

ŞEKLE BAĞLI SÖZLEŞMELERDE İMZA

Gülperi ELDENİZ*

GİRİŞ

Türk ve İsviçre hukuk sistemlerinde sözleşmelerde şekil özgürlüğü ilkesi geçerlidir. Buna göre sözleşmenin tarafları sözleşmenin kurulmasını sağlayan iradelerini diledikleri şekilde açıklayabilirler.¹ Borçlar Kanunu'nun buna ilişkin 11. maddesi; *"Akdin sıhhati, kanunda sarahat olmadıkça hiçbir şekle tabi değildir. Kanunun emrettiği şeklin derecesi şümul ve tesiri hakkında başkaca bir hüküm tayin olunmamış ise akit bu şekle riayet olunmadıkça sahih olmaz"* demek suretiyle sözleşmelerde şekil özgürlüğü ilkesini benimsemiştir. Hal böyle olunca, kişiler sözleşmelerini sözlü, adi yazılı, resmi yazılı şekilde yapma özgürlüğüne sahiptirler. Ancak madde bu özgürlüğün mutlak bir özgürlük olmadığını *"kanununda sarahat bulunan"* hallerde sözleşmenin geçerliliğinin bu şekilde yapılmasına bağlı olduğunu hükme bağlamıştır. Bir başka ifadeyle, yasa bir sözleşmenin şekle bağlı olmasını emredebilir. Kuşkusuz yasanın şekil koşulu aramadığı hallerde, taraflar da bizzat kendileri sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılmasını kararlaştırabilirler.

Bu kısa açıklamamıza göre sözleşmelerin geçerlilikleri bir şekle tabi tutulmamıştır. Ancak taraflar yapacakları sözleşmenin yazılı şekle tabi olacağını kararlaştırabilecekleri gibi, yasa da bazı sözleşmelerin yazılı şekilde yapılmasını öngörebilir. Birinci halde anlaşmaya dayanan (iradi; rızai), ikinci halde ise yasaya dayanan (kanuni) şekilden söz edilir. Burada kısaca BK m. 11 de hükme bağlanan geçerlilik şekli ile ispat şekli arasındaki farka da değinelim; BK m. 11. hükmünün düzen-

* AÜHF Ticaret Hukuku Yüksek Lisans öğrencisi.

¹ Esener Turhan, *Borçlar Hukuku*, Ankara 1969, C. I, s. 168; Reisoğlu Safa, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2005, s. 66.

lemesi geçerlilik şekliyle ilgilidir. Buna göre yasanın istisnai hallerde öngördüğü şekle uygun olmadan yapılan bir sözleşme geçersizdir. Nitekim aynı maddenin 2. fıkrası yasanın şekli aradığı hallerde bu şekle uygun olmadan yapılan sözleşmenin geçerli (sahih) olmayacağını belirtmektedir.

İspat şekli ise, bir hukuksal işlemle ilgili olarak taraflar arasında bir uyuşmazlık doğduğunda, hukuksal işlemin varlığı ya da ifası için aranan şekildir. Bu husus HUMK m. 288’de hükme bağlanmıştır. Bu hükme göre, değeri YTL olarak belirli bir miktarı aşan hukuksal işlemlerin varlığı ya da ifası gibi bir konuda uyuşmazlık doğduğunda “*senetle*” yani belgeyle ispat edilmesi gerekir. Burada sözleşmenin geçerli olup olmaması değil, varlığı ya da ifası gibi bir konuda bir uyuşmazlık doğduğunda iddia sahibinin bunu bir ispat aracıyla kanıtlaması söz konusudur. Yasa bunun ancak belgeyle kanıtlanabileceğini öngörmüştür.

Bütün bunlar dışında TTK’da kambiyo senetlerinde geçerlilik koşuluna yer verilmiştir. Bu koşullardan birisi kambiyo senedinin borç altına giren kişi tarafından imza edilmesidir.

İster geçerlilik ister ispat şekli isterse kambiyo senetlerinde imza önem taşımaktadır. Aşağıdaki açıklamalarımız bu üç kurum için de geçerlidir. Şöyle ki;

I. YAZILI ŞEKLE BAĞLI SÖZLEŞMELERDE İMZA

A. İMZA AŞAMASI

Yazılı geçerlilik şekline bağlı bir sözleşme iki aşamada gerçekleşir; birinci aşama taraf iradelerinin yazıya dökülmesidir, ikinci aşama ise imza aşamasıdır. Tarafları bağlayıcı aşama, imza aşamasıdır. Bu nedenle taraf iradelerinin kimin tarafından kaleme alındığı, yazıya döküldüğü önem taşımaz. Hazırlanan yazı yani metin imza edilmediği sürece sözleşme kurulmaz ve imza etmeyen kişi için bağlayıcı olmaz. İmza, bir şahsın yazılı bir beyanın kendisine ait olduğunu ve yazılı beyanda yer alan hususları kabul ettiğini, o şahsın kimliğini ortaya koymasını neticesinde gösteren bir işarettir.²

² Esener, s. 174, Tunçomağ Kenan, *Borçlar Hukuku Dersleri*, İstanbul 1965, C. I, s. 149, Eren Fikret, *Borçlar Hukuku*, İstanbul 1988, C. I, s. 253.

B. EL İLE İMZA

1. El ile İmza Kuralı

BK m. 14 f. I imzanın ne ile atılması gerektiğine ilişkin kuralı *“İmza, üzerine borç alan kimsenin el yazısı olmak lazımdır”* demek suretiyle ortaya koymuştur. Bu hükme göre, imzanın el ile atılması gerekir. Yasa koyucu bu hükümle bir sözleşmede bağlanma iradesinin sözleşmenin tarafınca ortaya konulması bir başka ifadeyle o iradenin sahibinin ürünü olmasını aramıştır. Bunun sonucu olarak burada sözü edilen *“el ile”* ifadesini dar değil geniş yorumlamak gerekir. Önemli olan yazılı geçerlilik koşuluna bağlı sözleşmede borç altına giren tarafın bağlanma iradesini imza dediğimiz bir işaretle ortaya koymasıdır. Bunun sonucu olarak *“elini”* kullanamayan bir kişinin ayak parmaklarını ya da ağzını kullanarak da imza atabilmesi mümkündür.

Yasa koyucu yazılı geçerlilik koşuluna bağlı sözleşmede *“kimin imzasının”* aranması gerektiği sorusunu *“üzerine borç alan kimse”* şeklinde yanıtlamıştır. Buna göre, yazılı geçerlilik koşuluna bağlı bir sözleşmede, üzerine borç alan kimsenin imzası aranacaktır. Bu çözüm tarzı doğrudur. Zira yazılı geçerlilik koşulunun aranmasının sebebi, borç altına giren kişinin daha dikkatli ve düşünceli hareket etmesini sağlamak, gelişigüzel kararlar vermesini önlemektir. Bu amaçlar böyle bir sözleşmede borç altına girecek taraf için söz konusu olur. Örneğin: Kefalet sözleşmesi BK m. 484 gereğince yazılı geçerlilik şekline bağlıdır. Yasa koyucu kefilin başkasının borcu için bir risk üstlendiğini, bu nedenle bu konuda gelişigüzel kararlar vermemesini, daha dikkatli davranmasını ve düşünmesini aramıştır. Bunun sonucu olarak yazılı yapılması zorunlu olan kefalet senedinde imzası aranan kişi kefil olmalıdır. Alacaklının kefalet senedinde imzasının bulunmaması sözleşmeyi geçersiz hale getirmez.

2. Bir Alet Vasıtasıyla İmza

BK m. 14 f. I el ile imza kuralını koyduktan sonra 2. fıkrasında bu kuralın istisnasına yer vermiştir. Bu fıkra hükmüne göre; *“Bir alet vasıtasıyla vazolunan imza, ancak örf ve adetçe kabul olunan hallerde ve hususiyile çok miktarda tedavüle çıkarılan kıymetli evrakın imzası lazım geldiği takdirde kafi addolunur”*. Yasa koyucu istisnai hallerde el yerine bir alet vasıtasıyla imzaya ihtiyaç olabileceğini düşünerek bu hükmü getirmiştir. Bu hükme göre bir alet vasıtasıyla imza ancak *“örf ve adet”* kabul ettiği

hallerde mümkündür. Yasa buna örnek olarak “*özellikle çok miktarda tedavüle çıkarılan kıymetli evraki*” vermiştir. Bu anlamda olmak üzere piyasaya sürülen çok sayıdaki şirket hisse senedinin el ile imzası imkansız ya da oldukça güçtür. Bu durumda imza bir alet vasıtasıyla atılabilir.

3. Elektronik İmza

Teknoloji, hukuk kurallarının da değiştirilmesini zorunlu kılmaktadır. Borçlar Kanunu’nun kabul edildiği 1926 yılında bilgisayar teknolojisi bilinmemekteydi. Ancak günümüzde bilgisayar yaşantımızın ayrılmaz bir parçası haline gelmiş olup internet yoluyla haberleşme ve hukuksal işlemler yapabilme bir ihtiyaç haline dönüşmüştür. Yurtiçi ya da dışında iki kişi gerek geçerlilik şekline bağlı bir sözleşmeyi (örneğin: BK m. 162 gereğince yazılı geçerlilik şekline bağlı bir alacağın temlik sözleşmesi; 5846 sayılı yasanın 52. maddesi gereğince eserle ilgili yazılı geçerlilik şekline bağlı olan mali hakkın devri sözleşmesi) akdetmek isteyebilir ya da yazılı geçerlilik şekline tabi olmadığı halde ispat şeklini elde etmek isteyebilir. İşte bu ihtiyaçlar BK m. 14’te yer alan “*el ile imza*” kuralına önemli bir istisna getirmeyi gerekli kılmıştır. Bu ihtiyacı karşılamak üzere 23.01.2004 tarihinde 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu yürürlüğe konulmuştur. Bu yasanın 3. maddesinde “*elektronik imza*” şu şekilde tanımlanmıştır; “*Başka bir elektronik veriye eklenen veya elektronik veriyle mantıksal bağlantısı bulunan ve kimlik doğrulama amacıyla kullanılan elektronik veri*”. Aynı maddede elektronik imza sahibi ise; “*Elektronik imza oluşturmak amacıyla bir imza oluşturma aracını kullanan gerçek kişi*” şeklinde tanımlanmıştır. 5070 sayılı yasa elektronik imzanın el ile atılan imza ile aynı hukuksal sonucu doğuracağını kabul etmiştir. Burada son olarak elektronik imzanın adi yazılı geçerlilik koşuluna bağlı sözleşmeler için mümkün olduğunu, resmi yazılı şekle bağlı sözleşmelerin (örneğin; taşınmaz satımı ya da motorlu araç satımı) elektronik yolla ve elektronik imza ile mümkün olmadığını ifade edelim.

C. İMZANIN ŞEKLİ

Yasalarımızda imzanın şekli ile ilgili bir hüküm ve sınırlandırma mevcut değildir. Zira önemli olan imzanın şekli değil, borç altına giren kişinin bağlanma iradesini ortaya koyan bir işaret olmasıdır. Kişi imzasını inkar ettiğinde yapılacak teknik incelemede “*imza olarak kullanılan işaretin*” o kişinin el ürünü olup olmadığı araştırılacaktır. Yapılan

incelemede o işaretin o kişinin ürünü olduğu ortaya çıkarsa sözleşme o kişi için bağlayıcı olacaktır.

D. İMZA YERİ

Yazılı geçerlilik koşuluna bağlı sözleşmelerde imzanın yeri konusunda yasada bir sınırlandırıcı hükme yer verilmemiştir. İmza genellikle yazılı sözleşmede metnin altına atılır.³ Ancak metnin diğer bir tarafına atılan imza da geçerlidir. İmzanın yeri borçlar hukukunda yazılı geçerlilik şekli bakımından önem taşımadığı halde, diğer hukuk dallarında önem taşıyabilir. Örneğin: Kambiyo senetlerinde senedin önyüzüne keşideci dışında atılan her imza aval hükmündedir.

II. GÖRME ENGELLİLER VE İMZA ATAMAYAN KİŞİLERDE İMZA

Görme engelliler ve imza atamayan kişiler, yazılı şeklin aranmadığı her türlü hukuksal işlemleri yapabilirler. Ancak yazılı şeklin arandığı hallerde, karşımıza imza atamayan kişilerin bu tür hukuksal işlemleri nasıl gerçekleştirecekleri sorunu çıkar. Yasa koyucu bunu göz önünde tutarak 14 ve 15. maddeleri getirmiştir. Şöyle ki:

A. GÖRME ENGELLİLER

1. 07.07.2005 Tarihine Kadar

Görme Engellilerin Yazılı Sözleşmeleri

BK m. 14 f. III görme engelli kişilerin yazılı geçerlilik koşuluna tabi bir sözleşmede nasıl imza atabileceklerini hükme bağlamıştır. Bu hükme göre; “Amaların imzaları usulen tasdik olunmadıkça yahut imza ettikleri zaman muamelenin metnine vakıf oldukları sabit olmadıkça onları ilzam etmez”. Bu hükümle amalar için yazılı geçerlilik koşuluna tabi bir sözleşmeyi yapabilmeleri için iki olanak getirilmiştir:

a. Onaylı İmza Kullanmaları

Görme engelli kişi imza atabilecek durumda olsa bile, yazılı geçerlilik koşuluna tabi sözleşme akdedemez. Yasa koyucu görme engelli bu kişilerin imza atabilecek durumda olsalar bile, imza ettikleri metni

³ Reisoğlu, s. 73, Eren, s. 260.

okuma olanağından mahrum olmaları nedeniyle suistimal edilmelerini önlemek istemiştir. Bu nedenle görme engelli kişinin imzasının usulüne uygun olarak onaylanmış olması gerekir.

b. Sözleşme Metninden Bilgi Sahibi Olduğunun Kanıtlanması

Görme engelli kişinin yazılı geçerlilik koşuluna bağlı bir sözleşme-deki imzası usulüne uygun olarak onaylanmamış ya da bu mümkün olmamışsa, bu sözleşmenin geçerli olabilmesinin ikinci yolu “görme engelli kişinin sözleşme metninden bilgi sahibi olduğunu kanıtlanmasıdır”. Örneğin, sözleşmeyi imza ederken, iki tanık hazır bulunmuşsa, sözleşme metninin görme engelliye okunduğuna bu kişiler tanıklık etmişse ve daha sonra görme engellinin bu metnin altına imza attığını da beyan ettikleri takdirde bu sözleşme geçerli olacaktır.

2. 07.07.2005 Tarihinden Sonra

Görme Engellilerin Yazılı Sözleşmeleri

BK m. 14 f. III hükmü 5378 sayılı “Özürlüler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”un 50. maddesi ile 07.07.2005 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır. Türk Borçlar Kanunu’nun kaynağı olan İsviçre Borçlar Kanunu’nda böyle bir değişiklik yapılmamıştır. Bizde yapılan bu değişikliğin gerekçesi mevcut değildir. Ancak bu değişiklikle görme engelli kişilerin artık adi yazılı şekle bağlı sözleşmeleri yapmaları olanakları kaldırılmış olup bu kişilerin yazılı şekle bağlı bütün sözleşmeleri noterde yapabilmeleri kabul edilmiştir. Bu tarihten itibaren görme engelli kişinin adi yazılı şekle bağlı olan alacağın temliki, kefalet gibi bir sözleşmeyi ancak noterde yapması mümkün olacaktır. Bu değişiklik yapılırken BK m. 14 f. III hükmü yerine 1512 sayılı Noterlik Kanunu’nun 73 ve 75. maddelerine görme engellilerin yapacakları yazılı geçerlilik koşuluna bağlı sözleşmelere ilişkin hükümler eklenmiştir. Hal böyle olunca, Noterlik Kanunu’nun 5378 sayılı yasa ile değiştirilen 73. maddesi şu şekli almıştır; “Noter, ilgilinin işitme, konuşma veya görme özürlü olduğunu anlarsa, işlemler özürünün isteğine bağlı olmak üzere iki tanık huzurunda yapılır. İlgilinin işitme veya konuşma özürlü olması ve yazı ile anlaşma imkanının da bulunmaması halinde,iki tanık ve yeminli tercüman bulundurulur”. Bu hüküm imza atabilen görme engelliler için getirilmiştir. İmza atamayan görme engelliler için 75. madde hükmü getirilmiştir. Görme engelli

kişi imza atabiliyorsa, 73. madde uyarınca, bu kişinin isteğine bağlı olarak noter yazılı geçerlilik koşuluna bağlı sözleşme için iki tanık bulunduracaktır. Görme engelli talep ettiği halde iki tanık bulundurulmadan yapılacak sözleşme geçersiz olacaktır. Noterlik Kanunu'nun 5378 sayılı yasa ile getirilen 75. maddesinin II. fıkrası ise şu şekli almıştır; *"İmza yerine işaret, mühür veya parmak izi kullanılması. Bir noterlik işleminde imza atılmış veya imza yerine geçen el işareti yapılmış olmasına rağmen, ilgilisi ister veya adına işlem yapılan ve imza atabilen görme engelliler hariç olmak üzere noter veya işlemin niteliği, imzayı atan veya el işaretini yapan şahsın durumu ve kimliği bakımından gerekli görürse, yukarıdaki fıkradaki usul dairesinde ilgili, tanık, tercüman veya bilirkişinin parmağı da bastırılır. Mühür kullanılması halinde parmağın bastırılması zorunludur"* Burada imza atamayan görme engellilerinin yazılı geçerlilik koşuluna bağlı sözleşmeleri söz konusudur. Maddede bu kişiler için yapılacak işlemlerde iki tanık bulundurulması zorunlu hale getirilmiştir. Görme engelli kişi istesin ya da istemesin bu durumda sözleşmenin geçerliliği iki tanık bulundurulmasına bağlıdır.

B. İMZA ATAMAYANLAR

Buraya okuma yazma bilmedikleri ya da bedensel engelli oldukları için imza atamayan kişiler girerler. BK m. 15 bu kişiler için şu hükümü getirmiştir; *"İmza vaz'ına muktedir olmayan her şahıs, imza yerine usulen tasdik olunmuş ve el ile yapılmış bir alamet vazetmeğe yahut resmi bir şahadetname kullanmağa mezundur. Kambiyo poliçesine müteallik hükümler mahfuzdur"*. Yasa bu hükümüyle imza atamayan kişilerin geçerlilik şekline bağlı sözleşmeleri nasıl yapacaklarını düzenlemiştir. İmza atamayan kişilerin bu tür sözleşmeleri yapabilmeleri için aşağıdaki koşulların gerçekleşmesi gerekir:

1. Kişinin İmza Atamaması

BK m. 15 hükmü imza atamayanlar için getirilmiştir. İmza atabilecek kişilerin bu hükümden yararlanması düşünülemez. Buna göre imza atabilecek bir kişinin, imza yerine geçmek üzere bu maddede öngörülen usulüne uygun olarak onaylanmış ve el ile yapılmış bir işareti ya da resmi bir şahadetnameyi kullanması mümkün değildir. Zira BK m. 14 f.I hükmü açık bir biçimde *"el ile imza"* kuralını öngörmüştür. Bu kuralın istisnası ancak 15. maddedeki sınırlı koşullarda mümkündür.

2. İmza atamayan Kişinin El ile Yapılmış ve Usulüne Uygun Olarak Onaylanmış Bir İşaret Kullanması

a. İmza atamayan kişinin imza yerine geçmek üzere herhangi bir işaret kullanması mümkün değildir. Bu işaretin el ürünü olması zorunludur. El ürünü olan bu işaret bir madde üzerine yapılmalıdır. Örneğin, bir gümüş madeni parçanın üzerine kazılmış olan işaret.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun (HUMK) "el ile yapılmış işaret" kavramı yerine "el ile yapılmış bir işaret veya mühür"den söz etmektedir (m. 297). Buna göre imza atamayan kişi el ile yapılmış bir işaret veya mühür kullanabilir. Mühür bizzat imza atamayan kişi tarafından değil, bir başkası tarafından kazılmış olan bir işarettir. Buna göre imza atamayan kişi bizzat kendi el ürünü olan bir işareti imza yerine geçmek üzere kullanabileceği gibi, başkası tarafından kazılmış mührü de imza yerine geçmek üzere kullanabilir.

b. Borçlar Kanunu imza atamayan kişinin imza yerine geçmek üzere el ile yapılmış her işaretini kabul etmemiştir. Bu işaretin "usulüne uygun olarak onaylanmış" olması koşuluna yer vermiştir. El ile yapılmış işaret ya da mühür noter tarafından daha önceden onaylanmış olmalıdır.

Bu iki koşul birlikte gerçekleştiğinde imza atamayan kişi yazılı geçerlilik koşuluna bağlı bir sözleşmeyi yapabilecektir. Burada değinilmesi gereken bir diğer husus da imza atamayan kişinin el ile yapılmış ve usulüne uygun olarak onaylanmış bir işaret yerine parmak izini kullanarak yazılı geçerlilik koşuluna bağlı bir sözleşme yapıp yapamayacağıdır? Öğretide parmak izinin de imza yerine geçmek üzere kullanılabilmesinin BK m. 15'deki koşulları gerektirdiği kabul edilmektedir.⁴ Buna göre imza atamayan kişinin parmak izini daha önceden noterde onaylatmış olması kaydıyla imza yerine kullanması mümkündür. Tapu Sicili Tüzüğü (TST) taşınmazlarla ilgili olarak tapuda yapılan resmi işlemlerde parmak izini imza yerine geçmek üzere usulüne uygun olarak daha önceden onaylanmış olması koşulunu aramadan kabul etmektedir. Bu tüzüğün 18. maddesi şu hükmü içermektedir: "Taraflardan biri veya birkaçı imza bilmiyorsa, sol elin başparmağı, yoksa diğer parmaklardan biri ilgili belgeye bastırılır ve hangi parmağın bastırıldığı

⁴ Tekinay, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 6. Bası, İstanbul 1988, s. 160; Kılıçoğlu, Ahmet, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 9. Bası, Ankara 2007, s. 87.

yazılır. Mühür kullanılması halinde parmağın da bastırılması zorunludur” Görüldüğü gibi TST tapuda yapılacak olan işlemlerde imza atamayan kişiler için parmak izini kullanabilme olanağı getirmiş olup, bunun için parmak izinin daha önceden noterde onaylatılmış olması koşulu-na yer vermemiştir. Tüzük bu konuda daha da ileri giderek, imza atamayan kişilerin usulüne uygun olarak onaylattıkları mühür olsa bile, mühür yanında parmak izinin de alınmasını şart koşturmuştur. Noterlik Kanunu’nun 75. maddesinin 1. fıkrası da noterlerde yapılan resmi işlemlerde imza atamayan kişilerin imzası yerine geçmek üzere parmak izinin alınabileceğini hükme bağlamıştır.

3. İmza Atamayan Kişinin Resmi Şahadetname Kullanması

Maddede sözü edilen “resmi şahadetname”den kasıt, resmen belgeleme ya da resmen onaylatmadır. Burada imza atamayan kişi yazılı geçerlilik koşuluna bağlı bir sözleşmeyi resmi memura sözlü olarak anlatmakta bu anlatımlarını resmi memur imzalamakta ve onun iradesine uygunluğunu onaylamaktadır.

4. Hukuksal İşlemin Kambiyo Senetleriyle İlgili Olmaması

BK m. 15 “Kambiyo poliçesine ilişkin hükümler mahfuzdur” hükmünü getirmiştir. Borçlar Kanunu’nun saklı tuttuğu poliçelere ilişkin düzenleme TTK’da yer almaktadır. Poliçelerle ilgili olarak TTK m. 668 şu hükmü getirmiştir; “Poliçe üzerindeki beyanların el yazısı ile imza edilmesi lazımdır. El yazısı ile olan imza yerine mihaniki herhangi bir vasıta veya el ile yapılan veyahut tasdik edilmiş olan bir işaret yahut resmi bir şahadetname kullanılamaz. Amaların el yazısı ile imzalarının usulen tasdik edilmiş olması lazımdır” Görüldüğü gibi Türk Ticaret Kanunu’nu poliçelerin mutlaka el ile imza edilmesi koşulunu getirmiş, imza atamayan kişilerin BK m. 15’te olduğu gibi el ile yapılmış bir işaret yahut resmi bir şahadetname kullanmalarına imkan tanımamıştır.