

ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

NOTERİN NOTERLİK HİZMETİNDEN DOĞAN
HUKUKİ SORUMLULUĞU

TEZ DANIŞMANI
PROF. DR. ERZAN ERZURUMLUOĞLU

ALİ SEDAT ULUĞ

ARALIK, 2011

Ali Sedat ULUĞ tarafından hazırlanan Noterin Noterlik Hizmetinden Doğan Hukuki Sorumluluğu adlı bu tez, tarafımdan incelenmiş ve Yüksek Lisans Tezi olarak uygun bulunmuştur.

Prof. Dr. Erzan ERZURUMLUOĞLU

:

Tez Danışmanı

Bu tezin yüksek lisans derecesini elde etmek için gerekli koşulları sağladığını onaylarım.

Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU:

Özel Hukuk Anabilim Dalı Başkanı

Sosyal Bilimler Enstitüsü Onayı

Prof. Dr. Taner ALTUNOK

Tez Sınav Tarihi : 14 Aralık 2011

Tez Jüri Üyeleri :

Prof. Dr. Erzan ERZURUMLUOĞLU

(Çankaya Üniversitesi)

Prof. Dr. Cemal OĞUZ

(Gazi Üniversitesi)

Yrd. Doç. Dr. Emel BADUR

(Çankaya Üniversitesi)

ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.

Adı, Soyadı : Ali Sedat ULUĞ

İmzası : 

Tarih : Aralık 2011

ÖZET

NOTERİN NOTERLİK HİZMETİNDEN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUĞU

ULUĞ, Ali Sedat

Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Erzan ERZURUMLUOĞLU

Aralık 2011, 115 sayfa

Tezin Konusu ‘Noterin Noterlik Hizmetinden Doğan Hukuki Sorumluluğu’dur.

Noterlik mesleği, hukuki güvenliği sağlamak ve anlaşmazlıkları önlemek için işlemlere resmiyet kazandıran, hukuk devletinin vazgeçilmez bir kurumudur.

Noterlikler toplumsal, ekonomik ve ticari hayatın olmazsa olmaz kurumlarından biridir. Bu nedenle, noterlik kurumunun tarihi gelişimi, noterlik mesleği, noterliklerde yapılan iş ve işlemler, noterlerin yetki ve sorumlulukları ve noterliklerde yapılan işlemler nedeniyle meydana gelebilecek zararlardan dolayı noterlerin sorumluluklarının bilinmesi zorunluluğu vardır.

Sorumluluk genel anlamda Borçlar Kanunu m. 41-60 arasında düzenlenmiştir. Bu maddeler hem haksız bir eylemden kaynaklanan sorumluluğu hem de hukuka uygun eylemler sonucu meydana gelen zarar ile kusursuz sorumluluk esasına dayanan durumlardan doğan zarar ile ilgili sorumluluğu düzenlemiştir.

Noterlerin bir kamu hizmeti görmeleri nedeniyle kendilerine yüklenen sorumluluk oldukça ağırdır. Bu, noterlik kurumunun işlevinden, noterliklerde yapılacak işlemlerin eksik ya da yanlış yapılması halinde çok büyük zararlar doğması tehlikesinden ve noterlik işlemlerinin her zaman doğru ve sağlam yapılacağı yolunda noterlik kurumuna duyulan güvenden kaynaklanmaktadır.

Bu nedenle Kanun Koyucu, Borçlar Kanunundaki sorumluluk ile ilgili genel düzenlemelerin yanı sıra Noterlik Kanunu ile ayrı bir düzenleme yaparak, Borçlar Kanunundaki sorumluluktan çok daha ağır bir sorumluluk getirmiştir.

Noterlik Kanunu m. 162/I fıkrasında noterlerin kendi eylemlerinden ve yardımcılarının eylemlerinden sorumlu tutulabilmeleri için kusur şart kılınmamış, kurtuluş kanıtı sunma hakkı da tanınmamıştır. Bu nedenle buradaki sorumluluk ağırlaştırılmış bir kusursuz sorumluluk halidir.

Bu tez çalışmasında Borçlar Kanunu ve Noterlik Kanunu anlamında sorumluluk incelenmiş, noterin görevleri ile noterin hukuki sorumluluğunun kapsamı, niteliği, hangi şartlar altında sorumluluğunun doğacağı yargı kararları ışığı altında incelenmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Hukuki Sorumluluk, Noterlik İşlemleri

ABSTRACT

CIVIL LIABILITIES OF NOTARY PUBLIC FOR NOTARIAL ACTS

ULUĞ, Ali Sedat

Graduate School of Social Sciences, Private Law Department

Thesis Advisor: Prof. Dr. Erzan ERZURUMLUOĞLU

December 2011, 115 pages

The Subject of the thesis is ‘Civil Liabilities of Notary Public for Notarial Act’.

The profession of notary public carrying out the task of formalizing transactions with a view to ensuring legal security and preventing disputes is an indispensable institution of the state governed by the rule of law.

Notaries public are sine qua non institutions of the social, economic and commercial life. Thus the historical development of the notary institution, the profession of notary public, the procedures and transactions carried out at notaries public, the powers and responsibilities of notaries public and the liabilities of notaries public for damages resulting from the transactions carried out at notaries public are required to be known.

The liabilities are regulated between articles 41-60 of the Code of Obligations in general. These articles regulate the liability in tort, the liability for damages resulting from lawful acts and the liability for damages resulting from circumstances of strict liability.

Notaries public undertake heavy responsibilities resulting from the public services they provide. This responsibility is based on the functions of the notary

public institution, the risk of causing enormous damages as a result of mistakes or omissions in the transactions carried out in notaries public and the faith in the notary public institution leading to the confidence that all transactions will be carried out accurately and lawfully at notaries public.

Consequently the legislator has imposed liabilities which are much heavier than those stipulated in the Code of Obligations by setting forth further provisions by virtue of the Notary Public Act in addition to the general provisions provided in the Code of Obligations.

Paragraph 162/1 of the Notary Public Act does not require tort as a prerequisite in order to hold notaries liable for the acts of the assistants nor does it grant the right to submit evidence of relief. Consequently we are talking about an aggravated strict liability here.

Liabilities under the Code of Obligations and the Notary Public Law are examined in this thesis study, trying to analyze the duties of notaries public, the scope and nature of their civil liabilities and the circumstances under which such liabilities arise, under the light of adjudications.

Keywords: Civil Liabilities, Notarial Acts.

GİRİŞ

Bu çalışmanın konusu, Noterin Noterlik Hizmetinden Doğan Hukuki Sorumluluğudur.

Noterlik, bir kamu hizmeti olması dolayısıyla noterlik mesleği hukuk devletinin vazgeçilmez kurumlarından biridir.

Borçlar Kanunu'nun 41 ila 60. maddeleri arasında yer alan sorumluluk ile ilgili ikinci kesimin başlığı 'Haksız Muameleden Doğan Borçlar' olup önceden var olmayan bir borç ilişkisi nedeniyle hukuksal değerlerin zarara uğratılması sonuçlarını düzenlemektedir.

Kanunda kullanılan 'haksız muamele' tabiri aslında 'haksız eylem' yerine kullanılmış ve Kanun haksız eylemleri borç ilişkisinin kaynağı olarak kabul etmiştir.

İlk başlarda sorumluluğun doğabilmesi için kusurun varlığı aranırken, zamanla teknolojinin ve toplumsal hayatın gelişmesiyle sorumluluk için artık kusur aranmaz olmuştur.

BK. 41-60. maddeleri arasında düzenlenen hükümler sadece haksız bir eyleme dayanan sorumluluğu değil, hukuka uygun bir eylem sonucu meydana gelen zarar ile kusursuz sorumluluk esasına dayanan durumlardan doğan zararın da tazminini düzenlemiştir.

Ancak, Borçlar Yasasının hukuki sorumluluğa ilişkin düzenlemelerinin yanı sıra Noterlik Kanunu m. 162 ile noterlere Borçlar Kanunu dışında daha ağır bir sorumluluk getirilmiştir.

Noterliğin bir kamu hizmeti olması nedeniyle, noterler, Noterlik Kanunu 1. maddede anlamını bulan hukuki güvenliği sağlamak ve anlaşmazlıkları daha doğmadan önlemekle görevlidirler.

Noterlerin kendilerine gelen tarafların menfaatlerini eşit şekilde koruma ödevi vardır.

Noterliklere gelen iş sahiplerinin genelde hukuki bilgileri ya çok azdır ya da hiç yoktur. Bu nedenle noter, iş sahiplerinin gerçek iradesini tam olarak anlamak ve hukuka uygun bir talep içeriyorsa bu iradeyi gerçekleştirmek üzere işlem yapmak, ancak bu işlemi yaparken de işlemin sonuçlarını iş sahibine anlatmak, onu aydınlatmakla görevlidir. Ayrıca noterler, iş sahiplerinin gerçek iradelerini anlayabilmek için onlara danışmanlık yapmakla da görevlidirler. Noterin iş sahiplerini aydınlatma ve danışmanlık yapma görevi, ileride doğması muhtemel anlaşmazlıkları önlemeye yönelik bir görevdir.

Noterlerin hukuk düzenimizdeki yeri göz önünde bulundurulduğunda, kendilerine verilen görevi azami özen ile yapmaları, toplumsal hayatın kendilerine yüklediği görevleri gereği gibi yerine getirmeleri zorunluluğu vardır. Noterlere yüklenen bu görevlerin gereği gibi yerine getirilmemesi halinde, Borçlar Kanunu'ndaki sorumluluk ile ilgili genel düzenleme ile yetinilmemiş ayrıca 1512 sayılı Noterlik Kanununun 162. maddesi ile ağırlaştırılmış bir kusursuz sorumluluk hali düzenlenmiştir. Burada notere yüklenen sorumluluk, Noterlik Kanunu m. 1 anlamında noterlerin kamu hizmeti ifa etmesinden ve hukuki güvenliği sağlama ödevlerinden kaynaklanmaktadır.

İÇİNDEKİLER

İntihal Bulunmadığına İlişkin Sayfa.....	i
ÖZET	ii
ABSTRACT	iv
GİRİŞ.....	v
İÇİNDEKİLER.....	x
KISALTMALAR	xvi

BİRİNCİ BÖLÜM

1. NOTER VE NOTERLİK MESLEĞİ KAVRAMI.....	1
1.1. Noterlik Mesleği	1
1.2. Noterlik Mesleğinin Tarihsel Gelişimi.....	2
1.3. Noterlik Kurumunun Hukuki Niteliği	5
1.4. Noterlik Kanunundaki Sorumluluk ile ilgili Düzenlemeler	7

İKİNCİ BÖLÜM

2. NOTER İLE İŞ SAHİBİ ARASINDAKİ İLİŞKİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ	
2.1. Taraflar Arasındaki Sözleşmenin Hukuki Niteliği	10
2.2. İş Sözleşmesi İle Eser Sözleşmesi Arasındaki Farklar.....	16
2.3. İş Sözleşmesi ile Vekalet Sözleşmesi Arasındaki Farklar	18
2.4. Eser Sözleşmesi ile Vekalet Sözleşmesi Arasındaki Farklar	18
2.5. Eser Sözleşmesinde Tarafların Hak ve Borçları.....	19

2.5.1. Mütahhidin Hak ve Borçları	19
2.5.1.1. Mütahhidin Borçları	19
2.5.1.2. Mütahhidin Hakları.....	21
2.5.2. İş Sahibinin Hak ve Borçları	21
2.5.2.1. İş Sahibinin Borçları	21
2.5.2.2. İş Sahibinin Hakları	22
2.6. Noterlikte Yapılan Bazı İşlemlerin Eser Sözleşmesine Göre Değerlendirilmesi	22
2.7. Noterlikte Yapılan Bazı İşlemlerin Diğer Sözleşmelere Göre Değerlendirilmesi.....	25
2.7.1. Emanet İşleri.....	25
2.7.2. İhtarname, İhbarname, Protesto İşleri	28

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3. NOTER İŞLEMLERİNDE ŞEKİL	31
3.1. Genel Olarak Noterlik İşlemleri	32
3.2. Düzenleme Şeklindeki Noter İşlemleri	33
3.2.1. Düzenleme Şeklinde Yapılması Zorunlu Noter Senetleri	34
3.2.2. Düzenleme Şeklindeki Noter Senetlerinin Hukuki Sonuçları	35
3.3. Onaylama Şeklindeki Noter İşlemleri	36
3.3.1. Onaylama Şeklinde Yapılacak Noter İşlemleri	36
3.3.2. Onaylama Şeklindeki Noter Senetlerinin Hukuki Sonuçları	37

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

4. SORUMLULUK KAVRAMI VE NOTERİN SORUMLULUĞU

4.1. Genel Olarak Sorumluluk Kavramı	38
4.1.1. Sorumluluğun Tanımı.....	38
4.1.2. Sorumluluğun Kusur Esasına Göre Ayırımı	40
4.1.2.1. Kusur Sorumluluğu	40
4.1.2.2. Kusursuz Sorumluluk.....	42
4.2. Noterlerin Cezai Sorumluluğu	44
4.2.1. Genel Olarak Cezai Sorumluluk	45
4.2.2. Görevle İlgili Suçlar	45
4.2.2.1. Türk Ceza Kanununda Düzenlenen Suçlar	46
4.2.2.2. Noterlik Kanununda düzenlenen Suçlar	47
4.2.2.2.1. Yasaklara Aykırı Harekette Bulunmak	47
4.2.2.2.2. Noter İşlemlerinde Tahrifat	48
4.2.2.2.3. Noterlik Ortak Cari Hesabı ile İlgili Sorumluluk.	49
4.2.2.2.4. Gözetim ve Denetimden Doğan Ceza Sorumluluğu	49
4.2.3. Görevlilere Karşı İşlenen Suçlar	49
4.2.4. Soruşturma ve Kovuşturma	50
4.2.4.1. Noterler Hakkında Soruşturma ve Kovuşturma	50
4.2.4.2. Noter Dışındaki Görevliler Hakkında	52
4.2.5. Ceza Davalarının Hukuk Davalarına Etkisi	52
4.3. Noterin Hukuki Sorumluluğu.....	53
4.3.1. Noterin İş sahibine Karşı Sorumluluğunun Hukuki Niteliği.....	54
4.3.2. Noterin Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğunun Hukuki Niteliği.....	55

4.3.3. Noter Çalışanının Yaptığı İşlemler Nedeniyle İş Sahibine Karşı	
Doğacak Sorumluluğun Hukuki Niteliği.....	57
4.3.4. Noter Çalışanının Yaptığı İşlemler Nedeniyle Üçüncü Kişiyeye Karşı	
Doğacak Sorumluluğun Hukuki Niteliği.....	59
4.3.5. Genel Olarak Sorumluluk.....	60
4.3.5.1. Sorumluluğun Kapsamı.....	61
4.3.5.2. Sorumluluğun Niteliği	63
4.3.5.3. Noterlik Kanunu 162. Maddesinin İncelenmesi.....	64
4.3.5.4. Adam Çalıştırmanın Sorumluluğunun Şartları	72
4.3.5.4.1. Adam Çalıştırma İlişkisi.....	73
4.3.5.4.2. Zarar Çalıştırılanın Hizmetini İfa Ederken Hukuka	
Aykırı Bir Eylemiyle Doğmalıdır.....	74
4.3.5.5. BK. m. 100 ve BK. m. 55'in Karşılaştırılması.....	75
4.3.5.6. Sorumluluğun Şartları	77
4.3.5.6.1. Fiil	77
4.3.5.6.2. Hukuka Aykırılık.....	79
4.3.5.6.3. Zarar.....	82
4.3.5.6.4. İlliyet Bağı.....	84
4.4. Hukuki Sorumluluğun Hüküm ve Sonuçları.....	92
4.4.1. Genel Olarak	92
4.4.2. Zarar ve Tazminatın Hesaplanması	93
4.4.3. Zamanaşımı	95
4.4.4. Taraflar	96
4.4.5. Yetkili ve Görevli Mahkeme.....	96
4.4.6. Rücu Hakkı	98

4.5. Noterlerin Disiplin Sorumluluğu	101
--------------------------------------------	-----

BEŞİNCİ BÖLÜM

5. SORUMLULUĞA KARŞI ALINAN ÖNLEMLER	103
5.1. Genel Olarak	103
5.2. Alınan Önlemlerin Çeşitleri	103
5.2.1. Noterlik Kanunu m. 38	104
5.2.2. Türkiye Noterler Birliği Hukuki Sorumluluk Fonu	105
5.2.3. Mali Sorumluluk Sigortası	105
SONUÇ	107
KAYNAKÇA	112
ÖZGEÇMİŞ	115

KISALTMALAR

BK	Borçlar Kanunu
C	Cilt
E	Esas
EMK	Eski Medeni Kanun
HD	Hukuk Dairesi
HGK	Hukuk Genel Kurulu
HMK	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İK	İcra ve İflas Kanunu
K	Kanun
K	Karar
m	madde
NK	Noterlik Kanunu
NKY	Noterlik Kanunu Yönetmeliği
s	Sayfa
S	Sayı
TCK	Türk Ceza Kanunu
TNB	Türkiye Noterler Birliği
TK	Ticaret Kanunu
TMK	Türk Medeni Kanunu
USD	Amerikan Doları
YBK	Yeni Borçlar Kanunu
YTCK	Yeni Türk Ceza Kanunu

BİRİNCİ BÖLÜM

1. NOTER VE NOTERLİK MESLEĞİ KAVRAMI

1.1. Noterlik Mesleği

Noter ve Noterlik ile ilgili düzenleme 1512 Sayılı Noterlik Kanunu'nda yapılmış olup bu kanunun 1. maddesine göre;

Madde 1. “Noterlik bir kamu hizmetidir. Noterler hukuki güvenliği sağlamak ve anlaşmazlıkları önlemek için işlemleri belgelendirir ve kanunlarla verilen başka görevleri yaparlar.”

Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, noterlik mesleği hukuk devletinin vazgeçilmez kurumlarından biridir.

Noterlik Kanunu m. 72'ye göre, Noterler, hukuki işlemlerin belgelendirilmesini ve bu belgelerin düzenli bir şekilde saklanmasını sağlamakla görevlendirilmişlerdir. Bu yönüyle Noterler hukuki güvenliği sağlamakta, anlaşmazlıkları önleme görevini yerine getirmektedirler. Düzenledikleri ve sakladıkları belgelerle, uyuşmazlıkların yargı organlarına intikalini önlemekte, yargıya intikal eden uyuşmazlıkların da daha çabuk sonuçlanmasını sağlamaktadırlar.

Noterler, mahkemelerin en büyük yardımcısı konumundadırlar. Uyuşmazlıkların ortaya çıkmasını önleyerek mahkemelerin yükünü azaltmakta, düzenledikleri belgelerle de- ki noterler tarafından düzenlenen belgelerin kesin delil olma niteliği bulunmakta (HMK. m. 204, NK. m. 82/I) ve bu belgeler

sahteliği sabit oluncaya kadar geçerli sayılmaktadır- uyuşmazlıkların daha çabuk sonuçlanmasını sağlamaktadırlar.

Noterlerin ve noterliklerin sınıflandırmaları farklıdır.

Noterlikler NK. m. 4’de sınıflandırmaya tabii tutulmuştur.

Madde 4 “ Noterlikler dört sınıfa ayrılır.

Birinci, ikinci ve unc sınıf noterlikler, Türkiye Noterler Birliği’nin mütalaası alınarak Adalet Bakanlığı’nca sınıflandırılır.

Bu sınıflandırmada, her noterliğin yetki çevresi içindeki nüfus, iş yoğunluğu ve noterlik geliri esas tutulur. Genellikle, aynı mahkemeye bağlı noterlikler aynı sınıftan sayılır.”

Madde 4/a “ Noterler u sınıfa ayrılır. İlk defa unc sınıf bir noterliğe atanarak mesleğe girenlerin, işe başladıkları tarihte unc sınıf hizmeti başlar.

Noterin ikinci ve unc sınıfta asgari hizmet süresi dörder yıldır. Bu srenin sonunda noterin sınıfının yükselebilmesi, Adalet müfettişi tarafından hakkında düzenlenen son hal kağıdında olumlu kanaat belirtilmiş olmasına bağlıdır.

Noterliğin sınıfının yükseltilmesi noterin sınıfına tesir etmez.”

Ancak, noterlerin kendi sınıflarına uygun noterliklerde görev yapabilmesi, kendi sınıflarına uygun boş noterliklerin bulunması halinde mümkündür.

1.2. Noterlik Mesleğinin Tarihsel Gelişimi

Noterliğin tarihsel geçmişi insanlığın tarihsel geçmişi kadar eskidir. Çünkü, toplumda güveni sağlaması açısından, noter ve noterlik mesleği kamu hizmeti olarak toplumda her zaman önemini korumuştur.

Kişiler arasındaki özel hukuk işlemlerine resmiyet verilmesi şeklinde Noterlik kurumunun ilk izlerine Roma Hukukunda rastlanmaktadır. Kurum ilk dönemlerde birbirinden bağımsız iki ayrı kökten meydana gelmiştir. Kurumun birinci kökü; genellikle köleler arasından, hem hızlı, hem de güzel yazı yazarlar arasından seçilen kişilerden oluşmuş (bu kişiler daha sonra *tebellio* olarak adlandırılmışlardır), bu kişiler kamusal yazıları yanında özel kişiler arasındaki hukuki işlemleri de yazarak belgelendirmişler ve sözleşmeleri tanzim etmişlerdir. Bu kişilerin bugünkü anlamda serbest meslek erbabı oldukları söylenebilir. Kurumun diğer kökü ise, özellikle kilise kalemleri ile şehir idareleri nezdinde görev yapan resmi katiplere dayanmaktadır. Bu resmi katipler, kuruma hizmet ilişkisi ile bağımlı olarak çalışmışlar, aynı zamanda kişiler arasındaki özel belgelerin kaydı ile özel hukuk işlemlerinin yazıya dökülmesi görevini de yürütmüşlerdir.¹

Modern anlamda noterlik kurumu Roma Hukuku'nda ortaya çıkmıştır. İlk noter okulları da Justinian döneminde *Tabellion*ların görev ve organizasyon olarak hukuki bir düzenlemeye kavuşmasından sonra 11. yüzyıl sonlarından itibaren kurulmuştur.

Türk Hukuku'nda da noter ve noterlik müessesesi çok eski bir geçmişe sahiptir. Tanzimattan önce Osmanlı Devleti'nde İslam Hukuku'nun etkisiyle İslam Hukuku sistemine uygun olarak gelişmiştir.

İslam Hukuku'nun temel kitabı olan Kur'an-ı Kerim'de (Bakara – 282. ayeti) “Belirlenmiş bir süre için birbirinize borçlandığınız vakit onu yazın. Bir katip onu aranızda adaletle yazsın....” şeklinde belirtilmiş ve bu ayetin gereği olarak da İslam devletlerinde kâtib-i adiller noterlik hizmetini yapmışlardır.

¹ ULUKAPI, Ömer : Noterlik Mesleği ve Noterin Hak ve Yükümlülükleri, Konya 2003, s. 20

Tanzimattan sonraki dönemde Fransız Ticaret Kanunu'ndan iktibas edilen kısımlar sonucunda Ticaret Mahkemeleri kurulmuş ve 1868'de yürürlüğe giren Ticaret ve Deavi Kalemi Nizamnamesi ile kadı ve naiplerin yanı sıra ticaret işlerine müteallik olup ticaret mahkemelerine sunulacak işler için noterlik kurumuna sistemli olarak ilk adım atılmıştır.

Mecellenin yürürlüğe girmesinden sonra, Fransız Noterlik Kanunu'ndan esinlenilerek hazırlanan Mukavelat Muharrirleri Nizamnamesi kabul edilmiş, bunun yetersiz kalması üzerine İsviçre ve Avusturya Noterlik Kanunlarından yararlanılarak hazırlanan Katibi Adil Kanunu Muvakkati 1913 yılında kabul edilmiştir. Ancak, bu kanuna rağmen şeriye ve nizamiye mahkemeleri katibi adillerin yanında tanzim ve tasdik işlerine devam etmişlerdir. 1924 yılında katibi adil (noterlik) teşkilatının yerleşmesinden sonra tanzim ve tasdik işleri tamamen katibi adillere bırakılmıştır. Katibi Adil Kanunu 1938 yılına kadar yürürlükte kalmıştır.

Cumhuriyet döneminde, hukuk sisteminde devrim niteliği taşıyan yeniliklerle birlikte, Katibi Adil Kanunu Muvakkatinin uygulanması zorlaşmış, 1926 yılında Noterlik Kanunu olarak değiştirilen bu kanunun modernleşen hukuk sistemi ile uyumlaştırılması için başlatılan çalışmalar sonucunda İsviçre'nin Lozan ve Neuchatel Kantonları ile Avusturya Noterlik Kanunları göz önünde tutularak ve İstanbul Noterlerince hazırlanan layihadan da yararlanılarak 3456 S. Noterlik Kanunu kabul edilmiş ve bu kanun 1.9.1938 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

3456 S. Noterlik Kanunu da zaman içerisinde artan ve değişen ihtiyaçları karşılamakta aciz kalmış, bu arada 1942, 1945, 1948, 1952 ve 1959'da değişikliklere uğramıştır. Bunların da ihtiyaçlara cevap verememesi üzerine, halen

yürürlükte bulunan 1512 S. Noterlik Kanunu hazırlanarak kabul edilmiş ve 05.05.1972 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

1.3. Noterlik Kurumunun Hukuki Niteliği

Noterlik Kanunu'nun 1. maddesinde belirtildiği üzere noterlik bir kamu hizmetidir. Ancak, noterliğin bir kamu hizmeti olmasına rağmen noterlerin memur mu yoksa serbest meslek mensubu mu olduğu yolunda ciddi tartışmalar vardır.

Anayasa'nın 128. maddesinde “ Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişiliklerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.” hükmü yer almaktadır.

Ancak bu hükümde memur ile ilgili bir açıklama bulunmadığından, memur tanımını incelemekte fayda vardır.

Memur kavramı ile ilgili genel geçerliliği olan tanım, “Kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlere, devamlı görev yapmak üzere atanan, genel ve katma bütçelerle, bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlardan ve kanunlarla kurulan fonlardan, kefalet sandıklarından, beden terbiyesi bölge müdürlükleri bütçelerinden aylık alan kişilere memur denir”.²

Noterler aylık almadıkları için yukarıdaki memur tanımına uymamakta, ancak özlük hakları bakımından Adalet Bakanlığı'na bağlı olmaları, istemedikleri sürece yerlerinin değiştirilmesinin mümkün olmaması, sır saklamak, başka bir işle uğraşmamak, Devlet dairelerinin çalışma saatlerine uymak zorunda olmaları gibi birtakım zorunluluklar onları memur kavramına yaklaştırmaktadır.

² YILMAZ, Ejder : Hukuk Sözlüğü , Ankara 1996, s. 576

Ancak, Noterlik Kanunu'nda noterlerin memur sayılıp sayılmayacakları konusunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Noterlik Kanunu'nun noterlerin işledikleri suçları düzenleyen 151. maddesi ve noterlere karşı işlenen suçları düzenleyen 152. maddelerinde Türk Ceza Kanunu'nun memurlara ait hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

Buradan çıkarılacak sonuç, söz konusu durumlarda bile noterler memur olarak kabul edilmemiş, sadece, memurlara ilişkin hükümlerin uygulanması öngörülmüştür.³

Yeni Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle Noterlik Kanununda belirtilen devlet memuru kavramı da artık geçerliliğini yitirmiş, yerine 'kamu görevlisi' kavramı getirilmiştir.

Ancak, Noterlik Kanununun yaptığı atıflar, 5252 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 3. maddesine göre:

Madde 3: "Mevzuatta, yürürlükten kaldırılan Türk Ceza Kanununa yapılan yollamalar, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelere yapılmış sayılır."

Mevzuatta, yürürlükten kaldırılmış Türk Ceza Kanununun kitap, bab ve fasıllarına yapılmış olan yollamalar, o kitap, bab ve fasıl içinde yer almış hükümler karşılığını oluşturan 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun maddelerine yapılmış sayılır, denilmekle yapılan atıfların halen geçerliliğini koruduğunu göstermektedir.

Yeni Türk Ceza Kanunu, tanımlar başlıklı 6. maddesinin 1. fıkrasının c bendinde kamu görevlisini tanımlamıştır. Buna göre, "Kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da

³ TANJU, Fahrettin : Noter ve Noterlik Kuruluşunun Türk Hukukundaki Yeri. TNBHD., S.6, Yıl: 1975 s.4

her hangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi” anlaşılır demektir.

Bu hükmün gerekçesinde;

“Kamu görevlisi kavramı en başta Anayasa’da 128 ve 129. maddelerde yer almaktadır. Bilindiği üzere, kamusal faaliyet, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararla, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir. Bu faaliyetin yürütülmesine katılan kişilerin maaş, ücret veya sair bir karşılık alıp almamalarının, bu işi sürekli, süreli veya geçici olarak yapmalarının bir önemi bulunmamaktadır. Bu bakımdan, örneğin mesleklerinin icrası bağlamında avukat veya noterin kamu görevlisi olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Keza kişi, bilirkişilik, tercümanlık ve tanıklık faaliyetinin icrası kapsamında bir kamu görevlisidir. Askerlik görevini yapan kişiler de kamu görevlisidir. Bu bakımdan örneğin bir suç vakasına müdahil olan, bir tutuklu veya hükümlünün naklini gerçekleştiren Jandarma subay ve erleri de kamu görevlisidirler” denilmektedir.

Gerekçeden de anlaşılacağı üzere, noter, kamusal faaliyete atama yoluyla katılan bir kamu görevlisidir.

1.4. Noterlik Kanunundaki Sorumluluk İle İlgili Düzenlemeler

Noterlik Kanunu m. 151’de : “Noterler, geçici yetkili noter yardımcıları, noter vekilleri ile noter katipleri ve katip adayları noterlikteki görevleri, Türkiye Noterler Birliği organlarında görev alan noterler ise ayrıca bu görevleri ile bağlantılı olarak işledikleri suçlardan dolayı Türk Ceza Kanununun uygulanması bakımından kamu görevlisi sayılırlar.” demektir.

Noterlik Kanunu m. 152 : “Yukarıdaki maddede gösterilen kişilere karşı, aynı maddede yazılı görevleri yerine getirmeleri sırasında veya görevleri sebebiyle işlenen suçlarla ilgili olarak Türk Ceza Kanununun uygulanması bakımından kamu görevlisi sayılırlar.” demektir. Bu nedenle, noterlerin görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçlarda veya görevleri nedeniyle kendilerine karşı işlenen suçlarda Türk Ceza Kanunu anlamında kamu görevlisi olarak değerlendirileceklerdir.

Ancak, Noterlik Kanunu’ndaki noterlerin cezai sorumlulukları ile ilgili düzenlemelerin yanı sıra, NK. m. 162’de ‘Noterlerin Hukuki Sorumlulukları’ başlığı altında da hukuki sorumlulukları ile ilgili düzenleme yapılmıştır.

NK. m. 162 : “Stajyer, katip ve katip 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, yahut eksik yapılmasına sebep olan stajyer veya noterlik personeline rücu edebilir.”

Bu anlatımdan yasanın noterlerin hukuki sorumluluğu ile ilgili olarak kusursuz sorumluluk halini düzenlediği ya da kabul ettiği söylenebilir.

Noterlerin sorumlu olmaları için kusurlu olmaları gerekmez. Nitekim Yargıtay bir kararında; “Araç satış için vekaletname düzenleyen noterin bir gün sonra kendisine kullanılan kimliğin sahteliği bildirildiği halde durumu aynı gün Noterler Birliğine bildirmeyip geç bildirdiği, bu sürede satış sözleşmesinin yapıldığı anlaşıldığından zarar ile eylemi arasında uygun illiyet bağı bulunmaktadır. Noterlerin, Noterlik Yasası’nın 162. maddesi uyarınca, sorumlu olmaları için kusurlu olmalarının gerekmediği tartışmasızdır. Diğer bir anlatımla,

tüm kusursuz sorumluluk hallerinde olduğu üzere, zarar gören, davalının kusurunu kanıtlamak zorunda değildir. Kusursuz sorumluluğun, kusurlu sorumluluktan tek farkı bu noktada toplanmaktadır. Bu bağlamda zarar gören, kusurlu sorumlulukta olduğu üzere zararını, zararla eylem arasındaki uygun illiyet bağıını kanıtlamak zorundadır. Kusursuz sorumluluğun tüm hallerinde, uygun illiyet bağıının zarar görenin veya üçüncü kişinin ağır kusuru ile beklenmeyen bir halin varlığı durumunda kesileceği, gerek teoride ve gerekse yargısal kararlarla kabul edilmiş bulunmaktadır. Aksi halde, risk veya şart nazariyesi öne çıkacak ve zararın var olduğu her halde, kusursuz sorumlu olanın sorumluluğu yoluna gidilecektir ki böyle bir sonuç, hukukumuzda kabul edilmemiştir.”⁴

Noterlik bir kamu hizmeti olduğundan, noterlik kurumuna ayrı bir önem verilmiştir. Noterlik kurumuna olan güvenin sarsılmaması, noterlikte işlem yapan ilgililerin bu kurumda herhangi bir yanlışlık yapılmayacağı yolunda güven duymaları nedeniyle noterlikte yapılan bir işlemde dolayı meydana gelen zarardan noterin sorumluluğu bir olağan sebep sorumluluğu olarak düzenlenmiştir. İleride açıklamaya çalışacağımız üzere, işlem ister bizzat noter tarafından ister noterin yanında çalıştırdığı yardımcısı tarafından yapılsın, kuruma olan güvenin sarsılmaması için noterin kusursuz sorumlu olması gerektiği prensibinden hareket edilerek Noterlik Kanunu ile özel bir düzenleme yapılmış ve noterlerin sorumluluğu ile ilgili olarak ağırlaştırılmış olağan sebep sorumluluğu kabul edilmiştir.

⁴ YARGITAY 4. HD., E. 2008/1699, K. 2008/13767, T. 10.11.1008

İKİNCİ BÖLÜM

2. NOTER İLE İŞ SAHİBİ ARASINDAKİ İLİŞKİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

2.1. Taraflar Arasındaki Sözleşmenin Hukuki Niteliği

İş sahibi noterliğe gelmekte ve bir işin yapılmasını, örneğin bir vekaletnamenin düzenlenmesini, bir diplomanın tasdikini, bir emanetin saklanmasını ya da bir sözleşmenin düzenlenmesini istemektedir.

Burada taraflar arasında ne gibi bir sözleşme meydana gelmektedir ki, bir taraf bu istem karşılığında, yani yapılmasını istediği iş karşılığı işin tamamlandığında diğer tarafa bir ücret ödemektedir. Taraflar arasında bir işin yapılmasına yönelik bir sözleşme olduğu tartışmasızdır. Ancak bu sözleşmenin hukuki niteliği nedir?

Sözleşme bir çeşit hukuki işlemdir. Hukuki işlem, genel olarak hukuk düzenince korunan bir sonucu doğurmaya yönelik irade açıklaması⁵ olduğuna göre, bir tek kişinin ya da birden çok kişinin hukuki sonuç doğurmak üzere iradesini açıklaması tek taraflı hukuki işlem ya da iki taraflı hukuki işlem ayrımını zorunlu kılar.

İki tarafın karşılıklı olarak bir hukuki sonucu yaratmak üzere birbirlerine uyuşan karşılıklı irade açıklamalarıyla oluşan hukuki işlemlere sözleşme denir.

Sözleşmede mutlaka iki tarafın bulunması zorunludur, aksi halde sözleşmeden söz edilmesi mümkün değildir. Sözleşmede taraflardan biri borçlu,

⁵ Zevkliler, Aydın : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2008, s. 29.

diğer taraf alacaktır. Ancak, her bir tarafta birden fazla kişinin olması sözleşme niteliğini değiştirmez.

Noterlikte, noter ile iş sahibi arasında yapılan sözleşme karşılıklı iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Noterlikte iş yapılması her iki tarafın da borç altına girmesini gerektirir.

Noter, bir ücret karşılığı iş sahibinin istemi doğrultusunda bir hukuki işlem yapmakta ya da bir eylemde bulunmaktadır. Noter, yaptığı bu hukuki işlem ya da yaptığı eylem karşılığında iş sahibinden bir ücret almaktadır. Burada tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme gündeme gelmektedir.

Günlük yaşamda insanlar, hiç farkında olmadan birbirleriyle sayısız sözleşmeler yaparlar. Noter ile iş sahibi arasında, taraflar farkında olmasa da bir sözleşme yapılmaktadır. Bu sözleşme Borçlar Kanunu'nda ifadesini bulan akit serbestisi ilkesine uygun bir sözleşme midir?

Akit serbestisi ilkesi BK. m. 11 ve 19'da (6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanunu (YBK) m. 12 ve m. 26) ifadesini bulmaktadır. Buna göre, taraflar kanunun gösterdiği sınırlar içerisinde kalmak, adaba, umumi intizama ve şahsi hükümlere ilişkin haklara aykırı olmamak kaydıyla her türlü sözleşmeyi yapabilirler.

Noter, iş sahibinin istemi doğrultusunda hukuki işlemi gerçekleştirecek, ancak bu hukuki işlemi gerçekleştirirken de kanunların koyduğu sınırlar içinde hareket edecektir. Kanunların koyduğu sınırlar içerisinde kalmak kaydıyla noter, kendisine gelen işi yapmak zorundadır. Noter, kendisine bir hukuki işlem yapmak üzere gelen iş sahibinin işini, istem kanuni sınırlar içerisinde olduğu sürece reddedemez.

Ancak iş sahibi, sözleşmenin karşı tarafını her zaman olmamakla birlikte seçme özgürlüğüne sahiptir. Yetki unsurunun söz konusu olduğu durumlarda, örneğin defter tasdiki, protesto gibi, yargı çevresinde tek bir noterin bulunduğu yerlerde iş sahibi sözleşmenin karşı tarafını seçme, başka bir notere iş yaptırma özgürlüğüne sahip değildir.

Noter ile iş sahibi arasında bir iş görme amacı güden sözleşme söz konusudur. Ancak, iş görme amacı güden bu sözleşme bir hizmet sözleşmesi mi, bir eser (istisna) sözleşmesi mi ya da bir vekalet sözleşmesi midir? Ya da, Borçlar Kanunu'nda düzenlenen diğer sözleşme türlerinden midir?

Hizmet sözleşmesi BK. m. 313'te (YBK. m. 393);

“ Hizmet akdi bir mukaveledir ki, onunla işçi, muayyen veya gayrimuayyen bir zamanda hizmet görmeyi ve iş sahibi dahi ona bir ücret vermeyi taahhüt eder. ” şeklinde tanımlanmıştır.

Hizmet akdinin unsurlarına baktığımızda;

Sözleşmenin taraflarından işçinin bir işin görülmesi borcunu üstlenmiş olması gereklidir. İş görmenin bedenselliği yanında makine, alet, teçhizat kullanılması iş görme niteliğini değiştirmez.

İş sözleşmesinde işçi emek sarf ederek bir işle uğraşmayı üstlenmektedir.

İş sözleşmesinde işçi, belirli ya da belirsiz bir süre için iş görmeyi üstlenmektedir. Tek bir işin yapılması ya da belirli bir sonucun gerçekleştirilmesinin üstlenilmesi iş görme kavramına girmez. İş görme, belirli ya da belirsiz süreli olsun, süreklilik arz etmelidir.

İş sözleşmesinin temel unsurlarından birisi de ücrettir. İş sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğundan, işçinin gördüğü işe karşılık işveren tarafından kendisine bir ücret ödenmelidir.

İşçi, işverene bağımlı olarak çalışmak zorundadır. İşçi, işverenin emrinde, onun istediği şekilde iş görmek zorundadır. İşveren kendi ihtiyacına göre bu bağımlılık ilişkisine dayanarak işçinin nerede, nasıl ve ne zaman çalışacağını kendisi belirleyecektir.⁶

Taraflar arasında bir iş sözleşmesinin kurulabilmesi için taraf iradelerinin uyumu olması gereklidir. İş sözleşmelerinin yazılı olması koşulu bulunmamakla birlikte, çıraklık sözleşmelerinin ve belirli süresi bir yıl ve daha fazla olan sözleşmelerin yazılı biçimde yapılması gereklidir.

Eser (istisna) sözleşmesine baktığımızda ;

“ İstisna bir akittir ki, onunla bir taraf (müteahhit) diğer tarafın (iş sahibi) vermeyi taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder. ” (BK. m. 355 - YBK. m. 470) denilmektedir.

“ Bu sözleşmeyle müteahhit, iş sahibi için bir iş görmeyi üstlenmektedir, fakat buradaki iş görmenin özelliği, müteahhidin bu iş görmeyle belirli bir sonucu yaratmayı borçlanmış olmasıdır ki, bu sonuç Borçlar Kanununda ‘şey’ (eser) deyimiyile anılmıştır.⁷

Yargıtay’ın bir kararında da belirtildiği üzere ‘ yüklenicinin sonuç sorumluluğunu üstlenebileceği ‘her şey’, ister maddi varlığı bulunsun, ister bulunmasın ‘eser’ olarak kabul edilmelidir.⁸

İstisna akdi, bir iş görme sözleşmesi olmakla birlikte, bu sözleşmede önemli olan, çalışmanın kendisinden çok, bu çalışmadan ortaya çıkan ve objektif olarak gözlenmesi kabil olan sonuçtur.⁹

Eser sözleşmesinin unsurları;

⁶ NARMANLIOĞLU, Ünal : İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, İzmir 1998, s. 135.

⁷ ZEVKLİLER : s. 304.

⁸ YARGITAY 15. H. D. 06.02.2009 t. ve 2008/7916 - 2009/599 sayılı kararı.

⁹ TANDOĞAN, Haluk : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri , İstanbul 1990 , s. 1.

- Eser sözleşmesinin en önemli unsuru, bir eserin meydana getirilmesi, yani sözleşme ile müteahhidin iş sahibi adına yapmayı üstlendiği, ortaya çıkarmayı, yaratmayı yüklediği sonuçtur.

“ Eser kavramına nelerin gireceği konusu tartışmalı olmakla birlikte bugün için kabul edilen görüşe göre, insan emeği ürünü olup bir bütün görünüşü sergileyen ve iktisadi değeri bulunan her hukuki varlık, maddi nitelikte olsun veya olmasın eser sayılır”¹⁰

- Eser sözleşmesinin bir diğer unsuru, ücrettir. Eser sözleşmesi karşılıklı (ivazlı) bir sözleşme olduğundan, meydana getirilecek eser karşılığı olarak iş sahibi de bir ücret ödeme borcu altına girer.

Taraflar arasındaki sözleşmede eser karşılığı bir ücret ödeneceği belirtilmemiş olsa bile, harcanan emeğe karşı bir ücret ödenmesi zorunludur. Bu ücret tutarı sözleşmenin başında kesin olarak belirtilebileceği gibi, ortaya çıkacak esere göre takribi olarak da belirlenebilir. Ancak ücretin önceden belirlenmesi zorunlu değildir.

- Eser sözleşmesinin diğer bir unsuru, müteahhit ile iş sahibinin, müteahhidin iş sahibi adına bir ücret karşılığında bir eser meydana getirilmesi yolunda anlaşmış olmalarıdır.

Taraflar arasındaki sözleşmenin yazılı olması kural olarak zorunlu değildir. Eser sözleşmesinin sözlü yapılması da mümkündür. Ancak ispat kolaylığı açısından yazılı yapılmasında fayda vardır.

Bununla birlikte, devlet İhale Kanunu gereğince yapılacak genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli dairelerin, özel idare ve belediyelerin yapım işlerine ait ihaleler noterliklerde imza tasdiki yoluyla, kat karşılığı inşaat ve satış vaadi

¹⁰ Tartışma için: ZEVKLİLER, s. 305 vd.

sözleşmeleri de karma sözleşmeler olmasına rağmen, eser sözleşmesi hükümlerinin kıyasen uygulanması bakımından, arsa payı devri vaadini içerdiğinden noterlikte düzenleme şeklinde yapılmak zorundadır.

İş görme amacı güden bir diğer sözleşme ise vekalet sözleşmesidir. Vekalet ile ilgili düzenlemeye baktığımızda ;

“ Vekalet, bir akittir ki onunla vekil, mukavele dairesinde kendisine tahmil olunan işin idaresini veya takabbül eylediği hizmetin ifasını iltizam eyler.

Diğer akitler hakkındaki kanuni hükümlere tabi olmayan işlerde dahi, vekalet hükümleri cari olur.

Mukavele veya teamül varsa vekil, ücrete müstahak olur. “ denilmektedir. (BK. m. 386, YBK. m. 502)

Bir iş görme amacı güden vekalet sözleşmesi, vekalet verenin çıkarına bir işin görülmesi amacıyla yönelik olarak yapılır.

Vekalet sözleşmesinde vekil, kural olarak bağımsız olup, bir işin yürütülmesi ya da görülmesi ile sorumludur.

Vekalet sözleşmesinin unsurlarına baktığımızda ;

- Bir işin görülmesi, bir işin idaresi veya hizmetin ifası gereklidir.

Vekil tarafından görülen iş, vekalet verenin çıkarına ve iradesine uygun olarak yapılmalıdır.

Vekil, her ne kadar bir zamana bağlı kalmaksızın bir sonuca ulaşmak üzere iş görme edimini üstlenmiş ise de, vekil gerekli özeni gösterdiği halde sonuç gerçekleşmezse, bu sonuca müvekkil katlanacaktır.

- Ücret vekalet sözleşmesinin zorunlu unsuru değildir. Madde metninde de, ‘sözleşme veya gelenek varsa ‘ denilerek ücretin zorunlu öge olmadığı belirtilmiştir.

Vekil işe başladıktan sonra, işin tamamlanması mümkün olmazsa, vekile o ana kadar yaptığı işe uygun ücretin verilmesi gerekir.

- Vekalet sözleşmesi vekil ile vekalet veren arasında, karşılıklı iradelerin uyuşması sonucu, bir işin görülmesi, bir hizmetin gerçekleştirilmesi yönünde yapılan bir sözleşmedir. Tarafların, karşılıklı ve birbirine uygun iradelerinin açıklanması kural olarak sözleşmenin kurulması için gereklidir.

2.2. İş Sözleşmesi ile Eser Sözleşmesi Arasındaki Farklar

- Eser sözleşmesinde müteahhit işi, iş sahibine bağımlı olmaksızın kendi başına yapar. Ancak buradaki bağımlı olmama durumu, bir hizmet akdi ile bağımlı olmama durumudur. Yoksa, bir şeyin imali ile ilgili yapılacak iş elbette iş sahibinin istekleri doğrultusunda yapılacaktır. Ancak, müteahhidin bilgi ve deneyimi her zaman iş sahibinden fazla olduğundan, ayrıca müteahhit eserin imali ile ilgili olarak fazladan özen gösterme yükümlülüğü altında bulunduğundan, bu durum onu, iş sahibinin uğrayacağı zararlardan koruma anlamında bağımsız kılar. Ancak, tüm bu korumalara rağmen, müteahhit doğacak zararlardan dolayı iş sahibini aydınlattığı halde, iş sahibi işin yapılmasında hala ısrar ederse, artık tüm sorumluluk iş sahibine ait olmak üzere imalat gerçekleştirilebilecektir. Oysa iş sözleşmesinde işçi işi, işverene bağımlı olarak yapar ve onun isteği ve emirleri doğrultusunda çalışır.

- Eser sözleşmesinde bağımsız bir bütün oluşturan eseri yaratmak, meydana getirmek için emek harcandığı halde, iş sözleşmesinde belirli bir süre işverenin gösterdiği işin yapılması için emek harcanır.

- Eser sözleşmesinde kural olarak üstlenici belirli bir süre ile bağılı değildir, bu nedenle süre önemli değildir, süre belirtilmiş olsa bile bu eserin

teslimi içindir. Belirli ya da belirli olmayan bir süre ile iş görme ise iş sözleşmesinin önemli unsurudur.

İş sözleşmesi ve eser sözleşmesinin unsurları göz önünde bulundurulduğunda; noterlikte iş yaptıracak ilgili ile noter arasındaki ilişkinin çoğu zaman bir eser sözleşmesi olduğunu söylemek daha uygun olacaktır. Çünkü, noterlikte iş yaptıran kişi ile noter arasında yapılan sözleşmenin hukuki niteliği zaman zaman Borçlar Kanunu'nda düzenlenen hiçbir sözleşme türüne girmemekte ya da karma sözleşme niteliğinde ortaya çıkmaktadır.

Örneğin, notere bir vasiyetname düzenletmek için gelen ilgilinin, isteği doğrultusunda düzenlenen vasiyetnameyi bir eser olarak algılamak mümkün iken, Noterlik Kanunu m. 60 – 61 ve Noterlik Kanunu Yönetmeliği m. 7/a hükümleri doğrultusunda saklanmak üzere notere getirilen emanet ile ilgili yapılacak işlemin bir eser sözleşmesi olarak kabulü mümkün olmayacaktır.

Bu nedenle, noter ile iş sahibi arasındaki sözleşme zaman zaman Borçlar Kanunu'nda düzenlenen hiçbir sözleşme türüne girmemesine rağmen, noterlikte yapılan iş ve işlemler göz önünde bulundurulduğunda, noter ile iş sahibi arasındaki ilişkinin hukuki niteliğinin çoğu zaman bir eser sözleşmesi niteliğinde olduğunu söylemek daha uygun olacaktır.

Çünkü, iş sahibi noterliğe gelerek yapılmasını istediği işi anlatmakta, noter de yasal çerçeveler dahilinde emek sarf ederek iş sahibinin (ilgili) irade ve isteğine uygun sonucu oluşturacak bir eser meydana getirmekte ve karşılığında da tarifesine göre ücretini almaktadır.

2.3. İş Sözleşmesi ile Vekalet Sözleşmesi Arasındaki Farklar

Vekalet sözleşmesinde ücret zorunlu unsur olmadığı halde, iş sözleşmesinde ücret zorunlu unsurdur. İş sözleşmesinde ücret ödenmesi zorunlu iken, vekalet sözleşmesinde ücret ödeneceği kararlaştırılmış ise ücret ödenecektir.

İş sözleşmesinde işçinin belirli ya da belirsiz süreli çalışması zorunluluğu var iken, vekalet sözleşmesinde süre söz konusu olmayıp vekilin bir işi görmesi, bir sonuca yönelmesi ve bunun için emek sarf etmesi söz konusudur.

Vekalet sözleşmesinde vekil vekalet verenden bağımsız bir şekilde iş görürken, iş sözleşmesinde işçi işverene bağımlı şekilde iş görür.

2.4. Eser Sözleşmesi ile Vekalet Sözleşmesi Arasındaki Farklar

Vekalet sözleşmesinde ücret ödenmesi zorunlu olmadığı halde, eser sözleşmesinde iş sahibinin müteahhide ücret ödemesi zorunludur.

Vekalet sözleşmesinde işin niteliği gerektirmiyorsa, vekilin kural olarak bir sonuç yaratma zorunluluğu yoktur. Ancak, eser sözleşmesinde müteahhit bir sonuç (eser) yaratmak zorundadır.

Vekalet sözleşmesinde her zaman sözleşmeden dönme olanağı olduğu halde eser sözleşmesinde sözleşmeden dönmek bazı şartlara bağlıdır.

Vekalet sözleşmesinde vekil işi bizzat görmek zorunda olduğu halde, eser sözleşmesinde müteahhit işi bir başkasına gördürebilir.

Vekalet sözleşmesinde işin görülmesi nedeniyle doğan giderler vekalet verene ait iken, eser sözleşmesinde müteahhide aittir.

2.5. Eser Sözleşmesinde Tarafların Hak ve Borçları

Eser sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğundan, her iki tarafında hak ve borçları bulunmaktadır.

2.5.1. Müteahhidin Hak ve Borçları

2.5.1.1. Müteahhidin Borçları

- Eser sözleşmelerinde müteahhidin asli borcu, ısmarlanan eseri sözleşmeye uygun olarak meydana getirip, yapıp iş sahibine teslim etme borcudur.

“ Yaratılacak sonucun teslimi, daha çok maddi varlığa sahip eserler için düşünülebilirse de, maddi nitelikte olmayan eserlerin de fikri içerikleri yönünden teslim edilmeleri gerektiği savunulmuştur.”¹¹

- Müteahhidin bir diğer borcu eseri sadakat ve özenle yapma borcudur. Müteahhit işi yaparken iş sahibinin yararına olacak şekilde ve ona zarar verecek davranışlardan kaçınarak, sadakat ve özenle yapmak zorundadır.

Müteahhit işi yaparken azami özeni göstermek zorunda olup işin yapılabilmesi için gerekli bulunan araç, gereç, bilgi ve donanıma sahip olup olmadığını araştırmak zorundadır.

- Taraflar arasında aksine bir sözleşme ya da gelenek yok ise, müteahhit eserin yaratılması için gerekli malzeme, araç ve gereci kendisi sağlamakla yükümlüdür. Kullanılan malzemenin iyi kalitede olmasından da müteahhit sorumludur.

¹¹ TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, İstanbul 1989, s. 125.

Müteahhit eserin meydana getirilmesi sırasında ortaya çıkacak durumları iş sahibine gecikmeksizin bildirmek zorundadır. Müteahhit, bu zorunluluğa uymadığı takdirde, gecikmeden doğacak zararlardan sorumlu olacaktır.

- Müteahhit, diğer borçlarının yanı sıra, esere zamanında başlama ve sözleşmeye uygun sürede bitirmekle yükümlüdür.

Eserin geç teslim edilmesi ya da esere geç başlanması durumlarında iş sahibi sözleşmeyi feshedebileceği gibi, geç teslimden dolayı uğradığı zararı isteyebilir ya da cezai şart var ise cezai şartı isteyebilir.

- Müteahhit, meydana getirilen eserde ortaya çıkacak bozukluk ve eksikliklere karşı da sorumludur.

Sorumluluğun doğabilmesi için eserin tamamlanıp iş sahibine teslim edilmesi gerekir.

İş sahibi eseri teslim alır almaz en uygun zamanda eseri kontrol etmeli ve bulduğu ayıpları müteahhide bildirmelidir.

Ortaya çıkan ayıp eserin kullanılmasına engel teşkil ediyorsa, iş sahibi eseri kabulden kaçınabileceği gibi, doğan zararını da isteyebilir. Ayrıca ayıbın derecesine göre, iş sahibi ücretten indirim isteyebileceği gibi, eserin iyileştirilmesini isteme hakkına da sahiptir.

Eser, ısmarlayan tarafından kabul edildikten sonra, müteahhidin sorumluluğu sona erer. Ancak, kasten saklanan veya yapılan yoklamayla anlaşılabilen ayıplara karşı sorumluluğu devam eder.

Gizli ayıp eserde sonradan ortaya çıkarsa, iş sahibi durumu öğrenir öğrenmez müteahhide bildirmek zorundadır. İş sahibi bu yükümlülüğe uymadığı takdirde eseri kabul etmiş sayılır.

Eser sözleşmesinden doğan davalar kural olarak beş yıllık zamanaşımına tabidir. (BK. m. 126/4 - YBK. m. 147/6)

Ağır kusur veya hile ile meydana gelen ayıplar dışında beş yıllık zamanaşımı uygulanmalı, ağır kusur veya hile ile meydana gelen ayıplarda ise (BK. m. 125 – YBK. m. 146) on yıllık zamanaşımı uygulanmalıdır. Bu süreler, alacağın muaccel olduğu, genellikle eserin teslimi anından itibaren başlar. (BK. m. 128 – YBK. m. 149)

2.5.1.2. Müteahhidin Hakları

Müteahhit, eseri teslim ettiğinde sözleşmeyle belirlenen ya da sonradan keşifle belirlenen ücretin kendisine ödenmesini isteme hakkına sahiptir. Ayrıca sözleşmeye göre, eserin teslimini isteme gibi ikincil hakları da vardır.

2.5.2. İş Sahibinin Hak ve Borçları

2.5.2.1. İş Sahibinin Borçları

İş sahibinin en önemli borcu, sözleşme ile kendisinden istenen eser karşılığında sözleşme ile belirlenen veya sonradan keşif yoluyla belirlenen ücreti müteahhide ödeme borcudur. Bu borç, aksine bir hüküm yok ise, eserin teslimi anında ya da daha sonra yapılacak keşif sonunda ödenir.

İş sahibinin ücretin ödenmesi ile ilgili olarak temerrüde düşmesi halinde müteahhit, BK. m. 106'da (YBK. m. 123 – 125) belirtilen seçimlik haklarını kullanabilir.

2.5.2.2. İş Sahibinin Hakları

İş sahibinin en önemli hakkı, eserin sözleşmeye uygun şekilde kendisine teslimini isteme hakkıdır.

Ayrıca iş sahibi, ücret keşif sonrasında belirlenecekse, eser için belirlenen ücretin keşif sonrasında aşırı çıkması halinde, sözleşmeyi tek taraflı olarak feshetme hakkına sahiptir. İşin yapılması sırasında da, yapılan kısmın bedelini ve müteahhidin zararını ödeyerek sözleşmeyi tek taraflı feshedebilir. Ancak, eser tamamlandıktan sonra tam tazminat ödenerek fesih hakkı kullanılamaz. (BK. m. 369 – YBK. m. 484)

2.6. Noterlikte Yapılan Bazı İşlemlerin Eser Sözleşmesine Göre Değerlendirilmesi

Noterliğe bir işlem yaptırmak üzere gelen iş sahibi (ilgili) ile noter arasındaki ilişkinin hukuki niteliğinin, tamamen olmamakla birlikte, çoğunlukla bir eser sözleşmesi olduğunu söylemek mümkündür. Ancak, noterlikte yapılan işlemlerle ilgili olarak noter ile iş sahibi arasındaki ilişki zaman zaman Borçlar Kanunu'nda yer alan diğer bazı sözleşme türlerine girmekte ise de, bazen de bu sözleşme türleriyle benzerlik göstermekte bazen ise birkaç sözleşmenin benzer unsurlarını taşıyan ve Borçlar Kanunu'nda yer almayan karma sözleşmeler niteliğinde karşımıza çıkmaktadır.

İş sahibi noterliğe geldiğinde yapılmasını istediği işi notere veya çalışanına anlatır. İş sahibinin yapılmasını istediği iş hukuka uygun ise, taraflar arasında bir eser sözleşmesi kurulur. İş tamamlanıp, eser meydana getirildikten sonra, iş sahibi

işlemi gözden geçirir, eser üzerinde gerekli incelemeyi yapar, eğer eser istediği şekilde meydana getirilmiş ise işlemi imzalayarak tamamlar ve eseri kabul eder.

İşlemi istemine uygun bularak imzalayıp kabul eden iş sahibi, daha sonra noter tarafından mühürlenip imzalanarak resmiyet kazandırılan eserin bedelini ödeme borcu altına girer.

Noter, yapılacak eseri öncelikle yasal çerçeveler dahilinde iş sahibinin istemine uygun olarak meydana getirmek zorundadır. (Eseri yapma ve teslim etme borcu)

Noter, eseri iş sahibinin istemi doğrultusunda meydana getirirken, iş sahibinin işinin görülmesini tam olarak sağlayacak şekilde ve zarar görmesini engelleyecek şekilde özen ve sadaktle yapmak zorundadır. Örneğin, bir tek taşınmazın satımı ile ilgili verilecek vekaletname söz konusu olduğunda, taşınmaz kayıtlarını özenle ve dikkatle inceleyerek yazmalı, vekaletnameyi bir tek taşınmaz satımı ile kısıtlayarak iş sahibinin zarar görmesini önlemeli, ‘TC. hudutları dahilinde’ gibi geniş yetkileri kendiliğinden vermekten kaçınmalıdır. (Eseri özenle ve sadaktle yapma borcu)

Noter eseri bizzat kendisi yapma ya da gözetimi, denetimi altında bulunan çalışanlarına yaptırmak borcuyla yükümlüdür. Noter, yapılacak işi, meydana getirilecek eseri yönetimi ve gözetimi altında bulunan çalışanlarına yaptırmış olsa dahi kendisi yapmış sayılır. Ancak, bazı işlerin bizzat noter tarafından yapılması zorunluluğu bulunduğundan, bu işlerin noterin yönetimi ve gözetimi altında bulunan kişilere yaptırılması mümkün değildir. Örneğin mirasçılık belgesinin düzenlenmesi bu tür işlerden olup bizzat noter tarafından imzalanması zorunludur. (Eseri bizzat yapma borcu)

Noter, eseri meydana getirirken gerekli olan malzemeyi özenle seçmeli, örneğin kağıdın kalitesine, yazılanların silik olmamasına veya evraka eklenmek üzere çekilecek fotokopilerin okunabilir olmasına dikkat etmelidir. (Malzeme ve araç sağlama borcu)

Noter, meydana getirilecek eser, yani yapılacak iş ile ilgili olarak işin meydana getireceği sonuçları iş sahibine anlatmak, bilgilendirmek zorundadır. Burada, noterin asli görevlerinden iş sahibini aydınlatma yükümlülüğü devreye girmektedir. Örneğin, bir vekaletname ile verilecek yetkilerin arasında 'ahzu kabz' yetkisinin bulunması halinde doğacak sonuçları eseri meydana getirirken iş sahibine anlatmak zorundadır. (Bildirim borcu)

Noter, iş sahibinin istemi doğrultusunda meydana getireceği esere uygulamada derhal başlamalı ve gecikmeden bitirmelidir. Noterliklerde yapılacak işlemlere işin gereği olarak derhal başlandığından, eserin geciktirilmeden meydana getirilmesi ve teslimi zorunludur. Eserin birkaç gün sonra teslimi genellikle uygulamada bulunmadığından, derhal esere başlanmalı ve bitirilerek teslim edilmelidir. Hatta, gecikmesinde zarar umulan durumlarda noter, mesai saatleri dışında dahi eseri meydana getirmek ve teslim etmekle yükümlüdür. (Esere zamanında başlama ve bitirme borcu).

Noter, meydana getirilen eserde ortaya çıkan ayıplardan (ayıba karşı tekeffül) bizzat sorumludur. Noterin sorumluluğunun doğabilmesi için, eserin tamamlanarak iş sahibine teslim edilmesi gereklidir.

İş sahibi meydana getirilen eseri ayıptan dolayı kullanamıyorsa ve bu kullanamama olayı noterin kusurundan kaynaklanıyorsa, iş sahibi doğan zararını noterden isteyebilir. Örneğin, düzenleme şeklinde yapılması gereken bir işlemin şekil şartlarına aykırı olarak onaylama şeklinde yapılması durumunda, iş sahibinin

eserin meydana getirilmesi ile ilgili olarak beklediği amaç gerçekleşemediğinden, iş sahibi uğradığı zararı noterden isteyebilir.

Ayıbın derecesinin çok ağır olmaması durumunda, örneğin düzenlenen bir vekaletnamede vekilin isminin harf hatası yapılarak yazılması, zorunlu olarak yazılması gereken TC. kimlik numarasının eksik yazılması ya da araç satış vekaletnamesinde motor veya şase numarasının yanlış yazılması durumunda iş sahibi eserin düzeltilmesini ya da iyileştirilmesini isteyebilir. (Ayıbı üstlenme borcu)

Tüm bu borçların karşılığında iş sahibi meydana getirilen eserin ücretini notere ödemek borcu altında olup noter de bu ücreti isteme hakkına sahiptir.

2.7. Noterlikte Yapılan Bazı İşlemlerin Diğer Sözleşmelere Göre Değerlendirilmesi

Noterlik Kanunu 60. , 61 vd. maddeleri ile Noterlik Kanunu Yönetmeliğinin 7. maddesinde noterlerin yapacakları işler sayılmıştır.

Burada sayılan işlemlere baktığımızda, bazı işlemlerin Borçlar Kanunu'nda düzenlenen sözleşmelere aynen uyduğu ya da benzerlik gösterdiği görülecektir. Ancak bazı işlemlerin ise Borçlar Kanunu'nda düzenlenen hiçbir sözleşme türüne girmediği, bazılarının ise karma nitelikli sözleşmelere benzediği görülecektir. Bunlardan birkaçını incelemekte fayda vardır.

2.7.1. Emanet İşleri

Noterlerin özel olarak yapacakları işler başlığı altında (NK. m. 62, NKY. m. 7/b) sayılan “ Emanet işleri (emanet kabul ve saklama) “nin genel anlamda

vedia sözleşmesi (BK. m. 463, YBK. m. 561) ile benzerlik gösterdiği söylenebilir.

Vedia sözleşmesi “ İda, bir akittir ki onunla müstevdi, mudi tarafından verilen şeyi kabul ve onu emin bir mahalde hıfzetmeği deruhte eder.

Ücret şart edilmedikçe veya hal, müstevdiin ücrete intizarını icabetmedikçe müstevdi ücret isteyemez. ” (BK. m. 463, YBK. m. 561) şeklinde düzenlenmiştir.

Vedia sözleşmesinin unsurlarına baktığımızda;

Vedia sözleşmesinin konusunu taşınır oluşturmaktadır. Borçlar Kanununda sözleşmenin konusu olarak her ne kadar taşınırdan söz edilmeyip ‘ şey ’ diye ifade edilmiş ise de, Yeni Borçlar Kanununda “ Saklama Sözleşmeleri” başlığı altında “ Genel Saklama Sözleşmesi “ alt başlığında açıkça ‘ taşınır ’ ifadesi kullanılmıştır.

Saklayan, saklatan tarafından kendisine verilen taşınırı güvenli bir yerde saklamayı üstlenmektedir. Saklatan, kendisine saklanmak üzere verilen taşınırı, saklatanın izni olmadıkça kullanamaz.

Vedia sözleşmesinin konusu olan şey saklayana saklanmak üzere verildiği için, taşınırın mülkiyeti saklatanda kalır, sadece zilyetlik saklayana geçer.

Saklatanın, taşınırı her zaman geri isteyebilme hakkı vardır.

Saklatanın, taşınırı saklama borcu yanında bu taşınırıla ilgili semereleri takip edip tahsil etme yükümlülüğü de vardır.

Vedia sözleşmesi bir güven ilişkisine dayandığından, saklatanın taşınırı her zaman geri isteme hakkı, saklayanın da taşınırı geri verme zorunluluğu vardır. Sözleşmede taşınırın iadesi ile ilgili bir süre belirlenmiş olsa dahi, saklatan taşınırı

dilediği zaman geri isteyebilir, saklayan da taşınırı geri vermek yükümlülüğü altındadır.

Tarafların vedia konusu taşınırın saklanması ve geri verilmesi ile ilgili anlaşmaları üzerine vedia sözleşmesi kurulmuş sayılır. Ayrıca, vedia konusu taşınırın saklayana verilmiş olması gerekmez. Ancak, taşınır saklayana verilmemişse, artık saklayanın geri verme borcu da doğmaz.

Vedia sözleşmesi kural olarak şekle tabii değildir.

Ücret, vedia sözleşmesinin zorunlu ögesi değildir. Ancak, taraflar bir ücret kararlaştırabileceği gibi, koşullar gerektiriyorsa saklayana bir ücret ödenebilir.

Noterlik Kanunu'nda açıkça “ Emanet İşleri ” denilmiş ise de, buradaki emanet Borçlar Kanununda düzenlenen vedia sözleşmesi ile birebir örtüşen bir sözleşme niteliği taşımamakta, benzer özellikler göstermektedir.

Noterlik Kanununda, “ saklanmak veya bir şahsa verilmek üzere getirilen emanetleri ” denilerek (NK. m. 62) emanetin bir üçüncü kişiye verilmek üzere de teslim alınabileceği belirtilmiştir. Oysa, vedia sözleşmesinde saklanmak üzere teslim edilen şey sadece teslim edene, yani saklatana iade edilecektir.

Notere saklanmak üzere verilen taşınırın saklama giderlerinin mutlaka ödenmesi zorunludur. Vedia sözleşmesinde ücret zorunlu unsur olmadığı halde, noterlikte saklama giderlerinin ödenmesi zorunludur. Hatta saklama süresinin sonunu takip eden bir yıl içinde taşınırın alınmaması halinde veya taşınırın saklanması ile ilgili harç ve giderlerin ödenmemesi halinde noter, NK. m. 65 hükümlerine uyarak taşınırı paraya çevirme hakkına sahip olacaktır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, Noterlik Kanununda düzenlenen emanet işleri ile Borçlar Kanununda düzenlenen vedia sözleşmesinin, benzerlikler

göstermesine rağmen birebir örtüşen bir sözleşme niteliği taşımadığını söylemek mümkün olacaktır.

2.7.2. İhtarname, İhbarname, Protesto İşleri

Noterlik Kanunu Yönetmeliğinde İhtarname, ihbarname, tebligat düzenleme işlemlerinin (NKY. m. 7/a - b) Borçlar Kanununda düzenlenen vekalet sözleşmesine (BK. m. 386, YBK. m. 502) benzediği söylenebilir.

Vekalet, iş görme amacına yönelik bir sözleşme olup Borçlar Kanununda düzenlenmiştir.

“ Vekalet, bir akittir ki onunla vekil, mukavele dairesinde kendisine tahmil olunan işin idaresini veya takabbül eylediği hizmetin ifasını iltizam eyler.

Diğer akitler hakkındaki kanuni hükümlere tabi olmayan işlerde dahi, vekalet hükümleri cari olur.

Mukavele veya teamül varsa vekil, ücrete müstahak olur. “ (BK. m. 386 – YBK. m. 502)

Yeni Borçlar Kanunu ile yapılan düzenlemede, ‘ Vekaletle ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştikleri ölçüde, bu kanunda düzenlenmemiş olan işgörme sözleşmelerine de uygulanır.’ denilerek, işgörme sözleşmelerinde niteliklerine uygun düştüğü sürece bu maddenin uygulanabileceği belirtilmiştir.

Noterlikte yapılan işlemlerden, ihbar, ihtar ve tebligat işleri, noter ile iş sahibi arasında bir vekalet ilişkisine dayanarak yapılan sözleşmelere benzemektedir. Burada iş sahibi, çekilmesini istediği ihtar veya ihbarnameyi, kendi adına göndermek üzere noteri yetkili kılmaktadır. Noter, tebligatın gönderilmesi ile ilgili masrafları aldığı gibi kendisi için de bir ücret almaktadır.

Ücret, noterlik işlemlerinde asli unsurlardan biridir. Noterlik Kanunu alınacak ücretleri 112. ve devamı maddelerinde düzenlemiş, ücretin hesaplanma şeklini de ayrıca belirtmiştir.

Ancak, vekaletin unsurlarına baktığımızda, bir işin görülmesi, bir işin idaresi ya da hizmetin ifasının zorunlu unsur olarak belirtildiği, ücretin ise zorunlu unsur olarak gösterilmediği, ayrıca vekalet sözleşmesi için taraflar arasında bir vekalet sözleşmesinin kurulması yolunda bir anlaşmanın zorunluluğu ortaya çıkmaktadır.

Vekalet veren, kendi adına yapılacak bir işlemi, örneğin bir ihtarnamenin düzenlenerek muhabata gönderilmesini istemekte, noter de bu işlemi ilgilinin istemi, onun çıkarları doğrultusunda vekalet hükümleri doğrultusunda, müvekkilin adına yapmaktadır. Ancak, vekalet sözleşmesinde ücret zorunlu unsur olmadığından, taraflar arasındaki ilişkinin hukuki niteliğini belirlemek zorlaşmaktadır.

Ücret, noterlik işlemlerinde her zaman zorunlu unsur olarak ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, noterlikte yapılan ihtar, ihbar ve protesto işlemlerinde diğer unsurlar tam olarak mevcut bulunmakla beraber, ücret unsuru dışında taraflar arasında bir vekalet sözleşmesinin bulunduğunu söylemek mümkün olabilir.

Yukarıda incelemeye çalıştığımız sözleşme türleri ve noterlik işlemleri göz önünde bulundurulduğunda, noterlikte yapılan işlemlerin Borçlar Kanunu'nda düzenlenen tek bir sözleşme türüne girdiğini söylemek mümkün değildir.

Noterlik işlemleri tek tek ele alındığında, bir kısım işlemlerin eser sözleşmesi olduğu, bir kısım işlemlerin Borçlar Kanunu'nda düzenlenen diğer sözleşme çeşitleriyle unsurları aynen uymasa da benzerlik gösterdiği, ancak bir

kısım işlemlerin ise Borçlar Kanunu'nda düzenlenen hiçbir sözleşme türüne girmediği, bazılarının ise karma nitelikli sözleşmeler olduğu görülecektir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

2. NOTER İŞLEMLERİNDE ŞEKİL

Şekil, ‘Noterlik İşlemlerinin Şekli ’ ana başlığı altında, Noterlik Kanunu’nun Dokuzuncu Kısım’ının Birinci Bölümünde düzenlenmiştir.

Birinci Bölümde, “Noterlik İşlemlerinde Uyulması Gerekli Genel Hükümler” başlığı altında hukuki işlemlerde uyulması gereken kurallar açıklanmıştır.

NK. m. 1’de Noterlik mesleğinin tanımı yapılırken hukuki güvenliği sağlamak ve anlaşmazlıkları önlemek için işlemleri belgelendirme görevi verilirken, NK. m. 72’de de noterlere bu belgelendirme sırasında uymaları gereken kurallar belirtilmiştir.

NK. m. 72 : “ Noterler, ilgililerin istemi üzerine, hukuki işlemleri belgelendirirler. Belgelendirme, bu kısım hükümleri ile diğer kanunlar ve yönetmelikte gösterilen şekilde yapılır.

İlgili, belgelendirme isteminde bulunacak kişidir.

Noter, iş yaptıracak kimselerin kimlik, adres ve yeteneğini ve gerçek istediklerini tamamen öğrenmekle yükümlüdür. ”

denilerek, noterlere hem kanun ve yönetmeliklere sıkı sıkıya uyma, hem de anlaşmazlıkları daha doğmadan önleyebilmek için işlem yaptıracak kişilerin gerçek iradelerini öğrenme yükümlülüğü getirilmiştir.

Noterlik Kanunu 73 ve devamı maddelerinde yapılacak işlemlerle ilgili uyulması gereken hükümler düzenlenmiş, ilgilinin işitme, konuşma veya görme özürü olması halinde, ilgilinin Türkçe bilmemesi halinde yapılması gerekenler

açıklanmış, noterlerin, bilirkişi ve tanıkların hangi hallerde noterlik işlemlerine katılmayacakları, noterlik işlemlerinde yapılacak çıkıntı, değiştirme, fesih, iptal ve düzeltme ile ilgili izlenecek yollar belirtilmiştir.

3.1. Genel Olarak Noterlik İşlemleri

Noterlik Kanunu m. 60¹², NKY. m. 7/a¹³ noterlerin genel olarak yapacakları iş ve işlemleri, NK. 61 ve devamı maddeleri¹⁴ de noterlerin özel olarak yapacakları işleri düzenlemiştir.

Noterlik Kanunu, noterlik işlemlerinde iki ayrı şekil öngörmüştür.

Bunlar,

NK. m. 84 - 89 arasında düzenlenen işlemler için öngörülen düzenleme yoluyla yapılan işlemler ve NK. m.90-93 arasında düzenlenen işlemler için öngörülen onaylama şeklindeki işlemlerdir.

¹² NK. m. 60'a göre noterlerin genel olarak yapacakları işler; Yapılması kanunla başka bir makam, mercii veya şahsa verilmemiş olan her nevi hukuki işlemleri düzenlemek, kanunlarda resmi olarak yapılmaları emredilen ve mercileri belirtilmemiş olan bütün hukuki muameleleri bu kanun hükümlerine göre yapmak, gayrimenkul satış vaadi sözleşmesi yapmak, bu kanuna uygun olarak dışarıda yazılıp getirilen kağıtların üzerindeki imza, mühür veya herhangi bir işareti veya tarihi onaylamak, bu kanun hükümlerine göre yapılan işlemlerin dairede kalan asıl veya örneklerinden veya getirilen kağıtlardan örnek çıkarıp vermek, belgeleri bir dilden diğer bir dile veya bir yazıdan başka bir yazıya çevirmek, protesto, ihbarname ve ihtarname göndermek, kanunen tescili gereken işlemleri tescil etmek, bu ve diğer kanunlarla verilmiş işlemleri yapmak.

¹³ NK. Yönetmeliği m.7/a'ya göre genel olarak yapılacak işler; evlenme sözleşmesi, gayrimenkul satış vaadi sözleşmesi, zilyetlik devri sözleşmesi, miras taksimi, g.menkul hibe vaadi sözleşmesi, şirket sözleşmesi, irtifak hakkı vaadi ve ortak mülkün idaresi sözleşmesi, süknâ hakkı sözleşmesi. Kaydı hayat ile irat bağlanması sözleşmesi, ölünceye kadar bakma sözleşmesi. Mülkiyeti muhafaza ile satış sözleşmesi, kira sözleşmesi, menkul mallarda hibe sözleşmesi, taksim ve ifraz sözleşmesi, evlat edinme sözleşmesi, temlik, taahhütname, kefaletname, vasiyetname, vakıf senedi, tanıma senedi, muvafakatname, sulhname, yediemin senedi, rehin senedi, fesihname, borç senedi, ibraname, beyanname, şahadetname, piyango-kur'a ve toplantı tutanağı, emanetleri saklama tutanağı, ifade tutanağı, tesbit tutanağı, vekaletname, defter onaylaması, çevirme, örnek çıkartma, imza sirküleri, protesto işleri, ihbar-ihtarname işleri ve tebliği, tescil, kanunlarında noterler tarafından düzenlenmesi veya onaylanması öngörülen diğer işler.

¹⁴ NK. 61 vd. maddelerinde noterlerin özel olarak yapacakları işler; tesbit işleri, emanetin saklanması, emanetin para olması, emanetlerin zamanında alınmaması veya giderlerinin ödenmemesi halinde yapılacak işlem, emanetin hazineye intikali, emanetlerde hak sahibi, defter onaylamak, vasiyetname ve ölüme bağlı tasarruflarla ilgili işler, tebligat işleri, aylık ve yıllık cetvellerin verilmesi.

Noterlik işlemlerine tanınan hukuki sonuçların belirlenmesinde işlemin düzenleme ya da onaylama şeklinde yapılması önem taşır.

3.2. Düzenleme Şeklindeki Noter İşlemleri

NK. m. 84, düzenleme şeklindeki senetlerin ne şekilde yapılacağını hükme bağlamıştır.

NK. m. 84: “Hukuki işlemlerin noter tarafından düzenlenmesi bir tutanak şeklinde yapılır.

Bu tutanağın:

1. Noterin adı ve soyadı ile noterliğin ismini,
2. İşlemin yapıldığı yer ve tarihi (rakam ve yazı ile),
3. (Değişik: 2/4/1998-4358/3 md.) İlgilinin ve varsa tercümanın, tanık ve bilirkişinin kimlik ve adresleri ile ayrıca ilgilinin vergi kimlik numarasını,
4. İlgilinin hakiki arzusu hakkındaki beyanını,
5. İşleme katılanların imzalarını ve noterin imza ve mührünü,

Taşıması gereklidir.

Bu şekilde düzenlenen iş kağıdının aslı noterlik dairesinde saklanır ve örneği ilgisine verilir.”

Tutanakta ayrıca (NK. m. 85), noterin ilgiliyi tanıyıp tanımadığına dair ya da ilgilinin kimliği hakkında nasıl kanı sahibi olduğuna dair kayıtlar da bulunur.

3.2.1. Düzenleme Şeklinde Yapılması Zorunlu Noter Senetler

NK. m. 89’da düzenleme şeklinde yapılması zorunlu işlemler belirtilmiştir.

NK. m. 89 : “ Niteliği bakımından tapuda işlem yapılmasını gerektiren sözleşme ve vekaletnamelerle, vasiyetname, mülkiyeti muhafaza kaydı ile satış, gayrimenkul satış vaadi, vakıf senedi, evlenme mukavelesi, evlat edinme ve tanıma, mirasın taksimi sözleşmesi ve diğer kanunlarda öngörülen sair işlemler bu fasıl hükümlerine göre düzenlenir. ”

denilmekle hangi işlemlerin zorunlu olarak düzenleme şeklinde yapılacağı belirtilmiştir.

“ Ne var ki, Noterlik Kanunu’nun bu maddesi ile getirilen düzenleme, Medeni Kanun ve Borçlar Kanununun şekil konusundaki bazı hükümleriyle çelişmektedir. ”¹⁵

“ Bu bağlamda, Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu, tapuda işlem yapılmasını gerektiren bütün sözleşmelerin resmi şekilde yapılmasını zorunlu tutmadığı gibi, özellikle mirasın taksimi sözleşmesinin taşınmaz mallara (gayrimenkullere) ilişkin olsa bile adi yazılı şekilde yapılabilmesine Medeni Kanunun 611. maddesi açıkça imkan tanımıştır. Keza, taşınmaz mülkiyetinin nakline esas teşkil edebilen şufa sözleşmeleri de resmi şekle değil, yazılı şekle tabi kılınmıştır. (BK. m. 213, c. 3) ”¹⁶

“ İşte bütün nedenlerle, Noterlik Kanununun 89 uncu maddesi ile getirilen düzenlemenin, Medeni Kanun ve Borçlar Kanununun şekle ilişkin

¹⁵ ULUKAPI, Ömer /ATALI, Erdal : Noterlik Hukuku, Konya 1994, s. 139

¹⁶ TUĞ, Adnan: Türk Özel Hukukunda Şekil, Konya 1994, s. 68

düzenlemeleriyle çeliştiği durumlarda bu kanunlardaki ilgili hükümleri değiştirip değiştirmedeği öğretide görüş ayrılıklarına neden olmuştur. »¹⁷

Noterlik Kanunu ile getirilen şekil zorunluluğu, Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu'nun genel prensiplerine aykırı şekilde bir uygulamanın doğmasına neden olmuştur.

3.2.2. Düzenleme Şeklindeki Noter Senetlerinin Hukuki Sonuçları

Düzenleme şeklinde yapılan noter senetleri, NK. m. 82, TMK. m. 7 ve HMK m. 204 gereğince hem içerik hem de şekil anlamında sahtelikleri sabit oluncaya kadar geçerlidir.

HMK. m. 204 / 1 :

“ İlamlar ile düzenleme şeklindeki noter senetleri, sahteliği ispat olunmadıkça kesin delil sayılırlar. ”

TMK. m. 7 :

“ Resmi sicil ve senetler, belgeledikleri olguların doğruluğuna kanıt oluşturur.

Bunların içeriğinin doğru olmadığı ispatı, kanunlarda başka bir hüküm bulunmadıkça, herhangi bir şekle bağlı değildir. ”

Noterlik Kanunu m. 82 :

“ Bu kanun hükümlerine göre belgelendirilen işlemler resmi sayılır.

Noterler tarafından bu kısmın ikinci bölümünün hükümlerine göre düzenlenmiş olan hukuki işlemler, sahteliği sabit oluncaya kadar geçerlidir. ”

Noterlikte düzenleme şeklinde yapılan noter senetleri İcra İflas Hukuku anlamında, kayıtsız şartsız borç ikrarını içermeleri durumunda ilam niteliğini

¹⁷ ULUKAPI/ATALI : s. 139

taşıyan belge olarak kabul edildiğinden ilamların icrası yoluyla, İİK. m. 24 - 41 gereği icra edilirler.

3.3. Onaylama Şeklindeki Noter İşlemleri

Noterlik Kanunu'nun Dokuzuncu Kısımın Üçüncü Bölümünde Onaylama başlığı altında onaylama şeklinde yapılacak işlemler düzenlenmiştir.

3.3.1. Onaylama Şeklinde Yapılacak Noter İşlemleri

NK. m. 90/I ; “ Hukuki işlemlerin altındaki imzanın onaylanması imzayı atan şahsa ait olduğunun bir şerhle belgelendirilmesi şeklinde yapılır. ”

NK. m. 91 : “ Onaylama, imzanın noter huzurunda atılması veya kendisine ait olduğunun ilgilisi tarafından kabulü ile kabildir. ”

Onaylama şerhinde, işlemin yapıldığı yer ve tarihi (Rakam ve yazı ile), ilgilinin kimliği, adresi ve vergi kimlik numarası, noter ilgiliyi tanımıyorsa, kimliği hakkında gösterilen ispat belgesini, imza huzurda atılmışsa bu hususu, imza dışarıda atılıp da huzurda ilgili, imzanın kendisine ait olduğunu kabul etmişse bu husustaki beyanı, işleme katılanların imzalarını ve noterin imza ve mührünü, taşınması gereklidir. (NK. m. 92)

Ayrıca, NK. m. 93'te de okuma yazma bilmeyenlerle ilgili mühür, parmak izi veya imza yerine geçen el işaretinin noter tarafından onaylama işleminin de aynı şekilde yapılacağı belirtilmiştir.

3.3.2. Onaylama Şeklindeki Noter Senetlerinin Hukuki Sonuçları

Noterliklerde onaylama şeklinde yapılan işlemlere ‘aksi ispatlanıncaya kadar kesin delil sayılma’ niteliği tanınmıştır.

“Onaylama şeklinde yapılan noter işlemlerinde noterin onayı işlemin içeriğini kapsamadığı ve sadece imzanın ilgiliye ait olduğunu belgeleme niteliğinde bulunduğundan, yalnızca onaylanan imza ve tarihin sahteliği sabit oluncaya kadar geçerlidir.”¹⁸

Noterlik Kanunu 82. maddesinin üçüncü fıkrasında “ Bu kısmın üçüncü bölümü hükümlerine göre noter tarafından yapılan imza onaylaması, onaylanan imzanın ilgiliye ait oluşunu belgeleme niteliğinde bulunup, hukuki işlemlerin içindekileri kapsamaz. Bu işlemlerde imza ve tarih, sahteliği sabit oluncaya kadar geçerlidir.” denilerek onaylama işlemlere tanınan hukuki sonuçları anlatmıştır.

Medeni Usul Hukuku anlamında da, noterliklerde onaylama şeklinde yapılan işlemler kesin delil (HMK. m. 204/2) İcra İflas Hukuk anlamında da itirazın kesin kaldırılmasını sağlayan (İİK. m. 68) belge niteliği taşırlar.

¹⁸ TUĞ : s. 76

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

2. SORUMLULUK KAVRAMI VE NOTERİN SORUMLULUĞU

4.1. Genel Olarak Sorumluluk Kavramı

Hukuki fiiller, hukuka uygun fiiller ve hukuka aykırı fiiller olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

Hukuk düzeninin yapılmasına izin vermediği, hoş görmediği fiiller hukuka aykırı fiillerdir.

Genel anlamda hukuki sorumluluk, bir kişinin başkasına verdiği zararı tazminle yükümlü tutulmasıdır. Hukuki sorumluluğun konusunu zarar görenin uğramış olduğu zararın tazmin edilmesi oluşturur.

4.1.1. Sorumluluğun Tanımı

Sorumluluk, genel anlamda, bir kişinin kendisinin veya başka bir kişinin davranışından veya olağan bir sebepten ya da tipik bir tehlikeden doğan zarar nedeniyle zarar görene karşı tazmin yükümlülüğü olarak tanımlanmıştır.¹⁹

“BK. m. 41’de, önceden var olan bir borç ilişkisi dışında zarar verici eylemlerden meydana gelen sorumluluğun genel öğeleri belirtilmiştir. Bu madde uyarınca, hukuka aykırı ve kusurlu bir eylemle, önceden aralarında bir borç ilişkisi yokken başkasına zarar veren kimse bunu gidermekle yükümlü tutulmuştur. Bu yükümlülüğe sorumluluk denir. Görülüyor ki, haksız eyleme dayanan

¹⁹ EREN, Fikret : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2011, s.79.

sorumlulukta hukuka aykırı ve kusurlu eylem, bu sorumluluğun ayırıcı niteliğini taşır. Oysa öteki sorumluluk durumlarında, değişik ögeler öngörülmüştür. Bu nedendir ki, haksız eylem kavramı içeriğinin (muhtevasının), genel davranış kurallarını hukuka aykırı ve kusurlu olarak ihlal eden zarar verici eylemlerle sınırlandırılmasının gerekliliği üzerinde durulmaktadır. Bir başka anlatımla kusura dayanan bu sorumluluk durumlarında, dar ve gerçek anlamda haksız eylemin var olduğu söylenebilir; haksız eylem kavramını kusura dayanan sorumluluk durumları ile sınırlamak uygun olur.”²⁰

Sorumluluğun dayanağı olarak ilk başlarda kusur gösterilirken, daha sonraları kusura dayanan sorumlulukla zararın karşılanamadığı görülmüş ve kusur sorumluluğu ihtiyaçlara cevap veremez hale gelmiştir. Bazı durumlarda kusurun ispatlanabilmesinin güçlüğü ve zarara uğrayanları korumak amacıyla kusursuz sorumluluk düzenlenmiş ve kusurun ispatlanması gereği ortadan kalkmıştır.

Kusursuz sorumluluğun ana dayanağı, zararın tazmini için kusurun gerekli olmadığına ilişkin olup zarar gören kusurun varlığını ispatlamak zorunda değildir.

Sorumluluğun dayanağı olarak kusur sorumluluğunun yanı sıra, kusursuz sorumluluğun dayanağını teşkil eden neden olma ilkesi, tehlike ilkesi, hakkaniyet ilkesi, fedakârlığın denkleştirilmesi gibi çeşitli sorumluluk ilkeleri benimsenmiştir.

Ayrıca, bireysel sorumluluğun yerini kollektif sorumluluğa bırakması doğrultusunda, zarara uğrayanın zararının özel ya da genel sigortalar tarafından karşılanması durumu söz konusu olmaya başlamıştır. Zarar doğurucu olayın gerçekleşmesi durumunda, zarar gören ne kusur sorumluluğunu gerektiren

²⁰ KARAHASAN, M. Reşit : Sorumluluk Hukuku, İstanbul 1995, s. 99

birtakım ispatlamalar ne de kusursuz sorumlulukla ilgili birtakım çabalar içine girmeden sigorta edenin ödeme borcuna istinaden zararını tazmin etmektedir.

4.1.2. Sorumluluğun Kusur Esasına Göre Ayırımı

İlk başlarda sorumluluğun doğabilmesi için öncelikle kusurun varlığı ön koşul olarak aranmıştır. Ancak, zaman içerisinde kusur sorumluluğunun tek başına yeterli olmaması diğer sorumluluk ilkeleriyle ilgili düzenlemeler yapılması zorunluluğunu doğurmuştur.

“Modern hukuk sistemlerinde olduğu gibi, Hukuk Sistemimizde de kusur ve sebebiyet ilkelerinden biri mutlak olarak tek başına yer almamıştır. Hukuk Sistemimizde esas itibarıyla kusur ilkesi kabul edilerek, kusura müstenit sorumluluk düzenlenmiş ve istisnai olarak muayyen bazı hallerde sebebiyet ilkesine dayanan kusursuz sorumluluk (objektif = sebep sorumluluğu) halleri de kabul edilmiştir.”²¹

4.1.2.1. Kusur Sorumluluğu

Hukuki sorumluluğun esas şartı kusurdur.

Kusurun, haksız fiilden sorumlulukta önemli bir unsur olarak arandığı durumlarda ‘kusur’ sorumluluğundan söz edilir. Burada kusur, sorumluluğun kurucu unsuru olarak kabul edilmektedir.

“ Kusur sorumluluğu, sözleşme dışı, hukuka aykırı, kusurlu bir davranışla bir kimseye verilen zararın giderilmesini (tazminini) düzenler. Kusur

²¹ İNAN, A. Naim: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1979, s. 263

sorumluluğuna doktrin ve uygulamada eş anlamda olmak üzere ‘haksız fiil sorumluluğu’, sübjektif sorumluluk’ da denilmektedir. ²²

“ Hukuk düzeninin ferdin bir hareket tarzını, o hareket tarzının aynı şartlar altında fertlerden beklenen ortalama hareket tarzına uymaması sebebiyle ayıplaması (takbih etmesi) ve kınaması (muahaze etmesi) hallerinde kusur mevcuttur. Binaenaleyh kusur, bu ortalama hareket tarzından ayrılmayı, başka bir deyişle, ayıplanan (takbih) ve kınanan (muaheze) hareket tarzını ifade eder. ” ²³

Yalnızca kusurlu eylemlerin sorumluluğu gerektirmesi hukuk düzeninin ve ekonominin geliştirdiği bir sorumluluk şekli olmakla birlikte kusur, sorumluluğun tek temeli değildir.

“ Borçlar Yasasının 41. maddesi ile zararın ‘haksız bir surette’ meydana getirilmesi öngörölmüştür. Oysa, bu deyim kullanılması doğru olmayıp, bunun hukuka aykırılık diye anlaşılması gerekir. Bu anlatım, öğreti ve yargısal inançların söz birliği ile benimsediği düşünüyü de yansıtır. ” ²⁴

Borçlar Kanunu m. 41 (YBK. m. 49) , zararın giderimi için kusur ögesini aramaktadır. Buna göre zararın giderimi için hukuka aykırı olan eylem kusura dayanmalıdır.

“ Hukuka aykırılık ve kusur haksız fiilin ayrı iki unsurudur. Hukuka aykırılık deyimini ile, bir durumun veya fiilin hukuka uygun olmadığı ifade edilirken, kusur deyimini ile failin hukuk düzenince ayıplanan (takbih edilen) ve kınanan (muaheze edilen) bir hareket tarzı ifade edilmektedir. Binaenaleyh, hukuka aykırılık, dış olayla ilgili olduğu için haksız fiilin ‘objektif unsur’unu;

²² EREN : s. 468

²³ İNAN : s. 276

²⁴ KARAHASAN : s. 103

kusur, failin iradesine bağlı olduğu için i olayla ilgili olup haksız fiilin ‘sübjektif unsur’unu teşkil eder. ”²⁵

Ancak, kusur (haksız fiil) sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, haksız fiilin unsurları olan fiil, zarar, uygun illiyet bağı ve kusurun bulunması zorunludur.

4.1.2.2. Kusursuz Sorumluluk

İlk başlarda sorumluluk için kusurun varlığına çok fazla önem verilirken, daha sonraları sanayileşme, makineleşme ve toplumsal gelişmeler sonucu kusurun varlığı tek başına yetersiz kalmaya başlamış ve artık kusura dayanmayan sorumluluk türlerinin gereği ortaya çıkmıştır.

Kusur sorumluluğunun sonucu olarak, kusurlu olan kimse fiili ile meydana getirdiği zarardan sorumlu olur, ancak kusur yoksa sorumluluk da yoktur prensibi zaman içinde doğan ihtiyaçlara cevap veremez olmuş, sorumluluk kavramı modern toplumlarda sosyal düşünce yönünde gelişerek zararın mutlaka tazmin edilmesi, zarar görenin üzerinde bırakılmaması düşüncesi zamanla önem kazanmıştır.

Kusur ilkesinin yetersizliği sonucu doğan tepkiler sebebiyet ilkesinin doğmasına neden olmuş ve bu ilkeye göre, sorumluluğun doğması için objektif bir unsur olan zarara sebep olma yeterli sayılmış, bu nedenle kusur aranmayan bu sorumluluğa, sebep sorumluluğu da denilmiştir.

Zarar verici fiil ya da olay ile zarar arasında sebep – sonuç ilişkisi bulunduğu takdirde, ayrıca kusur aranmadan sorumluluk doğmuş olacak, zarara sebep olma sorumluluk için yeterli sayılacaktır.

²⁵ İNAN : s. 277

“Kusura dayanmayan sorumluluk, genellikle olumsuz bir biçimde, sorumlu kimsenin kusurunu gerektirmeyen bir sorumluluk olarak tanımlanmaktadır. Böylece, sorumlu kişinin kişiliğine, irade zayıflığına yönelik sübjektif nitelikte bir kınamayı gerektirmeyen bu sorumluluk çeşidine, objektif sorumluluk da denilmektedir.”²⁶

Bütün sebep sorumlulukları için ortak olan tek şey, kusur şartının aranmamasıdır. Kusur yerine, sorumluluk için kanunun öngördüğü belirli bir objektif olayın gerçekleşmesi aranmaktadır. Olay ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması, sorumluluk için yeterli sayılmaktadır.

Sebeb sorumluluğu, olağan sebep sorumluluğu ve tehlike sorumluluğu olmak üzere ikiye ayrılır.

Olağan sebep sorumluluğu, hakimiyeti altında bulunan kişiler veya mallar bakımından hakimiyet sahibine yükletilmiş bir objektif özen gösterme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi esasına dayanmaktadır. Sorumluluk çerçevesine giren bir zararın meydana gelmesi halinde, gerekli özenin gösterilmediği ve bu nedenle zararın meydana geldiği karinesine dayanmaktadır.

Borçlar Kanunundaki olağan sebep sorumlulukları ile ilgili düzenlemelere baktığımızda, adam çalıştırmanın sorumluluğu, hayvan idare edenlerin sorumluluğu, ev başkanının sorumluluğu objektif özen yükümlülüğüne dayanan sorumluluklardır. Olağan sebep sorumluluklarından bina ve yapı malikinin sorumluluğunda ise bir objektif özen yükümlülüğü değil, bina veya yapıdan üst düzeyde yararlanma nedeniyle doğan zarardan bir sorumluluk söz konusu olmaktadır. Temyiz kudreti olmayanlarla ilgili olarak doğacak sorumluluk

²⁶ TANDOĞAN, Haluk : Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981, (II) s. 7

ise hakkaniyet esasına dayanmakta, ıztırar halinde verilen zarar ile ilgili sorumluluk, fedakarlığın denkleştirilmesi esasına dayanmaktadır.

Sebepl sorumluluğunun diğler türü, tehlike sorumluluğudur. Tehlike sorumluluğu, bir işletme, faaliyet veya nesnenin bünyesinde taşıdığı tehlikeden kaynaklanmaktadır. İşletmeden, faaliyetten veya nesneden kaynaklanan tehlikenin gerçekleşmesiyle sorumluluk doğmaktadır. Buna örnek olarak, motorlu araç işletenin sorumluluğu, sivil hava aracı işletenin sorumluluğu gösterilebilir.

4.2. Noterin Cezai Sorumluluğu

Noterin cezai sorumluluğu konumuz olmamakla birlikte, hukuki sorumluluğun daha iyi anlaşılmasında cezai sorumluluğa değinmenin faydalı olacağı düşünüldüğünden cezai sorumluluğa ilişkin açıklama yapma zorunluluğu doğmuştur.

Noterlik hizmetleri, avukatlık hizmetleri kadar eski, onun kadar önemli, gerekli ve değerlidir. Noterlik Kanunu, noterlerin görevleri nedeniyle işledikleri suçların soruşturulması ve kovuşturulmasını özel usullere bağlamıştır.

“ Bu bağlamda noterlerin görevden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı haklarında takibat yapılması Adalet Bakanlığı'nın 'iznine' bağlanmıştır. Kanun, noterlere sağladığı yargısal güvenceyi bununla sınırlı tutmamış, soruşturmanın yapılmasını, kamu davasının açılmasını ve davanın görüleceği yargı merciini avukat ve hakimlerin soruşturma ve kovuşturma usullerine benzer şekilde düzenlemiştir. Böylece hakimlik, avukatlık mesleğinin yargı erkinin kullanılmasındaki işlevini dikkate alarak oluşturulan soruşturma ve kovuşturma usulleri aynen noterler için de benimsenmiştir. Kanunun bu hükümleri noterler bakımından bir ayrıcalık değildir. Bu yapı, avukat ve

hakimlerde ve diğerk kamu görevlilerine sağlanan ve mesleğın etki altında kalmadan yürütülmesi için tanınan mesleki bir güvencedir. Bu itibarla toplumun yararınadır.”²⁷

4.2.1. Genel Olarak Cezai Sorumluluk

Noterlik Kanunu’nun Onikinci Kısmının Beşinci Bölümünde ‘Noterler, Geçici Yetkili Noter Yardımcıları, Noter Vekilleri ile Katiplerin ve Katip Adaylarının İşleyecekleri ve Bunlara Karşı İşlenecek Suçlar’ başlığı altında noterlerle ilgili suçlara ilişkin düzenlemeler yapılmıştır.

4.2.2. Görevle İlgili Suçlar

NK. m. 1’de, noterliğin bir kamu hizmeti olduğunun açıkça belirtilmesine rağmen, noterlerin memur mu yoksa serbest meslek erbabı mı sayılacağı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır.

“Noterlik Kanununda açık bir hüküm bulunmamakla birlikte, bu Kanunun, noterleri memur olarak kabul etmediğı dolaylı bir şekilde anlaşılmaktadır. Gerçekten, adı geçen Kanunun noterlerin işledikleri suçları düzenleyen 151 inci ve noterlere karşı işlenen suçları düzenleyen 152 nci maddelerinde Türk Ceza Kanununun memurlara ait hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Buradan çıkarılacak sonuç, sözkonusu durumlarda bile noterler memur olarak kabul edilmemiş, sadece, memurlara ilişkin hükümlerin uygulanması öngörülmüştür.”²⁸

²⁷ ÖZEN, Muharrem : 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu Bağlamında Noterlerin Cezai Sorumluluğı, Noterlik Hukuku Sempozyumu, Ankara 2010, s. 112.

²⁸ TANJU : s. 6

“Bir kamu hizmeti gören (NK. m. 1) ve hizmet yönünden Devlete (Adalet Bakanlığına) bağlı olan fakat mali yönden bağımsız olan noterlerin ve noterlik müessesesinin kendine özgü (sui generis) bir statüsü vardır. Bu statünün ise, kamu kesiminde görev yapan tüm görevlileri kapsayıcı olarak ifade edilen geniş anlamda kamu görevlisi sınırları içerisinde kaldığını söylemek mümkündür.”²⁹

Memur ile ilgili tanım³⁰ ve yukarıda yapılan açıklamalara bakıldığında noterlerin memur olarak kabul edilmelerinin mümkün olmadığı görülecektir.

4.2.2.1. Türk Ceza Kanununda Düzenlenen Suçlar

NK. m.151: ” Noterler, geçici yetkili noter yardımcıları, noter vekilleri ile noter katipleri ve katip adayları noterlikteki görevleri, Türkiye Noterler Birliği organlarında görev alan noterler ise ayrıca bu görevleri ile bağlantılı olarak işledikleri suçlardan dolayı Türk Ceza Kanununun uygulaması bakımından kamu görevlisi sayılırlar.”

Türk ceza Kanununda devlet memurlarının işleyebilecekleri suçlar bir başlık altında düzenlenmemiştir. Ancak Türk ceza Kanununda düzenlenen ve noterlerin de işleyebileceği önemli suçların bazıları şunlardır:

Zimmet (YTCK. m. 247 vd.; Mülga TCK. m. 202)

İrtikap (YTCK. m. 250 ; Mülga TCK. m. 209)

Rüşvet (YTCK. m. 252 vd.; Mülga TCK. m. 211 vd.)

Görevi Kişilere Karşı Kötüye Kullanmak ya da Görevin Yapılmasında Çıkar Sağlama (YTCK. m. 257 ; Mülga TCK. m. 228)

²⁹ ULUKAPI / ATALI : s. 7

³⁰ Dipnot 3

Görevi İhmal Suçu (YTCK. m. 257/2 ; Mülga TCK. m. 230)

Görevi Kötüye Kullanma (YTCK. m. 257/1 ; Mülga TCK. m. 240)

Memurların Birlikte Görevi Bırakmaları (YTCK. m. 260 ; Mülga TCK.
m. 236)

Ticaret Yasağı (YTCK. m. 259 ; Mülga TCK. m. 238)

Meslek Sırrının Açıklanması (YTCK. m. 258 ; Mülga TCK. m. 198, 229
ve Noterlik Kanunu)

Mühür Bozma (YTCK. m. 203 ; Mülga TCK. m. 274)

Yedieminlik Görevini Kötüye Kullanmak (YTCK. m. 289 ; Mülga TCK.
m. 276)

Evrakta Sahtecilik (YTCK. m. 204 vd.; Mülga TCK. m. 339 vd.)

Devlete Ait Mühürler ve Damgalarla Sair Alametlerin Taklidi (YTCK.
m. 202 ; Mülga TCK. m. 332)

4.2.2.2. Noterlik Kanununda Düzenlenen Suçlar

Noterlik Kanunu noterlerin yapmaktan yasaklı oldukları işlerle mesleği icra ederken uyulması zorunlu kuralları NK. m. 50 ve 157- 160 maddeleri arasında düzenlemiştir.

4.2.2.2.1. Yasaklara Aykırı Harekette Bulunmak

Noterlik Kanunu Yedinci Kısımda, Noterlerin Yükümlülükleri ve Hakları başlığı altında noterlik görevi ile birleşmeyen ve noterlerin yapmaktan yasaklı oldukları işleri düzenlemiştir.

NK. m. 50 : “ Hiçbir hizmet ve görev noterlikle birleşemez; yargı mercilerinin vereceği işlerle, ilim ve hayır kuruluşları başkan ve üyelikleri, hakemlik, vasiyeti tenfiz memurluğu ayrıktır.

Noterler borsa oyunu oynamak, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 28 inci maddesinin 1 inci fıkrasındaki anlamda ticaret yapmak, kefil olmak, kendilerine ait ücretlerden herhangi bir şekilde indirim yapmak, aracı kullanmak, reklam ve rekabet niteliğinde bir eylemde bulunmak ve her ne suretle olursa olsun noterlik ücreti hususunda kendi aralarında sözlü veya yazılı anlaşma yapmaktan yasaklıdırlar. ”

Ancak, yukarıdaki maddede yazılı yasaklara aykırı hareket eden noterlerle ilgili verilecek cezalar NK. m. 157’de düzenlenmiş olup verilecek cezalar para cezalarıdır.

4.2.2.2.2. Noterlerin İşlemlerinde Tahrifat Yapmaları

Noterlik Kanunu evrakta sahtekarlık suçu olarak nitelendirilebilecek olan bu suçu mesleğin niteliği gereği özel olarak düzenleme ihtiyacı duymuştur.

NK. m. 158 : “ Eski tarihle evrak düzenleyen, yevmiye defterinde numara ayıran, harç, damga, kontrato veya sair vergiler ödemelerine esas olarak düzenlediği beyannamelerde yahut bunlara eklenen makbuzlarda tahrifat yapan noter görevlileri ile katipleri ve katip adayları, Türk Ceza Kanununun belgede sahtecilik suçuna ilişkin hükümlerine göre cezalandırılır.”

4.2.2.2.3. Noterlik Ortak Cari Hesabı İle İlgili Sorumluluklar

NK. 109. maddesinde belirtilen ortak işlemlere ait gelir tutarının ortak hesaba yatırılacak kısmını süresi içerisinde yatırmayan noterler NK. m. 126'ya göre cezalandırılır. Bu madde, kanunda belirtilen ortak işlemlerle ilgili verilecek cezaların uyarma, kınama, para cezası, geçici olarak işten çıkarma ve meslekten çıkarma şeklindeki disiplin cezaları olduğunu belirtmektedir.

Ancak, 109. maddeye aykırı hareket eden Noter Odası yönetim kurulu başkan ve üyeleri ise, NK. m. 159/II gereğince Türk Ceza Kanunu m. 257 gereğince cezalandırılırlar.

4.2.2.2.4. Gözetim ve Denetimden Doğan Ceza Sorumluluğu

Noter, bir kamu hizmeti görmesi nedeniyle işyerlerinde çalışan personeli denetlemek ve gözetmekle sorumludur.

NK. m. 160 :

“ Noterlik dairesinde çalışan katiplerin ve katip adaylarının görevlerinden dolayı işledikleri suçlara iştiraki bulunmayan hallerde noter, bu kimseler üzerindeki gözetim ve denetim görevini yerine getirmediği sabit olduğu takdirde, Türk Ceza Kanununun (5728 Sayılı yasa ile değiştirildi 8 Şubat 2008 R.G) 257 nci maddesinin ikinci fıkrası hükmüne göre cezalandırılır. ”

4.2.3. Görevlilere Karşı İşlenen Suçlar

Noterlik Kanunu noterlerin işleyebilecekleri suçları düzenlerken (m. 151), noterlere, geçici yetkili noter yardımcıları, noter vekilleri ile katiplere ve katip adaylarına karşı işlenebilecek suçları da düzenlemiştir.

NK. m. 152 : “ Yukarıda maddede gösterilen kişilere karşı, aynı maddede yazılı görevleri yerine getirmeleri sırasında veya görevleri sebebiyle işlenen suçlarla ilgili olarak Türk Ceza Kanununun uygulanması bakımından kamu görevlisi sayılırlar. ”

Bu suçlar,

Memura karşı zor kullanmak ve direnmek,

Memura görevinden dolayı hakaret,

Memura intisap iddiasıyla menfaat temini.

4.2.4. Soruşturma ve Kovuşturma

Noterlik Kanununun 124., 153 ve 154. maddeleri soruşturma ve kovuşturmanın ne şekilde yapılacağını düzenlemiştir.

4.2.4.1. Noterler Hakkında Soruşturma ve Kovuşturma

Adalet Bakanlığı, bir noter hakkında soruşturma yapılmasını gerektiren hallerde, soruşturmayı adalet müfettişlerine veya Cumhuriyet savcılarına yaptırır.
(NK. m.124/I)

Adalet müfettişliği veya Cumhuriyet savcılıklarına herhangi bir şikayet yapılır veya bu merciler, noterin yolsuz bir işleminden haberdar olurlarsa, derhal gerekli soruşturmayı yaparak düzenleyecekleri evrakı Bakanlığa göndeririler.
(NK. m. 124/II)

Adalet Bakanlığı, yukarıdaki fıkralar gereğince düzenlenen soruşturma evrakının suç niteliğinde olmayıp disiplin kovuşturmasını gerektiren eylemlerle

ilgili kısımlarının bir örneğini, Türkiye Noterler Birliği Disiplin Kuruluna intikal ettirir.

Noterlerin, görevden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlarından dolayı kovuşturma yapılabilmesi Adalet Bakanlığının iznine bağlıdır. (NK. m. 153)

Adalet müfettişleri veya mahalli Cumhuriyet Savcısı tarafından düzenlenen dosya, Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğüne tevdi olunur. İnceleme sonunda kovuşturma yapılması gerekli görüldüğü takdirde dosya, suçun işlendiği yer Ağır Ceza Mahkemesine en yakın bulunan Ağır Ceza Mahkemesi Cumhuriyet Savcılığına gönderilir. (NK. m. 153/I)

Cumhuriyet Savcısı beş gün içinde, iddianamesini düzenleyerek dosyayı son soruşturmanın açılmasına veya açılmasına yer olmadığına karar verilmek üzere Ağır Ceza Mahkemesine verir. (NK. m. 153/II)

İddianamenin bir örneği, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun hükümleri uyarınca, hakkında kovuşturma yapılan notere tebliğ olunur. Bu tebliğ üzerine noter, kanunda yazılı süre içinde bazı delillerin toplanmasını ister veya kabule değer bir istemde bulunursa nazara alınır. Gerekirse soruşturma Başkan tarafından derinleştirilir.(NK. m. 153/III)

Haklarında son soruşturmanın açılmasına karar verilen noterlerin duruşmaları, suçun işlendiği yer Ağır Ceza Mahkemesinde yapılır. (NK. m. 153/IV)

Ancak Noterlik Kanunu suçüstü halinde soruşturmada takip edilecek yolu ayrıca düzenlemiştir.

Ağır Ceza Mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü halinde soruşturma genel hükümlere göre yapılır. (NK. m. 156)

4.2.4.2. Noter Dışındaki Görevliler Hakkında

Noterlik Kanunu, 161. madde ile ayırık bir düzenleme getirmiş, 153 - 155. maddeler hükümleri noterlerden gayri görevliler hakkında uygulanmaz, demiştir.

Bu durum karşısında, geçici yetkili noter yardımcıları, katipler ve katip adayları ile noter vekilleri hakkında tamamen Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun ilgili hükümleri uygulanacaktır.

4.2.5. Ceza Davalarının Hukuk Davalarına Etkisi

Ceza hukuku ile medeni hukuk arasındaki ilişki Borçlar Kanunu m. 53'te düzenlenmiştir.

Madde 53 : “ Hakim, kusur olup olmadığına yahut haksız fiilin faili temyiz kudretini haiz bulunup bulunmadığına karar vermek için ceza hukukunun mesuliyete dair ahkemiyle bağlı olmadığı gibi, ceza mahkemesinde verilen beraat kararıyla de mukayyet değildir. Bundan başka ceza mahkemesi kararı, kusurun takdiri ve zararın miktarını tayin hususunda dahi hukuk hakimini takyit etmez. ”

Hukuk hakimi, ceza mahkemesi kararı karşısında bağımsızdır.

Sahtecilik eylemleri ceza hukukunda sahtecilik suçunu, özel hukukta da haksız fiili oluşturur.

Sahtecilik eyleminden zarar görenler, doğrudan doğruya Cumhuriyet Savcılığına başvurarak kamu davasının açılmasını sağlayabilirler. Hukuk mahkemesinde de noter senetlerinin iptalini ve uğradıkları zararın tazminini isteyebilirler.

Ceza mahkemesinin kusurun oranı ve zararın miktarını belirleyen kararı, kusurun varlığı ve derecesinin takdiri konusunda hukuk mahkemesi bağımsız olduğundan, hukuk hakimini bağlamaz.

4.3. Noterin Hukuki Sorumluluğu

Noter ve noterlik kurumu Türk Hukuk sisteminde 1512 sayılı Noterlik Kanunu ile düzenlenmiştir.

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

Buna göre noteri; “ hukuki güvenliği sağlamak ve anlaşmazlıkları önlemek amacıyla çeşitli belge ve işlemlere resmîyet kazandıran ve kanunların öngördüğü diğer görevleri yerine getiren, belli nitelikleri ve kendine özgü bir hukuki statüsü olan kamu görevlisi şeklinde tanımlamak mümkündür.”³¹

“Ancak noterin senedin düzenlenmesine bir şekilde (düzenleme veya onaylama şeklinde) katılması, bu senetleri normal senetlerden çok daha fazla önemli kılmaktadır. Çünkü noterler kanunun kendisine verdiği konumdan dolayı emin ve tarafsız kişilerdir veya öyle olmaları gerekmektedir. Noterler bu çerçevede senet düzenledikleri veya düzenlemeleri gerektiği için bu durum noter senetlerini daha da önemli kılmaktadır. Noter senetleri bu özelliği sayesinde belirsizlikleri ve güvensizlikleri ortadan kaldırır.”³²

Noterlik Kanunu ile notere kamu görevlisi olması sıfatıyla çok ağır bir sorumluluk yüklenmiştir. Notere yüklenen bu ağır sorumluluğu incelemeden önce

³¹ ULUKAPI, ATALI : s. 3

³² DELİDUMAN, Seyithan: Noter Senetleri, Ankara 2001, s. 40

bu sorumluluğun hukuki niteliğine bakmakta fayda vardır. Noterin sorumluluğunun hukuki niteliği, noterin bizzat yaptığı işlemler nedeniyle sorumluluğu - noterin personelinin yaptığı işler nedeniyle sorumluluğu şeklinde ikili bir ayrımı zorunlu kılar.

Ancak, noterin bizzat yaptığı işlemler nedeniyle iş sahibine ve üçüncü kişiye karşı sorumluluğu, noterin personelinin yaptığı işler nedeniyle iş sahibine karşı sorumluluğu ve üçüncü kişiye karşı sorumluluğu şeklinde alt ayrımı da incelemek gerekmektedir.

4.3.1. Noterin İş Sahibine Karşı Sorumluluğunun Hukuki Niteliği

Noterin iş sahibine karşı sorumluluğu sebep sorumluluğu türlerinden bir olağan sebep sorumluluğudur.

Noter ile iş sahibi (ilgili) arasında bir işin yapılması, meydana getirilmesi yönünde bir sözleşme yapılmaktadır. Noterin sorumluluğu, noter ile iş sahibi (ilgili) arasında yapılan bu sözleşmeye dayanmaktadır.

Herkes, kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın başkasına verdiği zararı tazmin etmek zorundadır. Herkes davranışlarının sonuçlarına katlanmak zorunda olduğundan, bu tür sorumluluğa sebebiyet verme anlamında ‘sebeb sorumluluğu’ veya objektif sorumluluk denir.

Noterin, noterlikte yapılacak işlemleri tek başına yapması mümkün değildir. Bu nedenle noterler, noterliğin iş hacmi göz önünde bulundurularak yanlarında bir veya birden fazla kişiyi yardımcı olarak çalıştırabilirler.

Çoğu zaman personel tarafından yapılan işlemleri noter bizzat imzaladığı için, bu işlemler de noter tarafından yapılmış sayılacaktır.

Noterin, kendisinin bizzat yapmış oldukları işlemler nedeniyle iş sahiplerine vermiş olduğu zararlardan dolayı sorumluluğu bir kusur sorumluluğu olmayıp olağan sebep sorumluluğudur. Buradaki sorumluluk, zararın doğumuna sebep olmaktan kaynaklanmaktadır.

“ Ancak bazı olağan sebep sorumluluğu hallerinde Kanun, sorumluluğu ağırlaştırmış ve böylece sorumlu kişiye özen kanıtını ve dolayısıyla sorumluluktan kurtulma imkanını (kurtuluş kanıtı) tanımamıştır.”³³ Noterlik Kanunu 162. madde ile getirilen sorumluluk da bu şekildedir.

Noterlik Kanunu m. 162 ile getirilen düzenleme de ağırlaştırılmış bir olağan sebep sorumluluğudur. Bu madde ile, ‘ zarar görmüş olanlara karşı sorumludur’ denilerek verilen zararlara karşı notere kurtuluş kanıtı getirme hakkı ortadan kaldırılmış ve noterin sorumluluğu daha da ağırlaştırılmıştır.

4.3.2. Noterin Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğunun Hukuki Niteliği

Noterin, noterlik işlemlerinden dolayı zarar gören üçüncü kişilere karşı sorumluluğunun niteliği ise bir haksız fiil sorumluluğudur.

Noter ile üçüncü kişi arasında, noter ile iş sahibi arasında olduğu gibi herhangi bir hukuki ilişki bulunmamaktadır. Taraflar arasında herhangi bir sözleşme yoktur. Bu nedenle üçüncü kişinin uğradığı zarara karşı noterin sorumluluğu sözleşme dışı zararlardan doğan sorumluluk hükümlerine yani haksız fiil hükümlerine göre değerlendirilecektir.

Haksız fiil sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için Kanunun aradığı şart kural olarak failin yani zarar verenin kusurlu olmasıdır.

³³ EREN: s. 574

BK. m. 41/1'de, “ gerek kasden gerek ihmal ve teseyyüb yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğerk bir kimseye zarar ika eden şahıs, o zararın tazminine mecburdur ”³⁴ denilmekle failin kusurunu esas almıştır.

“ Özel bir sorumluluk hükmüyle düzenlenmemiş bütün hallerde bir kimse için haksız fiil sorumluluğunun söz konusu olması, BK. m. 41'deki şartların gerçekleşmesine bağlıdır. ”³⁵

BK. m. 41'e (YBK. m. 49) göre sorumluluğun doğabilmesi için; hukuka aykırı bir fiil, bu fiille kişiye verilen bir zarar ve failin sorumlu olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi gereklidir.

Bu şartlara baktığımızda ;

- Kusura dayanan haksız fiil sorumluluğunun doğabilmesi için öncelikle sorumlu tutulacak kişinin işlediği bir fiilin bulunması zorunludur. Bu fiil, yapma şeklinde bir hareket olabileceği gibi yapmama şeklinde olumsuz bir davranış da olabilir.

- Fail, hukuka aykırı fiili ile bir zararın doğmasına neden olmalıdır. Buradaki zarar, bir kimsenin malvarlığında rızası dışında meydana gelen eksilmedir.

Örneğin, sahte bir vekaletname ile bir motorlu aracın satılması sonucunda dava açan asıl araç maliki, üçüncü kişinin elinden aracı aldığıında üçüncü kişinin mal varlığında, aracı alırken iyi niyetle ödediği araç bedeli ve masrafları kadar azalma meydana gelecektir. Tersisi durumda da, sahte vekaletname düzenlenerek aracı satılan malik de, aracını geriye alamadığı takdirde, mal varlığında araç bedeli kadar bir azalma yaşayacaktır.

³⁴ YBK. m. 49 : Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.

Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.

³⁵ OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, M. Turgut : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2010 s. 491

- Kusura dayanan sorumluluğun bir diğerk şartı da failin kusurlu olmasıdır. Kusur sorumluluğunda, failin kusuru sorumluluğun doğabilmesi için zorunludur.

“ İsviçre ve Türk doktrinde verilen tarifleri göz önünde tutarak kusuru şöyle tarif edebiliriz: Kusur, hukuka aykırı sonucu istemek (kast) veya bu sonucu istemiş olmamakla beraber hukuka aykırı davranıştan kaçınmak için iradesini yeter derecede kullanmamaktır (ihmâl).³⁶

Noterin kasıtlı olarak veya ihmali sonucu yaptığı işlemler nedeniyle üçüncü kişilerin zarara uğramaları halinde Borçlar Kanunu genel hükümleri çerçevesinde, noter ile üçüncü kişi arasında herhangi bir hukuki ilişki bulunmadığından, sözleşme dışı sorumluluk esaslarına göre noter üçüncü kişiye karşı haksız fiil hükümlerine göre sorumlu olacaktır.

4.3.3. Noter Çalışanının Yaptığı İşlemler Nedeniyle İş Sahibine Karşı Doğacak Sorumluluğun Hukuki Niteliği

Noter çalışanının noterlik dairesinde ya da mahalline gitmek suretiyle yaptığı işlemlerle ilgili olarak verdiği zararlardan noter sorumludur.

Noter, bizzat yaptığı işlemlerden nasıl sorumlu ise, yanında çalıştırdığı yardımcılarının yaptıkları işlemler nedeniyle doğacak zararlardan da yardımcısı üzerindeki hakimiyeti nedeniyle gerekli özeni gösterme yükümlülüğüne uymadığı karinesine dayanılarak sorumlu tutulmaktadır.

Buradaki sorumluluğun dayanağı ne olacaktır?

Noter, iş sahibi ile arasında meydana gelen sözleşmeye göre işin ifasını yanında çalıştırdığı yardımcısına bırakmıştır. Bu durumda, BK. m. 100'ün (Y.B.K. m. 116) özel düzenlemesi gereği ‘ bir borcun ifasını veya bir borçtan

³⁶ OĞUZMAN/ÖZ : s. 526.

mütevellit bir hakkın kullanılmasını maiyetinde çalışanlara.... tevdi eden kimse ...' hükmü karşısında BK. 100. madde gereğince sorumlu olabilir.

Burada, noter ile iş sahibi arasında yapılacak iş ile ilgili bir sözleşme kurulmaktadır. Ancak noter işi kendisi bizzat yapmayıp yanında çalıştırdığı kişiye, ifa yardımcısına bırakmaktadır. Dolayısıyla ifa yardımcısının eyleminden dolayı doğacak zarardan da noter BK. m. 100 (Y.B.K. m. 116) gereğince sorumlu olacaktır. “ Burada sorumluluğun kaynağı sorumlu kişinin ya belirli bir kişi veya kişiler ya da bir şey üzerinde haiz olduğu hakimiyet (egemenlik) ilişkisinden kaynaklanmaktadır.”³⁷

“ Hakimiyetleri altındaki şahısların başkalarına zarar vermemesi hususunda yükletilmiş objektif özen gösterme yükümlülüğünün yerine getirilmemiş olması, sorumluluğun sebebini teşkil etmektedir. Sorumluluk çerçevesine giren bir zararın meydana gelmesi halinde, gerekli özenin gösterilmemiş olduğu ve zararın bu yüzden meydana geldiği karine olarak kabul edilmektedir.”³⁸

Nitekim Yargıtay 4. HD. 25.02.2008 tarihli bir kararında, “ Davalı noterin sahte belgelerle araç satışı sırasında motor ve şasi numaralarının kısılğını ve dolayısıyla sahteliğini, görevi gereği fark etmesi gerekirken fark etmemesi, gerekli dikkat ve özeni göstermediği anlamına gelir ve sorumluluğunu gerektirir. ” şeklinde karar vermiştir. (E. 2007/5873 – 2008/2288)

Buradaki sorumluluk, noter ile iş sahibi arasında bir işin yapılmasına yönelik yapılan sözleşme göz önünde bulundurulduğunda, bir olağan sebep sorumluluğudur.

³⁷ EREN : s. 574

³⁸ OĞUZMAN / ÖZ : s. 589.

Taraflar arasında yapılan sözleşmeye dayanılarak meydana getirilecek işin, eylemin ya da eserin imali noter tarafından yardımcısına bırakılmakta ve bu işten, eylemden ya da eserden dolayı doğan zarar da BK. m. 100 (YBK. m. 119) gereğince tazmin edilecek, noter yardımcı kişinin fiilinden sorumlu olacaktır.

4.3.4. Noter Çalışanının Yaptığı İşlemler Nedeniyle Üçüncü Kişiye Karşı Doğacak Sorumluluğun Hukuki Niteliği

Noter çalışanın yaptığı işlemlerden dolayı üçüncü kişilerin uğradıkları zararlardan da noter bizzat sorumlu olacaktır.

Burada üçüncü kişinin ne noter ile ne de personeli ile arasında herhangi bir hukuki bağ, bir hukuki sözleşme bulunmamaktadır.

Noter ve personel ile üçüncü kişi arasında bir hukuki ilişki, bir sözleşme bulunmadığından, noterin sorumluluğu konusunda, bir haksız fiil sorumluluğu olduğunu söylemek mümkündür. Ancak, noterin sorumluluğu, BK. m. 55'e göre adam çalıştırmanın sorumluluğu çerçevesinde değerlendirilebilecektir.

Noter ile üçüncü kişi arasında herhangi bir sözleşme bulunmamasına rağmen üçüncü kişi noterlik işleminden, fiili bir illiyet bağı olmaksızın ya da dolaylı bir illiyet bağı olmaksızın zarar görmüştür. Noterlikte yapılan işlem, üçüncü kişinin zarara uğramasına sebep olmuştur. Burada artık sözleşme dışı, bir haksız fiil sorumluluğunun varlığı düşünülebilir.

Noterlik personelinin yaptığı işlemde dolayı üçüncü bir kişinin zarar görmesinde bir haksız fiil sorumluluğu söz konusudur. Ancak, kusura dayanan haksız fiil sorumluluğundan farklı olarak haksız fiilin kusur dışındaki unsurları sorumluluk için yeterli sayılmaktadır.

Ancak, noter çalışanın yaptığı bir işten dolayı zarara uğrayan nc kişinin zararı, bir borcun ihlaline dayanmamaktadır. Bu nedenle, taraflar arasında bir borç ilişkisi ya da bir borcun yerine getirilmesine ilişkin fiil bulunmadığından, sorumluluğun BK. m. 55 hükümleri doğrultusunda olduğu söylenbilir.

4.3.5. Genel Olarak Sorumluluk

Hukuki sorumluluğun sebepleri kusur, sözleşme ve kanundur ve Borçlar Hukuku'nun inceleme alanı içerisindedir. Ancak, noterlerin hukuki statüleri nedeniyle Kanun koyucu Borçlar Hukukunun genel ilkeleriyle yetinmeyip noterlerin hukuki sorumluluğuna ilişkin olarak Noterlik Kanunu 162. maddesinde özel bir düzenleme yapmıştır.

Noterlik Kanunu m. 162/I :

“ Stajyer, katip ve katip adayları tarafından yapılmış olsa bile noterler, bir işin yapılmamasından veya hatalı yahut eksik yapılmasından dolayı zarar görmüş olanlara karşı sorumludurlar. ”

“ 1512 sayılı Kanunun 162. maddesinde düzenlenen sorumluluk, adam alıştırının sorumluluğuna benzer biçimde düzenlenmiş özel bir ‘kusursuz sorumluluk’ türüdür. ”³⁹

Noterlerle ilgili olarak bu tür bir sorumluluk halinin düzenlenmesi, noterlik işlemlerine tanınan ve ‘kamunun güveni’ kavramında ifadesini bulan güven ilkesinden kaynaklanmaktadır.

“ Kamunun güveni, hukuk düzeninin, herhangi bir hukuksal olayı kanıtlama yeteneği tanıdığı şeylerle doğruluk ve gerçekliğine herkesçe güvenilmesini öngördüğü şekil ve alametler; belirti, iz, işaret, nişan, simgenin

³⁹ TANDOĞAN: (II), s. 81- 84

sahtecilikten korunmalarını görmek ve bilmek biçiminde oluşmuş genel, sürekli, toplumsal bir hak ve yarardır. Diğer bir anlatımla kamunun güveni; özel veya kamu hukukunun kanıtlama gücü tanıdığı şey, şekil ve alamelere karşı olan genel güvendir. Toplumun inanma ve bireyin aldatılmama hakkı kamu güvenini oluşturur.”⁴⁰

Noterlik Kanunu m. 82 uyarınca belgelendirilen işlemler resmi sayılır. 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 204/1 maddesi gereğince düzenleme şeklinde yapılan noter senetleri sahteliği kanıtlanıncaya kadar kesin delil, m. 204/2 gereğince tasdik edilen noter senetleri aksi ispatlanıncaya kadar kesin delil sayılarak noter işlemlerine özel bir önem ve değer verilmiştir. Noterlik işlemlerine verilen bu önem nedeniyle noterlerin sorumluluğu da ağırlaştırılmış bir olağan sebep sorumluluğu haline getirilmiştir.

4.3.5.1. Sorumluluğun Kapsamı

NK. 162. maddesi ile getirilen sorumluluk yanında NK. m. 197 ile sorumluluğun kapsamı anlamında düzenleme yapılmıştır.

NK. m. 197/I :

“ Noterlere ait hükümler, aşağıdaki hususlar ve kanundaki diğer ayrıcalıklar saklı kalmak üzere, bu Kanun uyarınca görevlendirilen noter vekilleri ile geçici yetkili noter yardımcıları hakkında da uygulanır. ”

Bu maddeye göre, noterler için herhangi bir ayrıcalık getirilmediğinden, noterlere ait hükümler Noterlik Kanunu uyarınca görevlendirilen noter vekilleri ve geçici yetkili noter yardımcıları için de uygulanacaktır.

⁴⁰ KAYLAN, Keskin: Kamu Güvenine Karşı Suçlar, Makaleler ve Seminer Notları, s. 3

Noterler, hukuk sistemimiz içerisinde Devlet memuru olmadıkları halde, Devlet yetkisi kullanan ve hukuki güvenliği sağlamakla yükümlü olan, Devlet memuru olmadıkları halde Devletin denetimi altında bulunan, önemli işleve sahip bir meslek mensubudurlar. Yaptıkları işlemlerdeki hatalar nedeniyle hem işlemin tarafları hem de üçüncü kişiler olumsuz hukuki sonuçlarla karşılaşabilmekte, büyük zararlara uğrayabilmektedirler. Bu nedenle de, noterlerin yaptıkları işlemlerde azami özeni göstermeleri, yanlarında çalıştırdıkları personel üzerinde de gözetim ve denetim yükümlülüğünü yerine getirmeleri zorunluluğu vardır.

Bu nedenle noterin çalıştırdığı kişilerin hatalı işlemlerinden de noter sorumlu olacaktır. Notere, sorumluluktan kurtulabilmesi için hukuki bir yol (kurtuluş kanıtı sunma) tanınmadığından, 162. maddedeki düzenleme, ağırlaştırılmış bir kusursuz sorumluluk niteliğindedir.

“ Davalı noterin sorumluluğu kusursuz sorumluluk ise de bu kusursuz sorumluluk halinin doğabilmesi için işlemi gerçekleştiren personelinin olayda kusurlu olduğunun kanıtlanması gerekir. Şu durumda sahte olduğu ileri sürülen vekaletnamenin düzenlenmesinde, vekaletnameyi düzenleyen noter başkatibinin bir kusuru bulunup bulunmadığının araştırılması ve sonucuna göre karar verilmesi gerekir.”⁴¹

Yukarıdaki kararda görüldüğü gibi, Yargıtay her ne kadar noterin sorumluluğunu belirlerken kusursuz sorumluluk halini kabul etmişse de zaman zaman işlemin yapılmasında kusur unsurunun olup olmadığının araştırılmasını istemekte, kusursuz sorumluluk ilkelerinden dikkat ve özen yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediğini araştırmaktadır.

⁴¹ YARGITAY 4. HD., E. 2003/14412, K. 2003/15286

4.3.5.2. Sorumluluğun Niteliği

Noterlik Kanunu, noterlerin yaptıkları işlemlerden ve yanlarında çalıştırdıkları personelin sebep oldukları zararlardan dolayı kurtuluş kanıtı getirmelerini kabul etmemiştir. (NK. m. 162)

Bu nedenle özel bir düzenleme olan NK. m. 162 karşısında, adam çalıştırma ile ilgili sorumlulukta her ne kadar BK. 55 ve 100. maddelere dayanılsa da, özel düzenleme karşısında artık bu maddelerin uygulanması düşünülemeyecek, sorumluluk NK. 162. maddeye göre belirlenecektir. Ancak sorumluluğun dayanağı anlamında adam çalıştırma ilişkisinin incelenmesi faydalı olacaktır.

Noterlere, Borçlar Kanunu genel hükümleri dışında Noterlik Kanunu ile ayrı bir sorumluluk getirilmesi noterlerin hukuki sorumluluğunun niteliğinin belirlenmesini gerektirmektedir.

Burada iki çeşit sorumluluk söz konusu olmaktadır: noterin bizzat yaptığı işlemlerden doğan zararlardan sorumluluğu ve personelin yaptığı işlemlerden doğan zararlardan sorumluluğudur.

Noterin bizzat yaptığı işlemlerden dolayı iş sahibine karşı sorumluluğu bir olağan sebep sorumluluğudur. Zarar gören üçüncü kişilere karşı ise niteliği itibariyle bir haksız fiil, bir kusur sorumluluğudur.

“Adam çalıştırmanın yardımcılarının hizmetlerini yaptıkları sırada üçüncü kişilere verdikleri zarardan sorumlu olması, kusura dayanan bir sorumluluk değildir. Zira zarara uğrayan, adam çalıştırılmasının kendisinin veya çalıştırmanın biçiminin bir kusur teşkil ettiğini isbatla yükümlü değildir.”⁴²

⁴² TANDOĞAN : (II), s. 53

“ Müstahdemin, istihdam eden için gördüğü iş, istihdam edenin bir üçüncü şahsa olan borcunun ifasına yardımcı olmaktan ibaret ise ve müstahdem bu borca aykırı bir davranışla alacaklıya zarar vermiş ise, istihdam edenin bu yardımcı şahsın borca aykırılık teşkil eden fiilinden borçlu sıfatıyla sorumluluğu BK. m.55’e değil, BK. m. 100 hükmüne tabiidir.

Buna mukabil, yardımcı şahsın alacaklıya ika ettiği zarar borcun ihlali olmayıp da genel davranış kurallarına aykırılık teşkil ediyorsa, yardımcı şahsı istihdam eden borçlunun istihdam eden sıfatıyla sorumluluğu BK. m. 55’e tabiidir. ⁴³

Personelin yaptığı işlemlerden meydana gelecek zararlarda iş sahiplerine karşı noterin sorumluluğu, bir olağan sebep sorumluluğu olup Borçlar Kanunu m. 100 anlamında adam çalıştıranın sorumluluğudur. Üçüncü kişilere karşı personelin yaptığı işlemlerden dolayı sorumluluk ise BK. m. 55’ e göre değerlendirilecektir. Ancak Noterlik Kanunu ile getirilen sorumluluk, BK. m. 55 – 100 ile getirilen sorumluluktan çok daha ağır bir sorumluluk olup, bu tür zararlarda NK. m. 162’nin uygulanması gereklidir.

4.3.5.3. Noterlik Kanunu 162. maddesinin İncelenmesi

162. madde ile getirilen sorumluluğun unsurlarına baktığımızda;

- Sorumluluğun doğması açısından yapılacak işlemin noter ya da noterlik çalışanı tarafından yapılmasının bir önemi yoktur. Maddede, ‘ yapılmış olsa bile ‘ ifadesi ile işlemin noter ya da çalışanı tarafından yapılmasının öneminin olmadığı, sonuçta her iki halde de noterin sorumlu olacağı belirtilmiştir.

⁴³ OĞUZMAN / ÖZ : s. 592

- Sorumluluğun doğabilmesi için bir yapmama, hatalı ya da eksik yapma fiilinin bulunması gerekmektedir. Bu durum maddede ‘.....bir işin yapılmamasından veya hatalı yahut eksik yapılmasından..’ şeklinde belirtilmiştir.

- Sorumluluğun doğabilmesi için ortada bir zararın bulunması zorunludur. Yapılan işten dolayı herhangi bir zarar doğmamış ise, örneğin sahte bir taşınmaz satış vekaletnamesi düzenlenmiş ancak tapuda işlem yapılmak istenirken durum fark edilmiş ise, böyle bir durumda zarardan söz edilemeyecektir.

- Sorumluluk, noterlik işleminden zarar görenlere karşı doğacaktır. Madde, işlemin tarafı olmak ya da üçüncü kişi olmak anlamında bir ayırım yapmamıştır. Noterlik işleminden zarar görmüş olmak yeterlidir, işlemin tarafı olmak ya da üçüncü kişi olmak sorumluluğun dayanağı anlamında önem arz edebilir, yoksa sonuç anlamında bir önemi yoktur.

“ Müşahade olunduğu üzere bu hükümde, notere çalıştırdığı adamların sebep oldukları zarar dolayısıyla kurtuluş kanıtı getirmek olanağı tanınmamaktadır; bu bakımdan noterin sorumluluğu BK. md. 55’e oranla daha ağırdır. Noterlerin böyle ağır bir sorumluluğa tabi tutulması, onlara bırakılan işlemlerin yanlış yapılmasından büyük zararlar doğması tehlikesinin bulunması ve noterlerin işlemlerinin sağlamlığı hususunda iş sahiplerine teminat bahşetmenin gerekmesi düşüncesiyle haklı gösterilebilir; kaldı ki, noterlerin veya yardımcılarının eylemlerinden doğan zarardan Devletin sorumlu olmayacağı da kabul edilmektedir. ”⁴⁴

“ Adam çalıştırmanın yardımcı kullanmak suretiyle birtakım yararlar sağlaması ve çalıştırılanın çoğu zaman zararı ödeme gücüne sahip bulunmaması

⁴⁴ TANDOĞAN : (II), s. 84

da burada kusura dayanmayan, objektif bir sorumluluğun kabulüne yol açmıştır. Adam çalıştırmanın sorumluluğu başlangıçta kusur karinesine dayanırken sonradan objektif bir sorumluluğa dönüşmüştür.”⁴⁵

Yukarıdaki aktarılan görüşler çerçevesinde noterin yanında çalıştırdığı yardımcısının yaptığı işlemlerden doğan sorumluluğunun tam bir kusursuz sorumluluk olduğunu, BK. m. 55'e göre sorumluluğun ağırlaştırıldığını söylemek mümkündür.

Noterlerin bizzat yaptıkları işlemler ile yanlarında çalıştırdıkları personelin yaptıkları işlemler arasında iş sahibine karşı hukuki sorumluluk açısından hiçbir fark yoktur, her iki halde de doğan zararın noter tarafından tazmini zorunluluğu vardır.

Oysa 1512 sayılı Noterlik Kanununun 162. maddesi hükmüne göre ; “Görüldüğü gibi maddenin düzenleniş biçiminden noterin, kendi eylemlerinden şahsen sorumlu olduğu kadar emrinde çalışan kimselerin eylemlerinden doğan zararlardan da sorumlu olduğu anlaşılmaktadır. Maddede kusurdan söz edilmemiştir. O halde noterin sorumluluğunda kusur aranmayacaktır. Noter ek vekaletnameyi onarken kendisini Şevket'in yerine koyan sahteciyi tanıyormuş gibi ‘şahıs ve hüviyetinin dairece maruf ve malum olduğu yolunda’ beyanda bulunmuştur ve onun bu beyanını kapsayan ek vekaletname davacı banka personelini yanıltmıştır. O halde noterin bu beyanı imzalamış olması zararın gerçekleşmesinde onun da kusurlu olduğunu göstermektedir. Kaldı ki bu beyanı katibi yazmış olsa bile noter meydana gelen zarardan sözü edilen yasa maddesi hükmünce yine sorumludur.”⁴⁶

⁴⁵ TANDOĞAN : (II), s. 56

⁴⁶ Yargıtay 4. HD., T. 16.11.1982, E. 1982/8932- K. 1982/10570

Yukarıdaki Yargıtay kararının incelenmesinden de anlaşılacağı üzere Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarına göre noterin sorumluluğu kusura dayanmayan ağırlaştırılmış bir olağan sebep sorumluluğu olup, bu sorumluluk BK. m. 55 ile getirilen sorumluluktan çok daha ağırdır.

Ancak, NK. m. 162/II'de :

“ Noter, birinci fıkra gereğince ödediği miktar için, işin yapılmaması, hatalı yahut eksik yapılmasına sebep olan stajyer veya noterlik personeline rücu edebilir.” denildiğinden doğan zarardan dolayı noterin personeline rücu edebilmesi anlamında işlemin kimin tarafından yapıldığı önem arz etmektedir.

Noterin bizzat yaptığı işlemlerden sorumluluğunun niteliğinin belirlenmesinde, noter ile iş sahibi (ilgili) ve zarar gören diğer üçüncü kişiler arasındaki ilişkinin ortaya konması; noterin, stajyer, katip ve katip adaylarının yaptığı işlemlerden doğan zararlardan sorumluluğunun niteliğinin saptanmasında ise noterle stajyer, katip ve katip adayları arasındaki ilişkinin ortaya konulması gereklidir.

“ Burada hemen şunu da belirtelim ki, yaptığımız bu ayırım biraz teorik bulunabilir. Çünkü, uygulamada hemen hemen bütün işlemler katipler tarafından hazırlanmakta, noter de imza ve mühürü ile işlemi tamamlamaktadır. Dolayısıyla burada işlemin kimin tarafından yapıldığını belirleyebilmek, daha doğrusu bunu sadece noterin ya da sadece katibin işlemi olarak mütalaa edebilmek oldukça zordur. Ancak, böyle bir işlem noterin imzası ve mühürü ile tamamlandığına göre bunu noterin işlemi olarak kabul etmek, alt ilişkide ise noterin katibe rücu imkanıyla sorunun vuzuha kavuşmasını benimsemek gerektiği kanısındayız. Bunun yanında Kanundaki düzenlemenin buna dayanarak yaptığımız ayırımının hiçbir anlamının bulunmadığı söylenemez. Şöyle ki, noter imza yetkisi verdiği

katip veya stajyer işlemi kendi imzasıyla (noter bizzat katılmaksızın) yapabilmektedir. İşte böyle bir durumda noterin, katip veya stajyerinin yaptığı işlemden dolayı sorumluluğu ortaya çıkmaktadır. İmza yetkisi bulunmayan katip, katip adayı ve stajyerlerin yaptığı noterin imza ve mühürü ile tekemmül eden işlemleri, bunlardan sorumluluk bakımından noterin bizzat yaptığı işlem olarak kabul etmek gerekir. »⁴⁷

Noterlerin hukuki statülerinin belirlenmesinin zorluğu, noter ile iş sahibi (ilgili) arasındaki ilişkinin belirlenmesini de zorlaştırmaktadır.

“ Noterle iş sahibi arasındaki ilişkinin bir sözleşme ilişkisi olduğunun kabul edilmesi durumunda bunun hangi sözleşme olduğu sorunu karşımıza çıkmaktadır. Noterle iş sahibi arasındaki ilişkinin Borçlar Kanununda düzenlenen sözleşmelerden hiç birisine benzememesi nedeniyle, söz konusu kabul halinde bunun kendine özgü bir sözleşme olduğu ve Borçlar Hukukunun genel hükümlerinin uygulanması gerektiği savunulmuştur. Buna karşılık, İsviçre Federal Mahkemesi tarafından da benimsenen bir görüşe göre, sorumluluğun resmi bir senetten kaynaklanması durumunda uyuşmazlığın bir sözleşme ilişkisinden doğduğu söylenemez ve bu durumda, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanması gerekir. »⁴⁸

Her ne kadar yukarıdaki görüşte, noter ile iş sahibi arasındaki ilişkinin Borçlar Kanunu'nda düzenlenen herhangi bir sözleşmeye uymadığı belirtilmiş ise de, noter ile iş sahibi arasındaki sözleşme zaman zaman bir eser sözleşmesi olmakta, zaman zaman bir vekalet sözleşmesine, bazen bir vedia sözleşmesine benzemekte olup, bazen de Borçlar Kanunu'nda düzenlenen hiçbir sözleşme türüne benzemediğinden, iş sahibine karşı noterin sorumluluğu, aralarında

⁴⁷ ULUKAPI, Ömer: Noterlerin Hukuki Sorumluluğu, Noterlik Hukuku Sempozyumu, Ankara 1997, s. 67

⁴⁸ ULUKAPI/ATALI : s. 158

meydana getirilen sözleşme hükümlerine göre, olmadığı takdirde Borçlar Hukukunun genel hükümleri çerçevesinde çözümlenecektir.

1940 yılında verilen bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında, yanında çalıştığı mühendisin kusuru ile kazaya uğrayan işçi tarafından şirket aleyhine açılan tazminat davasında Borçlar Kanunu'nun 55. maddesi değil, 100. maddesinin uygulanacağı, zamanaşımı süresinin ise Borçlar Kanunu m. 125 gereğince 10 yıl olacağı belirtilmiştir.

“ Borçlar Kanununun 60. maddesindeki tazminat davalarına ait müruruzaman mezkur kanunun birinci babının ikinci faslına dahil olan haksız muamelelerden neşet eden borçlar hakkında cari olup, mezkur 55. maddesinde istihdam edenlerin mes'uliyeti hakkındaki hükümde müstahdem ve amelenin hizmetlerini ifa ederken diğer amele ve müstahdeme karşı değil istihdam edenle, bu hususta hukuki ve akdi rabıtası olmayan üçüncü şahıslara karşı yaptıkları zarara ait olduğu ve Borçlar Kanununun 100. maddesinin ihtiva eylediği ahkam ise istihdam edenin amelesini tarafından amellerini icra sırasındaki istihdam eyleyenin akdi bir rabıta ile bağlandığı diğer bir şahsa karşı ika ettikleri zarara şamil bulunduğu ve istihdam eden kimse ile mutazarrır arasında evvelce yapılmış bir mukavele ile bu mes'uliyet kısmen veya tamamen bertaraf edilebileceği ve 55. madde mucibince istihdam eden mes'ulün bilmal bütün dikkat ve itinayı sarf ettiği halde mes'uliyetten kurtulacağı halde 100. maddeye temas eyleyen ahvalde bu ciheti ispatla mes'uliyetten varestede kalamayacağı cihetle 55. ve 100. maddelerin ihtiva eyledikleri hükümler ve mahiyetler arasında fark mevcut olduğundan ve ihtilafın mevzuunu teşkil eyleyen her iki ilamdaki vakıalara Borçlar Kanununun 100. maddesinin tatbiki icap etmesine mebnii müruruzamanın da tayininde 60.

maddenin değil mezkur Kanunun 125. maddesi veçhile on senelik müruruzamanın tatbiki lazım geldiğine ittifakla karar verildi. ”⁴⁹

“ Kanımızca noterlerin sorumluluğu, tapu sicilinin tutulmasından Devletin sorumluluğuna (MK. 917) oldukça benzemektedir. Bu nedenle benzer bir yorumun yapılması uygun olur. Tapu sicilinin tutulmasından Devletin sorumluluğu Medeni Kanunun 917nci maddesinde düzenlenmiş bir kusursuz sorumluluk halidir

. Ancak bu sorumluluğun, kusur unsuru dışında niteliği itibariyle bir haksız fiil sorumluluğu olduğu kabul edilmektedir. Kusurun aranmaması, tapu sicili işlemlerinin noter işlemleriyle önem ve nitelik bakımından birbirine benzemesi karşısında, noterlerin hukuki sorumluluğunun da nitelik itibariyle haksız fiil sorumluluğu olduğunun kabulü kanımızca uygun olur. Haksız fiil sorumluluğunun önemli bir unsuru olan kusurun her iki sorumlulukta da kanun tarafından kaldırılmış olduğunu söylemek mümkündür. ”⁵⁰

“ Genel olarak kabul edildiği üzere, noterle iş sahipleri arasındaki ilişkinin niteliği, ihtilafın resmi senede dayanması halinde haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlere; aksi halde özel hukuk sözleşmesi temeline dayanmaktadır. ”⁵¹

“ Noter ile noterlik işleminden zarar gören üçüncü kişi arasında hiçbir ilişki bulunmadığından, söz konusu kişiye karşı noterin sorumluluğunun niteliği itibariyle (kusur unsuru dışında) haksız fiil sorumluluğu olduğunu söylemek mümkündür. ”⁵²

⁴⁹ Yargıtay İçtihadı Birleştireme Kararı, 18.03.1940 T. E. 14, K. 27.

⁵⁰ ULUKAPI/ATALI : s. 159

⁵¹ ÖZBEK, Mustafa : Noter Senetlerinde Sahtelik, Ankara 2001, s. 63

⁵² ULUKAPI/ATALI : s. 159

“ Noter ile stajyer, katip ve katip adayları arasındaki ilişki ise Borçlar Kanunu’nun 55nci maddesi anlamında bir adam çalıştırma ilişkisidir. Bu ilişki nedeniyle adam çalıştırmanın (noterin) yardımcı kişilerin (stajyer, katip ve katip adayının) hukuka aykırı davranışlarıyla vermiş oldukları zararlardan dolayı sorumluluğu ise, niteliği itibariyle bir olağan sebep sorumluluğudur. ”⁵³

“ Gerçi, BK. md. 55 f. 1 cümle 2 ye göre, adam çalıştıran böyle bir zararın vuku bulmaması için hal ve maslahatın icap ettirdiği bütün dikkat ve itinada bulunduğunu yahut dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile zararın vukuuna mani olamayacağını isbat ederse sorumlu olmaz. Acaba burada kusura dayanan bir sorumluluk karşısında bulunulup da yalnız beyine külfeti ters mi çevrilmiştir? Yahut adam çalıştıranın çürütebileceği bir kusur karinesi mi kabul edilmiştir? Hayır; zira adam çalıştıran ayırtım gücüne sahip olmasa veya gerekli özeni göstermemesi kusur olarak nitelendirilebilecek bir dereceyi bulmasa bile yine sorumlu olacaktır. ”⁵⁴

“ Ancak, BK. 55. md. sinde, istihdam edene tanınmış olan ‘kurtuluş beyyinesi’ni Noterlik Kanunu 162. md. de notere tanımamıştır. Buna göre, bir noter, söz konusu işlemi bizzat kendisi tarafından yapılmış olsaydı bile, yine aynı durumun doğacağını ileri sürüp, ispat ederek, sorumluluktan kurtulamaz. ”⁵⁵

“ Noterin sorumluluğunu düzenleyen madde, sorumluluğun bir şartı olarak kusura yer vermemiş, sadece rücu ilişkisi bakımından ‘sebepe olma’ kavramını getirmiştir. Bu durum karşısında, tıpkı tapu sicilinin tutulmasından devletin sorumluluğunda olduğu gibi, hem bizzat yaptığı hem de satjiyer, katip

⁵³ ULUKAPI/ATALI : s. 159

⁵⁴ TANDOĞAN : (II), s. 53

⁵⁵ PULAŞLI, Hasan : Türk ve Alman Hukuklarında Noterlerin Hukuki Sorumluluğu, TNB. Hukuk Dergisi, sayı: 39, 15.08.1983, s. 11

veya katip adayının yaptığı işlemlerden noterin sorumluluğunda kusur kurucu bir unsur olmamaktadır. »⁵⁶

Yukarıdaki kararlar ve öğretideki görüşler doğrultusunda; noterin bizzat yaptığı işlemlerden ya da çalıştırdığı kişilerin yapmış olduğu işlemlerden doğacak zararlardan sorumluluğu konusunda kusura yer verilmediğini, iş sahiplerine karşı sorumluluğunun ağırlaştırılmış olağan sebep sorumluluğu, bu işlemlerden dolayı üçüncü kişilere karşı noterin sorumluluğunun ise niteliği itibariyle (kusur unsuru dışında) haksız fiil sorumluluğu olduğunu, NK. 162 maddesi ile getirilen sorumluluğun adam çalıştırmanın sorumluluğunu düzenleyen BK. 55 ve 100. maddesine (YBK. m. 66 - 116) oranla çok daha ağır bir sorumluluk olduğunu söylemek mümkün olacaktır.

Ancak Yargıtay'ın noterin sorumluluğunun dayanağı ile ilgili çelişkili kararları bulunmaktadır. 1982 tarihli bir kararında noterin sorumlu tutulabilmesi için kusur aranmayacağını ⁵⁷ belirten Yargıtay daha sonraki bir kararında ise noterin kusurlu ⁵⁸ olduğunun iddia ve ispat edilmesini istemiştir.

4.3.5.4. Adam Çalıştırmanın Sorumluluğunun Şartları

Noter ile noterlikte çalışan personel arasında Borçlar Kanunu anlamında bir adam çalıştırma ilişkisi söz konusudur. Her ne kadar NK. 162. maddesi ile noterlerin yanında çalıştırdıkları personelin işlemleri ile ilgili olarak doğacak

⁵⁶ Doğu, Engin : Noterlerin Hukuki Sorumluluğu ve Güvence, Yargıtay Dergisi, 1979/3, s. 586

⁵⁷ Yargıtay 4. HD. , 16.11.1982, 8932/10570 '... 1512 sayılı Noterlik Kanununun 162. maddesi hükmüne göre stajyer, katip ve katip adayları tarafından yapılmış olsa bile noterler bir işin yapılmamasından veya hatalı yahut eksik yapılmasından dolayı zarar görmüş olanlara karşı sorumludurlar. Görüldüğü gibi maddenin düzenleniş biçiminden noterin, kendi eylemlerinden şahsen sorumlu olduğu kadar emrinde çalışan kimselerin eylemlerinden doğan zararlardan da sorumlu olduğu anlaşılmaktadır. Maddede kusurdan söz edilmemiştir. O halde noterin sorumluluğunda kusur aranmayacaktır.

⁵⁸ Yargıtay 13. HD. T. 1.3.1993, E. 363/1676 sayılı kararı

zararlardan dolayı özel bir sorumluluk hali düzenlenmiş ise de, sorumluluğun dayanağının anlaşılabilmesi anlamında Borçlar Kanunu'nda düzenlenen adam çalıştırmanın sorumluluğuna ilişkin hükümlere bakmakta fayda vardır.

Adam çalıştırmanın sorumluluğunun doğabilmesi için şu şartların bulunması gereklidir:

4.3.5.4.1. Adam Çalıştırma İlişkisi

Buradaki ilişki, bir kimsenin kendi amaçları için kendisine bağımlı durumdaki bir başka kimsenin hizmetinden yararlanması şeklindeki ilişkidir.

Başkasının hizmetinden yararlanma genelde bir sözleşmeye dayanır. Örneğin taraflar arasındaki ilişki bir hizmet sözleşmesidir.

Başkasının hizmetinden yararlanma, başkasına iş gördürme, adam çalıştırmanın kendi amaçları için olmalıdır.

Adam çalıştırma ilişkisinin en önemli unsuru, bağımlılık unsurudur. Buradaki bağımlılık, adam çalıştırmanın buyruğu altında olmak ve çalıştırılanın işi yaparken adam çalıştırmanın gözetimi ve talimatları doğrultusunda işi yapması, adam çalıştırmanın talimatlarına bağlı kalması demektir.

“ Zaten adam çalıştırmanın sorumluluğunun dayanağını onun çalıştırılanı gözetim altında bulundurma ve başkasına zarar vermemesi için özen gösterme hususundaki ödevinin yerine getirilmemesi teşkil eder. ”⁵⁹

Adam çalıştırmanın çalıştırılan kişinin hizmetinden sürekli olarak faydalanmasına gerek bulunmamaktadır. Çalıştırılan kişinin hizmetinden rastlantısal ya da geçici olarak yararlanma dahi yeterlidir.

⁵⁹ TANDOĞAN : (II), s. 59

Adam çalıştıran ile çalıştırılan arasındaki bağımlılık ve gözetim ilişkisinin doğrudan doğruya bir ilişki olmasına gerek yoktur. Büyük işyerlerinde en alttaki çalışan ile adam çalıştıran arasında doğrudan bir ilişki bulunmamakla birlikte adam çalıştıran bu kişinin eylemlerinden de sorumludur.

Çalıştırılan kişinin çalışmasına bir karşılık almasına gerek yoktur.

Adam çalıştıran birden fazla ise, bunlar çalıştırdıkları kişinin zarar doğuran eyleminden ancak hepsini ilgilendiren bir hizmetin ifasından kaynaklanmak kaydıyla müteselsilen sorumlu olurlar.

“ Adam çalıştıranın kendi işçisini ücret karşılığında başkasının emrine tahsis etmesi (işçi kiralaması) halinde, işçinin işini görürken verdiği zarardan kimin sorumlu olacağı tartışmalıdır. Baskın olan görüş, işçi kendi emrine tahsis edilen kimsenin onu daha iyi gözetim altında bulundurabileceği düşüncesiyle, sorumluluğun bu kimseye yüklenmesi gerektiği yolundadır. ”⁶⁰

4.3.5.4.2. Zarar Çalıştırılanın Hizmetini İfa Ederken Hukuka Aykırı Bir Eylemiyle Doğmalıdır

Çalıştırılan kişinin yol açtığı zarar unsurunun bir özelliği bulunmamaktadır. Buradaki zarar kişiye veya şeye olabileceği gibi diğer zararlardan da olabilir.

Zarar, adam çalıştıranın kendi amaçları doğrultusunda çalıştırılan kişiye verdiği işin görülmesi sırasında doğmalı ve zarar ile yardımcı kişinin iş görmesi eylemi arasında sıkı bir bağıllık olmalıdır.

⁶⁰ TANDOĞAN : (II), s. 61

Adam çalıştırmanın sorumlu olabilmesi için, çalıştırılanın faaliyetinin adam çalıştırana ait bir faaliyet olması ve bu faaliyetin yerine getirilmemesi işletmede bir eksiklik olarak ortaya çıkmalıdır.

Adam çalıştırmanın kendi amaçları için çalıştırdığı kişinin zarar verici eyleminin hukuka aykırı olması zorunludur.

Çalıştırılan kişinin eyleminin kusurlu olması zorunlu değildir. Tazminatın hesaplanmasında çalıştırılanın kusurunun ağırlığı esas itibariyle göz önünde bulundurulmaz. Ancak, çalıştırılanın kusuru, zarar görenin kusuru var ise, zarar görenin kusuruyla birbirini götürmek anlamında göz önünde bulundurulabilir.

“ Çalıştırılanın eylemiyle zarar arasında bir uygun illiyet bağı da bulunmalıdır. Şu kadar ki, adam çalıştırmanın objektif özen ödevini yerine getirmediği ve zararlar bu yerine getirmeme arasında bir uygun illiyet bağı bulunduğu, kanun tarafından karine olarak kabul edilmiştir. Nater’in belirttiği gibi, zararın doğrudan doğruya nedeni, yardımcının eyleminde araştırılmalıdır, yoksa adam çalıştırmanın özen eksikliğinde değil; adam çalıştırmanın özen eksikliği zararlar değil, yardımcının davranışıyla doğrudan doğruya ilgilidir ve zararlar ancak dolaylı bir uygun illiyet bağı içinde bulunabilir. ”⁶¹

4.3.5.5. BK. m. 100 ve BK. m. 55’in Karşılaştırılması (YBK. m. 66 – 116)

Adam çalıştırmanın, yanında çalıştırdığı yardımcı kişilerin işin görülmesi sırasında verdiği zararlardan sorumluluğu BK. m. 55 ve BK. m. 100’de

⁶¹ TANDOĞAN : (II), s. 65

düzenlenmiştir. Burada adam çalıştıran kişinin yanında çalıştırdığı kişilerin eylemlerinden kendisi kusurlu olmasa dahi sorumlu tutulması hali söz konusudur.

Ancak her iki maddenin de uygulama alanı farklı olup başlıca farklar şunlardır:

BK. m. 100'e göre, yardımcı kişinin eyleminden zarar gören kişi ile yardımcı kişiyi çalıştıran arasında bir borç ilişkisinin bulunması zorunludur. BK. m. 100, yardımcı kişinin, yanında çalıştığı kişi ile alacaklı arasındaki sözleşmeye göre borcun ifası sırasında ya da bir hakkın kullanılması sırasında alacaklıya verilen zararı düzenlemiştir. Taraflar arasındaki borç ilişkisine aykırı davranan yardımcı kişinin alacaklı tarafa verdiği zarar söz konusudur.

BK. m. 55'e göre ise, zarar gören kişi ile adam çalıştıran arasında önceden bir borç ilişkisinin bulunması zorunlu değildir. Bu nedenle, BK. m.100, başkalarının eyleminden dolayı sözleşmeye dayanan sorumluluğu, BK. m. 55 ise, başkalarının eyleminden dolayı sözleşme dışı sorumluluğu düzenlemektedir.

BK. m. 55'e göre istenecek tazminat bir yıllık zamanaşımına tabi iken BK. m. 100'e göre istenecek tazminat on yıllık zamanaşımına tabidir.

BK. m. 55'e göre çalıştırılan kişinin çalıştırana bağımlı olması zorunluluğu var iken BK. m. 100'e göre bağımlılık ilişkisi şart değildir.

BK. m. 55'e göre, adam çalıştıran gerekli özeni gösterdiğini ya da göstermiş olsaydı bile zararın doğumuna engel olamayacağını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir.

Oysa ki, BK. m. 100'e göre sorumlu tutulacak kişi, yardımcısını seçerken azami özeni gösterdiğini, ona nezaret etme veya talimat vermede kusuru olmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulamaz, ayrıca yardımcı kişinin davranışının kendisi için dahi kusurlu sayılmayacağını ispat etmek zorundadır.

BK. m. 55'e göre sorumluluğun daraltılması ya da ortadan kaldırılması için taraflar arasında zaten bir hukuki sözleşme bulunmadığından, önceden bir anlaşma yapılması mümkün değildir. Böyle bir anlaşma yapılsa dahi geçerli değildir.

Oysa, BK. m. 100'e göre, taraflar arasında bir borç ilişkisi bulunduğundan, bir borcun ifası ya da bir borçtan doğan hakkın kullanılması söz konusu olduğundan sorumluluğun daraltılmasına ya da ortadan kaldırılmasına yönelik olarak yapılan sözleşme geçerli olacaktır.

4.3.5.6. Sorumluluğun Şartları

Noterin hukuki sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, sorumluluğun unsurlarını teşkil eden fiil, hukuka aykırılık, zarar ve illiyet bağının bulunması gerekmektedir.

4.3.5.6.1. Fiil

Noterlerin sorumluluğunun doğabilmesi için NK. m. 162 anlamında bir yapma ya da yapmama fiilinin bulunması zorunludur. Buradaki fiil, işlemin usulüne uygun olarak yapılmaması, eksik yapılması ya da hatalı yapılması anlamında olabilir.

Noterlik Kanunu incelendiğinde, örneğin vasiyetnamenin düzenleme yoluyla yapılması gerekirken onaylama şeklinde yapılması ya da vasiyetnamede zorunlu olarak bulundurulması gereken iki tanık şartına uyulmaması, NK. m. 53'te belirtildiği üzere, kanunların emredici hükümlerine aykırı işlem yapmak, NK. m. 52'ye aykırı olarak tatil günlerinde iş yapmak ya da bu maddeye aykırı

olarak iş yapmamak, işlem yaparken yetki şartına aykırı hareket etmek, işlem ilgililerinin kimlik ve gerçek iradelerinin tespitinde gerekli özeni göstermemek zarara neden olabilecek fiillere örnek olarak gösterilebilir.

Noter işlemleri nazara alındığında aşağıdaki davranışların, sorumluluk doğurucu fiil şartını gerçekleştirdiğini söyleyebiliriz:

İşlemin, geçerliliği için kanunen gerekli olan şekle uygun olarak yapılmaması (Örneğin, vasiyetnamenin veya tanıma senedinin düzenleme yoluyla senet şeklinde yapılmamış olması),

Gerekli şeklin seçilmesine rağmen, bu şeklin gerektirdiği bütün unsurların bulunmaması (örneğin, düzenleme şeklinde yapılmasına rağmen vasiyetnameye iki tanığın katılmasının sağlanmaması),

Noterlik Kanununun 53üncü maddesinin ihlal edilerek, kanunların emredici hükümlerine aykırı işlem yapılması,

İşlemin yapılmasında ilgilinin kimliği ve gerçek iradesinin tespitinde gerekli titizliğin gösterilmemesi,

Yetkinin geçerlik şartı olduğu durumlarda bunun gözetilmeyerek işlem yapılması (örneğin, TMK 764 gereğince, ancak alıcının ikametgahındaki noter tarafından tasdik ve sicile tescille geçerli olabilecek olan mülkiyeti muhafaza kaydıyla menkul mal satım sözleşmesinin başka bir noter tarafından tasdik ve tescil edilmesi),

Vasiyetname tanzim ve tasdiki ile gecikmesinde zarar umulan haller dışında, tatil gün ve saatlerinde işlem yapılmasını yasaklayan Noterlik Kanununun 52. maddesine aykırı hareket etmek,

Kendisi veya işleme katılanlardan birisi açısından bir yasaklılık sebebi bulunduğu halde bunu gözetmeyerek işlem yapmak,

Üçüncü kişilerin kanuna aykırı olarak zararına yol açacak işlemlerde bulunmak,

Mücbir sebepler dışında, kendisine emanet edilen eşya, belge veya parayı gerektiği şekilde saklamamak,⁶²

Sorumluluk doğurabilecek nitelikte sayılan fiiller sınırlı olmayıp örnek olarak belirtilmiştir. Bununla birlikte bir işin yapılmaması, hatalı veya eksik yapılması olarak nitelendirilebilecek işlemlerin tamamı noterin sorumluluğunu gerektirecek fiil şartının gerçekleşmiş sayılması için yeterli olacaktır.

“Temlik işleminin yapılışı BK. 162. maddesine uygundur. Temlik belgesinin bankaya bildirilmesi görevi işlemi yapan davalı notere yüklenmiştir. Davacı bunun için tebliğ giderini de vermiştir. Bu işlemin noter tarafından zamanında yerine getirilmemesi bir kusurdur. Hatta davalı bu yüzden görevi ihmal suçundan mahkum olmuştur. Bu nedenle davalı sorumludur.”⁶³

Noterin sorumluluğunun doğabilmesi için, bir yapma (hatalı ya da eksik yapma) ya da yapmama eylemi (fiili) gerekli olmakla birlikte, yukarıdaki Yargıtay kararında belirtildiği üzere yapılan işlemin devamı niteliğinde olan işlemlerin de yapılmamış olması ya da eksik yahut yanlış yapılması noterin sorumluluğunu gerektirecektir.

4.3.5.6.2. Hukuka Aykırılık

Sorumluluğun doğabilmesi için zararlı sonucun hukuka aykırı bir eylemle meydana gelmesi zorunludur.

⁶² ULUKAPI : Sempozyum, s. 73-74

⁶³ YARGITAY 4. HD., E. 2004/627, K. 2004/10702, T. 28.09.2004

Hukuka aykırılık, hukuka uygunluk sebeplerinin bulunmaması halinde, başkalarına zarar vermeyi yasaklayan ya da doğacak bir zararlı sonucun doğmasını önlemek üzere bir davranışı emreden hukuk kurallarına aykırı her tür davranıştır.

“ Kusura dayanmayan sorumluluk hallerinde, mutlaka hukuka aykırı bir insan davranışının bulunması da şart değildir; başka bir deyimle, eylem ve hukuka aykırılık objektif sorumluluğun zorunlu unsurları sayılamazlar. Gerçi bazı olağan sebep sorumluluklarında hukuka aykırı bir davranışın varlığını saptamak mümkündür. Örneğin objektif özen ödevinin yerine getirilmemesine dayanan sorumluluklarda (BK. md. 55, 56, 58, MK. md. 320 gibi) sorumlu kişinin hukuka aykırı olan yapmama biçiminde bir davranışı söz konusu olur. Bu yüzden bazı yazarlar, hukuka aykırılığı objektif sorumluluğun hem kurucu bir unsur hem de dayanağı saymak yoluna gitmişlerdir.”⁶⁴

“ Özel hukukun kişilere tanıdığı, herkese karşı ileri sürülebilen mutlak haklar, üçüncü kişiler yönünden, uyulması gereken emredici kurallar niteliğindedirler. Böylece, bir kimsenin mutlak hakkına, örneğin mülkiyet hakkına, telif hakkına veya şahsiyet haklarına (vücut bütünlüğüne, şeref ve haysiyetine) saldırı teşkil eden fiiller, daima hukuka aykırı (haksız) fiillerdir.”⁶⁵

“ Yasanın bir yapma, özellikle bir gözetme ödevini yüklediği yerlerde, bunun yerine getirilmemiş olması, yapmama eyleminin hukuka aykırı olması sonucunu doğurur. Şu duruma göre, BK. md. 55’deki sorumluluğun kaynağı kişinin kendi hukuka aykırı eylemidir. Burada, hukuka aykırı eylem, adam kullananın, yasaca yükletilen ödevi yapmamasıdır.”⁶⁶

⁶⁴ TANDOĞAN : (II), s. 23

⁶⁵ REİSOĞLU, Safa : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2006, s. 140

⁶⁶ KARAHASAN : s. 510

“ Ancak, davalı noter, davaya verdiği karşılıkta onansız ve müvekkilin iradesini yansıtmayan eklemenin çalıştırdığı katibi tarafından yapıldığını kabul etmiştir. O halde bunun doğurduğu zararlandırıcı sonuçtan Noter Yasasının 162. maddesi ve Borçlar Yasasının 55. maddesi hükmünce sorumludur. Çünkü davacının zararı iki ayrı kişinin hukuki nitelikleri ayrı iki eyleminden doğmuştur. Davacı telahuk eden hakları nedeniyle eksik zincirlemeye fakat ödetmekte tekrarlamamak koşulu ile bu iki davalıdan isteyebilir. Bu hak açıkça Borçlar Yasasının 51. maddesine dayanmaktadır. Davacının uğradığı zarardan her iki davalı ayrı hukuki sebeple sorumlu olduğu, zarar gerçekleştiği, davacının telahuk eden dava haklarını kullandığı halde mahkemenin aksi görüşle davalılardan Notere yöneltilen davayı red etmesi Yasaya aykırıdır, isteğe hükmedilmelidir. ”⁶⁷

“ Buradaki hukuka aykırılık, noterin, stajyerin veya katibin görevine aykırı hareket etmesi gibi subjektif değil, kişilerin çıkarlarını koruyan hukuk kurallarına aykırılık şeklinde ve tamamen objektif anlamdadır. ”⁶⁸

Noterin, noterlikte yapılan bir işlem nedeniyle meydana gelecek zarardan sorumlu olabilmesi için, kendisinin ya da yanında çalışan kişinin eylemi hukuka uygunluk sebeplerini taşımayan hukuka aykırı bir eylem olmalı, emredici hukuk kurallarına aykırı, başkasına zarar verici eylemleri yasaklayan, hukuk normuyla çatışan bir fiil olmalıdır. Burada, doğrudan veya dolaylı olarak kişilerin mal ve şahıs varlıklarını koruma amacı güden yazılı ya da yazılı olmayan emredici davranış kurallarının ihlali söz konusudur.

⁶⁷ YARGITAY 4. H.D., 1973/3658 E., 1974/16534 K. 04.12.1974 T. Düzenlediği vekaletnameye, müvekkilin iradesini yansıtmayan bir çıkıntının katibi tarafından eklenmiş olması, noterin, müvekkilin zararından sorumlu olmasını gerektirir. Zararın, değişik hukuk nedenleriyle birden çok kimseden istenebilmesi sorumlular arasında eksik zincirleme durumu sağlar ve zarar görenin dava haklarının telahuku durumu meydana gelir.

⁶⁸ ULUKAPI/ATALI : s. 162

4.3.5.6.3. Zarar

NK. m. 162'ye göre, sorumluluğun doğabilmesi için, hukuka aykırı fiille meydana gelmiş bir zararın varlığı şarttır. Eğer, zarar doğmamışsa, sorumluluk da söz konusu olmayacaktır.

Hukukta zarar kavramı, dar ve geniş anlamda olmak üzere iki şekilde kullanılmaktadır. Dar anlamda zarar, teknik anlamda maddi zararı, geniş anlamda zarar ise bir kimsenin mal ya da şahıs varlığında isteği dışında meydana gelen eksilmeyi ifade etmektedir.

Zarar, “ Zarar verici eyleme maruz kalan şahsın mal varlığında zarar verici eylem sonucu meydana gelen durum ile bu eylemden önce mevcut olan durum arasındaki farktır. Maddi zararın varlığı için, zarar verici eylemden önceki duruma nazaran eylemden sonra mal varlığında bir eksilmenin meydana gelmesi gereklidir. ”⁶⁹

“ Noterde vekaletname düzenlenirken, her ne kadar nüfus idaresinden alınmış, resim dışında gerçek malike ait bilgileri içeren, sahteliğinin anlaşılması mümkün olmayan kimlik kullanılmış ise de, noterde kalan vekaletname aslına sahte kimlikteki fotoğrafın aynısı yapıştırılmışken, şahıslara verilen vekaletname örneğine farklı bir fotoğraf yapıştırılmıştır. Bu fotoğraflar karşılaştırmalı olarak incelendiğinde, birbirleri ile önemli derecede farklı oldukları ilk bakışta anlaşılabilir niteliktedir. Tapu Sicil Müdürlüğünde yapılacak alım satım işlemlerinde kullanılacak böyle bir vekaletname düzenlenirken noterlerin tüm dikkat ve özeni göstermeleri gerekir. Nitekim taşınmazların alım satımına ilişkin vekaletnamelere fotoğraf yapıştırılması zorunluluğu da bunun bir gereğidir. Diğer taraftan şahısa verilen vekaletnameye yapıştırılan fotoğrafın, sahtecilik işlemi

⁶⁹ GÖKCAN, Hasan Tahsin : Hukukumuzda Haksız Fiil Sorumluluğu, Ankara 2003, s. 31

yapanlarca tapu kayıtlarındaki gerçek malike ait resimden çoğaltılmış olması tapudaki işlemlerin yapılmasında önemli derecede kolaylık sağlayan bir unsur olmuştur. Belirtilen nedenlerle davalı noterin vekaletnamenin düzenlenmesinde gerekli dikkat ve özeni göstermediği anlaşıldığından doğan zarardan sorumlu tutulması gerekir.”⁷⁰

“ Dosyada örneği bulunan sahte tescil belgesi incelendiğinde, araca ait motor ve şase numaralarının sadece altı ve sekiz haneli rakamlardan ibaret olduğu görülmektedir. Oysa ki, gerçekte motor ve şase numaralarının daha çok sayıdaki harf ve rakam gruplarından oluştuğu bilinmektedir. Bu derece dikkat çeken bir farklılığın noter işlemi sırasında fark edilmemiş olması, davalının dikkat ve özen eksikliğinin olduğunu gösterir. Davacının da bunu fark etmemiş olması, davalının sorumluluğunu tamamen kaldırmaz. Resmi işlem yapma görevini üstlenmiş olan davalının daha fazla bilgi ve tecrübeye sahip olması nedeniyle daha üst düzeyde dikkat ve özen görevi vardır. Bu nedenle davacının kusuru, kamusal bir görev yapan davalı noterin sorumluluğu yönünden illiyet bağıını kesecek ağırlıkta değildir. Bu durum sadece zarardan uygun bir indirim yapma nedeni olabilirse de, davanın tümünden reddini gerektirmez. O halde mahkemece zararın kapsamı belirlenerek davalının sorumluluğuna karar verilmelidir.”⁷¹

Noterin sorumluluğunun doğabilmesi için zararın meydana gelmiş olması şarttır. Ancak, burada söz konusu olan geniş anlamda zarardır. Kişinin hem mal hem şahıs varlığında meydana gelecek bir eksilmenin söz konusu olması zorunludur. Ayrıca, mal varlığında meydana gelen zararı, hem fiili zarar hem de yoksun kalınan kar şeklinde anlamak gerekir. Örneğin, sahte bir vekaletname ile kiraya verdiği bir evi satılan kişinin kiracısı artık kirayı yeni malike ödemeye

⁷⁰ YARGITAY 4. HD. E. 2004/16580, K. 2006/1098.

⁷¹ YARGITAY 4. HD. E. 2007/5873, K. 2008/2288, T. 25.02.2008

başlamışsa ya da sahte bir vekaletname ile kiraya verilen bir aracın satılması halinde, satılan ev veya araç bedeli kadar mal varlığında bir azalma olduğu gibi, evi ya da aracı satılan kişi artık kira alamayacaktır. Bu durumda kişinin malvarlığında meydana gelecek çoğalmanın önüne geçildiğinden, mahrum kalınan kar söz konusu olacak, bu zararın da giderilmesi gerekecektir.

Ayrıca, bir kimsenin şahıs varlığında iradesi dışında meydana gelen eksilmenin de giderilmesi zorunludur. Kişinin, sağlık, ticari itibar, isim, hürriyet, şeref gibi değerleri kişilik haklarını oluşturur ve bunlarda meydana gelecek eksilme manevi zararı oluşturur. Bu zararların da giderilmesi gereklidir. Ancak bu zararlar giderilirken, olayın özelliğine göre tarafların kusur oranına, sıfatlarına, sosyal ve ekonomik durumlarına bakılmalıdır.

4.3.5.6.4. İlliyet Bağı

Noterin doğan zarardan sorumlu olabilmesinin son şartı, meydana gelen zarar ile hukuka aykırı fiil arasında uygun illiyet bağının bulunmasıdır. İlliyet bağı, zarar ile hukuka aykırı fiil arasında bir neden – sonuç ilişkisinin bulunmasına denir.

“ Somut olayda gerçekleşen türden bir sonucu, olayların normal akışına ve hayat tecrübelerine göre, niteliği ve ana temayülü itibariyle meydana getirmeye genel olarak elverişli olan veya bu türden bir sonucun gerçekleşme ihtimalini objektif olarak artırmış bulunan zorunlu şartla söz konusu sonuç arasındaki bağa uygun illiyet bağı denilir. ”⁷²

Yargıtay’ın yerleşmiş içtihatları, ‘ Bir olay hayattaki genel denemelere ve olayların tabii akışına göre diğer bir olayı meydana getirmeye elverişli bulunur,

⁷² EREN : s. 492

diğer deyimle, olayın ortaya çıkması görünüşte söz konusu diğer bir olayın meydana gelmiş olmasıyla kolaylaşmış bulunursa, ilk olay, uygun sebep ve sonuç ölçüsüne göre, ikincisinin nedeni sayılır ' demektedir.⁷³

Meydana gelen zarar ile noterin ya da yanında çalışan stajyer veya personelin hukuka aykırı fiili arasında uygun bir illiyet bağı söz konusu değilse artık sorumluluktan söz edilemeyecektir.

“ Hukuki sorumlulukta sorumluluk; ister sözleşme dışı sorumluluğa, ister sözleşme sorumluluğuna, ister kusur sorumluluğuna, ister sebep sorumluluğuna (kusursuz sorumluluğa) dayansın, illiyet bağının varlığı mutlaka aranır. Bunlardan sadece sebep sorumluluğunda illiyet bağı, kusur sorumluluğuna oranla daha fazla önem taşımaktadır. Zira burada illiyet bağı ön plana geçmekte, sorumluluk, kusura değil; belirli bir olay veya tehlike ile gerçekleşen zarar arasındaki sebep-sonuç bağına dayanmaktadır.”⁷⁴

İlliyet bağı sorumluluğun asli şartıdır. Sorumluluğun tüm hallerinde uygun illiyet bağı; zarar görenin ağır kusurunun bulunması, üçüncü kişinin illiyet bağını kesebilecek nitelikte ağır kusurunun bulunması veya zararlandırıcı sonucun meydana gelmesinde beklenmeyen bir halin varlığı durumunda kesilecektir.

İlliyet bağının kesilmesi halinde artık sorumluluktan söz edilemeyecektir. “ Zarar tapu sicilinin tutulmasından değil, sicilin düzenlenmesinden kaynaklanmaktadır. Medeni Kanununun 1007. (Eski m. 917) maddesindeki sorumluluk kusursuz sorumluluktur. Zarar görenin illiyet bağını kesecek nitelikte kusuru olmadığı, zararın bir üçüncü kişinin eyleminden kaynaklandığı ve bu kişinin ağır kusurunun sorumluluğu oluşturan illiyet bağını kestiği kabul edilmelidir. Yukarıda açıklanan olgular itibariyle usulsüz işlemin

⁷³ YHGK. 9.4.1964 T. ve 538 S. Karar, 4. HD. 13.9.1988 T. , E. 4147, K. 7408

⁷⁴ EREN : s. 488

noterde sahte olarak düzenlenmiş vekaletnameden kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Diğer bir anlatımla, zarar tapu sicilinin tutulmasından değil, sicilin düzenlenmesinde etken olan vekaletnameden kaynaklanmaktadır. Medeni Kanununun 917. (yeni m. 1007.) maddesinde sorumluluğun, tapu sicilinin tutulmasından kaynaklandığı belirlenmiştir. Maddede öngörülen sorumluluk, kusursuz sorumluluktur. Diğer bir anlatımla zarar gören davalının kusurunu kanıtlamak zorunda değildir. Davalı da kusuru bulunmadığı savunmasının ötesinde uygun illiyet bağının kesildiğini kanıtlamak zorundadır. Kusursuz sorumlulukta illiyet bağının kesilebilmesi için zarar görenin ağır kusurunun bulunması veya üçüncü bir kişinin illiyet bağını kesebilecek nitelikte ağır kusurunun olması veya hakkında zararlandırıcı sonucun meydana gelmesinde öngörülme­yen bir halin bulunması gerekmektedir. Somut olayda zarar gören davacının illiyet bağını kesebilecek ölçüde kusurunun olmadığı yine öngörülme­yen bir durumda bulunmadığı görülmektedir. Ne var ki, gerek savcılık soruşturmasında, gerekse tapu iptaline ilişkin dava dosyasında zararlandırıcı sonucun ortaya çıkmasında bir üçüncü kişinin hukuka aykırı eyleminin bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu kişinin suç teşkil eden ve ağır kusuru oluşturan eylemi açıktır. Şu haliyle sorumluluğu gerektiren illiyet bağının kesildiği kabul edilmelidir.”⁷⁵

“ Kusursuz sorumlulukta, illiyet bağının kesilebilmesi için zarar görenin ağır kusurunun bulunması veya üçüncü bir kişinin illiyet bağını kesebilecek nitelikte ağır kusurunun olması veya hakkında zararlandırıcı sonucun meydana gelmesinde öngörülme­yen bir halin bulunması gerekmektedir. Diğer bir anlatımla, zarar gören, davalının kusurunu kanıtlamak zorunda değildir. Davalı da kusuru bulunmadığı savunmasının ötesinde uygun illiyet bağının kesildiğini kanıtlamak

⁷⁵ YARGITAY 4. HD. E. 2004/11409, K. 2005/5780, T. 30.05.2005

zorundadır. Somut olayda zarar gören davacının illiyet bağına kesebilecek ölçüde kusurunun olmadığı, yine öngörülme­yen bir durumun da bulunmadığı görülmektedir. Ne var ki, gerek ceza dosyasında gerekse tapu iptaline ilişkin dava dosyasında zararlandırıcı sonucun ortaya çıkmasında bir üçüncü kişinin hukuka aykırı eyleminin bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu kişinin suç teşkil eden ve ağır kusuru oluşturan eylemi açıktır. Şu haliyle sorumluluğu gerektiren illiyet bağına kesildiği kabul edilmelidir. Yapılan bu açıklama ile olayda zarar, hukuka aykırı eylem bulunmakta ise de kusursuz sorumlu olan davalının sorumluluğunu gerektirecek uygun illiyet bağına bulunmadığı görülecektir. Aksi bir sonuç kusursuz sorumluluğun ötesinde bizi sebep sorumluluğuna götürür ki davanın dayanağını teşkil eden MK.’nın 1007. maddesi sebep sorumluluğunu öngörmemiştir.”⁷⁶

Zarar görenin ağır kusuru ya da üçüncü kişinin ağır kusuru ile beklenmeyen bir halin varlığı durumunda illiyet bağı kesildiğinde artık sorumluluktan söz edilemeyecektir.

“ Satışa konu ‘İlişik Kesme’ belgesi üzerinde tahrifat yapıldığı çıplak gözle bile rahatlıkla görülebilmekte olup, araç satın alan davacının bu belgedeki tahrifatı görmemesi mümkün değildir. Oto pazarından bilinmeyen kimseden araç aldığına göre aracın ilgili belgelerini istemesi, incelemesi, bu şekildeki bariz kazıntı ve silinti hallerinde araç hakkında gerekli incelemeyi yapması normal bir alıcıdan beklenen davranış biçimidir. Şu durumda bu konularda davacının dikkatsiz ve tedbirsiz davrandığı, dolayısıyla kusurlu olduğunun kabulü gerekir.”⁷⁷

⁷⁶ YARGITAY HUKUK GENEL KURULU, E.2004/4-526- K. 2004/589,10.11.2004 T.

⁷⁷ YARGITAY 4. HD., E. 2004/16831- K. 2005/13312, T. 08.12.2005

“ Vekaletnamenin gerçeğe aykırı olduğu olayda gerçekleşmiştir; tapudaki işlem bu vekaletname dayanak yapılmak suretiyle yapılmıştır. O halde zarara sebebiyet verme durumu söz konusudur. Bu nedenlerle vekaletnameyi düzenleyen noterin sorumluluğunun kabulü gerekir.⁷⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bu kararını illiyet bağı açısından isabetsiz bulmaktayız. Zira, işleme dayanak yapılan vekaletname sahte değil de gerçek olsaydı bile, yapılan işleme ilişkin bir yetkiyi içermemesi karşısında tapu memurunun ilgili işlemi yapmaması gerekirdi. Çünkü gerekli yetkiyi taşımayan bir vekaletname ilgili işlemin yapılmasına yeterli değildir. Sırf sahte olması, aynı yetkiyi taşımayan bir vekaletnameye, ilgili işlemin yapılmasına yeterli olması vasfını kazandırmaz. Bu nedenle, gerçek olsaydı bile illiyet bağının kurulmasına yeterli olmayan bir vekaletnamenin sahte olması durumunda illiyet bağının kurulmasına yeterli olacağını düşünmek mümkün değildir. Gerçek de olsa, sahte de olsa, gerekli yetkiyi taşımayan bir vekaletnameye dayanarak işlem yapılmaması gerekirdi. Aslında olayda değerlendirilmesi gereken husus sahtelik değil, vekaletnamenin gerekli yetkiyi kapsayıp kapsamadığıdır. Eğer sahte vekaletname ilgili işlem için gerekli yetkiyi ihtiva etseydi, meydana gelen zararlar vekaletnamenin düzenlenmesi arasında illiyet bağının bulunduğu söylenebilirdi. Dolayısıyla bundan noterin sorumluluğu da söz konusu edilemez. Meydana gelen zarara noterin hukuka aykırı bir işlemi değil de, noter gibi davranan başka bir kimsenin yaptığı işlem neden olmuşsa, bu durumda da noterin sorumlu tutulmayacağı açıktır. ”⁷⁹

“ Dava konusu satış işlemi sırasında kullanılmış olan ve Emniyet Müdürlüğüne düzenlenmiş olduğu anlaşılan Motorlu Araç Tescil Belgesinde aracın markası ile modeli yazılı olmadığı için satış işleminin yapılmaması

⁷⁸ HGK. , 8.11.1978, 1977- 4/1268/1978-972

⁷⁹ ULUKAPI : Sempozyum, s. 75-76

gerekirken davalı noterin bu belgeye göre satış işlemini yapmış olması nedeniyle zarardan sorumlu olduğuna karar verilmiştir. Oysa ki satışı yapılan aracın Motorlu Araç Tescil Belgesinde yazılı araç olmadığı hakkında bir iddia yoktur. Kaldı ki, aynı araca ait ve yine satış sırasında ibraz edilmiş olan Motorlu Araç Trafik Belgesinde araca ait marka ve model bilgileri bulunduğu gibi birlikte kullanılan bu iki belgedeki diğer tüm bilgiler de birbirini tutmaktadır. Davacıya satılan aracın her iki belgede yazılı araç olduğu konusunda bir uyuşmazlık da yoktur. Bu nedenlerle Motorlu Araç Tescil Belgesinde şekli bazı eksiklikler davalı noterin satış işlemini yapmamasını gerektirmez. Satış işleminde kullanılan sürücü belgesinin sahte olduğu da anlaşılamamıştır. Bu halde davacının zarar görmesinde davalının herhangi bir kusurunun bulunduğu da kanıtlanmış değildir. Dava dışı üçüncü kişilerin haksız eylemleri ile davacının zarara uğradığı ve davalının bu kişilerle hukuki veya fiili ilişkisinin bulunduğu konusunda herhangi bir iddia ve delil de bulunmadığına göre hakkındaki davanın reddedilmesi gerekir. »⁸⁰

“ Noterlerin, Noterlik Yasasınının 162. maddesi uyarınca, sorumlu olmaları için kusurlu olmalarının gerekmediği tartışmasızdır. Diğer bir anlatımla, tüm kusursuz sorumluluk hallerinde olduğu üzere, zarar gören, davalının kusurunu kanıtlamak zorunda değildir. Kusursuz sorumluluğun, kusurlu sorumluluktan tek farkı bu noktada toplanmaktadır. Bu bağlamda zarar gören, kusurlu sorumlulukta olduğu üzere zararını, zararlar eylem arasındaki uygun illiyet bağına kanıtlamak zorundadır..... Kusursuz sorumluluğun tüm hallerinde, uygun illiyet bağına zarar görenin veya üçüncü kişinin ağır kusuru ile beklenmeyen bir halin varlığı durumunda kesileceği, gerek teoride ve gerekse yargısal kararlarla kabul edilmiş bulunmaktadır. Aksi halde risk veya şart nazariyesi öne çıkacak ve zararın var

⁸⁰ YARGITAY 4. HD., T. 19.12.2005, E.2005/14432, K. 2005/13760

olduğu her halde, kusursuz sorumlu olanın sorumluluğu yoluna gidilecektir ki böyle bir sonuç, hukukumuzda kabul edilmemiştir. “⁸¹

“ Davalılar Maliye Hazinesi ve Noter T.’nun sorumlulukları Medeni Kanununun 1007. maddesi ve Noterlik Kanununun 162. maddesi gereğince kusursuz sorumluluktur. Diğer bir anlatımla zarar gören bu davalıların kusurunu kanıtlamak zorunda değildir. Bu davalılar da kusurlarının bulunmadığı savunmasının ötesinde uygun illiyet bağının kesildiğini kanıtlamaladırlar. Kusursuz sorumlulukta illiyet bağının kesilebilmesi için zarar görenin ağır kusurunun olması veya üçüncü bir kişinin illiyet bağını kesebilecek nitelikte ağır kusurunun olması veya zararlandırıcı sonucun meydana gelmesinde öngörülmeven bir halin bulunması gerekmektedir. Somut olayda iğfal kabiliyeti bulunan nüfus cüzdanını kullanan üçüncü kişinin bu eylemi ile illiyet bağı kesilmiştir. şu durumda davalılardan Maliye Hazinesi ve Noter hakkındaki davanın reddi gerekirken...”⁸²

Noterin, NK. m. 162 ile getirilen sorumluluktan kurtulabilmesi için en önemli etken illiyet bağının kesilmesidir. İlliyet bağının kesilmesi halinde artık noterin sorumluluğundan söz etmek de mümkün olmayacaktır.

“ Bir güven kurumu olan ve bu nedenle hafif kusurundan sorumlu bulunan bankanın, sahteliği çıplak gözle görülebilecek nitelikte olmayan ve usulüne uygun olarak düzenlenmiş olan vekaletnameye dayanarak yaptığı ödemede kusursuz olduğu saptandığına göre, ödeme nedeniyle oluşan zarardan bankanın sorumlu olduğu kabul edilemez. Noterlik Kanununun öngördüğu düzenlemede noterin kusursuz sorumluluğu kabul edilmiş ise de, zarar ile noterin eylemi arasında uygun nedensellik bağının kesildiği anlaşılırsa, noterin sorumluluğundan söz edilemez. Davalı noter, davacının hesabından para

⁸¹ YARGITAY 4. HD., T. 10.07.2000, E. 2000/6166, K. 2000/6793

⁸² YARGITAY 4. HD., T. 03.04.2006, E. 2006/1956, K. 2006/3585

çekilişinde kullanılan vekaletnameyi tümüyle resmi şekilde düzenlenmiş bulunan ve üzerinde soğuk mühür de olan nüfus cüzdanına ve ibraz edilen imza sirkülerine dayanarak düzenlediğini, bu vekaletnameye dayalı olarak para çekilmesi sonucunda davacının oluşan zararı ile nedensellik bağının nüfus cüzdanının sahte olarak düzenlenmesi nedeniyle kesildiğini, bu durumda NK. 162. maddesinde öngörülen kusursuz sorumluluğun kalktığını savunmuştur. NK. 162. maddesi gereğince, davalı noterin kusursuz sorumluluğu söz konusu ise de, kusursuzluğun ispatı yerine, zarar ile uygun nedensellik bağının kesildiğini kanıtlaması durumunda sorumluluğun ortadan kalkacağı da açıktır.”⁸³

“ Noterlerin göreve ilişkin kişisel sorumlulukları, kusursuz sorumluluk esasına göre düzenlenmiş bulunmaktadır. Ne var ki, doktrinde de değinildiği üzere, kusursuz sorumlulukta da zarar görenin veya üçüncü kişinin ağır kusurunun veya mücbir sebep halleri gibi illiyet bağını kesen bir durumun varlığının kanıtlanması halinde sorumluluktan kurtulunabilecektir. Olayda, dava konusu vekaletnamenin gerçeğe aykırılığı belirlenemeyen ve üçüncü kişice gerçekleştirilen sahte nüfus cüzdanına dayanılarak gerçekleştirildiği anlaşılınca, olayda noterin sorumluluğunu gerektiren uygun illiyet bağı kesilmiş bulunmaktadır.”⁸⁴

Yukarıda incelenen Yargıtay’ın yerleşmiş içtihatları doğrultusunda, noterlerin sorumluluğunun doğabilmesi için, meydana gelen zarar ile noterin ya da yardımcısının hukuka aykırı fiili arasında uygun bir illiyet bağının bulunması zorunludur. İlliyet bağının bulunmaması halinde, ya da zarar görenin veya üçüncü kişinin illiyet bağını kesebilecek nitelikte ağır kusurunun bulunması ya da zararlandırıcı sonucun meydana gelmesinde öngörülme bir halin bulunması

⁸³ Yargıtay 11. HD. E. 2006/12186 – K. 2006/ 13739

⁸⁴ Yargıtay 11. HD. E. 19918/ 5299 – K. 1998/ 8321

hallerinde artık sorumluluktan söz edilemeyecektir. Örneğin, noterlikte taşınmaz satış vekaletnamesi düzenlemek isteyen ilgilinin taşınmazın tapu kayıtlarını verirken yanlışlıkla çok daha değerli bulunan başka bir taşınmazın kayıtlarını vermesi ve düzenlenen bu vekaletname sonucunda satmayı düşünmediği daha değerli taşınmazın satılması halinde, yapılan işlem (fiil) ile doğan zararlı sonuç arasında uygun bir illiyet bağının varlığı tartışmalıdır. Bu durumda, zarar görenin ağır kusuru uygun illiyet bağını kestiğinden artık noterin sorumluluğu da söz konusu olmayacaktır.

Zaten, noterin sorumluluktan kurtulabilmesinin tek yolu, illiyet bağını kesen bir halin bulunmasıdır. Noter, sorumluluktan, kurtuluş kanıtı sunarak değil, ancak illiyet bağının bulunmadığını ya da kesildiğini kanıtlayarak kurtulacaktır. İlliyet bağının bulunmaması ya da kesilmesi halinde Noterlik Kanunu ile getirilen ağır sorumluluktan kurtulma şansı elde edilebilecektir..

4.4. Hukuki Sorumluluğun Hüküm ve Sonuçları

4.4.1. Genel Olarak

Adam çalıştıran, kusursuz sorumluluğun şartları gerçekleştiğinde, doğan zararı tazmin etmek zorunda kalacaktır.

Genel olarak noterlerin hukuki sorumluluğu bir olağan sebep sorumluluğu olarak düzenlenmiştir. Noterin hukuki sorumluluğu belirlenirken zararın noterin ya da personelin yaptığı işlemde doğup doğmadığına bakılması çok önemli değildir. İş sahibinin ya da üçüncü kişinin zarar görüp görmediğinin de sorumluluğun tazmini anlamında fazlaca önemi yoktur. Bu ayırım, olsa olsa noterin sorumluluğu belirlenirken sorumluluğun dayanağı anlamında önem taşır.

Noterin noterlikte yaptığı bir işlemde dolayı sorumluluğu, iş sahibine karşı sözleşmeye dayanan bir olağan sebep sorumluluğu, üçüncü kişilere karşı sözleşme dışı bir haksız fiil sorumluluğu, çalışan personelin yaptığı bir işlemde dolayı bir zarar doğması durumunda, sorumluluğun dayanağı olarak bir adam çalıştırma ilişkisinden kaynaklanan adam çalıştırmanın sorumluluğu hükümlerine göre sorumluluk doğmasına rağmen, NK. m. 162 ile getirilen düzenleme karşısında artık özel hüküm olarak bu madde uygulanacak ve bu madde ile notere kurtuluş kanıtı getirme imkanı tanınmadığı için sorumluluk bir ağırlaştırılmış olağan sebep sorumluluğu olarak değerlendirilecektir. Noterin sorumluluğu ağırlaştırılmış bir olağan sebep sorumluluğu olarak kabul edildiğinde artık noter, kusursuz olduğunu değil, zarar ile eylemi arasında uygun bir illiyet bağının bulunmadığını ya da illiyet bağının kesildiğini kanıtlayacaktır. Noter, ancak illiyet bağının zarar görenin ağır kusuru sonucu kesildiğini veya üçüncü kişinin illiyet bağını kesebilecek nitelikte ağır kusurunun bulunduğunu ya da hakkında zararlandırıcı sonucun meydana gelmesinde öngörülmeleyen bir halin bulunduğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulabilecektir.

Her ne kadar, NK. 162. maddesinde noterin kusursuz sorumluluğu düzenlenmiş ise de, noterin yanında çalışan stajyer ve personelin sorumluluğu ile ilgili olarak herhangi bir düzenleme yapılmamış, ikinci fıkrada ise noterin zarara sebebiyet veren stajyer veya personeline rücu ilişkisine yer verilmiştir.

4.4.2. Zarar ve Tazminatın Hesaplanması

Tazminatın hesabında, meydana gelen zarar miktarı esas alınacaktır.

Dar anlamda zarar, teknik anlamda maddi zararı, geniş anlamda zarar ise bir kimsenin mal ya da şahıs varlığında isteği dışında meydana gelen eksilmeyi ifade etmektedir.

“ Geniş anlamda, bir varlığın değerinde o varlığa sahip olan kimsenin isteği dışında, meydana gelen eksilme zarar diye nitelenir. Varlık kavramı ise, maddi bir malı, bir şeyi, öte yandan manevi bir şeyi (örneğin, şeref ve onur, ün, namus, sağlık, ruhsal huzur ve denge) yi kapsar. Geniş anlamda zarar, kişinin isteği dışında, gerek malvarlığında ve gerekse kişi varlığında (malvarlığı dışındaki hukuksal değerlerde) meydana getirilen bir eksilmedir. ”⁸⁵

Zarar gören zararını kanıtlamak zorundadır. BK. m. 42, ‘Zararı ispat etmek müddeiye düşer ‘ şeklinde ifade etmiştir. Ancak YBK. m. 50, ‘Zarar gören zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır.’ şeklinde maddeyi yeniden düzenlemiştir. Zararın gerçek miktarını belirlemek mümkün değilse, hakim zarar miktarını, olayların olağan akışı ve zarar görenin aldığı tedbirleri göz önünde bulundurarak hakkaniyete uygun olarak belirler. (BK. m. 42, YBK. m. 50/II)

Zararın hesaplanmasında, olayın meydana geldiği an yani haksız fiilin işlendiği an esas alınacaktır. Zarar gören kişinin talep etmesi halinde, tazminat alacağına gecikme faizi istenmesi mümkündür.

Ancak zarar hesaplanırken, BK. m. 43 ve 44 (YBK. m. 51 - 52) göz önünde bulundurularak zarar görenin ortak kusuru, zarara razı olması, zarar doğurucu işlem sonucu elde ettiği menfaatler dikkate alınarak tazminatta indirim yoluna gidilebilecektir.

⁸⁵ KARAHASAN : s. 79

4.4.3. Zamanaşımı

Tazminata ilişkin zamanaşımı süreleri Borçlar Kanunu'nda özel olarak düzenlenmiştir.

BK. m. 60 gereğince, haksız fiillerden doğan davalarda zarar görenin zararı ve faili öğrendiği andan itibaren bir yıl ve her halde zarara neden olan fiilin vukuundan itibaren on yıldır.

BK. m. 60, bir ve on yıllık zamanaşımı sürelerinin yanında üçüncü olarak da, ceza zamanaşımı ile ilgili düzenleme yapmıştır. Tazminatın, ceza kanunlarınca daha uzun bir zamanaşımını öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden kaynaklanması halinde, ceza zamanaşımının uygulanacağını hükme bağlamıştır.

Ancak, Yeni Borçlar Kanunu m. 72 ile BK. m. 60'ta olan bir yıllık zaman aşımı süresi iki yıla çıkartılmıştır.

“Şayet vekaletname davalı noter tarafından düzenlenmişse, Noterlik Yasasının 162. maddesinde ifadesini bulan hukuki sorumluluk için, genel zamanaşımı süresinin uygulanması gerekir. Bu bağlamda düzenlenen ve sahte olduğu iddia edilen vekaletname bizzat noter tarafından düzenlenmişse artık noter hakkında ceza zamanaşımı değil, BK.nun 60. maddesinde belirtilen genel zamanaşımı uygulanacaktır. Ceza zamanaşımı, suç teşkil eden eylemi bizzat yapan hakkında uygulanır. Şu durum karşısında vekaletname aslı getirtilip kim tarafından düzenlendiği incelenip araştırılarak ceza veya hukuk zamanaşımı sürelerinden hangisinin uygulanacağını buna göre değerlendirilerek varılacak uygun sonuç çerçevesinde bir hüküm kurulması gerekirken...”⁸⁶

⁸⁶ YARGITAY 4. H.D., E. 2001/3236, K. 2001/4369, T. 30.04.2001, ‘Sahteliği iddia edilen vekaletnamenin bizzat davalı noter tarafından mı, yoksa başka bir noterlik görevlisi tarafından mı düzenlendiği araştırılmalı; bizzat noter tarafından düzenlenmediğinin anlaşılması halinde, noter

NK. m. 162 ile ilgili olarak istenecek tazminat taleplerinde BK. m. 60 (YBK. m. 72) gereğince genel zamanaşımı uygulanacak, ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, işlemi yapana göre artık daha uzun olan bu zamanaşımı süresi uygulanacaktır. (BK. m. 60/II, YBK. m. 72/I)

4.4.4. Taraflar

Açılacak tazminat davasında taraflar NK. m. 162 gereğince noter ve işlem yaptıran taraf (ilgili) ya da bu işlem nedeniyle zarara uğrayan üçüncü kişidir.

NK. m. 162/I' de noterin doğan zarardan kusursuz sorumluluğu hükme bağlanmış ancak ikinci fıkrada noterlikte çalışan yardımcının sebebiyet verdiği zararın ödenmesi sonucu noterin zarara sebebiyet veren çalışanına rücu ilişkisi düzenlenmiştir. Bu hüküm karşısında, noter ile birlikte yanında çalışan stajyer veya personelini doğrudan davalı olarak göstermek mümkün olamayacaktır.

Davada, Adalet Bakanlığı ya da Türkiye Noterler Birliği de davalı olarak gösterilemez.

4.4.5. Yetkili ve Görevli Mahkeme

Noterin hukuki sorumluluğuna ilişkin olarak açılacak davalarda genel mahkemeler görevlidir.

hakkında ceza zamanaşımının değil, BK.nun 60. maddesinde yazılı genel zamanaşımının uygulanacağı düşünülmelidir.'

Yetkili mahkemeler ise, haksız fiilin işlendiği yer olan noterliğin bulunduğu yer mahkemeleridir. Ancak, bu yetki özel bir yetki olduğundan, davalı noterin ikametgahı mahkemesi de genel yetki çerçevesinde yetkilidir.

“ Dava konusu zarara neden olan taşıt satış sözleşmesi davanın açıldığı Edremit’te yapılmış ve zarar da aynı yerde doğmuştur. Zarar iddiaya göre davalının hukuka aykırı eyleminden doğmuştur. Bu duruma göre HUMK.’nun 21. maddesi uyarınca haksız eylemin olduğu ve zararın ortaya çıktığı yer mahkemesi de yetkilidir. Bu nedenle davanın yetkili mahkemede açıldığı anlaşıldığından yetkisizlik itirazının reddi ile işin esasının incelenmesi gerekirken... ”⁸⁷

“ Birden fazla davalıya karşı, davalılardan birinin ikametgahı mahkemesinde dava açılabileceğine ilişkin kuralın istisnalarından birisi, ortak yetkili mahkeme bulunması durumudur. Dava sebebine göre davalıların tamamı hakkında ortak yetkili mahkeme varsa, davalılardan birinin ikametgahı mahkemesinde dava açılmaz. HUMK.nun 21. maddesi gereğince, haksız eylem birden fazla kişi tarafından işlenmişse ortak yetkili mahkeme haksız eylemin işlendiği yer mahkemesidir. Anılan yasa maddesi HUMK.nun 9. maddesine göre daha özel bir yetki kuralı içermektedir. Somut olayımızda noterde sahte nüfus cüzdanı kullanılarak vekaletname düzenlenmesi ve bu vekaletname ile banka şubesinden para çekilmesi şeklindeki haksız eylemler İstanbul İli içinde gerçekleşmiştir. Ortak yetkili mahkemenin haksız eylemin gerçekleştiği yer mahkemesi olduğu benimsenerek yetki itirazının kabulü ile Kadıköy Asliye Hukuk Mahkemesince yetkisizlik kararı verilmesi gerekirken... ”⁸⁸

⁸⁷ YARGITAY 4. HD., E. 2003/16353, K. 2004/1080, T. 09.02.2004

⁸⁸ YARGITAY 4. HD., E. 2003/8610, K. 2003/10502, T. 23.09.2003

4.4.6. Rücü Hakkı

NK. m. 162/II :

Noter birinci fıkra gereğince ödediği miktar için, işin yapılmaması, hatalı yahut eksik yapılmasına sebep olan sajyer veya noterlik personeline rücu edebilir.

Bu fıkroda, noterin personeline ya da stajyerine rücu edebilmesi için kusurdan söz edilmemiştir.

Ancak, adam çalıştıranın zarara sebebiyet veren çalışanına rücu hakkı BK. 55. maddesinin son fıkrasında da düzenlenmiştir.

‘ İstahdam eden kimsenin, zamin olduğu şey ile zararı ika eden şahsa rücu hakkı vardır ’ şeklindeki düzenleme Yeni Borçlar Kanunu m. 66/son’a karşılık gelmektedir.

Bu maddeye göre (YBK. m. 66/son) ise, ‘Adam çalıştıran, ödediği tazminat için, zarar veren çalışanına, ancak onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde rücu hakkına sahiptir’ şeklindedir. Buradaki düzenleme adam çalıştıranın sorumluluğuna daha uygundur. Eski düzenlemede, ‘zamin olduğu şey’ denilerek yanında çalışanına ödediği miktar kadar için, yani tam rücu anlatırken, yeni düzenleme ile ‘bizzat sorumlu olduğu ölçüde’ denilerek tazminatın kusur oranına göre paylaşılması yoluna gidilmiştir. Örneğin adam çalıştıran, yanında çalıştırdığı yardımcısına yanlış talimat vererek kusur işlemişse, ya da yardımcı kişi, adam çalıştıranın direktifleri doğrultusunda işi kusurlu olarak tamamlamış ve bir zarar meydana gelmişse, artık burada rücu hakkı kusurun ağırlığına göre kısmen ya da tamamen ortadan kalkabilecektir.

“ Daha önce de belirtmiş olduğumuz gibi, noterin, noterlik personelinin vermiş olduğu zararlardan sorumluluğu da niteliği itibariyle Borçlar Kanununun 55nci maddesi anlamında adam çalıştıranın sorumluluğudur. O halde, burada da

söz konusu fıkradaki ‘sebepl olan’ ifadesini ‘kusurlu davranışıyla sebepl olan’ şeklinde anlamak gerekmektedir. Noterin, kusurlu davranışıyla tazminat ödemesine sebepl olan stajyer veya noterlik personeline, ancak ödediği miktar için rücu edebilmesi her ne kadar söz konusu fıkroda belirtilmemişse de, bu hem işin niteliği hem de Borçlar Kanununun 55nci maddesinin bir gereğidir. Noter, stajyer veya katibine yanlış talimat vermek gibi bir kusuru bulunmaktaysa, rücu hakkı bu kusurun ağırlığı oranında tamamen veya kısmen ortadan kalkabilir. ”⁸⁹

Noterin NK. m. 162/II’ye göre ödediği miktar için stajyerine veya personeline rücu etmesi durumunda zamanaşımı süreleri stajyer veya personel için ayrı ayrı uygulanacaktır.

Noter ile çalıştırdığı personel arasındaki ilişki bir hizmet sözleşmesine dayanmaktadır. Bu nedenle, personel, noter ile arasındaki hizmet ilişkisini ihlal ederek üçüncü kişiye zarar vermiştir. Bu halde, rücu davasındaki zaman aşımı, noter ile personel arasındaki ilişki bir hizmet sözleşmesine (sözleşme ilişkisine) dayandığından, tazminatın ödendiği tarihten itibaren on yıldır.

Noter ile stajyer arasında bir hizmet sözleşmesi söz konusu olmadığından, stajyerin kusurlu davranışı sonucu tazminat ödeyen noter, stajyere ancak NK. m. 162/II doğrultusunda ancak haksız fiil hükümleri uyarınca BK. 41 vd maddelerine göre rücu edebilir. Bu durumda zaman aşımı süresi, tazminatın ödenmesinden itibaren bir yıl ve her halde on yıldır. (BK. m. 60)

“Dava, banka görevlisi davalıların dikkat ve özen eksiğinden doğan zararın ödetilmesi isteğine ilişkindir. Mahkemece davanın reddine karar verilmiş ve karar davacı tarafından temyiz edilmiştir. Davacı banka, sahte vekaletname ile şubelerinden para çekilmesi olayında, davalıların dikkat ve özen eksiği olduğu

⁸⁹ ULUKAPI/ATALI : s. 166

iddiasıyla, doğan zarardan sorumlu tutulmalarını istemiştir. Dava dosyasında bulunan bilgi ve belgelerden, dava konusu işlemde kullanılan vekaletnamede yer alan kimlik ve banka hesap bilgileri, hesap sahibinin banka kayıtlarındaki bilgileri ile büyük oranda uyum göstermektedir. Vekaletnamenin hazırlanış şekli itibariyle noterde düzenlenen vekaletnamelerde bulunması gereken tüm unsurları taşımakla birlikte, işlem sırasında bankaya sunulmuş olan vekaletnamedeki doğum tarihi ve düzenleme tarihleri üzerinde ilk bakışta bile fark edilen düzeltmeler bulunmaktadır. Bu duruma göre, davalıların üzerinde düzeltme yapılmış olan bu vekaletnameyi geçerli kabul etmek suretiyle, hiçbir ek araştırma ve inceleme yapmadan ödeme yapmış olmaları kusurlu bir davranıştır. Dava konusu ödemenin büyüklüğü, hesaptaki tüm paranın çekiliyor olması ve davalıların kendi beyanlarına göre bile parayı çeken şahsın heyecanlı tavırlar sergilemiş bulunması karşısında, hiçbir şüphe duymadan hesaptaki tüm parayı ödemiş olan davalılar bu eylemlerinden doğan zarardan sorumlu tutulmalıdır. O halde, davalıların eyleminden kaynaklanan zararın kapsamı belirlenerek sonucuna göre bir karar verilmelidir.”⁹⁰

Her ne kadar, adam çalıştırmanın yanında çalıştırdığı yardımcısının kusurlu eylemlerinden doğan zararlardan dolayı ödediği miktarı çalışanına rücu etmesi BK. m. 55/son (Yeni BK. m. 66/son) da düzenlenmiş ise de, Kanun Koyucu Borçlar Kanununun genel kuralları yanında NK. 162. maddesinin ikinci fıkrası ile de özel bir düzenleme yapmış ve ‘ noter, ödediği miktar için, işin yapılmaması, yahut eksik yapılmasına sebep olan stajyer veya noterlik personeline rücu edebilir’ diyerek rücu ile ilgili olarak çalışanın sorumluluğunu ağırlaştırmıştır.

⁹⁰ YARGITAY 4. HD., E. 2006/2193, K. 2007/1807, T. 19.02.2007

Oysa ki, noterlikte çalışan personelin ekonomik gücü göz önünde bulundurulduğunda noter tarafından ödenen tazminatın, çoğu zaman rücu yoluyla personelden tahsil edilmesi mümkün görülmemektedir. Bu nedenle noter tarafından ödenen tazminatın rücu yoluyla noterlikte çalışan ve ödeme gücü fazla olmayan personelden, hele hele stajyerden istenmesi çoğu zaman sonuçsuz kalan dava ve takiplere neden olmaktadır.

4.5. Noterlerin Disiplin Sorumluluğu

Noterlerin disiplin sorumluluğu ile ilgili hükümler, NK. m. 197/I gereğince noter vekilleri ve geçici yetkili noter yardımcıları için de uygulanır.

NK. m. 125 :

“ Meslekin vakar ve onuruna aykırı eylem ve hareketlerde bulunanlarla, görevlerini yapmayan veya kusurlu olarak yapan yahut da görevinin gerektirdiği güveni sarsıcı hareketlerde bulunan noterler hakkında, noterlik hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesi amacı ile, durumun niteliğine ve ağırlık derecesine göre aşağıdaki maddede yazılı disiplin cezaları verilir. ”

Bu maddede yazılı durumlara örnek olarak ;

Harç, damga ve değerli kağıt bedellerini zamanında yatırmamak, bunlarla ilgili beyannameleri zamanında vermemek,

Noter odası tarafından belirlenen ortak işlemlere ilişkin avansı ve gelir tutarını süresi içinde yatırmamak,

Noterlik görevi ile birleşmeyen ve noterlerin yasaklı oldukları işleri yapmak,

İzin kullanırken izin süresini geçirmek,

Meslek sırlarını ifşa etmek,

Evrak ve defterlerin gizliliğine aykırı hareket etmek,
Noterliğin yetki çevresi içerisinde bulunmayan işleri yapmak,
Yasaklı olduğu işlemleri yapmak,
Kanunların emredici hükümlerine uymamak,
Noterlik dairesi personeli üzerinde gözetim ve denetim görevini yapmamak,
Tatil gün ve saatlerinde iş yapmak,
Hizmetlileri katip olarak kullanmak,
Geçerli bir engeli bulunmadığı halde Türkiye Noterler Birliği Kongresinin ve Noter Odasının seçimle ilgili toplantılarına katılmamak ve oy kullanmamak, sayılabilir.

Bu durumlarda noterlere verilecek cezalar NK. m. 126'da belirtilmiştir.

NK. m. 126 :

“ Noterler hakkında verilecek disiplin cezaları şunlardır :

A) Uyarma : Notere görevinde daha dikkatli davranması gerektiğini yazı ile bildirmektir.

B) Kınama : Notere, görevinde veya davranışında kusurlu sayıldığını yazı ile bildirmektir.

C) Para Cezası : 250 liradan 5000 liraya kadardır.

D) Geçici olarak işten çıkarma : Noteri, sıfatı saklı kalmak şartıyla bir aydan altı aya kadar görevinden uzaklaştırmaktır.

E) Meslekten çıkarma : Bir daha atanmamak üzere noterlikten çıkarmaktır. ”

BEŞİNCİ BÖLÜM

5. SORUMLULUĞA KARŞI ALINAN ÖNLEMLER

5.1. Genel Olarak

Noterin hukuki sorumluluğu nedeniyle ödemek zorunda kalacağı tazminatın sınırını belirlemek mümkün değildir. Örneğin, sahte olarak bir taşınmaz satış vekaletnamesinin düzenlenmesi sonucu satılacak taşınmaz nedeniyle noterin ödemek zorunda kalacağı meblağın taşınmazın bulunduğu şehir ve mevkisine göre değişeceği tartışmasızdır. Bu durumda hukuki sorumluluk nedeniyle ödenmek durumunda kalınacak meblağın belirlenmesi, noterin bu meblağı kendi mal varlığından ödeyip ödeyemeyeceği ya da zarara uğrayanın zararının tazmin edilebilir edilemeyeceği önem kazanmaktadır.

Bu nedenle, noterin hukuki sorumluluğu nedeniyle ödemek zorunda kalacağı tazminatın başka kişi ya da kurumlar tarafından ödenebilmesi gereği ortaya çıkmaktadır.

5.2. Alınan Önlemlerin Çeşitleri

Noterin hukuki sorumluluğu nedeniyle ödemek zorunda kalacağı tazminatın başkaları tarafından ödenebilmesi için NK.nda düzenleme yapılmış ve çeşitli önlemler alınmıştır.

5.2.1. Noterlik Kanunu m. 38

NK. m. 38-I-III-V

“ Noterlik mesleğine girenler, göreve başladıkları tarihten itibaren iki ay içinde, noterliğin bir yıllık gayrisafi gelirinin %5’i nispetinde teminat verirler. Teminat yalnız para olabilir.

Noterler, ilk yılı takibeden yıllarda da bir evvelki yıla ait fiili gayrisafi gelirlerinin %1’ini o yılın şubat ayı sonuna kadar teminat olarak verirler.

Teminat parası noterlerin görevleri dolayısıyla sebep olabilecekleri zararlara ve bu yüzden haklarında verilebilecek para cezasına karşılık teşkil eder. Bu paralar başkasına temlik ve terhin edilemez. Haciz, 49ncu madde gereğince, devir işlemi sırasında alıkonulacak miktardan artakalanı için mümkündür. ”

Noterlik Kanunu Yönetmeliği m. 76/III’te bu paraların yatırılırken izlenmesi gereken yol belirtilmiş, hesap açılırken (Adalet Bakanlığı ve Cumhuriyet Savcılığı’ndan talimat verilmedikçe bu hesaptan para çekilemez) şerhinin konulması şartı getirilmiş, böylece teminat parası ile ilgili hesap üzerindeki hakimiyet notere bırakılmamıştır.

Teminat miktarının ilk başta (%5 gibi) düşük tutulması ve yıllar içinde hesapta birikecek tutarın (%1 gibi) az olması zarara uğrayanın zararının ne kadarının tazmin edilebileceği yolunda ciddi şüphelerin doğmasına neden olmaktadır.

Ayrıca bu hesapta biriken tutarın düşüklüğü yanında bu hesapta biriken paranın noter için değil, zarara uğrayan tazminat alacaklıları için güvence oluşturduğu açıktır.

5.2.2. Türkiye Noterler Birliği Hukuki Sorumluluk Fonu

Türkiye Noterler Birliği, tazminat ödemek zorunda kalan noterleri korumak amacıyla, ‘Türkiye Noterler Birliği Hukuki Sorumluluk Fonu’ adı altında bir fon kurmuştur.

Fonun amacı, TNB Hukuki Sorumluluk Fonu Yönetmeliği’nin 1. maddesinde belirtildiği üzere, noterlerin NK. 162nci maddesinde yer alan hukuki sorumluluklarını karşılamaktır.

Burada asıl sorumluluk noterin olması nedeniyle, zarar görecek olanlara beher işlem için TNB. Yönetim Kurulu’nca belirlenen tutarda bir ödeme yapılmaktadır. Yapılacak ödeme ile ilgili azami sınırlar her yılbaşında TNB. Yönetim Kurulu tarafından belirlenmektedir.

Ancak burada yapılacak ödeme notere bir yardım niteliğinde olduğundan, bu fondan yapılacak yardım, (TNB. Hukuki Sorumluluk Fonu Yönetmeliği m. 4) mali mesuliyet sigortasının yaptığı ödeme miktarının dışında kalan kısımlar için yapılacaktır.

5.2.3. Mali Sorumluluk Sigortası

Hem noterlerin hem de noterlik işlemlerinden zarar gören kişilerin uğradıkları zararı karşılamak üzere TNB. tarafından tüm noterlere mali sorumluluk sigortası yaptırılmaktadır. Bu sayede, hem noter tazminat ödeme riskini üzerinden atmakta hem de zarar gören kişi tazminat alacağını tahsil edebilme garantisine kavuşmaktadır.

Yapılan mali sorumluluk sigortasında beş ayrı kademe bulunmakta, zorunlu birinci kademe ile ilgili ödemeler TNB. tarafından karşılanmaktadır. En

alt dilim olan zorunlu kademe dışında noterlere seçim hakkı tanınmaktadır. Noter, istediği kademeyi seçebilmekte, ancak birinci kademe dışındaki isteğe bağlı kademelerle ilgili ödemeyi kendisi yapmaktadır.

Ancak her kademe artışında teminat altına alınan risk yükseldiği için, zorunlu birinci kademe dışındaki her kademe artışı uğranılacak zararın büyüklüğüne göre noteri teminat altına almakta, zararın tazminini kolaylaştırmaktadır.

Bu sayede, noter, ödemek zorunda kalacağı tazminat riskini bir anlamda sigorta şirketine devretmekte (örneğin 01.04.2011-31.03.2012 dönemi için isteğe bağlı 2. kademe ile ilgili teminat beher işlemde 500.000.-USD, yıllık toplam 2.000.000.-USD., isteğe bağlı 5. kademe ile ilgili teminat beher işlemde 1.950.000.-USD., yıllık 10.000.000.-USD.) zarar gören kişi de tazminatını garantiye almaktadır.

SONUÇ

Kusursuz sorumluluk ile ilgili düzenlemeler, ekonomik ve sosyal hayatta meydana gelen gelişmeler sonucu oluşacak tehlikelerden kişilerin korunması amacıyla yönelik olup, uğranılan zararların zarara uğrayan kişiler üzerinde bırakılmayarak tazmin edilmesi esasına dayanmaktadır.

Noterlik hizmetinden yararlanan kişilerin bu hizmetten yararlanmaları sırasında noterle ya da noterlerin yanlarında çalışan personel ile aralarında bazen bir eser meydana getirilmesine yönelik, bazen bir vekalet sözleşmesine, bazen de bir vedia sözleşmesine yönelik önceden yapılan bir sözleşme, bir borç ilişkisi bulunmaktadır. Ancak bazen taraflar arasında yapılan sözleşme, Borçlar Kanunu'nda düzenlenen hiçbir sözleşme türüne girmediği gibi bazen de karma veya bileşik sözleşme türlerinden birini meydana getirmektedir.

Bu hizmetin ifası sırasında bizzat noter tarafından yapılan bir işlemde dolayı iş sahibinin (ilgilinin) zarar görmesi durumunda noter ile iş sahibi arasında var olan sözleşmeye dayanılarak, noterin sorumluluğunun ağırlaştırılmış bir olağan sebep sorumluluğu olduğunu söylemek mümkündür.

Noter tarafından yapılan bir işlemde dolayı üçüncü kişinin zarar görmesi durumunda ise, taraflar arasında herhangi bir sözleşme bulunmadığından noterin sorumluluğunun kusur unsuru kaldırılmış bir haksız fiil sorumluluğu olduğu söylenebilir.

Hizmetin ifası sırasında iş sahibinin noterlik personeli veya stajyerin yaptığı bir işlemde dolayı bir zarara uğraması durumunda başkalarının

eyleminden dolayı sözleşmeye dayanan sorumluluğu düzenleyen adam çalıştırma ilişkisi söz konusu olacaktır. Noter, iş sahibi ile arasında bulunan sözleşmeye aykırı davranan ifa yardımcısının fiilinden dolayı, BK. m. 100 anlamında adam çalıştırma ilişkisi nedeniyle sorumlu olacaktır.

Ancak, noterlik hizmetinden yararlanan kişiler dışında üçüncü kişilerin zarara uğraması durumunda, zarara uğrayan kişi ile noterlikte çalışan personel veya stajyer arasında önceden herhangi bir hukuki sözleşme söz konusu olmadığından, artık taraflar arasında kusur unsuru gözetilmeyen bir haksız fiil sorumluluğu söz konusu olacaktır. Burada, bir borcun ihlali değil, artık bir genel davranış kurallarına aykırılık söz konusu olacağından, Noterin sorumluluğu BK. m. 55'e göre değerlendirilebilecektir.

Noterlerin sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için yardımcılarının kusurlu olması da zorunlu değildir.

Ancak, noterlik işleminin noter ya da personeli tarafından yapılması, ya da iş sahibinin veya üçüncü kişinin zarar görmesi ile ilgili yapılan ayırım noterin sorumluluğunu düzenleyen NK. m. 162 karşısında çok önemli değildir. Her hal ve şart altında noter NK. m. 162 gereğince, işlem ister noter tarafından yapılsın, ister personel tarafından, işlemde ister iş sahibi zarar görsün, ister üçüncü kişi, doğacak zararı ağırlaştırılmış olağan sebep sorumluluğu gereği ödemek zorundadır. Buradaki ayırım, olsa olsa sorumluluğun dayandığı esasın belirlenmesinde bize yol gösterebilir.

Notere NK. m. 162 ile getirilen sorumluluk, kurtuluş kanıtı sunma hakkı vermeyen, kusursuz sorumluluğun bir türü olan ağırlaştırılmış bir olağan sebep sorumluluğudur.

Noterlerin yanlış ya da eksik işlem yapmaları durumunda büyük zararlar doğması tehlikesi vardır. Noterlik kurumuna olan güvenin sarsılmaması için iş sahiplerinin işlemlerinin eksiksiz ve yanlışsız yapılacağı yolunda bir kaniya sahip olmaları zorunludur. İş sahiplerinin işlemlerinin eksiksiz ve doğru olarak yapılacağı yolunda verilen güvence ile işlemlerini rahatlıkla yaptırmaları gereklidir. Bu nedenle de, noterlerin sorumluluğunda kusur aranmamaktadır.

Noterlerin bir kamu görevlisi sayılmaları nedeniyle kendilerine yüklenen sorumluluğun sonucu olarak Borçlar Kanunundaki sorumluluk ile ilgili düzenlemelerin yetersiz olduğu düşünülmüş ve Borçlar Kanunundaki sorumluluklar dışında Noterlik Kanunu ile daha da ağırlaştırılmış bir sorumluluk hali getirilmiştir. Noterlik Kanunu ile getirilmiş bulunan sebep sorumluluğunun bir türü olan ağırlaştırılmış olağan sebep sorumluluğudur. Kanun, bu sorumluluk ile ilgili olarak notere kurtuluş kanıtı sunma hakkı tanımamıştır. Sunulan hizmet ve teknolojideki gelişmeler göz önünde bulundurulduğunda noterin her an aldatılma, yanıltılma gibi durumlarla karşılaşabileceği, bu durumlar sonucunda noterin ağırlaştırılmış bir kusursuz sorumluluk altında adeta ezileceği aşikardır.

Noterlik Kanunu, noterin yaptığı işlemlerin özelliği ve noterin toplumda taşıdığı önem nedeniyle, yapılan işlemlerden dolayı ‘ ilgili ‘ ya da ‘ üçüncü kişi ’ ayırımı yapmamış, 162. madde ile “..... zarar görmüş olanlara karşı sorumludur ” denilerek noterlik işleminden zarar gören herkese karşı noterin kusursuz sorumlu olacağını, zarar durumunda sorumluluğun özel uygulaması olan NK. m. 162’nin uygulanacağını belirtmiştir.

Noterin, noterlikte yapılan her işlemde dolayı ağırlaştırılmış bir kusursuz sorumluluk tehdidi altında bulunması adil olmayan sonuçların doğmasına neden olmakta, adalete ve hakkaniyete aykırılık teşkil etmektedir.

Ayrıca, noterlikte yapılan işlemler nedeniyle böylesine ağır bir sorumluluğun getirilmesi, nimet = külfet dengesinin sağlanması anlamında da çok büyük adaletsizliğe neden olmaktadır. Noterlikte çok küçük bir ücret karşılığında yapılan bir işlem sonucunda, belki ömür boyu çalışılsa dahi ödenemeyecek sorumluluklar doğabilmektedir.

Noterin, yapılan işlemler nedeniyle doğan zararlarda, kusursuz olduğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulma imkanı bulunmamaktadır. Notere, kurtuluş kanıtı getirme imkanı tanınmamıştır. Noter, ancak, hukuka aykırı fiili ile doğan zarar arasında uygun illiyet bağının bulunmadığını ya da illiyet bağının kesildiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir.

Noter için tek kurtuluş yolu, kendi ya da çalıştırdığı personelin eylemi ile meydana gelen zarar arasındaki illiyet bağının bulunmadığını, zarar görenin veya üçüncü kişinin illiyet bağına kesebilecek nitelikte ağır kusurunun bulunduğunu ya da zararlandırıcı sonucun meydana gelmesinde öngörülme bir halin varlığını ispat etmektir. Bu durumlardan herhangi birinin olmaması halinde noter, NK. m. 162 uyarınca kusursuz olarak sorumlu olacaktır.

Her ne kadar, doğan zararların tazmini yönünde mali sorumluluk sigortası, teminat gibi birtakım tedbirler alınmış ise de, alınan tedbirler her zaman yeterli olmamakta, noterin tek bir işleminden doğan sorumluluğu bir ömür çalışarak dahi ödeyemeyeceği boyutlara varabilmektedir.

Ayrıca, zamanaşımı ile ilgili düzenlemeler de göz önünde bulundurulduğunda, noterin sorumluluğunun çok uzun bir döneme yayıldığı görülecektir. Bu uzun dönem bazen noterin ölümünden sonrasına da sarkabildiğinden, noterin mirasçılarının da sorumluluğu doğmaktadır.

Zararın ne zaman ortaya çıkabileceği tam olarak kestirilemediğinden, noterin ölümünden sonra dahi ortaya çıkabilecek sorumluluğunun mirasçılara intikalini önleyebilmek için, noterin mirasçılarının mirası reddetmeleri en uygun yol olarak görülmektedir.

Yukarıda açıklamaya çalıştığımız nedenlerle, nimet külfet dengesi ve hakkaniyet ilkeleri gereği kusursuz sorumluluğun dayanağı olarak artık NK. m. 162 anlamında ağırlaştırılmış kusursuz sorumluluktan vazgeçilmelidir. Notere, kusura dayanan sorumluluk ilkeleri gereğince bir sorumluluk getirilmeli, bunun sonucu olarak, kusur sorumluluğuna dayanarak kurtuluş kanıtı getirebilme imkanı tanınmalıdır. Ayrıca, noterlik işlemlerinden dolayı uygulanacak zamanaşımı süreleri mirasçılara intikal edecek bir tehdit olmaktan çıkartılarak daha kısa süreler şeklinde yeniden düzenlenmelidir.

KAYNAKÇA

1. BİLGİN, İsmet: Noterlerin Hukuki Sorumlulukları, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, S. 74, 1992
2. DELİDUMAN, Seyithan : Noter Senetleri, Ankara 2001
3. DOĞU, Engin: Noterlerin Hukuki Sorumluluğu ve Güvence, Yargıtay Dergisi, 1979/3
4. EREN, Fikret: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 2011 .
5. GÖKCAN, Hasan Tahsin: Hukukumuzda Haksız Fiil Sorumluluğu, Ankara 2003
6. GÖKCAN, Hasan Tahsin: Haksız Fiil Hukuku ve Maddi Manevi Tazminat Davaları, Ankara 2008
7. GÖKÇE, Ziya (1989): Noterlik Hukuku, C. I, Ankara .
8. İNAN, A. Naim: Borçlar Hukuku, Ankara 1979 .
9. KARAHASAN, M. Reşit: Sorumluluk Hukuku, İstanbul 1995.
10. KARAHASAN, M. Reşit: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Öğreti Yargıtay Kararları, İstanbul 2003.
11. KARATAŞ, İzzet: Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, Ankara 2009.
12. KAYLAN, Keskin: Kamu Düzenine Karşı Suçlar, Makaleler ve Seminer Notları, 2005.
13. KILIÇOĞLU, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, Ankara 2006.
14. KILIÇOĞLU, Mustafa: Sorumluluk Hukuku, Sözleşme Dışı Sorumluluk, C. I, Ankara 2002.

15. KORKUSUZ, Refik: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, 28-29 Mayıs 2009
16. NOTERLİK HUKUKU ARAŞTIRMA ENSTİTÜSÜ, Noterlik Hukuku ile İlgili Bazı Sorunlar, Ankara 1999 .
17. NOTERLİK HUKUKU ARAŞTIRMA ENSTİTÜSÜ, Türk Medeni Kanununda Noterleri İlgilendiren Önemli Değişiklikler, Ankara 2005 .
18. OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2010.
19. ÖZBEK, Mustafa: Noter Senetlerinde Sahtelik, Ankara 2001
20. ÖZEN, Muharrem: 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu Bağlamında Noterlerin Cezai Sorumluluğu, Noterlik Hukuk Sempozyumu, Ankara 2010 .
21. PULAŞLI, Hasan: Türk ve Alman Hukuklarında Noterlerin Hukuki Sorumluluğu, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, S. 39, 1983.
22. REİSOĞLU, Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2006.
23. TANDOĞAN, Haluk: Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981
24. TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt: 1/I, İstanbul 1990
25. TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt: II, Ankara 1982,
26. TANJU, Fahrettin: Hukukumuzda Noterlik, Ankara 1983.
27. TANJU, Fahrettin: Noter ve Noterlik Kuruluşunun Türk Hukukundaki Yeri, TNB. Hukuk Dergisi, S. 6, 1975
28. TUĞ, Adnan : Türk Özel Hukukunda Şekil, Konya 1994 .

29. ULUKAPI, Ömer: Noterlik Mesleği Noterin Hak ve Yükümlülükleri, Konya 2003.
30. ULUKAPI, Ömer – ATALI, Murat: Noterlik Hukuku, Konya 1994.
31. ULUKAPI, Ömer: Noterlerin Hukuki Sorumluluğu, Noterlik Hukuku Sempozyumu, Ankara 1997 .
32. YILMAZ, Ejder: Hukuk Sözlüğü, B. 5, Ankara 1996 .
33. YILMAZ, Ejder: Noterlik İşlemlerinin Hukuk Davalarındaki ve İcra İflas Davalarındaki Önemi, Noterlik Hukuku Sempozyumu, Ankara 1997 .
34. ZEVKLİLER, Aydın: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara 2008.
35. ZEYNELOĞLU, Ahmet: Noterlerin Yasaların Emredici Hükümlerine Uymaları Zorunluluğu, TNBHD. S. 17, Ankara 1978 .

ÖZGEÇMİŞ

Ali Sedat ULUĞ, 1963 yılında Tarsus'ta doğmuştur. 1981 yılında Tarsus Amerikan Kolejinin ardından 1987 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuştur.

1989 yılında serbest avukatlığa başlamış, 1997 yılında noterliğe atanmıŐ, halen noterlik mesleğine devam etmektedir.