

## TÜRKİYE'DE DÜZENLENEN TÜRK - İSVİÇRE HUKUK HAFTASI ÜZERİNE (\*)

Yazan :

*Alexander BECK*

Bern Üniversitesinde Emeritus Profesör

Çeviren :

*Asis. H. Cumhur ÖZAKMAN*

13 ve 20 Nisan 1975 tarihleri arasında İstanbul ve İzmirde İsviçre ve Türk öğretim üyelerinin dördüncü kere, bir müessese haline gelmiş bulunan kongreleri yapıldı. Türk heyetinde İstanbul Fakültelerinin temsilcileri yanında, Ankara ve İzmir öğretim üyeleri ile Ankaradaki Yargıtay hâkimlerinden bir kısmı yer almış bulunmaktaydı. İsviçre Hukuk Fakültelerinin hemen hepsi bir çok üye ile temsil edildi. İsviçre heyetinin organizasyon ve idaresi eski rektör ROLF BÄR'in (Bern) tecrübeli ellerinde bulunmaktaydı. İsviçre Hukukunun, Türkiye tarafından iktibasından bu yana, elli yıl içindeki aşamaları toplantının başlıca hedefini teşkil etmiştir. Bu hukuk tarihi açısından unutulmayacak hareket, politik gayretin neticesi olduğu kadar, halkın özgürlüğe ilişkin reform arzularındaki derin güvenin neticesidir. Modern İsviçre Kodifikasyonu, eğer güç intibak şartlarında gelişen içtihatlar ve batıya yönelik bağımsız bir hukuk ilmi kurma gayreti bulunmasaydı, yabancı bir toprakta bu derece benimsenemezdi. Başarılan amacın çevresi ve niteliği yabancılar tarafından doğal olarak, ancak Türk atmosferine girince bir dereceye kadar teşhis edilebilir. İsviçreli konuşmacılar,

---

(\*) ZSR (NF) Bd. 94, 1975, I. Hb. Heft 3, sah. 271 vd.'dan çevrilmiştir.



kendilerine toplantının sınırlı çerçevesi dışında da cömertçe gösterilen konukseverlik için minnettardılar.

Kongrenin müzakere konusu olan —Şekil problemleri— Türk meslekdaşlar tarafından teklif edilmiş bulunmaktaydı. Birbirini takip eden özetlemelerde dayanağın muhafaza edilip kongrede herhangi bir aksamaya meydan verilmemesi için, konuşmaların temelini daha önce yazılı olarak hazırlanmış raporlar teşkil etmekteydi. Raporlar, Prof. TEKİNAY tarafından yönetilen İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü yayınının bir sayısında neşredilecektir (\*\*).

En çok tartışılan Problem, Türk doktrininin özellikle orijinal ve enteresan çözümlerin getirebileceği gayrimenkul satımında şekildir. Bu neden, aşağıdaki raporlarda adı geçen noktanın daha yakından incelenmiş olmasını haklı gösterir.

#### 1. Hakkın kötüye kullanılması ve şekil kuralı :

Esas itibariyle şekil problemi ilk olarak BUCHER tarafından ve “şekil kurallarında hakların kötüye kullanılması” başlığı altında incelendi. Şekil noksanı ile malul bir borç ilişkisinde edimlerin yerine getirilip getirilmemesi, şekle aykırılığın müeyyidesi olan hükümsüzlüğün kesin veya daha ılımlı olarak uygulanması sonucunu doğurur. Federal Mahkeme, şekil kurallarının ihlâl edilmiş bulunduğu hallerde, haklı olarak ifa davası ve ifa olunmama dan doğan zararın tazmini davasını reddetmektedir. Şekil noksanı sebebi ile Butlanın temyizi çok kere, münferit bir hadisenin haklılığının kenara bırakılmasını gerektirerek daima soyut bir hakkaniyete dayanır. Bu husus, şekil noksanı dolayısıyla butlanın temyizi karşısında, genellikle bir hakkın kötüye kullanıldığı itirazının geçerli olup olmayacağı sorusunu doğurur. Eğer şekil noksanı ile malûl bulunan sözleşmeler henüz ifa olunmamışlarsa, hakkın kötüye kullanıldığı itirazının uygulanmasında tereddüt etmek gerekir. Şekil eksik-

(\*\*) Yazarın notu : Orada, yazar tarafından açıklanan takrirde, yazarın esaslar koyan, hukukî işlemde şekil probleminin tarihsel geçmişi üzerine birçok cazip görüşler taşıyan “Modern hukukî işlemlerde şeklin ve soyut hukukî işlemlerin tarihi üzerine” başlığını taşıyan raporuna ne yazık ki değinilmemiştir.



liğine bir âkid tarafından bilerek sebep olunmuşsa bu halde, haksız fiilin ileri sürülmesinin yeterli olup olmadığı ve bir defa üzerine sözleşmenin muteber kılınmasına gerek kılıp kalmadığı sorusu ile karşılaşılır. Âkide kendini rahatsız bir durumdan kurtarma imkânını veren tesadüfî şekil noksanlarının anlaşılması daha güçtür. Raportör burada hakkın kötüye kullanılması üzerine bir gelişmenin teşhis edilip edilemeyeceğini sordu. Raportör, Federal Mahkemenin yerine getirilmiş edimlerde hakkın kötüye kullanılması konusunda değişen ihtilaflarının; esasen ifanın şekil noksanı sebebi ile hükümsüzlüğü bertaraf ettiğini, aksi halde özel bakış açılarından bu sonucun iyiniyete aykırı düşeceği şeklinde, hülâsa edilmesi gerektiğine inanmaktadır. Bu formül kendisini, temel teşkil eden ve fazlasiyle şematik olan hükümsüzlük kavramını kanunkoyucumuzun tekrar titizce gözden geçirmesine ihtiyaç bulunup bulunmadığı sorusuna götürmektedir. Tarihî, geriye, tabii hukuka yönelik analiz daha basit, esaslı bir sonucu meydana çıkarabilseydi bu mümkün olurdu. Problem, İsviçre hukuk doktrininde borç yükleyen sözleşmeye, ifa taahhüdüne oranla bir tasarrufun sebebi açısından daha fazla eğilinmesi esası ile de bertaraf edilir (\*).

Mutlak hükümsüzlüğün klâsik teorisi hakkında Türk karşı raportörü OĞUZMAN (İstanbul).

“Bir akdin şekil noksanı sebebiyle butlanını ileri sürme hakkının kötüye kullanılması konusundaki İsviçre ve Türk Mahkeme İçtihatları” başlığı altında topladığı görüşlerini beyan etti. O, Federal Mahkemenin, hükümsüzlük kavramını sui generis olarak kabul etmemesini haklı görmektedir. Esas sorun, şekil sebebi ile butlanın temyizinin ne zaman hakkın kötüye kullanılması sayılacağıdır. Türkiyede şekil sebebiyle butlanın ileri sürülmesi, ölünceye kadar bakma akdi ve evlât edinmenin ömür boyu devam ettiği gerçek ilişkilerde hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilmiştir. Yargıtayın Ticaret Dairesi şekil noksanı sebebi ile batıl olan bir akidde edimlerin yerine getirilmesi halinde aynı yolda karar vermiştir. Bununla beraber, özel hukukî durumuna uygun olması için, İsviçrede hakim görüşüne göre butlanın sui generis formüle edileceği konuşmacı tarafından kabul olunmamıştır. Şekil noksanını kasden veya bu noksanın meydana gel-

(\*) EUGEN BUCHER'in raporu için bak : ZBGR 56, 1975, sah. 65 vd.



mesini susarak sağlayan âkidin butlanı ileri sürmesi halinde olduğu gibi, açık bir hakkın kötüye kullanılması söz konusu olmalıdır. Fakat raportör diğer taraftan aynı şartlar altında, ilgili tarafa dahi şekil noksanı ile batıl akidden dolayı bir dava hakkı vermek istemektedir.

## 2. Rızaî şekil :

Gene İsviçre ve Türk raportörlerince hazırlanan birer raporla rızaî şekil problemi ele alındı. MERZ'in (Bern) raporu OR. Art. 16 ile ilgili teori ve içtihadları geniş bir şekilde ortaya koymuştur. Özellikle işaret edilmesi gereken nokta; sözleşmeden doğan yenilik doğuran haklar ve mükellefiyetler için dahi kararlaştırılmış şekil zorunluluğunu bertaraf etmesi hususunda birinci fıkradaki karinenin geniş yorumu hakkındaki dikkatli çekincesidir. Bir tarafın, sözleşme müzakerelerinde belli bir şeklin saklı tutulacağı yolundaki tek taraflı talebinin anlamı yoktur. Bir şeklin sadece mutad kullanılması, onun yükümlülüklerinin uygulanmasına sebep teşkil etmez. Raportör, örf ve adet hukukunun bir şekil zorunluğu doğuramayacağı görüşündedir. Şüphe halinde taraflarca yalnız bir ispat şeklinin kastedildiği kabul olunur. Bu yalnızca, sözleşmenin inikadından sonra kararlaştırılan şekli bağlılığın bulunması halinde kural olarak nazara alınmaktadır. Sözleşme kararlaştırılan şekle uygun inikat etmediği halde — yerine getirilen ifa muamelelerinin şekil noksanını bertaraf edip etmiyeceği veya edimlerin kabulünde rızaî şeklin daha sonra anlaşarak kaldırılmış sayılıp sayılmıyacağı problemini raportör özel hallere göre değerlendirmektedir. Türk tarafının bununla ilgili olarak TEKİNAY (İstanbul) tarafından yapılan açıklamalarında, çoğu kez Türk uygulamasından doğan enteresan problemler getirilmiştir. Daha sonra, tarafların yanlışlıkla, hukukî muamelenin kararlaştırdıkları şeklinin kanunda yazılı şekil olduğuna inandıkları hale — daha kolay bertaraf edilebileceği halde OR. Art. 16 Abs 1'deki karine burada da geçerlidir. — değinildi. Raportör, belli tarzdaki bir şekle bağlılığın mutad uygulamasının belli ticarî çevrelerde bir dereceye kadar önemli bir rol oynadığını; bu mutad şekle uygun bağlılığın istendiğinin çoğu zaman sözleşme müzakerelerinden neşet ettiğini de kabul etmektedir. Şekil anlaşması çoğu zaman aslında ön akid olarak değil — kesinlikle sonraki bir sözleşme inikadına ilişkin yükümlülüğü kapsayan bir ön akid ola-



rak değil— bilakis önceden, sonraki sözleşmenin bir şartının peşinen saklı tutulması olarak meydana gelir. O halde Art 16'daki karine, daha önce bu şekilde kararlaştırılmış şartı, ön müzakerelerin parçası olarak ancak sözleşme muhtevasının bir kısmı sayılmasına götürmektedir. Müstakil bir ön akid olarak karşılaşılması nadirdir. Yargıtay 1967'deki bir kararında, rızaî şekle ilişkin bir ön akdi meydana getiren anlaşmanın dahi bu şekle ihtiyaç gösterdiği sorusunu dolaylı olarak reddetmiştir. Türk hukukundaki emredici yazılı ispat şekli üzerine usuli zorlama ile ilgili olarak hukukî muamele şekilleri hakkında anlaşılabilir (meselâ, ilgili sözleşmenin şahitler vasıtası ile ispat olunabileceği). Raportör sonunda, bir akdin inikadı için tarafların esaslı noktalar hakkında şekilsiz olarak anlaşmaları, fakat ikinci derecedeki noktalar üzerinde daha sonra anlaşacaklarını özel bir şekle bağlı olarak saklı tuttıkları hadiselerle de değindi. Kendisi, OR. Art. 2'deki kuralı yetersiz ve böyle bir halde hâkim görüşüne göre sözleşmeyi kurulmamış kabul etmektedir.

### 3. Gayrimenkul alım - satımı :

SPIRO'nun (Basel) raporu, "Gayrimenkul alım-satımında senedin önemi" daha önce temsil olunan savları ayırdedilmiş şekilde bütün yön ve neticeleriyle önemlerine göre 28 sayfa içinde toplamaktadır. Raportör, devir sözleşmelerinin çoğunun, samimi taraflar arasında, ilk olarak senedin düzenlenmesinden sonra ortaya çıkan bazı münferit hususların tabii addolunarak, senedin eksik olarak düzenlendiğine inanmaktadır. Bilinerek hatalı sened düzenlenen halleri muvazaa ve iadeyi talep hakkı açısından ele alırsak, bu halde geçerli olan sözleşmenin kanuni şeklinde şüphesiz noksanlık bulunmaktadır. Sadece sebepsiz zenginleşme davasının zamanaşımı satıcıyı himaye eder; alıcı hiçbir kazan fevkalâde müruruzaman ile iktisap-tan istifade etmez. Uygulama başarılı çözümü, her zaman bir sözleşmenin değişik münferit sözleşmelere bölünmesinde aramamaktadır. Fakat öğretisi, bir yan sözleşmenin öneminin değerlendirilmesi için kriter teklif etmemektedir. Raportör, tarafların senette kararlaştırılmış semeni çok az miktarda yükselttikleri veya azalttıkları hallerde, temel olmayan anlaşmanın muhtevasını diğerine eşit kabul etmektedir.



Fakat kendisi diğer taraftan da, bir tarafın çok ehemmiyetsiz olmayan her farklı davranışının şekle ihtiyaç gösterdiğini ileri sürmektedir. Meselâ, satıcı sözleşmeye konu olan gayrimenkulde, senette yer almayan tamirat için sözvermişse, o bununla bağlı değildir. O bu iddiayı ileri sürerse, o zaman alıcı da sözleşme ile kararlaştırılmış ediminden kurtulur. Herşeye rağmen satıcı, tamiri yaparsa veya senedin tamamlanması için hazır olursa, bu halde alıcı edimini yerine getirmekten kaçınamaz. Aynı husus, senette belirtilmiş semenden daha yüksek bir bedel için söz verilmiş olan; alıcı için daha yüksek bir bedelin uygun, gerçek olan daha azını ödlediği hal için de geçerlidir. Semen senede bağlanmamış kredi ilişkisinde tayin olduğu hallerde de tutum aynıdır; eğer alıcı vadeden vazgeçmeye hazır ise, satıcı sözleşmeyi geçerli hale getirtmek zorundadır. Tamamen şekilsiz olan sözleşmelerin, eksik olarak senede bağlanmışlardan ayırdedilmesi önemlidir. Bu son halde söz konusu anlaşma dolayısıyla hak sahibi olan rıza prensibi ile himaye olunur. Kıyas yolu ile doldurulabilen boşluklar nitekim gerçek boşluklar meydana gelmişse, (meselâ, şekil noksanı iddialarının ileri sürülmesi hakkında), bu husus resmi şekilde yapılacak sözleşmelerde şekil noksanının bulunmasının hükümsüzlüğe yol açacağı ve senede bağlanmış yükümlülüklerden mahrum bırakmak için şekil noksanının ileri sürüleceği hallerde bertaraf edilebilir. Şekil noksanı itirazının reddolunduğu haller tam olarak belirtilebilir. Diğer yönden tarafların açık bir hukukî hatası, bir talep hakkının doğmamasına sebep olabilir. İfanın iade talebini etkisiz bırakıp bırakmadığı sorusunda raportör, MERZ'in görüşünü kabul etmekle beraber sözleşmenin; meselâ, alıcının tekeffül taleplerini ileri sürebilecek; tam, karşılıklı ifanın istenmesini gerektirecek v.s. şekilde geçerli olup olmayacağına ilişkin şüpheli noktalara işaret etmektedir. Aceleye karşı koruma ifanın ikaz fonksiyonu uyarınca sona ererse, şekil sebebiyle hükümsüz bir alım - satım akdinin tapu siciline tescili, tapu siciline güvenin kesinliğini tehlikeye düşürebilir. İfa yolu ile sıhhat kazanma butlan görüşü ile her zaman kabili telif olmayacağı gibi, hakkın kötüye kullanılması hali de değildir. Resmî senedin amacı, mülkiyet nakilleri için güvenilir bir esas sağlamaktır ve satıcıyı aceleden korumaktır. İktisap edeni sıkı bir şekil yolu ile koruma ihtiyacı yoktur. Tapu memuru rızası olmadan tescil yapmaz. SCHÖNLE'ye ait ikinci rapor; resen nazara alınan, sui generis



bir butlanın kesin reddi karşısında, şekil noksanı sebebiyle hükümsüzlüğün def'i şeklinde ileri sürülebilmesini açıklamaktadır. Bu görüş, gerçek semenin gerek düşük, gerekse yüksek olduğu muvazaada doğru sonuca ulaşmaktadır. Görünüşte şekle uygun bir sözleşmenin iptali karşısında, butlanın ileri sürülmesinin bu açıdan hakkın kötüye kullanılması olduğuna dayanan bir nevi (replicatio doli)'nin ileri sürülebileceği hususu, iptalin geçerliliğinin kontrolünde mutlaka re'sen, iyiniyet esasları uyarınca araştırılmasının gerektiği sorusudur. Şekil noksanı sebebiyle hükümsüz bir akdin ifasının, genel olarak sadece butlanın kötüye kullanılan temyizinde kriter olabileceği, Federal Mahkemenin içtihatlarında kabul edilmiştir. Bu şekilde gelişen doğma, değişik olay gruplarında savunulacak bir sonuca ulaşip ulaşılmıyacağını araştırmaktadır. Diğer taraftan Federal Mahkemenin yeni içtihatlarında eğer butlan sebebi iptal eden taraftan istenilmemişse ve tutumu karşı âkidi kötü niyetle bir zarara sokmak kasdını taşımıyorsa daha az bir bedel hakkındaki muvazaanın istinafının hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilmediği görüşü, sabit tutulmuştur. Senede bağlanmamış önemli yan hükümlerin hukukî durumu uygulamanın ışığı altında etraflıca incelenmiştir: Butlan ve menfî zararın contrahendo yolu ile tazmini mi yoksa ifa ile sıhhat kazanması ve müspet zararın tazmini mi?

Gayrimenkul alım-satımında şekil unsuru hakkındaki Türk görüşü iki raporda (TANDOĞAN "Ankara" ve KANETİ "İstanbul") sunuldu. TANDOĞAN konferansında Türk Hukukunun başlıca problemlerine değindi. Borç yükleyen sözleşmeye ait resmi senedi düzenleyen ve tasarruf muamelesinin tescili ile ilgilenen, tapu sicilini yürüten şahısların aynı sıfattaki şahıslar olması gerektiği temel kuralı herşeyden önce gelir. Tapu sicilleri halen her yerde ihdas olunmamıştır. Tapuya kaydolunmamış sayısız gayrimenkul vardır ve bundan başka — tapu sicillerinin ihdas olunduğu şehirlerde dahi — taraflar şekil şartına uymamaktadırlar. İktibas olunan İsviçre Hukuku halâ tam anlamı ile kendini kabul ettirememiştir. Uygulama bu hususları görmemezlikten gelemezdi ve hiç bir zaman kesin olmasa bile cesurane çözümlere başvurdu. Türk gayrimenkul alım-satımında şekil problemi değişik hallere göre farklılaşır. Esasen Yargıtay alım - satım sözleşmesinin objektif ve sübjektif tüm yan hükümlerinin kanunî şekle uygun kararlaştırılmasını aramaktadır. Türk



Hukuku özel bir ispat şekli (500 liradan daha fazla değerdeki hukukî muameleler için yazılı şekil) tanıdığı için, tapu dairelerinin bulunmadığı veya bir notere ulaşılmasının güç olduğu yerlerde bu kaim olmaktadır. Normal resmî senedlerde şekil noksanlarının müeyyidesi ( tarafların imzaları ve semenin belirtilmesi kesinlikle istenmektedir) olarak, mahkeme içtihatları ve doktrindeki büyük çoğunluk mutlak butlanı kabul etmektedir. Delil olarak, resen sınırlı şekilde dahil olabilen hâkimin bilgisiz taraflar yararına müdahale edebileceği hususu ileri sürülmüştür. Raportör buna karşılık, yalnız ilgili tarafça ileri sürülen bağlı olmama iddiasını, ki bunu hakkın kötüye kullanılması müessesesini özellikle yumuşatan doğru bir dayanak olarak, Türk Hukuku için de tasvip ettiğinden bahsetmiştir. Türk Yüksek Mahkemesi, tapu memuru tarafından düzenlenen sözleşmenin şekil sebebine dayanan hükümsüzlüğünü bu zamana kadar tartışmadı. Gayrimenkullere ilişkin ön akidlerin (promesses de vente) yapılması yararlıdır; burada senedin düzenlenmesinde Noterlik Kanunu'na göre noterler yetkilidir. — Doktrinde bu sözleşmelerin tavsifinde çeşitli görüşler vardır. Çoğunluktaki görüşe aykırı düşen bir kısmı, bunun bir alım - satım sözleşmesi olduğunu kabul etmektedir. Tapu memurunun doğrudan doğruya tapu siciline tescil yolu ile icra ettiği alım - satım sözleşmelerini senede bağlayacağı ve yalnız kendisinin senet tanziminin tam geçerli olacağı şeklindeki pozitif düzenleme, aynı zamanda iltizamî ve aynî muamele olan eski Türk alım-satımıyla birleşmektedir. Buna rağmen "Promesses de vente" borç ilişkisinin meydana gelme sebebi olarak görülmekte ve 5 yıl sürecek şekilde tapu siciline şerh edilebilmektedir; şeklen geçersiz alım - satım sözleşmeleri diğer taraftan promesse de vente olarak devam edebilmektedir. Bu, noterlikçe düzenlenen promesse de vente'nin normal senede bağlanmış alım - satım sözleşmesi ile mutlak eşitliğine götürür. Dava yolu ile gayrimenkulün devredilebilmesi mümkün olduğundan tapuda kayıtlı bir gayrimenkulün satıcısı, tapu memuru önünde promesse tekabül eden, mahkeme kararı ile ika-me olabilecek, beyanda bulunmaya zorlanmış olur. Böyle bir promises'in iki taraflılığı ve tek taraflı satış vaadinin hükümsüzlüğü ileri sürülmüştür. Tapulu gayrimenkuller hakkında çok rastlanan adî yazılı veya sadece sözlü şeklindeki alım - satım sözleşmelerinin doktrinde çoğunluk tarafından bağlayıcı olmadığı kabul edilirken, uygulamada bazı etkilerine rastlanmaktadır. Bu şartlar altında alıcı öde-



nen semeni, on yılda zaman aşımına uğrayan, sözleşmeye dayanan bir dava ile talep edebilir. Onun bu talebi için gayrimenkul üzerinde sadece bir alıkoyma hakkı bulunmamaktadır. O iyiniyetli zilyed olarak kabul olunmakta, ne semereler ne de diğer yararlanmaları için tazminle yükümlü tutulmamakta ve satıcı — malike karşı, semen kendisine iade olunmadığı sürece, zilyedliğin ihlalinden doğan davalardan yararlanabilmektedir —. Eğer şekilsiz satılmış gayrimenkul üzerine alıcı tarafından inşaat yapılmışsa, bu durumda o, Art. 672/73 anlamında da iyiniyetli kabul edilir.

En ilginç, Türk kanunkoyucusunun ve uygulamasının esaslı yenilemesinin — Roma Hukukundaki bonorum possessio'ya aynı ihtiyaçlarla zorunlu bir dönüş gibi — şekilsiz gayrimenkul iktisaplarında sicilde adına tescil yapılmamış kişinin aynî korunmasının “zilyedlik” olarak ortaya çıkmasıdır ki bu sonuç itibariyle kendine özgü bir mülkiyet hakkı olarak görülebileceği anlamına gelir. Bu husus, tapu siciline sonradan yapılan tescil ile mülkiyet hakkının ve aynı şekilde (yazarların görüşüne göre) otuz yıllık zamanaşımı yolu ile iktisabı kuvvetlendirmektedir. Bu sonuç, hernekadar dogmatik bazı hallerde münakaşalara sebep olmaktaysa da, ülkedeki kadastro görmemiş ve hiç bir tapu sicilinde yer almayan gayrimenkullerin çokluğu karşısında son derece yararlıdır. Buna bağlı olarak Yargıtay 1946'dan beri kesin olarak aynî ve devredilebilir bir zilyedlik hakkı kabul etmektedir.

KANETİ (İstanbul)'nin raporunda da aynı konu yukarıdaki görüşlere uygun olarak derinlemesine fakat çoğu zaman yeni açılardan detaylı olarak işlenmiştir. Bunun yanında uygulamanın, alım-satım sözleşmesinin düzenlenmesinde tapu memurunun münhasır yetkisini yaratışının tarihçesi izah olundu. Özellikle senette semenin daha düşük olarak gösterildiği sözleşme ile ilgili olarak Vergi Hukukuna ilişkin görüşlerin, kapsamı; sözleşmenin ifadan bağımsız olarak tarafların kararlaştırdıkları şekilde tüm olarak geçerli olacağı, raportörlerce de hafife alınmayan bir kanıttır. Yargıtay yeni olarak (1974), davacının miras hakkına tecavüz eden bağışlamada gizlenen bir alım - satım sözleşmesini batıl saymıştır; Yargıtay bununla ifadan bağımsız olarak, aynı zamanda ürüncü şahıs lehine etki gösteren mutlak butlanı tanımıştır. Buna karşılık TANDOĞAN tarafından da, esas olarak tasvip olunan, evlâd edinme ve ölünceye kadar bakma



akidlerinde geliştirilen prensip, savunulmuştur. Tapuya kaydolunmuş gayrimenkullerin alım-satımındaki şekil noksanı üzerine alıcının ya sıhhatli senedin düzenlenmesini istemek ya da semenin iadesini talep şeklinde seçim imkânı bulunduğu ileri sürülmüştür. Bu sonuncu talep hakkı sebepsiz zenginleşmeden değil sözleşmeden (promesse de vente) doğar. İrtifakların tesisi ve kat mülkiyetinin kurulmasına ilişkin sözleşmelerde daha yakından görülür (burada noterlerin yetkisinin tasvibi gerekli olmaktadır). Tapuya kaydolunmamış gayrimenkullere ilişkin alım - satım da bu raporda önemli bir bölüm teşkil etmektedir. Raportör, zilyedliğin "aynî hak" olarak kabulünün ve şekilsiz alım - satım sözleşmesinin promesses de vente'e tahvili ile her zaman tapuya kaydolunmamış gayrimenkuller için gayrimenkul alım - satımına ilişkin hükümler yerine menkul satımına ilişkin hükümlerin kaim olacağı şeklinde sonuca ulaşmaktadır.

#### 4. Karı - koca mal rejimleri ve Miras Hukuku :

GUINAND (Neuchâtel) raporunda İsviçre Hukukundaki mal rejimleri üzerine bir kaç şekil problemine dokunmuştur. Evlenenlerin % 90'nın kanunî usulü sürdürdüklerini tesbit etmektedir. ZGB Art. 181 deki şekil, karı-koca mal idarelerinin hukukî muamele şeklinde kuruluşu ve kaldırılmasında geçerli olduğu gibi, mahfuz malların mukavele ile tayin olunması halinde de geçerlidir. Yalnız evlilik sırasında yapılan evlenme mukavelesi mahkemenin tasvibini --şekil şartı değil bilakis geçerlik şartı — gerektirir. Şekil noksanı dolayısıyla butlanın neticeleri genellikle başka bir şekilde miras mukavelelerinde de ortaya çıkabilir. Raportör, daha sonra kanunî usulün geçerli olduğu eşler arasındaki hukukî muameleler için gerekli şekilde bahsetmiştir. İleriki bir bölümde fevkalâde usulle mal ayrılığına geçiş ve usullerin tasfiyesi şekil probleminden bağımsızdır. Bu kural olarak bir özel şekle ihtiyaç göstermez (çünkü bu gayrimenkullerin devri veya irtifakların tesisi sorusunda mevcuttur). Nihayet usulün değişmesi ve boşanma ile sona ermesi üzerinde duruldu; Federal Mahkeme 1973 den bu yana boşanmada mal rejimine konu malvarlığının tasfiyesine ilişkin anlaşmanın gayrimenkullerin ayrılan eşlerden birine devredilmesi için resmî bir şekli aramamaktadır. Eşlerden birinin ölümünde, mal rejimi ilişkilerinin tasfiyesi



için, yazılı miras taksim mukavelesinin yeterli olacağı yerleşmişti. Karı-koca mal idaresine konu olan mamelekte gayrimenkuller bulunsa dahi, hayatta kalan eş mirascı veya intifa hakkı sahibi ise, miras taksim mukavelesinin şeklinin yeterli olacağı raportör tarafından açıklanmıştır.

Vasiyetname ve Miras Mukavelesinde şekil problemlerinin yeni gelişmesi üzerine PİCENONI (Zürich) bilgi verdi. Pierre de touche, son arzulara ilişkin tasarrufun şekil sebebiyle batıl bir (nitekim hükümsüzlük davası ile ileri sürülmemiş) tasarrufu şart kıldığı ve buna bağlanması, Federal Mahkemenin içtihatlarında saptadığı prensiptir. Bir ortağa, şirket sözleşmesinde OR. Art. 580 Abs 1 çerçevesinde isabet eden yarar için şirket sözleşmesinin şeklini raportör bu konuda hakim görüşle birlikte yeterli görmekte, böylece şekilsiz geçerli bir ölüme bağlı tasarrufu kabul etmektedir. Resmî vasiyetnamenin şekli etraflıca müzakere edilmiştir. El yazısı ile vasiyetname de iradenin ferdileştirilmesinin şartı olarak, el yazısının bizzat tasarrufta bulunana ait olması şartı, yazı işleminin başkasının yardımı ile tekemmül ettiği fakat herşeye rağmen vasiyetçinin yazı karakterini muhafaza ettiği hallerde de mevcut sayılır. Şüpheli hallerde murisin iradesine ağırlık verilmesi gerekir. Tarih ve düzenleme yerinin doğru belirtilmesinin —genel olarak Federal Mahkeme içtihatları benimsenerek— gereği ve aynı şekilde murisin imzasına ilişkin birçok içtihad, özetlenerek açıklandı. Raportör, şifahi vasiyetname konusunda murisin, ölüm tehlikesi içinde bulunduğu ve başka şekilde vasiyetname yapamayacağına ilişkin sübjektif görüşü için Federal Mahkemenin hükümsüzlüğe yönelmiş aşırı sert tutumunu tenkit etmektedir. Daha sonra vasiyetnamenin şekilsiz olarak iptali ve miras mukavelesinin murisin sağlığında, irade fesadları, hukuka aykırılık, şekil noksanı v.s. gibi sebeplerle feshi konularına girildi.

Bu raporun yanında Türk tarafınca hazırlanmış iki rapor ile İsviçre ve özellikle içeriği zengin Türk içtihatlarının ve doktrinin ışığı altında, Türk hukukunun özel problemlerine girildi. Raporunun başlığının miras taksim mukavelesinin şekli olmasına rağmen, İMRE (İstanbul) maddî hukuka da girerek konuyu açıkladı. Mirasçılar, Türk Hukukunda da her zaman taksim imkânı bulunan yıllanmayan bir iştirak hali meydana getirmektedirler. Diğer taraftan içtihatlar,



aynî taksimi tamamlayan yükümlülüklerin, bunun gibi, esasen bir şekle ihtiyaç göstermediğine işaret etmektedir. (Borç yükleyen) taksim sözleşmesi için, daha eski tartışmaların bertarafından sonra Türk Hukukunda da, terekede gayrimenkuller bulunsa dahi adî yazılı şekil aranmaktadır: Probleme 1972 tarihli Noterlik Kanununda değiştirilmekte ancak farklı bir çözüm getirilmemektedir. Vasiyeti tenfiz memuruna karşılık mirasçılardan miras taksim mukavelesinin muhtevasını serbestçe tayin edebilecekleri noktası belirtilmeğe değer bulunmaktadır. Raportör İsviçre doktrininde de kabul olunduğu gibi murisin taksim kayıtlarının vasiyeti tenfiz memuru için bağlayıcı olduğuna işaret etmiştir. Diğer raporlarda da üzerinde durulan; daha eski kadastro sistemlerinin kapsamına alınmış ya da — çoğunlukla olduğu gibi — hiç bir sicilde yer almayan gayrimenkullerle ilgili muamelelerdeki özel güçlük, miras taksiminde de ortaya çıkmaktadır. Raportör, bu nevi gayrimenkullerdeki zilyedliğin mülkiyete eş bir aynî hak olarak görülebileceği fikrine muhalefet etmektedir. Çünkü miras taksim mukavelesi uyarınca mirasçı lehine veya aleyhine sınırlı bir aynî hakkın tesisinin, Türk Hukukuna göre resmî bir senede ihtiyaç gösterdiği fikrindedir. İptal üzerinde ve taksim sözleşmesinin butlanına ilişkin görüşlerinde kendisi, Yargıtayın miras mukavelesinin yükümlü taraflarca ihlali nedeniyle geçersiz olacağı hakkındaki bir kararını tenkid etmektedir. Borçlandırıcı taksim sözleşmelerinin şekil noksanı sebebiyle butlanı problemi sonunda; sözleşmenin yerine getirilmesi yolu ile taksimin çoğukere aynî taksim olarak nazara alınabileceği görüşü ile kesinliğinden çok şey kaybetmektedir.

Resmî vasiyetnamenin şekil problemi ile KOCAYUSUFPAŞA-OĞLU (İstanbul) meşgul olmuştur. Önceki tereddütler karşısında Yargıtayın 1962 tarihli bir prensip kararında; murisin, okuma ve yazma bilmesi halinde bir ölüme bağlı tasarrufun Art. 502 uyarınca ikmalini seçebileceğini tesbit etmiştir. Türkiyede uygulamada bu şekil hemen hemen münhasıran okuma ve yazma bilmeyen şahıslar tarafından kullanılmaktadır. Raportör, Art. 501 ve 502 deki her iki şeklin prosedürünü izah etmekte ve sonra iki şeklin karışımı olan daha zor bir soruyu tartışmaktadır. Federal Mahkeme uygulamasının ve İsviçre doktrininin tahlilinde, vasiyetname şeklinin amaç ve tayinini, yani miras bırakanın iradesi üzerinde açıklığın sağlanmasını



(SPIRO), kriter olarak kabul etmektedir. Bilindiği gibi "tehlikeli" karma şekillerde ihtilaflar miras bırakanın beyanları ile özellikle şahitlerin rolleri etrafında toplanmaktadır. Görevli memur tarafından metnin okunması sırasında şahitlerin hazır olmaları gerektiği konusunda raportör bizdeki hâkim görüşü tasvip etmektedir. Okuyup yazabilen mirasbırakanın söz konusu olduğu hallerde farklı karara varılması gerekir: Tasarrufta bulunan eğer metni okursa ve sonra imzalarsa okumanın şahitler karşısında gerçekleşmesi gerekmez. Sonraki şekil sadece okunulup yazılabilen hallerde geçerli olacaktır. Okuyup yazamayan şahıslar söz konusu olunca, görevli memur tarafından metnin okunması sırasında şahitlerin hazır bulunmaları gerekir. Bilindiği gibi aynı derecede tartışmalı olan, sene de geçirilecek şahit beyanlarının muhtevasını neyin teşkil edeceği sorusu hakkında ESCHER'in görüşünü ROSSIER ve buna karşı görüşü SPIRO savundu. Raportör, Art. 501 in çok genel olarak vazedildiği, bir örtülü boşluğu bulunduğu sonucunu çıkarmaktadır. Bir sonuç bölümünde, yeni Türk Noterlik Kanunu ile Medenî Kanunun söz konusu hükümlerinin hiç bir şekilde değiştirilmediği kanıtlanmıştır.

##### 5. Bağıslama ve vakıf :

Bağıslamanın şekli hakkında bir Türk ve bir İsviçreli raportöre ait iki rapor bulunmaktaydı. FLATTET (Lausanne)'e ait olan raporun birinci kısmında bağıslama sözleşmesinin kanaat verici doğması geliştirilmektedir. Bağıslama vaadinin şekle ihtiyaç göstermesi kendi açısından bir problem doğurmaz. Bu, yeterli düşünmeme karşısında bir koruma olarak ve bağıslayanın özgürlüğü için haklı, aynı zamanda inikadın açıklığı bakımından yararlı görülmektedir. Elden bağıslamanın çok dar kavramı başarısızdır. Yalnız rızanın mülkiyeti devretmediği bir sistemde şeyin teslimi her zaman şekil olarak kabul edilemeyecektir. Aynî veya elden bağıslama çoğu kere sözleşme ve aynı zamanda ifası buna ilişkin mamelek nakli ile birlikte meydana çıkar. Zilyedliğin ani devrinde bulunan, bir alacağın bağış şeklindeki naklinde ikaz fonksiyonu en azından zayıflatılmış olacaktır. Aynı şey Federal Mahkeme tarafından kabul olunan *constitutum possessorum* için de geçerlidir. Yazılı veya resmi (tek taraflı) şekli için ve bağıslama vaadinin her zaman şartları da kapsayabi-



leceği, fakat mükellefiyetleri bulunduramayacağı tartışma kabul etmez. Gene şekil sebebi ile hükümsüz bir bağışlama vaadinin ifasının çoğu kez, eğer *condictio* yoluyla iade nazara alınmazsa, bir elden bağışlamanın etkisini meydana getireceği tartışmadan uzak bulunmaktadır. OR. Art. 242 Abs. 2 gayrimenkuller üzerinde sınırlı aynî hakların tesisi veya nakli için resmi şeklin aranacağını açıkça belirtmiştir. LİVER'in bilinen bir yazısında bu hususun 1911 revizyonunda meydana gelen bir yazı hatası olduğu belirtilmektedir. Sınırlı aynî hakların yalnız yazılı sözleşmeye dayanan iktisabının genel kuralları bundan böyle uygulanmak gerekir. Buna karşılık Federal Mahkemenin şimdiye kadarki içtihatları müstakar olup, Art. 242 Abs. 2'nin eksiksiz uygulanması yolundadır ve şekil noksanı ile mutlak, resen nazara alınacak butlan ile bağlı olduğu hakkında karar vermiştir. Bu uygulamanın başlıca sebebi hilenin önlenmesi ve muvazaa ile mücadele olup, menkullerden farklı olarak gayrimenkullerde hakiki ilişkinin örtülü olmasının tapu sicili ile bağlılığı ve ifanın şekil noksanını bertaraf edememesidir. Yazara göre maddî bağışlama hukukunun doğmasındaki kesinlik devletler hususi hukukunda mevcut değildir. Gayrimenkul bağışlarında *lex rei sitae*'nin uygulanacağı tartışmasız kabul edilmektedir. Menkullerde ise bağışlayanın şahsi statüsü ve sözleşmenin icra statüsü (şekil yönünden de *lex rei sitae*) seçimliktir.

SELİÇİ (İstanbul), Türk Hukukunun gayrimenkullerde elden bağışlamayı kabul etmediğine işaret etmiştir. Bu sonuç, sebebe bağlılık prensibinin geçerli bir iktisap sebebini (yalnız *causa*'daki uyuma veya bir aynî akidde ki şekilsiz bir beyan anlamında değil) araması nedeniyle isabetlidir. Resmi senede bağlanmış bir bağışlama sözleşmesinin eksikliğine rağmen yapılan tescil Türk Hukukuna göre yolsuzdur ve terkin edilebilir. Elden ele bağışlamanın konusunu yalnız menkuller ve alacaklar teşkil edebilir. *Traditio brevi manu* dışında diğer teslim yerine kaim vasıtaların Türk Hukukunda yeterli sayılıp sayılmayacağı tartışmalıdır. Raportör bağışlama vaadinin şekli ile ilgili bölümde, yazılı veya resmî senedin bağışlayan için tek taraflı koruma ve ikaz fonksiyonuna işaret etmektedir. Yargıtay, bağışlama iradesinin yazılı şekilde beyan edilmesi gerektiğini kabul eder görünmektedir. Fakat raportör, mücerret, bağışlama sebebinin belirtilmediği bir bağışlama vaadinin de geçerli sayılması gerektiğini kabul etmektedir. Bir gayrimenkule ilişkin bağışlama vaa-



dinde uyulması gerekli şekil tartışmasız olduğu halde, senedi düzenlemeye kimin yetkili olacağı hususunda bir görüş birliği mevcut değildir. Hakim görüş ve Yargıtayın yeni kararları, tapuya kayıtlı gayrimenkullerde münhasır yetkinin tapu memuruna ait olduğu yolundadır. Tapuya kayıtlı olmayan gayrimenkullerin menkul-ler gibi muamele göreceği yolundaki görüşe paralel olarak, içti-hatlarda yazılı bir bağışlama vaadinin yeterli olacağı kabul edil-mektedir. Raportörün kabul ettiği diğer bir fikre göre ise resmî se-ned gereklidir. Türk Hukukunda da bağışlama sözleşmesine ilişkin bir —mükellefiyet değil— şart şekil zorunluğuna dahildir. Ölüm hali-ne ilişkin bağışlamalarla ilgili tartışmalar raportör tarafından şekil noksanın hukukî neticeleri ile birlikte ele alınmıştır. Bir bağışlamanın icrasına ilişkin fakat şekil şartının gerçekleştirilmediği sözleşme borç doğurmaz. Daha yeni bir görüş, bağışlama vaadinde de sui ge-neris butlanı, yani defî yolu ile geçerli kılınabilecek bir nevi iptal şekli olarak kabul etmek eğilimindedir. Geçersiz bir vaadin icrası menkul ve alacaklardaki elden bağışlamaya benzer bir hukukî du-rum meydana getirir. Yargıtay gayrimenkullerde daima muteber, şekle uygun bir bağışlama vaadini zorunlu görmektedir.

HATEMİ (İstanbul), Türk Hukukunda vakıf kurma muamele-sinin şekli üzerinde durmuştur. Eski hukuka göre kurulmuş ve eski hukuk ile doğrudan doğruya ilişkisi açık olan bir çok vakıf bulundu-ğundan, ilk kısımda İslâmî Vakıf - Hukuku hakkında bilgi verildi ve bunun hakiki iradeye dayanan her yerde şekilperest olmadığı be-lirtildi. Eskiden yanlı beyan ve senetle ispata karşı bir güvensizlik mevcuttu. Dürüst şahitler yolu ile ispat bunlara tercih edilmekteydi: Vakıf kurma muamelesi manumissio'ya kıyasen şekilsiz, tek taraflı ve geri dönülemeyen bir muamele olarak farazi bir dâva ile garanti edilmektedir. ZGB'nin gözden geçirilmesinden sonra da vakıf kur-ma muamelesi sağlararası veya ölüme bağlı tek taraflı muamele olarak kalmıştır ve toplum görüşüne uygun olarak bu son halde mu-ris sağlığında serbestçe dönebilir. Buna karşılık yazar, sağlararası vakıfdan ancak kurucusu tarafından sicile tescil talebine kadar dö-nülebileceği görüşünü savunmaktadır (BGB § 81 d'ye kıyasen). Da-ha yeni bir nizamnamede; eğer kurucusu vakıf kurma muamelesin-den üç ay içinde bizzat yerine getirmezse, teftiş heyetine vakfın tescilini dava yetkisini vermektedir. Raportör bu düzenlemenin Türk Hukukunun gelenekleri ile bağdaşmadığını belirtmektedir.



Vakıf sicili asliye hukuk mahkemesince tutulur. Tescil ile birlikte vakıf hükmî şahsiyet kazanır ve tahsis olunan mamelek kendisine intikal eder. Gayrimenkuller için tapu siciline tescilin yalnız açıklayıcı bir etkisi vardır. Raportör, vakıf kurma muamelesindeki şekil yanlışlıklarının neticeleri ile ilgili olarak şu hususları tespit etmektedir: Eğer vakfın muteberliği için vakıf kurma muamelesinde önemli bir unsur tespit olunmamışsa müeyyide tescile rağmen mutlak butlandır. Eğer Vakıflar Genel Müdürlüğü şekle uygun olmayarak kurulmuş bir vakfın tescilini talep ederse, kurucusu tescilden önce şekil sebebi ile butlanı ileri sürebilme imkânına sahiptir. Tescil bütün şekil eksikliklerini bertaraf etmez. Eğer tescil vakıf idaresinin tahriki ile yapılmışsa sıhhat kazanma gerçekleşmez.

#### 6. Garanti ve taksitle satım sözleşmesi :

AKEV (İstanbul), Türk ve İsviçre Hukukunda Kefâlet ve garanti sözleşmelerini şekil yönünden inceledi. Hukuki statünün farklılığı, çıkarlar durumu ve her iki hukukî müessesenin iktisadî amaçlarındaki benzerlik üzerinde duruldu. Şüphe halinde kefâlet iradesinin mevcut olduğu yolundaki karine Türkiyede de geçerlidir. İsviçre hukuku ile uygunluk aynı zamanda kefalet beyanının tek taraflı şekle bağlılığın gerekliliği —OR'nin eski düzenlemesi uyarınca yalnız yazılı — açısından da mevcuttur. Raporda birçok özelliklere ve azami miktarın (bunun eksikliği re'sen nazara alınacak mutlak butlana yol açar) önemine değinilmektedir. Şekilsiz kefâletin hükümsüzlüğü kefilin korunması düşüncesi üzerinde etkili tek husus değildir. Bunun yanında birkaç özel ispat kuralı da Türk Hukukunda aynı etkiyi sağlamaktadır. Buna göre, şekline uygun bir kefalet sözleşmesinin inikadı şahitler yolu ile ispat olunamaz ve batıl kefâlet ne rıza ne de mahkemede ikrar yolu ile telâfi olunamaz. Şeklen geçersiz bir sözleşme ile borç altına giren kefil edimi yerine getirdikten sonra dahi ödemediğini sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca talep edebilir. Şekil sebebiyle butlanın ileri sürülmesinde hakkın kötüye kullanılması, şekil noksanı nedeniyle batıl sözleşmeye kefil tarafından bizzat ve benzer olaylarla kasden sebep olduğu istisnai hallerde mümkündür. Banka muamelelerinde garanti sözleşmesi için yazılı şekil yerleşmiştir. Türk Hukuku OR eski Art. 494 Abs. 3'e uygun bir kuralı kabul etmiştir.



JEANPRETE (Neuchâtel) raporunda İsviçre taksitle satım hukuku hakkında aynı zamanda hazırlanmakta olan reformun cereyanı hakkında bilgi verdi. Burada açıkça; özel, modern ticarî metodların tehlikelerinin tecrübesizleri zarara uğratmaması için alıcının, düşünülmemiş bir akdin inikadından ve gelecekteki düşünülmemiş yükümlerden şekil yolu ile korunması söz konusudur. Belirtilen şekil yanında sözleşme için özel bir muhteva aranmaktadır. Sözleşmenin muhtevasına ilişkin belli başlı, önemli noktaların tespit edilmemiş olması butlan neticesini doğurur. Nihayet kanunkoyucu —sadece senedin şeklinde isimlendirdiği bir şekli getirdi. Satıcı, sözleşmenin henüz bağlayıcı olmayan muhtevasını alıcıya izah ederek, süreye bağlanmış kanunî çayma hakkını kullanmak isteyip istemediğini, karar vermede ona yardımcı olması için açıklamak zorundadır.

#### 7. Şirketler Hukuku :

Raporların büyük bir kısmı şirketler hukukundaki şekil problemlerine eğilmekteydi. Unsurlara ayrılmış konunun özelliklerinin fazlalığından dolayı burada, ancak temel görüşlerin sübjektif — özet bir şekilde ana hatları belirtilecektir. MEIER - HAYOZ (Zürich)'un "Şirket kuruluşunun şekli üzerine düşünceler" adlı detaylı raporu önce ortak olma serbestisinin hakim prensiplerini tespit etmekte ve numerus clausus prensibine göre geçerli şirket çeşitlerini aydınlatmaktadır. Bu, şirketler hukukuna ilişkin temel postulanın meydana gelmesine hizmet etmektedir : Emin bir teşekkül yapısının gerçekleştirilmesi ve haklar üzerinde açıklık, ortakların ödevleri ve sorumlulukları, tek bir ortağın ve alacaklının korunması, HELDRICH'e istinaden, hukukî muamelelerin şekillerinin çok farklı fonksiyonlara ve bazen birden fazlasının aynı fonksiyona sahip olabilecekleri belirtildi: İnikad ve muhteva açıklığının, ispat emniyetinin, aceleye karşı korumanın, üçüncü kişilerce tanınabilmesinin, meslekî müzakerelerin emniyetinin ve umumî menfaatin gözetilmesinin geliştirilmesi. İleri liberal kuruluş düşüncesi, normatif tanzim sistemindeki, şirket sözleşmesinin sicil memuru tarafından geniş olmayan bir kontrolünü aramaktadır. Kollektif, komandit şirketler ve (iktisadî gayeli) derneklerde aleniyet fonksiyonu tescile bağlanmaktadır. Ticaret siciline tescilin önemi geniş ölçüde, kuruluşun şekil kuralları yolu ile önemli derecede müşahede olunan ti-



caret hayatındaki güvenliğe inhisar etmektedir. Şirket sözleşmesinin şekle bağlılığı bundan başka, ortaklara ilişkin kuralların tespitinde, haklar ve borçlarının tayininde açık bir düzenlemeyi amaçlar. Bu sebeplerden raportör kollektif ve komandit şirketlerde şirket sözleşmesinin şekil zorunluluğu için tafsilatlı bir kuruluşu de lege feranda olarak getirmektedir.

POROY ve TEKİNALP (Türk Hukukunda ticaret ortaklıklarında şekil problemi) kişi ortaklıklarının tiplerini tayin eden fakat sicile tescil ile ilgili olmayan kuralları da şekle ilişkin saymaktadırlar. Türk Hukukuna göre bir ticarî işletme olarak işletilebilen adi ortaklığa kısaca değinildi. Diğer ticarî ortaklıklarda İsviçre Hukukunda olduğu gibi sabit şekil sistemi ve numerus clausus prensibi geçerlidir. Kooperatifler 1969 tarihli daha yeni bir kanunla düzenlenmiştir. Bunların şahıs şirketlerinin özel bir çeşidi mi yoksa kişi birliği olarak mı sınıflandırılması gerektiği tartışmalıdır. Bankalar ve sigorta şirketleri (karşılıklı sigortada kooperatif tarzında) yalnız anonim ortaklık olarak kurulabilirler. Türk Hukuku ticarî işletme şeklinde vakıf tanımamakta ve kooperatiflerin sermaye ortaklığı olarak kullanılmasını kabul etmemektedir. Yargıtayın 1962 tarihli bir kararı çok tartışılan, şahıs ve sermaye ortaklıklarında zorunlu ve düzenleyici kuralların sınırlandırılması için bir emsal teşkil etmektedir. Bu sınırlamaya raporda, zengin literatür ile örülmüş bir şekilde değinilmiştir. Anonim Ortaklıkların çok büyük bir kısmını küçük ve orta seviyedeki ticarî işletmelerin teşkil ettiği görülmektedir. Yargıtay buna rağmen kesinlikle, anonim ortaklıkların tanzimi ve bunların, küçük tasarrufları büyük iktisadî amaçlar için birleştirdiğinden, muamele tarzlarının umumun yararına olduğuna işaret etmektedir — İkinci bir kısımda şirket sözleşmeleri daha doğrusu statüleri şekil açısından incelendi. Yazılı olması ve imzaların noterce tasdiki her yerde mutabakat şartıdır (kollektif ortaklıklarda son şartın yalnız ticaret siciline tescil için mi arandığı tartışma konusu olmuştur). Anonim ortaklıklarda statünün mahkemece tasdikinden sonra butlanın artık ileri sürülemediği hükmünün çıkarılması gerekmektedir. Mülkiyet veya sınırlı aynı hakların katılmasında statüleri resmi şeklin yerini tutar. Son olarak da çeşitli ticaret ortaklıklarının kararlarının şekilleri ile ilgilenildi. Türk rejimi için, belli hallerde GmbH'da Ticaret Bakanlığının onamı ve bu makamın bir komiserinin anonim ortaklık



genel kurul toplantısında bulunması mecburiyeti karakteristiktir. Eğer bir memur (hazır bulunan pay sahipleri ile birlikte) zabıtları imzalamamışsa karar batıldır.

ANSAY (Ankara) in anonim ortaklıkların Türk Hukukuna göre kuruluş formaliteleri üzerindeki raporundan, uygulamada kuruluş statüsünün Ticaret Bakanlığınca hazırlanmış bir örnek sözleşmeye göre gerçekleştiği anlaşılmaktadır. Yazılı şekilde hazırlanan, kurucular tarafından imzalanan ve noterlikçe tasdik olunan statünün tespitinden sonra bunun Ticaret Bakanlığına izin için arzedilmesi zorunluğu vardır. Bu şekilde gerçekleştirilen kontrolün tafsilat üzerinde meydana gelen görüş ayrılıklarında nereye kadar geçerli olacağı sorusuna, umumî yararın nazara alınabileceği hususlara kadar gerçekleştirilebileceği şeklinde cevap verilecektir. Bu ikinci safhadan sonra bir de kuruluşun ve statünün mahkemece kontrol ve tasdiki gerçekleşmektedir. Mahkeme, ayrıca aynî katılma ve devir alınan ayınlara değerlendirmesine ilişkin bilirkişi raporunu inceler. Ancak bundan sonra ticaret siciline tescil için talepte bulunulabilir. Sicil memuru hukuki esasları bir kere daha kontrol zorundadır. Burada araştırmanın gerçek ya da böyle olması gerektiği izlenimi söz konusudur. Bunun neticesi olarak Türk Hukukunda da, ticaret siciline tescil ile her türlü kuruluş noksanının sıhhat kazanacağı kabul edilmiştir. Buna rağmen, eğer önemli eksiklikler mevcutsa, şirket kuruluşunun butlanının tesbiti tescilden sonra dahi bir ay içinde dava olunabilir. Burada, bu usule göre şirketin kurulmadığının tesbiti mi yoksa İsviçre Hukuku anlamında bir fesih davasının mı söz konusu olacağı tartışmalıdır. İsviçre Hukuku ile Türk Hukukunda sicile tescilin etkilerinin titiz bir karşılaştırılması KARAYALÇIN (Ankara) tarafından gerçekleştirilmiştir. Türk ticaret sicili işletmeler için münhasır bir sicildir. MK. md. 7 (ZGB Art. 9) güvenin korunmasının temeli olarak mütalaa edilir. Başlı başına kurucu ve açıklayıcı, mecburi ve ihtiyari etkileri ispat karineleri v.s. arzeder. Tescil firmanın ve ticarî markanın korunması için kurucudur ve tescil ile yalnız ticari şirketler değil, aynı zamanda kollektif ve komandit ortaklıklar da hükmi şahsiyet kazanırlar. Ticaret siciline tescil aynı zamanda Kara Avrupası sistemi uyarınca gerçekleştirilebilen ticari işletme rehnine de temel teşkil eder. Anonim ortaklıklarda ticaret siciline tescilin düzeltici etkisi problemi zengin literatür ve incelikle araştı-



rıldı. Türk Hukukunda, daha önce açıklandığı gibi tescil değil, bilakis ondan önce mahkeme tarafından kuruluşun tasdiki ana noktayı teşkil ettiği neticesi çıkmaktadır. Butlan davası için süre yalnız bir aydır. İsviçredeki düzenlemeye karşılık karar ex nunc olarak etki gösterir ve bu hukukî durumu basitleştirir. Fesih sebepleri olarak, kanunda sayılı eksiklikler dışında kuruluştaki önemli yanlışlıklar da nazara alınacaktır. Raportör bunun yanında HIS tarafından müdafaa olunan, esaslı eksikliklerin mutlak butlana götüreceği görüşüne katılmaktadır.

Bu görüşler PATRY (Genf/Lausanne) “Şekli şart olarak ticaret siciline tescil” tarafından tamamlandı. Ticaret ortaklıklarının hükmi şahsiyetlerinin meydana gelmesinde ticaret sicilinin sıhhat kazandırıcı şeklinde ifade olunan etkisi ile ilgili problem detaylı bir şekilde tartışmaya sunuldu. Başlangıçta ticaret siciline tescilin münhasıran ticarî güvenin yararına, aleniyet ve umumi güvene hizmet ettiği ileri sürülmüştür. Diğer taraftan sicil memurunun yalnız sınırlı olan kontrol görevi maddî hukuk yönünden hatalı tescil ihtimalini azaltmaktadır. Maddî hukuka ilişkin kanunî şartların tamamı yerine getirilmediği halde tescil nedeniyle bir hükmi şahsiyetin şeklen meydana gelmesi ihtimal dahilindedir. Sicile güvenin halkın korunması için (tescilin terkinine kadar) hükmi şahsiyeti var sayılacaktır. Raportör, geniş olarak kabul edilen kuruluş eksikliklerinin sıhhat kazanacağı görüşünün herhalde OR Art. 643 te pozitif hukuka dayanan bir temele sahip olması önemli ilişki ve problemleri kapsamına neden olacağını ve bunun etkili bir şekilde düşünülmesi gerektiğini belirtti. Hukuka ve ahlâka (adaba) aykırılık halinde sıhhat kazanma gerçekleşmez. Bu konuda uygulama ve literatür arasında görüş birliği vardır. Ne şekilde ve hangi ilişkilerde üçüncü kişinin yanlış tescile güveni korunmaya değer olduğu, diğer bir deyişle ticarî ortaklığın geçerli olarak meydana geldiği faraziyesinin nereye kadar uzanabileceği sorusu, daha yakından incelemeyi bekleyen, büyük bir kısmının hâlâ cevaplandırılmamış olduğu bir problemidir.

#### 8. İdare Hukuku :

İdarî muamelelerin şekli ile ilgili raporlarında Usteri (Zürich) ve AZRAK (İstanbul) temel olarak benzer sonuçlara ulaştılar. USTERİ hukuk teorisi yönündeki raporunda, özel hukukta olduğu gibi



idari tasarrufların şekilsizliğinin kural olarak kabul edildiği en yeni Alman teorisine (FORSTHOFF) karşı cephe almaktadır. İdarî muamele organ görevlisi kişinin irade beyanı olmayıp, bilakis hakim bir kural koyma yetkisinin kullanılmasıdır. GIACOMETTIYE istinaden yazılı şekil, serbest düzenlemeye uygun olarak gösterilmiştir. Bu yalnız idarî tasarrufların açıklığını, kararlılığını (kesinliği) ve emniyetini sağlar. Bildirim, tebligat veya tamim gibi, tasarrufta bulunmanın imzasının hukukiliğinin icabı olduğu hallerde esasen zimni idarî tasarruflar mevcut değildir. Hatalı idarî tasarruflar tamamen batıldır. Özel hukuka ilişkin şekiller ancak hakimiyete dayanmayan, yardımcı idari muameleler şeklinde isimlendirilen idarede kullanılabilir. Resmî sözleşmeler aslında karmaşık idarî tasarruflardır.

AZRAK'ın raporu (Türk idaresinde şekil ve usul üzerine mülahazalar) Türk İdare Hukukunun esasları ve açık özelliklerini getirmektedir. İdare hukukundaki şeklin sebebi —Fransız doktrininin örneklerine göre de, idarî tasarrufun hazırlanma usulünü de kapsayan — özel hukukta olduğu gibi tarafların korunması değildir. Tayin edilmiş bir usulün ve tasarrufun kendisine gönderilen veya ilgiliye ihbarı aranacaktır. GIACOMETTI ve ONAR'a istinaden, Alman doktrinine karşılık aynı şekilde idari tasarrufun unsurlarının şekle bağlı olacağı meydana çıkmaktadır. Türk İdare Hukuku geniş ölçüde örf ve âdet hukukuna ve bir dizi özel kanuna dayanmaktadır. 1963 tarihinde ileri sürülen kodifikasyon talebi itibar görmemiştir. Yazar, Türk Danıştayının idarî tasarruflar hakkındaki hukukî görüşünü ortaya koyan bir dizi kural arzetmiştir.

### 9. Devletler Hususî Hukuku :

Şeklin devletler hususî hukukundaki önemi, sıkışık müzakere temeli içinde Türklerden SEVİĞ (İstanbul; Türk milletlerarası hukukunda şekli düzenleyici kanunun) tarafından tartışmaya getirildi. Türk hukuk düzenlemesi dış ülkelerde inikad etmiş şekle bağlı muameleleri, eğer bunlar o ülkenin şekil kurallarına uygun ise ve gayrimenkullerde, sözleşme ve tasarrufların aksine özel şekle bağlandığı takdirde geniş ölçüde geçerli saymaktadır. Ülke içine inhisar eden hukukî ilişkilerde Türk Hukuku bunun aksi olarak uygulanır. Hukukî muamele ülke dışında Türkler arasında inikad ettiriliyorsa, lex loci contractus'un veya yerli hukukun uygulanması esasen seçimlik-



tir. Evlilik akdi için Türkiyede evlendirme memurunun katılması (tek) esaslı şekil unsuru olarak görülmektedir. Buna rağmen ülke dışındaki evlenmeler, Türk diplomatik ve konsolosluk temsilcilerinin huzurunda inikadları her zaman mümkün olmadığı için, eğer orada geçerli şekle uyulmuşsa kabul edilmektedir.

#### 10. Tahkim sözleşmesi :

ALANGOYA (İstanbul) "Resmî şekle ihtiyaç gösteren hukukî muameleler haklarındaki tahkim sözleşmesinin şekli" hakkındaki raporunda; Yargıtayın 1967 tarihli bir kararında, gayrimenkullere ilişkin ihtilafların hakem mahkemesi tarafından halledilebilmesi için tahkim sözleşmesinin resmî şekilde yapılmasının aranacağı şeklinde ifade olunan görüşe karşı çıkmıştır (\*). Bu görüş kısmen hakem mahkemelerinin faaliyetinde, kendilerine arz olunmuş hususi hukuk ilişkilerinin tadilini gören bir Alman doktrinine dayanmaktadır. Yazarın da katıldığı karşı görüş, şekil serbestisi ve tahkim sözleşmesinin usulî niteliği prensiplerinden hareketle ispat yoluna gitmektedir. Yürürlükte bulunan Medenî Usul Hukuku kaidelerine getirilecek açık bir kural (Türk Hukukunda bu yolda bir kural bulunmamaktadır) tahkim sözleşmesinin resmi senede bağlanmasını, düzenleyebilirdi. Mevcut ihtilaflar üzerinde geniş bilgi verilmiştir.

---

(\*) Yazar özetinde Türk Yargıtayı'nın bir kararında, gayrimenkullere ilişkin ihtilâfların hakem mahkemesi tarafından halledilebilmesi için tahkim sözleşmesinin resmî şekilde yapılmış olması şartını aradığını ve ALANGOYA'nın bu görüşü reddettiğini yazmıştır. ALANGOYA'nın raporunda açıkça belirtildiği gibi, Yargıtay sözü geçen kararında (Y. 4. HD., 9.11.1967, 8868/5220 s.k., AD. 1965/11 - 12, s. 1378/79) gayrimenkullere ilişkin ihtilâflarda tahkim yoluna başvurulamayacağını kabul etmektedir.

Raportör bu görüşü reddettiği gibi, gayrimenkullere ilişkin ihtilâflarda tahkim sözleşmesinin resmî senetlemeyi gerektirdiği yolundaki görüşü de kabul etmemektedir.