

AKİTLERDE ŞEKİL

Ass. Erhan TÜRKER

I — GİRİŞ

Bilindiği gibi, bir aktin meydana gelebilmesi tarafların birbirlerine uygun iradelerini belirtmelerine bağlı bulunmaktadır ⁽¹⁾ Ancak acaba bu unsurlar kâfi midir, yoksa bunlara katılacak başka unsurların varlığı da aranacak mıdır? Bu suale değişik zaman ve cemiyetlerde değişik genişlikte olmakla beraber olumlu cevap verilmiş ve bazı tip akitler için bahiskonusu unsurlar yanında irade beyanının belirli kalıplar içersinde, belirli şekillere bürünerek ortaya çıkması şartı aranmıştır ki bu da **akitlerde şekil** problemini doğurmaktadır.

Bu probleme doktrinde verilen tariflerden birisi «iradenin muayyen bir tarzda veya muayyen vasıtalar ile beyan edilmesi demektir» şeklindedir ⁽²⁾. Bu tariften de anlaşılacağı üzere, burada, iradenin niteliği değil belirtme biçimi veya vasıtaları önemli olmaktadır.

Şekil meselesi tarihî gelişim içerisinde incelendiğinde, ilkel cemiyetlerde şekle verilen önmin fazlalığına, şekli akitlerin normal, rızâî akitlerin istisnâî sayılmasına karşılık ileri cemiyetlerdeki hukuk düzenlerinin, şekil serbestisi prensibini, belkide aksi tutumun değişen cemiyet ihtiyaçları ve ekonomik mecburiyetler karşısında imkansızlığı sebebi ile, asli prensip olarak kabule mütemayil bu-

(1) *Yusuf Z. Binatlı*, Türk Borçlar Hukuku, Ankara 1966, s. 35.

(2) *Ferit H. Saymen-Halit K. Elbir*, Türk Borçlar Hukuku, C. I, İstanbul 1958, s. 197.

lundukları görülmektedir (3). Ancak bu durumun hakikaten dikkati çeken bir istisnası, daha ileride de tekrar edileceği üzere, islâm hukukundadır. Zira bu hukuk sisteminde şekle uyma zorunluluğu hemen hemen hiç bahiskonusu olmamaktadır (4).

Biz bu etüdümüzde çeşitli hukuk sistemlerinde, yürürlükteki milli hukukumuz da dahil olmak üzere bu hususa ilişkin durumları açıklamaya çalışacağız. Bu arada, çalışma konusunun sınırlandırılması bakımından, teyid edici vesikalar (teyid mektubu gibi) ile aktin sıhhatine tesir eden vesikalar (5) arasında bir ayırım yaptığımızı ve birincileri incelemelerimiz dışında bıraktığımızı söylemek gereklidir.

II — ŞEKLİN FAYDA VE MAHZURLARI

Hukuk politikası yönünden şekle ait düşünceler özetlendiği takdirde fayda ve mahzurları şu şekilde ortaya konulabilir.

1. Şeklin Faydaları

a) Şekil tarafları düşünmeye yöneltecek ve düşünmeksizin verilen kararları önleyecektir (6). Şahıslar düşünmeksizin bazı sözlü taahhütlerde kolayca bulunabilecekleri halde bunun mesele yazılı şekilde yapılması gerektiğinde daha fazla üzerinde durma ihtiyacını hissedeceklerdir ki, bu gaye ile konulmuş bir şekil zorunluluğunun misalini kefalet aktinde görebiliriz (7).

b) Şekle bağlı olmanın diğer bir faydası da hukukî muamelelerin yapılmak istenilip istenilmediğini ortaya koymasıdır ve bu suretle bağlamayan bir beyan, lüzum ifade etmeyen bir görüşme mi yoksa ciddi bir beyan mı vardır şeklindeki kararsızlıklara yer kalmıyacaktır (8).

(3) *Andreas B. Schwarz*, Borçlar Hukuku Dersleri (Ter. Bülent Davran), İstanbul 1948, s. 240 vd.; *Saymen-Elbir*, s. 197.

(4) *Schwarz*, Borçlar, s. 241.; *Sabri Şakir Ansay*, Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku, Ankara 1958, s. 110.

(5) *Saymen-Elbir*, s. 198.

(6) *Andreas von Tuhr*, Borçlar Hukuku, C. I, (Ter. Cevat Edege), İstanbul 1952, s. 243.; *Schwarz*, Borçlar, s. 241.

(7) *Schwarz*, Borçlar, s. 242.

(8) *Schwarz*, Borçlar, s. 241.; *von Tuhr*, s. 243.

c) Şekil beyan edilen şey ve beyanın niteliğine de daha fazla açıklık ve kesinlik verecektir (9).

d) Nihayet şekil ispat yönünden de büyük bir kolaylık sağlayacaktır (10).

2. Şeklin Mahzurları

a) Evvela şekil akitlerin yapılmasını güçleştirmekte ve ağırlaştırmaktadır (11). Özellikle alım-satım akti gibi hukuki muamelelerin şekle tabi tutulması bu güçlüğü adeta imkansızlık haline getirecektir (12).

b) İkinci olarak, şekle bağlı muamelelerdeki basit bir şekil noksanı dahi o muameleyi sakatlayıp hükümsüzlüğe uğratabilecektir ve özellikle esas olarak iradelerdeki uygunluk varken harici bir şekil eksikliği ile muamelenin hükümsüz sayılması, bazı hallerde, kötü niyetli kimselere prim verilmesi demek olacaktır. Zira iyi niyetli taraf kendisini taahhüdü ile bağlı saydığı halde kötü niyetli diğer taraf şekil noksanı sebebi ile borcundan kurtulma yollarını arayacaktır (13) (14).

c) Nihayet, özellikle resmî şekle tabi katilerde bahis konusu olabilecek bir mahzur olarak akit yapılmasının masraflara yol açması ortaya çıkmaktadır (15).

Ve adı geçen mahzurlar modern hukuk sistemlerinde daha büyük değer verilen esaslar olarak sayıldığı içindir ki şekil serbestliği prensibi asli prensip olarak kabul edilmiş, ancak faydalarından vazgeçmenin mümkün olmadığı özel hallerde şekil şart koşulmuştur.

(9) *Schwarz*, Borçlar, s. 241.; *von Tuhr*, s. 243.

(10) *Schwarz*, Borçlar, s. 242.; *von Tuhr*, s. 243.

(11) *Schwarz*, Borçlar, s. 242.; *von Tuhr*, s. 243.

(12) Bu bakımdan Roma Hukukunda dahi bu akit rızai akitlerden sayılmıştır (*Schwarz*, Borçlar, s. 242).

(13) *Schwarz*, Borçlar, s. 243 .

(14) Her ne kadar haksız fiil ve hakkın kötüye kullanılması hukuki müesseseleri var ise de, özellikle ispat güçlükleri ve ispat külfeti yönünden bu prim verme durumunun varlığını kabul gerekmektedir.

(15) *Saymen-Elbir*, s. 208.

III — TARİHÇE

1. Eski Türk ve İslâm Hukuku

İslâmiyetin kabulünden önceki Türk Hukukunun incelenmesinde, Göktürkler'de yazılı şeklin mevcut olduğu ⁽¹⁶⁾, Uygurlar'da ise, ele geçirilen çeşitli belgelerdeki bazı deyimlerin, belirli formüllerin aynen kullanılması gibi hususlardan anlaşılacağı üzere, sıkı şekil şartlarına uyma zorunluluğunun bulunduğu görülmektedir ⁽¹⁷⁾.

İslâm Hukukunda ise bunun aksi bir durum göze çarpmaktadır. Yukarıda da belirtildiği gibi, hem sıhhat şartı olarak, bu günkü hukukumuzda göre şekle tabi bulunan bazı akitler de dahil olmak üzere, akitlerin meydana gelmesinde şekle uyma zorunluluğu bulunmamakta, hem de her hangi bir hak şahitle ispat edilebilmektedir ⁽¹⁸⁾.

2. Roma Hukuku

Her ne kadar Roma Hukuku bu gün dahi modern hukuk sistemlerine, ortaya koyduğu kavramlar yönünden ve özellikle borçlar hukuku alanında önemli etkiler yapmakta ise de ⁽¹⁹⁾ akitler yönünden bu gün modern manada anladığımız akitler ile Roma Hukukundaki **contractus**'lar arasında derin farklar vardır.

Roma Hukukunda **contractus** deyimini **ius civile** tarafından kabul edilmiş olan ve bir **actio** ile müeyyidelendirilmiş bulunan akitleri ifade etmektedir ⁽²⁰⁾. Buna karşılık bu günkü hukuk anlayışımıza göre bir akit niteliğinde bulunan, ve fakat **ius civile**'nin saydığı tiplerden birisine uymayan anlaşmalar Roma Hukuk sistemine göre **contractus** sayılmamakta, değişik manada ve pakt şeklinde de olsa bu gün dahi yaşayan bir tabirle bunlara **pactum** denilmektedir ⁽²¹⁾.

(16) *Coşkun Üçok*. Türk Hukuk Tarihi Dersleri, Ankara 1957, s. 25.

(17) *Üçok*, s. 28.

(18) *Ansay*, s. 110.

(19) *Andreas B. Schwarz*, Roma Hukuku Dersleri (Ter. Türkan Rado), İstanbul 1956, s. 11 vd.; *Türkan Rado*, Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, İstanbul 1964, s. 1 vd.

(20) *Rado*, s. 44.

(21) *Rado*, s. 45 .

Roma Hukukunda akitler (**contractus**'lar) dört bölüme ayrılmaktadır. **Aynı akitler, sözlü akitler, yazılı akitler, rızai akitler** (22) ki bunların iki ve üçüncü bölümlerini bir araya getirerek bu gruba **şekli akitler** adını vermek kabildir (23).

A — Aynı Akitler

Bu tip akitlerin vücuda gelip hüküm ifade edebilmesi için sadece karşılıklı rızaların varlığı ve bunlardaki uygunluk yeterli değildir, bunun yanında borçlu tarafından bir şeyin (**res**) teslim alınması da gereklidir ve ancak bu unsurların birleşmesi ile borç münasebeti doğacaktır (24).

Roma Hukukunda gözüken ilk aynı akit tipi karz (**mutuum**) akitidir. Daha sonraları bu saha genişlemiş ve ariyet (**commodatum**), vedia (**depositum**), rehin (**pignus**) akitleri de **ius civile** tarafından aynı akit olarak kabul edilmişlerdir (25).

B — Şekli Akitler

Bu akitlerde ise özelliği iradenin belirli bir şekle uyularak belirtilmesi teşkil etmektedir ve bu şeklin sözlü veya yazılı olmasına göre şekli akitler (şekle tabi akitler); a) sözlü akitler, b) yazılı akitler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

a) Sözlü Akitler : Bu akitlerin geçerli olabilmesi için rızanın belirli bir sözlü şekle uyularak beyan edilmesi lâzımdır. Bu sözlü şekle uyulmadıkça akit tam olmayacaktır. Roma Hukukunda en önemli sözlü akit olarak **stipulatio**'yu görmekteyiz (26). **Stipulatio**'da müstakbel alacaklı belirli bir hususu kapsayan bir sual sormakta, borçlu da derhal, kayıtsız şartsız bu hususları yerine getireceğine dair cevap vermektedir (27) (28). Diğer sözlü akitler ise

(22) *Rado*, s. 46 vd .

(23) *Schwarz*, Borçlar, s. 233 vd.

(24) *Schwarz*, Borçlar, s. 235.; *Richard Honig*, Roma Hukuku Dersleri (Ter. Şemseddin Talip), İstanbul 1935, s. 117.

(25) *Rado*, s. 47.

(26) *Schwarz*, Borçlar, s. 236.; *Rado*, s. 47.

(27) *Rado*, s. 71 vd.; *Paul Koschaker*, Roma Hukukunun Anahatları (Ter. Kudret Ayiter), Ankara 1950, s. 185.

(28) Bunun tipik misali «Bana 100 vermeyi taahhüt ediyor musun?» «Taahhüt ediyorum.» «Centum mihi dare spondes?» «Spondeo.» şeklindedir (*Rado*, s. 27.); *Koschaker*, s. 185).

stipulatio'ya göre tâli bir mahiyet arzettekendirler ve yine bunlardan cihaz vaadi (**dotis dictio**) ve azadlıların hizmet vaadi (**promissio iurata liberti**) iki tarafın karşılıklı konuşması ile değil, sadece bir tarafın söz vermesi ile meydana gelmektedir (29).

b) **Yazılı Akitler** : Şekle tabi bulunan bu akitlerde şekil unsurunu yazı teşkil etmektedir. Aslında yazılı şekil modern hukumuza yabancı bir kavram olmamakla beraber, Roma Hukukunun anladığı yazılı şekil bu günkü hukukumuzdan farklı bulunmakta, meselâ vesika tanzimi sadece ispat yönünden faydalı görülmektedir. Roma'daki yazılı şekle ait malumat oldukça karanlık bulunmakla beraber bu şekle bir misal olmak üzere alacağın deftere kaydı (**nomen transscriptitum**) verilebilir. Bu akit aile reisinin hesap defterine bazı kayıtların yazılması ile meydana gelmektedir. Bu tip akitler son imparatorluk devrinde ise ortadan kalkmışlardır (30).

C — Rızaî Akitler

Bu akitlerin teşekkülü için, yürürlükteki hukukumuzda akitlerin büyük bir ekseriyetinde olduğu gibi, sadece birbirine uygun irade beyanlarının varlığı yeterli olup herhangi bir şeyin (res) verilmesine veya belirli bir şekle uymaya lüzum yoktur (31). Roma Hukukunda rızaî akit tipleri olarak alım-satım (**emptio-venditio**), adi kira, hasılat kirası, hizmet ve istisna aktini kapsayan **locatio-conductio**'yu, şirket aktini (**societas**) ve vekâleti (**mandatum**) görmektediriz (32).

IV — ANGLO-AMERİKAN HUKUKU

İngiliz hukukunda akitler şekli akitler (formal contracts), adi akitler (simple contracts) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Şekli akit mühürlenmiş imzalanmış bir senet şeklindeki akittir (contract under seal) ve bu şekle uyulması aktin lüzum ifade etmesi için yeterlidir (33). Amerikan hukukunda da aynı durum mev-

(29) *Rado*, s. 47.

(30) *Rado*, s. 48 .

(31) *Rado*, s. 48.; *H. Cahit Oğuzoğlu*, Roma Hukuku, Ankara 1952, s. 233.

(32) *Schwarz*, Borçlar ,s. 234.

(33) *Schwarz*, Borçlar s. 239.

cuttur ve şekli akit olarak da contract under seal kabul edilmiştir (34) (35). Yine İngiliz ve Amerikan hukuklarında adi akitlerde aktin muteberliği yönünden karşılıklı iradelerdeki uygunluğa ilave edilmesi gereken bir unsur olarak değer ifade eden bir ivazın (valuable consideration) varlığı gerekmektedir (36).

Yukarıdaki izahattan da anlaşılacağı üzere Anglo-Amerikan hukukunda geçerli bir aktin meydana getirilebilmesi ya bunun şekli akit halinde yapılmasına, veyahut da diğer unsurlardan başka değer ifade eden bir karşılığın (valuable) consideration) varlığına bağlı bulunmaktadır. Bu bakımdan da kıt'a Avrupası hukuk sisteminde önemli bir prensip olan rızailiğin, bir aktin vücudu için karşılıklı rızalardaki uygunluğun yeterliliğinin, Anglo-Amerikan sisteminde mevcut olmadığı görülmektedir (37).

V — TÜRK HUKUK SİSTEMİ

Yukarıda belirtilen prensip ve tarihi gelişime uygun olarak İsviçre-Türk hukuk sistemi de, Borçlar Kanununun 11. maddesinde rızailik esasını kabul ile, kanunda mevcut istisnalar dışında herhangi bir şekle uyma zorunluluğunun bulunmadığı kaidelerini koymuştur. Ancak şekle uyma konusu veya başka bir deyimle şekil problemi, şekil mecburiyetinin konulmasından güdülen gaye göz önüne alındığı taktirde (38), sıhhat şartı olarak şekil, ispat şartı olarak şekil halinde ikiye ayrılarak incelenmek gerekmektedir.

1. Sıhhat Şartı Olarak Şekil

Şeklin sıhhat şartı olarak konulduğu hallerde ancak bu şekle riayet olunduğu taktirdedir ki akit (veya daha genel ifadesi ile hukukî muamele) hüküm ifade edecek (39), şekle uymama ise, pren-

(34) *Ronald A. Anderson-Walter A.Kumpf*, Business Law, Uniform Commercial Code, Cincinnati, Ohio 1964, s. 44.

(35) ABD de bir Common Law kaidesi olan bu husus bazı eyaletlerde kanunlar ile değiştirilmiş, Uniform Commercial Code da emtia alım-satımında bu kaideyi iptal etmiştir (*Anderson-Kumpf*, s. 44).

(36) *Schwarz*, Borçlar, s. 239.; *Anderson-Kumpf*, s. 41.

(37) *Schwarz*, Borçlar, s. 240.

(38) *H.V. Velidedeoğlu-Reşat Kaynar*, Türk Borçlar Kanununa Göre Borçlar Hukuku, İstanbul 1957, s. 50.

(39) *von Tuhr*, s. 243.

sip olarak ⁽⁴⁰⁾, hukukî muamelenin butlanına yol açacaktır. Borçlar Kanununun 11. maddesinde sözü geçen şekil de sıhhat şartı olarak konulmuş bulunmaktadır. Sıhhat şartı olarak şekil, ya kanunen emredilmiştir ki buna **kanuni şekil** diyoruz, veyahut da taraflar şekli rızaları ile kabul etmişlerdir ki bunu da **rızai şekil** olarak adlandırıyoruz.

A — Kanuni Şekil

Aktin geçerli olabilmesi için gerekli bulunan şekil eğer kanundan doğuyor ise kanuni şekil bahis konusu oluyor demektir ⁽⁴¹⁾. Bilindiği gibi hukuk sistemimiz akitlerin rızailiğini asli prensip olarak kabul etmiş bulunmakla beraber bazı hallerde şekle uyma zorunluluğunu da koymuştur.

Kanunen emredilen bu şekilleri tarzlarına göre üçe ayırmak kabildir : Merasimli şekil, hususi yazılı şekil, resmi şekil ⁽⁴²⁾.

a) **Merasimli Şekil** : Bu şekil kalıplaşmış bazı sözlerin söylenmesine dayanacaktır ve Roma Hukukundaki sözlü akitlere benmektedir. Bu tip akit borçlar hukuku alanımızda hiç mevcudu kalmamış bir akit olarak gözükmekte, medeni hukuk yönünden ise, Medeni Kanunun 109. maddesi ile, evlenmede ortaya çıkmaktadır ⁽⁴³⁾.

b) **Hususi Yazılı Şekil** : Hususi yazılı şekilden anlaşılması gereken resmî bir makam veya şahsın müdahalesine lüzum kalmaksızın yazılı bir metnin düzenlenmesi ve borç altına giren şahıs veya şahıslarca imzasıdır. Yukarıdaki tanımlamadan da anlaşılacağı üzere metin ile imzanın bir birinden ayrılması gerekmektedir ⁽⁴⁴⁾.

Metinde aktin bütün esaslı noktaları bulunacaktır ⁽⁴⁵⁾. Bu metnin taraflardan birisinin veya herhangi bir üçüncü şahsın el yazısı ile, yazı makinası veya diğer mekanik aletlerle yazılmış olması önemli değildir ⁽⁴⁶⁾. Yine bunun mektup veya telgraf şeklin-

(40) Zira, evlilikte olduğu gibi, bazı istisnalar vardır.

(41) Schwarz, Borçlar, s. 243.

(42) Velidedeoğlu-Kaynar, s. 48.; Schwarz, Borçlar, s. 251.

(43) Schwarz, Borçlar, s. 243.

(44) Schwarz, Borçlar, s. 251.; Saymen-Elbir, s. 211.

(45) Schwarz, Borçlar, s. 251.

(46) Binatlı, s. 75.; Schwarz, Borçlar, s. 251.

de olmasına, mektubun veya telgraf aslının imzalı olması şartı ile, müside edilmiş bulunmaktadır (Borçlar Kanununun 13. maddesi 2. fıkrası). Ancak bu tarzın geçerli olarak ortaya çıkışı, şekle uyuma lüzumunun bir taraf için bahis konusu olduğu, diğer söyleyiş ile sadece bir tarafın borç altına girdiği hallerdedir, zira mektup veya telgrafın sadece gönderici tarafından imzası olanağı vardır (47).

Senedin arap harfleri ile yazılıp yazılamıyacağı tartışmalı bir konu olarak ortaya çıkmaktadır. Zira harf devrimini gerçekleştiren ve yeni Türk harflerini kabul eden 1.11.1928 tarih ve 1353 sayılı kanun senet düzenlenmesinde Arap harflerinin kullanılmasını açıkca yasaklamamakla beraber, kanun koyucunun asli maksadı ve kanunun ruhu göz önüne alındığında bu hususa cevaz verilemeyeceği ileri sürülebilir. Buna karşılık Temyiz Mahkememiz böyle düzenlenmiş senetleri geçerli saymıştır (48).

Borçlar Kanunumuzun 13, 14 ve 15. maddelerinde imzaya ilişkin kaideler mevcut bulunmaktadır. Yürürlükteki hukuk sistemimize göre imzanın, senet metnine dair serbestinin aksine, el yazısı ile olması gerekmektedir. El yazısı deyiminden anlaşılması gereken sadece imzanın el ile atılmış olması değildir. İmza ile iç iradesinin senet metnine uygunluğunu açıklayan kimse, mesela ellerinin sakatlığı sebebi ile, kalemi dişleri veya ayak parmakları ile tutmuş olsa dahi bu geçerli bir imza sayılmalıdır (49). Buna karşılık herhangi bir mekanik vasıtanın kullanılması veya imzalayacak şahsın elinin başkası tarafından tutularak imzasının atırılması halinde bu hukuken geçerli bir imza niteliğinde değildir (50).

İmzanın bu akit ile borç altına giren kimse tarafından atılması gerekmektedir. Bu bakımdan tek tarafa borç yükleyen bir hukukî muamelede sadece bir tarafın imzalaması yeterli olduğu halde iki tarafa borç yüklendiğinde her iki tarafın imzalarının varlığı gerekmektedir (Borçlar Kanununun 13. maddesi 1. fıkrası).

İmza yeri hakkında kesin bir kaide bulunmamakla beraber, dış görünüşünün senedin tamamını kapsadığını doğrulaması icap

(47) Schwarz, Borçlar, s. 253.

(48) Saymen-Elbir, s. 212.

(49) Binatlı, s. 76. Aksi fikir : Saymen-Elbir, s. 214.

(50) H. Becker, İsviçre Medenî Kanunu Şerhi, C. VI, Borçlar Kanunu I. Kısım, Genel Hükümler (Ter. Bülent Olçay), Ankara 1967, madde 13-15, s. 66.

ctmektedir (51). Bu bakımdan illa metnin altına değil, tamamını kapsadığını metinden sonra ve yazı yönünde oluşu ile göstererek atılması yeterlidir (52).

İmza etme yeteneğine sahip olmayan veya durumları gereği senedin içindekileri bilemeyecekleri düşünülen kimseler için kanunumuzda özel hükümler konulmuştur. Buna göre, gözleri görmeyen kimselerin imzaları ile sorumlu olmaları ya bu imzanın tasdikine veya metni bildiklerinin ortaya çıkmasına (sübutuna) bağlıdır (53). Ticaret Kanunumuz ise poliçeler hakkında 668. maddesinin 3. fıkrası ile «Âmâların ele yazısı ile imzalarının usulen tasdik edilmiş olması lâzımdır.» kaidesini koymuştur ki bu kaide Türk Ticaret Kanununun 690. maddesinin 1. fıkrası ve 730. maddesinin 19. bendi aracılığı ile değer kambiyo senetlerine de uygulanacaktır.

Fizikî sebepler veya bilgisizlik dolayısı ile imza etmek imkânına sahip olmayan kimselerin durumu ise Borçlar Kanunumuzun 15. maddesinde düzenlenmiştir. 15. madde hükmüne göre bu durumdaki kimseler ya el ile yapılmış bir işaret koyacaklardır ki bu işaret, çember, haç, çarpı işareti ve memleketimizde genelleşmiş bir usule göre parmak izi şeklinde olabilir (54), veya resmi bir şehadetname kullanacaklardır. Ancak el ile yapılmış bir işaret koymayı seçtikleri taktirde bunun resmen tasdik edilmiş olması gerekmektedir. Zira bunların taklidi gayet kolay olduğu cihetle ancak tasdik ile imza yerine geçebilmektedirler (55). Resmi şehadetname kullanılmasından anlaşılması gereken borç altına giren şahsın senedin içindekileri kabul ettiğini yetkili memura bildirmesi ile bu hususun onun tarafından yazılıp imzalanması, yani resmi tasdiktir ki bu durumu Temyiz Mahkememiz «ilzâmı gereken kimsenin ikrarının noter huzurunda tesbiti» olarak nitelendirmektedir (56).

İmza koyma yeteneğine sahip olmayanların kambiyo taahhütlerinde bulunabilmeleri ise, Türk Ticaret Kanununun 668. madde-

(51) *von Tuhr*, s. 249.; *Becker*, madde 13-15, s. 65.

(52) *Becker*, madde 13-15, s. 65.

(53) *Binatlı*, s. 77.; *Saymen-Elbir*, s. 215.

(54) *Binatlı*, s. 77.; *Saymen-Elbir*, s. 217.

(55) *Saymen-Elbir*, s. 217.

(56) *Saymen-Elbir*, s. 217.; *Becker*, madde 13-15, s. 67.

sinin 2. fıkrası, 690. maddesinin 1. fıkrası ve 730. maddesinin 19. bendindeki açıklık karşısında, imkansızdır.

Mekanik vasıtalar ile imza koyma, Borçlar Kanununun 14. maddesinin 2. fıkrasına göre, ancak örf ve âdetçe kabul olunan hallerde geçerli sayılmaktadır. Kanunumuz bu hale bir de misal vermiş ve çok miktarda sürüme çıkarılan kıymetli evrakın imzasının bu yolla olabileceğini kabul etmiştir. Diğer bir misal ise Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 297. maddesinde vardır. «Mühür veya bir alet vasıtası ile vaz'olunan imza veya cüzdan ile muamele icrasını itiyat etmiş olan müesseselerde muamelenin iptidasında tayin olunup bir sureti hesap defterine veya cüzdana mevzu bulunan mühür veya imza ile yapılacak muamele muteberdir.» şeklindeki ifade ile cevaz verilen hallerden birisi daha gösterilmiştir (57).

Hususi yazılı şekle tabi muamelelerdeki değişikliklerin de bu şekle uyularak yapılması gerekir. Borçlar Kanununun 12. maddesinin getirmiş olduğu bu kaide gayet mantıktır. Zira yapılacak her değişiklik bu konuda yeni bir aktin meydana gelmesi demektir ki bunda da şekle uyma zorunluluğunun bulunması tabiidir (58). Ancak, Borçlar Kanunumuz, 12. maddesinin ikinci cümlesi ile bu hükmü yumuşatmış ve aktin yapılmasından sonra tarafların anlaşarak meydana getirecekleri değişiklikler, aktin esaslı noktalarına ilişkin olduğu takdirde, yazılı şekli zorunlu gördüğü halde tamamlayıcı ve fer'i şartlar hakkında bu mecburiyeti koymamıştır (59).

Borçlar Kanunumuza göre; alacağın temliki (163. madde 1. fıkra), hayvan alım-satımında ayıptan âri oluşun tekeffülü (195 ve 199. madde); mukaveleden doğan şuf'a hakkının tesisi (213. maddenin son cümlesi); hibe vaadi (238. madde 1. fıkra); hizmet aktinin mesai kaideleri (315. madde), umumi hizmet mukaveleleri (316. madde 2. fıkra); çıraklık mukavelesi (318. madde 1. fıkra); rekabet memnuiyeti (350. madde); kefâlet (484. madde); itibar mektubu (399. madde); itibar emri (400. madde 2. fıkra); gayrimenkul tellallığı (404. madde 3. fıkra) (60) ve kaydı hayat ile irat mukavelesi (508. madde) hususi yazılı şekle tabi tutulmuşlardır.

(57) *Saymen-Elbir*, s. 216.

(58) *Schwarz*, Borçlar, s. 249.

(59) Değişiklik hususunda söylenenler esas itibari ile hususi yazılı şekle ilişkin olmakla beraber bunların kıyasen resmi şekle de tatbik edileceği söylenebilir (*Saymen-Elbir*, s. 220) .

Diğer bazı kanunlar ile Medeni Kanunumuzda da yazılı şekle ilişkin hükümlerin varlığını görmekteyiz. Bu arada 25.8.1971 tarih ve 1475 sayılı İş Kanununun 9. maddesini önemli bir misal olarak tesbit edebiliriz. Bu maddenin 1. fıkrasına göre müddeti bir yıl veya daha fazla olan sürekli akitler için yazılı şekil zorunludur, 2. fıkra ise işverene, işçinin isteği üzerine, genel ve özel bütün iş şartlarını gösteren ve imzasını taşıyan bir belge vermek zorunluluğunu yüklemektedir. Yine 15.7.1963 tarih ve 275 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu da 2. maddesi ile toplu iş sözleşmesinin yapılmasını, değiştirilmesini, feshinin ihbarını ve toplu iş sözleşmesine katılmayı yazılı şekle tabi kılmıştır.

c) **Resmi Şekil** ⁽⁶¹⁾ : Resmi şekilden anlaşılması gereken, senedin resmi bir makam veya kamu güveni ile teçhiz edilmiş bir şahıs tarafından düzenlenmesidir ⁽⁶²⁾. Kamu güveni ile teçhiz edilmiş şahıs deyiminin ilk akla getirdiği kimseler ise noterlerdir. Ayrıca gayrimenkule ilişkin olan akitlerde resmi makam olarak tapu memur veya muhafızları karşımıza çıkmaktadırlar ⁽⁶³⁾. Bu şekle uyularak yapılan anlaşmalar Medenî Kanunumuzun 7 ve Noterlik Kanununun 48. maddelerindeki hükümler ile korundukları cihetle ispat yönünden var olan bu büyük kolaylık resmi şeklin değerini önemli surette arttırmaktadır ⁽⁶⁴⁾.

Hukuk sistemimizde kanun koyucu tarafından önemli görülen akitlerin resmi şekilde yapılması zorunluluğu mevcut bulunmaktadır ki bunların sayıca pek çok olmadığı söylenebilir. Çünkü, resmi şeklin az sonra açıklamaya çalışacağımız faydalı görevlerinin yanında, muameleleri ağırlaştırıp masraflı hale getirmek gibi bir sakıncası da vardır ⁽⁶⁵⁾.

Resmi şeklin konulmasında, ispat yönünden mevcut kolaylıklar yanında teşriî politika yönünden ifa ettirilmek istenen iki fonksiyonun varlığı da etkili bulunmaktadır.

(60) Bu fıkra 1.1.1957 tarih ve 6763 sayılı kanunun 41. maddesi ile eklenmiştir.

(61) Noterler tarafından mukavelelerin imza ve tarihlerinin tasdiki ayrı bir şekil olarak ele alınmamıştır. Bu tip mukavelelerde resmiyet sadece tarih ve imza hakkındadır (*Saymen-Elbir*, s. 207) .

(62) *Schwarz, Borçlar*, s. 256.

(63) *Saymen-Elbir*, s. 207.

(64) *Schwarz, Borçlar*, s. 256.

(65) *Saymen-Elbir*, s. 208.

Bu iki fonksiyondan birincisi **önleme fonksiyonudur** ki, muameleye girişen şahsın kendisi için tehlikeler doğurabilecek durumlarda iyice düşünüp taşınmadan acele ile hareketini önlemeyi ifade eder, diğer fonksiyon ile **garanti fonksiyonudur** ve bundan da anlaşılması gereken, önemli ve karışık hukukî muamelelerin aksaksız ve yürürlükteki hukuk nizamına uygun tarzda yapılmasının garantisidir (66).

Yukarıda da işaret edildiği gibi, resmi şekilde yapılması gerekli akitlerde aslî yetkili noterlerdir, ancak hususi hükümlerle diğer resmi makamlara da yetkiler verilebilir ki bunun çok önemli bir misali Tapu Kanununda görülmektedir. Bu kanun hükümlerine göre gayrimenkullerde mülkiyete ve mülkiyetin gayri aynî haklara ilişkin resmi senetlerin tapu sicil muhafız veya memuru tarafından yapılması gereklidir (67) (68).

Borçlar Kanunumuza göre; gayrimenkul alım-satımı, alım-satım vaadi, vefa ve iştirak akitleri (213. madde); gayri menkul hibe vaadi, gayrimenkul üzerindeki bir aynî hakkın hibe edileceği vaadi (238. madde 2. fıkra); gaydi hayat ile irat mukavelesi (512. madde) resmi şekilde yapılmak mecburiyetindedir.

Medeni Kanunumuzda ise; karı koca mallarının idaresi ile ilgili evlenme mukavelesi (173' madde); evlat edinme mukavelesi (256. madde); bu mukavelenin fesih ve tadili (258. madde); aile şirketi emvali tesisi (324. madde); miras mukavelesi (492. madde); gayrimenkul mülkiyetini nakleden akitler (634. madde); gayrimenkul mülkiyetinin takyitlerini tadil veya ilga eden mukaveleler (657. madde); mülkiyeti muhafaza mukavelesi (688. madde); irtifak hakkı tesisi için yapılan akitler (705. madde); gayrimenkul üzerinde intifa hakkı tesisi için yapılacak akit (718. madde) ve gayrimenkul rehnine taalluk eden akit (771. madde 3. fıkra) hakkında resmi şekilde yapılma zorunluluğu vardır.

B — Rızâî Şekil

Esas itibari ile, yukarıda sayılan istisnaların dışında, Borçlar Kanunumuzun 11. maddesi akitlerin rızailiği prensibini kabul etmiş

(66) Schwarz, Borçlar, s. 257.

(67) Postacıoğlu, Medeni Usul, s. 489; Saymen-Elbir, s. 207.

(68) Buna mukabil Noterlik Kanununa göre gayrimenkul satış vaatlerine ait resmi senetlerin düzenlenmesinde noterler yetkilidirler (Noterlik Kanunu 44. madde B bendi).

ve bunların sıhhatlerini her hangi bir şekle uyma şartına bağlamamıştır. Ancak, yine kanunumuzun 1. maddesinde ifadesini bulan akit serbestisi prensibi ile 16. maddenin «iki taraf kanunen hususi bir şekle tabi olmayan bir aktin hususi bir şekilde yapılmasını kararlaştırmışlar ise...» hükmüne göre tarafların şekle bağlı olmayan bir akti belirli bir şekle uyarak yapmayı kararlaştırabileceklerini kabul etmek gerekmektedir ki işte bu durumda rızaî şekil bahis konusudur ⁽⁶⁹⁾ ⁽⁷⁰⁾.

Borçlar Kanunumuzun 16. maddesinin 1. fıkrası hükmü bu şeklin sıhhat şartı olarak kabul edildiğini göstermektedir ⁽⁷¹⁾.

Mehaz kanununun 16. maddesi ise daha değişik bir tarzda ifade edilmiş olup Almanca metnin 1. fıkrasının tercümesi şu şekildedir : «Kanunen şekle bağlı olmayan bir akte bir şeklin tatbiki mahfuz tutulmuşsa, bu şeklin tahakkukundan önce tarafların müzlem olmak istemedikleri farz ve kabul olunur» ⁽⁷²⁾. Ve bu şekilde mehaz kanun rızaî şeklin niteliğini sıhhat şartı olarak bir **karine** ile tesbit etmiş bulunmaktadır ⁽⁷³⁾. Yürürlükteki hukukumuz bakımından ise, değişik tercümeğe rağmen, aynı sonuca varmak, rızaî şeklin esas itibari ile sıhhat şartı olmasına rağmen, tarafların iradeleri ile (ve bu hususta bir anlaşmazlık çıktığında ispat şartı olduğunu ileri sürere ispat külfetinin yüklenmesi ile) rızaî şekli ispat şartı olarak kararlaştırabileceklerini kabul etmek gerekmektedir ⁽⁷⁴⁾.

von Tuhr şekil kaydının tek taraflı olarak konulabileceğini de kabul etmektedir ⁽⁷⁵⁾. Saymen-Elbir de «Bazı hallerde, rızaî şekil bir taraflı olabilir. Meselâ mucip yaptığı icaba muhatabın muayyen bir şekilde cevap vermesini talep edebilir.» ⁽⁷⁶⁾ şeklindeki ifadeleri ile bu fikirde bulduklarını göstermektedirler. Buna karşılık Schwarz «Vakıa taraflardan her biri akdin sıhhatini bir şekle tabi kılabilir, fakat diğer taraf da bunu reddedebilir; bu itibarla, akdin hüküm ifade etmesinin ihtiyari bir şekle riayet keyfiyetine bağlı olabilme-

(69) *Binatlı*, s. 78.; *Saymen-Elbir*, s. 220.

(70) Bu şekle iradi şekil veya ihtiyari şekil adı da verilmektedir (*Velideoğlu-Kaynar*, s. 47).

(71) *Saymen-Elbir*, s. 221.

(72) *Schwarz*, Borçlar, s. 244.

(73) *Schwarz*, Borçlar, s. 244.

(74) *Saymen-Elbir*, s. 221.

(75) *von Tuhr*, s. 253.

(76) *Saymen-Elbir*, s. 221.

si için, taraflar arasında bu hususta bir uyuşma hasıl olmuş bulunmalı, başka bir ifade ile, bir tarafın bu bapta dermeyan ettiği ihtirâzî kayıt diğer tarafca kabul edilmiş olmalıdır.» (77) mucip sebebi ile bu düşünceye iştirak etmediğini bildirmektedir ki bu son düşünüş tarzına biz de katılmaktayız.

Taraflar rızaî şekle karar verirken bunun hususi yazılı şekil veya resmi şekil olması hususunu da kararlaştırabilirler (78). Eğer taraflar, yazılı şekilden bahsetmiş ve fakat bu şekil hakkında açıklamada bulunmamışlar ise Borçlar Kanunumuzun 16. maddesinin 2. fıkrası tatbik olunacaktır (79). Ancak bu fıkra pek de açık bir şekilde kaleme alınmış değildir ve Saymen-Elbir'e göre (80) düzgün bir tercümesi şu şekilde olmak gerekir : «Başkaca sarih izahat bulunmaksızın yazılı şekil kararlaştırılmış ise, kanunen emredilen yazılı şekle müteallik kaidelere riayet etmek lâzımdır.» Bu tercümeden de daha iyi anlaşılacağı üzere, taraflar yazılı şekli kabul etmişler ve fakat bu şekil hakkında açıklamada bulunmamışlar ise, Borçlar Kanunumuzun 13-15. maddelerindeki yazılı şekle ait esaslar uygulanacaktır. Buna karşılık 12. madde hükmü bu durumda uygulanma kabiliyetini haiz değildir (81).

2. Sıhhat Şartı Olarak Şekle Uymamanın Hükümleri

Şeklin sıhhat şartı olarak konulduğu hallerde buna uyulmaz ise muamele, kaideten (82), bâtıldır, bir hüküm doğurmayacaktır (83). Bu duruma göre şekle uymama sebebi ile bâtil bulunan bir akte göre yapılan ifa da sebepsiz iktisap kaidelerine göre geri istenebilecektir (84). Ancak acaba bazı özel durumlarda, şekil noksanına dayanarak butlan ileri sürmek hakkın kötüye kullanılması sayılmı-

(77) Schwarz, Borçlar, s. 243.

(78) Saymen-Elbir, s. 220.

(79) Binatlı, s. 79.

(80) Saymen-Elbir, s. 222.

(81) von Tuhr, s. 254.; H. Oser-W. Schönerberger, Borçlar Hukuku, Birinci Kısım (Ter. Recai Seçkin), Ankara 1947, madde 12, s. 118.

(82) Bazı hususi durumlar ileride incelenecektir.

(83) Schwarz, Borçlar, s. 247.; von Tuhr, s. 245.; Saymen-Elbir, s. 210.; Becker, madde 11, s. 58.; Kemal Oğuzman, Şekil Noksanı Sebebiyle Butlan Dermeyanı Hakkının Suiistimali, İstanbul Barosu Dergisi, 1955, s. 249.; Velidedeoğlu-Kaynar, s. 51.

(84) Velidedeoğlu-Kaynar, s. 51.; Saymen-Elbir, s. 210.; von Tuhr, s. 246.

yacak mıdır? Bu soruya değişik cevaplar verilmektedir (85). Oser-Schonenberger, kati olarak, bunun hakkın kötüye kullanılması olarak isimlendirilemeyeceği görüşündedir (86), buna karşılık von Tuhr, Schwarz, Saymen-Elbir, Göktürk'ün içinde bulunduğu bir grup halini icabına göre hakkın kötüye kullanılmasının bahis konusu olabileceği fikrini savunmaktadır (87). Yalnız von Tuhr ve Schwarz butlan iddiasının hakkın kötüye kullanılması olarak kabulü halini aktin ifa edilmiş olması şartına bağlamaktadırlar (88) (89).

Taraflardan birisinin, kasden diğer tarafı şekle uymamaya yöneltip sonradan butlan ileri sürmek sureti ile taahhüdünden kurtulmak istemesi halinde ise, Borçlar Kanunumuzun 41. maddesinin 2. fıkrasına uyan bir haksız fiilin varlığının kabulü hakkında fikir beraberliği vardır (90). Bu durumda tazmini istenecek zarar ifadan beklenen menfaat değil, sadece menfi zarar olacaktır (91).

Şekle uymamanın butlan doğurması asli kaide olmakla beraber bazı istisnalar da kabul edilmiştir. Meselâ Medeni Kanunumuzun 123. maddesine göre evlenme, yetkili memur önünde yapıldıktan sonra, şekle uymama bahis konusu olsa dahi fesh olunamaz, yine Borçlar Kanunumuzun 238. maddesinin 3. fıkrasına göre şekle uygun olmayan bağışlama taahhüdü yerine getirildiği taktirde elden bağışlama olarak kabul edilir ve bu sebepten geçerli sayılır (92).

Sihhat şartı olarak konulan şekle uyularak akit tamamlandıktan sonra düzenlenen belge zayi olduğu taktirde durum ne olacaktır? Bu durumda belgenin yokluğuna rağmen aktin geçerliliği devam etmektedir, durum diğer ispat vasıtaları ile ispat edilebilir ve akit hükümlerini yürütür (93).

(85) Fazla bilgi için Bkz. *Oğuzman*, s. 249 vd.

(86) *Oser-Schönenberger*, madde 11, s. 112.

(87) *von Tuhr*, s. 246.; *Schwarz*, Borçlar, s. 248.; *Saymen-Elbir*, s. 210; *Hüseyin Avni Göktürk*, Borçlar Hukuku, Ankara 1946, s. 135.

(88) *von Tuhr*, s. 246.; *Schwarz*, Borçlar, s. 248.

(89) *Oğuzman* ise hakkın kötüye kullanılmasının belirli hal ve kaidelere bağlanması görüşüne muhalif olup hâkimin her hadisede özel durum ve şeklin konuluşundaki ereği göz önünde bulundurarak karar vermesi gereğini savunmaktadır (*Oğuzman*, s. 258).

(90) *Oser-Schönenberger*, madde 11, s. 112.; *von Tuhr*, s. 245.; *Schwarz*, Borçlar, s. 247.

(91) *Becker*, madde 11, s. 61.; *von Tuhr*, s. 245, Dip Not 27.

(92) *Schwarz*, Borçlar, s. 248.

(93) *Oser-Schönenberger*, madde 11, s. 115.; *von Tuhr*, s. 244.

3. İspat Şartı Olarak Şekil

Yukarıda açıklanmaya çalışıldığı üzere şekil sıhhat şartı olarak konulabilir ve bu şekle uyulmaksızın yapılan akit hükümsüzdür. Bunun yanında şekil, yargılama usulü kaidesi olarak da gerekli bulunabilir ve isbatı kolaylaştırmak için aranır ki bu durumda da ispat şartı olarak şekilden bahsedilecektir ⁽⁹⁴⁾.

Ancak bu hususta İsviçre sistemi ile Türk sistemi arasında bir farkın varlığı görülmektedir. İsviçre'de yargılama usulü, prensip itibari ile, kantonların yetkileri içersinde bulunmakla beraber İsviçre Medeni Kanununun 10. maddesi, davaların görülmesinde eşitliği temin ereği ile ⁽⁹⁵⁾, bu yetkiyi sınırlamakta ve «Federal hukukun bir hukukî muamelenin sıhhati için mahsus bir şekil derpiş etmediği hallerde kantonal hukuk hukukî muameleni nispat kabiliyeti hususunda da böyle bir şekil emredemez» ⁽⁹⁶⁾ hükmünü getirmektedir.

Türk hukuk sisteminde ise bu şekilde bir hüküm bulunmadığı gibi Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuz, 288. maddesinde, «Bir hakkı ihdas, nakil ve tahvil, tecdit, ikrar, itfa ve iskat maksadıyla icra edilen bilcümle tasarrufat zamanı vukuundaki miktar veya kıymeti beş bin kuruşu tecavüz ettiği taktirde, senetle ispat olunmak lâzımdır.» esasını getirmiştir. Bu suretle bir akit 50 liradan fazla bir kıymeti kapsıyorsa senede bağlanmak gerekecektir ki, bu günkü ekonomik duruma göre gayet düşük bir rakkam sayabileceğimiz ⁽⁹⁷⁾ adı geçen miktarın altında kalabilecek muamele pek sınırlı olacağından hemen her muamelenin senede raptedilmesi icap edecektir ⁽⁹⁸⁾.

Ancak şu hususu hatırdan çıkarmamak gerekmektedir ki, şeklin ispat şartı olduğu hallerde bu şekle uyulmamış olsa dahi geçerli bir hukukî muamele vardır ve bu akit «1 — Kendisine karşı aktin mevcudiyeti iddia edilen şahsın ikrarı ile, 2 — Yahut da bu şahsa verilen yeminin alınmaması ile» ⁽⁹⁹⁾ sübuta erebilir.

(94) *von Tuhr*, s. 244.

(95) *von Tuhr*, s. 244.

(96) *Schwarz*, Borçlar, s. 246.

(97) *Schwarz*, 1948 baskılı eserinde dahi bu rakkamı nisbeten dün olarak nitelermektedir (*Schwarz*, Borçlar, s.245) .

(98) Senetle ispat mecburiyetinin istisnaları için Bkz. *Postacıoğlu*, Medeni Usul, s. 477 vd.

(99) *İlhan E. Postacıoğlu*, Gayrimenkullerin Feragına Müteallik Akitlerle Şekle Riayet Mecburiyeti (Doktora tezi), İstanbul 1945, s. 191.