

**BİR HUKUKİ GÜVENLİK KURUMU OLARAK NOTERLİK
VE NOTERLERİN DENETİMİ ÜZERİNE
BAZI DÜŞÜNCELER**

*Some Thoughts on Notary as a Legal Safety Institution
and the Auditing of Them*

*Prof. Dr. Süha TANRIVER**

A- Bir Hukukî Güvenlik Kurumu Olarak Noterlik

Hukuk devletinin olmazsa olmaz unsurlarından birisi de “**hukukî güvenlik**”tir. Hukukî güvenliği, toplumsal bazda sağlama ve gerçekleştirmede en etkin işlev gören kurumlardan birisi de adliye teşkilatı bütünü içinde yer alan ve klasik kamu hizmetleri arasında yer aldığı tartışmasız kabul edilen adalet hizmetlerinin ifasına ya da işleyişine katkı sağlamayı amaç edinmiş olan noterlik kurumudur. Hukukî güvenliği sağlama, ticarî ilişkilerle iş ilişkilerinde dürüstlüğü egemen kılma, hile, dolan ve sahteciliği önlemek suretiyle kamu düzeninin tesisine ve devamlılığının gerçekleştirilmesinde hayatî bir rol üstlenmiş bulunma, noterlik kurumunun toplumsal bazda son derece önem taşıyan bir kurum konumunda bulunduğu açık kanıtlarını oluşturmaktadır.

Hukukî güvenlik ile işlem güvenliği arasında çok sıkı ve organik bir bağ vardır; hatta işlem güvenliği, hukukî güvenliğin en somut uygulanma biçimlerinden birisini oluşturur. 1512 sayılı Noterlik Kanun’un 1 inci maddesinde de açıkça vurgulandığı üzere, hukukî güvenliği sağlamak ve hukukî anlaşmazlıkların doğumunu

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı Başkanı

önlemek amacıyla işlemlere bizatihi düzenlemek yahut onaylamak suretiyle resmîyet kazandırmak yani işlem güvenliğini tesis etmek, noterlerin aslî ve temel işlevlerindedir. Hatta, işlem güvenliği, noterlik kurumuyla özdeşleştirilmiştir. İşlem güvenliğinin tesisinde, noterlerin, aslî bir rol üstlenmiş bulunmalarının temelinde yatan en önemli etken, adlî yapılanma içerisinde, noterlik kurumunun varlık nedeninin işlem güvenliğini ve dolayısıyla hukukî güvenliği gerçekleştirmek ve devamlılığını sağlamak olduğu düşüncesidir. İşlem güvenliğini sağlamanın aslî sahibi ve sorumlusu konumunda noterlerin bulunmasının temelinde, işlem güvenliğinin tesisinin noterlik kurumunun varlık nedenini oluşturması dışında, birçok başka etken de yatmaktadır. Her şeyden önce noterlik hizmetleri, adalet hizmetleri bütün içinde yer alan klasik kamu hizmetleri arasında yer alır ve ülke genelinde örgütlenmesi gerçekleştirilmiş durumdadır. Bu örgütlenmede, en altta noterlik daireleri, onun üstünde bölgesel organ bazında görev yapan noter odaları ile en üst çerçevede tüm ülke genelinde noterlik hizmetlerinin koordinasyonunda ve işleyişinden sorumlu olarak işlev gören ve kamu kurumu niteliğindeki bir meslek kuruluşu konumunda bulunan Türkiye Noterler Birliği bulunur. Noter, üstlenmiş olduğu görevi, bulunduğu yer ülkenin en kırsal ve en ücra köşesi de olsa yapmak ve sürdürmek zorundadır. Yine, noter, hukukçu kimliği bulunan resmî bir görevli konumundadır; kamusal çerçevede bazı yasaklara ve belirli yükümlülüklerle uymak zorundadır. Bunun dışında, noterler, Adalet Bakanlığı'na bağlı adalet müfettişlerinin, Cumhuriyet savcılarının ve Türkiye Noterler Birliği'nin gözetim ve denetimi altında faaliyet gösterirler.

Noterlik dairesinin başında hukukçu kimliğine sahip bir resmî görevlinin bulunması, noterin, kamusal bir takım yasaklara ve yükümlülüklerle uymak mecburiyetinde bırakılmış olması, çok sıkı ve yoğun bir denetime ve ağır bir sorumluluk rejimine tâbi kılınmış bulunması, hem hukukî hem de fiziki ve teknik alt yapı itibarıyla noterlik hizmetlerinin ülke genelinde veriliyor olması, işlem güvenliğinin tesisi ve devamlılığının temini açısından son derece hayati önem taşıyan güvencelerdir.

Öte yandan, noterler işlem bazında, kendisine müracaat edenlerin “**hukuk danışmanı**” konumundadırlar¹. Pek çok Avrupa Birliği ülkesinde noterlik kimliğinin tanımlanmasında baskın öge hukuk danışmanlığı niteliğidir². Burada sözü edilen danışmanlıktan maksat, hukukî ilişkilerin şimdiden ileride ortaya çıkması muhtemel tüm hukukî sorunların doğumunu önleyebilecek nitelikte biçimlendirilmesi, ilgililerin istemleri ve hukukun gerekleri doğrultusunda yeniden yapılandırılmasıdır³. Noterler, işlem bazında, ilgiliyi yönlendirme ve gerekiyorsa işlemi yeni bir hukukî format içerisinde yapılandırma biçiminde beliren danışmanlık işlevleri itibarıyla “**hukuk mühendisi**” olarak nitelendirilebilirler ve onlar işlevlerinin bu boyutu itibarıyla diğer yargı görevlilerinden farklılaşırlar; adeta tıptaki koruyucu hekim benzeri bir konuma sahiptirler. İşte bu sebeptendir ki, noterler, danışmanlık işlevi ve bu işlevin icrası sırasında taşınmış oldukları hukuk mühendisliği kimliği dolayısıyla koruyucu yahut önleyici yargının aslı unsuru; ayrılmaz bir parçası sayılırlar⁴. Koruyucu yahut önleyici yargının bir parçası olarak burada sözü edilen hukuksal danışmanlıktan maksat, bireylerin menfaatlerini korumak ve gelecekteki muhtemel ihlalleri önlemek amacıyla, özel hukuk ilişkilerinin güvence altına alınması yahut inşası sürecine, ilişkinin doğasına uygun önlemlere işlerlik kazandırılması suretiyle katılınmasıdır⁵. Noter de, hukukî ilişkinin, ilgilinin menfaatlerini optimal seviyede gerçekleştirecek ölçüde biçimlendirilmesi ve inşası sürecinde, hukukçu kimliğiyle katkı sağlamakta ve

¹ **Tanrıver**, S.: Avrupa Birliği Ülkelerinde Noterlik ve Noterlik Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Taslağının Getirdikleri (Noterlik Hukukuna İlişkin İncelemeler, 1993-2011, Ankara 2011, s.41-63), s. 68.

² **Tanrıver**, s. 68.

³ **Tanrıver**, s. 68.

⁴ **Haedrich-Riedenklaue**, U.: Notarielle Rechtsbetreuung, Frankfurt am Main Bern New York Paris 1990, s. 17; **Schilken**, E.: Gerichtsverfassungsrecht, 2., neubearbeitete- und ergaenzte Auflage, Köln Berlin Bonn München 1994, s. 415, 418; **Wolf**, M.: Gerichtsverfassungsrecht aller Verfahrenszweige, Sechste, völlig neubearbeitete Auflage, München 1987, s. 325.

⁵ **Haedrich-Riedenklaue**, s. 17.

bu suretle muhtemel risklerin bertaraf edilmesi evresinde görüş ve düşünceleriyle belirleyici bir işlev görmektedir. Bu sebeple o, koruyucu ya da önleyici yargının aslî ve vazgeçilmez öğelerinden birisi konumundadır. Noterlik Kanunu'nun 1 inci maddesinde, noterlerin, "**hukukî anlaşmazlıkların doğumunu önlemekle**" görevli kılınması suretiyle onların danışmanlık işlevlerine ve dolayısıyla hukuk mühendisi olma kimliklerine üstü örtülü bir biçimde de olsa işaret edilmek istenmiştir. Çünkü, hukukî ilişkilerin ileride hukukî sorunların doğumunu önleyecek şekilde şimdiden biçimlendirilmesi, ilgililerin istemleri doğrultusunda somut olayın özgün koşullarına ve hukukun gereklerine göre belirli bir hukukî kalıp içerisinde bir bütün halinde yeniden yapılandırılması, zaten danışmanlık işlerinin bir parçasıdır; hatta onun esasını oluşturur. Sağlıklı bir biçimde danışmanlık işlevinin yerine getirilebilmesini temin için, noterler, geniş kapsamlı bir biçimde araştırma ve incelemelerde bulunma ve aydınlatma yükümlülüğü ile karşı karşıya bırakılmıştır. Noterlik Kanunu'nun 72 inci maddesinin üçüncü fıkrası ile Noterlik Kanunu Yönetmeliği'nin 91 inci maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan düzenlemeler de, noterin, çoğu zaman danışmanlık işleviyle iç içe geçen ve onun ayrılmaz bir parçasını oluşturan araştırma ve aydınlatma yükümlülüğünün somut delilleri olarak algılanabilir. Çünkü, noterin, ilgiliyi kanalize edebilmesi ve işlemin inşasına katkı sağlayabilmesi için, öncelikle, ilgiliye, iradesini serbestçe ve istediği bir biçimde beyan etmesine imkân veren bir ortamı yaratması, gerçek iradesinin ne olduğunun tam olarak kavranabilmesi bağlamında ona sorular sorması, yapılacak olan işlemin hüküm ve sonuçları konusunda dikkatini çekmesi ve ileride doğabilecek muhtemel sorunların önlenebilmesi için, ne gibi hukukî düzenlemelere yer verilmesinin uygun düşeceği noktasında aydınlatıcı bilgiler sunması gerekir. Noterlerin, Noterlik Kanunu'nun 162'nci maddesinde yer alan düzenleme ile hukukî sorumluluk bağlamında tâbi olunacak hukukî rejim itibarıyla bir kusursuz sorumluluk türü olan objektif özen yükümlülüğünün ihlâlinden kaynaklanan bir sorumlulukla karşı karşıya bırakılmış olmaları, işlem bazında araştırma ve aydınlatma yükümlülüğü ile onunla iç içe geçen danışmanlık işlevini yerine getirirken azamî dikkati ve hassasiyeti sarf etmelerinde ve işlem

güvenliğinin maksimum seviyede sağlanmasında gayret göstermelerinde tetikleyici bir etken olarak işlev görecektir. Noterlerin danışmanlık işlevleri ve bu işlevin icrası sırasında taşımış oldukları hukuk mühendisliği kimliği ve tâbi oldukları hukukî sorumluluk rejimi itibarıyla son derece geniş kapsamlı bir biçimde araştırma ve aydınlatma yükümlülüğü ile karşı karşıya bırakılmış bulunmaları, işlem güvenliği açısından, hayatî önem taşıyan ve onların en yetkin hukukî güvenlik kurumu olmasını sağlayan temel hukukî güvencelerdir.

İşaret edilen tüm bu hususlar, noterlik kurumunun kamu güvenine en mazhar kurumlardan biri olduğunu ve işlevlerinin ne kadar çeşitlilik gösterirse, işlem güvenliğinin simgesi olması sebebiyle toplumda huzur ve barışın sağlanmasında ve yaygınlaştırılmasında rolünün o ölçüde artacağını açıkça göstermektedir. Günümüzde yakınılan hile ve dolanla sahteciliğin önlenmesinde ve beşeri ilişkilerde dürüstlük ve güvenin hâkim olmasında ve tabana yayılmasında, hukuk devletinin en etkin silahlarından birisinin, noterlik kurumunun hukuki işlemler yelpazesindeki üstlenmiş olduğu rolün kapsam itibarıyla genişletilmesi olduğunu ifade etmek mübalağa olmaz.

B- Noterlerin Denetimi

Çağdaş bir yapılanma örneği sergileyen Avrupa Birliğine dahil ülkelerdeki noterliklerde gözlemlenen ortak bir özellik de, bu ülkelerdeki noterliklerin, Devletin özel bir denetimine tâbi kılınmış bulunmalarıdır⁶. Devlet adına bu denetim görevini, genelde, noterlerin adalet hizmetleriyle ilişkili olarak işlev görmeleri sebebiyle, Adalet Bakanlığı yerine getirmektedir. Adalet Bakanlığı tarafından gerçekleştirilecek olan bu denetimin, mesleğin otonomisine, organizasyon ve karar alma süreçlerine çok katı bir biçimde müdahale edilmesi boyutuna varmamasına özen gösterilmekte; genel çerçevede, noterleri gözetim ve denetim, noterlik mesleğindeki en üst kuruluşa ve onun bölgesel organları olan noter odalarına bırakılmakta; Bakanlık denetimi de, en üst kuruluşun idarî ve malî nitelik-

⁶ Tanrıver, s. 57.

teki faaliyetleri ile sınırlı bulunmakta; orada yoğunluk kazanmaktadır⁷.

Türk hukuk düzeninde, Adalet Bakanlığı'nın, noter odaları ile Türkiye Noterler Birliği üzerindeki denetiminin, geneli itibarıyla, idarî vesayet denetiminin sınırlarını aşmış; yer yer âdeta hiyerarşik denetime yaklaştığı görülmekte; bu durumda, olağan denetimin kapsamı dışında kaldığı için, noterliklerin Bakanlık karşısındaki bağımsızlığını önemli ölçüde zedelemektedir.

Türk hukuk düzeninde, noterliklerin örgütlenmesinde, en altta noterlikler, onun üstünde bölgesel organlar sıfatıyla noter odaları ve tepede kamu kurumu niteliğindeki bir meslek kuruluşu yani özerk bir kamu tüzel kişisi olan Türkiye Noterler Birliği bulunmaktadır. Merkezi İdare tarafından, idarede bütünlük ilkesi uyarınca, merkez dışında yer alan özerk kuruluşlar üzerinde uygulanacak olan denetim, hiyerarşik denetim değil; vesayet denetimidir; bu denetimin yoğunluğu da özerk kuruluşların özelliklerine ve yapısına göre değişim gösterir. İdari vesayet denetimi, hiyerarşik denetimin aksine tümüyle istisnâ bir nitelik taşır; yani işlerlik kazanacağı alanın sınırlarının açıkça kanunla belirtilmiş olması gerekir⁸. Öte yandan, merkezî idarenin, özerk kamu tüzel kişileri üzerinde uygulayacağı vesayet denetiminin çerçevesinin belirlenmesinde ölçü işlevini kamu tüzel kişisinin niteliği ve özerkliği yerine getirir⁹.

Vesayet denetiminin sınırları, kanunla, bir kamu tüzel kişisinin kişilik sahibi olmasını anlamsızlaştıracak ve onu âdeta merkezî idarenin hiyerarşisine tâbi kılacak derecede genişletilirse, artık vesayeti aşan hiyerarşiye büyük ölçüde yaklaşan bir denetim modeli

⁷ **Tanriver**, s. 57.

⁸ **Onar, S. S.**: İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. II, İstanbul 1960, s. 625; **Akıllıoğlu, T.**: Noterlik Hukuku Açısından Kamu Hizmeti ve İdari Vesayet Kavramları (Noterlik Hukuku Sempozyumu III-IV-V, Ankara 1999, s. 11-18), s. 16; **Erhürman, T.**: Adalet Bakanlığı'nın Noterlik Hizmeti Konusundaki Yetkilerinin Hukuksal Niteliği (Noterlik Hukuku Sempozyumu I-II, Ankara 1997, s. 87-98), s. 91; **Günday, M.**: İdare Hukuku, 5. B., Ankara 2002, s. 74-75.

⁹ **Erhürman**, s. 91.

benimsenmiş ve anayasa koyucunun bir yapıya kamu tüzel kişiliği verme iradesi kanun koyucunun iradesiyle bertaraf edilmiş olur¹⁰.

Vesayet denetiminin, Türk Hukukundaki klasik görünüm biçimi merkezî idarenin, belirli bir alanda faaliyet gösteren kamu tüzel kişilerinin işlemlerini, onaylaması ya da onaylamaması biçiminde ortaya çıkar; merkezî idare, kamu tüzel kişisini yok sayarak onun tarafından tesis edilmesi gereken işlemleri bizzat tesis edemez; o sadece onay vermek ya da vermemek suretiyle işlemin yürürlüğe girmesini veya girmemesini sağlar¹¹. Adalet Bakanlığı, Türkiye Noterler Birliği ile onun bölgesel organlarını denetleyen makam konumundadır; bu denetim, niteliği itibarıyla hiyerarşik değil; vesayet denetimi olmak gerekir. Ancak, bunun dışında, Adalet Bakanlığı, Noterlik Kanunu'nun 121 inci maddesi uyarınca, noterlikler üzerinde, Türkiye Noterler Birliği'nin varlığına rağmen, etkin ve yoğun bir biçimde gözetim ve denetim yetkisine sahiptir. Adalet Bakanlığı denetimi, Türkiye Noterler Birliği ile onun bölgesel organlarına hasredilmeli; Bakanlığın noterlikler üzerindeki genel gözetim ve denetim yetkisi tümüyle kaldırılmalı; sözü edilen denetimin, Birlik, kendi bünyesinde kurulmuş bulunan Teftiş Kurulu'nda yer alan müfettişleri aracılığıyla gerçekleştirmelidir. Bu durum, noterlik mesleğinin en üst çerçevede genel koordinasyonunu ve işleyişini sağlamakla görevli özerk bir yapıya sahip kamu kurumu niteliğindeki bir meslek kuruluşunun (Türkiye Noterler Birliği'nin) varlığının zorunlu sonucudur.

Öte yandan, mevcut Noterlik Kanunu'nda, bazı alanların noterlik mesleğinin asıl hamisi olan Türkiye Noterler Birliği'nin tümüyle saf dışı bırakılması ya da sadece onun görüşünün alınmasıyla yetinilmesi suretiyle, doğrudan doğruya Adalet Bakanlığının tasarrufuna bırakıldığı gözlemlenmektedir. Bunlara, örnek olarak,

- Boşalan ve açılan noterlikleri ilân etme (NK. m.22);
- Stajdan beklenen yararın hasıl olup olmadığına karar verme (NK. m.17);

¹⁰ Erhürman, s. 91.

¹¹ Onar, s. 627; Günday, s.78-79; Erhürman, s. 91-92.

- Noterliğe atanmak için yapılan başvuruları kabul etme, eksiklikleri tamamlatma; (NK. m.23) ve tüm sınıf noterliklerine atama (NK. m.24, m.27); noterlik teminatını tamamlatma (NK. m.38 son); notere yıllık iznini verme (NK. m.57); hastalık izni süresi sonunda iyileşmeyen noterlerin görevlerine son verme (NK. m.59); fazla ücretlerin iadesi kararını alma (NK. m.117); noterin geçici olarak işten el çektirilmesine karar verme (NK. m.123); para cezası dışındaki disiplin cezalarını yerine getirme (NK. m.145,I); noter odası kurulamayan yerlerdeki noterliklerin hangi odaya bağlanacağı tâyin etme (NK. m.179,II) ve noterin görevine son verme (NK. m.19) gösterilebilir.

Adalet Bakanlığına, bu bağlamda tanınmış olan yetkileri, vesalet denetimi ile açıklamak mümkün değildir. Bu çerçevede, noterlik kamu hizmeti örgütlenmesinin en üst noktasında yer alan, kamu tüzel kişiliğine sahip Türkiye Noterler Birliği tümüyle yok sayılmış ve merkezî idare, noterlik kamu hizmetinin denetleyen değil; bizâtihi örgütleyen konumuna gelmiştir. Bu durum ise, bir kamu hizmetinin belirli bir kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu aracılığıyla yürütülmesi esasıyla asla bağdaştırılamaz.

Yine, mevcut yasal düzenlemeye göre Adalet Bakanlığı, Türkiye Noterler Birliği'nin görüşünü almak kaydıyla, noterlik açma ve birden fazlasının boşalması kaydıyla kapatılmasına (NK. m.3) noterliklerin sınıflandırılmasına (NK. m.4), noterlik stajına kabul edileceklerin belirlenmesine karar verme (NK. m.14) ve ücret tarifelerini hazırlama yetkilerine sahiptir.

Bu hallerde, idarî vesayet doğasına aykırı olarak, kararı asıl alması gereken kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu olan Türkiye Noterler Birliği'nin karar almasına izin verilmemekte; o sadece görüş bildiren bir mercii konumuna getirilmekte denetim makamı olan Adalet Bakanlığı ise, kararı bizzat veren makam statüsüne kavuşturulmaktadır; bunu da kamu hukuku bağlamında klasik vesayet denetimi kurumu ile bağdaştırmak mümkün değildir.

Bunların dışında Cumhuriyet Savcıları ve adalet müfettişlerinin noterlikler üzerindeki denetim yetkisi kaldırılmalı; Türkiye Noterler Birliği bu denetimi kendi Teftiş Kurulu aracılığıyla gerçekleştirebilir.