

**TÜRK MEDENİ HUKUKUNDA VE ROMA HUKUKUNDA
HÜKÜMSÜZLÜK (= BUTLAN)**

Nevzat, KOÇ
D. E. Ü. Hukuk Fakültesi
Araştırma Görevlisi

ANLATIM DÜZENİ

Giriş

Genel Olarak

§ I— KESİN HÜKÜMSÜZLÜK HALLERİ

- 1— Butlan
- 2— Yokluk ve butlan ayırımı
- 3— Kısmî butlan

§ II— BUTLAN SEBEPLERİ

- 1— Temyiz kudretinden yoksunluk
- 2— Şahsiyet (= Kişilik) haklarının ihlâli
- 3— Şekil zorunluluğuna aykırılık
- 4— Hukuka aykırılık
- 5— Ahlâka aykırılık
- 6— Kamu düzenine aykırılık
- 7— İmkânsızlık
- 8— Muvazaa
- 9— Kanuna karşı hile
- 10— Zihni kayıt
- 11— Ciddiyetten yoksun beyanlar (= Lâtime beyanları)

§ III— SONUÇ

BİBLİYOGRAFYA

Giriş :

Genel olarak :

Bir hukukî işlem, yöneldiği hukukî sonuçları meydana getirebilme gücünden yoksun olduğu veya yoksun bırakılabildiği takdirde bu işlemin hükümsüzlüğünden bahsedilir. Hukukî işlemlerde hükümsüzlüğün çeşitli dereceleri ve görünüşleri vardır (1).

Hükümsüzlük (inefficacité), geniş anlamda kullanılırsa hukukî muamelelerin eksiklik ve sakatlıkları ile sonradan etkisizleştiği hallerin tümünü kapsar (2). Buna karşılık hükümsüzlük (invalidité), dar anlamda kullanılabilir ve hukukî muamelenin geçerli olmadığı halleri ifade eder.

Bir hukukî muamelenin kurucu unsurları eksik ise, o hukukî muamele ile kurulacak ilişki hiç doğmamıştır. Bu hükümsüzlük haline «yokluk» (inexistence) adı verilir.

Bir hukukî muamelenin unsurları tamam olmakla birlikte geçerlilik şartları eksik ise, o muamele ile kurulan ilişki ya ölü, ya da sakat olarak doğar.

Hukukî ilişkinin ölü doğması demek, hukukî muamelenin kesin olarak hükümsüzlüğü demektir. Buna butlan (nullité) da denilmektedir. Hukukî ilişkinin sakat doğması demek, bir yandan sakatlık giderilerek hukukî ilişkiyi yaşatmak, hukukî muamelenin hükümlerini icra etmesini sağlamak, diğer yandan sakatlık yüzünden hukukî muameleyi hükümsüzleştirmek imkânının varlığı demektir. Bu duruma «iptal kabiliyeti» (annulabilité) denilmektedir (3).

Hükümsüzlük, niteliği aynı olan çeşitli derecelerden meydana gelmiş bir müeyyide (yaptırım) dir. Bu derecelerin en ağırını mutlak butlan ve en hafifini de iptal kabiliyeti teşkil eder. Bunlar arasında yer alan çeşitli müeyyide dereceleri vardır ki ya mutlak butlana veyahut da iptal kabiliyetine yaklaşırlar (4).

«Roma Hukuku, modern hukuk sistemlerinin hemen de hepsinin temelini teşkil eder. Fransız, İsviçre ve dolayısıyla Türk Medenî Hukuku'nun bir çok ana prensiplerini ve bu arada hiç olmazsa hükümsüzlük sistemlerinin nüvelerini Roma Hukukunda bulmak mümkün-

(1) TEKİNAY, Borçlar Hukuku, İstanbul 1979, s. 344

(2) SCHWARZ, Medenî Hukuka Giriş (Çev : Hıfzı Veldet), İstanbul 1942, s. 367

(3) OĞUZMAN, Medenî Hukuk Dersleri, İstanbul 1978, s. 141

(4) GÜRAL, Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medenî Kanununun Sistemi, Ankara 1953, s. 146

dür. Pratik düşünceye sahip olan Roma hukukçuları, hukukî meselelerde bir sistem kurmaktan çok, pratik ihtiyaçlara en uygun gelen hal çarelerini bulmakta büyük bir maharete sahiptiler. Bu nedenle Roma hukukçuları en geniş hatlarıyla bile olsa hükümsüzlük konusunda bir sistem kurmaktan kaçınmışlar, daha doğrusu böyle bir nazari mesele ile uğraşmamışlardır. Bununla birlikte hükümsüzlükle ilgili bütün meseleler hakkında Roma Hukukunda bir cevap bulmak mümkündür» (5).

Medenî Kanunumuzun 5. maddesi gereğince, Borçlar Kanunumuzun 19 ve 20. maddelerinde gösterilen hallerde ve sözleşmeler alanında sözkonusu olan hükümsüzlük (=butlan) müeyyidesi, Medenî Hukukumuzun -hakkında özel hüküm bulunmayan- diğer kısımlarında da uygulanır.

Bu incelememizde Medenî Hukukumuz ile Roma Hukuku bakımından kesin hükümsüzlük (= butlan) konusunu karşılaştırmalı olarak ve genel hatlarıyla ele alacağız. Medenî Hukukumuzda butlan müeyyidesine tabi tutulan değişik ve özel nitelikteki hükümleri ayrı ayrı incelemek, bu incelemenin boyutlarını aşacağı için onları inceleme konumuzun dışında bırakacağız. İnceleme sonucunda varacağımız sonuçları, incelememizin «Sonuç» bölümünde toplu olarak belirterek bu incelememizi bitirmiş olacağız.

§ I— Kesin hükümsüzlük halleri :

Bunlar iki grupta toplanırlar : Butlan ve yokluk.

1— Butlan : Hukukî işlem normal (yani muhtevasına uygun) sonuçlarını meydana getirmeye kesin olarak elverişsiz ise batıldır(6). Bir Borçlar Hukuku kavramı olarak butlan, yapılan işlemlerin canlandırılmasındaki imkânsızlığı ifade eder (7). Butlan herkes içindir, her ilgili butlanı, yani hukukî işleme bağlanması gereken normal sonuçların aslâ gerçekleşmeyeceğini ileri sürebilir (8). Hâkim, butlanı

(5) GÜRAL, age., s. 23

(6) TEKİNAY, age., s. 344; TUNÇOMAĞ, Borçlar Hukuku, C. I, İstanbul 1972, s. 117; ATAAY, Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, İstanbul 1975, s. 162

(7) TEKİNAY, age., s. 344; TUNÇOMAĞ, age., s. 118.

(8) TEKİNAY, age., s. 344; TUNÇOMAĞ age., s. 118; OĞUZMAN, age., s. 143, İNAN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1979., s. 149; SAYMEN' ELBİR, Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, İstanbul 1966, s. 150.

kendiliğinden (re'sen) göz önünde tutar (9). Bir davada batıl işleme dayanan kimseye karşı hasım taraf, herhangi bir savunma ileri sürmemiş olsa bile dosyada butlan sebebinin gören hâkim, işlemin batıl olduğunu kendiliğinden hükme bağlamak zorundadır (10). Eğer taraflar, batıl bir işlem gereğince birbirlerine kısmen veya tamamen ifada bulunmuşlarsa yerine göre istihkak davası, ya da sebepsiz iktisap davası açarak verdiklerini geri isteyebilirler (11).

Batıl işlem, butlan sebebinin daha sonradan ortadan kalktığı söylenerek ya da tarafların muvafakatıyla geçerli hale getirilemez. Butlan sebebi gerçekten ortadan kalkmışsa ve taraflar, yapılan hukukî işlemi gerçekten istiyorlarsa onu yeniden yapabilirler, yoksa batıl işleme can veremezler. Meselâ, temyiz kudretinden yoksun bir kimse, gayrimenkulünü satmış, temyiz kudretini kazandıktan sonra da bu işlemi bozmak niyetinde olmadığını alıcıya bildirmiş olsa, bu bildirim hiç bir değeri yoktur. Bu bildirimle rağmen işlem batıl olmaktan devam eder ve temyiz kudretini sonradan kazanan satıcı, istiyorsa alıcı ile birlikte yeni bir satış sözleşmesi düzenlemelidir (12).

Sadece istisnai hallerdedir ki butlanı ileri sürme hakkının kötüye kullanılmasından söz açılabilir; ya da esasında batıl olan bir sözleşme tahvil yolu ile geçerli sayılabilir (13). Bundan başka taraflardan biri, diğerini batıl bir sözleşme yapmaya -kusuru ile- sevkedecek olursa, bunlardan doğan zararı, culpa in contrahendo esasına dayanılarak tazminle yükümlü tutulabilir (14). BK. m. 26,36,39 ve 178/II'

(9) TEKİNAY, age, s. 344; TUNÇOMAĞ, age., s. 117; ATAAY, age., s. 163; OĞUZMAN, age., s. 144; ARSEBÜK, Borçlar Hukuku, C. I-II, Ankara 1950, s. 310; İNAN, age., s. 150; SAYMEN/ELBİR, age., s. 150; von TUHR, Borçlar Hukukunun Umumî Kısmı, 1. C. (Çev : Cevat EDEGE), İstanbul 1952, s. 234

(10) TEKİNAY, age., s. 345; TUNÇOMAĞ, age., s. 117; ARSEBÜK, age., s. 310; von TUHR, age., s. 234.

(11) TEKİNAY, age., s. 345; TUNÇOMAĞ, age., s. 117; SAYMEN/ELBİR, age., s. 151; von TUHR, age., s. 235.

(12) TEKİNAY, age., s. 345; TUNÇOMAĞ, age., s. 118'de «Butlan önceye etkilidir.» demektedir; OĞUZMAN, age., s. 144; İNAN, age., s. 150; SAYMEN/ELBİR, age., s. 151; von TUHR, age., s. 238.

(13) TEKİNAY, age., s. 345; TUNÇOMAĞ, age., s. 120-121'de tahvile «batıl hukukî işlemi değiştirme» demektedir; OĞUZMAN, age., s. 144-145; von TUHR, age., s. 237.

(14) TEKİNAY, age., s. 345; İNAN, age., s. 151.

de yazılı tazminatın esası culpa in contrahendo, yani mukavelevî bir kusura dayanmaktadır. Bu da hükümsüz bir sözleşmeden talî nitelikte de olsa bazı sonuçlar çıkacağına bir örnek teşkil eder (15).

Butlanın tanımı ve nitelikleri hakkında buraya kadar yazdıklarımızı Roma Hukuku ile karşılaştırdığımızda büyük bir farklılık olmadığını görüyoruz. Klâsik Roma Hukukunda gerek ius civile, gerekse praetor hukukunun öngördüğü hukukî işlemlerde bu hukuklarda belirlenmiş olan temel öğelerden birinin eksikliği durumunda «batıl» hukukî işlemlerden söz ediliyordu. Bu hukukî işlemlerin zamanla geçerlik kazanma olanakları yoktu ve tıpkı çağdaş hukuk sistemlerinde olduğu gibi bu hukukî işlemlerin hükümsüzlükleri kendiliğinden ortaya çıkıyordu; bu hükümsüzlük durumlarının taraflarca öne sürülmesine gerek yoktu (16).

Roma Hukukunda da batıl olan hukukî işlem, hukuken mevcut değildir; butlanı yalnız muamelenin tarafları değil herkes iddia edebilir. Butlan kat'îdir, sonradan sıhate dönüşmez. Ancak muamelelenin butlan sebeplerinden kaçınarak yeniden yapılması mümkündür (17). Temel öğelerden birinin eksikliği nedeniyle «batıl» sayılan hukukî işlemler, hiç bir şekilde hüküm ifade etmezler ve geçerli duruma getirilemezler. Romalılar bu durumu «Quod inito vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere» (D. 50,17,29) yani, «başlangıçta geçerli olmayan sonradan (zamanla) sağlık kazanamaz» kuralıyla açıklamışlardır (18).

Bazan bir hukukî muamele geçerli olarak yapıldığı halde ve ne sukut etmesi, ne de hükümsüz hale gelmesi için bir sebep yokken «fiilen» hüküm ifade etmez bir duruma gelmiş olabilirdi. Bu anlamda Romalılar, muamelenin inutilis (faydasız, lüzumsuz) veya inefficax (etkisiz, hükümsüz) olduğunu söylerlerdi. Meselâ, mirasçı nasbedilmiş bir kişinin mirası kabul etmemesi hali gibi. (Testamentum desertum veya destitutum = Boş vasiyetname. Gai. 2, 144). Bundan başka tamamen geçerli ve sonuçlarını doğurmaya elverişli bulunan bir hukukî muamele feshedildiği veya ondan rücu' edildiği zaman hüküm

(15) GÜRAL, age., s. 146

(16) KARADENİZ, Roma Hukuku, Ankara 1977, s. 268.

(17) KOSCHAKER, Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları (Çev : Kudret AYİTER), Ankara 1977, s. 69-70.

(18) KARADENİZ, age., s. 266; Dİ MARZO, Roma Hukuku (Çev : Ziya UMUR), İstanbul 1954, s. 85

doğurmaz hale gelirdi. Meselâ, yirmi beş yaşından küçük bir balığ, kendi zararına dönecek şekilde yaptığı muameleden veya alacaklılarına zarar vermek için borçlunun mameleki üzerinde yaptığı tasarruflardan alacaklı zarar gördüğü için hukuk düzeni kendilerine muameleyi feshetmek yetkisini vermektedir. Klâsik Roma Hukuku döneminde bu tür muamelelerden rücu' etmek veya onları feshetmek, bazan *ius civile* gereğince ve hukuken (*ipso iure*), bazan da praetor hukuku vasıtasıyla ve *defi'* yolu ile (*ope exceptionis*) mümkün olabilmekte idi. İustinianus döneminde ise *ius civile* ile *ius honorarium* birleşmiş olduğundan hepsinin niteliği aynı (*ipso iure*) olmuştur.

* Klâsik Roma Hukukunda gerek *ius civile*'nin, gerekse praetor hukukunun muameleleri, esas unsurlardan birisinin yokluğu ile batıl olduktan başka, *ius civile*'nin geçerli saydığı bir hukukî muamelenin praetor tarafından batıl hale getirilmesi de mümkündür. Ezcümle praetor, *ius civile*'nin kabul ettiği bir hukukî muameleyi haksız görür veya korunmaya değer bulmazsa bu muameleye dayanarak dava açmak isteyen tarafa dava hakkını vermezdi. (*Denegare actionem* = Dava açmak hakkını reddetmek). Meselâ, bir olayda hak sahibi şerefsizliği gerektirmeyen bir dava açabiliyorsa şerefsizliği gerektiren bir dava (*actio doli* gibi) açmasına praetor izin vermezdi. (D. 4.3.1.4.) (19).

Bu günkü Medenî Hukukumuzda kural olarak geçerli sayılan bir hukukî muameleyi hâkimin, geçersiz (batıl) sayması mümkün değildir. Hâkim, ancak MK. nun 4. maddesinde yazılı olduğu gibi, kanunun takdir hakkı verdiği ve icabı hale yahut muhik sebeplere nazaran hüküm vermekle mükellef tuttuğu hususlarda hak ve nispetle hükmeder. Bu duruma örnek olarak MK. m. 26 ve 148/I gösterilebilir. Hâkimin takdir yetkisini kullanacağı hallerle hâkimin hukuk yaratması gereken haller, birbirinden farklı durumları ifade ederler. Hâkimin takdir yetkisini kullanacağı hallerde kanunda bir hüküm vardır; fakat bu hüküm içinde boşluk bulunmaktadır. Hâkimin hukuk yaratmasını gerektiren haller ise kanunda hüküm bulunmayan hallerdir ki bu durumda kanun boşluğundan söz edilir (20). Keza bugün şerefsizliği gerektiren veya gerektirmeyen dava şeklinde bir ayırım sözkonusu değildir. Ayrıca dava açmak hakkının reddi de sözkonusu değildir. Davacı, gerekli harç ve masrafları ödemek şartıyla dilediği zaman ve dilediği türde dava açabilir. Dava şartlarının yokluğu veya

(19) UMUR, Roma Hukuku (Umumî Mefhumlar-Hakların Himayesi), İstanbul 1970; s. 155-156.

(20) OĞUZMAN, age., s. 67-68.

eksikliği durumunda karşılaşacağı sonuç, davasının reddi olacaktır. Yoksa Roma Hukukunda olduğu gibi dava açmak hakkının henüz davanın başında hâkim tarafından reddedilmesi gibi bir durum söz-konusu olmamaktadır.

Medenî Hukukumuzda olduğu gibi Roma Hukukunda da batıl muamele bazan «kendine has» sonuçları doğurmamakla birlikte başka türden sonuçlar doğurabilirdi. Burada tazminat borcu, akdin muhtevası ile ilgili olmamakla birlikte muamelenin batıl olması yüzünden ortaya çıkmaktadır. Meselâ, muameleyi yapanın kusuru olduğu için muamele batıl olabilir; fakat muameleyi yaparken kusuru ile sebebiyet verdiği zararı tazmin etmek borcu doğabilirdi (12). Bu durumu ifade etmek üzere kullanılan culpa in contrahendo deyimi yukarıda da belirttiğimiz gibi bu gün de doktrinde kullanılmaktadır.

Klâsik Roma Hukuku ile Medenî Hukukumuzdaki şu farka da işaret etmek yerinde olacaktır: Klâsik Roma Hukukunda batıl ile kabili iptal arasındaki farkın, ius civile ile praetor hukuku arasındaki farkı gösterdiği söylenebilir. Normal olarak ius civile'ye göre batıl muamele hükümsüzdü, praetor hukuku için ise kabili iptal muamele de hükümsüzdü. İustinianus hukukunda ise praetor hukuku ile ius civilenin uyuşması (imtizacı) sonucunda batıl ile iptal kabiliyeti arasındaki fark, eski anlamını kaybetti ve bir yandan bir unsuru eksik olan muameleleri, diğer yandan da bütün unsurları bulunmakla birlikte içine fesat karışmış olan muameleleri belirtmeye yaradı (22).

Roma Hukukunda tahvil (conversion) müessesesinin bile var olduğu söylenebilir. Monier'in Digesta'dan aldığı bir parçada satış sözleşmesinde gerçek bedelin fiktif (farazî) olarak gösterilebilmesi halinde bir satıştan değil, fakat bedelin bulunmaması nedeniyle bir bağışlama (hibe) dan bahsedilebileceği açıklanmaktadır. (D. 18. I. fr. 36 ve fr. 2) (23).

Bu günkü Medenî Hukukumuzda hukukî muamele alanında yanlışlık (hata) ya iptal kabiliyeti niteliği tanındığı için aşağıda butlan sebeplerini incelerken göremeyeceğimiz ve Roma Hukukunun butlan müeyyidesini bağladığı bazı hata hallerine burada değinmeyi zorunlu görüyoruz :

Roma Hukuku, beyanda hataya ilişkin genel bir doktrin kurmak yerine belirli hallerin özelliklerini göz önünde tutarak bir çözüme varmakla yetindi.

(21) UMUR, age., s. 157

(22) Dİ MARZO, age., s. 76

(23) MONIER, Droit Romain, T. I, s. 177; (GÜRAL, age., s. 30'dan naklen).

Error in negotio= Muamelenin mahiyetinde hata, bir kira sözleşmesini imzaladığını zannederken bir alım-satım sözleşmesini imzalamak gibi, hatanın muamelenin tamamı üzerinde yapıldığı haldir. Bu tür hatada muamele daima batıldır. (C. 4, 22, 5).

Error in personae= Şahısta hata, vasi tayininde olduğu gibi şahsın kimliğinin somut halde özel bir önemi varsa muamele batıldı. (D. 28,5,9 fr.), fakirlere sadaka vermek gibi şahsın önemli olmadığı halde muamele batıl olmazdı.

Error in corpore= Şeyde hata muameleyi daima hükümsüz kıları. (D. 18.1.9 pr., D. 28. 5. 9. 1). Fakat istenen şeyde bulunmayan bir niteliği varmış gibi göstermek, muameleyi bozmadığı gibi, beyanın gerçekten yöneltmiş olduğu kişi üzerinde olmayan bir niteliğin var olduğu sanılırsa muamele zarar görmezdi. Bu durumda sadece bir niteliğin veya bir ismin (error in nomine= isimde hata) yanlış olarak gösterilmiş olması sebebiyle irade ile beyanı arasında fark yoktur. Kaynaklar, «falsa demonstratio non nocet= yanlış göstermek zarar vermez» derler (24).

İus civile döneminde hileli muameleler, hukuken geçerli olarak kalırlar, sadece hile karşı tarafı esaslı bir hataya düşürmüşse muamele, esaslı hata yüzünden hükümsüz olurdu (25).

2— Yokluk ve butlan ayırımı : Yokluk ve butlanın tanımlarını incelememizin giriş bölümünde yaptığımız için burada tekrar üzerinde durmayacağız. Hukukî muamelenin hiç meydana gelmemiş sayıldığı hallerde, «yokluk» sözkonusu olur. Meselâ, kanunun yetkili saydığı kişi (evlendirme memuru) önünde yapılmadığı takdirde evlenme muamelesi meydana gelmiş sayılmaz. (MK. m. 108). Keza bir kimsenin son arzularını bir arkadaşına yazdırıp metnin altını imzalaması halinde de bir vasiyetnamenin varlığından söz edilemez. (MK. m. 478).

Yokluk halinde hukukî muamele meydana gelmiş olmadığından herhangi bir hukukî sonucun doğması da mümkün değildir. Bu bakımdan yok sayılan hukukî muameleler, kurucu unsurlarından birinin yokluğu nedeniyle henüz meydana gelmemiş bulunan veya sağlam olarak meydana gelmiş bulunmakla birlikte bir hususun henüz gerçekleşmemesi nedeniyle hüküm doğurmayan eksik hukukî muamelelerden ayrılır. Gerçekten noksan (eksik) bir hukukî muamele nin tamamlanması ve bunun sonucu olarak da geçerli olarak hüküm

(24) Dİ MARZO, age., s. 80; KARADENİZ, age., s. 227, 228-229

(25) UMUR,age., s. 170

doğurmaya başlaması mümkün bulunduğu halde, yok sayılan bir hukukî muamelenin hüküm doğurması kesin olarak mümkün değildir. Meselâ, şekil şartlarından (MK. m. 256) birinin varlığına rağmen, diğerinin bulunmaması (=resmî senedin yapılmış olmasına rağmen henüz yargıçtan izin alınmamış veya yargıçtan izin alınmış olmasına rağmen henüz resmî senedin yapılmamış olması) halinde evlât edinme muamelesi noksandır; sözkonusu noksanlığın giderilmesi üzerine muamele tamamlanarak hüküm doğurmaya başlar. Oysa yok sayılan bir hukukî muamelenin ileride geçerli bir hale gelmesi ve hüküm doğurmaya başlaması aslâ mümkün değildir (25 a).

Borçlar Hukuku alanında yokluktan söz edilip edilemeyeceği görüş ayrılıklarına yol açmıştır. Baskın olan fikre göre, Borçlar Hukukunda hükümsüzlüğün kesin ve en ağır şekli butlandan ibarettir ve batıl bir işlem zaten hiç yapılmamış sayılmak gerekir (26). Diğer bir görüşe göre, batıl da olsa, işlem mevcuttur. Batıl sözleşmeden, hiç bir hukukî sonuç meydana gelemeyeceği, butlanla sakatlanmış bir işlem sadece fiilî bir olay gözü ile bakılması gerekeceği söylenemez. Zira batıl bir sözleşme bazı sorumluluklara yol açabilir. Böyle durumlarda sorumluluk -batıl da olsa- bir işlemin yapılmış olmasını var sayar. Yoklukta ise herhangi bir işlem doğmuş değildir (27). Meselâ, (A), (B)'ye bir mektup yazarak «size bir mal satmak istiyorum, kabul eder misiniz?» diye sormuş, (B) de «evet, kabul ederim» diye cevap vermiş olsalar, batıl sayılabilen bir sözleşme dahi meydana gelmiş olmaz. Böyle durumlarda butlandan değil, olsa olsa yokluktan söz edilebilir (28).

Borçlar Hukuku alanında butlanda, sözleşmenin meydana gelmesi için gerekli muhteva unsurları vardır, fakat hukuk düzeni, bu muhtevaya uygun sonuçların gerçekleşmesini kesinlikle reddetmektedir. Yoklukta ise sözleşme için gerekli muhteva görünüş bakımından bile meydana gelmiş değildir. Bununla birlikte butlanla yokluk arasında gözetilen bu fark, -pratik sonuçları bakımından- önemli sayılmaz. İstisnâî bazı hallerde butlan iddiasının hakkın kötüye kulla-

(25 a) ATAAY, Medenî Hukukun Genel Teorisi, İstanbul 1980, s. 330-331

(26) Staudinger Şerhinde COING, bu görüşü en açık şekilde ifade etmektedir. (TEKİNAY, age., s. 345, dpn. 3'den naklen).

(27) FLUME, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Band., das Rechtsgeschäft 1965, § 30, 4, s. 550 (TEKİNAY, age., s. 345, dpn. 4'den naklen).

(28) TEKİNAY, age., s. 345; Fazla bilgi için bkz. GÜRAL, age., s. 55 vd.

nılması niteliğini alması, batıl sözleşmenin tahvil yolu ile kurtarılabilmesi ve bazı tazminat iddialarına esas olabilmesi mümkün olduğu halde yoklukta böyle sonuçlar meydana gelmez (29).

Roma Hukuku'nun ilk dönemlerinde hükümsüzlük bakımından hukukî muamelelerin müeyyidesi mutlak butlandır. Mutlak butlan gerek *ius civile* ve gerekse *ius gentium*'dan doğan hukukî muamelelere uygulanan yegâne müeyyidedir (30). Yani bu dönemde hükümsüzlüğün, bizzat maddî bir olay olan hukukî muameleye etki ederek, hukukî muamelenin oluşmasına engel olduğu kolaylıkla anlaşılabilir. Pizet'ye göre, bu dönemlerdeki hukukî muamelelerin normal müeyyidesinin yokluk (=inexistence) olması gerekir; çünkü yokluk sözleşmelerin tabii olduğu şartlara uymamanın bir sonucudur; bu şartlardan birinin bulunmaması halinde sözleşme doğmaz (31). Böylece yazar, yokluk kavramının doğrudan doğruya *ius civile* ile kabul edilmiş bir müeyyide olduğunu göstermeye çalışır ki Pizet'nin fikrinde isabet olsa gerektir. Cuq da bu görüşü teyid ederek yokluk kavramının bilinmeyen bir kavram olmadığına işaret etmekte, fakat bu kavramın ne suretle ortaya çıktığını açıklamamaktadır (32).

3— Kısmî butlan : Borçlar Kanunumuzun 20/II maddesine göre, «akdin muhtevi olduğu şartlardan bir kısmının butlanı, akdi iptal etmeyip yalnız şart lağvolur. Fakat bunlar olmaksızın akdin yapılmayacağı meczum bulunduğu takdirde, akitler tamamiyle batıl addolunur».

Kısmî butlan hallerinde Borçlar Kanunumuzun kabul ettiği prensip şudur : Batıl kısım, taraflar için bağlayıcı olmaz; fakat sözleşmenin geriye kalan kısımları geçerli olarak kalır (33). Ne var ki sözleşmenin batıl sayılan kısım olmaksızın tarafların sözleşmeyi yapmayacakları kabul edilebiliyorsa, o takdirde butlan, işlemin tamamına

(29) TEKİNAY, age., s. 346; ATAAY, (Borçlar) s. 161, İNAN, age., s. 149 SAYMEN/ELBİR, age., s. 149.

(30) GÜRAL, age., s. 25-26.

(31) LUTZESCO, Théorie et pratique des nullités, v. I, Paris 1938, s. 46 (GÜRAL, age., s. 34 dpn. 6'den naklen).

(32) CUQ, Manuel des institutions juridiques des Romaines, Paris, 1928, s. 125; (GÜRAL, age., s. 24, dpn. 7'den naklen).

(33) TEKİNAY, age, age., s. 347; TUÇOMAĞ, age., s. 122; OĞUZMAN, age., s. 145; ARSEBÜK, age., s. 311-313; SAYMEN/ELBİR, age., s. 152; von TUHR, age., s. 236-237; FEYZİOĞLU, Borçlar Hukuku, C. I, Umumî Hükümler, İstanbul 1967, s. 597; ATAAY, (Medenî) s. 333; İNAN, age., s. 150.

yayılır (34). Böylece kısmi butlandan zarar görecek olan taraf, sözleşmenin geriye kalan (geçerli) kısımlarını muhafazada yarar görüyorsa kendisine bu imkân verilmek istenmiştir. Meselâ, kanunun yasak ettiği oranda faiz kararlaştırılarak yapılan bir ödünç sözleşmesinde aşırı faiz anlaşmasının hükümsüzlüğüne rağmen, ödünç verenin asıl sözleşmeyi yapacak olduğu hal ve şartlardan çıkarılabilir (35). Bu hususta isbat külfeti, kısmi butlan yüzünden sözleşmenin tamamen batıl olduğunu ileri süren tarafa düşer. Şüphe ve tereddüt hallerinde batıl kayıt dışındaki kısımların geçerli sayılması asıldır.

Diğer taraftan burada da dürüstlük kuralının etkisini ve kontrolünü gözden uzak tutmamalıdır. BK. m. 20/II'nin birinci cümlesinde yazılı hükmün işleyebilmesi ve kısmi butlanın sözleşmenin tamamına sirayet etmeyeceğinin kabul edilebilmesi için, batıl olan kısmın, sözleşmede objektif veya sübjektif bakımdan esaslı noktalardan olmaması şarttır. Aksi takdirde sözleşmenin tamamı batıl olur. (36).

Bu gün, özellikle olağanüstü hallerde çıkarılan (örnek olarak, mülga 3780 Sayılı Millî Korunma Kanunu, Belediyeler Kanununun narh hükümleri) kanun hükümlerine aykırı yapılan akitlerin tamamının değil, bu kanunların belirledikleri en yüksek hadden fazla olan kısmının batıl sayılması gerektiği, bunun özel kanunların amaç ve özüne uygun olduğu kabul edilmektedir (37). Burada bir hususa da değinmemiz gerekmektedir : BK. m. 20/II hükmünün, ticari muamelelerde uygulanmayacağı TTK. m. 1466/son cümlede açıkça belirtilmiştir.

Roma Hukukuna baktığımızda «kısmi butlan»ın o dönemlerde de bilindiğini görüyoruz. Roma Hukukuna göre, bazı hallerde butlan, kısmi olabilir; bazı yerlerinde sonuç doğurduğu halde, diğer yerlerde hüküm ifade etmeyebilir; o zaman kısmen geçerli, kısmen batıl bir muamele meydana gelmiş olurdu. Örnek olarak, vasinin auctoritas'ı olmadan küçüğün yaptığı muamelelerde küçüğün lehine olan sonuçlar, hüküm ifade ettiği halde, onu borçlandıran hükümlerin batıl olması verilebilir. Romalılar, bu duruma (negotium claudicans = topal muamele) derlerdi (38).

(34) TEKİNAY, age., s. 347; TUNÇOMAĞ, age., s. 122.

(35) TEKİNAY, age., s. 347; TUNÇOMAĞ, age., s. 122; İNAN, age., s. 150-151; SAYMEN/ELBİR, age., s. 153.

(36) TEKİNAY, age., s. 347.

(37) İNAN, age., s. 151.

(38) UMUR, age., s. 157; SCHWARZ, Roma Hukuku (Çev. : Türkân RADO), İstanbul 1963, s. 268.

Medeni Hukukumuzda da bazı hallerde hukukî muamelelerin sakatlığı, taraflardan birinin bu muamele ile bağlanmaması (= bir taraflı bağlamazlık) sonucunu doğurabilir. Yalnız bir tarafı bağlamayan böyle bir hukukî muameleye «aksak (topal) hukukî muamele (negotium claudicans)» adı verilmektedir (38 a).

Aksak (topal) hukukî muamele, taraflardan biri için sağlam bir hukukî muamele gibi bağlayıcı nitelik taşımamasına karşılık, diğer tarafı bağlamaz. Ancak bağlı olmayan tarafın bu muamele ile bağlanabilmesi için gerekli bulunan hususun ileride gerçekleşmesi üzerine muamele sağlamlık kazanır ve o âna kadar bağlı olmayan taraf da artık bu muamele ile bağlanır. Diğer taraftan muameleye sağlamlık kazandıracak hususun gerçekleşmeyeceğinin kesinleşmesi üzerine muamele ile bağlı olan taraf, bağlılıktan kurtulur ve muamelenin hükümsüzlüğü kesinleşir. Aksak (topal) hukukî muamelelere örnek olarak mümeyyiz küçük (=ayırktan küçük) ve mümeyyiz mahcurun (= ayırktan mahcur) kanunî temsilcisinin muvafakatı bulunmaksızın yaptığı nişanlanma verilebilir (MK. m. 82/II). Mümeyyiz küçük veya mümeyyiz mahcur böyle bir nişanlanma ile bağlı olmadığı halde, ehliyetli olan diğer taraf bununla bağlıdır. Mümeyyiz küçük veya mümeyyiz mahcurun da bağlanabilmesi kanunî temsilcisinin bu nişanlanmayı onaylamasına bağlıdır. Kanunî temsilcinin icazet vermeyeceğinin kesinleşmesi halinde diğer taraf da bağlılıktan kurtulur (38 b). Bunun gibi esaslı hata (BK. m. 23), aldatma (hile) (BK. m. 28) veya korkutma (ikrah) (BK. m. 29) sonucu yapılan sözleşme de yanılan, aldatılan veya korkutulan tarafı, -BK. m. 31'de yazılı 1 yıllık süre içinde bu sözleşme ile bağlı olmama iradesi diğer tarafa bildirilmesi kaydı ile- bağlamaz.

Bu günkü Hukukumuzda vasinin icazeti (consensus) ile Roma'daki tutor'un yardımı (auctoritas) birbirlerinden farklıdır. Muamele sırasında vasi, küçüğün yanında ise sonuçlar doğrudan doğruya muameleyi yapmış sayılan küçüğün üzerinde doğuyordu. Muamele sırasında vasi, küçüğün yanında hazır bulunmuyorsa doğrudan doğruya temsil olmadığından vasi, muameleyi kendi hesabına yapmış olacaktı. Buna (auctoritatis interpositio) denir. Meselâ, mancipatio muamelesi sırasında küçüğün vasisi yanında ise -auctoritas'ı bulunduğu- mülkiyeti nakletmiş olur, yanında değilse muamele geçerli değildir ve mülkiyet yine küçükte kalır (39).

(38 a) SCHWARZ. Aile Hukuku, (Çev : Bülent DAVRAN), İstanbul 1946, s. 38.

(38 b) SCHWARZ, age., s. 38.

(39) UMUR, age., s. 142.

Bu günkü Medenî Hukukumuzda vasi, muamele sırasında küçüğün yanında olsa da olmasa da bütün tasarruflarında küçüğü temsil eder. Ancak vesayet dairelerinin müdahale haklarına ilişkin hükümler saklıdır. (MK. m. 391). Muamele yapılırken vasi, küçüğün yanında olup da işleme muvafakatını bildirirse buna «izin», vasi, muamele yapılırken küçüğün yanında olmayıp işleme muvafakatını sonradan bildirirse buna «icazet» denir. Vasi tarafından icazet verilmezse, sözleşmenin taraflarından her biri verdiğini geriye isteyebilir (MK. m. 395). Ancak bu gün vasinin MK. m. 392'de yazılı muameleleri vesayeti altında bulunan kişi adına yapamayacağını belirtmeliyiz.

Roma Hukukunda bir kölenin müşterek sahiplerinden birisi köleyi azat etmekle köle üzerindeki hissesini kaybeder, fakat köleyi hür yapamazdı. (Paul. 4.12.,1. Fr. Dosith. 10 Ulp, 1,18) (40). Bu konuda son olarak İustinianus'un belli bir sınır çerçevesinde muameleye hüküm tanıyarak sakat muameleyi hiç olmazsa kısmen kurtarmak hususundaki eğilimini belirtmek gerekir. Meselâ, eşler arasında satış konusu malın (satılanın) gerçek değerinden aşağı bir bedel karşılığında yapılmış olan alım-satım, donationis causa = hibe (bağış) sebebiyle sayıldığı için klâsik hukukta batıl sayıldığı halde, İustinianus hukukunda yalnız iktisap eden eşin, gerçekten faydalanmış olduğu bedelin altında kalan kısım için geçerli değildi. (D. 24.1.5,5. İnterp.) (41). Bütün bu bilgiler kanaatimce, kısmî butlanın Roma Hukukunda da bu günkü anlamıyla bilindiğini kabule elverişlidir.

Türk Medenî Hukukunda ve Roma Hukukunda genel olarak butlan sebeplerini incelemeye geçmeden önce butlanın -yukarıda saydığımız- niteliklerine bu günkü Hukukumuz bakımından aile ve miras hukuku alanlarında istisna sayılabilecek bir hususa değinmeyi gerekli görüyoruz :

Batıl bir evlilik (MK. m. 124) veya batıl bir ölüme bağlı tasarruf (MK. m. 499) -istisnâî olarak- hâkimin, butlan kararına kadar geçerli hukukî sonuçlar doğururlar. Yani, bunların hükümden kalkmaları için -diğer batıl hukukî muamelelerdeki durumdan farklı olarak- hâkimin butlan kararı vermiş olması gerekir (42).

Batıl bir hukukî muamelenin mahkeme kararıyla butlanına karar verilmesine gerek olmadığı, yani batıl bir hukukî muamelenin hükümsüz sayılması için herhangi bir dava açılmasında zorunluluk

(40) Dİ MARZO, age., s. 75.

(41) Dİ MARZO, age., s. 76-77.

bulunmadığı halde, yapılan hukukî muamelenin (örnek olarak, bir sözleşmenin) batıl olup olmadığında anlaşmazlık bulunan hallerde hâkim, bu hükümsüzlüğü tesbit eder (43).

Roma Hukukunda mutlak butlanla batıl olan muamelelerin iptaline yarayacak genel bir butlan davası mevcut değildi (44). Gerek böyle bir davanın bulunmaması ve gerekse Roma Hukukundaki özellikle *Ordre Judiciorum Privatum* muhakeme usulündeki magistranın rolü, *in iure* safhasının niteliği ve *condictio*'ların varlığı, mutlak butlanın, hâkimin müdahalesine gerek kalmadan, kendiliğinden meydana geldiği fikrinin kabulü lehinde bir delil sayılabilir (45).

§ II— Butlan sebepleri :

Hukukî muamelelerde ve özellikle sözleşmelerde butlan sebepleri şunlardır : 1) Temyiz kudretinden yoksunluk, 2) Şahsiyet (kişilik) haklarının ihlâli, 3) Şekil zorunluluğu koyan kurallara aykırılık, 4) Hukuka aykırılık, 5) Ahlâka aykırılık, 6) Kamu düzenine aykırılık, 7) İmkânsızlık, 8) Muvazaa, 9) Kanuna karşı hile, 10) Zihni kayıt, 11) Ciddiyetten yoksun beyanlar (Lâtife beyanları) (46).

1— Temyiz kudretinden yoksunluk : Mümeyyiz olmayan kişiler tarafından yapılan hukukî işlemler batıldır. Kanunî temsilcinin izni veya muvafakatı böyle bir işleme sıhhat kazandıramaz. Kanunî temsilci istiyorsa, bu işlemi (gayrimümeyyiz) adına bizzat ve yeniden yapmalıdır. Kural budur. Fakat MK.m. 15/II hükmünden anlaşıldığı gibi bu kuralın istisnaları vardır (47).

(42) SCHWARZ, Borçlar Hukuku Dersleri, (Çev : B. DAVRAN, İstanbul 1948, s. 364.

(43) OĞUZMAN, Medenî Hukuk Pratik Çalışmaları II, Borçlar Hukuku, Miras Hukuku, İstanbul 1978, s. 13.

(44) JAPIOT, Des nullités en matière d'actes juridiques, Paris 1909, s. 67; (GÜR-
RAL, age., s. 30, dpn. 33'den naklen).

(45) LUTZESCO, age., s. 76 vd. (GÜR-
RAL, age., s. 30, dpn. 34'den naklen).

(46) TEKİNAY, age., s. 350

(47) TEKİNAY, age., s. 350-351; ARSEBÜK, age., s. 309;

11.6.1941 tarih ve 1941/4 E., 1941/21 K. sayılı YİBK.'ndan : «Bir tasarruf zamanında temyiz gücünden yoksun olduğu anlaşılan kişinin o tasarrufunun hüküm taşımayacağı iddiasının kabulü için bunu dava eden vasiye bundan başka diğer tarafın kötü niyetini dahi kanıtlamak yükü yükletilemez.» (YİBK. Huk. Böl., C. I, Ankara 1978, s. 692).

9.3.1955 tarih ve 22/2 sayılı YİBK.'ndan : «Mümeyyiz olmayan tarafından ileri sürülen hukukî muamelenin hükümsüzlüğü iddiası, objektif iyi niyet kurallarına aykırı olursa dinlenmez; zira bir hakkın kötüye kullanılması sayılır.» (YİBK. Huk. Böl., C.4, Ankara 1980, s. 597).

Roma Hukukuna göre, muamelede bulunması gereken fiilî unsurlardan birinin bulunmaması, meselâ, hak veya fiil ehliyeti olmayan birinin hukukî bir işlem yapması halinde, bu işlem batıldır (48). Kölenin kendi hesabına yaptığı muameleler, Roma Hukuku mülkiyetinin yabancıya (peregrinus) nakledilmesi gibi hak ehliyetinde eksiklik bulunan kimselerin yaptığı hukukî muameleler geçerli olmazlar. Fiil ehliyetine sahip olmayan kimselerin yaptığı hukukî muameleler ise doğal olarak geçerli değildir. Meselâ, akıl hastasının, çocuğun ve genellikle temyiz kudretine sahip olmayanların fiil ehliyetleri tamamen eksik olduğu için yaptıkları muameleler hükümsüzdür. Fakat bazan fiil ehliyetine sahip olan kimseler de hukukî muameleleri yapamazlardı. Meselâ, fiil ehliyeti olan bir yabancı, Romalılara has mancipatio, in iure cessio gibi muameleleri yaparlarsa bunlar batıldır. Diğer bazı hallerde fizik noksanlık muameleyi hükümsüz kılar, Meselâ, şekle bağlı olarak söylenmesi gereken sözleri duyamayan sağırın yaptığı stipulatio hükümsüzdür (49). Sadece tasarruf veya borçlanma ehliyetinin bulunmaması da mümkündür. Meselâ, bir gayri balığın, vasisinin auctoritas'ı olmaksızın yaptığı bir borçlandırıcı muamele veya vasinin auctoritas'ı olsa bile vasiyette bulunma muamelesi de hükümsüzdür.

Fiil ve hak ehliyetine sahip olduğu halde, bir kimse hukukî muamelenin konusu olan mal üzerinde tasarrufta bulunma ehliyetine sahip olmayabilirdi. Meselâ, koca, mülkiyeti kendisine ait olduğu halde, karısının getirdiği cihaz malları üzerinde karısının izni olmaksızın bazı tasarrufî muameleleri yapamazdı. Hukukî muamele konusu olamayacak bir duruma getirilmiş mal veya dinî eşya veya bir kimsenin kendisine ait bir malı satın alarak mülkiyetinin devredilmesi gibi durumlarda da tasarruf ehliyetinin bulunmaması sözkonusudur. Bunun Roma'da bazı özel durumları da vardır : Meselâ, bir gayrimenkul, vedia olarak verilirse, muamele geçerli değildir; çünkü, Roma Hukukunda vedianın konusu gayrimenkul olamazdı (50).

Akıl hastalığı (furor), fiil ehliyetine tabii bir engel sayılır. Akıl hastası veya bunamış olan bir kimse geçerli hukukî muameleler yapamaz. Furiosus (akıl hastası), bir kayyımın yönetimi altında bulu-

(48) KOSCHAKER, age., s. 69.

(49) UMUR, age., s. 159; Dİ MARZO, age., s. 77; RADO, Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, İstanbul 1974, s. 155'de mandatum qualificatum şeklindeki rızai kefalet akdinden sağır ve dilsizlerin de yararlanabildiklerini belirtmektedir.

(50) UMUR, age., s. 159-160.

nur (cura furiosi) ve bu kayyım akıl hastasının mallarını yönetirdi. Fakat furiosus'un temyiz kudretini haiz bulunduğu dönemlerde (intervallum lucidum) yapmış olduğu muameleler geçerli sayılırdı. Bu ilke, akıl hastası hacredilmemiş olmak şartıyla Hukukumuzda da geçerlidir (51).

Her ne kadar bu bilgiler, Roma Hukukunda hükümsüzlük sebeplerinden sayılan ehliyet noksanlığı konusu içinde yer almakta ise de, plânımızın bütünlüğünün bozulmaması için, bu konuya, Hukukumuz bakımından da sözkonusu olan «temyiz kudretinden yoksunluk» içinde yer verdik. Ayrıca Roma Hukukunda fiil ehliyeti ile ilgili bilgilere hükümsüzlük konusunu ilgilendirdiği ölçüde zorunlu olarak değindik. Bu konuyla ilgili olarak Roma Hukuku ile Türk Hukuku arasında bir karşılaştırma yaptığımızda, bazı benzerlikler ve farklılıklar olduğunu görüyoruz. Temyiz kudretinden yoksunluğun, hukukî muamele yapmaya engel olduğu, bu durumda bulunan kişilerin yaptıkları hukukî muamelelerin hükümsüz olduğu, yabancıların bazı hukukî muameleleri yapamayacakları ve tasarruf ehliyeti olmayan kişilerin yaptıkları hukukî muamelelerin hükümsüz olduğu konularında her iki hukukun benzerlik taşıdıklarını görüyoruz. Bu günkü Hukukumuzda da örnek olarak 442 Sayılı Köy Kanununun 8. maddesi gereğince yabancılar, köylerde taşınmaz mal edinemezler. Keza bir gayrimenkulün vediaya konu olamayacağı hususu Hukukumuz bakımından da geçerlidir. Buna karşılık fiil ehliyetine sahip olmayan bazı kimselerin -örnek olarak bir çocuğun- yaptığı hukukî muamele, Roma Hukuku bakımından batıl sayıldığı halde, Medenî Hukukumuz bakımından mümeyyiz küçüklerin yaptığı hukukî muamele, batıl sayılmamakta; böyle bir işlemde, eksiklik olduğu (noksan muamele) görüşünden hareketle sonradan veli veya vasinin icazetiyle, o hukukî muamelenin sağlamlık kazanabileceği kabul edilmektedir. Bu bakımdan her iki hukuk arasında farklılık vardır. Keza sağırlar, mümeyyiz reşit olmak şartıyla (MK.11) her türlü hukukî muameleyi geçerli olarak yapabilirler. İstisnaî olarak, 15 yaşını bitiren mümeyyiz bir kimse (sağır da olsa) vasiyetname yapabilir. (MK. m. 449). Medenî Hukukumuzda -Roma Hukukunun aksine olarak- sağırların, bazı hukukî muameleleri yapamayacağı şeklinde ve ehliyet noksanlığına dayanan bir hükümsüzlük sebebi yoktur. Diğer taraftan Roma Hukukunda kölelerin kendi hesaplarına yaptıkları hukukî muamelelerin geçerli olmadığı, kölelerin akdî ehliyetinin aslâ kabul edilmediği (52). konularında, Hukukumuz bakımından, kölelik sözkonusu olmadığı-

(51) SCHWARZ, (Roma), c. 271.

(52) OĞUZOĞLU, Roma Hukuku, Ankara 1959, s. 216

dan herhangi bir biçimde karşılaştırma yapmak imkânsız ve gereksizdir.

2— Şahsiyet (kişilik) haklarının ihlâli :

Medenî Kanunumuzun 23. maddesi, kişiliğe bağlı ve doğrudan doğruya hukukî mahiyetteki niteliklerin korunmasına ilişkin hükümler koymaktadır. Bu nitelikler, hak ve fiil ehliyetleri ile özgürlükleri kapsar. İşte bir kimsenin hak ve fiil ehliyetlerinden tamamen veya kısmen vazgeçmesine dair olan taahhütler batıl olduğu gibi, özgürlüklerden vazgeçmeyi veya özgürlükleri hukuk ya da ahlâk kurallarını ihlâl edecek ölçüde kısıtlamayı kapsayan hukukî işlemler de batıl sayılmıştır. BK. m. 19/II, hak ve fiil ehliyetleriyle özgürlükler dışında kalan ve kişinin gerek bedensel, gerekse manevî bütünlüğüne ilişkin nitelikleri de korumakta ve bunların çiğnenmesine yol açan hukukî işlemleri batıl saymaktadır (53).

Roma Hukukunda şahsiyet haklarını ihlâle yol açan bir hukukî muamelenin batıl olduğuna ilişkin herhangi bir bilgiye rastlayamıyoruz. Kölelik müessesesinin yer aldığı Roma Hukukunda böyle bir butlan sebebinin bulunmamasını normal karşılamak gerekir. Kaldı ki bu kavram, modern hukuk sistemlerinde ortaya çıkmıştır ve henüz arzu edilen gelişmeyi gösterdiği de kolaylıkla ileri sürülemez.

3— Şekil zorunluluğuna aykırılık :

Özel Hukukumuzun temel ilkesi, sözleşmelerin şekle bağlı olmamasıdır. Sözleşmelerin (geniş anlamda hukukî muamelelerin) geçerli olabilmeleri için kanunda belli şekiller gösterilmemiş ve bunlara uymak, diğer bir deyişle iradeleri bu şekil kalıpları içinde açıklamak zorunluluğu konmamışsa şekil serbestliğinden söz edilir. BK. m. 11/I şekil serbestliği ilkesini şöyle ifade ediyor: «Akdin sıhhati, kanunda sarahat olmadıkça, hiç bir şekle tabi değildir» (54).

Bir sözleşmenin geçerliliği için iradelerin, kanunda gösterilen belli ve özel şekil kalıpları içinde açıklanması gerekiyorsa o takdirde «şekle bağlılık»tan söz edilir (55).

(53) TEKİNAY, age., s. 351; FEYZİOĞLU, age., s. 180.

(54) TEKİNAY, age., s. 107; ARSEBÜK, age., s. 319 vd., İNAN, age., s. 129.

(55) TEKİNAY, age., s. 107; FEYZİOĞLU, age., s. 598; Fazla bilgi için bkz. ATAAY (Borçlar), s. 122 vd.

İşte bazı hukukî muamelelerin geçerli olabilmeleri için kanunda uyulması emredilen şekillere «geçerlik» veya «sıhhat şekli» denir (56). Medenî Hukuk kuraları ile emredilen şekillerin esas itibariyle sıhhat şekli oldukları BK.'nın 11/II maddesinde şu hükümle ifade ediliyor: «Kanunun emrettiği şeklin şümül ve tesiri derecesi hakkında başka bir hüküm tayin olunmamış ise akit, bu şekle riayet olunmadıkça sahih olmaz». Meselâ, BK.'nın 243. maddesi bağışlama vaadine ilişkin bir sözleşmenin yazılı şekle bağlı olduğunu bildiriyor. Bu şekle riayet edilmeden yapılan bir bağışlama vaadi sözleşmesi- kanunda başka bir müeyyide gösterilmediğine göre- batıldır (57).

Sıhhat şeklinin isbat şeklinden farkına gelince, HUMK. m. 288'e göre, yapıldığı tarihte değeri 5000 lirayı aşan hukukî işlemler, yazılı bir belge ile yani senetle isbat edilmelidir. Yazılı şekil, Usul Hukuku açısından bir isbat şartıdır. Ödünç sözleşmesi, şekle bağlı değildir, fakat 5600 liranın ödetilmesi isteğiyle dava açılrsa ve ödünç olarak verdiği bu 5600 lira için davacı senet almamışsa, mahkemede tanık dinletemeyecek ve davalının inkârı karşısında davası reddedilecektir. Burada senet, yani yazılı şekil, tamamen bir isbat şartıdır; yoksa ödünç sözleşmesi için yazılı şeklin bir sıhhat şartı olmadığı muhakkaktır. Yazılı şeklin sıhhat şartı ile isbat şekli olmasının pratik faydası, Usul Hukukunda düzenlenen «ikrar» ve «yemin» müesseseleri karşısında açıkça belirir: Borçlunun ikrarı veya kendisine mahkemede yöneltilen yeminden kaçınması halinde bir isbat şartı olan yazılı delile artık ihtiyaç kalmaz ve dava alacaklının (davacının) lehine sonuçlanır. Oysa şekil, sıhhat şartı olduğu takdirde, bu şekle uyulmadan yapılan işlem, davalı tarafından mahkemede ikrar edilse bile yargıç davayı reddetmek zorundadır. Meselâ, BK. m. 484 hükmüne göre, kefalet sözleşmesinin geçerli olması, yazılı olarak yapılmasına bağlıdır. O halde bir kimsenin borcuna, yazılı şekle uymadan kefalet eden bir kimse, alacaklı tarafından aleyhine açılan alacak davasında «kefaleti kabul ve ikrar» etmesine rağmen, yargıç davayı reddetmek zorundadır. Zira sıhhat şekli gerçekleştirilmeden yapılan ve sonuç olarak da batıl bulunan bir hukukî işlem, davalı tarafından ikrar edilmiştir diye hüküm kazanamaz ve yargıç böyle bir ikrarı kararına esas tutamaz. Keza davacı, yazılı bir kefaletname yapılmadıkça

(56) TEKİNAY, age., s. 108; TUNÇOMAĞ, age., s. 152; 12.4.1944 tarih ve 14/13 sayılı YİBK.'nda da sıhhat şekline uyulmamasının müeyyidesi kesin hükümsüzlük (= butlan) olarak kabul edilmiştir. (YİBK. Huk. Böl., C. 2, Ankara 1980, s. 314-323).

(57) TEKİNAY, age., s. 108.

miş olmakla birlikte, davalının sözlü olarak kefalet ettiğini isbat için davalıyı yemine davet edemez ve davalı yeminden kaçtığı için dava onun aleyhinde sonuçlandırılmaz (58).

Diğer taraftan sıhhat şekline ilişkin kurallar, emredici hukuk kurallarıdır. Taraflar, bunların aksini kararlaştıramazlar. Oysa taraflar, isbat şekline bağlı tutulan bir işlemin, serbestçe, yani bu şekle bağlı kalmadan isbat edilebileceğini kararlaştırabilirler. Kısaca isbat şekline ait kuralların anlaşma ile ortadan kaldırılması mümkündür (59).

Bir maddî hukuk kuralı ile emredilen şekle uyulmadığı takdirde butlandan başka bir sonucun gerçekleşmesi ender olsa da mümkündür. Bu duruma bir kaç örnek verebiliriz :

— TTK.m.584'e göre, poliçenin şekil unsurlarından bazılarının eksikliği poliçeyi batıl kılmaz; ya onu âdi bir borç senedi haline getirir, ya da kanunda gösterilen başka bazı sonuçların gerçekleşmesine yol açar.

— MK.m.55'e göre, sözlü olarak veya «nizamname» niteliğini almayan yazışmalarla yapılan bir dernek kurma anlaşması, derneği değil, fakat bir âdi şirket ilişkisini meydana getirmiş olur.

— MK.m.501'e göre, şekil şartlarına uyulmadan yapılan bir vasiyetname ilgililerce zamanında iptal davası açılıp mahkeme kararı alınmazsa, vasiyetname -şekil eksikliğine rağmen- artık geçerli sayılır.

— MK.m.123'e göre, bir evlenme sözleşmesi resmî memur önünde yapılmışsa diğer kanunî şekillere uyulmamış olması sebebiyle iptal edilemez (60).

Şekle aykırılıkta butlan müeyyidesinin de sınırları vardır. Bazı somut olaylarda verilen sözlerin, bir şekil uğruna çığnenebilmesi, adalet duygularını ağır biçimde örseler. Bu sebeple şekle aykırılıktan doğan butlan müeyyidesinden kurtulmak veya bu müeyyideyi hafifletmek imkânının bulunup bulunmadığı önemli bir konudur. Bu imkânın kabul edilebileceği başlıca haller şunlardır : (61).

(58) TEKİNAY, age., s. 109-110; İNAN, age., s. 132

(59) TEKİNAY, age., s. 111.

(60) TEKİNAY, age., s. 108-109

(61) TEKİNAY, age., s. 111-112; bu konuda bkz. OĞUZMAN, «Şekil noksanı sebebiyle butlan dermeyanı hakkının suistimali» (Medenî Hukuk Pratik Çalışmaları II, Borçlar Hukuku-Miras Hukuku), s. 70 vd.; TUNÇOMAĞ, age., s. 163-164; 13. HD.'nin 13.3.1980 tarih ve 1980/1267 E., 1980/1669 K. sayılı kararından: «Yasada öngörülen biçim kurallarına uyulmadan yapılan sözleşme geçersiz sayılır ve bu sözleşmenin yerine getirilmesi ona geçerlik kazandırmaz. Ancak sözleşmenin yerine getirilmesinden sonra şekil bozukluğunu ileri sürmek MK.'nun 2. maddesi gereğince objektif iyi niyet kuralları ile bağdaşmaz.» (YKD., C. 7, Ankara, Şubat 1981, S. 2, s. 202-203).

a) Şekilsiz sözleşmenin ifası : Meselâ, BK. m. 238/I'e göre, bağışlama vaadi yazılı şekle bağlıdır, o halde yazılı şekle uyulmadan yapılan bir bağışlama vaadi batıldır. Bununla birlikte böyle bir vaad, yerine getirilirse, artık butlandan bahsedilerek verilen geri alınamaz. (BK. m. 238/III). Görülüyor ki burada ifa, şekil eksikliğinden doğan butlanı tedavi etmektedir.

Keza, MK.'un 611. maddesinde de, aynı durum sözkonusudur. Gerçekten terekenin, mirasçılar arasında taksimine ilişkin sözleşmeler şekle bağlıdır. Fakat MK. m. 611/I'den anlaşılıyor ki bu şekle uyulmamış olsa bile miras payları fiilen ayrılmış ve mirasçılar bu payları almış bulunurlarsa artık taksim sözleşmesinin batıl olduğu ileri sürülemez.

Ticaret Hukuku'nda da bunun örnekleri vardır : Meselâ, anonim şirketin tedrici kuruluşunda, şirket sermayesine katılmayı taahhüt etmek, özel bir şekle bağlı tutulmuştur (TTK. m. 288). Fakat bu şekle uyulmasa da katılma borcunun ifasını, kanun geçerli sayıyor (TTK. m. 284).

Kanunda özel bir hüküm bulunmadıkça şekilsizlik sebebiyle geçersiz olan bir sözleşmenin ifası da geçersiz kalmaya mahkûmdur. Genel kural budur. Ne var ki bu kural, MK.'nun 2. maddesinde yazılı dürüstlük kuralına aykırı düşecek tarzda uygulanamaz. Nitekim, gerek İsviçre Federal Mahkemesi, gerekse Yargıtayımız bu konuda ilgi çekici kararlar vermişlerdir.

Federal Mahkeme, kural olarak ifanın, şekil eksikliğini gidere-meyeceğini ve meselâ, şekilsizlik sebebiyle butlandan haberi olmaksızın sözleşmeyi ifa eden kimsenin sonradan da butlan iddiasında bulunabileceği ve böyle hallerde hakkın kötüye kullanılmasının sözkonusu olamayacağını çeşitli kararlarında ifade etmiş olmakla birlikte, ifaya rağmen ileri sürülen butlan iddiasının, bazan hakkın kötüye kullanılması niteliğini alabileceğini ve bu takdirde, butlanın etkisiz kalacağını kabul ediyor (62). Yargıtayımızın da bu yönde -belki biraz daha ileri giden- kararları vardır (63).

(62) BGE. 87,I,121=JdT.1961,I,560 (TEKİNAY, age., s. 113, dpn. 9'dan naklen).

(63) YHGK.'nun 22.1.1958 tarih ve T/1-7 sayılı kararından : «İşin tesellüm ve kabulünden sonra sulhen para tediyesi için zarurî olan bir şekil şartının yerine getirilmemiş olduğunu davalı artık iddia edemez. Zira şekil noksanı yüzünden mutlak surette batıl olan mukavelelerde bile aradan geçen zaman içinde bir taraf, ifayı büyük kısmı itibariyle yerine getirmişse artık diğeri, şekil noksanı sebebiyle butlanı ileri süremez.» (OLGAÇ, Türk Borçlar Kanunu II, İstanbul 1966, s. 755).

b) Borçlunun diğer davranışları : Şekilsiz bir sözleşme henüz ifa edilmemiş olsa dahi, butlan iddiası bazı haller ve şartlar altında bir hakkın kötüye kullanılması sayılabilir. Federal Mahkeme kararlarına göre, özellikle butlanı ileri süren taraf : aa) Şeklin gerçekleşmesine kendi yararı için veya yanıltıcı davranışlarla engel olmuş, meselâ, sözleşmenin şekle bağlı olmadan da yapılabileceği hususunda diğer tarafa yanlış bir kanaat aşlamışsa, bb) Sözleşmenin sonradan kendi yararına olmadığını görünce ondan sıyrılmak istemesi, ahlâki duyguları incitecek bir mahiyet alıyorsa veya şeklin koruyucu etkisinden yoksun kaldığı için değil, sırf kendi borçlarını yerine getirmekten kaçınmak amacıyla şekilsizliği bir vesile olarak kullandığı anlaşılıyorsa, cc) Diğer taraf, taahhütlerin mutlaka ifa edileceğini sözleşmenin yapılmasından sonra teyid etmiş ve onun sözleşmeye karşı beslediği güveni sebepsiz ve haksız olarak kuvvetlendirmişse, bu gibi hallerde hakkın kötüye kullanıldığı kabul edilir ve butlan etkisiz kalır.

c) Tahvil (Çevirme) : Şekle aykırılık sebebiyle batıl olan bir sözleşme bazan benzer amaç ve sonuçlara yönelmiş olan başka bir işlemin şartlarını taşır. Kanun, bu sonuncu işlemi ya herhangi bir şekle bağlı tutmamış, ya da batıl olan işlem için yetersiz olan şekli bu işlem için yeterli saymıştır. İşte böyle hallerde şekilsizlik sebebiyle batıl sayılan işleme, bu diğer işlemin hüküm ve sonuçlarını bağlamak mümkün olur. Buna «tahvil» veya «çevirme» denilmektedir.

Tahvile şu örnekleri verebiliriz : Gayrimenkul satım sözleşmeleri, tapu memurları tarafından düzenlenecek resmî bir senede bağlanmalıdır. (2644 Sayılı Tapu K., m. 26) Resmî satım sözleşmesini noterler düzenleyemezler. Noterlere gayrimenkul satım sözleşmesi değil, sadece satım vaadini, yani ileride tapu memuru önünde satım sözleşmesi yapma vaadini kapsayan bir sözleşmeyi senede bağlamak yetkisi verilmiştir. (Noterlik K., m. 60,89) O halde taraflar noterin önünde satım vaadi sözleşmesi yerine satım sözleşmesinin kendisini yapmak isterler ve noter de böyle bir senedi düzenlerse, bu sözleşme şekle aykırı düşer. İşte buradaki şekle aykırılığı düzeltmek için noterin düzenlediği satım sözleşmesini, satım vaadi sözleşmesi gibi kabul etmek, başka bir deyişle noterlerin yapamayacağı bir sözleşmeyi, noterin yapabileceği bir sözleşmeye çevirerek geçerli saymak mümkün görülmektedir (64).

Medenî Hukukumuzda şekil zorunluluğu koyan kuralların ihlâlinin hangi hallerde butlan sebebi sayıldığını böylece inceledikten sonra şimdi, aynı konunun Roma Hukuku bakımından incelenmesine geçebiliriz :

(64) TEKİNAY, age., s. 115-116.

Eski Roma Hukukunda genellikle diğer eski hukuklarda olduğu gibi durumda bazı farklılıklar vardır. Eski hukuklarda hukukî sonuçları ancak resmî şekillerin ve merasimlerin yerine getirilmesine bağlamak eğilimi görülür. Eski *ius civile*'de hukukî muamelelerin hemen hepsi resmî şekillere bağlı idi; bunlar, ancak bu şekillere kesinlikle uyulduğu takdirde geçerli oluyorlardı. Mülkiyetin nakli, azat etme, vasiyetname düzenlenmesi ve borç doğuran eski sözleşmeler vs... hep bu arada anılabilir. *Ius civile*'nin en önemli ve genel olarak uygulanan şekilleri arasında *per aes et libram* (=Tartı usulü ile ödeme), farazî bir dava şekli olan *in iure cessio* ve *stipulatio* şekillerini saymak gerekir. Bütün bu eski şekillerde özellikle dikkati çeken nokta, bunlarda yazılı şekil yerine sözlü şekle değer verilmesidir. Gerçekten yazılı şekil, Romalılar tarafından özellikle ilk dönemlerde çok az kullanılmıştır (65).

Ancak *ius gentium* alanında ki devletlerarası ticarî ilişkiler yoluyla gelişen hukuk prensiplerinin sonucu olarak hiç bir şekle bağlı olmayan hukukî muameleler tanınmış ve bu arada ilk önce eski hukukun şekilciliğini hafifletmek amacını güden *praetor*'lar, iradenin hiç bir merasime uyulmadan açıklanmış olduğu hukukî muamelelerin de geçerli olduklarını kabul etmişlerdir. İşte bu aradadır ki yalnızca tarafların rızaları ile oluşan rızai akitler de tanınmış oldu. *Iustinianus* Hukuku, şekilciliği sıkı bir biçimde daralttı. Bu şekiller arasında yazılı şeklin önemli bir yeri vardır (66).

Roma Hukukunda da şekil hakkındaki bir hükmün ihlâli, hukukî muamelelerde butlan sebebidir. Bu durumda kanun bir *lex perfecta*'dır. Butlandan başka kanun, taraflar için bir de ceza tayin ediyorsa o zaman bir *lex plus quam perfecta*'dır (67).

Hukukî muamelelerin doğumu hakkında Roma Hukukunun ilk dönemlerinde hâkim olduğu kabul edilen sert bir şekilciliğin hükümsüzlük üzerinde de etkilerini göstermesi doğaldı. Gerçekten eski Roma Hukukunda XII levha kanunlarında hukukî muameleler tarafların iradeleri arasındaki mutabakattan doğmazdı. Böyle bir anlaşma (mutabakat), yani «*pacta nuda*», tek başına bir borcun doğumu için yeterli değildi. Bir anlaşmadan bir borç doğabilmesi için bu anlaşmanın belirli şekillere uygun olarak yapılması gerekirdi. Hukukî muameleler ve malvarlığı alanındaki borçlar, ancak *nexum*'da olduğu gibi belirli hareketlerin yapılması veya *stipulatio*'da olduğu gibi belirli

(65) SCHWARZ, (Roma), s. 263.

(66) SCHWARZ, Roma), s. 263

(67) KOSCHAKER, age., s. 69.

sözlerin söylenmesiyle doğardı. Bu hareketler yapılmadan açıklanan irade beyanlarının hiç bir hukukî değeri yoktu. Şu halde en sert şekli ile bir şekilciliğin hâkim olduğu bir dönemde hukukî muamele ya vardır veyahut yoktur (68).

Legis actio muhakeme usulü ve davaların sıkı ve sınırlı bir biçimde tayin ve tesbit edilmiş olması ve ius civile sözleşmelerinin şekilci niteliği şekle uygun olarak yapılan sözleşmelere karşı borçlunun herhangi bir defî' ileri sürmek suretiyle borcun ifasından kurtulmasını imkânsız hale sokuyordu. Böyle bir contractus'un irade fesadı ile sakatlanmış olmasının ve hattâ bazı kanun hükümlerine aykırı bulunmasının bile önemi yoktu (69). Fakat sonraları bazı kanunlar bu şekilciliğin ortaya çıkardığı hukuka ve hakkaniyete aykırı durumları düzeltmek amacıyla kanunî yasaklara aykırı olarak yapılan muameleleri geçerli saymakla birlikte bundan zarar gören tarafa muameleyi, ifadan sonra istirdat talebinde bulunmak imkânını vermeye başladılar. Meselâ, lex Cincia, Lex Marcia, Lex Plaetoria buna birer örnek teşkil ederler. Yani kanunda gösterilen hadden fazla olan bağışlamanın veya kanunî haddi aşan faizin veya 25 yaşından küçük bir borçluyu aldatarak ondan sağlanan edimin Per Conditionem davası ile istirdat hakkı tanınmıştı. Bu da bir gelişme eseridir ve her ne kadar bazı sınırlı kanunlarla öngörölmüş olsa bile Romalıların hukuk anlayışında bir ilerleme olduğunu gösterir. Çünkü artık hükümsüzlük herkes tarafından değil, fakat sadece ona maruz kalan tarafından ileri sürülebilecektir (70). Yani Romalılar da artık yavaş yavaş hükümsüzlüğün bizzat hukukî muameleye değil de onun bazı hükümlerine etki edeceğini kabul etmeye başlamışlardı (71). Roma'daki hükümsüzlük anlayışı, özellikle praetor'lar tarafından meydana getirilmiş, daha yumuşak karakterli ve her olayda o olayın bütün özelliklerini dikkate almak yetkilerini hâkime tanıyan bir takım hükümsüzlük derecelerinin ortaya çıkmasıyla mükemmelleşmiştir. Bu suretle iyi bir hükümsüzlük sisteminin gerçekleştirmek zorunda olduğu bir prensibe, hükümsüzlüğün, bir müeyyidesini teşkil ettiği hukukî müessesenin bünye ve gayesine uygun düşecek şekilde çeşitli derecelerden oluşması gerektiği hakkındaki prensibe yaklaşır (72).

(68) GÜRAL, age., s. 23-24.

(69) JAPIOT, age., s. 54 (GÜRAL, age., s. 25-26, dpn. 14'den naklen).

(70) JAPIOT, age., s. 53 (GÜRAL, age., s. 26, dpn. 18'den naklen).

(71) GÜRAL, age., s. 26.

(72) GÜRAL, age., s. 30.

Modern hukuklarla -bu arada Türk Hukuku ile- Roma Hukuku arasında bulunan en önemli farklardan birisi, hukuki muameledeki şekilcilik bakımındandır. Modern hukuklarda şekle uyma zorunluğu istisnai olup asıl olan «şekilsizlik»tir ve bu itibarla taraflar iradesini istedikleri gibi açıklayarak hukuki muamele yapabilirler. Yalnız kanunun açıkça belirttiği bazı istisnai hallerde (BK.m.11) belirli şekle uyma zorunluluğu vardır. Roma Hukukunda ise asıl olan şekilcilikti ve şekle bağlı olmayan muameleler, istisnai olarak doğup yavaş yavaş sayıları artmıştı. Ayrıca modern hukuklarda şekilden söz edildiği zaman kural olarak anlaşılan yazılı şekil olduğu halde Romalılar «sözlü şekil»i kullanırlardı (73). Roma Hukukunda sıhhat şekline «ad solemnitatem», isbat şekline ad probationem» (=isbat gayesiyle) terimlerinin kullanıldığını görüyoruz (74). Keza tahvil müessesesinin de Romalılarca bilindiğinin kuvvetle muhtemel olduğunu yukarıda açıklamış bulunuyoruz (75).

4— Hukuka aykırılık :

Özel konularla ilgili emredici kurallara, şekil zorunluluğuna, şahsiyet haklarına ve kamu düzenine ilişkin bulunan kurallara, keza diğer yasaklayıcı kurallara aykırı sözleşmeler hukuka aykırı sa-

(73) UMUR, age., s. 112

(74) UMUR, age., s. 113.

(75) Bkz. Yukarıda s. 133.

yılırlar (76). BK.'nun 20/I'nci maddesinde «bir akdin mevzuu gayri mümkün veya gayri muhik yahut ahlâka (âdâba) mugayir olursa o akit batıldır» deniyor. Bu metindeki gayri muhik deyimini, «hukuka aykırı» anlamında olmak üzere yanlışlıkla kullanılmıştır (77).

Emredici, şahsiyet haklarını koruyan, şekil zorunluluğuna veya kamu düzenine ilişkin bulunan kurallara aykırı sözleşmeler daima

(76) TEKİNAY, age., s. 351, 352-353; FEYZİOĞLU, age., s. 193; İNAN, age., s. 148; SAYMEN/ELBİR, age., s. 146-147'de «Bir şirket sözleşmesinde yalnız kâra ortak olup zarara iştirak etmeme (=arşlan payı şirketi= société léonin) de hukuka aykırılık teşkil eder» demektedirler.

4. HD.'nin 5.2.1980 tarih ve 1979/10104 E., 1980/1334 K. sayılı kararından : «Bir sözleşme 6830 Sayılı Yasanın 32. maddesi hükmüne aykırı bulunması halinde, o sözleşme geçersiz (batıl) sayılır. Çünkü 32. madde hükmüne aykırı davranış yasaklanmış ve üstelik aynı yasanın 33. maddesi hükmünce de tecrim edilmiştir. 6830 Sayılı Yasada öngörülen bu hükümler, 1136 Sayılı Yasa hükümlerine oranla daha özel hüküm niteliğindedir. O halde davacı (avukat) ile müvekkil arasında yapılan dava konusu sözleşme eğer 6830 Sayılı Yasanın 32/g bendine aykırı ise o takdirde davacı suç sayılan bir yasak (hukuka aykırı) eylem işlemiş demektir. Bu tür eylemler avukatın meslekten çıkarılması sonucunu doğuran bir suçu oluşturduğuna göre, bu nitelikteki bir haksız eylemin yasaca korunması BK.'-nun 19. ve 20. maddelerine göre mümkün değildir ve bu takdirde davacının tarife hükümlerine dayanarak ücret istemesi de düşünülemez.» (YKD., C. 7, Ankara, Nisan-1981, S. 4, s. 429-430).

11. HD.'nin 28.2.1980 tarih ve 1980/895 E., 1980/943 K. sayılı kararından : «Davacı, davalının ihaleye katılmaması vaadiyle bonoyu kendisine imzalatırdığını ileri sürdüğüne göre, bu iddia BK. nun 28. maddesinde açıklanan hile kapsamına girmezse de TCK.'nun 366/1. maddesi hükmüne göre, suç olarak kabul edilen ihaleye fesat karıştırma amacına yönelik olup bu işlemin BK.'nun 19/2 maddesi hükmü gereğince (kanunun kat'i surette men ettiği) bir hususun yapılması konusunda bir tasarruf olur. Davacının bu iddiası araştırılmalıdır.» (YKD., C. 7, Ankara, Nisan-1981, S. 4, s. 457-458).

(77) TEKİNAY, a ge., s. 351; İNAN, age., s. 148; HATEMİ, Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle BK. 65 Kuralı), İstanbul 1976, s. 12'de «Hukuki muamele teorisi alanında, «hukuka aykırılık», buyurucu kanun kurallarına aykırı davranılması, böylece sözleşme veya daha genel deyişle hukuki muamele özgürlüğünün sınırlarının aşılması demektir. Medeni Hukuk'ta ve Hukuki Muamele Teorisi alanında, bu anlamdaki hukuka aykırılığın karşılaşılabileceği müeyyide, kural olarak «kesin hükümsüzlük»tür. (BK. m.20) der.

batıl olduğu halde, diğer yasaklayıcı kurallar için böyle kesin bir prensip yoktur. Şüphesiz bunlara aykırılık da «hukuka aykırılık» teşkil eder, fakat bu kurallar sözleşmenin konusunu değil, kurulmasını hedef almaktadır. BK.'nun 20/I maddesi ise konusu hukuka aykırı sözleşmelerin batıl olduğunu bildirmektedir. Öyleyse diğer yasaklayıcı kurallara aykırılığın müeyyidesi, bunların özelliğine, amacına ve ifade şekline bakılarak tayin edilecektir. Meselâ, emniyeti kötüye kullanma sayılabilecek şekilde başkasının malını üçüncü bir şahsa satıp devreden kimse tarafından yapılan mülkiyeti devir sözleşmesi, ancak üçüncü kişinin gerçeği (yani satıcının tasarruf yetkisine sahip olmadığını) bilmesi halinde batıldır. Buna karşılık bir avukatın, başka bir şahsın emrinde aylıkla ve bir kâtip gibi çalışmayı kabul etmesi-hukuka aykırı olmakla birlikte- kanaatimizce batıl sayılmaz (78); sadece avukat aleyhinde disiplin kovuşturmasına yol açar. Keza ticari işlerde bir edimin miktarı kanunla veya yetkili bir makamın emriyle sınırlanmış olduğu takdirde sözleşmede bu sınırın aşılması sözleşmeyi batıl kılmaz; taraflar en yüksek had üzerinden anlaşmış sayılırlar (79).

Konusu hukuka aykırı sözleşmelere bir kaç örnek verelim :

— Bir kimsenin sağlığında ilerideki mirası ile ilgili olarak, onun katılmadığı bir sözleşmeyi mirasçılar kendi aralarında yapamayacakları gibi bunlardan biri ile üçüncü bir kişi arasında da böyle bir sözleşme yapılamaz (MK.m.613).

— Vasi, vesayeti altındaki kimsenin malını bağışlayamaz, vakfedemez ve onun adına kefil olamaz (MK.m.392).

— BK.'nun 3. babında belirlenen zamanaşımı süreleri sözleşme ile değiştirilemez (BK.m.127).

Aşağıda ayrıca inceleneceği üzere kanuna karşı hile, hukuka aykırılığın özel bir şeklidir.

Roma Hukukunda hukukî muamele sebebini (causa) hukuka veya ahlâka aykırı olması veya hukukî sebebini hiç bulunmaması, muamelenin hükümsüzlüğünü doğururdu. Hukukî muamelenin gözettiği amaç, hukukun reddettiği bir şeyse, o zaman sebep, hukuka aykırıdır. (İniusta causa). Meselâ, Roma Hukukunda eşlerin birbirine

(78) 4. HD., 2.2.1965 tarih ve 64/2026 E., 65/545 K. sayılı kararında BK. m.19 hükmünce bu sözleşme kül halinde geçersiz sayılmıştır. (TEKİNAY, age., s. 352, dpn. 4 b).

(79) TTK. m. 1466.

bağışta bulunmaları veya aile evlâtlarına para karzı verilmesi yasaklanmıştı; şu halde bu sebepler altında yapılan muameleler hükümsüzdür (80). Roma Hukukuna göre, hükümsüzlüğün (gayri muteberlik) «aslen» veya «müteakiben» olabileceğini, yani muamelenin yapılmasından sonra ortaya çıkabileceğini eklemek gerekir. Hükümlerini derhal doğurmayan bir muamele, «müteakip» hükümsüzlüğe karnedir, çünkü ancak o zaman muamelenin oluşmasına engel olacak durum tayin edilebilir. Bu hale Romalı hukukçular, bir çok metinlerde çeşitli deyimlerle ifade edilen bir kuralı uygularlardı. «Ea, quae recte constiterunt, resolvuntur, cum in eum casum reciderunt a quo non potuissent consistere = Tam olarak doğmuş olan (borçlar), teessüs edemeyecekleri bir duruma düşünce infisah ederler. (D. 45,1,98 pr.). Meselâ, başka bir kimsenin kölesi lehine yapılan bir mal vasiyeti, sonradan bu köle vasiyette bulunan kimsenin mülkü olur ve bu nedenle sine libertate = yani özgürlüğe kavuşmadan vasiyetten yararlanma şerefine nail olmayacak duruma düşerse (D. 34.8,3,2) hükümsüz olurdu; keza geçit irtifakı tesis etme borcu, bu irtifaktan yararlanacak olan arazinin bir tarafı başkasına satılmışsa düşerdi; çünkü irtifak bölünmez olduğu için pro parte, yani kısmen iktisap edilemezdi. (D.8,1,11; D.45.1,136,1) (81).

Roma Hukukunda da hukukî bir muamele kanunî bir yasağa aykırı ise batıldır (82). Bundan başka hak sahibi, hukukî muamele konusuna tasarruf edebilmelidir. Meselâ, Roma'da cihaz olarak verilebilen İtalya arazisi, kocanın mülkiyetine geçerdi; fakat kanunen karının rızası olmadan koca tarafından temlik edilemezdi; bu nedenle karının rızası olmaksızın koca tarafından yapılan temlik geçerli değildi (Gai. 2,63) (83).

Roma Hukukunda hukuka aykırılık konusunda ortaya koyduğumuz bu bilgiler, Türk Medenî Hukuku ile Roma Hukuku arasında bu kavramın anlaşılması bakımından büyük bir farklılık olmadığını göstermektedir. Bu günkü Hukukumuzda da, mülkiyetin geçişinin illî (sebebe bağı) olduğu gerek doktrinde, gerekse mahkeme kararlarında genellikle kabul edilmektedir. Bu nedenle borçlandırıcı işlemin geçersiz olmasının tasarruf işleminin de geçersizliği sonucunu doğuracağı görüşü hâkim bulunmaktadır. Bununla birlikte mülkiyetin naklinin mücerret (sebebe bağı olmadığı) olduğu görüşünü ile sü-

(80) UMUR, age., s. 160.

(81) Dİ MARZO, age., s. 76.

(82) KOSCHAKER, age., s. 69.

(83) Dİ MARZO, age., s. 76.

ren yazarlar da vardır. Mülkiyetin naklinin illi ya da mücerret sayılmasının pratik önemi şuradadır: Eğer mülkiyetin nakli illidir denirse, borçlandırıcı işlemin geçersiz olması halinde, tasarruf işlemi de geçersiz sayılacağından mülkiyet, diğer tarafa geçmemiş olacak, bu nedenle de satıcı, verdiğini istihkak davasına dayanarak alıcıdan geri isteyebilecektir. Mülkiyetin naklinin mücerret olduğu görüşü kabul edilirse, bu takdirde borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi birbirinden bağımsız olarak ele alındığından geçersiz bir borçlandırıcı işleme dayanılarak hukukî muamelenin diğer tarafına verilenler istihkak davası ile değil, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri istenebilecektir. Bu iki dava arasındaki farklılıklar dikkate alınınca, sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanılmasının davacının aleyhine olduğu ortaya çıkar.

Roma Hukukunda bütün hukukî muamelelerin sebebe bağlı sayılmasına ve hukukî sebebin hiç bulunmamasının hukukî muamelelerin hükümsüzlüğü sonucunu doğurmasına karşılık, Hukukumuzda herhangi bir sebebi bulunmasa da bazı hukukî muameleler geçerli sayılmaktadır. BK.'nın 17. maddesine göre : «Borcun sebebini ihtiva etmemiş olsa bile borç ikrarı muteberdir.» Gerçekte mücerret borç ikrarının da bir sebebi vardır ve borcun bir sebebe dayandığı karine olarak kabul edilmektedir. Ancak alacaklı, borcun geçerli bir sebebe dayandığını isbatla yükümlü değildir. Mücerret senede dayanarak alacağın tahsilini isteyebilir.

Medenî Hukukumuz bakımından da hükümsüzlük, hukukî muamelenin başında sözkonusu olursa, meselâ, bir sözleşmede tarafların yüklendikleri edimler, sözleşmenin başında hukuka aykırı ise o sözleşme BK. nun 20. maddesi gereğince mutlak butlanla batıldır. Hukuka aykırılık sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkarsa bu takdirde BK. nun 117. maddesi gereğince borçlu, borcundan kurtulur. Bu bakımdan her iki hukuk arasında benzerlik olduğu görülmektedir.

Roma Hukukunda görülen durumun aksine, bugünkü Hukukumuzda eşlerin birbirlerine yaptıkları bağışlar, kural olarak geçerlidir. Keza bir babanın çocuklarına ödünç para vermesi de geçerli olup bu durumda baba, HUMK. nun 293. maddesinde kendisine tanınan isbat kolaylığından yararlanabilir.

5— Ahlâka aykırılık :

BK. m. 20/I hükmüne göre, ahlâka aykırı sözleşmeler batıldır. Bir sözleşme aydın, vicdanlı, makul ve namuslu insanların doğruluk ve insaf duygularını inciten taahhütler ihtiva ediyorsa ahlâka aykırıdır.

Her ne kadar 20/I madde, yalnız muhtevadan, sözleşmenin konusundan söz etmekte ise de muhtevasında ahlâka aykırılık tesbit edilemeyen sözleşmeler, ahlâka aykırı bir amaca yöneldikleri takdirde yine batıldır (84). Evli bir erkeğin metresine bir mal bağışlamayı vaad ettiğini düşünelim. Bu işlemin muhtevasında ahlâka aykırılık yoktur, fakat yapılan sözleşme güttüğü amaç göz önünde tutularak batıl sayılabilecektir. Buna karşılık muhtevanın, taraflarca güdülen amaçla kontrolü gerekir (85). Bir kimse senelerdir metresi olan kadından ayrılırken geçmişte kalan cinsî ilişkiler sebebiyle, fakat aynı zamanda bu kadının başka erkeklerce sömürülmemesini sağlamak için ona toplu bir para vermeyi geçerli olarak tahhüt edebilir. Dikkat edilirse burada da sözleşme, cinsî ilişkiler sebebiyle yapılan bir taahhüdü kapsamaktadır, fakat güdülen amaç, ahlâka aykırı bir ilişkinin devamını sağlamak değildir. Keza metresin, cinsî ilişki dışında özel bir hizmeti ve fedakârlığı sebebiyle yapılan taahhütler için de aynı şey söylenebilir.

Modern doktrin ve uygulamalar, ahlâka aykırılık kavramını genişletme eğilimindedirler (86). Taraflardan birine düşen edim yükünün şümulü, miktarı ve süresi, onun kişisel ve iktisadî özgürlüğünü aşırı derecede sınırlayacak ise sırf bu husus dahi sözleşmenin ahlâka aykırılığını kabul için yeterli görülmektedir. Bunun gibi bir kimşenin sahip olduğu bir yetkiden veya bir iktidardan -hukukî işlemi yaparken- kendisi için aşırı yarar sağlayacak şekilde yararlanması ahlâka aykırıdır. Nitekim Federal Mahkeme, bir para borcu için % 26 oranında faiz kararlaştırılmasını ahlâka aykırı bulmuştur (87).

(84) TEKİNAY, age., s. 354-355; FEYZİOĞLU, age., s. 179, 535-536; ATAAY, age., s. 242 (Borçlar); İNAN, age., s. 146; SAYMEN/ELBİR, age., s. 139-140; TD. nin 20.4.1971 tarih ve 71/1022 E. 3156 K. sayılı kararından: «Müştereken ihaleye giren şahıslardan birinin diğerine ihaleden çekilmesi şartı ile karşılıksız verdiği bononun BK. m. 65 gereğince, ahlâka aykırı olduğundan iptali gerekir.» İKİD. (Derl. : Sadi - Faruk KAZANCI), Ankara 1976, C.6,s. 1136).

(85) TEKİNAY, age., s. 355; ATAAY, age., s. 244

(86) TEKİNAY, age., s. 355.

(87) BGE, 93 II 189= JdT 1969 I 530.

Şahsiyet (kişilik) haklarını koruyan hükümlere aykırı sözleşmeler, genellikle ahlâka da aykırı düşerler (88).

Roma Hukukuna göre, hukukî muamelede güdülen amaç, genel ahlâk kurallarına aykırı ise o muameleye uymak zorunluluğu olmadığı için bu gibi muameleler sakat sayılır ve hukuk düzenince korunmazlardı. Eğer ahlâka aykırılık, edimi alan (alacaklı) tarafından yapılmışsa, borçlu verdiği «*condictio*» denen bir dava ile geri istemek hakkına sahip bulunuyordu. Ahlâka aykırılık, bir sözleşmede borçlu tarafından veya her iki tarafça yapılmışsa, ifa edilmiş olan şey geri istenemezdi. Böyle durumlarda fiilî vaziyetin korunduğu anlamına gelmek üzere zilyedin tercih olunduğu söylenirdi (89).

Hukukî muamele muhtevası itibariyle ahlâka ve âdâba (*boni mores*) aykırı ise batıldır. Vurgunculuk, yahut bir kocanın, (A) ile karısının cinsî ilişkide bulunmasına izin vereceğine dair taahhüdü taşıyan bir sözleşme yapması gibi (90).

Böylece ahlâka aykırılığın, Hukukumuzda da Roma Hukukunda da hukukî muamelelerde hükümsüzlük sebebi sayıldığı anlaşılmaktadır. Ahlâka aykırılık, nisbî bir kavram olduğu için çeşitli yer ve zamanlarda değişik anlamlar taşıyabilir. Konumuz bakımından önemli olan, her iki hukuk sisteminin de ahlâka aykırı muameleleri hükümsüz saymasıdır.

6— Kamu düzenine aykırılık :

BK.m.20/I'e göre, kamu düzenine aykırı olan sözleşmeler batıldır. Kamu düzeni, toplumun önemli ve doğrudan doğruya yararlarını koruyan hukuk kurallarını kapsar (91). Kamu Hukukunun, özellik-

(88) TEKİNAY, age., s. 356; SAYMEN/ELBİR, age., s. 142-143'de «Meselâ, bir çırak ustasının yaptığı mesleği aslâ yapmayacağını sözleşme ile kabul ederse, bu sözleşme batıldır. BK. m. 343'e göre, bir işçi veya hizmetçi hayatı boyunca bir hizmet sözleşmesi yapar veya 10 yıldan fazla bir süre için böyle bir sözleşme yaparsa, o sözleşmeyle en çok 10 yıl bağlı tutulabilir. 10 yıldan sonra bir aylık feshi ihbar sonunda sözleşmeden dönebilir.» demektedirler.

(89) UMUR, age., s. 160-161.

(90) KOSCHAKER, age., s. 69; DÍ MARZO, age., s. 78'de «Hukukî muamelenin edebe mugayir (*turpis*=ayıp), yani *contra bonos mores*= ahlâka aykırı olmaması» gerektiğini belirtir.

(91) TEKİNAY, age., s. 357; İNAN, age., s. 145'de: «Yer ve zamana göre değişen, nisbî bir kavram olan âmme intizamı (kamu düzeni), toplum içinde kişilerin, kamu yararına uymak zorunda oldukları kuralları ifade eder. Kanunkoyucuyu bu tür kurallar koymaya zorlayan sebepler çok çeşitli (dini, ahlâkî veya içtimai) olabilir» der.

le Anayasanın temel prensiplerini zedeleyen, ya da Ceza Hukuku kurallarının suç saydığı fiillerin işlenmesini sağlamak gibi amaçlarla yapılan sözleşmelerin kamu düzenine aykırı düşeceğinde şüphe yoktur (92). Fakat İsviçre doktrininde genellikle kabul edildiği gibi, özel hukuk kuralları dahi kamu düzeni ile ilgili olabilir. Suç sayılmasa da haksız bir fiilin işlenmesi taahhüdünü kapsayan veya ifa edildiği takdirde aile düzenini ihlâl edeceği açık olan sözleşmeler, kamu düzenine aykırıdır (93). Hukukumuzda kamu düzenine aykırılık sebebiyle mutlak butlanı bazı hallerde C. Savcısı da ileri sürebilir (MK. m. 113). Fakat C. Savcısına bu yetki pek istisnai hallerde tanınmıştır. (MK. m. 101,103,113 ve 71'de olduğu gibi).

Roma Hukukunda kamu düzenine aykırılığın, hukukî muamelelerde hükümsüzlük (butlan) sebebi olarak kabul edildiğine dair hiç bir bilgiye rastlayamıyoruz. Bu kavramın da modern hukuk sistemlerinde ortaya çıktığı düşünülürse, Roma Hukukunda hukukî muamelelerde hükümsüzlük sebebi sayılmamasını da doğal karşılamak gerekir.

7— İmkânsızlık :

Bir sözleşmede taraflardan birinin diğerine taahhüt ettiği edimin yerine getirilmesi imkânsız olduğu takdirde, o sözleşme, BK. m. 20/I hükmüne göre batıldır. Doğal, fiilî veya hukukî nedenlerle gerçekleşemez nitelikteki her edim, imkânsızdır (94). Sözleşmenin, imkânsızlık yüzünden batıl olabilmesi için edime ilişkin imkânsızlığın, sözleşmenin yapılmasından önce ortaya çıkmış olması ve objektif mahiyette bulunması (yani herkes için olması) gerekir. Sözleşme yapıldıktan sonra ortaya çıkan imkânsızlık, butlan sebebi değildir. Keza sözleşme yapılmadan önce borçlu için var olan imkânsızlığa rağmen, eğer edimin başkası tarafından yerine getirilmesi mümkün

(92) TEKİNAY, age., s. 357; 9.HD.nin 15.12.1980 tarih ve 1980/13720 E., 1980/-13371 K. sayılı kararından : «Toplu iş sözleşmeleri hukukî mahiyetleri itibariyle kamu hukuku ve özel hukuk özelliklerini taşıyan hukukî birer tasarruf olup yapılmaları ve hukukî sonuçları doğurmaları doğrudan doğruya kamu düzenini ilgilendirirler. Adı geçen sözleşmelerin kamu düzenine aykırı bulunmaları halinde uygulanacak müeyyide butlan olup görülmekte olan bir davada taraflarca ileri sürülmesi dahi hâkim, bu hususu resen dikkate alır. Ancak bir eda davası söz konusu olmadan toplu iş sözleşmesinin, karar yerinde yazılı gerekçelerle ilgili hükümlerinin iptaline hükmedilmesi isabetsizdir.» (YKD., C. 7, Ankara, Mart-1981, S. 3, s. 310-311).

(93) TEKİNAY, age., s. 357; ATAAY, age., s. 245.

(94) TEKİNAY, age., s. 357; FEYZİOĞLU, age., s. 191-192.

ise sübjektif (borçlunun şahsı için) bir imkânsızlık var demektir. Böyle bir imkânsızlık ise sözleşmeyi batıl kılmaz (95).

İmkânsızlığa bir kaç örnek verelim :

— (A), (B)'nin yarış atını, 3.3.1979 tarihinde satın alıyor. Oysa bu at, 2.3.1979 günü (sözleşmenin yapılmasından bir gün önce) ölmüştür. O halde, yapılan sözleşme batıldır. Zira, (B) tarafından atın teslimindeki imkânsızlık, hem sözleşmeden önce gerçekleşmiştir; hem de objektif mahiyettedir. Buna karşı at, satımdan hemen sonra ölseydi, sözleşme geçerli olacaktı.

— (A), (B),den (C)'nin antika piyanosunu satın almıştır. (B), (C)'nin temsilcisi değildir ve bu satımı kendi adına yapmıştır. Ne var ki (C), evindeki piyanoyu elinden çıkarmak istememektedir. Budurum karşısında, (B) için, edimin yerine getirilmesine imkân yoktur. Fakat bu imkânsızlık, sözleşmeden önce de mevcut olmasına rağmen tamamen sübjektif mahiyettedir, yani borçlu (B) için varittir. Zira bir başkası, örneğimizde (C), böyle bir edimi yerine getirmek imkânına sahiptir. O halde, sözleşme batıl değildir (96).

Roma Hukukuna göre, hukukî muamelenin konusu, tabii ve hukukî olarak mümkün olmalı ve bu imkân, muamelenin tipine göre de dikkate alınmalı idi. (D.50,17,185; D.18.1,15 pr., D.18,4,1) (97).

Demek oluyor ki her iki hukuk bakımından da imkânsızlık, hukukî muamelenin hükümsüzlüğü sonucunu doğurmaktadır.

8— Muvazaa :

Bazan taraflar, çeşitli düşüncelerle yaptıkları sözleşmenin, sadece göstermelik olduğunu, gerçekte hiç bir hüküm ifade etmeyeceğini kararlaştırırlar. Böyle bir sözleşmede sırf başkalarını yanıltmak, onlara karşı, gerçekte olduğundan başka bir görünüş meydana getirmek amacını güttükleri takdirde, yapılan işlem muvazaalıdır (98).

Muvazaa daima iki anlaşma yapılmasını kapsar. Bunlardan biri göstermelik olan, başkalarına karşı yapılan anlaşmadır. Diğeri de gizli olan, taraflar arasında kalıp dışarıya yansımaması istenen anlaşmadır.

(95) TEKİNAY, age., s. 357; TUNÇOMAĞ, age., s. 178-180; ATAAY, (Borçlar), s. 238-239; İNAN, age., s. 147-148; SAYMEN/ELBİR, age., s. 145-146.

(96) TEKİNAY, age., s. 357-358; FEYZİOĞLU, age., s. 597.

(97) Dİ MARZO, age., s. 78.

(98) TEKİNAY, age., s. 359; TUNÇOMAĞ, age., s. 197'de muvazaayı: «İki tarafın iradeleri ile beyanları arasındaki kasdî uygunsuzluk» olarak tanımlamaktadır., ATAAY, (Borçlar), s. 189; ARSEBÜK, age., s. 385 vd.

a) Gizli anlaşma, görünürdeki sözleşmenin hiç bir hüküm doğrultmayacağına ilişkin olabilir. Hacizden korkarak mal kaçırma amacına dayanan satış olayı da bu gruba giren klâsik örneklerdendir. Böyle durumları anlatmak için «mutlak muvazaa» veya «basit muvazaa»dan söz edilir (99).

b) Gizli anlaşma, görünürdeki sözleşmenin yerine başka bir sözleşmenin geçirilmesini kapsayabilir. Satım sözleşmesinin arkasında bağış vaaadinin yer alması örneğinde olduğu gibi. Bu durumda «mevsuf muvazaa»dan, ya da «nisbî muvazaa»dan söz edilir. Bu türlü muvazaalar, daha çok, sözleşmenin mahiyetine ilişkindir (100).

c) Gizli anlaşma, görünürdeki anlaşmanın sadece ikinci derecedeki sonuçlarının gerçekleşmesine ilişkin olabilir (101). Meselâ, TTK. m. 374'e göre, pay sahiplerinden hiç biri, kendisi ile şirket arasındaki şahsî bir işe dair olan müzakerelerde «oy hakkını» kullanamaz. Düşünelim ki, bir pay sahibi (A), böyle bir işde bizzat kullanamayacağı oy hakkını yakın bir tanıdığı olan (B)'ye kullandırmak için, sahibi bulunduğu payların bir kısmını ona devrediyor. Fakat (A) ile (B), aralarında yaptıkları gizli anlaşmada, devir sözleşmesinin aslında hükümsüz olduğunu kararlaştırıyorlar.

d) Gizli anlaşma, görünürdeki anlaşmanın sadece bazı kayıtlarının değiştirilmesine ilişkin olabilir (102). Meselâ, bir satım sözleşmesinde fazla vergi ödememek için tarafların satış bedelini gerçek bedelin altında gösterdiklerini kararlaştırmaları böyledir.

e) Sözleşmenin taraflarında da muvazaa mümkündür (103).

(99) TEKİNAY, age., s. 360; TUNÇOMAĞ, age., s. 199; ATAAY, (Borçlar), s. 191'de «alelade= yalın danışıklık» deyimini kullanıyor.

(100) TEKİNAY, age., s. 360; TUNÇOMAĞ, age., s. 200; ATAAY, (Borçlar) s. 191'de bu tür muvazaa için «katmerli danışıklık» deyimini kullanıyor. 14. HD. nin 6.11.1979 tarih ve 1979/3198 E., 1979/5202 K. sayılı kararından: «Noterce düzenleme biçiminde yapılan» satış vaadi ve hisse devri mukavelesi » başlıklı sözleşmede vaad eden bir yıl içinde aldığı tutarı verdiği şartsız olarak vaadden dönme hakkını saklı tuttuğuna göre bu bir karz (=ödünç) sözleşmesidir. Mevsuf muvazaanın varlığında tarafların ciddi olarak istedikleri, ancak başka bir işlemin arkasında gizledikleri sözleşme geçerli, görünürdeki sözleşme ise geçersizdir. (YKD., C. 6, Ankara, Ocak-1980, S. 1, s. 88).

(101) TEKİNAY, age., s. 360.

(102) TEKİNAY, age., s. 360; TUNÇOMAĞ, age., s. 200; FEYZİOĞLU, s. 596.

(103) TEKİNAY, age., s. 360; TUNÇOMAĞ, age., s. 201; ARSEBÜK, age., 388.

Meselâ, (A), görünürde malını (B)'ye satmaktadır. Oysa (C), adında bir kişinin de katıldığı gizli sözleşmede yani bir tarafta (A), diğer tarafta da (B) ve (C)'nin yer aldığı, gerçek alıcının (C) olduğu ve (B)'nin satım sözleşmesinden, hiç bir hak elde edemeyeceği kararlaştırılmıştır.

Muvazaanın hükmüne gelince, Borçlar Kanunumuzda muvazaayla ilgili hüküm 18/II maddede yer alıyor ve muvazaanın üçüncü kişilere etkisine ilişkin özel bir hali öngörüyor. Ancak görünürdeki sözleşmenin geçerli olup olmadığına ilişkin bir hüküm taşımıyor. Genel olarak muvazaanın hükmü şudur: Görünürdeki sözleşme gizli anlaşma ile çeliştiği, onunla uyumsuzluk halinde bulunduğu ölçüde batıldır (104). Kısaca, muvazaanın müeyyidesi butlandır. Tarafların her ikisinin hükümsüzlüğünde veya gerçek hükmünün başka türlü olacağına söz birliği ettikleri bir sözleşmeyi geçerli saymak, her şeyden önce irade özgürlüğü ilkesine aykırı düşerdi.

Muvazaa, görünürdeki sözleşmenin bir kısmına veya bazı kayıtlarına ilişkinse o takdirde BK. nun 20/II madde hükmü uygulanmak gerekir (105). Herhalde sözleşmenin esaslı noktalarından herhangi birine ilişkin bulunan muvazaa, kısmî butlanı değil, tam butlanı gerektirir.

Bir işlemin muvazaalı olması halinde bütün ilgililer butlanı ileri sürebilirler (106). Keza muvazaalı sözleşmenin batıl olduğu taraflarca herkese karşı ileri sürülebilir. Ancak BK.m.18/II, bu kurala bir ayrıcalık getiriyor (107). Bu maddeye göre, borçlu, eski alacaklıya

(104) TEKİNAY, age., s. 361; TUNÇOMAĞ, age., s. 201; ATAAY, (Borçlar) s. 192; İNAN, age., s. 183'de «muvazaalı hukukî muamele, özellikle sözleşme batıl olduğundan taraflar arasında herhangi bir alacak veya borç doğurmaz... Muvazaa sebebiyle hukukî muamelenin geçersiz olması halinde taraflardan biri bu yüzden uğradığı zarar ve ziyahın tazminini isteyemez» demektedir.

(105) TEKİNAY, age., s. 361.

(106) TEKİNAY, age., s. 362; TUNÇOMAĞ, age., s. 202; ATAAY, (Borçlar) s. 193'de: «Muvazaayı, üçüncü şahıslar da ileri sürebilir, hâkim re'sen nazara alır. Danışıklı bir evlenme veya danışıklı bir evlât edinme batıl değildir. Çünkü bunlardan birincisinin butlanını gerektiren sebepler, Medenî Kanunda sınırlı olarak tesbit edilmiştir. (MK.m.112), ikincisinin ise kurulabilmesi, hâkimin iznine bağlı tutulmuştur. (MK.m.256). Bu izin, butlan iddiasını bertaraf eder» demektedir.

(107) TEKİNAY, age., s. 362.

verdiği muvazaalı borç senedine dayanarak bu alacağı devralan iyi niyetli yeni alacaklıya karşı muvazaa iddiası ileri süremez. Diğer taraftan muvazaalı bir sözleşme gereğince bir malı devralan kimse emin sıfatıyla zilyed durumunda olduğundan ondan iyi niyetle iktisapta bulunanların bu iktisabı korunur. (MK.m.931).

Gizli anlaşma, görünürdeki sözleşmenin yerine başka bir sözleşmenin geçmesine, ya da görünürdeki sözleşmenin bir kaydının değişmesine ilişkinse, bu takdirde kural olarak gizli anlaşma geçerli olur. Ancak gizli anlaşma kanunda sıhhat şekline bağlı tutulan bir işlemse Federal Mahkemenin ve Yargıtayın uygulamalarına göre, sözü edilen şekil şartı yerine getirilmiş olmadıkça geçerli olmaz. Meselâ, tarafların resmî şekilde, fakat muvazaalı bir gayrimenkul satış vaadi sözleşmesi yapmaları ve gerçek amaçlarının bağış vaadinden ibaret bulunması halinde Federal Mahkeme ve Yargıtay, gerek görünürdeki satım sözleşmesini, gerekse gizli kalan bağışlama vaadini batıl saymaktadırlar. Bu içtihada göre, görünürdeki işlem (satım vaadi sözleşmesi) muvazaa sebebiyle, gizli işlem (bağış vaadi sözleşmesi) ise şekil zorunluluğuna uyulmamış olması yüzünden batıldır (108). Eğer gayrimenkul, tapu kütüğüne kayıtlı değilse, gizli bağış vaadi sözleşmesini Yargıtayımız şekle bağlı olmadan geçerli saymaktadır (109).

Roma Hukukunda da muvazaa, iç iradeye bile bile aykırı şekilde bir beyanla ve karşı tarafla birlikte muameleye özgü olan amaçtan başka bir amaç elde etmeyi kararlaştırma olarak anlaşılmaktadır. Gerçekte hiç bir şey yapmak istemediği halde bir muamele yapar gibi görünülürse «mutlak muvazaa»dan söz edilir. Meselâ, alım-satım yapıyor gibi hareket edilir, gerçekte ne bir şey satmak, ne de başka bir muamele yapılmak istenmektedir. Bir muamelenin görünüşü altında başka bir muamele yapılmak istenmişse «nisbî muvaza»

(108) TEKİNAY, age., s. 362; TUNÇOMAĞ, age., s. 203-204; 7.10.1953, tarih ve 8/7 sayılı YİBK; (YİBK. Huk. Böl., C. 4, Ankara 1980. s. 516-526); 14. HD. nin 1.4.1980 tarih ve 1980/484 E., 1980/1835 K. sayılı kararından : «Tarafların gerçek amaçlarının tapu memuru huzurunda ifade ettikleri gibi satış olmayıp, bankadan kredi alınmasını sağlamak için, tapuda böyle bir işlem yapıldığı ve bunun BK. nun 18. maddesine göre muvazaa olduğu belirlendiğine göre, sözleşme geçersiz (batıl) dir ve mülkiyet durumu sözleşmeden önceki duruma göre belli edilmelidir.» (YKD., C.6. Ankara, Ekim-1980, S.10,s. 1394).

(109) YHGK., 12.6.1968 tarih ve 66/2-476-431 sayılı karar, İKİD. 1968 s. 6494. (TEKİNAY, age., s. 363, dpn. 27).

vardır. Meselâ, bir hibe (=bağışlama) veya bir karz (=ödünç) muamelesi yapmak için alım-satım yapıyormuş gibi hareket etmek böyledir. İster mutlak, ister nisbi olsun muvazaalı muamelede irade noksanı isbat edilirse bu muamele, tabii batıl olur. Ancak nisbi muvazaa sözkonusu olduğu zaman, muvazaalı muamele batıl olmakla birlikte, gerçekte tarafların istemiş olup da saklamaya çalıştıkları muamele, hukuka aykırı değilse geçerlidir. Muvazaa, Romalı hukukçular tarafından iradenin zorunlu olarak ikinci plânda kaldığı şekli muameleler alanında ortaya konulmakla kalmamış, evlenmede (D. 23,2,30.C.5,17,3,3) ve alım satımda (D. 18,1,55) olduğu gibi iradenin özel bir önem kazandığı hukukî muamelelerde de öngörülmüştü. Nisbi muvazaada kullanılan «plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur (C.4,22, rubr)» yani, «fiilen ifa edilen muamele ile yazı arasında anlaşmazlık olduğu zaman, muamele üstün olmalıdır» vecizesi de genel bir anlam taşımıyordu (110)).

İustinianus Hukukuna göre, «mutlak muvazaa»lı muamele, yalnız üçüncü kişiler için değil, taraflar arasında da geçerli olmaz. D.18, 2.4.5'de verilen örneğe göre, eğer daha uygun bir fiyat verildiği takdirde feshedilmesi şartıyla bir alım-satım yapılmış ve satıcı malı, ikinci bir defa, fakat muvazaalı bir şekilde satmışsa, bu satış hüküm taşımaz. Klâsik dönemde de durumun aynı olduğu ihtimali kuvvetlidir (111).

Roma Hukukunda klâsik dönemde muvazaa (=simulatio) konusunda kesin ve genel bir kurala rastlanmamaktadır. Bazı muvazaa hallerinde, gerçekte istenmemiş olmakla birlikte, istendiği beyan edilen işlem, hukukî bakımdan irade beyanının önem taşıdığı görüşünden hareketle geçerli sayılmaktadır. Buna karşılık bazı muvazaa hallerinde ise, gerçekte istenmediği halde istenmiş görünen işlemin, gerçek iradenin bu yolda olmadığı gerekçesiyle geçerli olmayacağı düşüncesinin ağır bastığını görüyoruz. İustinianus zamanında ise, genel olarak «irade nazariyesi» benimsediğinden «bilfiil istenen (yapılan) şey, zahiren istenmiş (yapılmış) görünen şeyden üstündür» kuralı egemen olmuştur. Nisbi muvazaada ise gerçekte istenmiş, fakat dışarıya karşı saklanmış olan işlem, eğer hukuka aykırı değilse ve gerekli şekillere uygun olarak yapılmışsa geçerli sayılmıştır. Bu çözüm yolunun Hukukumuzdaki çözüme eş olduğu görülmektedir (112).

(110) Dİ MARZO, age., s. 78-79.

(111) UMUR, age., s. 163.

(112) KARADENİZ, age., s. 225.

Bu bilgilerden Roma Hukukundaki muvazaa kavramı ile Türk Hukukundaki aynı kavramın birbirlerine çok benzedikleri anlaşıl-
maktadır. Ancak Roma Hukukunda evlenme muamelesinde de mu-
vazaanın kabul edilmesine karşılık Hukukumuzda bu durumda mu-
vazaanın kabul edilmediğini belirtmek gerekir (113).

9— Kanuna karşı hile :

Hukuka aykırılığın özel bir şekli olan «kanuna karşı hile» çok defa inanca sözleşme ve muvazaa kavramları ile karışır. Taraflar kanunun geçerli saydığı hukuki işlemleri, kanuna aykırı sonuçlara varmak amacıyla yaptıkları takdirde «kanuna karşı hile»den söz edi-
lir.

Kanuna karşı hilenin unsurları şunlardır :

- a) Bir işlemin emredici veya yasaklayıcı bir hukuk kuralına bağlı olması,
- b) Yasaklayıcı hukuk kuralının etkisine doğrudan doğruya bağlı olmayan başka bir işlemin yapılması,
- c) Yapılan işlemin, yasaklanan işlemde beklenen sonucu ger-
çekleştirmeye elverişli olması.

Kanuna karşı hileye bir kaç örnek verelim :

Birinci örnek : Bu günkü Türk dış ticaret rejimine göre, Türkiye'-
ye dışarıdan (yabancı bir kişiden) ithal edilen malların bedelini teş-
kil eden alacak, Türkiye'de ikamet eden bir kimseye -kural olarak
temlik edilemez. Bu yasak Türk parasının kıymetini korumak ama-
cıyla konmuştur. Yabancı ülkedeki ihracatçı, döviz alacağını Türki-
ye'de ikamet eden bir kişiye temlik edecek yerde, bu husustaki kanu-
nî engeli aşabilmek için, bu kişinin güvendiği ve araya koyduğu bir
başkasına temlik ederse, burada kanuna karşı hile vardır. Örneği-
mizi daha somut olarak ifade edelim: Almanya'daki (A) firması, Tür-
kiye'deki (B) firmasına çocuk oyuncakları satmıştır. Bu oyuncakla-
rın bedeli olan 20.000 markı, (A) firması, Türkiye'de ikamet eden
(C)'ye temlik etmek istiyor. Fakat, Türk ticaret rejimi, bu temliki,
esas itibariyle yasak etmiştir. İşte bu engeli aşmak için, (A) firması,
sözü edilen alacağı, (C)'nin güvendiği ve araya koyduğu bir kişi olan
İsviçre'li (D)'ye temlik etmektedir. Öyle ki (D), (B)'den tahsil ettiği
paraları (C)'ye verecektir. Alacağın temlikini kanun yasaklamamış-
tır. Fakat bu temlik, kanunun yasakladığı bir sonuca erişmek ve

(113) Bkz. Yukarıda dpn. 106.

20.000 markın (C)'ye verilmesini sağlamak amacıyla düşünülmüş bir tertipten ibarettir. Öyleyse, döviz alacağının (D)'ye temliki, kanuna karşı hile teşkil eder.

İkinci örnek : Ticari olmayan (âdi) işlerde bir para borcu için %9'dan daha fazla faiz verilmesi kararlaştırılmaz. Fakat akdi faize ilişkin bu sınırlama, temerrüt faizi bakımından sözkonusu değildir. Öyleyse bir satım sözleşmesinde taraflar, alıcının satış bedelini zamanında ödememesi halinde, gecikme süresince % 20 faiz ödenmesini kararlaştırabilirler. Düşünelim ki bir satıcı, hem satım bedelini ödeyebilmek için alıcının istediği iki yıllık süreyi ona vermek, hem de %9'dan fazla faiz alabilmek amacıyla alıcıya şu formülü kabul ettiriyor : Satış bedelinin tamamı derhal, yani satım sözleşmesi yapılır yapılmaz ödenmelidir. Fakat satıcı, alıcının bu bedeli ödemekte gecikmesine ses çıkarmayacak, alıcı da borcunu ifa etmekte gecikeceği süre için, yılda % 20 gecikme faizi ödeyecektir.

Üçüncü örnek : Mesleki faaliyette bulunmaktan yasaklanan avukat (A), kendisine vekâlet vermek isteyen alacaklı (Ü)'nün davasını avukat sıfatıyla takip edemeyeceğinden (Ü) ile anlaşarak alacağı ondan devralıyor ve böylece alacağı vekil sıfatıyla değil, yeni alacaklı olarak takip ve tahsil etmek istiyor.

Kanuna karşı hilenin müeyyidesi nedir?

Bu soruyu Aeb'y'nin şu formülü ile cevaplandırmak mümkündür: «Böyle bir işlemin müeyyidesi, kanunun doğrudan doğruya yasak ettiği işleme ilişkin müeyyidenin aynidir.» (114).

Roma Hukukunda kanuna karşı hile anlamında olmak üzere in fraudem legis (=hukuki hile ile) deyiminin kullanıldığını görüyoruz. D.1,3,29'da geçen «Contra legem facit, quid id facit quod lex prohibet in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam efus circumvenit» yani «Hukukun yasakladığını yapan hukuk hilâfına hareket eder, lâfzına sadık kalarak ruhuna tecavüz eden hukuka hile katar» (hileyi şer'iyeye) vecizesiyle kanuna karşı hilenin Roma Hukukunda da hükümsüzlük sebebi sayıldığı sonucuna varıyoruz (115).

(114) TEKİNAY, age., s. 366, 367-368, 370; AEBY, L'acte fiduciaire dans le système du droit civil suisse, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, 53, 1912, N.F. 31, s. 149-206 (178) (TEKİNAY, age., s. 370, dpn. 37'den naklen); TUNÇOMAĞ, age., s. 175-176'da kanuna karşı hileye «dolanlı muamele» demektedir; BAŞTUĞ, Borçlar Hukuku «Genel Hükümler», İzmir 1977, 56-57.

(115) Dİ MARZO, age., s. 77, dpn. 38.

10— Zihni kayıt :

Zihni kayıta irade ile beyan arasındaki uyumsuzluk, taraflardan yalnız biri için mevcuttur (116). Eğer taraflardan biri bilerek ve isteyerek gerçek iradesine aykırı bir beyanda bulunmuş, fakat gerçek iradesini muhataptan saklı tutarak ona bu hususta açıklama yapmamışsa «zihni kayıt»tan söz edilir. Kanunumuzda zihni kayda dair hüküm yoktur. Fakat İsviçre - Türk hukuk doktrini, BGB'nin 116. paragrafındaki hükmünü, Hukukumuz bakımından da benimsemektedir. «Bir irade beyanı, beyanda bulunanın, bu beyanı istemediğini kendisinde saklı tutmasından ötürü batıl değildir. Beyan, bir diğer kişiye karşı yapılmış ve o kişi saklı tutulan hususu öğrenmişse, batıl olur» (117).

Roma Hukukunda bir tarafın isteği ile yaratılan uygunsuzluklar arasında sayılan zihni kayıt (reservatio mentalis), hukuki işlemin geçerli olmasını -bu durumu diğer yan da biliyorsa- önler. Eğer diğer taraf, bu durumu bilemeyecek durumda ise zihni kaydın varlığı, hukuki işlemin geçerliğini etkilemez (118).

Bu açıklamalar gösteriyor ki zihni kayıt durumuna bağlanan hukuki sonuçlar Roma Hukukunda ve Türk Medeni Hukukunda birbirinin aynıdır.

11— Ciddiyetten yoksun beyanlar (Lâtime beyanları) :

Ciddiyetle yapılması halinde hukuki sonuçlar doğurabilecek olan bir beyan, muhatapça anlaşılabilir bir şaka, takılma veya eğlence arzusundan doğmuşsa hiç bir hukuki sonuç meydana getirmez (119). Şaka arzusu ile yapılan bir beyan, muhatapça anlaşılmaz ve ciddiye alınır mı? Bu takdirde güven teorisi gereğince kullanacağımız ölçü şudur : Muhatapça bilinen hal ve şartlara göre, ona yapılan beyanın ciddiye alınmaması gerektiği söylenebiliyorsa, bu beyan geçerli sayılamaz. Aksi takdirde kötü şakadan söz edilir. Muhataptan, kendisine yapılan beyanın şaka olduğunu anlayabilmesi makul bir düşünce ile beklenemeyecekse, artık yapılan beyan geçerli sayılmalıdır ve bu durum zihni kayıta olduğu gibidir (120).

(116) TEKİNAY, age., s. 371.

(117) TEKİNAY, age., s. 371; FEYZİOĞLU, age., s. 596; ATAAY, (Borçlar) s. 186-187'de zihni kayıt ve lâtime beyanını kasıtlı uygunsuzluk hallerinden saymaktadır.

(118) KARADENİZ, age., s. 222; Dİ MARZO, age., s. 78.

(119) TEKİNAY, age., s. 372.

(120) TEKİNAY, age., s. 372.

Roma Hukukunda da lâtime olarak yapılan beyan (iocandi causa, in tragoedia, per iocum= oyun sebebi ile, tiyatroda) hukuken bir önem taşımaz, zira gerçekten bir muamele yapmaya yönelik bir beyan değildir (121). Ancak diğer taraf beyanın şaka olduğunu bilmiyorsa hukukî işlem geçerli sayılır (122).

Demek oluyor ki şaka beyanlarına bağlanan hukukî sonuç, her iki hukuk sisteminde de ortak ve benzer nitelik göstermektedir.

§ III— SONUÇ

Türk Medenî Hukukunda ve Roma Hukukunda Hükümsüzlük (=Butlan) konulu incelememizi böylece tamamlamış bulunuyoruz. İncelememizin sonunda edindiğimiz kanaatleri ve her iki hukuk sisteminde kesin hükümsüzlük hallerinin karşılaştırılmasını bir tür özet niteliğinde olmak üzere burada toplu olarak ifade etmeyi gerekli görüyoruz.

Roma Hukuku, modern hukuk sistemlerinin hemen de hepsinin temelidir. Fransız, İsviçre ve dolayısıyla Türk Medenî Hukukunun bir çok ana ilkelerini ve hükümsüzlük sistemlerinin nüvelerini Roma Hukukunda bulmak mümkündür. Roma hukukçuları, hükümsüzlük konusunda bir sistem kurmamışlar, başka bir deyişle böyle nazari bir konu ile uğraşmamışlardır. Bununla birlikte hükümsüzlükle ilgili bütün konular hakkında Roma Hukukunda bir cevap bulmak mümkündür.

Klâsik Roma Hukukunda butlan ve iptal kabiliyeti şeklinde bir ayırım yapılmıyordu. Temel öğelerinden birisi eksik olan bütün hukukî muameleler hükümsüz (batıl) sayılıyordu. İustinianus döneminde günümüz Medenî Hukuk'larında olduğu gibi butlan ve iptal kabiliyeti müeyyidelerinin bağlandığı hukukî muameleler ortaya çıkmıştı. Roma'da da butlanın özellikleri, Medenî Hukukumuzda kabul edildiği gibidir. Batıl bir hukukî muamele, ölü doğmuştur, canlandırılması mümkün değildir; batıl işlem, butlan sebebinin daha sonradan ortadan kalktığı söylenerek ya da tarafların muvafakatiyle geçerli hale getirilemez. Butlan sebeplerini hâkim re'sen (görevinden ötürü) nazara alır, batıl bir hukukî muamele sonuçlarını kendiliğinden doğurur; kural olarak, hükümsüzlüğün tesbiti için, dava açılması gerekmez.

Roma Hukukunda İus Civile'nin geçerli saydığı bir hukukî muameleyi praetor, batıl sayabilmekte ve hukukî muameleyi haksız görür veya korunmaya değer bulmazsa dava açmak hakkını reddede-

(121) Dİ MARZO, age., s. 78.

(122) KARADENİZ, age., s. 223.

bilmekte idi. Ayrıca bir taraf, şerefsizliği gerektirmeyen bir dava açabiliyorsa, şerefsizliği gerektiren (Actio doli gibi) bir dava açmasına praetor izin vermezdi.

Medeni Hukukumuzda hâkim, MK.m.4'e göre, kanunun kendisine takdir hakkı tanıdığı hallerde hak ve nısfetle hükmeder. Yoksa Medeni Kanunun geçerli saydığı bir hukuki muameleyi hâkimin hükümsüz (batıl) sayması mümkün değildir. Keza şerefsizliği gerektiren ya da gerektirmeyen dava türlerinden bu gün söz edilemez. Davanın açmak hakkının hâkim tarafından henüz dava başında reddedilmesi, sözkonusu değildir.

Culpa in contrahendo esasına dayanan sorumluluğun her iki hukuk bakımından da kabul edildiğini, başka bir deyişle bu kavramın Medeni Hukukumuzda Roma Hukukunun etkisi sonucunda girdiğini görüyoruz.

Roma Hukukunda da batıl hukuki muamelelerin tahvil yolu ile geçerli sayıldığını gösteren kuvvetli deliller vardır.

Medeni Hukukumuzda yanılma (hata) ya iptal kabiliyeti niteliği tanıdığı halde Roma Hukukunda bazı hata hallerinde hukuki muamelelerin hükümsüz sayıldığını görüyoruz. Keza hile, karşı tarafı esaslı bir hataya düşürmüştü böyle bir hukuki muamele de hükümsüz olurdu.

Bazı yazarlar, Roma Hukukunun ilk dönemlerinde sözleşmelerin bağlı olduğu şartlara uymamanın normal müeyyidesinin «yokluk» (inexistence) olduğunu ileri sürmektedirler ki bu görüşte isabet olduğu söylenmektedir.

Kısmi butlanın Roma Hukukunda da bilindiği görülmektedir. Medeni Hukukumuzda yeri olan aksak (topal) hukuki muameleler Roma'da «negotium claudicans» deyişimiyle ifade ediliyordu. Ancak Hukukumuzdaki vasinin icazeti (consensus) ile Roma'daki tutor'un yardımı (auctoritatis) birbirinden farklıdır.

Temyiz kudretinden yoksunluk, her iki hukukta da hukuki muamelelerin hükümsüzlüğüne sebep olmaktadır. Müeyyiz küçüklerin yaptıkları borçlandırıcı hukuki muameleler, Medeni Hukukumuzda noksan muamele sayılmakta ve işlemdeki eksiklik giderilince (veli veya vasinin icazetiyle) o hukuki muamele sağlıklı kazanabilmektedir. Buna karşılık Roma Hukukunda fiil ehliyetine sahip olmayan bir çocuğun yaptığı hukuki muamele batıl sayılmaktadır. Keza Roma Hukukunda sağırılar, bazı hukuki muameleleri geçerli olarak yapamazlarken Medeni Hukukumuzda fiil ehliyetine sahip bulunan bir

sağır, tam ehliyetli bir kişi olarak bütün hukukî muameleleri yapabilmektedir.

Şahsiyet (kişilik) haklarının ihlâli, Medenî Hukukumuz bakımından hukukî muamelenin, özellikle bir sözleşmenin batıl sayılmasına yol açarken Roma Hukukunda bu durumun hukukî muamelenin hükümsüzlüğünü gerektireceğini gösteren hiç bir bilgiye rastlanmamaktadır.

Şekil zorunluluğu koyan kurallara aykırılık her iki Hukukta da, hukukî muamelelerde hükümsüzlük sebebi olarak kabul edilmektedir. Ancak Roma Hukukunun şekilci karakterine karşılık, bu günkü Hukukumuzda şekil serbestliği ilkesi asıldır; kanunun açıkça şekil zorunluluğu koyduğu hallerde şekle bağlılık sözkonusudur. Roma Hukukunda şekil denilince, sözlü şekil anlaşılmasına karşılık, Hukukumuzda yazılı şekil anlaşılır. Hukukî muamelelerde sıhhat şartı olarak kabul edilen şekle aykırılık, hükümsüzlük sebebidir; isbat şekline aykırılık hükümsüzlüğü doğurmaz. Şekle aykırılık sebebiyle butlan iddiasında bulunmanın da bazı sınırları vardır; bu sınırların aşılması halinde hakkın kötüye kullanılması sözkonusu olur ve butlan iddiası dinlenmez.

Hukuka aykırılık (*iniusta causa*) Roma Hukukunda da Medenî Hukukumuzda da hükümsüzlük sebebi sayılmaktadır. Ancak, Roma Hukukunda bütün hukukî muamelelerin sebebe bağlı sayılmasına ve hukukî sebebin hiç bulunmamasının hukukî muamelelerin hükümsüzlüğü sonucunu doğurmasına karşılık, Medenî Hukukumuzda herhangi bir sebebi bulunmamasına rağmen bazı hukukî muameleler geçerli sayılmaktadır. (BK.m.17). Ayrıca Roma Hukukunda görülen durumun aksine olarak Medenî Hukukumuzda eşlerin birbirlerine yaptıkları bağışlar ve bir babanın çocuklarına ödünç para vermesi, kural olarak geçerlidir.

Ahlâka aykırılık (*boni mores*), her iki hukuk bakımından da hukukî muamelelerde hükümsüzlük sebebidir..

Kamu düzenine aykırılık, Medenî Hukukumuzda sözleşmelerin batıl sayılmasını gerektirirken Roma Hukukunda bu durumun bir butlan sebebi olarak kabul edilmediği anlaşılmaktadır.

İmkânsızlık, her iki Hukuk bakımından da hukukî muamelelerin hükümsüzlüğü sonucunu doğurmaktadır.

Muvazaa, Medenî Hukukumuzda ve Roma Hukukunda hukukî muamelelerin hükümsüzlüğüne yol açmaktadır. Ancak Roma

Hukukunda evlenme muamelesinde de muvazaa kabul edilmesine karşılık, Hukukumuzda bu halde muvazaa kabul edilmemektedir.

Kanuna karşı hile, her iki hukuk sisteminde de hukukî muamelelerin hükümsüzlük sebeplerinden sayılmaktadır.

Zihni kayıt (reservatio mentalis) ve ciddiyetten yoksun beyanlar (lâtime beyanları, «iocandi causa») Roma Hukukunda ve Türk Medeni Hukukunda hukukî muamelenin diğer tarafınca bu durumların bilinmesi halinde o hukukî muamelenin hükümsüzlüğüne yol açarlar; aksi takdirde hukukî muamelenin geçerliliğini etkilemezler.

BİBLİYOGRAFYA (*)

- ARSEBÜK, Esat : Borçlar Hukuku, C. I-II, İstanbul 1950
- ATAAY, Aytekin : Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, İstanbul 1976
- ATAAY, Aytekin : Medeni Hukukun Genel Teorisi, İstanbul 1980
- BAŞTUĞ, İrfan : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İzmir 1977
- Dİ MARZO, Salvatore : Roma Hukuku (Çev : Ziya UMUR), İstanbul 1954
- FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin : Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, İstanbul 1967
- GÜRAL, Jale : Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medeni Kanununun Sistemi, Ankara 1953
- HATEMÎ, Hüseyin : Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle BK. 65 Kuralı), İstanbul 1976
- İNAN, Ali Naim : Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı, Ankara 1979
- KARADENİZ, Özcan : Roma Hukuku, Ankara 1977
- KOSCHAKER, Paul : Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları (Çev : Kudret AYİTER), Ankara 1977
- OĞUZMAN, Kemal : Medeni Hukuk Dersleri, İstanbul 1978
- OĞUZMAN, Kemal : Medeni Hukuk Pratik Çalışmaları II, Borçlar Hukuku - Miras Hukuku, İstanbul 1978

- OĞUZOĞLU, Hüseyin Cahit : Roma Hukuku, Ankara 1959
- RADO, Türkân : Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, İstanbul 1974
- SAYMEN, Ferit H./ELBİR, Halid K. : Türk Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler, İstanbul 1966
- SCHWARZ, B. Andreas : Medeni Hukuka Giriş (Çev : Hıfzı Veldet), İstanbul 1942
- SCHWARZ, B. Andreas : Aile Hukuku (Çev : Bülent DAVRAN), İstanbul 1946
- SCHWARZ, B. Andreas : Borçlar Hukuku Dersleri (Çev : Bülent DAVRAN), İstanbul 1948
- SCHWARZ, B. Andreas : Roma Hukuku (Çev : Türkân RADO), İstanbul 1963
- TEKİNAY, Selâhattin Sulhi : Borçlar Hukuku, İstanbul 1979
- TUNÇOMAĞ, Kenan : Borçlar Hukuku, C.I, İstanbul 1972
- UMUR, Ziya : Roma Hukuku, İstanbul 1970
- VON TUHR, Andreas : Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, 1.C. (Çev: Cevat EDEGE), İstanbul 1952
- İLMÎ ve KAZAÎ İÇTİHATLAR : (Derl. : Sadi KAZANCI-Faruk KAZANCI), Ankara 1976
- YARGITAY İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARARLARI HUKUK BÖLÜMÜ, C. I-IV : Yargıtay Yayını, Ankara 1978, 1980
- YARGITAY KARARLARI DERGİSİ : Yargıtay yayını. Konu ile ilgili çeşitli sayıları.

(*) Doğrudan yararlanılan eserlere yer verilmiştir.

KISALTMALAR :

age.	: Adı geçen eser
BGE.	: Entscheidungen des schweizerischen Bundesgericht
BK.	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt; Roma Hukukunda CAIUS
Çev.	: Çeviren
Derl.	: Derleyen
D.	: Digesta
dpn.	: Dip notu
E.	: Esas
fr.	: Fragmentum
Gai.	: GAIUS
HD.	: Hukuk Dairesi
HUMK.	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İKİD.	: İlmî ve Kazai İctihatlar Dergisi
İnterp.	: Interpretatio
JdT.	: Journal des Tribunaux
K.	: Karar
MK.	: Medenî Kanun
m.	: Madde
Paul.	: PAULUS
pr.	: Principium
S.	: Sayı
s.	: Sahife
T.	: Tome
TCK.	: Türk Ceza Kanunu

TD. : Ticaret Dairesi
TTK. : Türk Ticaret Kanunu
Ulp. : ULPIANUS
vd. : Ve devamı
YHGK. : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBK. : Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
YİBK. Huk. Böl. : Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları
Hukuk Bölümü
YKD. : Yargıtay Kararları Dergisi