

ŞEKLE AYKIRILIK NEDENİYLE GEÇERSİZ HUKUKİ İŞLEMLERİN TAHVİLİ

Ar. Gör. Ayşe (Akdemir) HAVUTÇU*

CONVERSION

Conversion is a legal institution that serve to salvage of null and void legal transactions. Legal transactions and quasi legal transactions may be subject to conversion.

Legal transactions may be null and void with various reasons. For example, some legal transactions are null and void if they were made opposition to the formal rules. In this case, we can apply to conversion.

Conversion of null and void legal transactions that opposition to the formal rules is explained in this article. It is limited with Civil Law.

Generally, these conditions must be realized for the applying of conversion :

- a) Legal transaction must be null and void.*
- b) Conditions of another legal transaction must be realized.*
- c) Appropriate to fictitious intention.*

These conditions-specially fictitious intention-must be determined very carefully.

Conversion is not regulated in Turkish Law. However, this conception has been used by the courts.

This article is contains three paragraph.

In first paragraph, null and void legal transactions are explained.

In second paragraph, conversion is defined.

Finally, examples corrected with the conversion of legal transactions which is null and void because of contraries to formal rules are given.

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

§ 1. GİRİŞ

Hukuk düzenimizde geçerli olan irade özgürlüğü gereği kişiler, diledikleri biçim ve muhtevada hukuki işlem yapabilirler. Liberal hukuk anlayışının bir gereği olan bu özgürlüğe, zaman zaman müdahale etme gereği de hissedilmiş, kamu hukuku ya da özel hukuk nitelikli kurullarla, bu özgürlüğün sınırları da çizilmiştir. Şekil zorunluğunu öngören BK. m. 11 (ve 16) da, sınırlandırıcı hükümlerden biridir. Bu maddeye göre, şekil zorunluğuna uyulmadan yapılan bir sözleşme, geçersiz olacaktır. Ancak, bu geçersizliğin bazen adil olmayan sonuçlara yol açtığı vb. gerekçelerle, şekle uyulmadan yapılan bir hukuki işlemi geçersizlikten kurtarmaya çalışılmakla şekille ilgili kuralın mutlaklığı yumuşatılmak istenilmektedir. Tahvil kurumu da, bu aşamada önem kazanmaktadır.

Tahvilin lehinde/ aleyhinde, birtakım görüşler ileri sürülmüştür. Hattâ, bu kurumun gereksizliği dahi savunulmuştur. Buna karşın, yasal bir kurum olarak yer almadığı hukuk sistemlerinde dahi, tahvil genelde benimsenmiş, hukuki işlemin geçersizlikten kurtarılmasında bu kurumdan yararlanılmıştır.

Tahvil, hukuki sonucun elde edilmesine yönelik bir ya da birden fazla irade açıklaması olarak tanımlanan hukuki işlemlerin, geçersizlikten kurtarılması amacına hizmet eden bir kurumdur. Hukuki işlem benzerleri de tahvile konu olabilirler. Ancak, tahvil kurumundan, her türlü geçersizlik durumlarında yararlanılması mümkün değildir. Hukuki işlemin, tam ehliyetsizlik, genel ahlâka aykırılık nedenleriyle geçersiz olması halinde, tahvil kurumundan yararlanılarak, geçersizliğin onarılması mümkün değildir.

Tahvil kurumu, sadece medeni hukuk, ticaret hukuku alanında değil, kamu hukuku gibi, hukukun diğer alanlarında da uygulama alanı bulabilir. Biz, bu araştırmamızda, tahvil kurumunu, medeni hukukta, şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olan hukuki işlemler yönünden ele alarak inceleyeceğiz.

Bu nedenle, araştırmamızı, üç ana bölüm oluşturmaktadır.

Birinci bölümü, hukuki işlemlerin genel olarak geçersizliği, şekle aykırılık nedeniyle geçersizlik; ikinci bölümü tahvil kurumunun tanımlanmasına yönelik bilgiler; üçüncü bölümü ise, şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olan sözleşmelerin tahviline ilişkin örnekler oluşturmaktadır.

§ 2. HUKUKİ İŞLEMLERİN GEÇERSİZLİĞİ

I- GENEL BİLGİ

Hukuk düzenimiz, kişilere, hukuki ilişkilerini kendi iradeleriyle düzenlemek hususunda geniş ölçüde yetki tanımıştır. İrade özgürlüğü adı verilen bu erkin gerçekleşme aracı, hukuki işlemdir. Hukuki işlemlerin en önemli grubunu, sözleşmeler teşkil eder. İrade özgürlüğünün sözleşmeler alanındaki görünümüne, sözleşme özgürlüğü denilmektedir. 1982 anayasasının 48. maddesi, sözleşme özgürlüğünü, temel hak ve özgürlüklerden sayarak güvence altına almıştır.

Sözleşme özgürlüğü, geniş bir kavramdır. Sözleşme yapma, karşı tarafını seçme, muhtevasını belirleme, sözleşmenin şeklini seçme, sözleşmeyi ortadan kaldırma veya muhtevasını değiştirme gibi özgürlükler, bu kavrama dahildirler.

Ancak, her özgürlük gibi, sözleşme özgürlüğü de sınırsız değildir. Hukuk düzeni, bu özgürlüğü, olumlu ya da olumsuz tavır takınarak sınırlamıştır. Bazı hallerde sözleşme yapma zorunluğu getirilmiş bazen edimlerin değeri sınırlandırılmış, bazen de sözleşmenin yapılabilmesi, kamu organlarının iznine bağlı kılınmıştır. Bunlar, sözleşme özgürlüğünün olumlu müdahalelerle sınırlandırılmasıdır. Bazı sözleşmelerin hükümsüz sayılması veya yasaklanması ise, bu özgürlüğün olumsuz yönde sınırlandırılmasına örnektir.

Anayasamızın 13. maddesi yanında, BK. nun 19. maddesi, sözleşme özgürlüğünün genel sınırlarını çizmiştir. Buna göre, konusu, hukuka, ahlâka, emredici kurallara, şahsiyet haklarına, kamu düzenine aykırı veya imkânsız bir konuda sözleşme yapılamaz.

Bu sınırların aşılması halinde, BK. m. 20 gereği, hukuki işlem hükümsüz olacaktır. Hükümsüzlük halleri, doktrinde (1) yokluk ve geçersizlik olarak ikiye ayrılmaktadır. Geçersizlik ise; eksiklik, butlan ve iptal kabiliyeti olarak sınıflandırılmaktadır.

II- ŞEKLE AYKIRILIK NEDENİYLE HUKUKİ İŞLEMLERİN GEÇERSİZLİĞİ:

Kural olarak, BK. nunda, şekil serbestisi vardır. BK. m. 11 / F. 1'e göre, kanun. sözleşmenin geçerliliğini özel bir şekle tâbi tutmamışsa, sözleşme herhangi bir şekle bağlı olmaksızın yapılabilir. BK. m. 16'ya

(1) **Eren, Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, Ankara 1985, sh. 318.

göre de, kanunca şekle bağlı kılınmamış bir sözleşmenin yapılmasında taraflar bir şekil öngörmüşlerse, asıl olan bu şeklin geçerlilik şartı olarak kararlaştırılmış olmasıdır. İşte, sözleşmenin yapılmasında kanun ya da taraflarca şekil öngörülmüş olup da, bu şeklin kapsam ve sonuçları hakkında kanunda başkaca bir hüküm bulunmuyorsa, bu şekle uyulmadan yapılan sözleşme “sahih” olmaz. İsviçre BK. nun ilgili maddesinde, akdın geçerliliğinin, kanunda öngörülen şekil şartına bağlı olduğundan sözedilmektedir. O halde, BK. muzda yer alan “sahih” kelimesini, “geçerlilik” olarak anlamak doğrudur. Bu nedenle, kanunun uyulmasını istediği şekle aykırı olarak yapılan bir sözleşme, geçersiz olacaktır. Geçersizliğin hukuki mahiyeti ise, doktrinde son derece tartışmalıdır.

Doktrindeki baskın görüş (2), şekle aykırılık halindeki hükümsüzlüğün, işlemi butlanla sakatladığı yolundadır. Bu görüştekilere göre, şekille ilgili kurallar, emredici niteliktedir. Emredici kurallara aykırı olan hukuki işlem ise batıldır. İsviçre Federal Mahkemesi ve Türk Yargıtayı da, bu görüşü benimsemiştir (3).

Diğer bir görüşe göre (4), şekle aykırılığa, butlan yaptırımını uygulanmamalıdır. Burada, “kendine özgü bir geçersizlik” vardır. Özellikle son yıllarda rağbet kazanan bu görüşü benimseyenler, şekil kurallarının amaçsal yorumundan hareket ederler. Şeklin amacı, tarafları düşünmeye sevk etmek, acele karar vermelerini önlemektir. Kanunun bu şekilde getirdiği koruma amacından yararlanmak isteme-

- (2) Bu görüşte: **Eren**, age. sh. 356 (Ancak, Sayın **Eren**'in hangi görüşe katıldığını tam olarak anlamak mümkün değildir. Zira, **Eren**, eserinin 315. sahifesinde, şekil noksanı halinde kendine özgü geçersizlik olduğunu kabul etmenin doğru olacağını da söylemektedir. Bkz. krş. 315-356); **Tekinay, S. Sulhi**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. bası, İstanbul 1979, sh. 115; **Oser/Schönenberger** (Çev. **Seçkin, R.**), Borçlar Hukuku, 1. kısım, madde: 1-40, Ankara 1947, sh. 113; **Reisoğlu, Safa**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 5. bası, Ankara 1983, sh. 81; **Tunçomağ, Kenan**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, İstanbul 1968, sh. 114; **Schwarz, Andreas** (Çev. **Davran, B.**), Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 1948, sh. 371; **Arsebük, Esat** Borçlar Hukuku, C. I, 2. bası, Ankara 1943, sh. 324; **Von Tuhr, Andreas** (Çev. **Edege, C.**), Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. I/II, Ankara 1983, sh. 222; **Esener, Turhan**, Hukuki Muamelelerde Tahvil, AHFD., 1959, C. XVI, sayı: 1-4; **Kaneti, Selim**, Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi (tahvili), İstanbul 1972, sh. 123.
- (3) **Eren**, age. sh. 313, Not: 49'da gösterilen Federal Mahkemenin kararları, yargıtayımızın 7.4.1954 tarihli, 8/18 sayılı İBK. (**Olgaç, Senai**, Kazai ve İلمي İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu, C.I, İstanbul 1976, madde: 11).
- (4) Bu görüşte: **Gürsoy/Eren/Cansel**, Türk Eşya Hukuku, 2. bası, Ankara 1984, sh. 484; **Guhl, Theo**, Das Schweizerische Obligationenrecht, 8. Auflage, Zürich 1982, sh. 124; Ayrıca, **Eren**, age sh. 315, not: 57'de gösterilen yazarlar.

meyenlerin, şekilsiz de olsa, yaptıkları sözleşmenin geçersiz sayılması gerekir. Bu görüş bize daha makul gelmektedir.

Bir başka görüşe göre (5) ise, kanunun öngördüğü şekil, sözleşmenin in'ikad (kuruluş) şartıdır. Kanunun öngördüğü şekilde yapılmayan bir sözleşmenin meydana gelmesi, kurulması mümkün değildir. Bu nedenle, şekle aykırı olarak yapılan bir işlem yoklukla sakatlanmıştır.

Yokluk görüşüne katılmaya olanak yoktur. Çünkü, yokluk, bir sözleşmenin kurulması için gerekli varlık unsurlarının görünüşte dahi bulunmaması halinde söz konusu olabilir. Örneğin, sözleşme tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulur. Bunlardan biri yani icap veya kabul yoksa, sözleşme hiç doğmamıştır. Oysa, irade beyanları var fakat kanunun aradığı nitelikten yoksun ise, bu sözleşme görünüşte doğmuştur. Ancak tarafların sözleşme ile ulaşmak istedikleri hukuki sonucu meydana getirme gücünden yoksundur. Yani ölü doğmuştur. Kanunun şekli öngörmesi, irade beyanının, istediği kalıplar içinde ifade edilmesini gerektirir. İşte, burada, irade beyanı varsa fakat kanunun aradığı belli şekil kalıpları içinde ifade edilmemişse, yokluktan söz etmek mümkün değildir.

Bu görüşlerden birini benimsemenin konumuz açısından önemi vardır. Şöyle ki; yokluk görüşü benimsenirse, yoklukla sakatlanan işlemin tahvil yoluyla kurtarılması olanaksızdır. Kendine özgü geçersizlik görüşü benimsenirse, geçersizlik onarılabilir ve ifa ile düzeltilebilir nitelik taşıdığından, ifaya kadar askıda olan geçersizlik aşamasında, tahvile başvurulamaz. Esasen bunda yarar da yoktur. Çünkü, askı süresi içinde, işlemin, tarafların istediği muhteva ile ayakta tutulabilmesi olanağı vardır. Burada tahvil, ifa edilmediği, ifanın bilerek istenerek yerine getirilmediği, yani geçersizliğin onarılamayacak veya düzeltilemeyecek duruma geldiği sırada (işlemin kesin ve sürekli olarak geçersiz duruma gelmesi ve başka türlü düzeltme olanağı bulunmaması halinde) sözkonusu olabilir. Butlan halinde ise, akit yapıldığı andan itibaren geçersiz olduğundan, bu andan itibaren işlem tahvile elverişlidir.

III- ŞEKLE AYKIRILIK NEDENİYLE GEÇERSİZLİĞİ İLERİ SÜRMEİNİN SINIRLARI:

Yukarıda belirttiğimiz gibi, kanunun öngördüğü geçerlik şartına uyulmadan yapılan bir sözleşme, baskın görüşe göre, batıl olacaktır.

(5) Bu görüşte: **Eren**, age sh. 317 not: 60'da gösterilen **Keller / Schöbi**, sh. 28.

Bunun sonucu, sözleşme herhangi bir hüküm doğurmayacaktır. Şekle aykırılığa butlan müeyyidesinin bağlanması kendiliğinden olup, kural olarak mahkeme kararına gerek yoktur. Şekle aykırılık nedeniyle batıl olan bir sözleşmeden herhangi bir borç doğmaz. Böyle bir sözleşme ile borç altına giren taraf, borçlandığı edimi yerine getirmekten kaçınabilir. Şekil kuralına aykırılık nedeniyle batıl olan sözleşme gereği, borçlandığı edimi yerine getiren, yerine göre, istihkak davası veya sebepsiz zenginleşme davası ile verdiğini geri alabilir.

Bununla birlikte, şekle aykırılığa bağlanan bu sonuçlar tatmin edici olmayabilir. Bazı somut olaylarda, verilen sözlerin, yapılan girişimlerin bir şekil uğruna geçersiz kalabilmesi, adalet duygularını ağır şekilde örseleyebilir. Bu düşüncelerle, sözleşmenin geçersizlikten kurtarılma olanağının bulunup bulunmadığı araştırılmıştır. Yine, bazı hallerde bu olanağın bulunduğu kabul edilmiştir. Aşağıda bu halleri incelemeye çalışacağız.

A) İfanın Geçersizliği Düzeltici Etki Taşınması :

Kanunun öngördüğü şekle aykırı olarak yapılmış bir sözleşmenin gönül rızası ile ifa edilmiş olması, sözleşmeye geçerlik kazandırır mı?

Bazı hallerde, böyle bir sözleşmenin gereği yerine getirilir getirilmez, şeklin öngörülmesini izah eden özel koruma amaçlarının değeri kalmayabilir. Bir başka anlatımla, borç altına girme iradesi, düşünce-sizce veya aceleyle oluşmamış, açıklanmamış olabileceği gibi, hukuki işlemin varlığını ispat olanağı da bulunabilir. Konuya bu açıdan bakıldığında, ifanın düzeltici etkisinin olduğu kabul edilmektedir.

Alman hukuku ile, Fransız hukukunda, bazı yasal metinler, bu çözümü açık biçimde benimsemişlerdir. Alman MK. § 313'de taşınmaz mülkiyetinin intikali konusunda şu hükme yer verilmiştir: "Bir tarafın, bir taşınmazın mülkiyetini nakletmeyi taahhüt ettiği bir sözleşme, resmi şekli gerektirir. Bu şekle uyulmaksızın yapılan bir sözleşme eğer tapu sicilinde devir ve tescil işlemi yapılmış ise, bütün muhtevası ile geçerli olur. Fransız MK. nun borçların yerine getirilmesiyle ilgili m. 1338/ F. 2'ye göre de, "... muvafakat veya icazet bulunmadığı takdirde, borcun muvafakat veya icazetle geçerli kılınabileceği andan sonra, iradi olarak yerine getirilmesi yeterlidir." (7).

(7) Alman hukukunda, ifanın, şekil noksanından doğan butlanı etkisiz bıraktığı haller daha çoktur. Örneğin, bağışlama vaadinden ve bu hükümde tutulan diğer taahhütlerden başka, şekilsiz bir kafalet veya taşınmaz devrine ilişkin taahhüdün yerine getirilmesi de geçerli sayılmıştır. BGB §. 313, 518, 766 ve 2301 (Tekinay, age sh. 112, not: 7).

Türk hukukunda da, açıkça ifaya düzeltici etki tanıyan hükümler vardır. Örneğin, borçlar kanununun 238. maddesine göre, “Bağışlama tahhüdünün muteber olması, tahriri olmasına mütevakkıftır.” Yazılı şekle uyulmamakla beraber, böyle bir vaad yerine getirilirse, verilen geri istenilemez (8). TTK. m. 288’e göre, anonim şirketin tedrici kuruluşunda, şirket sermayesine katılmayı taahhüt etmek, özel bir şekle bağlı kılınmıştır, Bu şekle riayet edilmeden iştirak borcu yerine getirilirse, geçerlidir. Yine, MK. muzun 611. maddesine göre, terekenin mirasçılar arasında taksimine ilişkin sözleşmeler, şekle bağlıdır. Bu şekle uyulmamış bile olsa, miras hisseleri fiilen ayrılmış ve mirasçılar bu hisseleri almış bulunurlarsa, artık taksim sözleşmesinin batıl olduğu ileri sürülemez.

Ancak, doktrinde isabetle belirtildiği gibi (9), tek tek bu hükümlerden hareketle, ifaya butlanı düzeltici etki tanıma yolunda, genel bir kural etkisi tanımak mümkün değildir. Kanunda özel bir hüküm bulunmadıkça, geçersiz bir sözleşmenin ifası da geçersiz olacaktır. Şekle aykırılığın, sözleşmeyi batıl kılacağı görüşü, bu açıdan, kendi içinde tutarlı kalmaktadır.

Federal Mahkeme, kural olarak, ifanın şekil eksikliğini gideremeyeceğini, örneğin, şekilsizlik sebebiyle butlandan haberi olmaksızın sözleşmeyi ifa eden kimsenin, sonradan da butlan iddiasında bulunabileceğini, böyle hallerde, hakkın kötüye kullanılmasının söz ko-

(8) Ancak, yazılı şekle uyulmadan yerine getirilen bir bağışlama vaadinin ifaya düzeltici etki mi tanıdığı, yoksa burada bir tahvilin mi söz konusu olduğu doktrinde tartışmalıdır. Bazı yazarlar, burada bir kanuni tahvilin olduğu görüşündedirler: (**Esener**, agm sh. 242; **Kaneti**, age sh. 160; **Feyzioğlu, M. Feyzi**, Borçlar Hukuku Hususi Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri, C.1, 2. bası, İstanbul 1970). Bazı yazarlar ise, BK. m. 238/ III’deki durumda, ifanın geçersizliği düzelttiği kanısındadırlar: (**Tekinay**, age sh. 112 vd.; **Tandoğan, Haluk**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 3. bası, C. I/ I, Ankara 1984, sh. 342). Kanuni tahvil görüşünü savunanlar, bağışlayandaki “bağışlama niyeti”nin, ifa ile devam ettiğini; ancak, bağışlama vaadinin geçersizliği bilinmeden, onun bağlayıcı olduğu inancıyla yapılan tasarruf işleminin hukuki sebebinin, borçlandırıcı işlemin hukuki sebebi olan “bağışlama sebebi”nden, “öde-me sebebine” dönüştüğünü ileri sürmektedirler. Bize göre; BK. m. 238/ III de, şekil noksanına rağmen, isteyerek yapılan ifanın, geçersizliği onardığı bir durum söz konusudur. Kanunda, bağışlama vaadinin ifa edilmesi halinde, elden bağışlama gibi olacağının ifade edilmesi; bir tahvili düzenlemek değil, ifanın sözleşmeyi onarması, düzeltmesi, tarafların hak ve borçlarının ise, elden bağışlama hükümlerine göre saptanacağını belirtmesidir. Böylece ifa eden, verdiğini geri istemeyecektir.

(9) **Tekinay**, age. sh. 112.

nusu olamayacağını çeşitli kararlarında ifade etmiştir. Bununla birlikte, ifaya rağmen ileri sürülen butlan iddiasının bazen hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olabileceğini, bu hallerde, butlanın etkisiz kalacağını kabul etmektedir (10). Özellikle şekle uyulmadan yapılan bir sözleşmenin yerine getirilmesinden itibaren çok uzun bir zaman geçmişse, Federal Mahkemeye göre, artık butlan iddiası dinlenmez (11). Yargıtayımız da, muhtelif kararlarında, aynı sonuca ulaşmıştır (12).

E) *Borçlunun Diğer Davranışları:*

Şekil noksanı sebebiyle geçersiz bir sözleşme henüz ifa edilmiş olmasa dahi, bazı hallerde butlan iddiası hakkın kötüye kullanılması sayılabilir. Özellikle, butlanı ileri süren taraf, şeklin gerçekleşmesine kendi menfaatleri için (13) veya yanıltıcı hareketlerle engel olmuş (14), örneğin, sözleşmenin şekle bağlı olmadan yapılabileceği hususunda diğer tarafa yanlış bir kanaat aşılarmışsa, sözleşmenin sonradan kendi yararına olmadığını görünce ondan sıyrılmak istemesi, ahlaka aykırı bir nitelik taşıyorsa; şeklin koruyucu etkisinden yoksun kaldığı için değil, sırf kendi borcunu yerine getirmekten kaçınmak amacıyla şekilsizliği bir araç olarak kullandığı anlaşılıyorsa; taahhüdünü mutlaka yerine getireceğini sözleşmenin yapılmasından sonra da doğrulayarak, karşı tarafın sözleşmeye beslediği güveni sebepsiz ve haksız olarak kuvvetlendirmişse, yargıç, şekle aykırılığa rağmen, sözleşmenin geçerli olarak kurulmuş olduğunu kabul edebilir.

(10) BGE 90 II 154 = JdT 1964 I 565; BGE 90 II 295 = JdT 1965 I, 159; BGE 84 II 369 = JdT 1959 I 169 **Kaneti, Selim**, İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları, 1955-1964, II. Kısım, Ankara 1968, Not 42, 43, 37).

(11) BGE 87 I 121 = JdT 1961, 560 (**Tekinay**, age. sh. 113, Not: 9).

(12) "... sözleşme hükümlerinin ifa edilmiş bulunmasına rağmen sözleşmenin şekil yönünden geçersizliğinden söz edilmesi, MK. nun 2. maddesi uyarınca, afaki iyiniyet kurallarına da aykırı düşmektedir..." Y. 15. HD. 6.4.1977 T. 511/ 821 (YKD. 1979, sayı 3, sh. 392); "... sözleşmeden doğan karşılıklı hak ve borçlar, tamamen yerine getirilmemiştir. Hal böyle olunca, MK.m. 2'de ifadesini bulan, afaki iyiniyet kuralının bu davada uygulanması ve bu nedenle sözleşmenin geçerli sayılması da düşünülemez. Çünkü bu kural, ancak sözleşmenin tamamen ifa edildiği haller için geçerlidir..." YHGK. 9.6.1982 T. 15-1613/ 565 (YKD. 1982), sayı 10, sh. 1386); Ayrıca: bkz. YTD. nin 16.9.1972 gün, 2426/ 3680 E.K. (RKD. Yıl: 8, 1973, sh. 130).

(13) BGE 78 II 221 = JdT 1953, I. 232 (**Tekinay**, age. sh. 114, Not: 12).

(14) BGE 87 II 28 = JdT 1951, I. 554 (**Tekinay**, age. sh. 114, Not: 13).

Federal mahkeme de, şekil eksikliğinin ileri sürülmesinin dürüstlüğe aykırı olması halinde, taraflar arasındaki ilişkilerde bu eksikliğin sonuç yaratmayacağını, bu noktayı, yargıcın, katı kurallara bağlanmadan, bütün hal ve şartları serbestçe değerlendirerek, görevinden ötürü resen inceleyeceğini kabul etmektedir (15). Yargıtayımızın kararları da bu doğrultudadır (16).

C) Tahvil

Tahvil, hukuki işlemlerin mümkün olduğunca butlandan kurtarılmasında başvurulan bir kurumdur. Şekle aykırılık sebebiyle batıl olan bir sözleşme, benzer amaç ve sonuçlara yönelmiş olan başka bir işlemin şartlarını gerçekleştiriyorsa, şekle aykırı işlem, şartlarını karşıladığı benzer amaç ve sonuçlara yönelmiş işleme çevrilerek geçerli sayılmaktadır. Aşağıda bu kurum hakkında daha geniş açıklama vereceğimizden, burada bu kısa açıklamayı yeterli görüyoruz.

§ 3. TAHVİL KURUMUNA İLİŞKİN BİLGİLER

I- KAVRAM VE TANIM

Tahvil, geçerlik şartlarını taşıyamaması nedeniyle batıl olan bir hukuki işlemin yerine, bu işlemin yapılması sebebiyle geçerlik şartları gerçekleşen bir başka hukuki işlemin ikame edilmesidir.

Bir başka anlatımla, tahvil, kanunun, uyulmasını zorunlu kıldığı şartlara uygun olmamakla birlikte, benzer maksat ve sonuçları taşıyan diğer bir işlemi; geçersizliği bilmiş olsalardı tarafların yapacağı kabul edilebiliyorsa; geçerli olmayan işlemin, geçerlik şartlarını taşıyan işleme dönüştürülerek varlığını sürdürebilmesini sağlayan bir kurumdur.

(15) Bkz: BGE 78 II 266, Gerekçe: 2; BGE 84 II 375, Gerekçe: 2; BGE 86 II 232, gerekçe: 6; BGE 86 II 261, gerekçe: 3; BGE 78 II 227; 86 II 252, gerekçe: 6; BGE 72 II 44; 78 II 227; 84 II 375, 86 II 232 (**Kaneti**, İFM. nin Borçlar Hukuku Kararları, sh. 51, 52 vd.)

(16) "... ihaleyi takiben, taraflar arasında yapılan sözleşmenin yazılı biçimde düzenlenmesi ve noterliğe onaylattırılması sözleşmenin geçerliliği için yeterlidir. MK.m. 2 hükmünce, herkes haklarını kullanırken afaki iyiniyet kurallarına uymakla yükümlüdür. Biçim noksanlığı nasıl doğrudan doğruya (resen) gözönüne alınmıyorsa, biçim noksanlığının ileri sürülmesinin dürüstlüğe aykırı olup olmadığı yönü de, doğrudan (resen) incelenecek konulardandır. ... yerel mahkeme hükmünün bozulması doğru değildir..." YHGK. 1981/4-224 E, 1983/1276 K., 7.12.1983 T. (YKD. 1984, sayı: 5, sh. 325)

Tanımlardan da görüleceği gibi, tahvilde, iki ayrı hukuki işlem söz konusudur:

a) Tarafların yaptıkları batıl hukuki işlem. Bu işleme, “asıl işlem” (17) veya “çevrilen işlem” (18) denilmektedir.

b) Batıl olan işlem yerine geçen işlem. Bu da, “2. işlem” (19) veya “kendisine çevrilen işlem” (20) olarak adlandırılmaktadır.

Doktrinde, kavram ve tanım üzerinde fikir birliği vardır (21). Ancak kavramı ifade için farklı terimler kullanılmaktadır. Genellikle “çevirme” (22), “konversiyon” (23), “tahvil” (24), “batıl hukuki muameleyi değiştirme” (25) terimleri kullanılmaktadır. Biz, bu çalışmamızda alışlagelen ve yaygın bir terim olması nedeniyle, tahvil terimini kullanmayı tercih ediyoruz.

II- BENZER KURUMLARDAN FARKI:

A) İşlemin Yanlış Adlandırılmasından Farkı:

İşlemin yanlış adlandırılmasında, tarafların yaptıkları hukuki işleme, bilgisizlikten ötürü yanlış ad vermeleri söz konusudur. Örneğin, aslında kira sözleşmesi yaptıkları halde, bunu ürün kirası olarak adlandırmalarında olduğu gibi. Bu durumda BK. m. 18 gereği, sözleşmenin şekil ve muhteva yönünden değerlendirilmesinde, tarafların hatalı olarak kullandıkları yanlış adlandırmalar ve terimler değil, birbirine uygun gerçek iradeleri gözönünde tutulur. Yani, işlemin yanlış adlandırılmasında, işlem, hukuk tekniği açısından, gerçek adıyla, gerçek kılığıyla geçerli olur.

(17) **Esener**, agm. sh. 235.

(18) **Kaneti**, age. sh. 4.

(19) **Esener**, agm. 235.

(20) **Kaneti**, age. sh. 4.

(21) Bkz: **Eren**, age. sh. 342; **Tunçomağ**, age. sh. 114; **Schwarz**, age. sh. 371; **Saymen/Elbir**, Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, I, 2. Cilt, İstanbul 1958, sh. 151; **Arsebük**, age. sh. 324; **Von Tuhr**, age. sh. 224; **Oğuzman, Kemal**, Medeni Hukuk Dersleri, 3. bası, İstanbul 1978, sh. 145.

(22) **Kaneti**, age. sh. 4; **Sungurbey, İsmet**, Medeni Hukuk Eleştirileri, III. Cilt, İstanbul 1971, sh. 113.

(23) **Schwarz**, age. sh. 371, Not: 10.

(24) **Esener**, agm. sh 234, Ayrıca Not: 21’de belirtilen yazarlar.

(25) **Tunçomağ**, age. sh. 114.

Tahvilde ise, hukuki işlemin geçersizliği, bu işlemin maddi ya da şekli unsurlarının hukuk düzenine aykırılığından ileri gelir. Bu aykırılık, hukuk düzenine uygun düşen diğer bir işlemin kimlik ve kılığı ile giderilmektedir. İşlemin yanlış adlandırılmasında ise; sadece, işlemin adının düzeltilmesiyle yetinilmektedir (26).

B) *Muvazaadan Farkı* :

Tarafların, yaptıkları irade açıklamalarının gerçekte hiç bir hukuki sonuç doğurmaması, sadece bir hukuki işlemin bulunduğu görünüşünü yaratmak istemeleri halinde veya gerçekte yapmak istedikleri hukuki işlemi gizlemek amacıyla, başka bir hukuki işlem yapmaları halinde, muvazaa söz konusudur.

Taraflar, ister yalnızca bir görünüş yaratmayı, isterse ikinci bir gizli işlem yapmayı arzu etmiş olsunlar, görünüşteki işlem, tarafların gerçek iradesine uymadığından, ilke olarak herhangi bir sonuç doğuramaz. Fakat, tarafların iradelerine uygun olan gizli işlem, yasal gerekleri taşıyorsa, geçerli olabilir.

Muvazaada, gizli işlem şekle bağlıysa bu gizli işleme ilişkin irade açıklamaları şekle uygun olarak yapılmamışsa, görünüşteki işlemde şekle uyulması, gizli işlemdeki şekle aykırılığı gideremez. Bu durumda, görünüşteki işlem, tarafların iradesine uymamasından ötürü herhangi bir sonuç doğurmadığı gibi, gizli işlem de, şekle aykırılıktan dolayı batıldır (27).

Muvazaada, görünüşteki işlemin her türlü hukuki sonuçtan yoksun olması, tarafların ortak iradelerinin bu yolda olmaması nedeniyledir. Oysa, tahvilde, tarafların yaptıkları işlem, muhteva ve sonuçlarıyla, tarafların gerçekten istemiş oldukları işlemdir. Butlan, tarafların geçerlik gereklerini gerçekleştirememiş olmalarından ileri gelmektedir. Muvazaada, görünüşteki işlemin altında saklanan ve tarafların muhteva ve sonuçlarıyla birlikte istedikleri işlemin, ilke olarak geçerli olması, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradelerinin bu yolda olmasına dayanır. Tahvilde ise, kendisine çevrilen işlemin geçerliliğinin dayanağı, taraf iradelerinin bu işleme yönelmiş olması değildir. Çünkü taraf iradeleri, çevrilen batıl işlem üzerinde birleşmiştir. Ken-

(26) **Kaneti**, age. sh. 4; **Feyzioğlu, N. Feyzi**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 2. bası. İstanbul 1976, sh. 343.

(27) 7.10.1953 T. 8/7 sayılı YİBK.

disine çevrilen işlemin geçerliği, tahvile yer veren hukuk normuna dayanır (28).

C) *İnançlı İşlemden Farkı:*

İnançlı işlemde, inanç gösterilen, inanç gösterenden ya da bir üçüncü kişiden, inanç sözleşmesi gereğince elde ettiği hakkı bu sözleşmede belli edilen amaç ve şartlara uygun olarak kullanmak borcu yüklenir (29). İnanç sözleşmesi, inanç gösterilerine hakkın geçirilmesini sağlayan kazandırıcı işlemin sonuç doğurmamasına ilişkin olmayıp, aksine inanç gösterilenin kazandığı hakkı kullanmada inanç gösterenin menfaatleri açısından uyacağı yönergeleri ve gereğinde hakkı inanç gösterene geçirme (geri verme) yükümünü kapsar. Tahvilde ise, tarafların öngördükleri işlem, inanç ilişkisinden farklı olarak geçersiz olup, herhangi bir sonuç doğurmaz, ancak başka bir işlem kılığında ayakta tutulabilir.

İnanç sözleşmesi batıl ise, tahvile konu olabilir (30).

D) *Sözleşmenin Mahiyetinde Hatadan Farkı:*

Sözleşmenin mahiyetinde hatada, hata ettiğini iddia eden tarafın, bir sözleşme hakkında rızasını beyan ederken, başka bir sözleşmeyi kastedmiş olması söz konusudur. Örneğin, satım sözleşmesi yapmayı isteyen taraf, yanlışlıkla iradesini kira sözleşmesi yönünde açıklamışsa, sözleşmenin mahiyetinde yanılmıştır. Oysa, tahvilde tarafların gerçekte yapmak istedikleri işlem batıl olan işlemdir. Tarafların istekleriyle, açıklamaları arasında bir uygunsuzluk yoktur.

Yine BK. m. 25/ II uyarınca, karşı tarafın, hataya düşenin gerçek maksadına uygun olan sözleşmeyi kabule hazır olduğunu bildirmesi ve hata nedeniyle sakatlanan geçersiz işlemin, hataya düşenin gerçek iradesine göre biçimlenen bir sözleşme olarak ayakta kalması da tahvilden farklıdır. Zira burada, BK. m. 25/ II ile karşı yana tanınan hak, yenilik doğurucu haktır ve sözleşmenin bu şekilde geçerli hale gelmesi, hak sahibinin bu yolda iradesini açıklamasına bağlıdır (31).

(28) **Kaneti**, age. sh. 7; **Esener, Turhan**, Türk Hukukunda Muvazaalı Muameleler, İstanbul 1956, sh. 71; **Saymen/ Elbir**, age. sh. 251, 252; **Feyzioğlu**, age. sh. 343.

(29) **Özsunay, Ergun**, Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler, İstanbul 1968, sh. 85, 137.

(30) **Kaneti**, age. sh. 28.

(31) **Kaneti**, age. sh. 9, Not: 34.

E) *Kısmî Butlandan Farkı :*

Kısmî butlanda, işlemin bir bölümü ya da şartı batıl olduğu için, o bölüm ya da şart yok sayılır. Fakat, sözleşmenin kalan bölümleri kural olarak geçerliğini korur. Tahvilde, ise butlan işlemin tümüne sarîdir. Fakat buna rağmen, bu işlem başka bir işleme çevrilerek ayakta tutulabilmektedir. KANETİ'nin benzetimiyle tahvilde "gövdesi de çürük olan işlem, kendisine başka bir kimlik aşılansarak" yaşatılmaktadır. Tahvilde, batıl işlemin kimlik ve niteliği değil, ameli sonuçları kurtarılmaktadır. Kısmî butlanda ise, işlemin öz kimlik ve niteliği, batıl bölümlerden arınmış olarak ayakta tutulmaktadır (32).

F) *İşlemin Yorumundan Farkı :*

Tahvil, hukuki işlemin yorumlanmasından da farklıdır. Yorumda, tarafların irade açıklamalarının anlamı ve amacı araştırılır. Tahvilde, tarafların istek ve amaçları bellidir. Fakat o işlem, tarafların amaçladıkları muhteva ve sonuçlarıyla batıldır. Tahvile, batıl işlemin ayakta tutulma olanağının olmaması durumunda başvurulur. İşlem başka bir yolla, örneğin, yorum yoluyla ayakta tutulabiliyorsa, tahvile başvurmaya gerek yoktur. Yorumun, işlemi butlana sürüklediği anlaşıldıktan sonradır ki, tahvil yoluna başvurulur. Tarafların gerçek iradeleri aşılarak, yorumun ötesinde bir başka işlemin unsurlarına ve şartlarına durumun yatkın olması halinde, işlem diğer işleme çevrilerek suretiyle yaşatılır.

III- TAHVİLİN HUKUK SİSTEMLERİNDEKİ YERİ

A) *Yabancı Hukuk Sistemlerinde :*

Roma hukukunda, bugünkü anlamda hukuki işlemlerin tahviline ilişkin genel bir nazariye yoktu. Fakat, bazı özel durumlar ve çözümler dar anlamda tahvil kurumu çerçevesine alınabilecek nitelikteydi. Roma hukukçuları, genel bir uygulamanın bilincini taşımamakla birlikte, gelişmiş bir hukuk duygusunun yardımıyla, birçok somut hukuki sorunu, tahvil açısından doğru çözüme bağlayabilmişlerdi.

Roma hukukçuları, sıkı şekil kurallarına bağlı olan bu sistemde, özellikle vasiyetnamenin roma hukukunda taşıdığı büyük önem ve vasiyetçinin ölmesinden sonra yeni bir işlem ile geçersizliğin giderilme-

(32) Kaneti, age sh. 18; Feyzioğlu, age sh. 344; Esener, agm. sh. 251.

sine olanak olmaması karşısında, ilk olarak, hukuki işlemin korunması gereğini hissetmişler, bugünkü tahvil kurumunun kökeni sayılabilecek uygulamanın ilk örneğini vermişlerdir (33).

Hukuki işlemin tahvili, genel bir kavram ve kurum olarak, pandekt hukukunda işlenmiş ve geliştirilmiştir. Tarihsel gelişim sonucu, Almanya'da BGB. nin 140. paragrafında, bugünkü anlamda ifadesini bulmuştur.

BGB § 140'a göre, "batıl bir hukuki işlem bir başka hukuki işlemin gereklerine uymaktaysa, butlan bilinseydi, ikinci işlemin geçerliğinin istenmiş olacağı kabul edilebilirse, bu ikinci işlem geçerlidir."

Fransız MK. da ise, hukuki işlemlerin tahviline ilişkin özel bir hüküm yoktur. Fransız mahkemeleri de hukuki işlemlerin tahvilini kavram ve kurum olarak benimsememişlerdir.

1942 tarihli İtalyan MK. nun 1924. maddesi, Alman MK. nun tahville ilgili 140. paragrafı paralelinde, tahvile ayrı ve bağımsız bir kurum olarak yer vermiştir (34).

1942 tarihli İtalyan MK. nun yürürlüğe girmesinden sonra, İtalyan Yargıtayının pek çok kararında, tahvilin, işlemle ulaşılmak istenilen amelî ihtiyacı ayakta tutan bir hukuki araç olduğu belirtilmiştir.

Avusturya MK. da da doğrudan doğruya tahvili düzenleyen hüküm olmamakla birlikte, doktrin, tahvil kurumunu benimsemiştir.

B) *İsviçre-Türk Hukukunda :*

İsviçre-Türk borçlar kanununda tahvili düzenleyen açık bir hüküm yoktur. Ancak, İsviçre-Türk doktrin ve içtihadında tahvil kurumu genellikle benimsenmiştir (35). Bazı yazarlar (36) hukuki dayanağını

(33) **Kaneti**, age. sh. 43.

(34) İtalyan MK. m. 1924; "Batıl sözleşme, tarafların güttüğü amaç gözönünde tutularak, butlan bilinseydi, istenmiş olacağını kabul etmek gerekiyorsa, öz ve şekil yönünden gereklerini ihtiva ettiği diğer bir sözleşmenin sonuçlarını yaratabilir".

(35) **Feyzioğlu**, age sh. 343; **Tekinay**, age sh. 116; **Guhl**, agm sh. 126; **Serozan, Rona**, Die Überwindung der Formnichtigkeit, **Trouaux** de la 5 eme, Semaine Juridique, Turke-Swisse, İstanbul 1975; **Von Tuhr**, age sh. 237; **Oser/Schönenberger**, age sh. 113; Not: 35; **Arsebük**, age sh. 324; **Saymen/Elbir**, age sh. 151; **Reisoğlu**, age sh. 81; **Tunçomağ**, age sh. 114; **Oğuzman**, age sh. 145; **Kaneti**, age sh. 78vd; **Esener**, agm sh. 258; **Schwarz**, age sh. 371-372.

(36) **Von Tuhr**, agesh 202; **Arsebük**, age sh. 324; **Saymen/Elbir**, age sh. 252; **Tekinay** age sh. 116; **Eren**, age sh. 318.

araştırmaksızın tahvili kabul ederlerken, bazıları ise, hukuki dayanağının ne olduğunu araştırmakta ve farklı hukuki temellere dayandırmaktadırlar.

Doktrinde bazı yazarlarca (37) tahvil bağımsız bir hukuki kurum olarak kabul edilemez. Bu görüştekilere göre, eğer tarafların iradesi açık seçik belliye ve bu irade ile ulaşılmak istenen hukuki sonucu hukuk düzeni geçersiz addediyorsa, iradenin muhtevasını değiştirerek, başka bir sonuca yöneldiğini söylemek caiz değildir. İradenin açık seçik belli olmaması halinde, yapılacak şey, iradenin yorumlanmasından başka bir şey değildir. İrade, işlemin geçerliğini sağlayacak biçimde yorumlanarak, geçerlik şartları gerçekleşmiş işleme yönelik sayılacaktır.

Bazı yazarlar (38) ise, tahvil kurumunun hukuki dayanağını MK. m. 2'de görürler. Bu yazarlara göre, gerekleri gerçekleşmiş ikinci işleme, tarafların öngördüğü batıl ilk işlemle güdülen amaca ulaşabiliyorsa, dürüstlük ilkesi uyarınca, öngörülen ilk işlemin butlanı bilinsydi ikinci işlemin istenmiş olacağı kabul edilir (39).

Bazı yazarlar (40) ise, İsviçre/ Türk hukukunda tahvil kurumunun ayrı bir hükümlerle düzenlenmemesi nedeniyle, örtülü bir kanun boşluğu olduğunu savunurlar.

Nihayet son bir görüş (41), tahvili kısmî butlanın bir türü olarak kabul etmektedir.

Yukarıda sözünü ettiğimiz görüşlerden yorum görüşü, tahvili açıklamaya yeterli değildir. Tarafların iradelerinin anlam ve amacı

(37) Bu görüşte: **Cornaz**, (**Esener**, agm sh. 247 de gösteriliyor); **Sungurbey**, age sh. 114; **Schwarz**, açıkça yorumdan sözetmemekle beraber, dolaylı olarak bu görüşü benimser görülmektedir: Bkz: **Schwarz**, age sh. 372.

(38) **Serozan**, agm. sh. 155; **Esener**, agm. sh. 247.

(39) **Esener**, sözleşmenin kurulması alanında İsviçre/ Türk hukukunda hakim olan güvenin korunması ilkesiyle tahvilin açıklanabileceğini kanısındadır; "İtimat sistemine göre, beyan sahibinin hüsnüniyetle tefsir suretiyle tanınabilen iradesine ehemmiyet atfedilmektedir. Binaenaleyh, taraflardan birisi, diğerinin irade beyanını hüsnüniyetle tefsir ederek, butlanı bilseydi, aynı gayeyi istihdaf eden başka bir muameleyi aktedeceği neticesine varırsa, 2. muamele, BK. m. 1 muvacehesinde in'ikad etmiş addolunabilir" (**Esener** agm sh. 247).

(40) Bu görüşte: **Weil** sh. 5-6 (**Esener**, agm sh. 244'den); **Feyzioğlu**, age sh. 345; **Kaneti**, age sh. 91 vd.; **Edis**, **Seyfullah**, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 2. bası, Ankara 1983, sh. 106.

(41) **Funk**, Art. 20, 7 (**Kaneti**, age sh. 86, Not: 40 (a) da gösterilen).

ve buna göre biçimlemek istedikleri işlem konusunda şüpheye yer yoksa, taraf isteklerinin batıl işlem üzerinde toplandığı açıksa, işlemi salt yorumla kurtarmak mümkün değildir. Tahvilin benzer kurumlardan farkını açıklarken değindiğimiz gibi, tahvil kurumu, yorum yoluyla ortaya çıkan taraf istekleri açısından batıl olduğu anlaşılan işlemin kurtarılmasını sağlayabilecektir. Diğer taraftan, batıl işlem, aynı nitelikte ancak daha az kapsamlı sonuçları olan bir başka işlemin gereklerini yerine getiriyorsa, bu ikinci işlemin ayakta tutulmasını, birinci işlemin, ikinci işleme ilişkin iradeyi “çoğu isteyen, azı da istemiş sayılır” ilkesi gereğince, zımnen kapsadığına dayandırmak, tahvilin, yorumun bir türü olarak nitelendirilmesini doğrulayamaz (42). Çoğu isteyeninin azı da istemiş olduğu görüşü, objektif bir olguyu yansıtmaz, çünkü ortada aza yönelmiş gerçek bir irade yoktur. Tek söylenilecek olan, çoğu isteyenin, çoğa yönelik iradesinin sonuçsuz kalmasındansa ilke olarak azla yetinmeyi yeğ tutacağıdır. Bu ise, objektif bir olgu olmayıp, varsayımdır. Eksiklik, ancak varsayımlı irade ile giderilebilir. Bu varsayım ise, ilke olarak, kaynağını ancak bir yasa kuralında bulabilir. Türk / İsviçre hukukunda ise, böyle bir kural yoktur.

Diğer yandan, dürüstlük kuralı, tahvil kurumunun dayanağı değil tahvilin uygulanmasında izlenecek ölçü olarak dikkate alınabilir. Çünkü, ilke olarak, öngörüldüğü biçimiyle gerçekleşemeyen bir işlemin, başka bir işlemin gereklerini yerine getirmesi halinde, butlanın ileri sürülmesi, başkaca özel hal ve şartlar yoksa, dürüstlüğe aykırı değildir. Belirli bir sonuca ulaşmak için seçilen belirli bir hukuki aracın gerekleri karşılanmışsa taraflardan birinin ya da diğerinin, gerekleri yerine gelmiş ikinci işlemin, öngörülen sonuca yaklaşık olarak ulaşmasıyla yetinmeyerek butlan müeyyidesini işletmek istemesi, başlıbaşına bu müeyyidenin amacından saptırılması demek değildir. İkinci işleme yönelmiş bir iradenin bulunmamasının yarattığı boşluğu dürüstlük kuralı dolduramayacağı gibi, tahvil kurumunun temelinde bulunan “amacın araca üstün tutulması” ve “işlemin korunması” ilkeleri, bağımsız nitelik taşıyıp, dürüstlük kuralına indirgenemez (43).

Tahvil, kısmî butlanın bir türü de değildir. Yine önceden de değindiğimiz gibi, kısmî butlanda, işlemin geçersiz bölümlerinin çıkarılması sonucunda, işlemin ana kimliği ve niteliği değişmemektedir. Tahvilde ise, ilke olarak işlemin tümüne yaygın olan butlanın nedeni, onu

(42) Kaneti, age sh. 79.

(43) Kaneti, age. sh. 84.

kül olarak batıl kılmaktadır. Ancak, işlem değişik bir kimlik altında korunabilmektedir.

Türk/ İsviçre hukukunda tahvili düzenleyen açık bir hüküm olmamasının örtülü bir kanun boşluğu yarattığı görüşü bize de makul gelmektedir. Bu görüşü benimseyenlerin belirttiği (44) gibi, tahvilin söz konusu olduğu durumda, kanunun, konuya ilişkin bir hükmü kapsamadığı söylenemez. Kanun hükmü uyarınca, tarafların öngördükleri biçimiyle işlem batıldır. Başka bir deyişle, tahvile yol açabilecek olgulara uygulanabilecek genel nitelikte bir kanun hükmü vardır ve bu hüküm, butlan müeyyidesini öngörmektedir. Bu nedenle, tahvil yönünden, kanunda açık değil örtülü bir boşluk vardır. Gerçekten, kanunkoyucu genel bir kuralı, özellik taşıyan ve bu nedenle ayrı bir düzenlemeyi gerekli kılan olgular açısından sınırlandırmamışsa, yani bu özel olguların gerektirdiği özel kurala kanunda yer vermemişse ve bu nedenle, genel kuralın özel olgulara olduğu gibi uygulanması sözü geçen kuralın amacı ve ruhuyla ya da kanunun başka ilkeleriyle çatışan çözümlere ulaştırıyorsa; “örtülü boşluk” tan söz açılır. Örtülü boşluklar da, açık boşluklar gibi kanunun çok geniş olan ve belirli özel olgular yönünden sınırlanmamış kuralına, MK. m. 1 uyarınca genel yapısına uygun sınırlama getirilmek suretiyle doldurulur. Batıl işlemin, gereklerini yerine getiren diğer bir işleme çevrilmesine yol açan özel olgular açısından, butlan müeyyidesinin sınırlanmaması, İsviçre/ Türk MK. na ve BK. na hakim olan “hukuki işlemlerin korunması” ilkesiyle çatışmakta, ve bu nedenle, bu kanunun genel yapısına aykırı düşmektedir. Hukuki işlemlerin korunması ilkesi, elde edilmesi istenilen amacın gerçekleşmesine olanak sağlamak üzere, bu uğurda girilen işlem faaliyetine olabildiğinde yürürlük tanınmasıdır. Buradaki örtülü boşluk da MK. m. 1’deki esaslara, MK. nun temel ilkelerine ve hukuki işlemlerin korunması ilkelerine göre doldurularak, batıl işlemin gereklerini kapsayan ikinci işleme canlılık verecek olan hukuki sonuç iradesinin eksikliği giderilebilir (46).

Bu nedenlerle, İsviçre/ Türk BK. da tahvil konusunda varlığı saptanan bu boşluk, MK. m. 1 uyarınca, “batıl bir hukuki işlem, bir başka işlemin gereklerine uymaktaysa, butlan bilinseydi bu ikinci işlemin geçerliğinin istenmiş olacağı kabul edilebilirse, bu ikinci işlem geçerlidir” yolundaki kuralla doldurulacaktır.

(44) Bkz: Not (40)’da gösterilen yazarlar.

(45) **Kaneti**, age. sh. 96; **Feyzioğlu**, age. sh. 345; **Edis**, age. sh. 106.

Yargıtayımız muhtelif kararlarında, tahvil kurumunu uygulamıştır. Yargıtayın genel eğiliminin, bu kurumu, “işlemin geçerli olabileceği yolda yorumlanması” kuralıyla bir tutmakta olduğu, tahvili, yorumun özel bir uygulama yeri olarak nitelendirmekte olduğu söylenilebilir (46).

İsviçre Federal Mahkemesi ise, tahvilin bağımsız bir kurum olduğu ve kendine özgü ayrı bir kurala dayandırılması gerektiğini belirtmiştir. Federal Mahkeme, tahvil kurumunun, İsviçre hukukunun yazılı olmayan genel bir ilkesi olarak nitelendirmiş, ona ayrıca dayanak göstermeyi de gerekli saymamıştır (47).

IV- TAHVİLİ UYGULAMA ŞARTLARI:

A) *Batıl Bir Hukuki İşlemin Varlığı:*

Tahvil, hukuki işlemlerin korunması ilkesinin damgasını taşıyan, hukuki işlemin olabildiğince sonuç yaratması amacını güden, tanımından ötürü, taraflarca öngörüldüğü biçimiyle batıl olan bir hukuki işlemi, bir başka kılıkta ayakta tutmayı hedef edinen bir kurumdur. Bu nedenle, başlıca uygulama alanı, batıl hukuki işlemlerdir.

(46) “... bir akdin hükümsüz olacak şekilde değil, muhteber olacak şekilde manalandırılması, akdin tarafların ortaklaşa maksadına göre tefsirini emreden BK. m. 18 gereğidir...” HGK. 10.2.1960 T., 316 E, 188 K; Bu doğrultuda: HGK. 17.2.1965 T., 5134/D-1 E ve 73 S.K. (**Sungurbey**, age. sh. 116); Ayrıca, Yargıtayın, noterde yapılan gayrimenkul satış sözleşmesinin satış vaadi olarak geçerli tutulacağına ilişkin kararlarında; “külde, cüzün de bulunduğu, sattım, aldım yollu beyanlarda, satmayı vaad ettim, almayı vaad ettim” yolundaki iradelerinin de bulunacağını belirtilerek, yanlış nitelendirme durumunda tahvili uyguladığı görülmektedir: Bkz: YHGK. 26.6.1957 T., 1/70 E, 64 K.; YHGK. 24.11.1954 T. 1/148 E. 127 K.; YIHD. 9.2.1963 T. 79 E, 1150 K.; Aynı gerekçe: I. HD. 22.3.1951 gün 8511 E. 1544 K. (Muhalefet şerhi); YI. HD. 15.4.1971 T. 2912 E, 2518 K.; 25.10.1971 T. 8566 E, 6768 K.; 14.11.1969 T. 8545 E., 6769 K.; 7.7.1967 T. 5221 E., 4820 K., (**Çemberci**, Gayrimenkul Satış Vaadi, 2. bası, Ankara 1972, sh. 204).

(47) İsviçre Federal Mahkemesinin 5.12.1968 tarihli kararında, tahvil kurumu, İsviçre doktrin ve uygulamasına da dayanılarak belirtilmiştir: “. . . Doktrin ve içtihadı göre, hükümsüz olan bir hukuki işlem, amaç ve sonuç bakımından benzerlik varsa ve hükümsüzlüğü bilmeleri halinde tarafların isteğine uygun düşeceği kabul edilebiliyorsa, şartları gerçekleşen diğer bir işlem olarak geçerli tutulur. Ancak bu işlem, yerini aldığı tarafların isteğine uygun hükümsüz işlemde daha öteye gitmemeli ve taraflardan birine yada diğerine daha ağır borçlar yüklememelidir. “BGE 80 II 86 ve orada yapılan atıflar, özellikle, BGE 76 II 13, gerekçe 5 (**Sungurbey**, age. sh. 116); BGE 89 II 437 (**Kaneti**, İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları, sh. 19, No: 23).

İlke olarak, tahvil, ister tek taraflı, ister iki yada çok taraflı olsun her çeşit hukuki işlemin butlanı halinde uygulanabilir (48). Borçlandırıcı işlemlerin tasarruf işlemine tahvil edilmesi ise, mümkün değildir (49).

Tahvilin en önemli uygulama alanı, batıl hukuki işlemlerdir. Fakat, her butlan nedeni için tahvil uygulanamaz. Örneğin, tam ehliyetsizlik nedeniyle hukuki işlem batılsa; bu işlemin tahvil yoluyla ayakta tutulabilmesi mümkün değildir. Tahvilin söz konusu olabilmesi için, kendisine çevrilecek işlemin geçerlik şartlarının gerçekleşmesi gereklidir. Tam ehliyetsizler ise, hiç bir hukuki işlem yapamayacaklarından, bu kimselerin işlemlerinin bir başka geçerli işleme çevrilmesi olanağı yoktur. Dürüstlük kuralları uyarınca ya da tam ehliyetsizi korumak için tam ehliyetsizlerin işlemlerine bağlanan bazı sonuçlar, tahville açıklanamazlar. Çünkü, tam ehliyetsizlerin işlemlerine bağlanan bu istisnai sonuçlar, batıl işlemin bir başka işlem kılığında ayakta tutulması anlamını taşımazlar.

Tahvilin en önemli uygulama alanı, şekle aykırılık nedeniyle batıl hukuki işlemlerdir. Bu nedenle, bazı yazarlar (50) tahvilden, yalnızca şekle aykırılık çerçevesinde, bunun sonuçlarını gidermeye yarayacak bir araç olarak sözetmektedirler. Tahvile ilişkin yargısal kararların çoğu da, şekle aykırılıktan ötürü geçersiz olan işlemlere ilişkindir.

Şekle aykırı işlemin çevrilmesi, şekil kuralıyla güdülen amaçla çatışmamalıdır. Örneğin, şekle aykırı bir kefalet (BK. m. 484) bir itibar emrine (BK. m. 400) ya da bağımsız borç yükleyen bir garanti sözleşmesine tahvil edilemez. Bu tür bir tahvil, kefalette şeklin kefil koruyucu niteliğiyle bağdaşmaz.

Hal ve şartlara göre, şekle aykırılıktan dolayı işlemin geçersizliğini ileri sürmek dürüstlük kurallarına aykırı düşüyorsa, işlemin çevrilmesine ihtiyaç kalmayacaktır. Bu durumda şekle aykırılığın müeyyidesinin işlemleri engellenmekte, işlemin tarafların biçimlediği kılığıyla

(48) Ancak, tek taraflı işlemin iki ya da çok taraflı işleme çevrilemeyeceği, çünkü iki ya da çok taraflı işlem için gerekli olan birden fazla irade açıklamasını tek taraflı işlemin kapsamadığı açıklıkla belirtilmiştir: (**Kaneti**, age. sh. 112).

(49) Borçlanma işlemine nazaran, tasarruf işlemleri hakları doğrudan doğruya etkiler, daha kapsamlı sonuç doğurur. Bu nedenle, borçlanma işlemleri tasarruf işlemine çevrilemez. Federal Mahkeme de, taraflardan birine ya da diğerine daha ağır yükümlülükler getirecekse, tahvili kabul etmemektedir. BGE 80 II 87 (**Guhl**, agm. sh. 126).

(50) **Oser / Schöenberger**, age sh. 113 vd; age sh. 115; **Reisoğlu**, age. sh. 81.

ayakta kalması olanağı doğmaktadır. Bu nedenle, işlemi şekle aykırılığın yarattığı geçersizliğin sonuçlarından, onu bir başka kılıkta ayakta tutarak kurtarmaya yarayan tahvilin uygulanmasına yer olmayacaktır. İşlem, şekle aykırılıktan ileri gelen geçersizliğin ileri sürülmesinin dürüstlüğe aykırı olması nedeniyle, sanki şekle uygun yapılmışçasına sonuçlarını yürütebilecektir (51).

Buna karşılık, şekle aykırılığa dayanmanın, hal ve şartlara göre, genel ahlâka aykırılık nedeniyle tazminat borcuna yol açabilmesi (MK. m. 41 / II) başlı başına tahvilin uygulanmasına engel değildir. Gerçekten tahvil, işlem faaliyetinin sonuçsuz bırakılmasındansa, kendisine olabildiğince sonuç bağlanmasının yeğ tutulması düşüncesine dayanmaktadır. İşlemin sonuçları tahvil yoluyla belirli bir ölçüde de olsa kurtarılabiliriyorsa, bu yol geçersizliğe dayanmanın karşı tarafa verdiği zararın giderilmesinden önce uygulanacak hukuki çaredir. Fakat, tahvilin uygulanması, bu yoldan giderilmemiş olan zararların tazmininin de istenmesine engel olmayacaktır.

B) *Bir Başka Hukuki İşlemin Gereklerinin Gerçekleşmesi*

Batıl olan işlemin kendisine çevrilerek ayakta tutulacağı işlem, geçerlik koşullarını kapsamalıdır. Kendisine çevrilecek işlem, ehliyet, şekil şartları gibi geçerlik şartlarını taşımalıdır.

Kendisine çevrilen işlemin geçerliği şekle bağlıysa, bu şekil de tahvile konu olacak işlemde gerçekleşmiş olmalıdır. Tahvile konu olan işlemde gerçekleştirilen şekil, bu işlemin geçerliliğini sağlamaya yeterli olmamakla birlikte, kendisine çevrilecek ikinci işlem için uyulması gerekli şekli karşılayabiliyorsa, tahvil mümkün olacaktır. Bunun için, tarafların uymuş oldukları şekli, tahvile konu olan geçersiz işlem için yeterli sanmış olmaları, buna karşılık kendisine çevrilecek işlemin şekil şartını gerçekleştirmiş olduklarını bilmemeleri önemli değildir. Kendisine çevrilecek işlemin şekil şartının objektif olarak gerçekleşmesi yeterlidir.

Tahvile konu olacak işlem, kanunun kendisi için öngördüğü şekil şartını gerçekleştirmiş olup, bir başka nedenden ötürü geçersiz olabilir. Kendisine çevrilecek olan işlem değişik ya da daha ağır bir şekil şartını gerektiriyorsa, tahvil gerçekleşmez. Tahvile konu olan asıl işlemde şekil şartına uyulmuş olması, ikinci işlemde şekil şartının bulunmamasını örtemez.

(51) Serozan, agm. sh. 127.

Şekil yönünden geçersiz olan işlemin iki ayrı işleme tahvili düşünülebiliyorsa, fakat bunlardan yalnızca birinin şekil şartı gerçekleşmişse, tahvil, şekil şartı gerçekleşen işlem doğrultusunda yapılacaktır.

C) *Kendisine Çevrilen İşlemin Varsayılı İradeye Uygunluğu :*

Hukuki işlem, irade özgürlüğünün gerçekleşme aracı olup, bu olguya hukuk düzenince sonuç bağlanmasının sebebi, bu sonucun istenmiş olmasıdır. Tahvilde ise, tarafların gerçekte tahvil yoluyla ayakta tutulacak işleme yönelik gerçek bir iradeleri yoktur. Bu bakımdan, tahvil yoluyla ayakta tutulacak olan hukuki işlem yönünden ortaya çıkan irade boşluğunun, nasıl giderileceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Hukuk tekniğinin bu soruna getirdiği çözüm, tahvil yoluyla ayakta tutulan işleme yönelik varsayılı, yapma bir iradenin varlığını kabul etmektir.

Tarafların, hukuki işlem çerçevesinde iradelerini açıklarken son amaçları, pratik sonuca ulaşmak, hayat ihtiyaçlarını karşılamaktadır. Eğer taraflar, yaptıkları işlemin geçersizliğini bilselerdi, tahvil yoluyla ayakta tutulacak işlemi isteyecek idiyseleler yani, kendisine çevrilen işlemin yapısı içinde istedikleri sonuçların hiç olmazsa belirli bir ölçüde gerçekleşmesiyle yetineceklerse, kendisine çevrilecek işleme yönelik hukuki sonuç iradesi varsayılmaktadır. Taraflara yardımcı olabilmek, ulaşmak istedikleri hukuki sonucun karşılanmasını kolaylaştırmak için, irade boşluğu hukuk düzenine yabancı bir olgu olan varsayılı irade ile doldurulmaktadır.

Kendisine çevrilen ikinci işlemin varsayılı iradeye dayandırılması, bu işlemin taraflarla subjektif bağının koparılması anlamına gelmemektedir. Çünkü bu ikinci işlemin taraflarca yeterince tatminkâr sayılabileceğinin kabul edilebilmesi halinde, ikinci işlem ayakta tutulabilecek, canlılık kazanabilecektir. Yargıç özel hal ve şartlara göre, tarafların özel durumlarına ağırlık tanıyarak; hukuki işlemin geçersizliğini bilselerdi, bu ikinci işlemi isteyip istemeyeceklerini araştıracaktır. Böylece varsayılı iradenin ne olduğunu belli edecektir.

Varsayılı iradenin oluşturulması açısından önem taşıyan bütün olgular, tarafların değer yargılarına göre, özel hal ve şartlar da dikkate alınarak anlamlandırılacaktır. Hakim, kendi değer yargılarını, tarafların mantıksız bile olsa, tanınabilir değer yargılarının yerine koymayacak, işlemin taraflarca biçimlenmiş değer yargısını bozmayacaktır.

Özellikle, kendi ölçülerini irade özgürlüğüyle bağdaşmaz biçimde uygulamaktan ve böylece tarafların vasisi durumuna gelmekten kaçınmalıdır. Yani tahvil, tarafların, yargıcın kendi anlayışına göre biçimlendirdiği bir sözleşme ile bağlı kalmaları sonucunu doğurmamalıdır. Sözleşmeyi istenilen muhteva ile oluşturma hakkı yalnızca taraflarıdır. Bu nedenle, tarafların işlemi yaparken gözönünde tuttukları özel değerlendirme ve ölçüler nazara alınmalıdır. Ancak, bunun yeterince saptanılmaması halinde, yargıç, makul düşünen kişilerin uyguladıkları ölçülere göre, objektif bir açıdan sonuca ulaşp, varsayılı iradeyi belli edecektir (52).

Bazı hallerde ise, varsayılı iradeye uygunluk koşulu aranmaz. Bu durumlarda, yasada yer alan özel hükümler, geçersiz işlemin, kendisine çevrileceği ikinci işleme yönelik varsayılı iradelerini aramadan, bu işlemin bir başka işlem olarak hüküm doğurmasını kabul etmiştir. Örneğin, MK. m. 55 uyarınca, tüzel kişilik kazanamayan veya henüz tüzel kişilik kazanamamış olan dernek, adi şirket sayılır. Burada, kanunun derneğin kurulması için öngördüğü gerekleri kapsamayan şahıs birliği, adi şirket sayılarak dernek kurma işlemi geçersizlikten kurtarılmaktadır.

V- TAHVİLİN HÜKÜMLERİ

A) *Maddi Hukuk Açısından :*

Tahvilin en önemli sonucu, şartları gerçekleştiği anda, tarafların öngördükleri fakat bu kılığıyla geçersiz olan işlem yerine, geçerlik şartları gerçekleşen işlemin geçmesidir. Bu geçiş, kendiliğindedir. Bunun için, tarafların irade açıklamasına ya da bir mahkeme kararına gerek yoktur.

Tahvil sürecinde, birbirini izleyen mantıksal üç evre vardır. İlk evrede, işlem tarafların istedikleri biçimiyle nitelendirilerek, bu niteliğiyle geçersiz olduğu belli edilmektedir.

İkinci evrede geçersiz işlemin bir başka işlemin gereklerini kapsadığı, ya da başka bir deyişle, geçersiz işlemin öğeleriyle geçerli olabilecek biçimde oluşturulabilecek bir başka işlemin bulunduğu saptanmaktadır. Son evrede ise, geçersiz işlem yerine, bu diğer işlem geçmekte

(52) **Larenz**, S. 29, III (**Kaneti**, age. sh. 155'de gösterilen).

ve taraflar bu son işlemle bağlanmaktadır. Bu evreler, zaman açısından birbiriyle kaynaşmıştır, arada bir boşluk yoktur. Geçersiz işlemin tahvile elverişli olduğu anda, kendisine çevrilen işlem onun yerine geçmektedir. Böylece taraflar, daha başlangıçta geçersiz işlemi değil de, ikinci işlemi yapsalardı nasıl bağlanacak idiyse, tahvil süreci sonunda da, aynı şekilde bağlanırlar. Örneğin, noterde düzenlenen bir taşınmaz satımı sözleşmesi, taşınmaz satış vaadine tahvil edilmişse, tarafların hak ve borçlarını, taşınmaz satış vaadine ilişkin kurallar belli edecektir.

Şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olan hukuki işlemin tahvile konu olacağı an, bu konuda geçersizliğin butlan veya kendine özgü geçersizlik olduğu yolundaki görüşlerden birinin benimsenmesi açısından farklı olacaktır. Butlan görüşü benimsenirse, batıl işlem daha kuruluşunda kesin olarak sonuç doğurmadığından ve ilerde sonuç doğurmaları olanağı bulunmadığından, kuruluş anından itibaren tahvile elverişlidir. Oysa kendine özgü geçersizlik görüşü benimsendiğinde; geçersizlik sürekli değildir. İfa, geçersizliği onarır. Bu nedenle, geçersiz işlem ifa edilirse, tahvile başvurma gereği de kalmaz. Bu hukuki işleminden doğan borçlar ifa edilmediği takdirde, geçersizlik kesin ve sürekli hale geldiğinden, bu andan itibaren tahvile elverişli olacaktır.

Taraflar arasında bağlayıcılık kazanan işlemin esaslı unsurları, geçersiz asıl işlemin öğeleri ve tarafların varsayımlı iradeleri gözönünde tutularak oluşturulacaktır. Esaslı unsurlar dışında kalan noktalar ise, eğer geçersiz işlem çerçevesinde taraflarca düzenlenip belli edilmişse bünyesine uygun düştüğü ölçüde ikinci işlem için de uygulanır. Fakat bunlar ikinci işlemin bünyesine uygun düşmüyorsa, tarafların varsayımlı iradeleri doğrultusunda ikinci işleme uydurulur. Geçersiz işlem çerçevesinde ikinci derecede önem taşıyan noktalar hiç düzenlenmemişse ve bu yön işlemde boşluk yaratıyorsa, bu boşluk tarafların varsayımlı iradeleri doğrultusunda doldurulur. Burada, taraflar, yaptıkları işlemin geçersizliğini ve kendisine çevrilecek ikinci işlemle bağlanacaklarını bilip de, tartışmalı nokta üzerinde işlemin yapılması sırasında durmuş olsalardı, bu ikinci noktayı ne yolda düzenleyecek idiyse, boşluk buna göre doldurulacaktır. Taraflar arasında bağlayıcı işlem, ikinci işlem olduğundan, bu işleme ilişkin doğal sonuçlarda, taraflar arasındaki ilişkide uygulama yeri bulacaktır.

Karşılıklı taahhütleri içeren bir sözleşmenin tahvili söz konusu ise karşılıklı edimler arasındaki denklik ilişkisinin korunması gereklidir.

Tahvilin uygulanması ile edimler arasındaki denklik bozuluyorsa, karşılıklı edimlerde bir çoğalma ya da azalma yapmak gereklidir. Denkliğin korunması için değişiklik yapmak, tarafların varsayılabildiği idarelerine uygun düşmüyorsa, değişiklik yapılmadan da, karşılıklı taahhütleri içeren sözleşmede öngörülen denge ikinci işlemin bünyesi içinde korunamıyorsa, geçersiz sözleşmeyi tahvil etme olanağı kalmayacaktır.

B) *Usul Hukuku Açısından Sonuçları :*

1- **İspat Yükü:**

Tahvil sürecinin gerçekleşebilmesi için gerekli olguları ispat yükü, tahvil ile geçersiz işlemin yerine geçen ikinci işlemin sonuçlarına dayanan kimseye aittir. Bu, esasen MK. m. 6'da yer alan ispat yüküne ilişkin genel kuralın bir sonucudur. Çünkü, belirli bir hukuk kuralına dayanarak hak elde etmek isteyen kimse, bu kuralın uygulanabilmesi için varlığı gerekli olguları ispat ile yükümlüdür.

2- **İspat Şekli:**

HUMK. m. 288, 289, ve 290 daki durumlarda, hukuki işlemin varlığını ispat, özel şekle bağlanmıştır. Tahvil açısından; ispat şekli bu durumlarda nasıl olacaktır?

Tarafların, ancak çevirmeye konu olan geçersiz işlemi öngörmüş oldukları, bu bakımdan, örneğin bu işlemin ispatının senede bağlı olduğu durumlarda, tarafların ancak bu işlemi senede bağlamalarının mümkün olduğu düşünülebilir. Ancak, doktrinde (54) bu sonucun doyurucu olmadığı ileri sürülmüştür. Bu görüştekiler, asıl işlemin senetle ispat edilmesinin gerekli olmadığı, çevrilecek 2. işlem yönünden böyle bir zorunluğun bulunması halinde, asıl işleme ilişkin ispat şekliyle yetinilmesinin, usul hukukundaki tanıkla ispat yasağı kurallarının koruyucu görevinde önemli bir gedik açılmasına neden olacağını ileri sürmüşlerdir (55). Böylece, tarafları bağladığı ileri sürülen işlemi doğrudan doğruya tanıkla ispat olanağından yoksun olan taraf, bu işlemin her türlü delille ispat edilebileceği bir diğer işlemin çevrilmesi yoluyla taraflar arasında yer aldığını ileri sürerek bu olanağı kazanmış olacak-

(54) Kaneti, age. sh. 172.

(55) Kaneti, age. sh. 172.

tır. Bu sonucun da, tanıkla ispat yasağının güttüğü amacı (56) zedelediği, bu yasağın dolanılmasına yol açabileceği söylenilmiştir. Bu bakış açısıyla da, “tahvil yoluyla oluşan bir hukuki işlemin varlığını ileri süren taraf, doğrudan doğruya böyle bir işlemin kurulduğunu iddia etmiş olsaydı, bu iddiasını hangi delillerle ispat etmek zorunda olacak idiyse, aynı türden delillerle tahvil iddiasını ispatlamak zorundadır” sonucuna varılmıştır. Biz de bu sonucun doğruluğunu benimsiyoruz. Özellikle şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olan bir hukuki işlemin yerine, geçerlik şartları gerçekleşen diğer bir işlemin çevrilmesinde bu bakımdan büyük bir sakınca doğmaz. Örneğin, noterde yapıldığı için geçersiz olan bir taşınmaz satım sözleşmesinin, taşınmaz satış vaadi olarak ayakta tutulmasında, noterde düzenlenen bu belge satış vaadi sözleşmesinin ispatlanmasında, yazılı delil başlangıcı sayılarak, tanık dinletilebilir, ya da, bononun adi borç ikrarına çevrilmesinde, bono, ikinci işlem için yazılı delil başlangıcı teşkil edebilir. Olsa olsa tüm sakınca, bu ikinci işlemlere yönelik varsayıli iradenin bu belgelerden anlaşılabilmesi, hal ve şartlardan da tarafların varsayıli iradelerinin bu ikinci işleme yöneldiğinin saptanamaması halinde ortaya çıkabilir ki, bu durumlarda, esasen, tahvilin unsurlarının da gerçekleşip gerçekleşmediği iyice araştırılmalıdır.

3- Yargıcın, Tahvili Resen Uygulayıp Uygulayamayacağı:

Yargıç, önüne gelen olayda, ispat edilen hususlardan, geçersiz bir işlemin geçerli bir işleme tahvil edilebileceği sonucunu çıkarıyorsa, bu yönü, tarafların ileri sürmesini beklemeden resen gözönüne alabilir mi? Örneğin, noterde düzenlenmiş bir taşınmaz satım sözleşmesine dayanarak, alıcı taşınmaz mülkiyetinin kendisine geçirilmesini talep ve dava ederse (MK. m. 652), işlemin taşınmaz satımı olarak geçersiz olduğunu, ancak taşınmaz satış vaadine çevrilebileceğini gören yargıç, bu şekilde yapılan taşınmaz satışına, satış vaadine uygun sonuçları uygulayabilir mi?

Bu soruya olumlu yanıt vermek gereklidir (57). Çünkü, tahvil, tarafların ayrıca irade açıklamaları gerekmeksizin, işlemin tahvile elverişli nitelik kazandığı anda gerçekleşmektedir. Bu nedenle, yukarıdaki örnekte verilen durumla karşılaşan yargıç, olayda tahvilin

(56) Tanıkla ispat yasağının amacı, 18.3.1959 tarihli ve 18/21 sayılı YİBK. na göre, tarafları yalan şahitlik tehlikesine karşı korumaktır. (RG. 26.6.1959, No: 10237).

(57) Bu görüşte; **Kaneti**, age. sh. 173 ve Not: (27) de gösterilen yazarlar.

şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırarak, tahvilin gerçekleştiği kanısına varırsa, dava edilen taşınmazın mülkiyetinin alıcıya tanınmasına, satış vaadi sözleşmesinin sonucu olarak karar verecektir. Bu nedenlerle de, geçersiz işlemin, tahvilin şartlarının gerçekleşmesi nedeniyle, geçerli işleme çevrilmesi istemini kapsayan dava, tesbit davası niteliğinde olacaktır.

Ş 4. ŞEKLE AYKIRILIK NEDENİYLE GEÇERSİZ OLAN HUKUKİ İŞLEMLERİN TAHVİLİNE UYGULAMADAN ÖRNEKLER

I- ÖLÜME BAĞLI BAĞIŞLAMA VAADİNİN VASIYET-NAMEYE TAHVİLİ:

İsviçre Federal Mahkemesi, 7.7.1949 tarihli bir kararında (58), miras bırakanın baştan aşağıya kadar kendi elyazısı ile yazdığı, yer, zaman ve tarihini koyduğu ve imzaladığı mektup şeklindeki ölüme bağlı bağışlamanın, elyazısı ile vasiyete tahvilinin mümkün olup olmadığı üzerinde durmuştur (59).

Murisin bu şekilde yaptığı ölüme bağlı bağışlamanın, OR. 244/ II (= BK. m. 240/ II) uyarınca, miras mukavelesi şeklinde yapılması gereklidir. Miras mukavelesi ise, her iki tarafında katıldığı resmi senet şeklinde düzenlenir. Bu nedenle, murisin yaptığı ölüme bağlı bağışlama batıldır. Ancak, Federal Mahkeme, murisin bağışlama yapma niyetinde olduğunu, bağışlamada bulunduğu kimsenin bunu kabul edebileceğini düşünmüş olabileceğini, bu kabul olmasa bile yaptığı tasarrufun sonuç doğurmasını istediğinin anlaşılması halinde, bu bağışlamanın vasiyetname sayılmasına engel kalmadığını kabul etmiştir. Böylece, murisin yaptığı işlem, ölümünden sonra hüküm doğuracağından, murisin ölüme bağlı bağışlama olarak düşündüğü fakat bu sıfatla kanunun aradığı şekle uygun olmayan işlemin, muayyen bir malın vasiyeti olarak hüküm doğuracağını kabul etmiştir. Federal mahkeme, bu sonuca ulaşırken, gerek mektubun şeklinden, gerekse

(58) BGE 75 II 184 (Arık, Fikret, Vasiyetçinin elyazısı ile vasiyeti, SBF. 1951, C. 6, sayı: 1-4, sh. 362 vd).

(59) Dava konusu olayda, muris, ölümünde, "Cenevre, 10 Aralık 1944. Cüzdanım muhtevasını . . . 'e bağışlıyorum, imza . . ." şeklinde bir mektup bırakmıştı. Kendisine bağışlamada bulunulan, mirasçılardan kendisine vermedikleri cüzdan muhtevasının yarısı için dava açmıştı. Davalılar, murisin bu mektubunun ölüme bağlı bağışlama teşkil ettiğini, ölüme bağlı bağışlamanın miras mukavelesi şeklinde düzenlenmesi gerektiğinden, bağışlamanın batıl olduğunu ileri sürmüşlerdi.

yapıldığı zamanki şartlardan, ortada muayyen mal vasiyeti bulunduğunun açıkça ortaya çıktığını, bu nedenle, murisin varsayıli iradesine başvurmaya dahi gerek olmadığını belirtmiştir. Varılan bu sonuç, bizce de doğrudur. Ancak, varsayıli iradeye başvurmaya gerek dahi olmadığını söylemesi isabetsizdir, çünkü görüldüğü gibi Federal mahkeme, bu sonuca esasen murisin bu yolda varsayıli iradesinin bulunduğunu benimseyerek ulaşmıştır. Varsayıli iradenin saptanmasında da, mektubun şekli yapıldığı zamanki hal ve şartları değerlendirilmiştir.

II- EMRE MUHARRER SENEDİN (BONONUN) ADI BORÇ İKRARINA TAHVİL EDİLMESİ

TTK. m. 688, bir bonoda bulunması gereken şekli unsurları sayar. Bu unsurlardan birinin yokluğu, esas itibariyle senedi geçersiz kılar. Herhangi bir eksikliğin, yorum yoluyla tamamlanması mümkün değildir.

Eğer senette "bono" kelimesi eksikse, açıkça emre yazılı olmak kaydıyla, diğer şartları haiz olan bir senet, emre yazılı ödeme vaadine dönüşür (TTK. m. 742). Böylece, senet bono olarak geçerlik kazanamayacak, fakat tamamen de geçersiz olmayıp, başka bir kıymetli evrak halini alacaktır (60). Burada varsayıli irade kanundan dolayı aranmamaktadır.

Bunun dışında bonoda, TTK. m. 689 da sayılan ayırık durumlar dışında, 688. maddede gösterilen unsurlardan birini taşımayan bir senedin bono sayılmayacağı ifade edilmiştir (61). Bu durumda, bu kılığıyla geçersiz olan bono, BK. 17 anlamında, adi borç ikrarına tahvil edilebilir mi?

İsviçre Federal Mahkemesi (62) ve Yargıtayımız (63) kombiyo senedinin şekil şartlarını karşılamayan bu tür bir ödeme vadinin, BK.

(60) **Öztañ, Fırat**, Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 1976, sn. 594.

(61) TTK. m. 689 da belirtilen ayırık durumlar eksikliğe rağmen senedin bono sayılmasını engellememektedir. Ayırık haller şunlardır:

→ Vade gösterilmemişse, bono görüldüğünde ödenecek sayılır.

— Ödeme yeri gösterilmemişse, senedin düzenlendiği yer ödeme yeri sayılır.

— Düzenleme yeri gösterilmemişse, düzenleyenin adı ve soyadı yanında yazılı olan yerde düzenlenmiş sayılır.

(62) BGE 65 II 66 = JdT 1939 I 390, gerekçe 7 (**Kaneti**, age. sh. 228, Not: 2).

(63) Y4HD. 7.5.1968; 5118/3999; İİD. 5.10.1961, 8022/8725; İİD. 24.10.1961, 10195/9602; TD. 11.1.1966, 403/139; TD. 20.2.1968, 1743/1005 (**Kaneti**, age. sh. 229, Not: 8); BGE 65 II 79 (**Serozan**, agm. sh. 125).

m. 17 anlamında borç ikrarına özgü öğeleri kapsamı halinde tahvil yoluyla ayakta tutulabileceğini kabul etmektedirler.

İsviçre Federal Mahkemesi, burada tahvili uygularken emre muharrer senedin borç ikrarına çevrilmesinin genellikle tarafların varsayılabileceğine de uygun olduğunu belirtmiştir. Gerçekten, senet borçlusu açısından, adi borç ikrarı, ileri sürebileceği savunmaların kapsamı (64) yönünden kambiyo senedine oranla çok daha elverişlidir. Bu nedenle, onun, adi borç ikrarının kambiyo senetlerinden daha uzun olan zamanaşımı sürelerine katlanmayı göze alacağı kabul edilmektedir. Alacaklının ise, işlemin büsbütün sonuçsuz kalmasındansa, hiç olmazsa adi borç ikrarı olarak sonuç doğurmasını yeğ tutması olağandır, çünkü böyle bir borç ikrarıyla borcun sebebinin ispat yükü olmadan, borçlunun koğuşturulabilmesi olanağı vardır. Böylece, adi borç ikrarı olarak geçerli tutulan bu belgede belirtilen alacak, artık ciro ile değil, alacağın temliki (BK. m. 162) yoluyla el değiştirebilecektir.

III- ÇEKİN, HAVALAYE TAHVİLİ:

TTK. m. 692 de, çekte bulunması gereken unsurlar belirtilmiştir. Bu unsurlardan, senet metninde “çek” kelimesi bulunmuyorsa, eğer bu senet açıkça emre yazılı ise ve ibrazında ödenmek üzere düzenlenmişse, diğer unsurları taşıması halinde, emre yazılı havale olarak kabul edilmektedir (65).

Çekte keşide ve ödeme yerlerinin bulunmaması halinde eksiklik 693. maddenin 1 ve 2. fıkralarında belirtilen alternatiflerle doldurulur. Fakat bu olanaktan yararlanılamıyorsa, çek şekil yönünden geçersiz olacaktır. Bu geçersiz çekin BK. m. 457 vd. anlamında havaleye tahvil edilip edilemeyeceği üzerinde de durulmuş, doktrin ve uygulama tarafından bu olanak kabul edilmiştir. Çek, hukuki nitelikçe bir havaledir. Fakat, daha nitelikli ve özel bir havaledir. Yani, havale yazılı biçimdedir, belli şekil şartlarını ihtiva eder, soyut ve kayıtsız şartsız bir öde-

(64). TTK. m. 690 nın, TTK. m. 559 a yaptığı yollama uyarınca, “Poliçeden dolayı kendisine müracaat olunan kimse, keşideci veya öteki hamillerden biriyle kendi arasında doğrudan doğruya mevcut olan münasebetlere dayanan def’ileri, müracaatta bulunan hamile karşı ileri süremez; meğer ki, hamil poliçeyi iktisap ederken bile borçlunun zararına hareket etmiş olsun” hükmü, bonoya da uygulanacaktır.

(65) **Karayalçın, Yaşar**, Ticari Senetler, 4. baskı, Ankara 1970, sh. 227; **Domaniç, Hayri**, Kıymetli Evrak Hukuku, 2. baskı, İstanbul 1975, sh. 380; **Kapsüz, Turgut**, Hukuki Yönden Çek, 2. baskı, Ankara 1971, sh. 71.

me emri şeklinde olması gereklidir. Bu niteliklere sahip bir havalenin, banka üzerine çekilmesiyle, çek olarak nitelendirilmesi mümkün olmaktadır (66). Çek, havale gibi, belirli bir kimseye, bir başkasından belirli bir tutarı tahsil yetkisini ve bu diğer kişiye de (banka), ona ödemedede bulunma yetkisini verir. Bu nedenle, şekil yönünden geçersiz olan çekin, adi havale olarak kabulü mümkündür.

IV- NOTERDE YAPILAN TAŞINMAZ SATIMININ TAŞINMAZ SATIŞ VAADİNE TAHVİLİ

Noterlik Kanununun 89. maddesi gereğince, noterler, taşınmaz satış vaadi sözleşmesini düzenlemeye yetkilidirler. Taşınmaz satımı sözleşmesini ise, Tapu Kanunu m. 36 uyarınca, tapu sicil muhafızları veya memurları düzenleyebilirler. Eğer bir taşınmaz satımı sözleşmesini noter düzenlemişse, sözleşme bu kılığıyla batıl olacaktır. Bu geçersiz sözleşmenin, satış vaadi olarak ayakta tutulma olanağı varmıdır?

Bu soru da, doktrin ve uygulama tarafından olumlu yanıtlanmıştır.

Yargıtay içtihatlarının belli bir aşamasında, taşınmaz satış vaadi adını dahi taşıya, gerçekte kesin satım niteliği taşıyan sözleşmenin, noter huzurunda yapılmasının geçersiz olacağı kabul edilmiştir (67). Daha sonra bu görüşünü terkederek noter huzurunda usulüne uygun olarak düzenlenmiş kesin satım sözleşmelerine, satış vaadi çerçevesinde geçerlik tanımıştır. Yargıtay bu aşamada, kapsamı daha geniş olan satım akdine yönelik iradede, satım vaadine yönelik iradenin de bulunduğu gerekçe olarak benimsemiştir (68). Yargıtay, daha sonraki

(66) Öztan, age. sh. 625.

(67) "... Resmi şekilde yapılması gereken taşınmazı satmak vaad ve taahhüdünün, BK. m. 213'deki tarife uygun olması iktiza edip, davacının dayandığı 22 Eylül 1948 tarihli resmi senette olduğu gibi satış bedelinin alınması ve bu hususta senede derç ve ilave edilmesi keyfiyeti, taraflar arasında bir gayrimenkul satışının depiş etmiş olduğunu göstermekte ve bu gibi satış senetlerinin ise, tapu memurları tarafından tanzimi gerekli bulunmuş olmasına göre mahiyeti itibariyle satış vaadini mutazammın olmayan senede müstenit davanın kabulü ile yazılı şekilde tesciline karar verilmesi yolsuzdur." Y4HD. 5.11.1949 T., 6231 E, 4477 K; YI. HD. 22.3.1951 T, 8511 E, 1544 K. (Çemberci, Gayrimenkul Satış Vaadi, 2. bası, Ankara 1972, İctihat bölümü, No:9).

(68) YHGK. 26.6.1957 T. 1/ 70 E; 64 K; YHGK. 24.11.1954 T. 1/ 148 E, 127 K; YI. HD. 9.2.1963 T., 962/ 6979 E, 1150 K (Çemberci, age, İctihat Bölümü, No: 88, 76 ve 6).

kararlarında ise, bir başka esastan hareketle, noterde yapılan taşınmaz satımını taşınmaz satış vaadi olarak geçerli tutmaya çalışmıştır. Bu eğilimi, akdin hükümsüz kılacak şekilde değil, muteber olacak şekilde yorumlanması ilkesine dayanmaktadır (69). Yargıtayımızın daha sonraki kararlarında da, bu esaslardan biri ya da diğerine başvurarak, ismen belirtmese dahi tahvil kurumunu uyguladığı görülmektedir (70).

Doktrinde (71) belirtildiği gibi, kullanılan deyimler kesin bir satıma ilişkin olsa bile, tarafların noterde yapılan sözleşmede gerçek iradelerinin satış vaadine ilişkin olduğu anlaşılabilirse (BK. m. 18) tahvile esasen gerek olmayacaktır. İşlemin geçerli olabileceği yolda yorumlanması ilkesi, onun satış vaadi olarak nitelendirilip ayakta tutulmasına yetecektir. Fakat noterin senetlediği sözleşmede tarafların gerçek isteğinin kesin satışa yönelmiş olduğu saptanırsa, işlemi yorum yoluyla ayakta tutmak olanağı bulunmayacaktır. İşlem, ancak satış vaadine çevrilerek korunabilecektir. Bu iki kurumdan hangisinin uygulanacağı, somut olayın özellikleri açısından ayrı ayrı incelenerek, saptanacaktır.

V- ELDEN BAĞIŞLAMANIN BAĞIŞLAMA VAADİNE TAHVİLİ:

(A), sağlığında hazırlayıp imzaladığı bir belgeyle, karısı (B)'ye bazı hamile yazılı ipotek senetlerinin mülkiyetini bağış olarak geçirdiğini bildirmiştir. Ancak koca (A), bu senetlerin eylemli zilyetliğini elinde dulundurmaya devam etmiştir. (A)'nın ölümünden sonra diğer mirasçıları, bağışlamanın geçersiz olduğunu ileri sürerek, sözü geçen rehin senetlerinin terekeye girmesini sağlamak için dava açmışlardır.

(69) HGK. nun 10.2.1960 günlü kararına göre, "...satış vaadi senedinde satışta bulunanın (satışı vaad ederim) diyeceği yerde, (sattım) demiş olması, mukaveleli hukuki mahiyetini değiştirerek, ona garimenkul satım akdi mahiyetini vermez. Zira bu takdirde, mukaveleyi hükümsüz saymak gerekecektir. Çünkü noterler gayrimenkul satış mukavelesi yapamazlar. Halbuki, bir akdin hükümsüz olacak şekilde değil, muteber olacak şekilde manalandırılması, akdin, tarafların ortaklaşa maksadına göre tefsirini emreden BK.m. 18 gereğidir ve gerçekten, (sattım)(aldım) yolu beyanlarda (satmayı vaad ettim) (almayı vaad ettim) manası dahi vardır." (**Çemberci**, age. sh. 26).

(70) YİHD. 15.4.1971 T. 2912 E, 2518 K; 25.10.1971 T. 8566 E, 6768 K; 14.11.1969 T. 8595 E, 6769 K; 7.7.1967 T., 5221 E, 4820 K, (**Çemberci**, age. sh. 204).

(71) **Kaneti**, age. sh. 234.

İsviçre Federal Mahkemesi 4.5.1921 tarihli (72) kararıyla bu uyuşmazlığı çözüme bağlamıştır.

İsviçre Federal Mahkemesine göre, olayda (A)'nın imzaladığı bağış belgesinde, senetlerin mülkiyetini (B)'ye bağış olarak geçirdiği yazılı olduğundan, (A)'nın isteği bir elden bağışlama yapmaktı. Oysa OR. 242/BK. 237'ye göre, elden bağışlamanın gerçekleşebilmesi için, nesnenin teslimi gereklidir.

OR. 242 (BK. m. 237)'ye göre elden bağışlamanın gerçekleşmesinde, nesnenin tesliminden sözedildiğine göre, burada sadece zilyetliğin fiilen teslim suretiyle geçirilmesi gereklidir? Bazı yazarlar, maddenin lafzına dayanarak, zilyetliğin naklinin yalnızca fiilen teslim suretiyle olabileceğini savunmaktadırlar (72). Fakat bugün doktrinde hakim olan görüş (73), kısa elden teslim, zilyetliğin havalesi, hükmen teslim suretiyle de elden bağışlama yapılabileceği yolundadır. Federal Mahkeme de yeni içtihatlarında gerek hükmen teslim, gerekse zilyetliğin havale suretiyle nakli yollarıyla elden bağışlama yapılabileceğini kabul etmektedir (74). Eğer olaydaki durumda, elden bağışlamanın hükmen teslim yoluyla gerçekleşeceği ve (A)'nın (B)'ye kıymetli evrakı hükmen teslim etmiş olduğu kabul edilirse, işlem yapıldığı biçimiyle geçerli olduğundan tahviline gerek kalmaz.

Ancak, Federal Mahkeme, kararına konu olan örnek olayda, elden bağışlamanın gerçekleşmesi için, nesnenin eylemli zilyetliğinin (B)'ye geçirilmesi gerektiğini, bu nedenle de, bağışlamanın gerçekleşmediğini, kurucu unsurlarından birinin yokluğu nedeniyle, sonuç doğurmadığını kabul etmiştir. Federal Mahkeme, bu kimliğiyle sonuç doğurmayan bağışlamanın, BK. m. 238 (OR. 243) anlamında bağışlama vaadine tahvil edilip edilemeyeceği sorusunu da olumsuz yanıtlamıştır. Federal Mahkemeye göre, elden bağışlama ile bağışlama vaadi arasında önemli farklar vardır, bu nedenle yerine getirilmemiş olan bir bağışlama vaadi sayılamaz. Elden bağışlamanın kurucu öğelerinden birisi gerçekleşmediğinden, taraflar arasında hiç bir hukuki ilişki doğmaz. Bundan başka, olayda yazılı belgenin bir elden bağışlamaya ilişkin olduğu an-

(72) Feyzioğlu, Özel Hükümler, sh. 266.

(73) Tandoğan, age. sh. 345, ve Not: 24'te gösterilen yazarlar.

(74) BGE 63 II 395 = JdT 1939 sh. 5-6; BGE 105 II 104 = JdT 1979, sh. 492; Yargıtay 7. HD. de, tapuya kayıtlı olmayan bir taşınmazın hükmen teslim yoluyla elden bağışlanabileceğini kabul etmiştir: 25.10.1976 T.E. 9792, K. 12151 (YKD, C. 4, 1978, sh. 208).

laşıldığından, artık bunun bir bağışlama vaadi olup olmayacağına sorulmasına yer yoktur (75).

Federal Mahkemenin ulaştığı bu sonuç doktrinde eleştirilmiştir. Bu görüşe göre (76), BK. m. 237 anlamında eylemli bir zilyetlik geçirimi olmadıkça elden bağışlama sonuç doğurmayan eksik bir işlemdir. Fakat, bu eksik işlem çerçevesinde oluşan irade açıklamaları başlı başına bir başka işlemin gereklerini gerçekleştirmekteyse, bunların tahvil yoluyla sonuç doğurmasına bir engel yoktur. Yeter ki, bu diğer işlem, tarafların varsayıli iradesine uysun. Olayların çoğunda, elden bağışlama bağışlama vaadine çevrilemez, çünkü bağışlama vaadinin geçerliliği için zorunlu olan yazılı şekli (BK. m. 238/ I) elden bağışlama genellikle gerçekleştiremeyecektir. Ne var ki, olayda taraflar bağışlama üzerinde anlaşmış ve bağışlayan bağışlama iradesinin yazılı biçimde açıklamıştır. Bu nedenle, bağışlama vaadinin şekil yönünden geçerlik gereği gerçekleşmiştir; olayda, elden bağışlamanın bağışlama vaadine çevrilebilmesi olanağı vardır. Bağışlama vaadi, bağışlanana, bağışlanılanın mülkiyetinin geçirilmesini talep etmek hakkını verdiği göre, eylemli iktisadi sonuçları elden bağışlamaya yaklaşmaktadır. Elden bağışlama ile bağışlama vaadi arasında mahiyet farkı bulunması, tahvili engellemez. Çünkü, tahvile konu olan işlemle, bu işleme çevrilecek ikinci işlemin kimlik ve nitelik yönünden farklı olması mümkündür. Sonuçları arasında eşdeğerlik bulunması yeterlidir. Tarafların isteğinin elden bağışlamaya yönelmiş olması da tahvil sürecini engellemez. Çünkü, ikinci işlemi ayakta tutan, bu işleme yönelik varsayıli iradedir. Olayda, (A)'nın karısına yapmak istediği elden bağışlamanın büsbütün geçersiz kalmasındansa, onun bir bağışlama vaadi olarak ayakta kalmasını ve böylece karısı (B)'ye hiç olmazsa bağışlanılanın mülkiyetinin geçirilmesini talep hakkı sağlamayı yeğ tutacağı, hal ve şartlara göre anlaşılacaktır (B)'nin ise, senetlerin mülkiyetinin hemen kendisine geçmesini sağlayan bir elden bağışlama yerine, bunların mülkiyetinin geçirilmesini talep hakkı veren bir bağışlama vaadiyle yetinmeyi, işlemin büsbütün geçersiz kalmasına üstün tutacağı tartışma dışıdır.

Biz elden bağışlamada, nesnenin zilyetliğinin sadece fiilen teslim yoluyla değil, zilyetliğin hükmen teslimi, zilyetliğin havalesi yollarıyla da nakledilebileceği görüşüne katıldığımızdan, olayda hükmen tes-

(75) **Kaneti**, age. sh. 235.

(76) **Kaneti**, age. sh. 235, 236.

limin gerçekleşmesi halinde, esasen tahvile yer olmayacağını düşünüyoruz. Ancak diğer görüş benimsenirse, yani fiili teslim aranırsa; bu görüş çerçevesinde elden bağışlamada fiili teslimin yapılmamış olması, eksik işlem olarak kabul edilmektedir ki, buna katılmıyoruz. Çünkü, elden bağışlamada, sadece bir tasarruf işlemi yoktur (77). Bizim de katıldığımız fikre göre, burada hem taahhüt, hem tasarruf işlemi vardır. Yalnız iki işlem aynı zaman içinde gerçekleşmektedir. (Peşin satışta olduğu gibi). Elden bağışlamada, tarafların teberru (bağış) kasdı üzerinde anlaşmaları, taahhüt işlemini teşkil eder. Zilyetliğin fiilen geçirilmesi ise, bu taahhüt işleminin yerine getirilmesini yani tasarruf aşamasını ifade eder. Bu açıdan bakılınca, burada bir eksik işlem olduğunu söylemek mümkün değildir. Eksik işlem, kanunun öngördüğü bazı unsurlar noksan olduğu için sözleşmenin kurulmuş olmasıyla birlikte, hüküm ve sonuçlarını başlangıçta meydana getirmemesi, ancak başlangıçta eksik olan bu unsurların sonradan tamamlanmasıyla akdin hukuki sonuçlarını tam olarak meydana getirmesini ifade eder (78). Örneğin, küçük ya da mahcurun kanuni temsilcisinin icazetini almadan bir borç sözleşmesi yapması halinde, işlem eksiktir. Eksiklik, kanuni temsilcinin icazet vermesiyle giderilir.

Diğer yandan Federal Mahkemenin de, yerine getirilmemiş bir elden bağışlamanın, kurucu unsurlardan biri gerçekleşmediğinden taraflar arasında hiç bir hukuki sonuç doğurmayacağı görüşüne de katılmıyoruz. Çünkü, elden bağışlamada da, taahhüt işlemine dayanarak talep hakları olabileceği gibi, bağışlayanın, zayıf da olsa ayıba ve zapta karşı tekeffül borcu, eksik ifa dolayısıyla BK. m. 96 gereğince sorumluluğu ortaya çıkabilir (79).

Sonuç olarak, bizce olayda Federal Mahkemenin tahvili uygulamaması doğru fakat gerekçe itibariyle isabetli değildir.

VI- TAŞINMAZ TELLALIĞI SÖZLEŞMESİNİN ADI VEKÂLETE TAHVİL EDİLİP EDİLEMİYECEĞİ:

6763 sayılı kanunla BK. m. 404'e eklenen üçüncü fıkra uyarınca, "gayrimenkul tellallığı akdi, yazılı şekilde yapılmadıkça muteber ol-

(77) Elden bağışlamada sadece bir tasarruf işleminin mi söz konusu olduğu, yoksa taahhüt işlemi ile tasarruf işleminin bağışlamanın dünyesinde birlikte mi yer aldığı hususu tartışmalıdır. Bkz. **Tandoğan**, age. sh. 344.

(78) **Eren**, age. sh. 356.

(79) **Tandoğan**, age. sh. 344.

maz". Bu şekilde uyulmadan yapılan bir tellâllik sözleşmesi, BK. m. 386 anlamında adi vekaletle çevrilebilir mi? Bu kılığıyla tellâlin ücret istemine dayanak olabilir mi? Yargıtay MK. 10.7.1971 tarihli ve 805/401 sayılı kararıyla BK. m. 404/ III ün aradığı şekil şartına uyulmadan yapılan bir tellâllik sözleşmesinin velâkete tahvili olanağını reddetmiştir. HGK. bu konuda, gerekçe olarak BK. m. 404/ III'ün özel hüküm niteliği taşımasını göstermiştir. Doktrinde de (81), BK. m. 404/ III'de öngörülen şekil kuralına aykırı olarak yapılan bir taşınmaz tellâllik sözleşmesini, adi vekâlete çevirmek ve tellâlin ücret istemini bu ikinci işleme dayandırmasına olanak tanımanın, BK. m. 404/ III deki şekil kuralının güttüğü amaçla çatışacağı kabul edilmektedir. BK. m. 404'e üçüncü fıkranın eklenmesinin gerekçesi şudur: Uygulamada, taşınmaz tellâllığına ait faaliyetler, önlenmesi gereken bir takım kötü hareketlere konu olmaktadır. Bunlardan başlıcası, bir kimşenin herhangi bir iş için görevlendirmedeği bir tellâlin, onun peşini kovalıyarak, bir taşınmaz alım satımı yapılmış olduğunu tesbit edince, bu alım satımın kendi aracılığıyla yapılmış olduğu iddiası ile davalar açılması ve böylece bir takım redde mahkum yersiz davaların mahkemeleri boş yere uğraştırmakta olmasıdır. Hem taşınmaz tellâlları içinde doğrulukla işgörenleri üzüntüye uğratan, hem de bir çok iş sahiplerini yersiz ve sebepsiz davalarla işgal eden durumlara kesin olarak son vermek maksadıyla taşınmaz tellâllığı akdinin muteber olması için yazılı şekle bağlanması zaruri görülmüş ve bu itibarla BK. 404. maddesine, bunu bildiren bir hüküm eklenmiştir (82). Şekle aykırılıktan dolayı geçersiz olan bir işlemin şekil kuralının güttüğü amaçla gelişmemesi zorunludur. Bu nedenle, yargıtayın verdiği kararda ulaştığı ve doktrinde benimsenen görüşe biz de katılıyoruz.

VII- ALACAĞIN TEMLİKİNİN, TAHSİL İÇİN TEMSİL YETKİSİNE YA DA TEMLİK VAADİNE TAHVİLİ

BK. m. 163/ I'e göre, alacağın temliki yazılı şekilde yapılmış olmadıkça geçerli olmaz. Doktrinde (83), bu nedenle geçersiz olan temlik işleminin, temlik edilene verilmiş hiç bir şekle bağlı olmayan alacağı tahsil için temsil yetkisine çevrilebileceği kabul edilmektedir. İlke

(81) **Kaneti**, age. sh. 239.

(82) Türk Ticaret Kanununun Mer'iyet ve Tatbik Şekli Hakkında Kanuna dair Adliye Encümeni Mazbatası, m. 40 (**Kaneti**, age. 239, Not: 40).

(83) **Von Tuhr**, age. sh. 224; **Arsebük**, age. sh. 324; **Kaneti**, age. sh. 231.

olarak, Federal Mahkeme de bunu benimsemiştir (84). Fakat, verilen bu temsil yetkisi her zaman geri alınabileceğinden, Federal Mahkeme, tahvil sürecinin karar konusu uyuşmazlıkta herhangi bir yarar sağlamıyacağını da belirtmiştir. Bu şekilde geçersiz olan bir alacak temliki, temlik vaadine çevrilebilir mi? Doktrinde bazı yazarlar (85), temlik edenin, geçerli saydığı bir tasarruf işlemi yapmak istediğini, yoksa bir tasarruf işlemi ilerde yapmayı istemiş olmadığını savunmaktadır. Buna karşılık, diğer bir görüş (86), temlik edenin varsayıli iradesinin temlik vaadine yönelik olacağı kabul edilebiliyorsa; somut olayın verileri buna elverişliyse, temlik vaadine tahvili olanağının bulunacağını kabul eder. Bu görüşe göre bir tasarruf işleminin, kişisel borç yükleyen bir işleme çevrilmesi mümkündür. Buna göre, örneğin, borçlunun alacaklısına, alacağını tahsil etmesi için, bir üçüncü kişideki alacağını ifa uğruna temlik etmesi, şekle aykırılıktan dolayı geçersizse, tahsil için temsil yetkisine çevrilerek ayakta tutulması mümkündür, çünkü temlik eden kimse, kendi borçlusunun alacaklısına ödeme de bulunmasını ve alacaklının tahsil ettiğini kendi borcundan indirmesini istemektedir. Bu sonuç, hiç bir şekle bağlı olmayan tahsil için verilen temsil yetkisiyle de elde edilebilir, bu yetki geri alınrsa (BK. m. 34), alacaklı borçludan temel ilişkiye dayanarak alacağının ödenmesini isteyebilir. Buna karşılık örneğin 1000 TL. lık bir alacağın satımında, satıcının bu miktardaki çeşitli alacakları arasında hangisinin satım konusu olduğu belirtilmemiş, bunun seçimi satıcıya bırakılmışsa bu sözleşmenin yerine getirilmesi için satıcı alıcıya bireysel bir alacağını yazılı şekle uymadan temlik etmişse, bu işlemi bireysel alacağın temliki vaadine çevirmek, her iki tarafın varsayıli iradesine uyar. Temlik edilmek istenen alacak, alıcı yönünden yararlıysa (örneğin, borçlusunun ödeme gücü varsa, ya da alacak teminata bağlanmışsa), bu işlemin salt tahsil için verilen temsil yetkisine çevrilmesi, alıcıyı tatmin etmez. Çünkü bu yetki her zaman geri alınabilir. Buna karşılık işlemin, temlik edilmek istenen alacağın temliki vaadine çevrilmesi, bağlayıcı sonuçlar doğurduğundan, alıcı, bu bireysel alacağın kendisine temlikini talep ve dava edebilecektir. Bu sonuç, kendi davranışıyla satım konusu alacağı bireyselleştiren satıcının varsayıli iradesine de uygun düşer.

(84) BGE 77 II 161 = 1952 I 105 (Kaneti, age. sh. 231).

(85) Von Tuhr, age. sh. 832 Not: 57.

(86) Kaneti, age. sh. 231.

§ 5. SONUÇ

Şekle aykırılık nedeniyle hukuki işlem, katıldığımız görüşe göre, “kendine özgü geçersizlik” ile sakatlanmıştır. Bu görüşün benimsenmesi, modern eğilimlere de uygun düşmektedir. Şeklin konuluş amacı da, bu görüşün benimsenmesini haklı gösteren etkenlerden birisidir. Özellikle, şekil zorunluğunun taraflara hitap ettiği durumlarda; şekle uyulmaması nedeniyle sözleşmenin geçersiz sayılması, şekilden beklenen yararı zedeleyebilmektedir. Kaldı ki, şekle aykırılığın, hukuki işlemi batıl kıldığını savunanlar dahi, bazen bu sonucun haksızlıklara yol açtığını ve yumuşatılması gereğini kabul ederler. Bu nedenle, şekle aykırı sözleşmenin gönül rızasıyla ifa edilmesi; şekli aykırılığı ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması teşkil etmesi; şekle aykırılık nedeniyle geçersiz işlem yerine; tarafların geçerlik koşulları gerçekleşen diğer işlemi yapacakları kabul edilebiliyorsa; asıl işlemin bu ikinci işleme tahvili olanağını kabul etmektedirler.

Eğer kendine özgü geçersizlik görüşü benimsenirse; samimi olarak sözleşmeyi kuran tarafların büyük oranda, bu sözleşmeyi isteyerek ifa edeceklerini beklemek olanaklı olduğundan, bu sözleşmeden doğan borçlarını isteyerek ifa etmeleriyle geçersizlik onarılacaktır. İşlem tarafların istediği kılık ve muhteva ile ayakta kalacaktır. Ancak, butlan görüşü benimsenirse; yasada özel hükümlerle ifaya geçersizliği düzeltici etki tanınan istisnai haller dışında; böyle bir sözleşmenin ifası da geçersiz olacaktır. Taraflar sözleşmeyi yeniden şekil kuralına uymak suretiyle yapmak zorunda kalacaklardır. Bu nedenle, kendine özgü geçersizlik görüşünün benimsenmesi, büyük ölçüde, pratik yararlar da sağlamaktadır.

Butlan ile sakatlanmış hukuki işlemde tahvil, akdin kuruluşu anından itibaren; kendine özgü geçersizlikte, ifa etmeme ile geçersizliğin onarılamiyacak duruma gelmesi anından itibaren uygulanma olanağı bulur.

Tahvil, hukuki işlemlerin geçersizlikten kurtarılmasında, nihai olarak başvurulacak bir kurumdur. Eğer geçersizlik başka yollarla düzeltilebiliyorsa; tahvile gerek yoktur.

Tahvilin uygulanma şartları; hukuki işlemin geçersizliği, bir başka hukuki işlemin gereklerinin gerçekleşmesi, varsayıli iradeye uygunluktur. Hukuki işlemi geçersizlikten tahvil yoluyla kurtarıırken; varsayıli iradenin saptanmasında, son derece titiz davranmak gereklidir.

Ortada, tahville ayakta tutulacak ikinci işleme yönelik gerçek bir irade olmadığından, bu eksikliğin hukuk düzenine yabancı bir olgu olan “varsayıli irade” ile doldurulması, titiz davranılmadığında; büyük ölçüde sakıncaları da birlikte getirebilir. Tarafların yapmayı düşünmedikleri diğer bir hukuki işlemle bağlanmaları sonucunu doğurabilir. Bu ise, irade özgürlüğünü esas alan hukuk sistemimize tamamen yabancı ve kabul edilemeyecek sonuçların doğmasına neden olacaktır.

Bunlara karşın, ölçülü ve dikkatli uygulandığında, tahvil kurumunun sağlayacağı yararlar da gözardı edilemez. Tahvil ile taraflar, hukuki işlem ile ulaşmak istedikleri hukuki sonuca benzer amaç ve sonuçlara yönelik diğer işlemle tam olarak olmasa bile ulaşabileceklerdir.

Bu nedenle; yasal bir kurum olarak yer almayan hukuk sistemlerinde bile, tahvil kabul görmüştür.

Hukukumuzda da tahvil yasal bir kurum olarak düzenlenmemiştir. Ancak; doktrinimizde, tahvil genelde kabul görmüştür. Yargıtayımız ise; bu kurumu, “işlemin geçerli tutulacak biçimde yorumlanması” ilkesiyle eşdeğer görmekte ve kararlarında tahvil kurumunu uygularken, bu ilkeyle birlikte yer vermektedir.

KISALTMALAR

age	: adı geçen eser
agm	: adı geçen makale
Art.	: Artikel
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BGE	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes (İsviçre Federal Mahkemesi Resmi Külliyyatı)
BK	: Borçlar Kanunu
C	: Cilt
Çev.	: Çeviren
E.	: Esas
HD	: Hukuk Dairesi
İFM	: İsviçre Federal Mahkemesi
JdT	: Journal des Tribunaux
m.	: Madde
MK	: Medeni Kanun

OR.	: İsviçre Borçlar Kanunu
RG.	: Resmi Gazete
RKD	: Resmi Kararlar Dergisi
sh.	: sahife
T.	: Tarih
vd.	: ve diğerleri
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YTD	: Yargıtay Ticaret Dairesi

BİBLİYOGRAFYA

- Arsebük, Esat:** Borçlar Hukuku, I. Cilt, 2. bası, Ankara 1943.
- Arık, Fikret:** Vasiyetçinin El Yazısı ile Vasiyeti, SBFD, Yıl: 1951, sayı: 1-4.
- Çemberci, Mustafa:** Gayrimenkul Satış Vaadi, 2. bası, Ankara 1972.
- Domaniç, Hayri:** Kıymetli Evrak Hukuku, 2. baskı, İstanbul 1975.
- Edis, Seyfullah:** Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 2. baskı, Ankara 1983.
- Esener, Turhan:** Hukuki Muamelelerde Tahvil, AHFD, Yıl: 1959, C. XII, Sayı: 1-4.
- Esener, Turhan:** Türk Hukukunda Muvazaalı Muameleler, (Hukuki Mahiyeti-Hüküm ve Neticeleri), İstanbul 1956.
- Eren, Fikret:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: I, Ankara 1985.
- Feyzioglu, N. Feyzi:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 2. bası, İstanbul 1976.
- Feyzioglu, N. Feyzi:** Borçlar Hukuku, Hususi Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri, C. I, 2. bası, İstanbul 1970.
- Gürsoy/Eren/Cansel:** Türk Eşya Hukuku, Ankara 1984.
- Guhl, Theo:** Das Schweizerische Obligationenrecht, 8. Auflage, Zürich 1982.
- Kaneti, Selim:** Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi (Tahvili), İstanbul 1972.

- Kaneti, Selim:** İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları (1955—1964) I, Borçların Genel Hükümleri, Ankara 1968.
- Karayalçın, Yaşar:** Ticari Senetler, 4. baskı, Ankara 1970.
- Kalpsüz, Turgut:** Hukuki-İktisadi Yönden Çek, 2. baskı, Ankara 1971.
- Oğuzman, Kemal:** Medeni Hukuk Dersleri (Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar) 3. bası, İstanbul 1978.
- Olgaç, Senai:** Kazai ve İlmi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu, C. I, II, İstanbul 1976.
- Oser / Schönberger:** Borçlar Hukuku (Çev: Seçkin, R.), 1. Kısım madde 1—40, Ankara 1947.
- Özsunay, Ergun:** Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler, İstanbul 1968.
- Öztaş, Fırat:** Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 1976.
- Reisoğlu, Safa:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 5. bası, Ankara 1983.
- Saymen / Elbir:** Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, C. 2, İstanbul 1958.
- Schwarz, Andreas:** Borçlar Hukuku Dersleri (Çev: Davran, B.) İstanbul 1948.
- Serozan, Rona:** Die Überwindung der Formnichtigkeit, Trouaux de La 5 eme Semaine Juridique, Turko-Suisse, İstanbul 1975.
- Sungurbey, İsmet:** Medeni Hukuk Eleştirileri, III, İstanbul 1971.
- Sungurbey, İsmet:** Medeni Kanun Öntasarısının Nesnel Hukukunun Eleştirisi, İstanbul 1972.
- Tandoğan, Haluk:** Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri C. I / 1, 3. bası, Ankara 1984.
- Tekinay, S. Sulhi:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. bası, İstanbul 1979.
- Tunçomağ, Kenan:** Borçlar Hukuku, C. I, İstanbul 1968.
- Von Tuhr, Andreas:** Borçlar Hukukunun Umumi Kısım (Çev. Edeğ, C.) C. I, II, Ankara 1983.