruf, Öffentliche Urkunde und Abgaberecht (Zur materiellen Rechtsbelehrungspflicht des bernischen Notars), (ZBJV, 116 (1980), s. 415-437), s. 426.

[55] Alman hukuku bakımından bkz. ve karşı. Wolf-Dietrich Walker, Almanya'da Noterliğin Yapısı (Çev. Evrim Erişir), (Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-VIII, Abant 9-10 Ekim 2009, s. 441-449), s. 444. Avusturya hukuku bakımından bkz. ve karşı. Walter H. Rechberger, Avusturya'da Noterlik (Çev. : Sema Taşpınar), (Avrupa Birliğine Giriş Sürecinde Noterliğin Sorunları, Noterlik Hukuku Sempozyumu: VI, Ankara 2001, s. 7-13), s. 9.

4. YABANCI HUKUK HAKKINDA NOTERİN AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN BULUNUP BULUNMADIĞI

İlgililerin noter huzurunda resmîyet kazandırmak istedikleri hukuki işlem bakımından yabancı hukukun uygulanması söz konusu ise^[56] noter işlemin taşıdığı risk ölçüsünde tarafın dikkatini çekmekle yükümlüdür^[57]. Ancak yabancı hukuk düzenlemelerinin içeriği hakkında noterin kural olarak aydınlatma yükümlülüğü bulunmamaktadır^[58].

VIII. AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN YERİNE GETİRİLMEMESİNİN HUKUKİ SONUÇLARI

Mukayeseli hukukta noterin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda onun hukuki, cezai ve disiplinler sorumluluğunun doğacağı kabul edilmekte ve noterin hukuki sorumluluğu haksız fiil esaslarına dayandırılmaktadır^[59].

Türk hukukunda noterlerin hukuki sorumluluğu konusu Borçlar Kanunu hükümlerine bırakılmamış bizzat Noterlik Kanunu tarafından düzenlenmiştir. Bahsi geçen Kanun'un 162. maddesine göre, stajyer, kâtip ve kâtip adayları tarafından yapılmış olsa bile noterler, bir işin yapılmamasından veya hatalı yahut eksik yapılmasından dolayı zarar görmüş olanlara karşı sorumludurlar. Noter, birinci fıkra gereğince ödediği miktar için işin yapılmaması, hatalı yahut eksik yapılmasına sebep olan stajyer veya noterlik personeline rücu edebilir. Bu düzenleme dikkate alınarak noterlerin hukuki sorumluluğunun niteliği konusunda öğretide değişik görüşler ileri sürülmüştür^[60]. Bu konuda hakim görüş, noterlerin hukuki sorumluluğunu TMK m. 917'de düzenlenmiş bulunan tapu sicilinin tutulmasından dolayı devletin sorumluluğuna benzetmekte ve bunun -kusur unsuru dışında- bir haksız fiil sorumluluğu olduğunu kabul etmektedir^[61].

[56] Yabancı hukukun uygulanıp uygulanmayacağı uluslar arası özel hukuk mevzuatına göre belirlenecektir (Bkz. Allerkamp, s. 38).

[57] Alman hukuku bakımından bkz. Huhn/von Schuckmann/Armbrüster § 17 BeurkG. Nr. 190 vd. (Schmid, s. 27'den naklen).

[58] Brückner, s. 510; Schmid, s. 27. Şayet yabancı hukuk metinleri celp edilmiş ve noter tarafından doğrudan uygulanmış ise, noter, yabancı hukukun ilgili kısmının kendisi açısından açık ve içerik olarak inandırıcı olduğunun sorumluluğunu üstlenmek zorundadır (Brückner, s. 510).

[59] Bkz. Schmid, s. 28. Noterin sorumluluğunun tarihi gelişimi hakkında bkz. Allerkamp, s. 16 vd.

[60] Bu görüşler için bkz. Ulukapı / Atalı, s. 235 vd.

[61] Haluk Tandoğan, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981, s. 84; Ulukapı / Atalı, s. 238. Karş. Pulaşlı, s. 11. Yazar, noterlerin hukuki sorumluluğunun kaynağının BK m. 41'deki kusura dayanan haksız fiil sorumluluğu ile BK m. 55'deki istihdam edenin kusursuz sorumluluğuna dayandığını dile getirmiştir.

Şu halde, noterin hukuki sorumluluğu için bulunması gereken unsurlar şu şekilde sıralanabilir: 1. Fiil. 2. Hukuka aykırılık. 3. Zarar. 4. İlliyet bağı. Buna göre, Türk hukuku bakımından da noterin aydınlatma yükümlülüğünü hukuka aykırı bir şekilde yerine getirmemiş; bunun neticesinde bir zarar doğmuşsa ve bu zarar ile noterin hukuka aykırı fiili arasında illiyet bağı kurulabiliyorsa noterin hukuki sorumluluğu gündeme gelecektir.

Noterlik Kanunu'nun 125. maddesinde noterlere verilecek disiplin cezaları düzenlenmiştir. Bu maddede “*noterin görevini yapmaması yahut kusurlu şekilde yapması*” disiplin cezasını gerektirir bir eylem olarak nitelendirilmiştir. Noterin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemesi, somut olayın koşulları göz önünde tutulduğunda onun görevini yapmadığı yahut kusurlu olarak yaptığı anlamına geliyorsa noter disiplin cezasıyla karşılaşabilecektir^[62].

Noterlerin cezai sorumluluğunun bir gereği olarak, noterler, eylemlerinin niteliklerine göre gerek Türk Ceza Kanunu'nun ilgili hükümlerine gerekse Noterlik Kanunu'nda öngörülmüş bulunan hükümlere göre cezalandırılabilirlerdir. Noterin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemesi unsurları mevcut ise Türk Ceza Kanunu'nun 257. maddesinde düzenlenmiş bulunan “*görevi kötüye kullanma suçunu*” oluşturabilecektir.

IX. SONUÇ

Türk hukukunda noterin aydınlatma yükümlülüğünü doğrudan düzenleyen herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu konuda uygulamada ortaya çıkabilecek sorunları önlemek amacıyla Alman Belgelendirme Kanunu'nun 17. maddesinde öngörülmüş olduğu gibi noterin, ilgililerin gerçek arzularını araştırmak, olayları açıklığa kavuşturmak^[63] ve işlemin hukuken taşıdığı anlam, önem^[64] ve sonuçları hakkında ilgiliyi aydınlatmak ve irade beyanlarını herhangi bir şüphe ve anlam kargaşasına yer vermeyecek biçimde düzenleyeceği belgeye aktarması gerektiğini hükme bağlayan bir düzenlemenin kabul edilmesi isabetli olacaktır.

[62] Noterlere hangi tür disiplin cezaları verilebileceği konusunda bkz. NK m. 126.

[63] Olayları açıklığa kavuşturmak ile ilgililerin iradelerini araştırma faaliyetini birbirinden bütünüyle ayırmak mümkün değildir. Çünkü ilgililerin iradesi ancak temin edilmiş olaylar temelinde araştırılabilir. Burada akla ilk etapta hukuken geçerli bir işlem yapılması bakımından vazgeçilmez olan vakıaların aydınlatılması akla gelmektedir. Bkz. Lerch, s. 55.

[64] Yargı içtihatlarında noterin ilgilileri işlemin hukuki önemi hakkında aydınlatması konusunda da ilgililerin arzularının araştırılması arasında yakın bir bağlantı olduğuna değinilmektedir. Çünkü aydınlatma görevinin gündeme gelmesi için onun bir hukuki işlemin geçerli olarak kurulması için gerekli olması gerekmektedir. Bkz. Lerch, s. 55.

KISALTMALAR CETVELİ

B.	: Bası
BE	: Bern
Beurk G.	: Beurkundungsgesetz
BK	: Borçlar Kanunu
BWNotZ	: Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg
m.	: madde
NG	: Notariatsgesetz
NK	: Noterlik Kanunu
Nr.	: Nummer
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
TNBHD	: Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi
ZBGR	: Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs-und Grundbuchrecht
ZBJV	: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins

BİBLİYOGRAFYA

- Allerkamp, Jürgen: Die sogenannte erweiterte Belehrungspflicht des Notars, Frankfurt am Main, 1990.
- Arslan, Ramazan / Tanrıver,
Süha : Yargı Örgütü Hukuku, 2. B., Ankara 2001.
- Bilge, Muhsin: U.İ.N.L 1995 Berlin Kongresi 1. Tema "Noterliğin Ulusal ve Toplumsal İşlevi" (TNBHD, 1995/86, s. 39-50).
- Brückner, Jörg: Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993.
- Haug, Karl: Amtshaftung des Notars, München 2009.
- Hergeth, Armin, C. : Europaisches Notariat und Niederlassungsfreiheit nach dem EG-Vertrag, München 1995.
- Huber, Hans: Die Öffentliche Beurkundung als Begriff des Bundesrechtes (ZBJV, 103 (1967), s. 249-281).
- Gottwald, Peter: Almanya'da Noterlik Alanında Güncel Gelişmeler (Çev. Özlem Yazar), (Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-VIII, Abant 9-10 Ekim 2009, s. 409-428).
- Köksal, Tunay: Avrupa Birliği Üyesi Ülkelerde Noterlik (Avrupa Birliğine Giriş Sürecinde Noterliğin Sorunları, Noterlik Hukuku Sempozyumu: VI, Ankara 2001, s.49-60).
- Lerch, Klaus: Inhalt und Grenzen der Belehrungspflichten durch den Notar unter besonderer Berücksichtigung der haftungsrechtlichen Konsequenzen (BWNotZ 1997, 53, s. 53-62).
- Litzka, S. Philleppe : Notare in Frankreich und Deutschland, München 1999.
- Meier, Isaak: İsviçre Noterlik Hukuku: Birleştirilmiş Özel Hukuk, Usul Hukuku ve Avukatlık Hukuku İçinde Kantonal Çeşitlilikten Bir Kalıntı (Çev. Nilüfer Boran-Güneysu), (Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-VIII, Abant 9-10 Ekim 2009, s. 471-488).
- Meier, Willy: Wahrheitssche und Wahrheitstreue bei der Beurkundung von Willenserklärungen (ZBGR 1984/1, s. 1-27).
- Müller, Leonhard: Die Haftung der Urkundperson, 2000.
- Pulaşlı, Hasan: Türk ve Alman Hukukunda Noterlerin Hukuki Sorumluluğu (TNBHD, 1983/39, s. 10-16).
- Rechberger, Walter H.: Avusturya'da Noterlik (Çev. : Sema Taşpınar), (Avrupa Birliğine Giriş Sürecinde Noterliğin Sorunları, Noterlik Hukuku Sempozyumu: VI, Ankara 2001, s. 7-13).
- Ruf, Peter: Öffentliche Urkunde und Abgaberecht, (ZBJV, 116 (1980), s. 415-436).
- Santschi, Alfred: Die Rechtberatung durch den Notar, (ZBGR, 49 (1968), s. 1-16).
- Schmid, Jörg: Grundlagen zur notariellen Belehrungs- und Beratungspflicht (Die Belehrungs- und Beratungspflicht des Notars, Zürich-Basel-Genf 2006, s. 3-42).
- Şener, Esat: Noterlik Kanunu ve Noterlerin Bir Kısım Görevleri Üzerinde Düşünceler (TNBHD, 1995/85, s. 21-33).
- Tanrıver, Süha: Avrupa Birliği Ülkelerinde Noterlik ve Noterlik Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Taslağı'nın Getirdikleri (75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru'ya Armağan, İstanbul 2004, s. 577-597).
- Tanrıver, Süha: İşlevsel Açıdan Noterlik Kurumuna Yeni Bir Vizyon Kazandırılmasına Yönelik Bazı Düşünceler (Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-VIII, Abant 9-10 Ekim 2009, s. 495-521).

Tanrıver, Süha: *Noterlik Açısından Vekâlet (Temsil)*, 2. B., Ankara 2001.

Tanrıver, Süha: *Avrupa Birliği Ülkelerinde Noterlik ve Noterlik Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Taslağının Getirdikleri (Avrupa Birliğine Uyum-Türk Medeni Kanununda Noterleri İlgilendiren Önemli Değişiklikler-Noterlik Kanununda Yapılması Düşünülen Yenilikler, Noterlik Hukuku Sempozyumu: VIII-IX-X, Ankara 2005, s. 197-215).*

Ulukapı, Ömer/Atalı, Murat: *Noterlik Hukuku*, Konya 2001.

Walker, Wolf-Dietrich: *Almanya'da Noterliğin Yapısı (Çev. Evrim Erişir)*, (Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-VIII, Abant 9-10 Ekim 2009, s. 441-449).

Yılmaz, Ejder: *Avrupa Birliği'ne Giriş Sürecinde Noterliğin Sorunları (Avrupa Birliğine Giriş Sürecinde Noterliğin Sorunları, Noterlik Hukuku Sempozyumu: VI, Ankara 2001, s. 15-24).*

Yılmaz, Ejder: *Avrupa Topluluğu Ülkelerinde ve Türkiye'de Noterlik (TNBHD, 1995/87, s. 3-16).*

Yurdagül, Mehmet: *Adalet Hizmetlerinde Noter ve Noterliklerin Yeri ve Önemi (TNBHD, 1995/85, s. 48-52).*

