

## HUKUKİ MUAMELELERDE TAHVİL

Doçent Dr. Turhan ESENER

### Giriş ve problemin vazı :

Hukuki muamele bir kimsenin iradesini beyan etmesi neticesi meydana gelir. Objektif hukuk fertlere istedikleri hukuki muameleyi yapabilmek selâhiyetini bahşetmektedir. Hususi hukuk sahasında hâkim olan mukavele serbestisi prensibi gereğince taraflar yapacakları mukavelenin mahiyet ve muhtevasını diledikleri gibi tâyin edebilirler. Ancak işbu mukavele serbestisi B.K.m. 19, f. 1 de zikredildiği veçhile kanunun gösterdiği hudutlar dahilinde mümkün olur. Böylece B.K. m. 19, kanun ile mukavele arasındaki münasebetleri tanzim eder. B.K.m. 19, f. 2 ve 20 ise akit serbestisine konulan takyitleri beyan ederler. B.K. m. 19 akit serbestisinin hududunu tayin ederken B.K. m. 20 bu tahdidi tecavüz eden anlaşmaların hangi nisbet ve ölçüde bâtil sayılacağını tayin etmektedir (1). Böylece aktedilen bir mukavele kanunda gösterilen hudutları tecavüz ettiği için bâtil olabilir.

Diğer taraftan, kanun bir akdin muteber surette teşekkülü için şekle riayet mükellefiyeti vazetmişse bu şekle riayet akdin sıhhati için şarttır (sıhhat şekli). B.K. m. 11 de beyan edildiği veçhile kanunumuzda esas itibariyle şekil serbestisi prensibi hâkimdir. Akdin sıhhati, kanunda sarahat olmadıkça hiçbir şekle râbi değildir. Şu halde kanunda akdin sıhhati için bir şekle riayet mecburiyeti konmuşsa, kanunun bu şekil hususunda derpiş ettiği bütün şeraite riayet edilmedikçe akit bâtil olur (2).

Böylece, bâtil olan bir muamele o muameleyi yapan kimse tarafından derpiş edilmemiş olan muteber bir diğer muamelenin unsurlarını ihtiva edebilir. Bu takdirde, acaba, bâtil olan muamele inşai ve şekli unsurlarını ihtiva ettiği muteber muameleye inkılâp edebilecek midir? Bu meseleye doktrin ve mahkeme içtihatlarında «Tahvil - Konversion» ismi verilmektedir. Tahvil kabul edilecek olursa muteber muamele, bâtil muamelenin yerine kaim olacaktır.

Problemi kısaca vazettikten sonra tahvili şu şekilde tarif edebiliriz :

Tahvil, bâtil bir muamelenin yerine bu muamelenin yapılması sebebiyle

(1) Schwarz, Borçlar Hukuku Dersleri, s. 531.

(2) Ufak bir şekil noksanı dahi akdin butlanı için kâfi gelir ve tarafların ihtiyari olarak vecibelerini ifa etmeleri kaideten muameleye sıhhat izafe etmez.

şekli şartları, tahakkuk etmiş olan bir diğer muteber muamelenin ikame edilmesidir. Başka bir tâbirle tarafların yapmış oldukları muamele kanunun riyeti mecbur kıldığı şartlara uygun olmamakla beraber mümasil bir maksat ve neticeyi istihdaf eden diğer bir muamelenin şartlarını ihtiva ediyorsa tahvilden bahsedilir. Taraflar akdettikleri muamelenin bâtil olduğunu bilmiş olsalardı aynı gayeye götürecektir olan diğer muameleyi yapacaklardı.

Bu tariftan anlaşılacağı veçhile tahvilde iki ayrı muamelenin mevcudiyeti kolaylıkla müşahede edilebilir. a) tarafların aralarında akdettikleri bâtil muamele ki buna asli veya birinci muamele diyebiliriz. b) Bâtil olan muamele yerine kaim olan ikinci muamele.

Tahvil müessesesini Türkiye - İsviçre Hukukunda incelemeden evvel bu hususta hüküm sevkeden Alman Hukukundaki durumu incelemenin faydalı olacağı kanaatindeyiz.

## BÖLÜM I

### ALMAN HUKUKUNDA HUKUKİ MUAMELENİN TAHVİLİ

#### FASIL I. Tarihçe ve Alman Medeni Kanunu.

Alman Medeni Kanununun yürürlüğe girmesinden evvel tahvil Alman hukukunda tanzim edilmemiştir(3). Würtemberg, Avusturya, Bavyera, Prusya Kanunlarında tahvilden bahseden hükümlere rastlanmaz. Hattâ, 1863 de neşredilip 1865 de yürürlüğe giren Saksunya Kanununun 103 üncü maddesinde tahvil kısmî butlandan tefrik edilmemiştir. Aynı kanunun 2547 nci maddesi ise miras mukavelesinin vasiyete tahvilini sarahaten menetmiş bulunuyordu (4). 1862 de neşredilmiş olan Bavyera krallığı Medeni kanun projesinin 82 inci maddesine göre «tarafların aralarında kararlaştırdıkları bâtil bir muamele diğer bir muamelenin şartlarını ihtiva ediyor ve tarafların da iradelerine tekabül ediyorsa bu ikinci muamele namı altında muhafaza edilir.» Alman Medeni Kanun projesine örnek teşkil etmiş olan Dresden Kanun projesine de tahvile yer verilmişti. Nitekim Alman Medeni Kanun projesinin § 145 şu şekilde kaleme alınmıştır: «İstihdaf edilen hukuki muamele bâtil olup da diğer bir muamelenin bütün şartlarını haiz bulunuyorsa ve bâtil muamele hususunda izhar olunan iradeye de uygun bulunduğu takdirde muteber olan ikinci muameleye itibar olunur».

Birinci komisyonun esbabı mucibe lâyhısına göre ikinci muamele bâtil muameleyi yapan kimse tarafından tâli derecede istenilmelidir ki bu her hâdi-

(3) Müsterek Alman Hukuku için bk. Fischer, Konversion unwirksamer Rechtsgeschäfte Leipzig, 1913, s. 38-48.

(4) Tafsilât için bk. Fischer, s. 48-52.

sede ayrı tetkik edilmek icap eder. İkinci komisyon ise mezkûr maddeyi şu şekilde değiştirmiştir: «Bâtil olan hukuki muamele başka bir muamelenin şartlarını ihtiva ediyorsa ve taraflar yaptıkları muamelenin butlanını bilmiş olsalardı bu ikameyi yapacak idi iseler ikinci muameleyi itibar olunur.» Böylece ikinci maddenin «istenmiş olması» şartına ihtiyaç kalmamıştır (5).

Alman Meden Kanunu 140 ıncı maddesi ile tahvili hükme bağlamış bulunmaktadır. Binaenaleyh, işbu 140 ıncı madde muvacehesinde tahvil müessesesini tetkik etmek icap eder. Bu madde hükmüne göre, bir hukuki muamele diğer bir hukuki muamelenin şartlarını ihtiva ettiği ve tarafların butlana vukufuları halinde bu muamelenin istendiği kabul edilebildiği hallerde bu ikinci muamele-ye itibar olunur.

Bu madde hükmünden istihraç edilebileceği veçhile, tahvil gayesi itibariyle aktedilen muamelenin butlanı yerine muhafaza edilmesi prensibine, **favor contractus**, istinat etmektedir (6). Tarafların arzu ettikleri bir mukaveleyi bâtil kılmak yerine onun eksikliklerini itnam ederek muteber hale getirmek lâzımdır. Staudinger'e göre bu bakımdan kullanılan **Konversion** tâbiri maksada elverişli değildir, zira, kelimenin tam mânasiyle bir **Verwandlung** bahis mevzuu olmayıp yapılan hukuki muamelenin muhafazası fikri hâkimdir (7).

## FASIL II. Alman Hukukunda tahvilin şartları.

BGB § 140 mucibince bir hukuki muamelenin tahvili için üç şartın mevcudiyeti lâzımdır.

I. Yapılan aslî muamelenin bâtil olması lâzımdır.

Tahvil, herşeyden evvel bâtil bir muamelenin mevcudiyeti şartına istinat eder. Alman Hukukunda bir muamelenin inşai şartlarından bir veya birkaçı tamam değilse o muamele eksik (unvollkomen) bir muameledir. Eğer eksik olan şart hiçbir şekilde tahakkuk etmeyecek ise o muamele bâtildir (Nichtig, unwirksam). Meselâ, temyiz kudretinden mahrum bir şahsın yaptığı miras mukavelesi bâtildir ve 140 ıncı madde böyle bir halde tatbik edilebilir. Buna mukabil, eksik olan şartın tahakkuk edip etmeyeceği evvelden belli olmayabilir. Meselâ, teslim vaki olmadan menkul mülkiyetinin nakli gibi. BGB § 140, bâtil olduğu henüz meşkûk olan eksik muamelelere tatbik edilemez ve binaenaleyh eksik muamelelerin tahvili bahis mevzuu olmaz (8). Filhakika, 140 ıncı maddenin istihdaf ettiği gaye hüsnüniyetle muteber bir muamele yaptığını zanneden

(5) Tafsilât için bk. Fischer, s. 56.

(6) Staudinger, Kommentar zum BGB, 1957, Not 140, 2 a, s. 836.

(7) Von Tuhr'a göre de (allg. teil, s. 287, not 52) konversion tâbiri maksada elverişli değildir. Muamelenin muteberliği hâkim kararına değil kanuna istinat eder.

(8) RG 124, 28, Lange, BGB Allg. Teil, 1958, s. 312 1b.

kimseyi himaye etmektir. Yapılan muamele eksik bir muamele ise taraflar, o muamelenin eksikliklerini gidererek muteber bir muamele aktebilirler. Keza, 140 ıncı madde taraflardan birisinin tasvibiyle muteber hale gelen askıda (schwebend unwirksam) muamelelere de tatbik edilmez (9). Meselâ, kanuni mümessilin izni veya muvafakati olmadan küçük veya mahcurun yaptığı bir muamele (§ 108) ile selâhiyetsiz mümessilin yaptığı muamelenin (§ 177) 140 ıncı maddeye göre tahvili mümkün değildir. Tahvil ancak böyle bir muamelenin bâtil olacağı katiyet kesbettikten sonra bahis mevzuu olabilir.

Aktedilen muamele sadece muayyen şahıslara karşı hüküm ve netice meydana getirmiyorsa (relativ unwirksam) 140 ıncı madde mucibince tahvil ancak istisnai hallerde mümkündür. Muayyen bir kimsenin menfaati icabı olarak bir devir yasağı (m. 135 ve 136) mevcut ise yapılan muamele tamamen bâtil olmayıp sadece o şahsa karşı hüküm ve netice meydana getirmez. Meselâ, şeriklerden birisi hissesini bir diğer ortağa devir ve temlik ederse haddizatında muteber olan bu muamele diğer şeriklere karşı hükümsüzdür (m. 719). Böyle bir muamele bir hakkın temlikine tahvil edilebilir.

İttifakla kabul edildiğine göre 140 ıncı madde ancak muayyen bir zaman için hüküm ve netice meydana getiren muamelelere (nachtraglich unwirksam), tâliki şarta bağlı muayyen mal vasiyeti (m. 2162), müruruzaman gibi, tatbik edilmez. Feshi mümkün ve fakat henüz feshedilmemiş (anfechtbar) olan muamelelerin, meselâ hataya düşen tarafın fesih hakkı gibi (m. 119), tahvili mümkün değildir (10). Buna mukabil feshedilmiş bir mukavelenin tahvili mümkündür (11).

Tarafların muteber bir muameleyi yanlış olarak başka bir nam altında tavsif etmiş olmaları halinde de tahvilden bahsolunamaz (12). Zira bu halde mezkûr muamele tarafların tavsifine göre değil, muhteva ve mahiyetine göre hâkim tarafından tayin edilecektir. Meselâ hasılat kirası yerine âdi kira, ihraz yerine ödünç gibi tâbirlerin kullanılması muamelenin butlanını intaç etmiyeceğinden 140 ıncı maddenin tatbiki bahis mevzuu olamaz.

II. Aktedilen bâtil muamele başka bir hukuki muamelenin şartlarını ihtiva etmemelidir.

140 ıncı madde «Entspricht ein nichtiges Rechtsgeschäft den Erfordernissen

(9) Staudinger, Mad. 140, No. 5, s. 837.

(10) Maamafih Hölder, Planck gibi bazı müellifler aksi fikirdedirler. Bk. Fischer, s. 66.

(11) Staudinger, Mad. 140, No. 5, RG 79, 308, Palandt, BGB 1959, Mad. 140, No. 1.

(12) Von Tuhr, Allg. Teil, s. 288, Staudinger, Mad. 140, No. (4).

eines anderen Rechtsgeschäfts....» demektir. «Entsprechen» tâbiri doktrinde umumiyetle «ihtiva etmek» şeklinde tefsir edilmektedir (13). Şu halde bâtil olan muamele ikinci (muteber) muamelenin, irade unsuru hariç, diğer bütün unsurlarını ihtiva etmelidir. İrade unsuru ise 140 ıncı madde vasıtasıyla itmam edilmektedir. Buna mukabil, muteber muamelenin hüküm ve neticeleri aslı muameleden tamamen farklı olabilir. Acaba, ikinci muamelenin hüküm ve neticeleri birincisinden daha şümüllü olabilir mi? Bazı müellifler muteber muamelenin hüküm ve neticelerinin bâtil muameleninkini hiçbir zaman aşamayacağı fikrinde dirler (14). Alman Yüksek Mahkemesi de aynı fikirdedir (15). Diğer bazı müellifler ise ikinci muamelenin daha geniş hüküm ve netice meydana getirmesinde herhangi bir mahzur görmemektedirler. Fakat Palandt şerhinde de ifade edildiği veçhile ikinci muamelenin asli muamele ile istihdaf edilen gayenin bir kısmını tahakkuk ettirebilmesi kâfidir. İkinci muamele aslı muameleden tamamen farklı bir muamel olabilir. Meselâ çift taraflı bir hukuki muamele yerine tek taraflı bir hukuki muamele, ölüme bağlı bir tasarruf yerine hüküm ve neticelerini hayatta olanlar arasında meydana getiren bir muamele veya **vice versa** ikame edilebilir. İkinci muamelenin asli muameleden nev'en farklı olmasına lüzum olmayıp farklı olması kâfidir (16). Maamafih, Alman Temyiz Mahkemesine göre tahvilin mümkün olabilmesi için ikinci muamelenin bâtil olan asli muameleden farklı olması icap eder. Meselâ, şekil noksanı sebebiyle hükümsüz olan feshi gayri caiz bir vekâlet rücuu mümkün bir vekâlete tahvil edilemez (17). Finger'e göre ikinci muamele askıda bir muamele olabilir. Meselâ, reşit olmayan bir kimse tarafından yapılan ve 111 inci maddeye göre hükümsüz olan feshi ihbar, kira mukavelesinin feshi için yapılan bir icaba tahvil edilebilir.

III. Taraflar, akdettikleri muamelenin bâtil olduğunu bilselerdi ikinci muameleyi yapacaklardı.

Tahvilin mümkün olabilmesi için yukarıda zikredilen iki şarttan başka şartları tahakkuk eden ikinci muamelenin de istenmiş olması lâzımdır. Tarafların sadece bâtil muameleyi istediklerinin farzolunduğu hallerde tahvil mümkün olmaz. Hakikat halde tarafların ikinci mukaveleyi yapmak hususundaki farazi iradesinin mevcudiyeti lâzımdır. Diğer taraftan, tahvilin mümkün olabilmesi için tarafların bâtil olan asli muameleyi ciddi olarak istemiş olmaları lâzımdır. Taraflar hakikat halde bâtil olan muameleyi istememişler ve onu başka bir muameleyi arkasında gizlemek için yapmışlarsa ortada bir muvazaa hali mevcuttur (18).

(13) Voss, Die Konversion des Rechtsgeschäftes BGB § 140, Rostock, 1905, s. 45; Finger, Die Umgestaltung nichtiger Rechtsgeschäfte, Berlin, 1932, s. 72.

(14) Voss, s. 44.

(15) Palandt, Mad. 140, No. 1, s. 109.

(16) Fischer, s. 76; Eneccerus, Kipp und Wolff, 1931, 13. baskı, s. 617.

(17) RG Warn. 1922, No. 66.

(18) Palandt, Mad. 140, No. 1, s. 17.

Tarafların butlanı bilip bilmedikleri hususunda 140 ıncı madde herhangi bir karine vaz etmemiştir ve bu mesele her hususi hale göre umumi tefsir prensiplerine göre tayin olunur (19). Taraflar butlandan haberdar idiyseler tahvil mümkün değildir. von Tuhr'un da beyan ettiği veçhile (20), bu gibi hallerde netice iradesi (Rechtsfolgewille) mevcut değildir ve asli muamelenin yerine bir diğerinin istenildiğini farzetmeye mahal kalmaz. Meselâ Alman Medeni Kanununun 518 inci maddesine tevfikân noter senedi ile yapılması icap eden bir hibe vâdinde bu şekle kasden riayet edilmemiş olması halinde bu hibe akdi aynı şartları ihtiva eden bir vasiyetnameye tahvil edilemez. Aynı sebeple, bir kimse yazılı olarak yaptığı bir teklifi muhatabına göndermeden ölürse AMK m. 2231,2 deki şartlar tahakkuk etsen dahi bu icap muayyen mal vasiyetine tahvil edilemez. Zira, muhatap tarafından kabul edilmediği için henüz hibe akdi teşekkül etmemiştir.

Tarafların tahvil hususundaki farazi iradelerinin bâtil muamelenin akdi anında mevcut olması lâzımdır (21), tarafların bilâhare beyan ettikleri irade rol oynamaz. Staudinger'in de sarahaten belirttiği veçhile tahvilde müessir olan, tarafların iktisadi netice hususunda izhar ettikleri iradedir (22). Tarafların farazi iradelerini tesbit ve tayin etmek için takip ettikleri iktisadi gayeden hareket ederek bu gayenin diğer muamele ile tahakkuk edip etmeyeceğini araştırmak icap eder. İkinci muteber muamele tarafların akdettikleri bâtil olan asli muamele ile istihdaf ettikleri iktisadi gayeyi temin ediyorsa ikinci muamelenin farazi irade ile istenildiğini kabul etmek lâzım gelir.

### **FASIL III. Alman Hukukunda tahvil üzerinde tatbikat:**

Alman Hukukunda tahvilin mümkün olduğu haller müteaddittir (23). Meselâ, şekil noksanı sebebiyle bâtil olan miras mukavelesi vasiyete; ölüme bağlı hibe el yazısıyla yapılmış vasiyete (24); bâtil bir miras mukavelesi kira akdine (25); miras hissesinin satışı miras taksimine (26); bir gayrimenkulün devri zımında yapılan taahhüt satış için yapılan icaba (27); tahvil edilebilir. Baba tarafından vâsi tâyini çocuğun, ananın velâyetine verildiği hallerde hükümsüzdür (m. 1177); fakat bu bir müşavir tayini olarak kabul edilebilir (28).

(19) Staudinger, Mad. 140, No. 3; Voss, s. 48.

(20) Von Tuhr, Allg. Teil, s. 288.

(21) İrade nazariyesi taraftarlarına göre deruni irade, beyan nazariyesi taraftarlarına göre ise beyan edilen irade.

(22) Staudinger, Mad. 140, No. 3, s. 836; Fischer, s. 18.

(23) Eski içtihatlar için bk. Fischer, s. 71-92.

(24) RG (JW) 10, 467 - Palandt, s. 107.

(25) RG Warn. 28, 120.

(26) RG 129, 123.

(27) RG 169, 71.

(28) Von Tuhr, Allg. Teil, s. 290.

Reşit olmayan bir tacire verilen ticari vekâlet âdi vekâlete; temlik mümkün olmayan bir alacak (m. 399) temlik edilirse bu gayri kabili rücu kabza vekâlete tahvil edilebilir. Keza, şekil noksanı sebebiyle hükümsüz olan ipotek, ipotek senedi üzerinde hapis hakkına tahvil edilir (29).

Von Tuhr'a göre 250, 283, 326 inci maddelerde tayin edilen kira müddetleri makul bir müddete tahvil edilebilir. Tek taraflı bir hukuki muamele şekli noksanı sebebiyle hükümsüz ise o muamele bir icap olarak kabul edilir. Tahvile çok benzeyen diğer bir hal de kanunun tarafların farazi iradelerini nazarı itibara almadan onun yerine başka bir muameleyi ikame etmesidir. Filhakika, 150 inci maddeye göre gecikmiş bir kabul haberi, kabul edenin bu yoldaki iradesi müşahede edilmemiş olsa bile, bir icap olarak kabul edilir.<sup>6</sup>

Buna mukabil, tahvil şu hallerde kabul edilmemektedir:

Bâtıl bir tasarruf muamelesinin bir taahhüt muamelesine tahvili mümkün değildir. Meselâ, şeyin mülkiyetinin devri zımında vaz edilmiş teslim müteallik kaideleri ihlâl etmesi sebebiyle bâtil olan bir teminatı istihdaf eden temlik muamele (sicherungsübereingungsvertrag), teminatı istihdaf eden mülkiyetin nakli borcuna (30); bâtil gayrikabili rücu vekâlet, kabili rücu vekâlete tahvil edilemez (31). Keza, 326 inci maddede bahis mevzuu olan rücu beyanı hata sebebiyle feshi ihbara (32); muteber olmayan poliçe mücerret borç taahhüdüne, haciz emri hapis hakkına (33);, tahviledilemez.

Tahvil, Alman Hukukunda, bazı usuli muamelelerde dahi bahis mevzuu edilmektedir. Meselâ, usulsüz yapılan davet bir itiraz; evliliğin butlanı iddiası tesbit davası olarak kabul edilebilmektedir.

Tahvil hususunda beyyine külfeti tahvili iddia eden veya tahvil suretiyle bir hak ileri süren kimseye terettüp eder. Taraflardan birisi aktedilmiş olan muamelenin butlanını talep eder, diğer taraf butlanı kabul etmekle beraber tahvili ileri sürerse evvelâ butlanı iddia eden kimsenin iddiasını isbat etmesi gerekir. Bu iddia tahakkuk ettiği takdirde diğer taraf tahvilin şartlarının tahakkuk ettiğini isbat etmelidir.

## BÖLÜM II

### TÜRK - İSVİÇRE HUKUKUNDA HUKUKİ MUAMELELERİN TAHVİLİ

Türk - İsviçre Hukukunda hukuki muamelelerde tahvili, kanunî tahvil, iradi

29) Von Tuhr, Allg. Teil, s. 290.

(30) Staudinger, Mad. 140, No. 7.

(31) RG 538, 68 - Palandt, s. 107.

(32) RG 105, 208 - Palandt, s. 107.

(33) RG 66, 28 - Palandt, s. 107.

tahvil, tahvilin şartları, diğer müesseselerden tefriki ve tatbikat olmak üzere beş ayrı fasılda tetkik etmek uygun olacaktır.

### FASIL I. Kanunî tahvil.

İsviçre Medeni Kanunu, Alman Medeni Kanununun 140 ıncı maddesine müşabih bir hükmü ihtiva etmemektedir. Buna mukabil Türk İsviçre Borçlar Kanununda tahvili derpiş eden bazı hükümler mevcuttur. Diğer bir tâbirle kanun vazıı, vazettiği bir hükümle aktedilen muameleye başka bir muamelenin hükmü ve neticelerini izafe etmektedir (34). B.K. m. 238 hakiki bir kanunî tahvili derpiş etmektedir. B.K. m. 238'e göre, Bağışlama taahhüdünün muteber olması tahriri olmasına mütevakıftır. Aynı maddenin 3 üncü fıkrasına göre ise bağışlama taahhüdü, tenfiz edilince elden yapılmış bağışlama gibi olur. Şu halde B.K. m. 238, f. 1'e göre tahriri şekilde yapılmadığı için muteber olmayan bir bağışlama taahhüdü bağlayan tarafından ifa edilirse mezkûr bağışlama taahhüdü B.K. m. 238, f. 3'ün tatbiki neticesinde elden yapılmış hibeye tahvil edilir. Elden bağışlama ise B.K. 238 gereğince bağışlayanın bir şeyi bağışlanana teslim etmesi ile vücut bulur. Şu halde muteber olmayan hibe taahhüdü bağışlanan şeyin teslimi ile muteber bir elden yapılmış hibeye tahvil edilmektedir. Tahvil neticesi şekil şartına riayet edilmediği için muteber olmayan hibe taahhüdü muteber bir elden bağışlamaya çevrildiğinden bağışlayan hataen kendisini borçlu zannederek şeyi teslim etmiş olsa dahi bağışlanan şeyi istirdat edemez (35). Tahvilden bahsedilmesi için şüphesiz bağışlama taahhüdünün şekil noksanı sebebiyle muteber olmaması iktiza eder. Muteber bir bağışlama taahhüdü ifa edilmişse tahvil mevcut olmayıp sadece bir taahhüdün ifası bahis mevzuu olur (36). Cornaz (37), şekil noksanı sebebiyle bâtil bir hibe taahhüdünün elden bağışlamaya tahvilinde iki ihtimali birbirinden tefrik etmektedir. a) Bağışlayan, taahhüdünü infaz ettiği anda hibe kasdû niyetini (**animus donandi**) taşıyor idiyse tahvil bahis mevzuu olmayıp sadece elden teslim mevcuttur. b) Bağışlayan hibeyi icra ettiği anda **animus donandi**yi haiz olmayıp sadece borcunu ifa ettiğini sanıyor idiyse (**animus solvendi**) ortada kelimenin tam mânasıyla bir kanunî tahvil mevcuttur. Filhakika, hibe taahhüdü şekil noksanı sebebiyle bâtil olup başka bir muamelenin, elden bağışlamanın, muteberlik şartları tahakkuk etmektedir. 238 inci madde hükmü bu bakımdan tarafların iradeleri yerine kaim olmakta ve hibe taahhüdü elden hibeye tahvil edilmektedir.

Şurasını da kaydetmek lâzımdır ki, yukarıda kaydettiğimiz hususlar ancak

(34) Weil, Konversion von Rechtsgeschäften, tez, Zürich, 1934, s. 23.

(35) Von Tuhr, Partie générale des obligations, 1933, s. 210, not 29.

(36) Cornaz, la conversion des actes juridiques, tez, Lozan, 1937, s. 84; Weil, s. 24; von Tuhr, s. 179; Fick, Mad. 243, No. 19.

(37) Cornaz, s. 85.



menkule müteallik hibe taahhüdünün elden teslimi halinde bahis mevzuu olur. Zira, doktrinde elden bağışlamanın kıyas yoluyla gayrimenkullere teşmil edilemeyeceği kabul edilmektedir (38). Şu halde, B.K. m. 238 gereğince muteber olması için resmî şekilde yapılması icap eden bir gayrimenkul bağışlaması taahhüdü, resmî şekilde yapılmamış, fakat buna rağmen tapu siciline tescil edilmiş olsa dahi, tahvil suretiyle gayrimenkul hibe taahhüdünün elden yapılmış bir bağışlama olarak kabulüne imkân olmayıp tekaddüm eden hibe taahhüdünün şekil noksanı tescilin M.K. m. 933, f. 1'e göre terkinini icap ettirecektir. Esasen Federal Mahkemenin de 1952 tarihli bir kararında belirttiği veçhile gayrimenkullere müteallik hususlarda şekle riayet mecburiyeti hukuki emniyeti temin düşüncesi ile vazedilmiştir (39). Bu bakımdan da tahvili kabul etmeye imkân yoktur. Kaldı ki Türk - İsviçre hukuk sisteminde gayrimenkul iktisabının iki kısma ayrılabilceğini gözönünde tutmak icap eder. a) tescil, b) tescile tekaddüm eden bir iktisap sebebi (Rechtsgrund). Misalimizde gayrimenkul tapuya hibe sebebine binaen tescil edildiğine ve hibe taahhüdü de resmî şekilde yapılmadığına göre gayrimenkul hibenin tescili sebepsiz kalacak ve kaydın terkinini M.K. m. 934'e göre talep edilebilecektir. Bu durumu muhtemel bir tahvil ihtimalini tamamen ortadan kaldırmaktadır.

M.K. m. 55'e göre «şahsiyet iktisap etmek kanunen mümkün olmayan yahut şahsiyet iktisap etmemiş bulunan bir cemiyet âdi şirket hükmündedir». Şu halde bir cemiyet âdi şirkete tahvil edilmektedir (40).

M.K. m. 883 de tahvile müşabih hüküm ve netice meydana getirmektedir. Bu madde hükmüne göre, bey'i bilvefa muamelesini san'at ittihaz edenler, rehin mukabili ödünç para verenler hükmündedir.

B.K. m. 240, f. 2 «tenfizi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlamada vasiyet hükmü cereyan eder» demektedir. Bu madde de tahvile benzeyen bir hâli derpiş etmekte ise de hakiki bir tahvil mevzuubahis değildir (41). Zira, B.K. m. 240, f. 2 de yazılı olan halde bâtil bir muamele muteber olan başka bir muameleye inkılâp etmemekte, sadece ölüme bağlı bir hibe, vasiyet hükmüne tâbi tutulmaktadır.

## **FASIL II. İradî tahvil :**

İradî tahvili doktrinde ve mahkeme içtihatlarında olmak üzere iki ayrı kısımda tetkik edeceğiz.

(38) Blancpain, le transfert de la propriété résultant de la donation. Friburg, 1929, s. 35-9; Becker, Mad. 242, No. 3, s. 168.

(39) Praxis XLI (1952), No. 157, s. 427.

(40) Cornaz bu halde asli muamelenin yeni bir hukuki münasebete tahvil edildiğini kabul etmemektedir. Cornaz, s. 82.

(41) Weil, s. 23; Cornaz, s. 86.

### Şİ. Doktrinde tahvil :

Doktrinde, tahvil müessesesi bütün teferruatıyla incelenmiş değildir. Türk - İsviçre Medeni Kanununda tahvil tanzim eden A.M.K. m. 140'a müşabih bir hüküm mevcut olmamakla beraber müellifler umumiyetle tahvili kabul etmektedirler. Maamafih hukuki eserlerde tahvile pek mahdut bir kısım ayrılmakta, diğer bazı eserlerde ise tahvilden hiç bahsedilmemektedir.

von Tuhr (42), tahvilden hukuki muamelenin sakatlığı dolayısıyla bahsederken tamamen Alman Medeni Kanununun 140 ıncı maddesinden mülhem olmaktadır. Bu büyük hukukçuya göre, tarafların yapmış oldukları muamele kanunun mecbur kıldığı şartlara uygun olmamakla beraber mümasil bir maksat ve neticeyi istihdaf eden diğer bir muamelenin şartlarını ihtiva ediyorsa, bâtil olan bu muamelenin tahvilinden bahsedilir. Taraflar yaptıkları muamelenin bâtil olduğunu bilmiş olsalardı kendilerini aynı gayeye götürecek olan diğer muameleyi yapacaklardı. von Tuhr, tahvil için müteaddit misaller vermektedir. İ.M.K. m. 468, (M.K. m. 450)'e göre reşit olmayan bir kimse tarafından yapıldığı için hükümsüz olan bir miras mukavelesi, küçük 18 (bizde 15) yaşını bitirmiş ve miras mukavelesi olmasaydı vasiyet yapacağını kabul etmeye mahal var ise, vasiyete tahvil edilerek muhafaza edilir. Yine yazılı şekilde yapılmadığı için hükümsüz olan alacağın temliki, kabza vekâlete tahvil edilir.

Arsebük (43) de, von Tuhr'un görüşüne iltihak etmektedir.

Becker (44), tahvilden hukuki muamelenin şekli dolayısıyla bahsetmekte ve tahvili sadece şekil noksanı dolayısıyla bâtil olan muamelelere inhisar ettirmeye mütemayil görünmektedir. Becker, ikinci muameleyi hüküm ve neticeleri ile muhtevası bakımından asli muameleye nazaran daha mahdut olarak kabul eder ve tarafların hüküm ve netice meydana getirmeyecek olanı yerine daha mahdut hüküm ve netice meydana getirenini isteyecekleri farz ve kabul edilebildiği hallerde tahvile cevaz verir.

Oser - Schönerberger (45) de, Becker gibi tahvili şekil noksanı bahsinde tetkik etmektedir. Bu müelliflere göre de «şekilden mahrum işlem, şekle bağlı işlem ile hedef tutulan ameli gayeye tamamiyle eriştirir ve aynı zamanda bir vasıttan ibaret olan işlemde ziyade taraflarca gayeye ehemmiyet verilmiş bulunduğu kabul edilmek gerekli bulunursa işte o zaman şekle riayet edilmeyerek meydana gelen işlem taraflar arasında dahi muteber olur.»

(42) von Tuhr, s. 202.

(43) Arsebük, Borçlar Hukuku, Ankara, 1950, s. 314.

(44) Becker, Kommentar zum schweiz. ZGB, Obligationenrecht, 1941, Mad. 11, No. 11.

(45) Oser-Schönerberger, Kommentar zum schweiz. ZGB, Türkçe tercümesi Seçkin, Borçlar Hukuku, Ankara 1947, Mad. 11, No. 35 b, s. 114.

Béguelin (45 a), şekle riayet edilmediği için bâtil olan bir akdin yerine başka bir akdin ikame edilebileceğini kaydettikten sonra bunun iradenin tefsiri ve yeni mukavelenin makabline şümulü meselesi olduğunu beyan etmektedir.

Guhl (46), hususiyle şekil noksanı sebebiyle bâtil olan bir muamele maksat ve neticesi itibariyle kendisine benzeyen başka bir muamelenin şartlarını ihtiva ederse bu yeni muamelenin bâtil olanının yerine geçeceğini beyan etmektedir. Maamafih, bu müellife göre de, ikinci muamele birincisine nazaran daha mahdut hüküm ve netice meydana getirir. Hâkim, tarafların mefruz iradelerine tekabül ettiği neticesine varırsa tahvile karar verir.

Funk (47), tahvilden kısmî butlan münasebetiyle bahseder ve tahvili kısmî butlana banzeterek Alman hukukunda olduğu gibi tarafların tahvil hususundaki farazi iradelerini araştırır.

Tahvil, keza Egger tarafından da (48) kabul edilmiştir.

Saymen - Elbir (49), tahvile muvazaa münasebetiyle temas ederek doktrin ve içtihat tarafından kabul edildiğini beyan etmektedirler.

Arık da (50), Schwarz ile birlikte tahvil nazariyesinin Türk hukukunda da kabul edilebileceğini kabul etmektedir.

Weil'e göre (51), bidayette muteber olmayan bir muamele bilâhare muayyen bir şartın eklenmesi ile muteber hale gelebilir. «Konvaleszens», İsviçre Hukukunda İ.M.K. m. 122, f. 3, 128, f. 2 hususiyle M.K. m. 2 ile tanzim edilmiştir. İşte tahvil de aynı maksada hizmet eder. Weil, Tahvil, İsviçre Hukukunda tanzim edilmediği için hukuk ilminin tahvil müessesesini tayin ve tesbit etmesi lâzım geldiğini kaydetmektedir. Bu müellife göre tahvil, aktelerin tefsirinden, kısmî butlandan ve butlanın neticelerinden tamamen farklıdır (52).

Weil'e göre tahvilin kabul edilebilmesi iki halde düşünülebilir:

a) Tarafların iradelerine istinaden hâkim anlaşmayı hakikat halde mevcut

(45 a) Béguelin, FJS 197, s. 2.

(46) Guhl, Le droit fédéral des obligations, 1947, s. 90-91.

(47) Funk, Commentaire du code fédéral des obligations, 1930, Mad. 20, No. 7, s. 19.

(48) Egger, Türkçe tercümesi Çernis, Giriş ve kişinin hukuku, 1947, Mad. 2, No. 18.

(49) Saymen - Elbir, Türk Borçlar Hukuku, 1958, s. 252, not 17.

(50) Arık, Vasiyetçinin el yazısı ile vasiyeti, Siyasal Bilgiler Fak. Der. 1951, c. 6, s. 363. Schwarz, Borçlar Hukuku Dersleri, 1948, s. 372, misal olarak tapu dairesinde yazılması icabeden gayrimenkul satışının Noter Kanununun değişik 44. maddesinin B bendinde yazılı şekle uygun olması hasebiyle muteber olduğunu beyan etmektedir. Temyiz I. H. D. gayrimünteşir 22/2/1951 tarih ve K. 925/E. 950 - 2288 kararında bu hususu teyit etmiştir.

(51) Weil, s. 5-6.

(52) Weil, s. 21, 26-32, 32-35.

olmayan bir tahvil iradesi ile tamamlar (53). Weil bu telâkkiyi kabul etmemektedir. Zira, ancak mevcut olan fakat gayrimuayyen ve meşkûk bir irade beyanı tefsir edilebilir, yoksa hakikatte mevcut olmayan bir iradenin tefsir ve itmamı bahis mevzuu olamaz. Filhakika, tahvil, tarafların tamamen farazi iradelerine istinat etmektedir. A, yaptığı muamelenin bâtil olduğunu bilse idi aynı şartları ihtiva eden başka bir muâmeleyi yapmayı isteyecekti. Diğer taraftan Weil B.K. m. 2 nin de tatbik edilemeyeceğini beyan etmektedir (54). İradenin itmamı için tarafların o mukavele hususunda anlaşmış olmaları icap etmektedir.

b) Hâkim, kanundaki boşluğu M.K. m. 1'e göre itmam eder (55). Weil'e göre tahvilin İsviçre Borçlar Kanununda tanzim edilmemiş olmasının sebebi kanun vazırının tahvili istememiş olması değildir. Tarafların akdettikleri bâtil bir muamelenin muhafaza edilmesi menfaat icabı olabilir. Kanun tarafından derpiş edilmemiş hususi bir hal olan tahvilin hâkim tarafından M.K. m. 1 deki esaslar dairesinde tanzim edilmesi lâzımdır. Adı geçen müellife göre İsviçre hukukunda tahvil MK. m. 1'in tatbiki neticesinde, Alman Hukukunda olduğu gibi tatbik edilebilir. Hülâsa Weil, İsviçre Medeni Kanununda boşluk mevcut olduğunu ileri sürerek M.K. m. 1 vasıtasıyla A.M.K. 140 da tanzim edilmiş bulunan kaideyi tatbik etmek istemektedir.

Tahvil üzerinde bir etüd hazırlamış olan Cornaz ise Weil tarafından ileri sürülen kanunda boşluk olduğu iddiasını reddetmektedir (56). Bu müellife göre kanunda boşluktan bahsedilebilmesi için :

1. Halfedilmesi lâzım gelen bir ihtilâfın mevcut olması.

2. Kanunun rîe ruhundan ve ne de lâfzından herhangi bir hal çaresi iştirâç edilememesi lâzımdır. Bu takdirde hâkim örf ve âdete göre, örf ve âdet dahi yoksa kendisi kanun vazırı olsaydı bu meseleye dair nasıl bir kaide vazedecek idiyse ona göre hükmeder. Halbuki tahvilde kanuni şartlara uymayan, buna mukabil tarafların derpiş etmedikleri ve binnetice istemedikleri bir muamelenin şartlarına tekabül eden başka bir hukuki muamele bahis mevzuudur. Cornaz'ya göre kanunun böyle bir vakıayı derpiş etmediği ileri sürülemez. Bahis mevzuu olan iki ayrı muameleden birincisi kanunun aradığı şartlara uymadığı için hükümsüzdür, diğeri ise kanunun aradığı şartlar tahakkuk etmiş olmakla beraber tarafların bu hususta izhar edilmiş karşılıklı iradeleri mevcut değildir. B.K. m. 1'e göre akit karşılıklı ve birbirine uygun rizaların beyanı ile tamam olur. Cornaza göre İsviçre hukukunda ister irade ister beyan nazariyeleri kabul edilsin, tahvil izah edilemez, zira tarafların ikinci muamele hususunda iradeleri

(53) Weil, s. 89 ve 96-97.

(54) Weil, s. 103.

(55) Cornaz, s. 105 ve müteakip.

(56) Cornaz, s. 98-99.

mevcut değildir (57). Alman müellifleri 140 ıncı maddenin tarafların iradesini tamamladığı fikrindedirler. Halbuki Cornaz'ya göre İsviçre Borçlar Kanununda sarıh bir hükmün bulunmayışı karşısında tahvile cevaz vermeye imkân olmayıp bir tefrik yapmak icap eder (58):

1. Tarafların iradesi sarıh ve muayyendir. Bu takdirde tarafların iradelerinin muhtevasını değiştirmek mümkün olmadığına göre, onun yerine başka bir muamele ikame etmeye, diğer bir tâbirle tahvile imkân yoktur.

2. Tarafların iradesi muayyen bir neticeyi istihdaf etmektedir. Böyle bir halde iki ayrı hukuki muamele istihdaf edilen gayeye tekabül edebilir. Bu takdirde hâkim her hususi halde bu muameleler arasından tarafların iradelerine en fazla tekabül edenini araştırarak bulur. Bu muamelelerden bir tanesinin muteberlik şartları tahakkuk etmemişse, hâkim yapılan muamelenin muhafazası bakımından o muameleyi bertaraf ederek diğer muameleyi nazara alacaktır.

Hülâsa Cornaz'ya göre İsviçre Hukukunda tahvil iradenin tefsirinden başka birşey değildir. Tahvil ancak tarafların iradesine uygun olduğu hallerde mümkündür. Görüldüğü veçhile Cornaz Alman hukukundan iki bakımdan ayrılmaktadır:

a) Cornaz, ikinci muamele hususunda tarafların farazi iradelerini kabul etmemektedir. Hâkim tarafların hakiki iradelerini araştırmakla mükelleftir.

b) Alman doktrininde hâkim olan hukuki irade ile iktisadi irade tefriki de kabul edilemez. Her iki türlü irade arasında mahiyet farkı olmayıp derece farkı vardır. Hülâsa, Cornaz, iradenin tefsirinden başka birşey olmayan tahvili üç sebeple hukuken tanzim edilmeye değmiyeceği kanaatindedir (59):

1. Taraflar butlanı bilselerdi diğer bir muamele yapacaklar mıydı, meselesini araştırmak lüzumsuzdur, zira, butlanı bilselerdi kanuni şartları yerine getirirlerdi.

2. Tahvil, taraflar arasında birçok ihtilâflara sebep olabilir. Taraflardan birisi ikinci muamelenin muteber olduğunu iddia ederken diğeri bu ikinci muameleyi asla yapmak istemediğini, asli muamelenin ise hükümsüz olduğunu iddia edecektir.

3. Butlan hakkındaki hükümlerin tatbik kabiliyetini azaltmamak lâzımdır. Butlanı dermeyan etmek hakkını haiz olan bir kimse başka bir muamele ile bağlanmamalıdır.

---

(57) Cornaz, s. 101.

(58) Cornaz, s. 105.

(59) Cornaz, s. 119-121.

Görülüyor ki doktrinde bir kısım müellifler meselenin münakaşasına girmeksizin tahvili kabul etmekte, diğer bir kısmı kanunda boşluk olduğu iddiasıyla M.K. m. 1'e istinat etmekte ve nihayet Cornaz gibi diğer bazı müellifler de tahvili red etmektedirler.

Kanaatımızca Weil'in kanunda boşluk olduğu fikrine iştirak etmeye imkân yoktur. Cornaz'nın yukarıda işaret ettiğimiz tenkidlerine biz de iştirak ettiğimizden bunları burada tekrar etmiyeceğiz. Ancak, Cornaz'nın tahvili red etmek hususundaki fikir ve delillerine de tam olarak iştirak edemiyoruz. Bu müellif ikinci muamelenin B.K. m. 1 muvacehesinde teşekkül edemeyeceğini ileri sürmektedir. Akitlerin in'ikadı bakımından irade ve beyan prensiplerini uzun uzun tetkik ederek bunlardan birini diğerine tercih edemediğini beyan ile her iki sisteme göre de iradenin ehemmiyetini tebarüz ettirerek tahvilin mümkün olmadığı neticesine varmaktadır. Kolaylıkla müşahede edileceği veçhile Cornaz irade prensibine temayül ederek bir neticeye varmaktadır. Halbuki, İsviçre Hukukunda akitlerin in'ikadı sahasında hâkim olan prensip itimat nazariyesidir. İtimat sistemine göre beyan sahibinin hüsnüniyetle tefsir edilmek suretiyle tanınabilen iradesine ehemmiyet atfedilmektedir. Binaenaleyh, taraflardan birisi diğerinin irade beyanını hüsnüniyetle tefsir ederek butlanı bilseydi aynı gayeyi istihdaf eden başka bir muameleyi akteceği neticesine varırsa, ikinci muamele B.K. m. 1 muvacehesinde in'ikat etmiş addolunabilir. Diğer taraftan, Cornaz'nın fikri hilâfına tahvil bir ihtilâf kaynağı olmayıp doktrin ve içtihatlarda son zamanlarda ehemmiyet kazanmış olan mukavelelerin muhafazası prensibini teyit etmektedir. Herne kadar, butlana müteallik hükümlerin tatbik kabiliyetini azaltmamak lâzım ise de birçok hallerde bu hükümlerin şiddetini tahfif etmek, tarafların menfaat durumlarına göre akte edilmiş olan ve fakat şekil noksanı sebebiyle hüküm ve netice meydana getiremeyen bir akdin butlanı yerine onu muhtelif hukuki çarelerle muhafaza etmek iktiza etmektedir. Cornaz tahvile o kadar muhaliftir ki Federal Mahkemenin görünüşte tahvili kabul etmekle beraber hiçbir hususi halde tahvili kabul etmemiş olduğuna işaret etmektedir. Halbuki biraz ileride Federal Mahkemenin tahvili nasıl tatbik etmekte olduğunu göstereceğiz.

### **FASIL III. Tahvili şartları :**

Tahvilin şartlarını şu şekilde tayin ve tesbit etmek mümkündür :

§ 1. Tarafların akdettikleri asli muamelenin bâtil olması lâzımdır.

Türk - İsviçre hukukunda Becker'in de beyan ettiği veçhile (60), her hususi halde butlandan ne anlaşılması lâzım geldiğini tayin etmek lâzımdır. Fihakika bir muamelenin gayri mevcut bazan hükümsüz veya tesirsiz ve nihayet bazan

---

(60) Becker, Mad. 20, No. 8, s. 108.

bâtıl olduğundan bahsedilmektedir. Hükümsüzlük tâbiri bir hukuki muamelenin hüküm ve netice tevhit etmediği bütün halleri içine alan en geniş mefhumdur (61). Hükümsüzlük dolayısıyla akit hüküm ve netice meydana getirmemektedir, zira o akdin in'ikadı sırasında aranan şartlara riayet edilmemiştir. Maamafih akdin muteberlik şartları akdin bizatihi muteberlik şartlarından farklıdır. Akdin teşekkül edebilmesi için birtakım inşai unsurların bir araya gelmesi lâzımdır. Meselâ, alım-satım akdinde semenin tayin edilmemiş olması veya kabili tayin olmaması gibi. Gayri mevcut bir muamele karşısında bulunduğu zaman tahvilden bahsedilemez. Hükümsüzlük Schwarz'ın dediği gibi (62), bir hukuki muamelenin hükümlerini ortaya koymadığı bütün halleri dolayısıyla bu hükümlerin sonradan tahakkuk edebildiği halleri dahi içine alır. Doktrinde müelliflerin ekseriyetle kabul ettiklerine göre başlıca hükümsüzlük halleri şunlardır (63):

#### 1. Eksik (nakıs) muameleler:

Bu türü muameleler bidayette hükümlerini meydana getirememekle beraber noksan bulunan inşai unsurların iltihakı ile tamamlanarak hüküm ve netice meydana getiren muamelelerdir. Meselâ kanuni mümessilin icazetine kadar mümeyyiz küçük veya mahcurun yaptığı muamele gibi. Eksik bir muamelenin henüz katı surette hüküm ve netice meydana getirmeyeceği bilinmedikçe, diğer bir tâbiri muamele askıda bulunduğu müddetçe, tahvil bahis mevzuu olamaz. Eksik olan inşai unsurun tahakkuk edemeyeceği anlaşılırsa tahvile cevaz verilecek midir? Meselâ icazetin fıkdanı halinde M.K. m. 395 sarahaten tahvile cevaz vermez. Keza, B.K. m. 38 ve 39 gereğince selâhiyetsiz bir mümessil tarafından yapılan bir muameleye temsil olunan icazet vermedikçe temsil olunan ile üçüncü şahıs arasında bir mukavele meydana gelmeyeceğine göre yine bu muamelenin tahvilinden bahsetmeye imkân olmaması lâzım gelir (64).

#### 2. Butlan:

Akdin teşekkül ettiği andan itibaren netice tevhit edemiyen ve sıhhat kazanmayacak olan bir muameledir. Butlan âmme menfaatini siyanet için ve âmme menfaati mülâhazası ile hukuk nizamı tarafından vazolunmuş bir müeyyidedir. Butlanı karar altına aldirmaya lüzum yoktur ve butlan davası inşai bir dava olmayıp bir tesbit davasıdır (65). İşte bâtil olan bir muamele bir başka muamelelerin şartlarını ihtiva ediyorsa, kanuna karşı hile teşkil etmemek şartıyla, o muteber muameleye tahvil edilebilir (66). Maamafih, tahvil daha ziyade şekil

(61) von Tuhr, s. 199.

(62) Schwarz, s. 367.

(63) Tandoğan. la nullité, l'annulation et la résiliation partielles des contrats, Geneve, 1952.

(64) Aynı fikirde, Weil, s. 48-49.

(65) von Tuhr, s. 200.

noksanı sebebiyle bâtil olan muamelelerin muteber muameleye çevrilmesinde ehemmiyet iktisap eder. Filhakika, bir akdin muteber olarak in'ikat edebilmesi bir şekil şartına tâbî tutulmuşsa (sihhat şekli) bu şekle riayetsizlik o akdin butlanını mucip olur. Şekil noksanı sebebiyle akdin butlanı prensip itibariyle tarafların o muameleyi ifa etmesiyle sihhat iktisap etmez. Ancak başka bir muameleye tahvili mümkün olabilir. Böylece butlan hususundaki sert hükümler bir dereceye kadar tahfif edilmiş olmaktadır.

### 3. Tek taraflı hükümsüzlük :

B.K. m. 23, 28, 29 mucibince bir akit yapılırken hataya, hileye düçar olan veya ikraha maruz kalan taraf o akit ile müzlem olmaz. Alman Medeni Kanununun 119 uncu maddesinin hilâfına Türk - İsviçre borçlar hukuku sisteminde böyle bir muamele bidayette muteber olup iptal edilebilir muamelelerden değildir. Buna mukabil kanunumuz bir taraf ilzam olunamaz dediğine göre bâtil bir muamele de değildir. Doktrinde umumiyetle kabul edildiğine göre hata veya hile ile malûl olan bir mukavele hükümsüz olmayıp muteberliği, iradesi fesada uğrayan kimse için, taliki ve iradi şartların tahakkuk etmesine bağlı bir muameledir (67). von Tuhr'a göre ise (68), irade fesadı ile malûl bir mukavele bâtil olmayıp hüküm ve netice meydana getirmesine mâni olmak için iradesi fesada uğrayan kimsenin akdi fesih (iptal - Anfechtung) etmesi lâzımdır. İradé fesadı ile malûl bir akit bidayette bir hüküm ve netice tevliit etmediği halde muayyen bir müddet içerisinde fesih edilmedikçe muteber hale gelmektedir. O ana kadar ise akit muallâkta veya askıdadır. Şu mülâhazalardan hareket edilirse, mademki irade fesadı ile malûl olan bir muamele bâtil değildir, öyleyse böyle bir muamelenin tahvili bahis mevzuu olamaz (69).

4. İptal. Bidayette muteber olan bir muamele menfaati olan kimsenin inşai bir iptal davası ile hükümsüz hale getirilebilir (70). Meselâ B.K. m. 161, f. 3, 226, 235, f. 3, iptali mümkün bazı halleri derpiş etmektedirler. İptal edilmiş bir muamelenin tahvili bahis mevzuu olamaz kanaatindeyiz, zira muteber olan muamele mahkeme kararı ile iptal edilmektedir.

§ II. Asli muamele muteber bir diğer muamelenin şartlarını ihtiva etmelidir.

Tahvilden bahsedebilmek için aktedilen bâtil muameleden ayrı ve ondan nev'en farklı muteber bir muamelenin mevcudiyeti şarttır. Ekseriya bu ikinci muamelenin nevi bâtil muamelenin nevinden farklı olacaktır (71). Meselâ, şekil

(67) Béguelin, FJS No. 280, s. 1; Becker, Mad. 23, No. 11-18; Tandoğan, s. 33; Schwarz, s. 313.

(68) von Tuhr, s. 272.

(69) Aynı fikirde Weil, s. 65.

(70) Tandoğan, s. 34.

(71) Weil, s. 66.



noksanı sebebiyle b t l olan bir miras mukavelesinin vasiyete tahvilinde bu hal sarahaten görülür. Vasiyet nevi itibariyle miras mukavelesinden farklı ve ondan tamamen müstakil olan bir muameledir. Maamafih, Alman doktrinini takiben bazı İsviçreli müellifler de haklı olarak asli muamelenin ikinci muameleden muhtakkak surette farklı olmasına lüzum olmadığı sadece farklı olmasının kâfi geleceği kanaatindedirler. Maamafih Federal M hkeme 1935 tarihli bir kararında her iki muamelenin aynı neviden olması şartını kabul etmekle tamamen farklı bir kanaate sahip bulunmaktadır (72).

Doktrinde tarafların değişmesi veya bir mukavelenin yalnız bir şartının değişmesinden ibaret olan tahvil mümkün görülmektedir (73).

§ III. İkinci muamele muteber bir muamele olmalıdır.

İkinci muameleye gelince, muteber bir muamele olmalı, yani, mukavele ehliyeti, şekil şartları v.s. gibi muteberlik şartlarını m çtemi bulunmalıdır. İkinci muamele eksik muamelelerden ise, yani bir veya birkaç inşai unsuru tahakkuk etmemişse, tahvil yine söz konusu olmaz. Keza, ikinci muamele açık veya gizli bir şekilde asli muamelenin butlan sebebini ihtiva etmemelidir. Diğer taraftan tahvil kanuna karşı hile teşkil ediyorsa yine cevaz yoktur. Zira, emredici bir kanun hükmünün menettiği gayeye bu hükmün tatbikini bertaraf ederek tahvil suretiyle erişmek asla kabul edilemez.

#### **FASIL IV. Tahvilin kendine benzeyen diğer müesseselerden tefrik ve mukayesesi**

§ I. Tahvil ve kısmi butlan :

Bir mukavelenin şartlarından birisi b t l olduğu zaman acaba yalnız o şart mı b t l olacak, yoksa o şartın butlanı bütün muameleye sirayet edecek midir? B.K. m. 20, f. 2 ye göre «akdin muhtevi olduğu şartlardan bir kısmının butlanı akdi iptal etmeyip yalnız şart l ğv olur. Fakat bunlar olmaksızın akdin yapılıyacağı meczum bulunduğu takdirde, akitler tamamiyle b t l addolunur». şu halde bir mukavelede mürekkep faiz (B.K. m. 308 f. 3), hizmet akdinde fesih müddeti (B.K. m. 343), borcun ödenmemesi halinde rehin edilen şey üzerindeki mülkiyetin alacaklıya intikal edeceği (M.K. m. 863) gibi şartların mevcudiyeti akdin tamamının butlanını mucip olmaz. Meğer ki bu şartlar olmadığı takdirde akdin yapılıyacağı meczum bulunsun.

Tahvil şu bakımdan kısmi butlana çok benzer : Her iki müessesede de aktedilmiş olan muamelenin muhafazası fikri hâkimdir ve her iki müessese taraf-

(72) RO 61 II 274 «Grim/Grim». Federal M hkemenin bu kararna biraz ileride temas edeceğiz: bk. not 95 ve 96.

(73) Comaz, s. 68; Weil, s. 66.

(74) Schwarz, s. 73. kısmi butlan için hususiyle Tandoğan ve Piottet, de l'invalidit  partielle des actes juridiques, ZSR 76 (1957), s. 97 ve mütea.

ların muhtemel ve farazi iradelerine istinat eder. Her iki halde de butlan ile malûl olan muamelenin inşai unsurları muteber bir muamelenin unsurlarını tahakkuk ettirmektedir. Buna mukabil her iki müessese arasındaki başlıca fark şöyle hülâsa edilebilir: Tahvilde bâtil olan bir muamelenin yerine ondan tamamen müstakil ve farklı olan ikinci bir muamele (Ersatzgeschaef) kaim olduğu halde kısmî butlanda bir tek muamele bahis mevzuudur ki bu muamelenin bâtil olan kısmı çıkarıldıktan sonra geri kalan kısmı muteber olarak muhafaza edilmektedir (75). Buna rağmen, bazı hallerde kısmî butlan ile tahvili birbirinden tefrik etmek müşkülât arzemektedir. von Tuhr (76), hukuki muamelelere müşabih bazı irade beyanlarında tahvil mahiyeti görür. Meselâ, tayin edilen müddetler çok kısa ise (İ.B.K. m. 38, 107, ve İ.M.K. m. 410) bu müddetler von Tuhr'a göre makûl diğer müddetlere tahvil edilebilir. Buna mukabil Tandoğan (77) ve Weil (78) burada kanaatımızca da isabetli olarak tavilden ziyade kısmî butlan hali müşahede etmektedirler. Keza doktrinde ittifakla kabul edildiğine göre akdin bir şartının şumulünün tahdidî o akdin muhtevasını keyfiyet itibariyle (qualitatif) değiştirmediklerinden böyle bir değişiklik tahvili tazammun etmeyip bir kısmî butlan halidir (78). Esasen tahvil bir akdin veya bir şartının tamamen bâtil olması halinde bahis mevzu olmaktadır. Halbuki bir şartın fahiş olması halinde butlan o şartın sadece muayyen bir kısmına şâmil olmaktadır.

#### § II. Tahvil ve muvazaâ :

Bir bakımdan tahvil muvazaaya çok benzer. Filhakika, her iki muamelede de birbiri yerine kaim olan iki ayr muamele mevcuttur. Fakat benzerlik bundan ibarettir. Muvazaada taraflar muvazaalı (zahiri) muameleyi hakikat halde istememekte ve onu sadece aralarında akdettikleri ve hakiki iradelerine tekabül eden ikinci bir muameleyi gizlemek için yapmaktadırlar. Tahvilde ise muvazaanın aksine olarak taraflar ciddi surette aynı muameleyi istemişler ve onu gizlemiyerek açığa vurmuşlardır. Fakat aslında bâtil olan bu muamele tarafların hakikatte istemedikleri ve fakat kanunun vücudünü şart kıldığı muteberlik şartlarına uyan başka bir muameleye tahvil edilmektedir (79).

#### § III. Tahvil ve teyit mektubu :

Teyit, tarafların akdettikleri ve fakat hükümsüz olan bir mukaveleyi bilâhare muteber hale getirmek için kullandıkları bir vasıtaadır (80).

(75) Cornaz, s. 95; Tandoğan, s. 112, Weil, s. 26-27.

(76) von Tuhr, s. 203 not 41.

(77) Tandoğan, s. 115.

(78) Weil, s. 28, not 35.

(79) Esener, Türk hususi hukukunda muvazaalı muameleler, 1956, s. 71; Cornaz, s. 94-95; Saymen — Elbir, s. 252.

(80) von Tuhr, s. 203.

Tahvil ile teyidin tefrik edildiği başlıca hususlar şunlardır (81):

1. Objektif bakımdan tahvilde âtil olan muamelenin yerine başka bir muamele geçtiği halde teyitte hükümsüz olan muamele muteber hale getirilmektedir.

2. Sübjektif bakımdan tahvil, tarafların haberi olmaksızın veya birisinin iradesi hilâfına cereyan ettiği halde teyit daima yeni bir irade beyanını veya anlayışmayı icap ettirir.

3. Neticeleri bakımından tahvil tarafların arzu ettikleri mukavelenin butlanı ânından itibaren kendiliğinden, **ipso iure**, meydana gelir. Halbuki teyitte a) Bâtil bir muamelenin teyidi yeni bir muamelenin aktedilmesi olarak kabul edildiğinden muteberlik şartlarının hepsinin tahakkuk etmesi icap eder. Taraflar bu yeni muamelenin yapıldığı andan itibaren, makale şâmil olmıyarak alacak ve borçlu olurlar. b) Feshi mümkün topal bir muamelenin teyidi ile o muamele tamamen muteber bir hale gelir.

#### **FASIL V. Türkiye - İsviçre Hukukunda tahvil üzerinde tathikat.**

§ 1. Bâtil bir miras mukavelesi vasiyete tahvil edilebilir.

Bâtil olan miras mukavelesi bazı şartların tahakkuk etmesi halinde vasiyete tahvil edilebilir. Bu hal bilhassa miras mukavelesinin butlan ile matûl olduğu muhtelif hallerde kendisini gösterir.

a) Miras mukavelesi taraflardan birisinin ehliyetsizliği sebebiyle bâtil olabilir. M.K. m. 450 ye göre miras mukavelesi yapabilmek için, yapanın reşit olması şarttır. Halbuki M.K. m. 449'a göre 15 yaşını bitiren kimse vasiyet tarihiyle mallarında tasarruf edebilir. Keza, doktrinde de kabul edildiği üzere, mümeyyiz mahcur vasiyet yapabildiği halde miras mukavelesi yapamaz (82). Bu ihtimaller dahilinde 15-18 yaşındaki bir kimsenin veya mümeyyiz mahcurun yaptığı miras mukavelesi bâtil olduğu halde vasiyet muteberdir.

b) M.K. m. 492 mucibince miras mukavelesi resmî şekilde tanzim edilmiş olmadıkça muteber değildir. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre de her iki taraf arzularını aynı zamanda resmî memura beyan ve tanzim olunan mukavelenemeyi memur muvacehesinde ve iki şahit huzurunda imza ederler. Şu halde şekil noksanı sebebiyle miras mukavelesi bâtil olduğu halde o muamele muteber bir vasiyete tahvil edilebilir. Filhakika, tahvilin şartları tahakkuk etmektedir. Ancak Cornaz gibi bazı müellifler (84), miras mukavelesi yapanın iradesini araş-

(81) Cornaz, s. 89-90.

(82) Tuor, Kommentar zum Schweiz. ZGB, III, Das Erbrecht, Mad. 468, No. 8.

(83) Meselâ taraflar miras mukavelesini iki şahit olmaksızın resmî memur huzurunda imzalamışlarsa şekil noksanı sebebiyle miras mukavelesi bâtil olduğu halde aynı şartlar altında yapılan vasiyet muteberdir (M.K. m. 481).

(84) Cornaz, s. 108.

tırmaktadırlar. Acaba, tasarrufta bulunan kimse miras mukavelesinin bâtil olduğunu bilseydi vasiyeti yaparmıydı? Cornaz'ya göre miras mukavelesi muayyen şartlar altında vasiyet iradesini ihtiva eder. Zira, her iki muamele arasında derin farklar mevcuttur. Miras mukavelesi akdî karakteri haiz ve gayri kabili rücu olduğu halde vasiyet tek taraflı bir hukuki muamele olup kabili rücutur. Binaenaleyh, miras mukavelesi ivazlı olduğu ve tasarruf eden kimsenin yaptığı muamelenin gayri kabili rücu olmasına ehemmiyet atfettiği hallerde miras mukavelesi vasiyet iradesini ihtiva edemez. Şu halde her hususi hâdisede, miras mukavelesinin yapıldığı anda tasarruf edenin vasiyet yapmak hususundaki iradenin miras mukavelesi münasebetiyle izhar edilip edilmediğini araştırmak icap eder.

Görüldüğü gibi, Cornaz irade prensibinin tesirinde kalarak Alman hukukunda olduğu gibi «mefruz irade» şartı üzerinde ısrar ederek miras mukavelesi dolayısıyla vasiyet iradesini de araştırmakta, misal olarak Federal Mahkemenin 20 Mart 1921 tarihli bir kararını zikretmektedir (85). Bir karı kocanın yaptığı miras mukavelesi şekle riayetsizlik sebebiyle bâtil olduğu halde M.K. m. 482 (İ.M.K. m. 502) mucibince vasiyetin şartları tahakkuk etmiştir. Bern kantonu istinaf mahkemesi tahvili kabul ettiği halde Federal Mahkeme her iki muamele arasındaki farka (87) işaret ettikten sonra tahvilin ancak bundan menfaati olan tarafın karşılıklı bağlanmak iradesinin mevcudiyetini isbat etmesi şartıyla mümkün olabileceğini beyan ile tahvili red etmiştir. Kanaatımızca tarafların mefruz iradeleri üzerinde fazla ısrar etmek doğru değildir. Akitlerin in'ikadı sahasında hâkim olan prensip irade prensibi olmayıp itimat prensibidir. Bu prensibin tatbiki neticesinde diğer tarafın hüsnüniyetle *de cuius*'un iradesini tefsir ederek miras mukavelesinin butlanını bilseydi vasiyet yapardı neticesine varmış olması kâfidir. Nitekim Federal Mahkeme 1951 tarihli bir kararında tahvili dermeyan eden tarafı, miras mukavelesini yapan kimsenin dolayısıyla vasiyet zımınında hakiki ve fiili iradeyi haiz olduğunu isbat etmekle mükellef tutmamıştır. Yüksek Mahkemeye göre tarafların muhtemel iradelerini ahval ve şeraite göre tefsir ederek bir neticeye varmak lâzımdır (88). Böylece İsviçre Federal Mahkemesi irade prensibinden uzaklaşarak daha mülâyim olan «hüsnüniyetle tefsir» prensibine doğru bir adım atmıştır. Diğer taraftan Federal Mahkeme, Cornaz'ın fikri hilâfına, miras mukavelesi ivazlı olsa dahi vasiyete tahvil edilebileceğini kabul etmektedir. Aynı karara göre hâkim ahval ve şeraite göre iradeleri tefsir edenken tereddüde düşerse tahvili reddetmelidir.

§ 2. Şekil noksanı sebebiyle bâtil olan ölüme bağlı hibe akdi vasiyete tahvil edilebilir.

(85) Cornaz, s. 75.

(86) RO 46 II 11 JdT 1920, s. 271 «Hager/Fufrer».

(87) Vasiyet tek taraflı ve kabili rücu bir muameledir.

(88) RO 76 II 273-JdT 1951, s. 520 «Giubellini-Kölin/Kühne».

Federal Mahkeme bir kararında bu hal ile meşgul olmuştur (89). Hâdise şu idi: «G» uzun zamandır yanında çalışan «K» ya bir gayrimenkulünü ölüme bağlı olarak hibe etmek için belediye sekreteri huzurunda yaptığı bir hibe akdi ile bağışlamıştır. «G» nin ölümünü müteakip kanuni mirasçuları şekil noksanını ileri sürerek hibe akdinin butlanını iddia ve talep etmişlerdir. Federal Mahkeme kararında ister ivazsız ister ivazlı, **legatum debiti**, olsun vasiyet hükümlerine tâbi olmayıp miras mukavelesi şeklinde yapılması lâzım geldiğini (B.K. m. 245 f. 2 ve M.K. m. 492 f. 2) beyan ile yukarıki hâdisede miras mukavelesi şeklinde yapılması icap eden hibe akdinin M.K. m. 492 f. 2 ye aykırı olarak iki şahit huzurunda imzalanmadığı için bâtil olduğuna karar vermiştir. Federal mahkeme bu hâdisede resmî vasiyet tanzimi için M.K. m. 499 da aranılan şartların tahakkuk ettiğini kabul etmekle beraber, ahval ve şeraite göre **de cujus**'un iradesini tefsir ederek, «K» nin, yaptığı ölüme bağlı tasarrufun butlanını bilseydi, hibe akdi yapacağına dair kâfi ve muteber bir sebep görmediğinden tahvil reddetmiştir.

§ 3. Şekil noksanı sebebiyle bâtil olan bir evlenme mukavelesi, miras mukavelesine tahvil edilebilir.

M.K. m. 173'e göre «evlenme mukavelesinin akdi veya tadili veya feshi resmî şekilde olmak ve iki taraf ile kanuni mümessilleri tarafından imza edilmek lâzımdır. Evliliğin devamı sırasında yapılan evlenme mukaveleleri mahkemenin de tasvibine iktiran etmek lâzımdır.» Bu maddede aranılan şekil şartına uymayan bir mukavele miras mukavelesinin şekline tetabuk edebilir. Meselâ karı koca aralarında evlenme mukavelesi yaparak akdi rejimden mal ortaklığını kabul ile birinin diğerinden evvel ömesi halinde hayatta kalan eşin mirasçı olacağını kararlaştırmış olabilirler. Ahval ve şeraite göre bütün hâdiseler tefsir edilerek karı kocanın hayatta kalan eşi mirasçı tayin etmek istediklerini gösteriyor ise evlenme mukavelesi muteber bir miras mukavelesine tahvil edilecektir (90). Taraflar akdettikleri evlenme mukavelesinin bâtil olduğunu bilselerdi bir miras mukavelesi aktederek maksatlarına erişeceklerdi.

§ 4. Şekil noksanı sebebiyle bâtil olan bir çek, havale akdine tahvil edilebilir.

Keşideci tarafından çek ismi verilen ve fakat keşide edenin imzasının yanında çekildiği mahalli göstermeyen bir senet çek olarak hükümsüzdür, fakat muteber bir havale akdine tahvil edilebilir (91).

§ 5. Bâtil olan aile vakfı tesisi, alelâde vakfa tahvil edilebilir.

M.K. m. 322 mucibince «aile efradının talim ve terbiyesine, teçhiz veya mu-

(89) RO 76 II 273-JdT 1951, s. 515 ve mütea.

(90) RO 76 II 8 - JdT 1950, s. 515 (Ulrich/Ulrich).

(91) RO 80 II 84 - Ser. Jud. 1955, s. 209 ve mütea. •Brodar/Bigio. Yine bk. Béguelin FJS 197.

avenetine ve bunlara mümasil gayelere muktazi masarifin tediyesi için, eşhas veya miras hukukuna dair olan hükümlere tevfikan aile vakıfları tesis edilebilir». Yapılan bir aile vakfı bu maddede yazılı şartlara tamamiyle uymayabilir. Meselâ, bir kimse esas maksadı aile efradına yardım olmak üzere sahibi bulunduğu bir şirketin devamı için bu şirkete sermaye temini maksadiyle bir aile vakfı tesis etse İsviçre Federal Mahkemesinin de içtihadı veçhile (92) böyle bir tesis aile vakfının gayesini aşmaktadır ve bu sebeple bătıldır ve şahsiyet iktisap etmemiştir. Ancak tasarrufun bütününden tesis edenin vakıf hususundaki iradesi o kadar kuvvetle anlaşılmalıdır ki tesis eden, aile vakfı adı altında tesisini yapamayacağını bilseydi, alelâde tesis yapacak idi. Burada da Federal Mahkemenin tahvili kabul ettiği hallerden birisi karşısında bulunmaktayız.

§ 6. Şekil noksanı ile malûl olan vasiyetname sigorta aktinde müstefit tayinine tahvil edilebilir.

M.K. m. 485'e göre «vasiyetçinin, bizzat tanzim ettiği vasiyetname baştan aşığı kadar tanzim edildiği mahal, sene, ay ve gün dahi olduğu halde bizzat kendi el yazısı ile yazılmış ve imza edilmiş olmak lâzımdır».

Vasiyetçinin sigortadan müstefit olacak şahsı tayin ettiği vasiyetname kendi el yazısı yerine meselâ yazı makinesiyle yazılmış olursa şekil noksanı sebebiyle bătıl olur. Guhl'a göre (93), tahvilin şartları tahakkuk ederse hükümsüz olan vasiyetname herhangi bir sıhhat şekline tâbi olmayan (LCA m. 76) sigortada müstefit tayinine tahvil edilebilir. Buna mukabil Federal Mahkeme böyle bir halde iki sebeple tahvili reddetmiştir (94):

a) Her iki muamele tek taraflı ve kabili rücu olmasına ve pratik bakımdan aynı neticeye müncer olmasına mukabil mahiyet ve neticeleri birbirinden farklıdır. Vasiyetin ölüme bağlı bir tasarruf olmasına mukabil diğeri hüküm ve neticelerini hayatta olanlar arasında meydana getiren bir muameledir. Kaldı ki, sigorta mukavelesinde müstefit olarak gösterilen kimse buna ittifâ kesbettiği anda sigortacıya karşı hak sahibi olur. Halbuki vasiyet ancak vasiyetçinin ölümü halinde hüküm ve netice meydana getirir.

b) Hayatta hüküm ve netice meydana getiren bir muamele vasitisiyle müstefit tayin etmek bir irade beyanından ibaret olmakla beraber sigortacının ittifâna bağlı değildir. Binaenaleyh, Federal Mahkemeye göre sigorta mukavelesi ile sigortadan müstefit olmanın şartları tahakkuk etmemektedir.

(92) RO 75 II 81 - JdT 1949, s. 588 «Cehrenau Stiftung/Hauser».

(93) Guhl, s. 91.

(94) RO 61 II 274 «Grim/Grim».

(95) Comaz, s. 79. Bk. Yukanda not 72.

Cornaz'ın pek yerinde olarak teşhis ettiği ve yukarıda da temas ettiğimiz veçhile (95), Federal Mahkeme asli muamele ile ikinci muamelenin aynı nevîden olmasını aramaktadır. Halbuki ne İsviçre doktrininde ve ne de Alman Hukukunda bu şartın aranmadığını yani her iki muamelenin nev'ân başka bir muamele olmasına lüzum olmayıp sadece farklı olmasının kâfi addedildiğine evvelce işaret etmiş bulunuyoruz (96).

Diğer taraftan kanaatımızca, Federal Mahkemenin ikinci delilinin de reddedilmesi icap eder. Zira bir hukuki muamelenin aktedilmesi başka şey hüküm ve neticelerini meydana getirmesi ise başka şeydir. Tek taraflı bir muamele olan müstefit tayini iradenin beyan edilmesi ile vücutta gelir. Buna mukabil hüküm ve neticelerini buna sigortacının ittilâ kesbetmesi ile meydana getirir. Bu bakımdan biz de, Guhl gibi (97), tahvilin şartlarının tahakkuk etmiş olduğu kanaatindeyiz.

§ 7. Teslim vaki olmadığı için bâtil olan elden hibe, muteber bir hibe vâdine tahvil edilebilir.

B.K. m. 237 ye göre elden bağışlama, bağışlayanın bir şeyi bağışlanana teslim etmesiyle vücut bulur. Meselâ, bir koca karısına elden teslim suretiyle birkaç adet irat senedi hibe etmiş, ancak bunları teslim etmiyerek masasının ayrı bir çekmecesine koymuş, üzerine de senetlerin temliki ve hibe muamelesi diye yazmıştır. Kocanın ölümünden sonra karısı senetleri bularak almışsa da mirasçılar hibenin teslim vaki olmadan yapıldığını iddia ile hibenin butlanını talep etmişlerdir. Acaba böyle bir hâdisede bâtil olan hibe bir hibe vâdine tahvil edilemez mi? 4 Mayıs 1921 tarihli bir kararında İsviçre Federal Mahkemesi bu suale menfi cevap vermiştir (98). Zira, Federal Mahkemeye göre iki türlü hibe ayrı nevidendir ve farklı karakter taşır. Guhl ise burada da tahvile cevaz verir; yeter ki bağışlama taahhüdünün şartları tahakkuk etmiş olsun (99).

§ 8. Şekil noksanı sebebiyle bâtil olan bir iştirâ mukavelesi, muteber bir şuf'a mukavelesine tahvil edilebilir.

İştirâ hakkının muteber olması için B.K. m. 213 gereğince resmî senede rap-tedilmesi icap eder. Bu bakımdan yazılı şekilde yapılmış bir kira akdine dercedilmiş olan iştirâ şartı muteber değildir. Halbuki, mezkûr maddenin sonuncu cümlesine göre «mukaveleden mütevellit şuf'a hakkı için tahriri şekil kâfidir. Şu halde şekle riayet edilmediği için hükümsüz olan iştirâ hakkı, mukaveleden mütevellit şuf'a hakkının şartlarını ihtiva ediyorsa tahvil mümkün müdür? Federal

(96) Bk. Yukarıda not 16 ve 72.

(97) Guhl, s. 91.

(98) RO 47 II 115 - JdT 1922, s. 172 «Danner/Danner».

(99) Guhl, s. 91.

Mahkeme 4 Temmuz 1928 tarihli bir kararında tahvili kabul etmemiştir (100). Çünkü, iştirak akdi ile şüfa arasında derin farklar mevcuttur. İştirak hakkı, sahibine, arzu ettiği zaman gayrimenkulü iktisap etmek hakkını bahsettiği halde şüfa hakkı, sahibine bu hakkı ancak gayrimenkulün üçüncü şahsa veya şahıslara satılması halinde verir. Binaenaleyh, irade beyanının muhtevası ile borcun şümulü o kadar değişmektedir ki bir iştirak hakkı tesisi için yapılmış bir muamele şüfayı ihtiva edemez ve tahvil caiz değildir.

§ 8. Gecikmiş bir kabul haberi, yeni bir icaba tahvil edilebilir.

B.K. m. 3'e göre «kabul için bir müddet tayin ederek başka kimseye bir akdin yapılmasını teklif eden kimse, bu müddetin hitamına kadar icabından dönmemez. Bu müddet bitmeden evvel kabul haberi kendisine yetişmezse icap ile bağlı kalmaz». B.K. m. 9 mucibince de muhatap icaba itilâ kesbettiği andan itibaren artık bundan rücu imkânı yoktur. Mucibin icabıyla ne kadar bağlı kalacağı hususunda Borçlar Kanunumuz iki hali birbirinden tefrik etmektedir:

1. Müddetli icaplar ister hazırlar arasında ister gaipler arasında olsun, tayin edilmiş olan müddetin hitamına kadar mucip için lüzum ifade eder. Kabul haberi tayin edilen müddetten sonra mucibe vasil olursa mucip kabul haberinin geç geldiğini muhataba bildirmeye mecbur olmaksızın icabıyla bağlı kalmaz. İcabın lüzum ifade etmemesi iki manayı tazammun edebilir. Ya icap sahibi icabıyla bağlı değildir, fakat icap hükümsüz olmayıp müddetsiz icap olarak telâkki edilir. Veya icap hükümsüzdür, Bu takdirde geç gelen kabul haberi yeni bir icap olarak kabul edilebilir (101).

2. Müddetsiz icapları da yine ikiye tefrik etmek mümkündür:

a) Hazırlar arasında B.K. 4'e göre kabul için bir müddet tayin olunmaksızın hazır olan bir şahsa karşı vaki olan icap derhal kabul olmadığı takdirde, onu yapan bağlı kalmaz.

b) Gaipler arasında. B.K. m. 5 mucibince hazır olmayan bir şahsa karşı müddet tayin olunmaksızın dermeyeran olunan icap, zamanında ve muntazam surette irsal olunmuş bir cevabın vüsulüne intizar edebileceği dakikaya kadar, onu yapan hakkında lüzum ifade eder. İcap sahibi, icabının muhataba vasil olması için gerekli zamanı muhatap ile kendisi arasındaki mesafeyi ve irsal şeklini nazarı itibara alacaktır. İcabın muhataba vüsulünün şu veya bu sebeple gecikmesi hüsnüniyet sahibi yani, gecikmeden haberi olmayan icap sahibine tesir etmez. Filhakika, B.K. m. 5 f. 2 ye göre bir kimsenin icabını zamanında vasil olmuş addetmeye hakkı vardır. İcap sahibinin normal bir zamandan fazla bekle-

(100) RO 54 II 323.

(101) Tem. Tic. d. 26/3/1946 K. 1015/E. 771 - Tepeli, s. 22.



mek mecburiyeti yoktur. Gecikmiş kabul haberi yeni bir icaba tahvil olunur (102). Alman Medeni Kanununun 150 inci maddesinin sarîh hükmüne göre vaktinde gelmeyen kabul haberi yeni bir icap addolunur. Yukarıda da belirttiğimiz veçhile bazı Alman müellifleri bunu kanuni takvile misal olarak göstermektedirler.

§ 9. Misal olarak seçtiğimiz yukarıki tahvil hallerini arttırmak mümkündür.

Meselâ, şekil noksanı sebebiyle hükümsüz olan hamile muharrer senet, B.K. m. 17 anlamında muteber bir borç tanımına (103), alacağın temliki kabza selâhiyete (104) tahvil edilebilmesi iktiza eder.

Netice olarak denebilir ki, hususiyle Federal Mahkeme kararlarına istinat ettirdiğimiz tatbiki haller şunu göstermektedir ki tahvil hukukumuzda ilk bakışta farkına varılmadığı halde oldukça ehemmiyet kazanmıştır. Hususiyle aktedilmiş olan mukavelelerin tarafların arzusu hilâfına muhtemel butlanı yerine mukavelelerin mümkün olduğu nisbette muhafazası prensibi hâkim oldukça tahvilin de ehemmiyeti artacaktır. Hukuki mahiyeti itibariyle tahvil nihayet bir tefsirden başka birşey olmayabilir. Ama bu hal, bazı müelliflerin kanaatleri hilâfına tahvili tamamen fuzuli bir müessese addetmek için kâfi değildir. İsviçre Federal Mahkemesi nisbeten eski kararlarında asli muamele ile ikinci muamelenin aynı mahiyet ve karakter taşıması lâzım geldiği noktasından hareket ettiği için birçok tatbiki hallerde tahvili kabul etmemiştir. Buna mukabil işaret ettiğimiz veçhile son kararlarında sarahaten tahvili kabul etmiş bulunmaktadır. Herhalde suiistimal edilmemek şartıyla ve hüsnüniyet kaideleri icap ettirdiği nisbette tahvil faydalı ve lüzumlu müessese olarak telâkki olunmalıdır.

---

(102) von Tuhr, s. 203; Arsebük, s. 314; Becker, Mad. 5 No. 6; Oser-Schönenberger, Mad. 3, No. 8, tercüme s. 67.

(103) Bk. RO 65 II 66 - JdT 1939, s. 401.

(104) von Tuhr, s. 208.

## BİBLİYOGRAFYA

- Arik, Fikret : Vasiyetçinin el yazısı ile vasiyeti, Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 1951, c. 6, sayı 1-4, s. 362 ve mütea.
- Arsebük, Esat : Borçlar Hukuku, 3. bası, Ankara, 1950.
- Béguelin : Fiches juridiques suisses, No. 197.
- Blancpain, P. : Le transfert de propriété résultant de la donation. Fribourg, 1929.
- Becker : Kommentar zum Schweiz. ZGB, Bd VI, Obligationenrecht, Bern, 1941.
- Cornaz, O. : La conversion des actes juridiques, Lozan, 1937.
- Egger : Giriş ve kişinin hukuku, Ankara, 1947, tercüme eden: V. Çernis.
- Esener, T. : Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı muameleler, 1956.
- Fick, H. : Commentaire du code des obligations, Neuchatel, 1915.
- Finger, H.J. : Die Umgestaltung nichtiger Rechtsgeschäfte, Berlin 1932.
- Fischer, O. : Konversion unwirksamer Rechtsgeschäfte, Leipzig, 1913.
- Funk, F. : Commentaire du code fédéral des obligations, Neuchatel, 1930.
- Guhl, T. : Le droit fédéral des obligations, Zürich, 1947, Fransızca tercümesi, Réne Des Gouttes.
- Lange, H. : BGB Allgemeiner Teil, 4. bası, Berlin, 1958.
- Oser-Schönenberger : Kommentar zum Schweiz. ZGB, Obligationenrecht, Zürich, 1929, Türkçe tercümesi, Seçkin R., Ankara, 1947.
- Palandt : Kommentar zum BGB, 1959.
- Piottet : De l'invalidité partielles des actes juridiques, ZSR 1957, s. 97 ve mütea.
- Saymen-Elbir : Türk Borçlar Hukuku, İstanbul, 1958.
- Schwarz : Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul, 1948.
- Staudinger : Kommentar zum BGB, Allg. Teil, 1957.
- Tandoğan, H. : La nullité, L'annulation et la résiliation partielles des contrats, Geneve, 1952.
- Tepeci, K. : Notlu ve izahlı Borçlar Kanunu, Ankara, 1949.
- Tuor, P. : Kommentar zum ZGB, Bd III, Das Erbrecht, Bern, 1929.
- von Tuhr : Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1957.
- von Tuhr : Partie générale du code fédéral des obligations, 1934.
- Voss, H.A. : Die Konversion des Rechtsgeschäftes BGB § 140, Rostock, 1905.
- Weil, E. : Konversion von Rechtsgeschäften, Zürich, 1935.