

TÜRK BORÇLAR KANUNU'NUN 14. MADDESİNİN ÖNGÖRDÜĞÜ YENİ ŞEKİL DÜZENLEMESİNİN GETİRDİKLERİ

Ar. Gör. K. Berk KAPANCI*

ÖZET

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 14. maddesi, teknolojik gelişmeleri dikkate alarak yeni geçerlilik şekli düzenlemesi öngörmektedir. Bu düzenleme 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nda yer almamaktaydı. Söz konusu düzenlemenin getirdiği yeniliğin etkisi yapılacak yorumlara göre farklılık arz etmektedir. Diğer taraftan usul hukukundaki "senet" kavramına etkisi de tespit edilmelidir.

ANAHTAR KELİMELELER

Geçerlilik Şekli, İspat Şekli, Teyit Edilmiş Faks, Elektronik İmza, Senet Delil Başlangıcı.

ABSTRACT

The Article 14 of the New Turkish Code of Obligations (Law No. 6098) provides a new form requirement rule in line with the recent technological developments. This provision has not been existed in the Old Turkish Code of Obligations (Law no. 818). The innovation brought thereby will have a different effect in accordance with the different interpretations thereof. On the other hand, its effect to the concept of "deed" under the civil procedural law must be determined.

KEYWORDS

Form of Validity, Form of Evidence, Confirmed Fax, Electronic Signature, Deed, Initial Evidence.

***"Şekil, keyfiliğin yeminli düşmanı ve özgürlüğün ikiz kardeşidir."
Jhering***

* LL.M., Araştırma Görevlisi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

GİRİŞ

Hukuki işlemin kurucu unsurunu oluşturan irade beyanının dışarı açıklanmasında ifade aracı olarak bir çift söze, yazıya veya başka bir davranışa başvurulabilir. Dolayısıyla denilebilir ki her irade beyanı geniş anlamda bir “şekil” içinde ortaya çıkar¹. Yapılan irade beyanının kanun veya taraf iradeleri uyarınca bir şekle bağlanması durumunda ise, dar ve teknik anlamıyla şekle bağlı işlemde söz açılır². Şekil irade beyanının dış kalıbı, biçimidir³.

Hukuki işlemler alanında kural şekil serbestisi olmakla birlikte, kanun koyucu bazı işlemler bakımından belli bir şekle uyulmasını gerekli görebilir. Yahut taraflar aralarındaki işlemi özel bir merasim dahilinde yapmayı arzu edebilirler⁴.

Kanunun veya tarafların öngördüğü şekil kuralına, bazen işlemin sağlığı, yani geçerli bir şekilde hüküm doğurabilmesi için uyulması gerekir; yoksa geçersizlik söz konusu olacaktır⁵. Bazen ise, öngörülen şekil yalınkat ola-

¹ **Tuğ**, Adnan, Türk Özel Hukukunda Şekil, İkinci Baskı, Mimoza, Konya, 1994, s. 3; **Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Beta Yayınları 12. Bası, İstanbul, 2010, s. 236; **Oğuzman**, Kemal / **Öz**, Turgut Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I , 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 9. Bası., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 146; **Kocayusufpaşaoğlu**, Necip, (**Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı**) Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş-Hukuki İşlem-Sözleşme, 4. Bası, İstanbul, 2008, s. 270; **Ermenek**, İbrahim, “*Medeni Usul Hukukunda Şekilcilik*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt IV, Sayı I-II (Haziran-Aralık 2000), çevrimiçi kopya, s. 1-38, http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/4_8.pdf, s. 3.

² **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 271.

³ **Deliduman**, Seyithan, “*Medeni Usul Hukukunda Senet ve Senetlerle Yazılı Şekil Arasındaki İlişki*”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IV, S.1-2 (2000), s. 413-435, s. 427.

⁴ **Tuğ**, s. 28; **Altaş**, Hüseyin, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998, s. 50 vd.; **Deliduman**, s. 428; **Eren**, s. 239; **Tekinay**, Selâhattin Sulhi / **Akman**, Sermet / **Burcuoğlu**, Halûk / **Altop**, Atillâ, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 99; **Hatemi**, Hüseyin / **Gökyayla**, Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 42; **Yavaş**, Murat, Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları ile Bu Kuralların İstisnaları, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 119.

⁵ Yasal şekle uyulmaması halinde söz konusu olacak geçersizlik türü hakim görüşe göre kesin hükümsüzlüktür. Ayrıca bkz. Yarg. İBK, 30.09.1988, E. 1987/2, K. 1988/2 (Resmî Gazete, 21.12.1988, Sayı: 20026).

Bunun dışında öğretide uygulanması gereken geçersizlik yaptırımının yokluk, iptal edilebilirlik ve kendine özgü hükümsüzlük olduğunu savunan görüşler de mevcut bulunmak-

rak işlemin ispatı için tasarlanmıştır; şekle uyulmadığı takdirde işlem geçerli olarak hükümlerini doğurabilir ne var ki ispat aşamasında sorunlar yaşanacaktır. Bu sayılanlardan birincisinde geçerlilik şeklinden, ikincisinde ise ispat şeklinden söz edilmek gerekir⁶. Gerek kanunun gerekse tarafların öngördüğü şeklin kapsamı ve etkisi hakkında başka hüküm yoksa bu şekil, bir karine olarak geçerlilik şeklidir⁷.

1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun⁸ (TBK) 14. maddesinin ikinci fıkrasında “[t]eyit edilmiş olmaları kaydıyla faks veya buna benzer iletişim araçları ya da güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinler de yazılı şekil yerine geçer,” tümcesine yer verilmiştir. Bu düzenleme 818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nda bulunmayan yeni bir düzenlemedir. İletişim teknolojilerindeki yeni gelişmeler göz önüne alınarak ortaya koyulmuştur⁹.

İşbu çalışmamız kapsamında, bu fıkraı ve getirdiği yeniliğin etkisini özel olarak incelemek istiyoruz. Çalışmamızda öncelikle geçerlilik şekli ve ispat şekline genel olarak değineceğiz (1), daha sonra da TBK m. 14 f.2 düzenlemesini mercek altına alacak ve konunun usul hukukuyla bağlantısı ve ona etkisine de açıklık getirmeye çalışacağız (2).

tadır. Görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 307-308; **Altaş**, s. 89 vd.; **Eren**, s. 260 vd.; **Kılıçoğlu**, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeni Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış, Turhan Kitabevi, Genişletilmiş 14. Bası, Ankara, 2011, s. 141 vd.

Diğer yandan, tarafların kararlaştırdıkları (iradi) şekil kuralına uyulmadığında işlem tarafları bağlamayacaktır. Duruma göre işlem hiç doğmamış sayılabilir (yokluk) veya hükümlerini doğurmayabilir (kesin hükümsüzlük). Bkz. **Oğuzman / Öz**, C. I, s. 167.

⁶ Bazı başka durumlarda ise, belirli bir şekle uyulmasını öngören kural sadece bir düzen normu niteliğindedir. Bu düzenlemelere örnek olarak Noterlik Kanunu m. 89 ve Tapu Sicili Nizamnamesi m. 17 gösterilebilir. Anılan hâllerde, kural sadece yetkili makamlara bir talimat niteliğini taşımaktadır, yerine getirilmemesi ise ilgili makamda bulunan kişinin disiplin sorumluluğuna yol açmaktadır. Bkz. **Oğuzman / Öz**, C. I, s. 147 ve özellikle orada dn. 364; **Nomer**, Halûk Nami, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Yenilenmiş Onuncu Bası, Beta, İstanbul, 2011, s. 84; **Hatemi / Gökyayla**, s. 43-44.

⁷ **Reisoğlu**, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yirmiikinci Bası, Beta, İstanbul, 2011, s. 79.

⁸ **Türk Borçlar Kanunu**, Kanun No: 6098, Kabul Tarihi: 11 Ocak 2011, Resmi Gazete ile yayın ve İlanı: 4 Şubat 2011 – Sayı 27836, Yürürlük Tarihi: 1 Temmuz 2012.

⁹ Bkz. Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499), s. 30.

1- Yerine Getirdikleri İşleve Göre Şekil Türleri

a- Geçerlilik (Sağlık) Şekli

i. Kanun Tarafından Öngörülmesi (Yasal Şekil)

Geçerlilik şekli, hakkın esasına etkilidir¹⁰. Bir hukuki işlem geçerlilik şekline tabi tutulmuşsa, bunun çeşitli sebepleri olabilir. Kanun koyucu, taraflardan birini ya da her ikisini işlemi meydana getirmeden evvel bir kez daha düşünmeye sevk etmek istemiş olabilir¹¹. Yahut üçüncü şahısların korunması ve hukuki güvenlik gerekçeleri göz önünde bulundurulmuş olabilir. Yine bir başka gerekçe, resmî sicillerin sağlam bir temele oturmasını sağlamak olarak ortaya çıkabilir¹².

Öte yandan, kanun koyucunun işlemi tabi tuttuğu geçerlilik şekli, kendi içinde çeşitlilik göstermektedir¹³ (*Adi yazılı, resmî ve nitelikli adi yazılı şekil*). Bunlar arasında şöyle bir derecelendirme yapılabilir:

Bu şekil çeşitlerinden en hafif olanı *adi yazılı şekildir*. Söz konusu şekil, irade beyanının yazılı bir metin ve borç altına girenin imzasını gerektirir¹⁴. Ayrıca TBK m. 14 f.2 uyarınca imzaya ilişkin şart, başka yollardan da tamamlanabilecektir. Bu anlamda, kanun koyucu tarafından birtakım imza ikamelerinin tasarlanmış olduğu söylenebilir¹⁵.

Orta derecede ağır olan şekil çeşidi, *resmî şekildir*. Resmî sıfatı olan bir makam, kural olarak noter¹⁶, işleme bu şekli verir¹⁷. Resmî şekil de kendi

¹⁰ **Deliduman**, s. 429.

¹¹ Bu şekilde taraflar işlemi meydana getirirken normalde olduklarından daha basiretli ve dikkatli davranacak ve bu şekilde daha isabetli karar verecektir (**Berkin**, Necmeddin M., “*İspat Hukukunda Senet Delili ve Yazılı Şekil*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 12, Sayı 4 (1946), s. 1175-1192, s. 1183).

¹² **Tuğ**, s. 46-47; **Guggenheim**, Thévenoz, Luc / Werro, Franz (éds.), Commentaire Romand, Code des Obligations art 1-529, Helbing & Lichtenhahn, Geneve – Bale – Munich, 2003, Art. 11, N. 2; **Oğuzman / Öz**, C. I, s. 148; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 271; **Ermenek**, s. 5; **Eren**, s. 237-238.

¹³ **Kılıçoğlu**, s. 106.

¹⁴ **Tuğ**, s. 34; **Altaş**, s. 73; **Guggenheim**, CoRo, Art. 11, N. 5; **Oğuzman / Öz**, C. I, s. 150; **Kocayusufpaşaoğlu**, C. I, s. 276; **Kılıçoğlu**, s. 106; **Deliduman**, s. 432; **Nomer**, s. 70; **Reisoğlu**, s. 87-88; **Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop**, s. 113; **Eren**, s. 244.

¹⁵ Aşağıda 2, a başlığı altında konuya ilişkin detaylı açıklamalar verilecektir.

¹⁶ Resmî şeklin kimin tarafından gerçekleştirileceği konusunda 18.01.1972 tarihli ve 1512 sayılı Noterlik Kanunu'dur. Bu kanunun 60. maddesinde, herhangi başka bir kanunda farklı bir makam öngörülmedikçe resmî şekil bakımından noterlerin yetkili olduğunu ka-

içinde resen düzenleme ve imza tasdiki olarak ikiye ayrılmaktadır¹⁸ (Noterlik Kanunu m. 84 / m. 90). Resen düzenlemede noter bütün işlemi elden geçirirken, imza tasdikinde tarafların oluşturduğu metnin altındaki imzaların onlara ait olduğunu resmî olarak onaylamaktadır¹⁹.

Bu derecelendirmede şekil çeşitlerinden en ağır olanı ise, *nitelikli (adi) yazılı şekildir*. Nitelikli adi yazılı şekilde metnin tamamının veya bir bölümünün tasarlanan özel bir merasimle gerçekleştirilmesi veya kapsamında özellikle belirli hususların belirtilmesi gerekmektedir²⁰.

Kanunun belli bir geçerlilik şekline uyulmasına ilişkin getirdiği kurallar emredicidir, aksi sözleşmeyle kararlaştırılmaz²¹.

Yasal şekle tabi olan sözleşmelerde değişiklik yapılması da, değişikliğin geçerliliği aynı şekle uyularak yapılmasına bağlı bulunmaktadır. Bu husus, yukarıda anılan tüm şekil çeşitleri için geçerli olacaktır²² (TBK m. 13).

bul edilmektedir. Başka bir kanunda farklı bir makamın öngörülmesine örnek olarak tapu sicilinde yapılan taşınmazların aynına ilişkin işlemler gösterilebilir. Bunlar bakımından Tapu Kanunu m. 26 hükmü etkindir, buna göre de tapu sicil muhafız ve memurları işleme gerekli resmiyeti verir (Kocayusufpaşaoğlu, s. 277).

¹⁷ Tuğ, s. 35; Guggenheim, CoRo, Art. 11, N. 7; Kocayusufpaşaoğlu, s. 277; Kılıçoğlu, s. 107; Deliduman, s. 433; Nomer, s. 77; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 126; Eren, s. 254.

¹⁸ Tuğ, s. 66 vd.; Altaş, s. 78; Kılıçoğlu, s. 107.

¹⁹ Kocayusufpaşaoğlu, s. 302; Nart, Serdar, “Alman ve Türk Hukukunda Senetle İspat”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Sayı 1, 2007, s. 207-232, s. 220.

²⁰ Bu şekil çeşidine kefalet sözleşmesi bakımından öngörülen şekil kuralı örnek gösterilebilir. TBK m. 583’e göre kefilin sorumlu olduğu azamî miktar, kefalet tarihi, ve müteselsil kefalet borcu altına giriliyorsa bu hususun kefilin el yazısı ile belirtilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde sözleşme geçerli olmayacaktır. Yine başka bir örnek el yazısı ile vasiyetnamedir (MK m. 538) (Oğuzman / Öz, C. I, s. 149-150; Altaş, s. 77; Kılıçoğlu, s. 107; Eren, s. 253; Guggenheim, CoRo, Art. 11, N. 6).

²¹ Reisoğlu, s. 80; Yavaş, s. 119.

²² Bu maddenin nasıl anlaşılması gerektiği hususu öğretilerde tartışmalıdır. Bir görüş, her türlü değişiklik bakımından mutlak olarak ve herhangi bir ayırım yapılmaksızın aynı şekil kuralının uygulanması gerektiğini savunur. 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 edilebilir. 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 edilebilecektir. Ne var ki, karşılıklı iki tarafa borç

ii. Hukuki İşlemin Taraflarının Öngörmesi (İradi Şekil)

Kanunen şekle tabi olmayan bir hukuki işlemin yapılmasında taraflar kendi aralarında özel bir şekle riayet edilmesini kararlaştırmış olabilirler²³. Öncelikle bakılması gereken husus, bunun işlemin yapılmasından önce mi sonra mı gerçekleşmiş olduğudur:

İşlemden önce veya en geç işlemin yapılması sırasında kararlaştırılan şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir (TBK m. 17 f. 1). Bu konuda kanuni bir karine bulunmaktadır²⁴. Duruma göre, buna uyulmaması hâlinde yokluk veya kesin hükümsüzlük yaptırımı söz konusu olacaktır²⁵. Aksi söz konusuysa, diğer bir deyişle salt ispata ilişkin bir şekil öngörülmek istenildiyse, bunun özel olarak ispat edilmesi gerekmektedir. Bu konuda ispat yükü bunu iddia edene düşecektir²⁶.

yükleyen sözleşmelerde aynı yaklaşımda bulunulması yerinde olmaz. Bunun sebebi, bu sözleşmelerde bir tarafın durumunu hafifleten değişikliğin kendiliğinden (*eo ipso*) karşı tarafın durumunu ağırlaştırmasıdır (Görüşler için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 305-306).

Ayrıca bu maddenin ibrayı düzenleyen TBK m. 132'yle bağlantısının da kurulması icap eder. TBK m. 132'ye göre ibra, herhangi bir şekle tabi olmadan yapılabilir. Bir an için yukarıda katıldığımız görüş bakımından yaptığımız açıklamalarımıza ilişkin bir tereddüt doğabilir. 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 amaç gözetilmeli ve TBK m. 13 iki tarafa borç yükleyen ve şekle bağlı tutulmuş hukuki işlemlerde TBK m. 132'ye üstün tutulmalıdır (Bkz. bu yönde **Guggenheim**, CoRo, Art. 12, N. 7; Farklı görüşte karş. **Altaş**, s. 83).

²³ **Oğuzman / Öz**, C. I, s. 167.

²⁴ **Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop**, s. 185; **Eren**, s. 241; **Altaş**, s. 70; **Tekinay**, Selâhattin Sulhi, “*La Forme Volontaire*”, Travaux de la 5eme Semaine Juridique Turco-Suisse, La Forme Dans Les Actes Juridiques, Journées d’İstanbul, 13-20 Avril 1975, Publication de l’Institut de Droit Comparé de l’Université d’İstanbul s. 181-189, s. 184.

²⁵ Şayet hukuki işlemi oluşturan irade beyanlarının (kurucu unsurların) belli bir şekilde yapılmaksızın hüküm ifade etmeyeceği kararlaştırılmışsa, bu durumda uygulanacak yaptırım yokluktur. Ne var ki taraflar işlemin kendisinin hüküm ifade edebilmesini bir şekle bağlamışlarsa, buna uyulmaması durumunda kesin hükümsüzlük yaptırımıyla karşı karşıya gelinir. İlk duruma örnek olarak yazılı şekilde gönderilen bir öneriye ancak yazılı şekilde kabul beyanıyla karşılık verilebileceğinin kararlaştırılması olması gösterilebilir. Bundan başka türde yapılan kabuller yokluk sonucuna yol açar. İkinci duruma örnek olarak ise, tarafların yaptıkları sözleşmenin hükümlerini doğrabilmesi için belirli bir tarihe kadar noter onayını aramaları gösterilebilir. Bu durumda ise, söz konusu tarihe kadar bir girişimde bulunulmazsa işlem askıda kalacak, bu tarihten sonra ise kesin suretle hükümsüz olacaktır.

²⁶ **Tuğ**, s. 29; **Oğuzman/Öz**, C.I, s. 167; **Eren**, s. 242.

Öte yandan istisnai olarak, kuruluş aşamasında kararlaştırılan şekle ilişkin taahhüdün aynı zamanda o şekilde hazırlanmış bir işlemi yapma vaadini de kapsadığı söylenebiliyorsa, bu durumda vaadin lehdarı ilgili şartlarla işlemin gerçekleştirilmesi talep ve dava da edebilecektir²⁷.

İşlemin kurulmasından sonra yapılan şekle dair bir anlaşma ise, geçerliliğe ilişkin aynı etkiyi yaratmaz. Bu durumda yapılan şekil anlaşmasının işlemin geçerliliğini ilgili merasim gerçekleştirinceye kadar askıya aldığı kabul edilecektir. Aksi söz konusuysa, yani salt ispata yönelik sonuçlar doğurmak üzere bu anlaşma yapıldığı anlaşılıyorsa, işlemin geçerliliği etkilenmeyecektir²⁸.

Taraflar, şekle ilişkin modaliteleri istedikleri gibi belirleyebilirler. Ne var ki onların kararlaştırdığı şeklin içeriğine ilişkin bir ayrıntı bulunmuyorsa (örneğin sadece yazılı şekilde işlemin yapılması kararlaştırılmış veya resmî şekle uyulacağı belirtilmişse), kanunun yasal şekil bakımından düzenlemesini yaptığı şartlara riayet edilmesi gerekecektir²⁹.

Bunun yanında, yasal şekle tabi tutulmuş bir işlem için taraflarca daha da ağırlaştırılmış bir şekil şartı öngörülebilir³⁰. Bu durumda işlemin geçerliliği için salt kanundaki şartlara uyulması yetiştirmez. Bununla beraber daha ağır olan şeklin, salt ispat için tasarlandığı ortaya konulabilirse işlemin geçerliliği etkilenmeyecektir³¹.

b- İspat Şekli

i. Genel Olarak

İspat şekli, bir hukuki işlemin/hakkın ispatını kolaylaştırmayı amaçlar. Bu da dolaylı olarak yargılamayı basitleştirmekte ve sürecin daha efektif

²⁷ Oğuzman / Öz, C. I, s. 167; Tekinay, s. 185.

²⁸ Oğuzman / Öz, C. I, s. 167.

²⁹ Oğuzman / Öz, C. I, s. 168; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 136; Guggenheim, CoRo, Art. 16, N. 6; Tekinay, s. 181.

³⁰ Bu konuda yukarıda **1, a, i** altındaki derecelendirmeye ilişkin açıklamalarımız dikkate alınmalıdır. Diğer bir deyişle, kanunda yapılmak istenen işlem için nitelikli adi yazılı şekil öngörülen bir durumda, taraflarca resmî şekil kararlaştırılarak işlemin geçerli olması sağlanamaz. Zira resmî şekil diğerine göre görece daha hafif bir şekil çeşididir.

³¹ Oğuzman / Öz, C. I, s. 168.

şekilde gerçekleşmesini sağlamaktadır³². Ayrıca yazılı şekilde hazırlanmış belge, hakların temin edilmesinde de daha etkilidir: Bir kişinin böyle yazılı bir belgeyi inkâr etmesi daha zordur³³. Yine senetle ispat mecburiyeti dolaylı da olsa, tıpkı geçerlilik şeklinde olduğu gibi, tarafları düşünmeye sevkeder³⁴. Bu şekil türü de taraf iradelerinden veya kanundan doğabilir. Borçlar hukukunda temel kuralın şekil serbestliği olmasına rağmen, ispat hukuku bakımından belirli bir değer üzerindeki hukuki işlemler ancak senetle ispat edilebilirler³⁵. Bu da anılan şekil serbestisi prensibini fiilen bir ölçüde kitlemektedir³⁶. Hukuk Muhakemeleri Kanunu³⁷ (HMK) m. 200'e göre 2.500 TL ve üzerindeki hukuki işlemler ancak senetle (veya kanunda öngörülen diğer kesin delillerden biriyle³⁸) ispat edilebilecektir³⁹.

³² Tuğ, s. 30; Berkin, s. 1184; Karlı, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, 6100 sayılı HMK hükümlerine göre Yargıtay Kararları işlenmiş ve gözden geçirilmiş, 2. Baskı, Alternatif, 2011, s. 498; Nomer, s. 82.

³³ Tuğ, s. 47; Berkin, s. 1184.

Tarihsel gelişim sürecinde tanık delili başlangıçta senede üstünlük göstermekteydi. Söz konusu dönemlerde asıl olan “*Senet muamelenin dilsiz şahidi olup kendisine sorulan sualleri cevapsız bırakır, halbuki şahit konuşur,*” özdeyişinin ifade ettikleri idi (Taşpınar Ayvaz, Sema, “*Türk Borçlar Kanunu'nun ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun İmza Atamayanlarla ilgili Yeni Düzenlemesine Eleştirel Bir Bakış*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 61 (1) 2012, s. 321-349, s. 327 ve orada dn. 20).

³⁴ Göksu, Mustafa, “*6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Senetle İspat Kuralları ve Bunların İstisnaları*”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 1(1), 2011, s. 53-65, s. 54; Ermenek, s. 5; Ayrıca bkz. ve karşı yukarıda dn. 11 ve bağlı bulunduğu metin.

³⁵ Pekcantez, Hakan / Atalay, Oğuz / Özkes, Muhammet, Medenî Usûl Hukuku, 13. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 486; Kuru / Arslan / Yılmaz, s. 404; Karlı, s. 490; Taşpınar Ayvaz, s. 326; Nomer, s. 82; Kılıçoğlu, s. 161; Hatemi / Gökyayla, s. 43; Reisoğlu, s. 95; Eren, s. 243; Altaş, s. 73; Tekinay, s. 184.

³⁶ Taşpınar Ayvaz, s. 328.

³⁷ Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kanun No: 6100, Kabul Tarihi: 12 Ocak 2011, Resmî Gazete ile yayın ve İlânı: 4 Şubat 2011 – Sayı 27836, Yürürlük Tarihi: 1 Ekim 2011.

³⁸ Bunlar kesin hüküm, yemin ve mahkeme önünde ikrardır (Kuru / Arslan / Yılmaz, s. 380). Aslında bunların tam anlamıyla delil olarak kabul edilmesine şüphe ile bakılmak gerekir. Teker teker açıklanacak olursa:

İkrarın (HMK m. 188) bulunduğu hâllerde ilişkin olduğu vakıanın ispatı gerekliliği ortadan kalkmaktadır. Deliller ise, sadece çekişmeli vakıaların ispatı için gösterilebilecektir (Göksu, s. 56; Pekcantez / Atalay / Özkes, s. 419-420).

Kesin hüküm (HMK m. 303) ise, niteliği gereği usul hukuku kuralları çerçevesinde bir doğruluk faraziyesine dayanır. Gerçek anlamda bir delil, yemin yerindeyse ispat edilmek istenen vakıanın “*sıcak tanığı*” değildir (Göksu, s. 56).

Son olarak yemin, kesin delil zorunluluğu olan hâllerde ispat yükü üzerine düşen tarafın davayı kaybetmemek için başvurabileceği son hamle, son çaredir (*ultima ratio*). Kişi

Kesin delille ispat zorunluluğunun kabul edildiği usul hukuku sistemimizde senet diğer deliller arasında belirgin şekilde ön plana çıkar, zira ikrar ve yemin diğer tarafın iradesine, kesin hüküm ise başka kesin delillere bağlıdır⁴⁰. Dolayısıyla hukuki işlemde doğan ve 2.500 TL sınırını aşan bir hakkın ispat edilebilmesi için kural olarak yazılı bir delile, diğer bir deyişle yazılı bir şekle ihtiyaç bulunmakta olduğu söylenebilir. **Berkin**'in yerinde ifadeyle senet, “[y]azılı şeklin âdeta hukuki sembolüdür.”⁴¹

İspat şekli geçerlilik şeklinden farklı olarak işlemin geçerliliğiyle alakalı değildir. İşlem ispat şekline uyulmamış olsa da geçerli şekilde hükümlerini ve sonuçlarını doğuracak, ne var ki talep sahibi mahkeme önüne geldiğinde bu engele takılacaktır. Ancak ikrar veya yemin ve konuyla ilgili kanundan kaynaklanan istisnalar söz konusu olduğunda⁴² ispat şeklinin yarattığı engel atlatılabilecektir. Bu yönüyle ispat şeklinin geçerlilik şeklinden farkı açıkça ortaya konabilir. Geçerlilik şekli sağlanmadığında, ispat şekline uyulmuş yahut ikrar veya yemin sağlanmış bile olsa, işlem hiçbir şekilde sonuç doğurmayacaktır⁴³.

İspat şekline ilişkin kurallar geçerlilik şeklinden farklı olarak emredici kurallar değildir. Zira bunlar kamu düzenini ilgilendirmemektedir. Taraflar, yapacakları bir delil sözleşmesi (HMK m. 193) ile senetle ispat zorunluluğunu bertaraf edebilirler⁴⁴. Ayrıca belli istisnaların varlığı hâlinde⁴⁵ ispat şek-

kendisini diğerinin vicdanına teslim etmekte, onu bir kez daha düşünmeye yönlendirmektedir. Dolayısıyla delilden çok savunmanın son kez tekrar edilmesi olarak addedilebilecektir (**Konuralp**, Halûk, Medenî Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1999, s. 11; **Göksu**, s. 56).

³⁹ 2011 yılı için 590 TL olan bu sınır, HMK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte 2500 TL olarak uygulanmaktadır. Daha önceki değer yaklaşık 4 katı olan bu yeni sınırın, senetle ispat zorunluluğu uygulanması bakımından ciddi bir azalma meydana getireceği söylenebilir (**Göksu**, s. 55).

Söz konusu para değerinin yıllar içindeki değişimin tablosu için bkz. **Nomer**, s. 84.

⁴⁰ **Deliduman**, s. 419-420; **Karşlı**, s. 495.

⁴¹ **Berkin**, s. 1181'den naklen.

⁴² Bkz. **Pekcanitez / Atalay / Özkes**, s. 490 vd.; **Kuru / Arslan / Yılmaz**, s. 410; **Karşlı**, s. 492; **Yavaş**, s. 231.

⁴³ **Kuru**, Baki / **Arslan**, Ramazan / **Yılmaz**, Ejder, Medenî Usul Hukuku, Ders Kitabı, 6100 Sayılı HMK'na Göre Yeniden Yazılmış 22. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 389; **Deliduman**, s. 431; **Yavaş**, s. 117; **Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop**, s. 101.

⁴⁴ **Konuralp**, Halûk, Medenî Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı, Olgaç Basım-Yayın-Dağıtım, Ankara, 1988, s. 29; **Konuralp**, İspat Kuralları, s. 58; **Postacıoğlu**, İlhan E., Medenî Usul Hukuku Dersleri, 1911 Sayılı Kanuna Göre Yazılmış 6. Bası, Sulhi

linden vazgeçilebilir, geçerlilik şeklinde ise böyle bir durum söz konusu değildir⁴⁶.

İspat şeklinin incelemesi yapılırken doğrudan senet konusuna girişmekten önce, ispat hukuku sistemimizde yer alan belge, delil başlangıcı kavramlarına değinmek, bunların senetle olan bağlantısını açıklığa kavuşturmak gerekir.

ii. Belge Kavramı

Belge kavramı, bir üst kavram olarak HMK m. 203'te düzenlenmiştir. Buna göre “[u]yuşmazlık 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.” Dolayısıyla belge kavramı içine, gerek yazılı gerekse yazılı olmayan veriler girmektedir. Söz konusu tanım yapılırken Bilgi Edinme Hakkı Kanunu⁴⁷, nundaki tanım esas alınmıştır⁴⁸.

Bu tanımdan belge kavramının iki unsuru olduğu söylenebilir⁴⁹:

İlk unsur belgenin bir bilgi taşıyıcısı olmasıdır. Bilgi taşıyıcısı unsuruna kanunda verilen örnekler sınırlı sayıda değildir. Kanunda sayılanlar bunun en tipikleşmiş örnekleridir.

İkinci unsur belgenin uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli bilgiler taşımasıdır. Belgede yer alan bilgilerin Türkçe olmasının gerekliliği bulunmamaktadır, ancak yabancı dilde yazılmış belgelerin tercümesinin de mahkemeye sunulması zorunludur. Mahkeme, kendiliğinden veya karşı tarafın talebi üzerine belgenin resmî tercümesini de isteyebilecektir⁵⁰ (HMK m. 223).

Garan Matbaası Koll. Şti., İstanbul, 1975, s. 593; **Deliduman**, s. 432; **Kuru / Arslan / Yılmaz**, s. 459 vd., **Pekcanitez / Atalay / Özekes**, s. 467 vd.

⁴⁵ İstisnalar için bkz. **Pekcanitez / Atalay / Özekes**, s. 490; **Kuru / Arslan / Yılmaz**, s. 407; **Karşlı**, s. 506; **Hatemi / Gökyayla**, s. 43.

⁴⁶ **Kılıçoğlu**, s. 162.

⁴⁷ **Bilgi Edinme Hakkı Kanunu**, Kanun No: 4982, Kabul Tarihi: 9 Ekim 2003, Resmî Gazete ile yayın ve İlânı: 24 Ekim 2003 – Sayı 25269, Yürürlük Tarihi: 24 Nisan 2004.

⁴⁸ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 471.

⁴⁹ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 471; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 388; *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı*, T.C. Adalet Bakanlığı, Ankara, 2008 (HMK Gerekçe), s. 236-237.

⁵⁰ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 472.

Belge ile senet arasındaki ilişki ise şöyle ortaya konulmalıdır: Belge kavramı, tanımdan da anlaşılacağı üzere senetten daha geniş anlaşılmalıdır, dolayısıyla her senedin yazılı bir belge olduğu söylenebilir. Ancak aksi önerme geçerli olmaz, yani mevcut uyumsuzlukla ilgili iradenin dış aleme yansımaları sağlayan herhangi bir bilgi taşıyıcısı belge olarak kabul edilecektir, ancak her belge senet sayılmaz⁵¹.

Bu konuda önem arz eden düzenleme, güvenli elektronik imza ile ilgilidir. Bigisayar ortamında güvenli elektronik imza ile hazırlanmış veriler senet olmadıkları hâlde belgedir. Buna karşılık bunlar ispat kuvveti bakımından senet hükmündedirler (HMK m. 205 f.2)⁵².

iii. Delil Başlangıcı Kavramı

Senetle ispatın şart olduğu bir durumda, elde senet bulunmuyorsa, varsa bir delil başlangıcına⁵³ da başvurulabilir. Delil başlangıcıyla birlikte sunulan tanık veya diğer takdiri deliller, senedi ikame edebilecektir⁵⁴. Bu şekilde senetle ispat zorunluluğu ortadan kalkmış olmaktadır. HMK m. 206'da düzenlenen delil başlangıcı kavramının üç temel unsuru bulunmaktadır:

Her şeyden önce ortada bir belge bulunmalıdır⁵⁵. Belgenin mutlaka yazılı olması gerekmemektedir. Yazılı olmayan fotoğraf, film, görüntü, ses kaydı gibi belgeler de diğer şartları sağladıklarında delil başlangıcı olabilecektir.

Bu belge, aleyhine ileri sürülen kimse veya onun temsilcisi tarafından verilmiş ya da gönderilmiş olmalıdır. Elden verilmiş olan bir belge ile gönderilmiş bir belge aynı değere sahiptir. Gönderi elektronik yoldan da gerçekleşmiş olabilecektir⁵⁶.

⁵¹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 471.

⁵² Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 472.

⁵³ HUMK m. 292'de delil başlangıcı olabilmenin bir şartı da yazılı olma idi (Bu kavram ve unsurları ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Konuralp, Yazılı Delil Başlangıcı, s. 39 vd.). HMK bu şartı belge olma olarak değiştirmiş, böylece bu kavramın uygulama alanı eskiye göre epeyce genişlemiştir (Göksu, s. 58).

⁵⁴ Konuralp, Yazılı Delil Başlangıcı, s. 147; Karşlı, s. 508.

⁵⁵ Bkz. yukarıda **1, b, i**.

⁵⁶ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 489; Göksu, s. 58.

Fiziksel belgelerde, bir kişiye aidiyet el yazısı ile tespit edilebilirken, elektronik belgelerde aidiyet ancak farazi olarak kurulabilmektedir⁵⁷.

Bu iki şartla beraber son olarak, söz konusu belge ispat edilmek istenen hukuki işlemi muhtemel göstermelidir. Diğer bir deyişle, belgeden işlemin varlığı hakkında tam ve kesin bir kanaat elde edilmese de, az ama yeterli bilgi mevcut bulunmalıdır⁵⁸.

iv. Senet Kavramı

Senet, en güvenilir ispat vasıtalarından biridir: Değişebilen insan sözlelerinden, bunları duyan zayıf bir belleğin etkilerinden en az şekilde etkilenir⁵⁹. Diğer delillere göre daha doğru, emin ve objektif niteliği haizdir. Buna bağlı olarak ciddi bir ispat değerine sahiptir⁶⁰.

Senet, kelime olarak yazılı tanık anlamına gelmektedir⁶¹. Genel olarak, fikir, kanaat ve düşüncelerin dış aleme yazılı bir belge olarak yansımaları, maddileşmesi olarak tarif edilebilir⁶². Dar ve teknik anlamda ise senet, bir kimsenin hazırladığı ve aleyhine sonuç doğuracak bir yazılı belgedir⁶³. Senette yer alan beyanın mutlaka bu amaçla yapılmış olması aranmaz, ancak bu sonuca yol açabilecek nitelikte olmasına bakılır, dolayısıyla bu şekilde tesadüfen oluşturulan metinler de senet niteliği taşıyabilir⁶⁴.

Senetin unsurları HMK'da⁶⁵ veya TBK'da açık olarak belirtilmemiştir⁶⁶, dolayısıyla bir belgenin ne zaman senet vasfını taşıdığı öğreti tarafından

⁵⁷ Göksu, s. 59.

⁵⁸ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 489; Göksu, s. 58.

⁵⁹ Berkin, s. 1176; Karlı, s. 498.

⁶⁰ Deliduman, s. 419.

⁶¹ Almandaca ise, senet için “*Urkunde*” terimi kullanılmaktadır. Bu terim, “*Ur*” (geçmiş) ve “*Kunde*” (tanık) kelime parçalarından oluşmaktadır. Bu anlamda senet, geçmişte gerçekleşen olaya tanık olan belge olarak tanımlanabilir (Bkz. Deliduman, s. 414).

⁶² Deliduman, s. 414; Berkin, s. 1177.

⁶³ Deliduman, s. 414; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 472; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 388; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 101; Yavaş, s.114; Postacıoğlu, s. 596; Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt II, Demir&Demir Yayınları, Ankara, 2001, s. 2073.

⁶⁴ Deliduman, s. 415; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 388; Nart, s. 213; Yavaş, s. 115.

⁶⁵ HMK m. 203'ün gerekçesinde (HMK Gerekçe, s. 236) senedin tanımından bir kısıtlamaya yol açılmaması amacıyla bilinçli olarak kaçınıldığı belirtilmiştir. Amaç gelişmelere engel olmamaktır.

⁶⁶ HMK'da yalnızca belgeyi düzenleyen m. 203'te senet kavramına değinilmektedir.

tespit edilmiştir⁶⁷. Buna göre söz konusu kabul için belgenin maddi ve manevi olmak üzere iki unsuru taşıması aranmaktadır⁶⁸.

Manevi unsur, senedin ispat edilmek istenen vakıa ile ilgili olarak bir irade beyanını içeriyor olmasıdır⁶⁹. Senet içeriğinde belgelenen irade beyanıyla alakalı tam bir bilginin yer alması şarttır⁷⁰.

Maddi unsur ise, senedi oluşturan belgenin dış alemde bir varlık bulmuş olması, bir nesne üzerinde görülebilir hâle gelmiş olmasıdır⁷¹. Dış alemde varlık bulan belgenin yazılı olması gerekir. Yazılı olmaktan kasıt ise, senedin içeriğinin kalıcı hâle gelmesini sağlayan bir metnin varlığıdır⁷². Senedin kullanılabilmesi için metin içeriğinin objektif olarak anlaşılabilir bir içerikte yazılmış olması gerekmektedir⁷³. Bunu sağlaması koşuluyla yabancı bir dilde kaleme alınmış olabilir⁷⁴. Yalnız yabancı dilde yazılmış senedi kullanan taraf, bunun tercümesini de mahkemeye sunmalıdır⁷⁵ (HMK m. 223).

Ayrıca senet metninde yazıyla cisimleşen bu irade beyanının, aleyhinde kullanılabilecek kişiye ait olduğunun tespit edilebiliyor olmalıdır, bu da imza⁷⁶ ile anlaşılır⁷⁷. İşte bir kişinin kendine has özelliklerini taşıyan imza,

⁶⁷ **Deliduman**, s. 413; **Taşpınar Ayvaz**, s. 324.

⁶⁸ **Berkin**, s. 1177.

⁶⁹ **Berkin**, s. 1177; **Pekcanitez / Atalay / Özekes**, s. 473.

⁷⁰ **Deliduman**, s. 422.

⁷¹ **Pekcanitez / Atalay / Özekes**, s. 473; **Taşpınar Ayvaz**, s. 325.

⁷² **Pekcanitez / Atalay / Özekes**, s. 473; **Kuru / Arslan / Yılmaz**, s. 388; **Taşpınar Ayvaz**, s. 325; .

Metnin mutlaka senet aleyhinde delil olarak kullanılacak kişinin el yazısıyla yazılmış olmasına gerek yoktur, sadece onun imzasını taşıması yeterlidir (Bkz. **Deliduman**, s. 417).

⁷³ **Deliduman**, s. 418; **Yavaş**, s. 115.

⁷⁴ **Pekcanitez / Atalay / Özekes**, s. 472; **Nart**, s. 214; Karş. aşağıda dn. 84.

⁷⁵ **Pekcanitez / Atalay / Özekes**, s. 472.

⁷⁶ İmza, Alman Hukukunda senet delili bakımından zorunlu bir unsur değildir. Bkz. **Nart**, s. 211 ve özellikle orada dn. 12'de yer alan **Stein**, Friedrich / **Jonas**, Martin / **Leopold**, Dieter, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 21. Auflage, Band 2 (§§91-252), Tübingen, 1994, vor § 415 RdNr.3; **Thomas**, Heinz / **Putzo**, Hans, Zivilprozessordnung, 24. Aufl., München 2002, s. 764; **Schellhammer**, Kurt, Zivilprozeß, Gesetz-Praxis-Falle, Ein Lehrbuch, 8. Neuarbeite Auflage, Heidelberg, 1999, s. 252.

⁷⁷ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 473; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 390; **Deliduman**, s. 417; **Taşpınar Ayvaz**, s. 325; **Postacioğlu**, s. 597; **Konuralp**, Yazılı Delil Başlangıcı, s. 45.

belgede bulunan söz konusu irade beyanının o kişiye ait olduğuna işaret eder⁷⁸.

Bu unsurlar tamam değilse, ortada usul hukuku anlamında bir belge bulunmakla beraber bu, senet olarak kabul edilemez.

Senetler, düzenleyen kişi ve ispat gücüne göre adi ve resmî olarak ikiye ayrılır. Adi senet, resmî bir makamın katılımı olmaksızın taraflarca düzenlenir⁷⁹. Resmî senette ise, senedi düzenleyen resmî bir makamdır⁸⁰. Bu resmî makam, kural olarak noterdir⁸¹.

Bunun dışında usulüne uygun güvenli elektronik imza ile oluşturulmuş elektronik veriler de adi senet hükmünde değerlendirilir⁸² (HMK m. 390).

c- Geçerlilik ve İspat Şekli Arasındaki İlişki

Şekil kuralı, yukarıda açıklandığı üzere, hukuki işlemin geçerliliği için öngörülebileceği gibi salt ispat amacıyla da öngörülmüş olabilecektir. Şekil serbestisi esas olduğu için, şekil kuralının her şeyden önce açıkça koyulmuş olması aranır (TBK 12 f.1).

Kanunda özel bir açıklık bulunmadığı durumda getirilen şekil kuralı geçerliliğe ilişkindir (TBK m. 12 f.2). Tarafların öngördükleri şekil kuralları için de aynı yaklaşım söz konusudur, kural olarak kararlaştırılan şekle uyulmadıkça işlem geçerli olmaz (TBK m. 17 f.1).

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

İlk ilke, *maddi hukuk açısından geçerlilik şeklini sağlayan bir senetin aynı zamanda usul hukuku açısından da ispat vasıtası olarak kabul edilen bir senet olmasıdır*. Geçerlilik şartını yerine getiren kişinin ayrıca ispat ba-

⁷⁸ Berkin, s. 1177.

⁷⁹ Pekcanitez / Atalay / Özekes, s. 480; Kuru / Arslan / Yılmaz, s. 391; Karşlı, s. 503; Deliduman, s. 420.

⁸⁰ Pekcanitez / Atalay / Özekes, s. 476; Postacıoğlu, s. 604; Kuru / Arslan / Yılmaz, s. 394; Karşlı, s. 505; Deliduman, s. 423.

⁸¹ Nart, s. 219; Reisoğlu, s. 93; Postacıoğlu, s. 597. Ayrıca bkz. ve karşı. yukarıda dn. 16.

⁸² Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 390; Karşlı, s. 504; Orta, Mesut, Elektronik İmza ve Uygulaması, Seçkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 136; Erturgut, Mine, “Elektronik İmza Kanunu Bakımından E-belge ve E-imza”, Bankacılar Dergisi, Sayı 48, 2003, s. 66-79, s. 71.

kımından da başka şekilde 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 değildir⁸³. Dolayısıyla bu husus da göz önüne alınacak olursa, ispat şekli olarak getirilen şekil kuralının geçerlilik bakımından getirilen şekil kuralına göre bir *minus* (*daha azı*) olduğu kabul edilmeli, ve geçerlilik bakımından getirilen şekil kuralına uyan kişinin evleviyetle ispat şeklini de sağlamış olduğu kabul edilmelidir⁸⁴.

İkinci ilke ise, *usul hukuku bakımından ispat şeklinin sağlayan bir senedin, mutlaka geçerlilik şeklini de sağlamayacağıdır*. Diğer bir ifadeyle, ilk ilkenin tersi geçerli olmayacaktır. Zira ispat şekli, yukarıdaki paragrafta belirtildiği üzere, geçerlilik şekline göre bir *minus*'tur. Geçerlilik şekli, ispat şekline göre daha sert modalitelere tabi tutulmuş olabilecektir. Örnek olarak, bilgisayarda yazılmış ve kağıda basılmış imzalı bir vasiyetname, ispat hukuku bakımından senet vasfını 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 azamî 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 geçersizdir⁸⁵.

⁸³ Kocayusufpaşaoğlu, s. 275.

⁸⁴ 03.11.1928 tarihinde yürürlüğe girmiş olan 1353 sayılı Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki Hakkında Kanun'da Türk harflerini kullanma mecburiyeti bulunmaktadır. Öğretide bir görüş, bu mecburiyeti dayanak göstererek, bir belge sadece Arap harfleriyle yazıldıysa, bunun maddi hukuk anlamında geçerlilik şartını yerine getirmiş olacağını, ne var ki usul hukuku anlamında senet olarak hüküm ifade etmeyeceğini savunmaktadır. Bunlar ancak (yazılı) delil başlangıcı olarak kabul edilebilir. (Bkz. Kuru, C.II, s. 2075; Deliduman, s. 421; Yavaş, s. 117).

Söz konusu görüş kabul edilecek olursa, yukarıda anılan temel ilkenin bir istisnasından bahsedilmek gerekecektir. Öğretide bir başka görüş ise, burada getirilen düzenlemenin sadece cezai ve inzibati bir yaptırıma yol açabileceğini, dolayısıyla da ispat hukuku yönünden bir sonuç doğurmayacağını kabul etmektedir (Kocayusufpaşaoğlu, s. 275 ve orada dn. 12). Biz, bu konuda ikinci görüşe katılıyoruz.

⁸⁵ Kocayusufpaşaoğlu, s. 275-276.

2- TBK m. 14 f.2 Düzenlemesi

a- Düzenlemenin Maddi Hukuk Bakımından Getirdikleri

i. Genel Olarak

TBK m. 14 f.2 düzenlemesinde adi yazılı şekle ilişkin bir yenilik getirilmektedir.

Düzenlemenin eski hâlinde (EBK m. 13 f.2) yalnızca imzalı mektup ve aslı borç altına giren tarafından imzalanmış telgrafın yazılı şeklin koşullarını sağlayacağına ilişkin düzenleme bulunmakta idi. Söz konusu düzenlemenin İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki karşılığını oluşturan İsv. BK m. 14 f.2, telgrafın kullanılmaması, imzalı mektubun da yazılı şeklin geçerlilik şartlarını karşılaması gerekçeleriyle kaldırılmıştır⁸⁶. Bizde ise, gerek eski düzenlemenin bu kısmı korunmuş, gerekse de ilgili yeni düzenleme eklenmiştir.

Kural olarak adi yazılı şeklin iki gereği bulunmaktadır, bunlar yazılı metin ve onu kapatan altındaki imzadır (TBK m. 14 f.1). Bu şartlardan “yazılı metin” kural olarak özellik arz etmez: Yazılı metnin oluşturulmasında yazının üzerine yazıldığı veya yazının bizzat kendisiyle yazıldığı madde, metni oluşturan kişi, metni yazanın kullandığı dil –anlaşılabilir olması kaydıyla- özel önem taşımamaktadır⁸⁷. Asıl belirleyici ve önemli olan unsur borç altına giren kişinin imzasıdır. İmza ise, irade beyanında bulunan kişiyi belirleyecek bir işarettir ve beyan sahibinin eliyle atılması şarttır⁸⁸ (TBK m. 15 f.1).

İşte TBK m. 14 f.2'ye eklenen ilgili tümce, adi yazılı şekil bakımından varolan düzenlemenin alternatif görünüm biçimlerini genişletmiş bulunmaktadır, dolayısıyla da âdeta yeni imza ikameleri yaratmış olmaktadır. Buna göre, teyit edilmiş olmak kaydıyla faks ve benzer iletişim araçlarıyla veya güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinler yazılı şekil yerine geçecektir. Görüldüğü üzere, metin unsuru (fiziki veya elektronik olarak) söz

⁸⁶ **Yeniocak**, Umut, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklik ve Yenilikler, Genel Hükümler, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2011, s. 18; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 282.

⁸⁷ **Tuğ**, s. 54; **Altaş**, s. 73; **Oğuzman / Öz**, C. I, s. 150; **Kılıçoğlu**, s. 118-119; **Nomer**, s. 71; **Eren**, s. 245; **Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop**, s. 113.

⁸⁸ **Tuğ**, s. 56-57; **Altaş**, s.73; **Guggenheim**, CoRo, Art. 15, N. 3 vd.; **Oğuzman / Öz**, C.I, s. 155; **Kılıçoğlu**, s. 119; **Eren**, s. 246; **Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop**, s. 114.

konusu düzenlemelerde de yine yer almakta, ancak imza eksikliği başka şekillerde giderilmek istenmektedir.

ii. Teyit Edilmiş Olmak Kaydıyla Faks (ve Benzeri Araçlarla) ile Gönderilip Saklanabilen Metin

Teyit edilmiş faks bakımından incelemeye matuf olan başlıca iki önemli husus bulunmaktadır. Bunlardan birincisi faksı kimin teyit edeceği, ikincisi ise faksın nasıl teyit edileceğidir. Üçüncü ve ek olarak akla gelebilecek bir başka husus ise, faksın ne sürede teyit edilmesi gerektiğidir. Kanun metninde bu hususlara ilişkin herhangi bir bilgilendirme yer almamaktadır. Dolayısıyla konu tartışmaya açılacaktır.

İlk husus olan faksı kimin teyit edeceği noktasında iki farklı yaklaşımda bulunulabilir.

İlk yaklaşımda *faksı teslim alan kişinin teyidine* ihtiyaç duyulduğu söylenebilir. Nitekim TBK Gereğesinde de faksı alanın teyidinin gerektiği söylenmiştir⁸⁹. Öğretide de genel olarak bu yaklaşımın benimsendiği gözlemlenmektedir⁹⁰. Ancak bu bakış açısı, faksı gönderdiği düşünülen kişi

⁸⁹ TBK Gereğçe, s. 30: “Ancak, söz konusu iletişim araçlarıyla gönderilen metinlerin yazılı şekil yerine geçmesi için, bunları alanlar tarafından teyit edilmiş olması şarttır.”

Kanunun gereğesi, kanunun kendisi gibi bağlayıcı bir özellik taşımaz. Gereğçe, şüphesizdir ki kanunun yorumlanmasında kullanılabilir (Oğuzman, Kemal / Barlas, Nami, Medenî Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, Vedat Kitapçılık, 17. Bası, İstanbul, 2011, s. 73).

Tarihi özne yorum metodunda kanunun gereğesi, kanun koyucunun iradesini göstermesi yönünden büyük bir önem taşır. Zira bu metotta, kanun maddesine âdeta kanun koyucunun irade ilkesine göre yorumlanacak vasiyetnamesi gibi bakılır. Dolayısıyla gereğçe de bu iradeyi yansıtmakta olduğu için özellikle dikkate alınır. Benzer açıklamalar, bir adım daha ileride olmak üzere, tarihsel nesnel yorum metodu için de geçerlidir. Bu metodun bir öncekinden farklılığı kanun koyucunun iradesinin meydana gelen gelişmelerle birlikte dikkate alınması noktasındadır.

Ne var ki modern eğilim güncel nesnel yorum metodunun kullanılmasından yanadır. Bu metotta kanun koyucunun iradesi sadece bir tutamak noktası, bir yönlendiricidir. Belirleyici unsur, kuralın izlediği amaçtır (Yorum metodları için bkz. Oğuzman / Barlas, s. 66 vd.; Serozan, Rona, Medenî Hukuk Genel Bölüm – Kişiler Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 130-131).

Biz de bu son metodun izlenmesi ve yorumun kuralın amacından yola çıkılarak yapılması gerektiğini düşünüyoruz (Bkz. aşağıda 2, c).

⁹⁰ Oğuzman/Öz, C.I, s. 154; Öz, Turgut, “Sözleşmelerin Kurulması ve Geçerliliği”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler – Tebliğler, Derleyen: Doç. Dr. Mehmet Murat İnceoğlu, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2012, s. 21; Yeniocak, s.19.

bakımından önemli bir riskin doğmasına yol açacaktır. Olabilir ki, faksı alan kişinin kendisine gönderide bulunduğunu sandığı kişi, faks metniyle hiç bir alakası olmayan ve bir dolandırıcılık faaliyetinde bilgileri kullanılmış bir başka kişidir. 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 gelir.

İkinci yaklaşım ise, **faksı gönderen kişinin teyidine** ihtiyaç duyulmasıdır⁹¹. Bu durumda yukarıda ilk yaklaşımda gönderen bakımından sözü edilen tehlikeyi bertaraf etmek mümkün olacaktır. Yalnız bu durumda kuralın mahiyeti ile ilgili de şu açıklamayı yapmak icap edecektir: Şayet faksı gönderenin teyidinin gerektiği kabul edilecek olursa, getirilen şekil kuralı sadece irade beyanının hükümlerini doğurmaya başladığı an bakımından bir öncelenme sağlayacak⁹², bunun dışında pratik bir faydayı haiz olmayacaktır. Şöyle ki, yazılı olarak yapılmış bir öneriye karşı faks yoluyla kabul beyanı gönderildiğinde, orijinalinin gönderilmesiyle (teyidin verilmesiyle) beraber kabul beyanı faksın varlığı 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.

İkinci husus olan faksın nasıl teyit edileceği konusunun da netleştirilmesi gerekmektedir. Bu konuda da birbirinden farklı yaklaşımlar yapılabilecektir:

İlk olarak yapılabilecek yaklaşım çerçevesinde ileri sürülebilecek olan düşünce, ki bunun ileri sürülebilmesi için ön kabullenme faksı teslim alan kişinin teyit göndermesi olacaktır, karşı tarafın da eş düzeyde bir iletişim yöntemiyle teyidi gerçekleştirmesidir. Dolayısıyla bu görüş çerçevesinde faksı alanın **bir başka faks göndermek suretiyle teyitte** bulunabileceği söylenebilecektir⁹³.

Bu görüşün alternatif bir görünüm tarzı, faksı alanın herhangi bir şekilde mesela **telefon ya da başka bir iletişim aracı yoluyla teyidi** sağlamasıdır.

⁹¹ Kocayusufpaşaoğlu, s. 301; Kılıçoğlu, s. 119.

⁹² Kocayusufpaşaoğlu, s. 300.

⁹³ Bkz. bu görüşte Oğuzman / Öz, C. I, s. 154.

Madde metninin açıklık içermemesi böyle bir geniş yoruma yol verebilir⁹⁴. Ancak bu alternatif görünüm, ilk gönderiyle eş düzeyde bir iletişim yöntemi kullanılmadığı için yerinde bulunmayabilir, sonuçta yazılı şekilde amaçlanan kişiyi bir kez daha düşünmeye sevk etmek ve hukuki güvenlik mülahazalarıdır. Burada ise, imzanın yanında herhangi bir bir metin de olmaksızın teyidin gerçekleştirilmesine şüphe ile bakılmak gerekir.

Bir başka alternatif görünüm, faksı alanın *adi yazılı şekilde teyit* göndermesinin şart görülmesidir, ancak bunun da pratik olmayı hedef tutan bir süreci daha da sofistike ve yararsız hâle getirmesi yönünden bu hâliyle dikkate alınmayacağı ileri sürülebilir. Ancak faksla teyidin bir *minus* olarak yeterli kabul edildiği yukarıdaki varsayımda, bu şekilde bir teyit, evleviyetle (*a fortiori*) dikkate alınacaktır.

İkinci olarak yapılabilecek yaklaşım çerçevesinde ileri sürülebilecek düşünce, faksı gönderenin yazılı şekli sağlayan şekilde, yani *daha önce faks olarak gönderdiği el yazısıyla imzalı metnin orijinal hâlini faksı alana fülen göndererek teyitte* bulunmasıdır⁹⁵. Bu şekilde, yukarıda teyidi kimin vermesi gerektiği noktasında değindiğimiz, kişinin kendi yaratmadığı risk alanından dolayı kişisel sorumluluğu hiçbir surette meydana gelmeyecektir. Dolayısıyla da optimum çözüm sağlanmış olmaktadır. Ancak yukarıda da belirtildiği gibi bu şekilde, pratik bir mülazaha ile getirilmiş olan hüküm sadece irade beyanının hükümlerini doğuracağı anı (veya bu bağlamda sözleşmenin kurulma anı) geriye çekmeye hizmet etmektedir⁹⁶. Bununla beraber yasal şeklin temel amaçlarından birinin kişiyi bir kez daha düşünmeye sevk etmek ve hukuki güvenlik olduğu nazara alınacak olursa, bu düşünce

⁹⁴ Yeniocak, s. 19.

⁹⁵ Bkz. bu görüşte Kocayusufpaşaoğlu, s. 301: Yazar, bu hususun TBK'da açık seçik belirtilmemiş olmasını eleştirmektedir.

⁹⁶ Örneğin, 1 Ocak 2012'de gönderilen faks metninin ardından orijinal imzalı metnin kendisi 4 Mart 2012'de gönderilecek olursa, irade beyanı 1 Ocak 2012'den itibaren geçerlilik kazanmaktadır (Kocayusufpaşaoğlu, s. 300).

Nitekim İsviçre Mahkemeleri, mahkemeye dilekçelerin sunulmasında sürelerin kaçırılmaması bakımından benzer bir yaklaşımı kabul etmekte ve uygulamaktadır. Buna göre ilgili sürenin son gününde dava dilekçesinin faks olarak gönderilmesi ve daha sonra el yazısıyla imzalanmış aslının mahkemeye sunulması yeterli kabul edilmektedir (Bkz. Gauch, Peter / Schluep, Walter R. / Schmid, Jörg / Rey, Heinz / Emmenegger, Susan, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, B.I, 9. Aufl. Zürich 2008, N. 518a)."

yerindelik taşımaktadır. Aynı zamanda bu şekilde aşağıda açıklanacağı üzere usul hukuku sistemi bakımından meydana gelebilecek olası bir karmaşa da önlenmiş olmaktadır⁹⁷.

Son olarak faksın teyit edilmesi bakımından bir süre sınırlaması kanunda yer almamaktadır. Bu bir eksiklik olarak kabul edilebilir. Yukarıda belirttiklerimiz arasında hangi yaklaşım kabul edilirse edilsin, teyidin makul bir süreyle kısıtlanması gereği açıktır⁹⁸. Diğer türlü, teyit zamanının ucunun ilanihaye açık bırakılması nedeniyle çeşitli karışıklıklar meydana gelebilecektir. Bu noktada kıtas, kanaatimizce dürüstlük kuralı (MK m. 2 f.1) olmalıdır.

Öte yandan, aynı madde metninde faksa benzer araçlarla kurulan iletişimde teyidin aynı etkiyi sağlayacağı belirtilmektedir. Bunların neler olabileceği düşünülebilir. İçinde bulunduğumuz dönemde akla ilk olarak gelebilecek araçlar, bilgisayar üzerinden gönderide bulunulabilen e-posta ve mesajlar, yani elektronik ortamdaki iletişim cihazlarından yapılan elektronik gönderiler olacaktır. Ancak bu noktada şüphe ile hareket etmek gerekecektir. TBK m. 14 f.2'nin devamında, güvenli elektronik imza ile oluşturulmuş metinlerden ve bunların da yazılı şekli sağlayacağından bahsedilmektedir. Bunların arasına e-posta ve diğer elektronik mesajların girdiği aşikârdır. Aynı düzenleme içinde yasanın hem güvenli elektronik imzalı hem de teyit edilmiş bu türden metinlere yer vermesi, kanun koyucunun bu noktada bir sınırlandırma getirmek istediğini düşündürmelidir. Şayet güvenli elektronik imza olmaksızın sadece teyit edilmiş olma da (bu başlık altında yukarıda yaptığımız açıklamalar kapsamında uyarlanmak suretiyle (*mutatis mutandis*)), bu tip metinler bakımından yazılı şeklin sağlanması bakımından yeterli görülebiliyorsa⁹⁹ bu, ciddi bir çelişki meydana getirecektir: Bir tarafta kolaylıkla yapılabilecek bir teyit faaliyeti, diğer tarafta prosedürel zorluklar içeren güvenli elektronik imza kullanımı. Bu durumun mantıki tutarlılık barındırmamasının yanı sıra ayrıca güvenli elektronik imzanın kullanılma popülaritesini pratik gerekçelerle iyiden iyiye düşüreceği de söylenebilir.

⁹⁷ Bkz. aşağıda **2, b** altındaki açıklamalarımız.

⁹⁸ **Kocayusufpaşaoğlu**, (s. 301), teyidin *derhal* yapılması gerektiğine işaret etmektedir.

⁹⁹ Yukarıda teyidin nasıl yapılacağına ilişkin aktardığımız ilk yaklaşım kabul edildiğinde, bu durum belirgin olarak görülebilecektir. Diğer yaklaşımda zaten her hâlükârda el yazısı ile oluşturulmuş bir imza ile kapatılmış metnin gönderilmesi söz konusu olacağından böyle bir çelişkinin oluşacağından söz edilemez.

Dolayısıyla teyide ilişkin düzenleme, bu gerekçelerle, elektronik iletişim bakımından uygulama alanı bulamaz¹⁰⁰.

iii. Güvenli Elektronik İmza ile Gönderilip Saklanabilen Metin

Güvenli Elektronik imza, el yazılı imzanın diğer bir ikamesini oluşturur¹⁰¹. Elektronik imza, 2004 yılında kabul edilip yürürlüğe giren 5070 Sayılı Elektronik İmza Kanunu'nun¹⁰² (EİK) 3. Maddesinin b bendinde “[B]aşka bir elektronik veriye eklenen veya elektronik veriyle mantıksal bağlantısı bulunan ve kimlik doğrulama ile elektronik veri” olarak tanımlanmaktadır. Bir başka deyişle, el yazısıyla atılan imzanın doğurduğu hukuki sonuçları elektronik belgeler açısından gerçekleştirmeye yarayan bir şifreleme programıdır, bir sayısal kombinasyondur¹⁰³. Dolayısıyla bu açıdan el yazılı imzayla yapısal olarak hiçbir bağlantısı olmayan bir kavramdır. EİK sadece güvenli elektronik imzayı esas almış ve imzanın güvenli sayılabilmesi için bazı koşulların gerçekleşmesini aramıştır. Bu koşullar şöyle sıralanabilir¹⁰⁴ (EİK m. 4):

Münhasıran imza sahibine bağlı olma,

Sadece imza sahibinin tasarrufunda bulunan güvenli elektronik imza oluşturma aracı ile oluşturulabilme,

Nitelikli elektronik sertifikaya dayanarak imza sahibinin kimliğini tespit edebilme,

İmzalanmış elektronik veride daha sonradan bir değişiklik olup olmadığını saptayabilme.

Güvenli elektronik imza, bu unsurları sağladığından internet ortamında işlem yapan kimsenin güvenilir biçimde tespit edilebilmesini sağlar.

¹⁰⁰ Bkz. bu yönde **Oğuzman / Öz**, C. I, s. 154.

¹⁰¹ Ancak her türlü işlem elektronik imza ile gerçekleştirilemez. Bu kısıtlamalar hakkında bilgi için bkz. **Orta**, s. 139 vd.

¹⁰² **Elektronik İmza Kanunu**, Kanun No: 5070, Kabul Tarihi: 15 Ocak 2004, Resmî Gazete ile yayın ve İlânı: 23 Ocak 2004 – Sayı 25355, Yürürlük Tarihi: 23 Temmuz 2012.

¹⁰³ **Kılıçoğlu**, s. 121-122; **Reisoğlu**, s. 91; **Erturgut**, s. 68; **Orta**, s. 103; **Sağiroğlu**, Şeref / **Alkan**, Mustafa, Elektronik İmza ve Uygulamaları, İstanbul Ticaret Odası, Yayın No: 2007/ 56, s. 53 vd.

¹⁰⁴ Bkz. **Erturgut**, s. 70.

2004'te EİK'yla birlikte, EBK m. 14'e de "[G]üvenli elektronik imza elle atılan imza ile aynı ispat gücünü haizdir," hükmü eklenmiştir. Bu hükmün sözü, ispat şekliyle ilgili bulunmaktadır. Dolayısıyla Borçlar Kanunu'nun geçerlilik şekliyle ilgili düzenleme getirmesi bakımından öğretide eleştirilmiştir¹⁰⁵. TBK m. 14'de yer alan yeni hüküm ise, geçerlilik şekline ilişkin düzenlemede bulunduğundan isabetlidir. Bu sözel değişiklik dışında esasa etkili bir yenilik söz konusu değildir¹⁰⁶.

b- Düzenlemenin Usul Hukukuna Etkisi

Yukarıda maddi hukuk bakımından belirtildiği üzere, düzenlemenin güvenli elektronik imza kısmının usul hukukuna da bir yenilik getirdiği söylenemez. Diğer taraftan ise, teyit edilmiş faks kavramının usul hukukunun senetle ispat sistemi bakımından bir değişiklik öngörüp öngörmediği ciddi şekilde tartışmaya açılabilir. Bu tartışmada, maddi hukuk bakımından yukarıda açıklanan düşüncelere göre iki farklı yaklaşımda bulunulabilecektir.

İlk yaklaşım, teyit alanın faks ile teyit vermesi gerektiği düşüncesinin kabul edildiği durumda ortaya koyulabilecektir: Faksı alanın bu şekilde gerçekleştirdiği teyit geçerlilik şekli bakımından gereklilikleri sağlamaktadır. Bu noktada yazılı şeklin tanımının bu şekilde değişmiş olmasından hareketle yine bir yol ayrımına gelindiği söylenebilir. Acaba salt yazılı şeklin bu şekilde tanımının değişmiş olması usul hukukunu ve dar ve teknik anlamıyla "senet" kavramını nasıl etkiler? İki farklı düşünce üzerinden cevap verilebilir:

"Teyit edilmiş faks, "senet" niteliğinde değildir.": Bu düşünceye göre usul hukuku bakımından karşılıklı gönderilmiş olan faks metinleri el ile atılmış bir imza ile kapatılmamış olduğundan senet niteliğinde sayılmamalıdır. Senedin tanımında yer alan temel unsurlar eksiktir. Teyit edilmiş faks metinleri, ancak "belge" ve gerekli koşulları sağladıkları hâlde "delil başlangıcı" niteliği taşıyacaktır¹⁰⁷. Söz konusu düşünce, geçerlilik şekline uyulduğu

¹⁰⁵ **Hatemi / Gökyayla**, s. 48.

Yine de söz konusu dönemde elektronik imzanın geçerlilik koşulunu sağladığı sonucuna EİK m. 5 f.1 (İlgili maddede elektronik imzanın elle atılan imza ile aynı hukuki sonucu doğuracağı belirtilmektedir) üzerinden varılmaktaydı (Bkz. **Nomer**, s. 72; **Kılıçoğlu**, s. 122).

¹⁰⁶ **Öz**, s. 21.

¹⁰⁷ Bkz. yukarıda **1,b,i ve ii**.

vakit, bunun ispat bakımından da işe yarayacağı ilkesiyle¹⁰⁸ bağdaşmamakla beraber, usul hukukunda HMK ile getirilen yeni sistemle uyum içinde bulunmaktadır. Dolayısıyla bu durumun anılan ilkeye bir istisna oluşturduğu kabul edilmelidir. Sözü geçen düşünce dikkate alınacak olursa, teyit edilmiş faksın, ilgili hukuki işlemin geçerlilik gereklerini yerine getirmekte ve maddi hukuk anlamında hüküm doğurmakta olduğu ancak ispat şekli sağlanamamış olduğu için, usul hukuku açısından senet ve dolayısıyla kesin delil vasfı taşımadığı sonucuna varılacaktır.

“Teyit edilmiş faks, “senet” niteliğindedir.”: Bu düşünceye göre, usul hukukundaki senet tanımının zaten maddi hukuktan ödünç alındığı, maddi hukuk bakımından getirilen işbu yeniliğin senet kavramının da tanımını değiştirmiş olacağı kabul edilebilir. Bu durumda, varılacak sonuç ciddi anlamda bir değişiklik gösterecektir, zira senetle ispata ilişkin usul kurallarının da yeniden gözden geçirilmesi gerekir. Bu kural, TBK ile birlikte yürürlüğe girdiğinden daha önce yürürlüğe girmiş olan HMK'nın sistemine bir farklılık getirmektedir, aynı konuda sonraki kanun olarak da HMK'nın kurallarını değiştirmiş olacaktır (*Lex posterioris derogat lex anterioris*). Söz konusu düşünce, geçerlilik şeklinin sağlanmasının ispat şeklini de yerine getireceği temel ilkesiyle bağdaşmaktadır. Ancak HMK'nın öngördüğü ispat hukuku kurallarına göre normalde sadece belge veya delil başlangıcı sayılması gereken bir metin kesin delil vasfına yükseltilmiş olacağı için, bu yapının sistematik bütünlüğü, bu kural nedeniyle zarar görmüş olacaktır.

İkinci yaklaşım, teyidin gönderen tarafından el ile imzalanmış bir metni daha sonra gönderilmesiyle sağlanması bakımından ortaya koyulabilecektir. Bu yaklaşım çerçevesinde, usul hukuku sistemi bakımından varılacak sonuçlar daha kabul edilebilir özelliktedir. Zira bu durumda yukarıda belirtildiği üzere¹⁰⁹ maddi hukuktaki geçerlilik şekli bakımından büyük bir yenilik getirilmiş olmayacaktır. Düzenlemenin getirdiği yenilik sadece irade beyanının (veya sözleşmenin) hükümlerini doğurduğu ana etkilidir. Bu anlamda maddi hukuktaki senet tanımı da değişmiş olmaz. Usul hukuku da, herhangi bir tartışma söz konusu edilmeksizin, kendi getirdiği ispat araçları sistemi bütünlüğünde muhafaza edilmiş ve çelişkiler önlenmiş olur. Öte yandan geçer-

¹⁰⁸ Bkz. yukarıda 1, c.

¹⁰⁹ Bkz. yukarıda 2, a, ii.

lilik şeklinin ispata da hizmet ettiği ilkesiyle de bağdaşmayan bir yorum yapılmasına da gerek kalmaz.

c- Konuyla İlgili Görüşlerin Değerlendirilmesi

Maddi hukuk bakımından gerek şeklin amacını oluşturan hukuk güvenliği, gerek irade beyanında bulunanı düşünmeye sevk etme amacı, gerekse de bir kişinin kendi oluşturmadığı risk alanının zararlı neticelerine katlanmaması gerektiği kanaati bizi teyidi faksı gönderenin vermesi ve bunu da özel olarak faks yoluyla gönderdiği belgenin orijinalini (el yazısıyla imzalanmış metin) makul bir süre zarfında karşı tarafa daha sonra sunmak yoluyla yapması gerektiği noktasında ikna etmektedir. Buna karşı ileri sürülebilecek pratik faydayı azaltma iddiası ise, söz konusu menfaatlerle karşılaştırıldığında kanaatimizce dikkate alınmamalıdır. Öte yandan usul hukuku bakımından yaptığımız sistem analizinde de bu sonucun evla olduğu kanaatine evleviyetle varılmaktadır. Zira diğer yaklaşım, aktarıldığı üzere ya geçerlilik şekli-ispata şekli ilişkisine hakim olan temel prensiplerle çelişen sonuçlara yol açmakta ya da ispat hukuku sisteminin kendi içinde yarattığı bütünlüğe halel getirmektedir.

SONUÇ

Hukuki işlemler alanında kural, şekil serbestisi olmakla birlikte kanun koyucu bazı işlemler bakımından bir şekle uyulmasını gerekli görebilir veya taraflar aralarındaki işlemi özel bir merasim dahilinde yapmayı arzu edebilirler. Duruma göre adi yazılı şekil, nitelikli adi yazılı şekil veya resmî şekil türlerinden biri söz konusu olabilir.

TBK m. 14 f.2, adi yazılı şekille ilgili olarak bir yenilik getiren bir düzenleme içermektedir. Bu düzenlemeye göre göre, teyit edilmiş olmak kaydıyla faks ve benzer iletişim araçlarıyla veya güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinler yazılı şekil yerine geçecektir.

Bu düzenlemenin ne anlama geldiğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Düzenlemenin güvenli elektronik imza ile ilgili olan kısmı önemli bir değişiklik getirmemekte, sadece öğretide eleştirilen bir durumu düzeltilmiş bulunmaktadır. Düzenlemenin bugünkü hâline karşılık gelen eski versiyonunda TBK geçerlilik şekliyle alakalı düzenleme getirdiği hâlde, ispat şekliyle ilgili düzenleme getirdiği sonucu çıkarılabilecek bir lafza sahip olması sorunu giderilmiştir.

Teyit edilmiş fakstan ne anlaşılması gerektiği konusunda da değişik yaklaşımlar ortaya atılabilecektir. Zira kanunda doğrudan doğruya teyidin kim tarafından, nasıl ve hangi süre içinde yapılacağına ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır.

Bu konuda kanaatimiz faksı gönderen kişinin makul bir süre içinde el yazısıyla imzalanmış (faks olarak) gönderilen metnin aslının karşı tarafa ulaştırılması gerektiği noktasında şekillenmiştir. Görüşümüz kabul edildiğinde, şüphesiz getirilen düzenleme sadece irade beyanının hüküm ifade edeceği an (bazı durumlarda sözleşmenin kurulma anı) bakımından ufak bir değişiklik meydana getirmiş olacağı söylenebilir. Ancak bir kişinin gönderisini kendisinin yapmadığı faks metninin yaratabileceği olumsuzluklara katlanmaması ve şekil kuralının düşünmeye sevkeden fonksiyonu dikkate alındığında aksi görüşün savunulmasındaki sakıncalar rahatlıkla görülebilecektir. Yine düzenlemenin usul hukuku bakımından olası etkisi nazara alındığında savunduğumuz görüşün isabeti farkedilebilecektir. Aksi düşünceler ya çeşitli karışıklıklara ya da usul hukuku bakımından sistematik düzenin bozulmasına yol açabilecektir.

KAYNAKÇA

- Altaş, Hüseyin** Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998.
- Berkin, Necmeddin M.** “İspat Hukukunda Senet Delili ve Yazılı Şekil”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 12, Sayı 4 (1946), s. 1175-1192.
- Deliduman, Seyithan** “Medeni Usul Hukukunda Senet ve Senetlerle Yazılı Şekil Arasındaki İlişki”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IV, S.1-2 (2000), s. 413-435.
- Eren, Fikret** Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Beta Yayınları 12. Bası, İstanbul, 2010.
- Ermeneç, İbrahim** “Medeni Usul Hukukunda Şekilcilik”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt IV, Sayı I-II (Haziran-Aralık 2000), çevrimiçi kopya, s. 1-38. http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/4_8.-pdf

- Erturgut, Mine** “*Elektronik İmza Kanunu Bakımından E-belge ve E-imza*”, Bankacılar Dergisi, Sayı 48, 2003, s. 66-79.
- Gauch, Peter / Schlupe, Walter R. / Schmid, Jörg / Rey, Heinz / Emmenegger, Susan** Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, B.I, 9. Aufl. Zürich 2008
- Göksu, Mustafa** “*6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Senetle İspat Kuralları ve Bunların İstisnaları*”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 1(1), 2011, s. 53-65.
- Hatemi, Hüseyin / Gökyayla, Emre** Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.
- Karlı, Abdurrahim** Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, 6100 sayılı HMK hükümlerine göre Yargıtay Kararları işlenmiş ve gözden geçirmiş, 2. Baskı, Alternatif, 2011.
- Kılıçoğlu, Ahmet** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeni Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış, Turhan Kitabevi, Genişletilmiş 14. Bası, Ankara, 2011.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip (Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı)** Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş-Hukuki İşlem-Sözleşme, 4. Bası, İstanbul, 2008.
- Konuralp, Halûk** Medenî Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı, Olgaç Basım-Yayım-Dağıtım, Ankara, 1988. (“*Yazılı Delil Başlangıcı*”)
- Konuralp, Halûk** Medenî Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1999. (“*İspat Kuralları*”)
- Kuru, Baki** Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt II, Demir&Demir Yayınları, Ankara, 2001. (“*C. II*”)
- Kuru, Baki / Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder** Medenî Usul Hukuku, Ders Kitabı, 6100 Sayılı HMK’na Göre Yeniden Yazılmış 22. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.
- Nart, Serdar** “*Alman ve Türk Hukukunda Senetle İspat*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Sayı 1, 2007, s. 207-232.

Nomer, Halûk Nami Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Yenilenmiş Onuncu Bası, Beta, İstanbul, 2011.

Oğuzman, Kemal / Barlas, Nami Medenî Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, Vedat Kitapçılık, 17. Bası, İstanbul, 2011.

Oğuzman, Kemal/ Öz, Turgut Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I , 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 9. Bası., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012. ("C. I")

Orta, Mesut Elektronik İmza ve Uygulaması, Seçkin Yayınları, Ankara, 2005.

Öz, Turgut "Sözleşmelerin Kurulması ve Geçerliliği", Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler – Tebliğler, Derleyen: Doç. Dr. Mehmet Murat İnceoğlu, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2012.

Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet Medenî Usûl Hukuku, 13. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.

Postacıoğlu, İlhan E. Medeni Usul Hukuku Dersleri, 1911 Sayılı Kanuna Göre Yazılmış 6. Bası, Sulhi Garan Matbaası Koll. Şti., İstanbul, 1975.

Reisoğlu, Safa Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yirmiikinci Bası, Beta, İstanbul, 2011.

Sağiroğlu, Şeref / Alkan, Mustafa Elektronik İmza ve Uygulamaları, İstanbul Ticaret Odası, Yayın No: 2007/ 56.

Taşpınar Ayvaz, Sema "Türk Borçlar Kanunu'nun ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun İmza Atamayanlarla ilgili Yeni Düzenlemesine Eleştirel Bir Bakış", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 61 (1) 2012, s. 321-349.

Tekinay, Selâhattin Sulhi "La Forme Volontaire", Travaux de la 5eme Semaine Juridique Turco-Suisse, La Forme Dans Les Actes Juridiques, Journées d'İstanbul, 13-20 Avril 1975, Publication de l'Institut de Droit Comparé de l'Université d'İstanbul, s. 181-189.

Tekinay, Selahattin Sulhi / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Haluk / Altop, Atillâ Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.

Thévenoz, Luc / Werro, Franz (éds.) Commentaire Romand, Code des Obligations art 1-529, Helbing & Lichtenhahn, Geneve – Bale – Munich, 2003. (“CoRo”)

Tuğ, Adnan Türk Özel Hukukunda Şekil, İkinci Baskı, Mimoza, Konya, 1994.

Yeniocak, Umut 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Değişiklik