

İsviçre Federasyon Mahkemesi

İcra ve İflâs Dairesi

31 Ağustos 1928 Celsesi

(*Treuhand und Bankinstitut A. G. — Kramer*) davası

Haciz. Haczin hükümleri. Hüsniyetli müşteri. İstihkak iddiası (itirazülgayr). — Mahcuz bir mal, istihkak iddiasında bulunan bir üçüncü şahıs tarafından satılmış. — Alıcı, malı tesellüm etmiş. — İcra malın satılmasına karar vermiş. — Alıcı şikâyet etmiş. — Kanton Mahkemesince bu şikâyet nazarı itibara alınmış. — Haciz koyan alacaklı bu kararı Federasyon Mahkemesinde temyiz etmiş. — Mahkeme temyiz talebini reddetmiştir.

I. İc. ve İf. K. m. 96, 106 ilâ 109

T. İc. ve İf. K. m. 75, 85 ilâ 88

1. — Mahcuz bir malı satın alıp tesellüm eden bir kimse kendisinin hüsniyetli bir alıcı olduğunu iddia ettiği takdirde İcra Dairesine göre bu şahsın hacze vâkif olduğu zahir ve aşikâr olmadıkça, mezkûr kimse bu bapta takibi durduran bir itiraz serdedebilir, yani hacizde üçüncü şahsın itirazı yoluna gidebilir.

2. — Fakat, tabii, istihkak iddiasının, hacze iflâsından itibaren 10 gün [1] içinde ihbar etmelidir.

Vakıâların hülâsası.

A — Bâle şehrinde kâin Treuh. und Bankinst. A. Ş. tarafından Arlesheim icra mıntakası dahilinde kâin Neue Welt'te mukim Walter Spiess

[1] Bizde 7 gün olduğu malûmdur.

tarafından yapılan borç takibinde, Arlesheim İcra Dairesinin talebi üzerine Bâle İcra Dairesi, Spiess'e ait olup Bâle şehrinde Untergasse'de 15 numarada bulunan bir matbaa makinesine haciz koyar.

Haciz esnasında, borçlu bu makinenin Bâle'de mukim H. Fleischmann Linz'e ait olduğunu, mezkûr şahsın bu makineyi kendisine mülkiyeti muhafaza şartile satmış olduğunu ve bunun semeninden elyevm 10,800 fr. borcu olduğunu ityan eder. Mülkiyeti muhafaza mukavelesinin Bâle sicilinde 18913 No. altında ve 4 temmuz 1926 tarihi ile mukayyet olduğu görülür. Bu cihazlar haciz zabıtnamesine dercolumuş. Maamafih bir kaç gün sonra Fleischmann, Spiess ile mutabık kalarak bu makineyi keza mülkiyeti muhafaza kaydile Bâle'de Otto Kramer'e satar; sicilde Spiess'e ait kaydı terkin ettirir; onun yerine 22009 numara tahtında Kramer namına kayıt düşürür. Haczi koyduran alacaklı haciz zabıtnamesinde yazılı olan mülkiyeti muhafaza keyfiyetine itiraz eder. Bunun üzerine 25 temmuz 1927 tarihinde Arlesheim İcra Dairesi, istihkak davasını açması için Fleischmann'a mühlet verir. 26 temmuz 1927 tarihinde Fleischmann, mevzuu bahs makineyi tekrar sattığını cevaben bildirir. Bunu müteakip İcra Dairesi 5 ağustos 1927 tarihinde bir mektupla, orada isim ve adresi elde edilen Kramerden, 15 haziran 1927 tarihinde Speiss'in nezdinde haczedilen matbaa makinesini kendisinin kaça aldığını ve Spiess'in el'an kendisinde matlubu bulunup bulunmadığını sorar.

8 ağustos 1927 de, Kramer mezkûr makineyi Fleischmann'dan 17000 franga satınaldığını ve Spiess'e hiçbir vereceği bulunmadığını beyan eder. Buna ilâveten : « Spiess ile Fleischmann arasında takarrür edeni bilmem, fakat Spiess'in Fleischmann'da da bir alacağı kalmadığını zannederim » der.

1928 senesi başlangıcında münazeunfih makinenin paraya çevrilmesine sıra geldiği zaman Fleischmann, Arlesheim İcra Dairesi nezdinde istihkak iddiasına dair itiraz usulünün yeniden açılmasına mütedair bir talepte bulunur. Bu talebin reddolunması üzerine itiraz merciiine şikâyet ile neticede: İcra Dairesinin mezkûr usulü yeniden açmağa ve ledelhace dava açmak üzere kendisine mühlet vermeğe davet olunmasını ister. Bununla beraber, Kramer arttırmaya konma ihbarını alınca o da mutasavver paraya çevrilmeye karşı kendi tarafından itiraz eder. 27 kânunusani 1928de Bâle-Ville İcra Dairesine kendisinin 1927 temmuzundanberi matbaa makinesi-

nin sahibi olduğunu ve bunu Fleischmann'dan satın aldığını ihbar eder. Bu ihbarında diyor ki: « Spiess'in herhangi bir şey üzerinde hiçbir hakkı yoktur. Binaenaleyh müzayedeye konulamaz. »

Arlesheim İcra Dairesinin Kramer'in itirazına rağmen paraya çevirmenin derhal yapılmasında ısrar etmekte olduğundan bahisle, eğer Kramer bu karara karşı 10 gün zarfında şikâyet etmediği takdirde mezkûr İcra Dairesinin marzisi veçhile paraya çevirmeye başlanacağı 27 şubat 1928 de Bâle - Ville İcra Dairesince Kramer'e ihbar olunur. Fleischmann'ın şikâyetini nazara alarak Bâle - Ville İcra Dairesi, şikâyetin neticesine kadar paraya çevirmenin yapılmayacağı mülâhazasıyla, evvelce tayin olunan yururkiki mehli iptal eder. Eğer Fleischmann bunda muvaffak olamazsa, Kramer'in mezkûr şikâyet üzerine verilen karara ıttılından itibaren 10 gün içinde kendisi de usulen şikâyette bulunduğunu ispat etmedikçe paraya çevirme muamelesine başlanacağı ihtar olunur.

Fıkrai hükmiyesi taraflara 27 nisanda tebliğ olunan 23 nisan 1928 tarihli kararıyla Federasyon Mahkemesi İcra ve İflâs Dairesi, Fleischmann'ın şikâyetini « mumaileyh 27 temmuz 1927 tarihiyle Arlesheim İcra Dairesine yazdığı mektupta mevzuubahs matbaa makinesini Kramer'e sattığını söylemiştir. Binaenaleyh mumaileyh işbu mektubunda artık mahcuz mallar üzerinde hiçbir hak iddia etmediğini işrap etmekte olduğundan İcra Dairesi evvelce dermeyan olunmuş mülkiyeti muhafaza meselesini nazarı itibara almak mecburiyetinde değildi » esbabı mucibesıyla reddeder.

B. — Kramer müracaat olunan bu şikâyet usulünün neticesine vâkif olunca 7 mayıs 1928 tarihinde yani kendisine Bâle - Ville İcra Dairesince 7 mart 1928 tarihli mektupta tayin olunmuş olan müddet içinde Bâle - Compagne İtiraz Merciiinde Arlesheim İcra Dairesi aleyhine şikâyette bulunur. Bu şikâyette neticeitalep olarak: Kramer'in iddiası hakkında İcra Dairesinin bilâtaahhur itirazülgayr (tierce - opposition) yani mahcuzda istihkak usulünün küşadına davet olunması isteniyordu.

C. — Taraflara 4 temmuzda tebliğ olunan 2 temmuz 1928 tarihli kararıyla Kanton İtiraz Mercii şikâyeti kabul ile Arlesheim İcra Dairesini İcra ve İflâs Kanununun 109 uncu maddesi mucibince (T. İc. ve İf. K. m. 88) itirazülgayr yolunu açmağa davet eder.

D. — 13 temmuz 1928 tarihinde, alacaklı, Federasyon Mahkemesine

müracaatla yukarıki kararın iptalini ve Kramer'in şikâyetinin reddini talep eder.

Bu müracaat reddolunmuştur.

ESBABI MUCİBE

1. — Kramer hakkında açılan itirazülgayr usulü aleyhine vaki müracaatine mesnet olarak alacaklı iddia ediyor ki Kramer hacze vâkîf olduğuna nazaran mahcuz matbaa makinesinin Fleischman'ca geri alınarak Kramer tarafından iktisap olunması kabili kabul ve tecviz değildi. Her ne kadar İcra ve İflâs Kanunu madde 96 fıkra 2 (T. İc. ve İf. K. m. 75 § 2) hükmünce borçlu tarafından yapılan tasarruflar haczin alacaklılara bahşettiği hahları ihlâl ettiği nisbette batıl ise de hüsnüniyetli üçüncüşahıslarca müktesep zilyetliğin hükümleri baki ve mahfuzdur. Prensibe konan şu kayıt ve hududun neticesi şudur ki mahcuz bir malın zilyetliğini hacizden sonra iktisap etmiş olan üçüncü şahıslar da iktisap anında hüsnüniyetli olduklarını ifade etmeleriyle, aynı suretle itirazülgayr (istihkak) usulünün açılmasını istemek hakkına maliktirler. İflas halinde hüsnüniyetin sabit olup olmadığına karar vermek hâkime aittir. Federasyon Mahkemesi gerçi yeni bir kararında [1]: « Mahcuz bir malın bir üçüncüşahsa satılması itirazülgayr (istihkak) usulü müddeti içinde vaki olur ve üçüncüşahıs ta evvelce hacze vâkîf bulunursa bu şahıs İc. ve İf. K. m. 107 (T. İc. ve İf. K. mad. 86) mucibince evvelki iddiacıya verilen mehli istimal etmediği takdirde mezkûr satım bu malın paraya çevrilmesine bir mâni teşkil etmez » kaidesini koymuştur. Fakat bu demektir ki haczolunmuş bir malı bu ahval ve şerait içinde iktisap etmiş olan üçüncüşahıs kendisi için yeniden bir itirazülgayr (istihkak) yolu açılmasını istemekte haklı değildir ; bunun manası budur. Böyle olmakla beraber hüsnüniyete muğayır muamele ve hareketlere mâni olmak için konulmuş olan bu kaide İcra makamlarının istihkak iddia eden üçüncüşahsın mahcuz şeyi iktisap etmezden evvel hacze vâkîf idiğine bu bapta takip usulünün bünyesine haddi zatında küliyen münafi olan karışık ve muaddal tetkikat ve tahkikata gitmeğe hacet

[1] Bakınız: İsv. Fed. Mahk. Resmî karar mecm. c. 54 kıs. III, s. 33 ve mabaadi esbabı mucibe 2 numaralı bendine; *Jornal des Tribunaux*, 1928 III s. 83; *Vollenweider - Schüpbach* kararına.

kalmaksızın ve herhangi bir şüphe ve tereddüde mahal olmayacak veçhile mutlak surette kani buldukları ahvale maksurdur. Hadisede vaziyet böyle değildir. Şuhalde, matbaa makinesinin Fleischmann'dan satın aldığı zaman hacze vâkıf olmuş olacağı bahanesiyle Kramer'i itirazülgayr (istihkak) usulüne müracaaten menetmek meselesi mevzuubahs olamaz.

2. — O halde, hallolunacak bir mesele kalıyor, o da Kramer'in istihkak iddiasını vaktinde dermeyan edip etmediği keyfiyetidir. Federasyon Mahkemesinin müstakar içtihadına nazaran; filhakika istihkak üçüncüşahsın haczi öğrendiği günden itibaren on gün içinde dermeyan olunmuş ise zamanında vaki demektir. (Meselâ: İsv. Mahk. Resmî karar mecmuası cilt 37, kısım 1, s. 465 ve mabadinde münderiç Federasyon Mahkemesi ilâmının 2 numaralı esbabımucibe bendi ile, tao'ı mahsus cilt 14 s. 244 ve mabadinde 2 numaralı esbabımucibe bendine müracaat buyurunuz) .

İmdi, beyyine külfeti kendisine terettüp eden temyiz müstedisini, Kramer'in İcra Dairesinin onu hacizden malûmattar ettiği 5 ağustos 1927 tarihinden evvel hacze vâkıf idiğini ispat etmemiştir. Binaberin kabul etmek iktiza eder ki 8 ağustos 1928 tarihinde İcra Dairesine mevzuubahs makineyi Fleischmann'dan satın aldığını ihbar etmekle Kramer istihkak iddiasını zamanında serdetmiştir. Şuhalde, mahcuz malların vazıyetyelik şeraitine nazaran İc. ve İf. K. m. 109 a (T. İc. ve İf. K. m. 88) tevfi-fikan ikamesi temyiz müstedisine düşen bir itirazülgayr (istihkak) davasında Kramer'in iddia ettiği istihkak keyfiyeti faslolunmadıkça mahcuz malların paraya çevrilmesi düşünülemez. Kramer'in arttırmaya koyma mutasavver olduğunu öğrendiği anda hemen itirazülgayr usulünün açılması için şikâyet etmemiş olmasının ehemmiyeti yoktur. Bu İcra Dairesinin aldığı vaziyetten yani ita ettiği mühletten ileri gelmiştir. Bunun gibi Fleischmann tarafından tevessül olunan şikâyetin vardıgı neticenin de buna şümulü yoktur. Çünkü Kramer'inkinden müstakil ve başka bir müstahik üçüncüşahıs tarafından ityan olunmuş ayrı bir iddia mevzuubahistir.

f) Muayyen kimseleri, meselâ bir alacaklıyı, himaye maksadile mevzu hukukî tasarruf memnuiyetleri için Alman Kanunu Medenisine § 136 müvafık olarak bu memnuiyet hilâfına yapılan tasarrufun nisbî butlanı kabul edilmek istenilmiştir. Fakat fikrimce memnuiyetin ref'i halinde tasarrufun

Andreas von Tuhr

Borçlar Kanununun Umumî Hükümleri

Fransızcadan tercüme edenler :

Sıddık Sâmi

Avukat

Mülkiye Mektebi Hukuku Medeniye
Muallimi

Hazim Atıf

Avukat

Mülkiye Mektebi ve Robert Koleç
Muallimlerinden

ile hilâfına hüküm koyamayacakları emri nehyi tazammun eden hükümlerdir. Müfessir hükümler ise hukukî bir muamelede taraflarca meskût geçilmiş olan noktalarda iradelerini tefsiren kanun tarafından vazedilen hükümlerdir, bunlar tarafların mefruz iradelerini teşkil ettiklerinden alâkadarlar hilâflarına bir hüküm koyabilirler. Bu tasnife bir kısım daha ilâve etmek lâzımdır ki buna da tanzimî hükümler denilebilir. Bunlar kanunun tabii hadiselerden ve münasebetlerden doğan vaziyetleri tanzim için koyduğu hükümlerdir. Komşuluğa, müştârek mülkiyet münasebetlerine ve buna mümasil vaziyetlere tatbik edilen abkâm gibi. Bunların hilâfına mukavele yapılabilir : bir komşu veya şerik, kanunun tayin ettiği hükümlerden başka bir suretle şerik veya komşusile bir akit yaparak vaziyetini tanzim edebilir. Binaenaleyh bu hükümler âmir mahiyette değildirler. Tarafların iradelerinden doğan bir münasebet te mevcut olmadığı için, iradeyi ikmal ve tefsir eder mahiyette yani

f) Muayyen kimseleri, meselâ bir alacaklıyı, himaye maksadile mevzu hukukî tasarruf memnuiyetleri için Alman Kanunu Medenisine § 136 muvafık olarak bu memnuiyet hilâfına yapılan tasarrufun nisbî butlanı kabul edilmek istenilmiştir. Fakat fikrimce memnuiyetin ref'i halinde tasarrufun sağlanması kaydile, men edilen tasarrufun mutlak hükümsüzlüğü *inefficacitè absolue* hareket noktası ittihaz edildiği taktirde daha basit ve daha doğru bir neticeye varılmış olur.

§ 29. Sakatlık *invalidité*

Kanun, hukukî muamelenin muteber olması için muktazi şartları tesbit etmiştir. Hukukî muamelenin muteber olması için nazarı itibara alınması lâzım gelen kanun hükümlerine, nazarı itibara alınmamaları muamelenin butlanını icap etmiyen intizam hükümlerinin *prescriptions d'ordre - Sollvorschriften* aksine olarak, âmir hükümler *impératives, Mussvorschriften*¹ denilir. Kanunen muayyen derecede hısımlar arasında evlenme memnuiyeti âmir bir kaide *une règle impérative* olduğu halde Kanunu Medenin 130 uncu maddesindeki [T. K. M. mad. 122] intizar müddeti dolayısıyla evlenme memnuiyeti bir intizam hükmü *prescription d'ordre* dir. Âmir hükümler *prescriptions impératives* hukukî salâhiyeti *pouvoir juridique* tahdit ettiği halde intizam hükümleri *prescriptions d'ordre* tarafların mânevî salâhiyetini *pouvoir moral* takyit eder. [M.N.]

¹ *Allg. Tell* § 51 mutalea 3.

[M. N.] — Kanunların ihtiva ettikleri hükümler muhtelif noktai nazarlardan taksim ve tasnif edilir. Ekseriya bu hükümler, âmir hükümler, müfsir hükümler namı altında ikiye ayrılır. Âmir hükümler alâkadarların riayete mecbur oldukları hukukî bir muamele ile hilâfına hüküm koyamıyacakları emri nehyi tazammun eden hükümlerdir. Müfessir hükümler ise hukukî bir muamelede taraflarca meskût geçilmiş olan noktalarda iradelerini tefsiren kanun tarafından vazedilen hükümlerdir, bunlar tarafların mefruz iradelerini teşkil ettiklerinden alâkadarlar hilâflarına bir hüküm koyabilirler. Bu tasnife bir kısım daha ilâve etmek lâzımdır ki buna da tanzimî hükümler denilebilir. Bunlar kanunun tabii hadiselerden ve münasebetlerden doğan vaziyetleri tanzim için koyduğu hükümlerdir. Komşuluğa, müştârek mülkiyet münasebetlerine ve buna mümâsil vaziyetlere tatbik edilen ahkâm gibi. Bunların hilâfına mukavele yapılabilir : bir komşu veya şerik, kanunun tayin ettiği hükümlerden başka bir suretle şerik veya komşusile bir akit yaparak vaziyetini tanzim edebilir. Binaenaleyh bu hükümler âmir mahiyette değildirler. Tarafların iradelerinden doğan bir münasebet te mevcut olmadığı için, iradeyi ikmal ve tefsir eder mahiyette yani

Hukukî bir muamele, tarafların elde etmek istedikleri hukukî hükümlere malik değilse tesirsiz *inefficace* (yahut sakat *invalide*²) tir. Sakatlık *invalidité* [M.N.²] hususunda aşağıdaki tefrikler yapılabilir³ :

I. Bir muamele, hükümlerini doğurmamakla beraber noksan bulunan yapıcı unsurlarını alınca tamamlanacaksa, bu muamele nakıs *imparfait* (yahut *incomplet*) tir. Meselâ mülkiyetin nakli, teşçil veya teslimin ifasına kadar; şarta bağlı muamele, şartın tahakkukundan evvel; tasdika mütevakkıf muamele⁴, tasdik edilinceye kadar⁵; vasiyet, vasiyet eden yaşadığı müddetçe, nakıs birer muameledir⁶. Bir muamele, yalnız taraflar noksanını bildikleri zaman değil fakat tam telâkki ettikleri zaman da nakıstır; meselâ diğer taraf vekâleti haiz zan ettiği halde salâhiyeti olmıyan bir mümessilin muamelesi, diğer taraf tasarruf hakkını haiz telâkki ettiği halde böyle bir salâhiyete malik olmıyan bir kimsenin yaptığı tasarruf mua-

müfessir de addedilemezler. Bu bahiste müellif âmir hükümlere müşabih olmakla beraber tamamen bu mahiyette olmıyan bir kısım daha ayırmakta ve buna da intizam hükümleri demektedir. Bunların âmir hükümlerden en mühim farkı müeyyidelerindedir; bunlar âmir hükümler gibi butlan tevlit etmezler ve binaenaleyh hükümleri bizatihi muamelede tecelli etmez. Belki evlâtlıkla evlenmenin evlât edinme aktine tesiri gibi diğer bir muamelede veya kanunun tayin ettiği müddet haricinde evlenmede olduğu gibi memurun tecziyesi ve saire gibi hariçte tecelli eder. Hulâsa müellifin dediği gibi bunlar tarafların ancak mânevî salâhiyetlerini takyit ederler. Butlan hükmü gibi maddî salâhiyetlerine tesir etmezler.

² " *inefficacité* " ve " *invalidité* " kelimeleri ne İsviçre hukukunda ve ne Alman Kanunu Medenisinde teknik tâbirlerden değildir. [bununla beraber Fransızca metinde 26 ıncı maddeye nûracaat] .

[M. N.²] *invalidité* tâbirile akitlere ârız olan butlan, fesat veya bir izin ve icazete mevkuf olmak gibi halleri kastedilmektedir. Biz *invalidité* kelimesinin tam mukabili olan sakatlık kelimesinin burada tamamen kullanılabileceğini düşündük. Filhakika lisanımızda sakat fikir, sakat muamele denilmek suretile sakat kelimesi mücerret şeyler hakkında da kullanılmaktadır. Binaenaleyh bu hallere sakatlık ve bunlarla malûl akit ve muamelelere de sakat akit, sakat muamele dedik.

³ *Allg. Teil* § 55 ve müteakip §§. *Schlapfer, Ungültigkeit obligatorischer Verträge handlungsfähiger Personen, thèse, Berne 1918.*

⁴ Yukarda § 20 not 52.

⁵ İradedeki bir fesattan dolayı sakatlık hususunda aşağıda § 39 a bakınız.

⁶ Kanunu Medenin'in 248 inci maddesine [T. K. M. mad. 237] nazâren evlenme mukavelesi kendine mahsus sicille kaydedilinceye kadar nakıs bir hukukî muameledir : Üçüncü şahıslar noktâi nazarından hüküm ifade etmez ; yalnız zevç ve zevce arasında muteberdir.

melesi gibi. Böyle bir muamele, kendisine mahrum olduğu unsur inzımmam edince hükmünü tamamen, ve bazan makabline şâmil olarak, ifade eder⁷. Bu hadise hiç husule gelmezse (meselâ şart tahakkuk etmezse) muamele kat'î surette hükümsüz kalır. Arada geçen müddet zarfında bu muamele muallaktır *en suspens*. Ekseriya bu müddet zarfında taraflar bağıdırlar; yani muamelenin tekemmülü, tamamlanması *perfection* kendi iradelerine değil (meselâ şartın ifası ve tasdik gibi⁸) yalnız noksan olan unsurun husulüne muallaktır.

II. Sağlam *valide* bir hale gelemeyecek hükümsüz muameleler⁹ *actes sans effect* batıl *nuls*¹⁰ dır. Butlan sebepleri müteaddittir¹¹. Kanun 20, 157, 218, 323 üncü maddelerde¹² [T. B. K. mad. 155, 317] mevzuları imkânsız veya haksız olan veya âdaba muğayir bulunan akitlerin batıl olduğunu beyan ediyor. Kanun haklarında butlan tâbirini kullanmamış olmakla beraber şu muameleler de batıldır; Kanunu Medeninin 18 inci maddesinde [T. K. M. mad. 15] temyiz kudretinden mahrum bulunan kasır bir şahsın muameleleri¹³; muvazaalı muameleler¹⁴; Borçlar Kanununun 11 ve 16 inci maddeleri mucibince riyeti mecburî şekle tevfiik edilmeyen muameleler¹⁵; şart altına konulması mümkün olmamakla beraber bir şartın tesirine maruz kalmış muameleler¹⁶; muteber olması için muktazi şartları havi

⁷ Yukarıda § 20 not 68 e müracaat.

⁸ Menkul bir şeyin bayii o şey teslim edilinceye kadar bağı değildir. Vasiyet yapan da aynı vaziyettedir.

⁹ Bir batıl muamelenin yapıcı unsurları *éléments constitutifs*, diğer bir noktâ nazardan hukukî hükümler doğurabilirler. Böylece batıl bir karz akti haksız mal iktisabına müstenit bir dava, yahut Kanunu Medeninin 411 inci maddesinin II inci fıkrasına [T. K. M. mad. 395] tevfiikan bir zarar ve ziyan davası tevliit eder. Yukarıda § 27 not 52 müracaat.

¹⁰ *Oser*, mutalea V; *Becker* 20 inci maddeye müteallik 5 ve müteakip mutalealar.

¹¹ 317 ve 541 inci maddeler [T. B. K. mad. 311, 531] aktin bazı şartlarının butlanı halini nazarı itibara sınırlar. Kanunu Medeninin 816 ve 894 üncü maddeleri [T. K. M. mad. 788, 863] menkulün temellüküne müteallik şartları da aynı suretle batıl ad etmektedir.

¹² Aşağıda § 31 e müracaat.

¹³ Yukarıda § 27 not 52 ye müracaat.

¹⁴ Aşağıda § 35 e müracaat.

¹⁵ Aşağıda § 30 not 25 e müracaat.

¹⁶ *Allg. Teil* § 80 not 121.

olmayan yeni vaziyetler husule getiren muameleler *actes formateurs*¹⁷; ve nihayet kendilerini tam bir hale koymak mümkün değilse I numarada zikredilen nakıs muameleler, butlanına hâkim tarafından hüküm edilen muameleler¹⁸.

Batıl muamele hiç bir hüküm doğurmadığından, butlan sebebi resmen hâkimin ittilana vasil olunca resen nazarı itibara alınmak icap eder¹⁹; müddeaaaleyhin bir *objection* dermiyan etmesi veya bir defa *exception* öne sürmesi zarurî değildir²¹. Batıl bir tasarruf bir hakkı tadil etmiyeceği gibi batıl bir akitte bir borç tevhit etmez. Eğer mülkiyetin nakli batıl ise (yeniden iktisap etmiş olan bir kimseye karşı, ancak hüsnü niyet kaideleri tarafından himaye edilmediği zaman) mülk hakkında istihkak iddia edilebilir. Bir aktin batıl olması halinde taraflar, Borçlar Kanununun 62 ve müteakip maddeleri mucibince [T. B. K. mad. 61] bedellerini istirdat edebilirler²². İstirdat yerine müddei hukukî muamelenin butlanını tesbit ettirebilir. Bilâkis yeni vaziyetler husule getiren bir talep *demande formatrice* şeklinde bir butlan davası ikamesine mahal yoktur²³; böyle bir dava mantikî olmaz, zira batıl bir muamelenin mevcut olmayan hükümleri faidesiz hatta imkânsızdır²⁴.

¹⁷ Yukarda § 20 III. 1 e müracaat.

¹⁸ Aşağıda III. 2 müracaat.

¹⁹ İhtilâfsız kaza *jurisdiction non contentieuse* işlerinde böyledir. Kanunu Medeni 107, 414, 966 inci maddelere [T. K. M. mad. 99, 106] müracaat.

²⁰ Bu mefhumların iltibasından sakınılmak isteniliyorsa bir muamelenin butlanının iddia edilmesine meselâ *Becker* in 18 inci maddeye müteallik 25 numaralı mutaleasında dediği gibi itiraz edilmiş "*Anfechtung - allaqué*" denilmektedir.

²¹ Filhakika butlana istinat eden müddeaaaleyh ifası borç olan bir bedelin ierasından imtina ediyor değildir, § 3 s. 27, fakat müddeinin hakkının mevcudiyetini kabul etmemektedir.

²² Teslim edilen bir menkul hakkında istihkak davası *revendication*, mülkiyetin nakli muamelesinin mücerret *abstrait* mahiyeti itibarile, imkânsızdır. Yukarda § 26 not 18 e müracaat. Gayri menkullerde bilâkis nakli mülkiyet, hukukî illetin *cause juridique* muteber olmasına bağlıdır.

²³ Yukarıda § 3 not 22 ye müracaat.

²⁴ Butlan davası, Kanunu Medenin 121 inci maddesi [T. K. M. mad. 113] mucibince yalnız evlenme aktinde mevcuttur. Filhakika 120 inci maddedeki [T. K. M. mad. 112] butlan diğer hukukî muamelelerin butlanından farklıdır. Kanunun "batıl" ismini verdiği evlenmeler 132 inci madde [T. K. M. mad. 124] mucibince hükme kadar muteber bir evlenmenin tekmiil hükümlerini doğururlar. Bu evlenme bir fesatla malûl olmakla beraber muvakkaten muteberdir ve bir hükümle ortadan kaldırılır.

Butlan mutlak *absolue* tır. Lehine bir hüküm çıkarmak üzere batıl muameleden istifade etmek isteyen herkese karşı dermiyan olunabilir: binaenaleyh sadece ilk iktisap edene değil, hüsnü niyet kaidesile himaye edilmediği taktirde, halefi *son ayant cause* ne karşı da ileri sürülebilir. Hukukî muamelenin butlanını iddia etmek salâhiyeti yalnız bu muamelenin taraflarına ve bunların haleflerine *ayants cause* münhasır olmayıp, muamelenin butlanında menfaati olan üçüncü şahıslar ve bilhassa batıl bir muameleye müsteniden patrimuvanına dahil bir şeyde tasarruf eden bir kimsenin alacaklıları da bu hakkı haizdirler²⁵: alacaklı bu şeyi haciz ve iktisap edenin istihkak iddiasına karşı nakli mülkiyetin butlanını dermiyan edebilir. Bazen, butlan aktin yalnız bir kısmına tarî olur. Âkitlerden birinin irade beyanı meselâ şekil noksanlığı veya kendisinin ehliyetsizliği dolayısıyla batıl ise bu sebepten dolayı akit neticelenemez²⁶. Aktin bazı şartları (imkânsızlıktan, haksız bir mahiyette olmasından²⁷, veyahut taahhüt edilen bedelin ahlâka muğayir bulunmasından dolayı) batıl olduğu zaman 20 inci maddenin II inci fıkrası ahkâmı umumiyeye imtisalen²⁸, fakat § 139 Alman Kanunu Medenisine muhalif olarak²⁹, diğer şartların muteber olduğunu beyan etmektedir; ancak « bunlar olmaksızın aktin yapılmıyacağı meczum bulunduğu taktirde, akitler tamamen batıl addolunur. » Hâkimin kararı tarafların iradesine istinat edecektir: hakikî iradeye değil fakat aktin bazı şartlarının batıl olduğunu bildikleri halde meczum olacak iradelerine göre hükmedilir³⁰. Hakikatte, burada mukavelenin tefsiri değil tarafların mefruz bir iradelerine istinaden yeniden teşkili mevzuubahistir. Esas itibarile iki tarafın iradelerini nazarı itibara almak her ikisinin de, böyle ehemmiyeti azalmış, malûl bir akit yapıp yapmıyacaklarını araştırmak lâzımdır³¹. Eğer butlan sadece fer'î bir noktaya âriz olmuşsa ve bu

²⁵ Nisbî tesirsizlik *inefficacilé relative* hususunda yukarıda § 28, VI 5e müracaat.

²⁶ Tarifi itibarile akitte iki muteber irade beyanının mevcudiyeti icap eder.

²⁷ TF. 36 II s. 201; satılan bir kısım ormanda ihtitabın mümkün olmaması.

²⁸ *Utile per inutile non vitiatur*, L. 1 § 5, D. 45, 1.

²⁹ Alman Kanunu Medenisi, âkitlerin aktin mütebaki kısmını muhafazayı arzu ettiklerini kabule mahal olmadıkça, akti heyeti umumiyesi itibarile batıl addetmektedir.

³⁰ İki taraf bir şartın batıl olduğunu biliyorlarsa, bu şartı ciddi bir surette arzu etmemişler demektir. Bu taktirde aktin mütebaki kısımları muteber addedilir.

³¹ Batıl olan şart taraflardan birine bir menfaat temin etmekte olduğu zaman, 20 inci maddenin II inci fıkrasına göre, bu tarafın mezkûr şart olmadığı taktirde akti yapıp

noktanın hükümsüzlüğü tarafların aktin geri kalan kısmını muhafazayı arzu etmelerine mâni olmayacaksa böyle bir akti yapacakları kabul edilir. Böylece karzın 314 üncü maddenin III üncü fıkrasile [T. B. K. mad. 308 III] memnu olan faizi mürekkep şartı olmaksızın da arzu edilmiş olacağı³² yahut bir rehnin, Kanunu Medeninin 894 üncü maddesi [T. K. M. 863] mucibince batıl olan, borç ödenmediği halde mürtehenin merhuna malik olması taahhüdü *pacte commissoire* olmaksızın tesis edileceği³³ kabul edilebilir. Aktin bir kısmının butlanı bazan geri kalan kısmının da tadilini icap ettirir; meselâ bayiin bazı borçları batıl olduğu zaman, eğer her iki âkidin semenin tenziline razı olmuş olacaklarını kabule mahal varsa, satış karşılığı bir nispet dahilinde tenzile tâbi tutulacaktır. Batıl şart olmaksızın tarafların akitte kabul etmiş olacakları muhtevanın tayini mümkün değilse aktin heyeti umumiyesi batıl addedilecektir³⁴.

Akit, kanunun taraflarca istenilen muamele için mecburî kıldığı şartlara tamamen tevafuk etmediği, bununla beraber, mümasil hüküm ve neticelere malik bir muameleye uygun bulunduğu hallerde, ahkâmı umumiyeye imtisalen³⁵ batıl bir hukukî muamelenin tahvilinden *conversion*³⁶ bahs edilmektedir³⁷. Eğer tarafların nazarı itibare aldıkları muamelenin bütlanına vakıf

yapmayacağını araştırmak muvafıktır. Fakat bazı haller vardır ki bunlar da bir şartın meninden beklenen gayeye varabilmek için, alâkadarların iradesi ne merkezde olursa olsun, bu şart olmaksızın dahi akti muteber addetmek iktiza eder; meselâ 192 inci maddenin III üncü fıkrası ve 199 üncü madde [T. B. K. mad. 189, 196] dolayısıyla bazı hükümlerinin batıl olmasına rağmen bir beyi; 357 inci madde [T. B. K. mad. 394] ile tayin edilen hudutları aşığı için bir rakabet memnuiyetinin batıl olmasına rağmen bir hizmet akti; Kanunu Medeninin 715 inci maddesinin II inci fıkrası [T. K. M. mad. 688] mucibince mülkiyeti muhafaza şartının batıl olmasına rağmen bir hayvan bey'i, *Leemann* mutalea 28, bu kabildendir. Bu son iki halde, istihdam eden veyahut bayi şartın batıl olduğunu bilmiyorsa kendilerine 24 üncü maddede mevzu bahis olan dava hakkı tanılabilir.

³² Bir ticarî senet, 725 inci maddenin II inci fıkrası mucibince yazılmamış addedilmesi lâzım gelen faiz vadini ihtiva etse bile muteberdir.

³³ Bir karz teminatı batıl çıksa bile muteberdir. Bununla beraber yukarıda § 19 not 6 ya müracaat.

³⁴ Fikrimce, aralarında biri olmadığı taktirde diğeri akte dilmeyecek derecede sıkı bir rabita bulunan, biri diğesine tâbi iki akit bulunduğu ve bunlardan birinin butlanı tezahur ettiği zaman da 20 inci maddenin II inci fıkrası kıyas tarikile tatbik olunur. Yukarıda § 24 not 17 ye müracaat.

³⁵ *Windscheid* § 82, 5.

³⁶ *Oser*, mutalea VII 2 c; *Becker*, II inci maddeye müteallik mutalea 7.

oldukları takdirde diğer muameleyi yapacaklarını farz etmeğe mahal varsa latil hukukî muamelenin yerine diğerinin kaim olduğu kabul edilir³⁸. Kanunu Medeninin 468 inci maddesi [T. K. M. mad 450] mucibince batıl olan bir kasırın yapmış olduğu miras mukavelesi, eğer bu kasır 18 yaşını bitirmişse — (bizde on beş) — ve bir miras mukavelesinin ademi mevcudiyeti halinde yine bir ölüme bağlı tasarruf yapacak idise, bir vasiyet talâkki edilerek muhafaza olunur. 725 inci maddedeki kayıtları havi olmayan bir poliçe 17 inci madde mucibince sebebi ihtiva etmiyen, mücerret bir borç addolunabilir; tahriri şekle riayet edilmemiş olduğu için batıl olan bir alacağın temliki muamelesi, bir ahze vekâlet talâkki edilebilir³⁹. Tahvil *conversion* prensibi, gecikmiş bir kabulü yeni bir icap⁴⁰ yahut kanunun muktezalarına uygun olmadığı için hükümsüz olan bir taraflı bir bayanı meselâ müstecirin gecikmiş bir fesih ihbarını icardan anlaşarak rucu için bir teklif⁴¹ talâkki etmeğe müsaittir.

Butlan izale edilemez; tarif ve mahiyeti itibarile düzeltilmesi imkânsızdır *irremédiable*⁴². Batıl bir hukukî muamele ne bir müddetin geçmesile⁴³,

³⁸ Bir aktin tayininde tarafların kullanabilecekleri yanlış tâbir ve isimlere bakılmayarak aktin hakikî muhtevasını aramak lüzumuna mütedair bulunan 18 inci maddenin prensipini tahvil *conversion* ile karıştırmamak lâzımdır.

³⁹ Tahvil *conversion* şartlarından bazılarının butlanına rağmen bir aktin devamına müsaade eden faraziyyeye mümasil bir esasa müstenittir.

⁴⁰ TF. 36 II s. 35; bir otel ruhsatnamesinin batıl bir şekilde temliki muamelesi, ruhsatnamenin temliki borcuna tahavvül eder. Batıl bir elden hibe hibe vadiine inkilâp edemez. *Praxis* 10 No. 114, 3 [TF. 47 II s. 121 c. 3; JdT 1922 s. 178].

⁴¹ Yukarıda 24 not 35 ve 51 e müracaat.

⁴² Yukarıda § 20 not 16 ya müracaat. *Bl. f. zürch. R.* 23 No. 5. Eğer (Borçlar kanununun 28 ve 107 [T. B. K. mad. 28 ve 106] ve Kanunu Medeninin 410 [T. K. M. mad. 394] uncu maddeleri mucibince) tespit edilmiş olan «münasip mühlet» çok kısa ise münasip derece uzun bir mühlete tahavvül eder. *Oser mutalea* II 5; *Becker* 107 inci maddeye müteallik mutalea 11; *Allg. Teil* § 56 not 70; *Imparatorluk Mahkemesi* 89 s. 124; 81, s. 207. Bilâkis gecikmiş bir ihbar diğer tarafça kabul edilmedikçe diğer devreye izafe edilemez.

⁴³ «Batıl evlenme» (yukarıda not 24 e müracaat) yalnız Kanunu Medeninin 122inci maddesi [T. K. M. mad. 114] mucibince muahharen muteber bir hale gelebilir. Federal mahkemenin içtihatlarına göre, TF. 15, s. 529, 33 II s. 161, 34 II s. 672, bir anonim şirketin tesisine ait ayıp ve noksanlar ticaret siciline kayıtdılmakla zail olur. Bu hususta *F. Fick* in *Die verschleierte Gründung* eserine müracaat.

⁴⁴ *Quod ab initio vitiosum est non potest tracta temporis convalescere.* 1, 29, D. 50, 17. *Oser* 20 inci maddeye müteallik mutalea V 2.

ve ne de butlan sebeplerinin ortadan kalkmasıyla sağlamlaşmış *validé* olmaz. Bu kabilden olarak ehliyetsiz bir kimsenin irade beyanı, fail ehliyet iktisap ettikten sonra da, batıl olarak kalır⁴⁴; aktin inikadı esnasında imkânsız olan bir bedel muahharen mümkün bir hale gelse de akit sıhhat kesp etmez; sebepten mahrum olan bir fesih, sonradan bir fesih sebebi hadis olsa da, hüküm ifade etmez. Hatta iradî bir icra bile bir aktin butlanını izale etmez. Taraflar, batıl bir hukukî muameleyi muahharan, « tasdik ve kabul *confirmation* » denilmesi münasip vasıta ile anlaşmak suretile sağlamlaştırmak isterlerse buna ancak aynı muhteva *contenu* ile yeni bir hukukî muamele yapmak suretile muvaffak olabilirler. Eğer batıl muamele tekemmülü vusule bağlı bir beyansa, diğer tarafa yeni bir beyanın tevcih edilmesi ve kendisine irişmesi lâzımdır. Batıl bir akti taraflardan biri bir tarafı olarak tasdik ve kabul *confirmé* edemez, ancak müşterek bir anlaşma ile kabul olunabilir. Hususî bir şekle tâbi akitlerin kabul ve tasdik *confirmation* aynı şekilde vaki olmalıdır⁴⁵. Hususî bir şekle tâbi olmıyan bir aktin icrası, taraflar icra esnasında butlana muttali iseler bazan bu aktin tasdik ve kabulünü tezammun eder. Hukukî muamelenin yenileştirilmesi *renouvellement* yolile kabul ve tasdik makabline şâmil hükümler *effet retroactif* tevhit etmez. Meselâ 1 kânunusanide yapılan ve 1 temmuzda kabul ve tasdik edilen batıl bir alacağın temlikinde alacak temellük edene ancak 1 temmuzda intikal etmiş olur⁴⁶. Ekser ahvalde olduğu gibi, taraflar tasdik ile muamelenin aslen muteber olduğu haldeki vaziyeti ihdas etmek isterlerse⁴⁷, ancak bu mealde bir borç vücuda getirel ilirler⁴⁸.

⁴⁴ Yukarıda § 27 not 45 e müracaat. Bilmukabele tasarruf eden kimsenin lâzım gelen iktidara malik olmamasından dolayı batıl olan bir tasarruf muteber bir hale gelebilir; yukarıda § 28 not 42 ye müracaat. Binaenaleyh mümasil tasarruflar batıl hukukî muameleler arasında sayılmamalı fakat noksan muameleler meyanına konulmalıdır, yukarıda 1 e müracaat.

⁴⁵ Bir kefalet senedi üzerinde imzası taklit edilmiş olan kimse, bu tazhüdü tasdik etmek isterse, yeni bir kefalet senedi tanzim etmeğe mecburdur. *Praxis* 4 No. 40 [TF. 40 II s. 608].

⁴⁶ Ara yerde işleyen faizler temlik eden için tahakkuk ederler; bu müddet zarfında kendisi aleyhine alacak üzerinde yapılan bir haciz muteberdir.

⁴⁷ Alman Kanunu Medenisinde § 141 II bu niyetin mevcudiyeti mefruzdur.

⁴⁸ Yukarıki misalde temlik eden ara yerde işleyen faizleri temlik edene ödemeğe, haczi kaldırtmağa veya alacağın haczi dolayısıyla temellük edenin uğradığı zararı tazmin etmeğe mecburdur. Yukarıda § 20 not 73 e müracaat.

III. Ahkâmı umumiye feshin kabil olmasını *annulabilité* (*Anfechtbarkeit*) butlandan *nullité* ayırmakta idi⁴⁹. Hukukî bir muamele âkitlerden biri veya üçüncü bir şahıs tarafından sakat edilebildiği zaman feshi kabil *annulable* veya itiraz mümkün *attaquable* bir muameledir⁵⁰. Fesih hakkı *droit d'annulation* (hukukî bir muamelenin sağlamlığına *validité* veyahut sakatlığına *invalidité* karar vermek salâhiyeti) yeni vaziyetler husule getiren bir hak *droit formateur* tır. § 3 II ye müracaat. Fesih kabiliyetinin muhtelif şekilleri vardır :

1. Hukukî muamele doğumunda hükümsüz olur ve muayyen bir müddet zarfında itiraz edilmemekle sağlamlaşır; bu halde hukukî muamele muallak ve mevkuf *en suspens* tır; itiraz edilmediği takdirde, müddetin inkızasile hükmü makabiline şamil olarak muteber bir hale gelir. Borçlar kanunu rızadaki bir fesatla malûl hukukî muameleyi bu kabilden addetmektedir: bu muamele iptidaen, 23, 28 ve 29 uncu maddeler mucibince hata, hile veya ikrahın mağdurunu bağlamaz. Fakar âkit « bu akti ifa etmemek hakkındaki kararını diğer tarafa beyan etmeksizin bir seneyi geçirirse » 31 inci madde mucibince « icazet verilmiş addolunur » ve hükümlerini tevlit eder. Almandada bu beyan, kanunun kullandığı bir tabir olmamakla beraber *Anfechtung* (itiraz veya fesih talebi⁵¹), tâbirile gösterilmelidir⁵². Kullanılan tâbirler arasındaki farka rağmen, 21 inci madde de mevzuubahs olan gabin sebeble fesihden de aynı şey anlaşılmalıdır.

2. Hukukî muamele doğuşunda sağlam olabilir ve bu muameleyi ifaya mecbur olmıyan tarafın fesih hakkını kullanmasile batıl bir hale

⁴⁹ Windscheid § 82, 5 ; Dernburg I § 120 ; Regelsberger § 174 (*anfechten* ve *anfechtbar*) kelimeleri (*attaquer* ve *attaquable*) suretinde Fransızçaya tercüme edilebilirse de *Anfechtung* ve *Anfechtbarkeit* kelimeleri tercüme edilemez. Binaenaleyh *annulation*, *annulabilité*, *contestation*, *revocation*, *revocabilité*, *invalidation*, *invalidité* gibi kelimelere müracaat mecburiyeti vardır.

⁵⁰ Aktin batıl olmadığı tesbit edilmedikçe kabiliyeti feshiye *annulabilité* meselesi tetkik edilmez.

⁵¹ Becker 23 üncü maddeye müteallik mutalea 16 ; Praxis 11 No. 46. [TF. 48 II s. 107 ; JdT 1922 I. 290] ; Praxis 4 s. 490 [TF. 41 II s. 573 ; JdT 1916 s. 260] hile mağdurunun haiz olduğu bir akte itiraz hakkından (*Recht zur Anfechtung*) bahsetmektedir.

⁵² 31 inci maddedeki mânada itiraz *contestation* bir muamelenin muteber olmasına mâni olan bir beyandan ibarettir. 2 numarada bahsedeceğimiz mânada ise itirazın neticesi olan feshittir. Yukarıda § 3 not 18 e müracaat.

gelebilir; fesih hakkının kullanılması makabline şamil bir hüküm tevhit eder. Karara kadar fesih imkânı mevcuttur. Alman Kanunu Medenisinin (§§ 142 ve müteakip) *Anfechtung*⁵³ teknik tâbirile gösterdiği ve bilhassa (§§ 219 ve müteakip) irade fesatları dolayısıyla tedvin ettiği sakatlık budur. Borçlar kanunu da bu nevi fesih kabiliyetini 230 uncu maddede [T. B. K. mad. 226] müzayedeler, 240 ıncı maddenin III üncü fıkrasında [T. B. K. mad. 236] hibe, 525 inci maddede [T. B. K. mad. 515] kaydı hayatla irat dolayısıyla aynı suretle kabul etmektedir. Bu muhtelif hallerde itiraz bir davanın açılması ile kullanılır ve hukukî muamelenin feshine dair ve makabline şamil bir hükümle neticelenir. 163 üncü maddenin III üncü fıkrasında [T. B. K. mad. 161] mevzu bahis olan, ve fikrimce ancak borçlunun talebi üzerine hükmedilebilen, cezaî şartın tenkisi de aktin kısmen feshi addolunabilir. Kanunu Medenin 75inci maddesinde [T. K. M. mad. 68] bir cemiyet heyeti umumiyesinin kararlarının fesih ve iptali⁵⁴, 123 ve müteakip maddelerde [T. K. M. mad. 115] evlenmenin feshi ve yine bu kabilden olarak 305 ve 306 ıncı maddelerde [T. K. M. mad. 293, 294] bir çocuğun tanınmasına itiraz⁵⁵ gibi hususlara tesadüf edilmektedir. 519 uncu madde [T. K. M. mad. 499] mucibince iptal ve 522 inci madde [T. K. M. mad. 502] mucibince tenkis davasına tâbi olan ölüme bağlı tasarruflarda kabili fesih muameleler arasında sayılmalıdır⁵⁶, zira bunlarda iptidaen muteber ve sağlam oldukları halde alâkadarlardan birinin talebi üzerine sadır olan bir hükümle, makabline şamil olarak, batıl bir hale gelmektedirler⁵⁷.

Bir hukukî muamelenin hükümlerinden rücu edebilmek için şahsî bir hak mevcut olduğu zaman ortada ne kabili fesih ve ne de batıl bir muamele yoktur. Bilhassa hukukî bir illeti olmıyan (binaenaleyh 62 ve müte-

⁵³ *Allg. Teil* § 57.

⁵⁴ *Praxis* 12 No. 175. 3 [TF. 49 II s. 390 c. 5 ; JdT 1924 s. 330] de bu maddenin kıyas tarikiyle diğer meclisler kararlarına da bir tatbiki.

⁵⁵ *Praxis* 12 No. 101 [TF. 49 II s. 154; JdT 1923 s. 540] . Aynı suretle nesebin tashihinin iptali madde 262 [T. K. M. mad. 251] .

⁵⁶ *Tuor*, Kanunu Medenin 519 uncu maddesinden evvelki III üncü mutalea.

⁵⁷ Fesih kabiliyeti mefhumu münhasıran hukukî muamelelere tatbik edilmez. Diğer hukukî rabitalar da aynı suretle alâkadarlardan birinin iradesile makabline şamil olarak fesih ve iptal edilebilir ; Kanunu Medenin 253 üncü maddesi [T. K. M. mad. 242] mucibince ret tarikiyle bir çocuğun nesebindeki sıhhatin iptali bu kabildendir.

akip maddeler [T. B. K. mad. 61] dolayısıyla iadeye tâbi bulunan) istifade ettirme *attribution sans cause juridique* batıl değildir; eğer batıl olsa idi istifade edenin *attributaire* servetinde iade edilecek bir çoğalma olmayacaktı⁹⁸. Mümasil halde ahkâmı umumiye aynı suretle (bilvasıta veya borç tarikile) bir fesih *Anfechtung* ten bahsetmekte idi. Bu Almanca tâbirler İcra ve İflâs Kanununun 285 ve müteakip maddelerindeki [T. İ. İf. K. mad. 277] alacaklıların iptal davasını (*Glaubigeranfechtung - action révocatoire des créanciers*), eğer Almanyada esaslı bir surette müdafaa edildiği⁹⁹ ve İsviçrede hakim olduğu¹⁰⁰ veçhile bu davanın şahsî mahiyeti kabul edilirse, izah eder. Fakat fikrimce yukarıda 2 numarada gösterilen mânada hakikî bir fesih ve iptalden bahsedilmektedir¹⁰¹. İflâsta hüküm, itiraz edilen ferağ, ferağ edilen şey hiç ferağ edilmemiş gibi müflisin masasına girmek üzere, fesih ve iptal eder; fesih ve iptal bir aciz vesikası hâmilinin, ferağ edilen şey artık borçlusunun mamelekine dahil bulunmamasına rağmen, cebri icra yoluna müracaat etmesine müsaade eder¹⁰². Mağdur olan alacaklının veya iflâs masasının şahsî davası ancak ferağ edilen şey aynen mevcut olmadığı veya paradan ibaret bulunması hasebile iptalin bir hükmü bulunmadığı zaman bu iptale inzımmam eder.

§ 30. Şekil *forme*

I. Esas itibarile bir irade beyanının, bunu anlatabilecek her türlü vasıtalarla meydana çıkarılması mümkündür¹. Beyanın muhtevasına mukabil olarak, bunu meydana çıkaran vasıtalara « şekil *forme* » denilebilir. Bu mânada beyanın daima bir şekli vardır; fakat teknik mânada ancak

⁹⁸ Aşağıda § 52 ye müracaat.

⁹⁹ *Jaeger in Kommentar zur deutschen Konkursordnung* § 29 a müteallik 10 uncu mutaleası.

¹⁰⁰ *Jaeger in İcra ve İflâs Kanununun 285inci maddesine* [T. İc. İf. K. mad. 277] müteallik 1 inci mutaleası.

¹⁰¹ *Allg. Teil* § 57 VII. Yukarıda § 3 not 30 a müracaat.

¹⁰² TF. 26 II s. 29. *Jaeger in İcra ve İflâs Kanununun 291inci maddesine* [T. İc. İf. K. mad. 283] müteallik 2 numaralı mutaleası s. 405 ve 407. 291inci maddenin [T. İc. İf. K. mad. 283] ibaretine rağmen (iptal müddeisi alacaklı veya borçluya) ferağ edilen şeyin iadesi mevzu bahis değildir.

¹ Yukarıda § 21 s. 167 ye müracaat.

beyanın, kanun veya tarafların iradesile taayyün eden, bir takım haricî ihbar tarzlarına şekil denilir².

Diğer asrî kanunlar gibi, borçlar kanunu da esas itibarile şekilde serbestlik esasını vaz eder³. 11 inci maddeye nazaran, akitler (ve diğer hukukî muameleler⁴) kanunda sarahat olmadıkça hiç bir şekle tâbi değildir⁵. Şekil serbestliği esasının takyitleri çoktur⁶. İsviçre hukukunda ekseriyetle görülen şekiller bir taraftan tahrirî şekil *forme écrite*⁷, aşağıda Ve müracaat, diğer taraftan resmî şekil *forme authentique*⁸ ve resmî tasdik *légalisation*⁹ dir. Bu iki şeklin tarzları kanton hukuku tarafından tespit olunmuştur¹⁰, Kanunu Medenî nihai fasıl madde 55¹¹. Kanun bilhassa Kanunu Medenin 116 ve müteakip maddelerile [T. K. M. mad. 108] evlenmenin akit ve tes'idini 498 ve müteakip maddelerile [T. K. M. mad. 478] ölüme bağlı tasarrufların şeklini tanzim etmiştir. Anonim Şirketler hukukunda kanun bazan (65, 618, 626 ve 664 üncü maddeler) resmî şekil ile tahrirî şekil arasında bir muhayyerlik tanımıştır; Kanunu Medenin 15 ve 90 ıncı maddelerile [T. K. M. mad. 12, 82] 81 ve 303 üncü

² *Allg. Teil* § 63.

³ *Eug. Huber, Zum schweiz. Sachenrecht*, s. 79 ve müteakip ss.

⁴ Borçlar Kanununun akitlerin şekillerine mütedair hükümleri kıyas tarikile kararlara ve bir taraflı hukukî muamelelere tatbik edilir.

⁵ Hizmet aktine müteallik 320 inci madde [T. B. K. mad. 314] sarib bir surette şekil serbestliği esasını hatırlatmaktadır.

⁶ Hususî şekle tâbi olan hukukî muameleler *Oser* tarafından 11 inci maddeye müteallik VI ıncı mutaleada sayılmaktadır. Eski Borçlar Kanununun 275 inci maddesinde gayrı menkul kırası için tayin edilen şekli talil esnasında tay edilmişti.

⁷ Tahrirî şekil aynı suretle bazı ihbar ve iş'arlar için de kabul edilmiştir. Meselâ Kanunu Medenin 886 ıncı maddesi [T. K. M. mad. 855] .

⁸ Bilhassa mevzuu gayrı menkul mülkiyetinin nakli olan akitlerde, Kanunu medenî madde 657 [T. K. M. mad. 634] , Borçlar Kanunu madde 216 [T. B. M. mad. 213] .

⁹ Resmî şekil hukukî muamelenin muhtevasına tesir eder. 14, 15 ve 50 ınci maddelerdeki tasdikte *légalisation* [T.B.K. mad. 14, 15, 89] yalnız imzanın tasdiki mevzuubahistir.

¹⁰ İsviçre hukukçuları cemiyeti müzakerelerile *Mutzner* ve *Bertoni* nin ZSR NF. cilt 40 taki raporlarına müracaat.

¹¹ Kanton hukukunda da resmî şekilde yapılması lâzım gelen muamelelerde iki tarafın da aynı zamanda huzurunun icap ettiği kabul edilmelidir. Kanunu Medenin 512 inci maddesi [T. K. M. mad. 492] miras mukavelesinde iki tarafın beyanlarının da aynı zamanda ve resmî şekilde yapılmasını muktazi addetmektedir.

maddelerine [T. K. M. mad. 74, 291] de müracaat¹⁷. Daha ileri gitmek ve takip edilen gayeyi daha emin bir surette tatmin ettiği için, Alman Kanunu Medenisinin (§ 126 III) yaptığı gibi resmî şeklin daima tahrirî şekil yerine kaim olabileceğini kabul etmek¹⁸ lâzım gelecektir.

Şeklin gaye ve hükümleri çok muhteliftir. Bir şekle riayet düşünmeyi davet eder ve düşüncesiz kararlara mâni olur. Müzakereler esnasında akitlerden birinin kararlaştırmadan evvel bir sözle bağlanmasına meydan vermez. Şekil, beyana daha ziyade bir vuzuh ve kat'iyet verir¹⁹; beyyineyi kolaylaştırır ve temin eder²⁰. Bu gayeler ve bu hükümler hukukî muamelelerde tarafları himaye¹⁶ etmekle beraber, davaları da kolaylaştırır¹⁷; bilhassa şekil hâkimin bağlamıyan bir beyanla ciddî bir beyanı daha cesaretle ayırmasına müsaade eder. Kıymetli evrakta *papiers - valeurs* tahrirî şeklin diğer bir gayesi vardır^{17a}: alacağı senette tecessüm ettirerek *incorporation* tedavülü kolaylaştırmak. Bu faideler çekinilmesi mümkün olmıyan mahzurları da ihtiva eder. Bütün şekiller, riayeti kolay ve sade olanlar bile, bir güçlük teşkil edebilir ve bir şekil noksanı *vice de forme* dolayısıyla ciddî ve tenkidi kabil olmıyan bir muamelenin feshine müncer olabilir. İşte bunun içindir ki vazı kanunu ancak hususî bir surette ehemmiyetli ve tehlikeli addettiği muameleler için serbesti esasına istisnalar tanımıştır.

Bir hukukî muamelenin yapıcı unsurlarını teşkil eden ve irade beyanına inzımam etmesi lâzımgelmekle¹⁸ beraber beyanın vasıtasını teşkil etmiyen¹⁹ fiiller ve diğer vak'alar şekil mefhumuna dahil değildir. Mülkiyetin naklinde teslim veya tescil bir şart olmakla beraber hukukî muamelenin bir şekli değildir.

¹⁷ 498 inci madde [T. K. M. mad. 478] : vasiyetin muhtelif şekilleri.

¹⁸ Diğer bir mutalea, *Oser* in 11 inci maddeye müteallik mutaleası VI 10.

¹⁹ Bu, bilhassa resmî şekil için de böyledir ; fikir tahrirî olarak ifade edildiği zaman, umumiyetle şifahî beyanlarda kullanılanlardan daha vazıh tâbirler kullanılır.

²⁰ Resmî senet ve sicillerin huciyet kuvveti hakkında Kanunu Medenin 9 uncu maddesine [T. K. M. mad. 7] müracaat.

¹⁶ 22 inci maddenin II inci fıkrasına müracaat. Aşağıda § 33 not 17 ye müracaat.

¹⁷ Doğru bir tapu sicilli usulü esasî gibi.

^{17a} Aşağıda X e müracaat.

¹⁸ Yukarıda § 20 VI ya müracaat.

¹⁹ *Oser* in 41 inci maddeye müteallik III üncü mutaleası.

II. Şekle ait bir hüküm birbirinden epiyce farklı iki mâna ifade edebilir :

1. Bazan hakkın esasına temas eder ve hukukî muamelenin sağlamlığı bu şekle riayete bağlı olur. Bu halde bir esas şekli *forme solennelle* mevzuubahs olur. Ahkâmı umumiye, Alman Kanunu Medenisi ve Borçlar Kanununun 11 inci maddesinin II inci fıkrası noktai nazarından şekil bu mânadadır²⁰.

2. Bazan bir usulü muhakeme *procédure* kaidesidir. Bu halde şekil hukukî muamelenin muteberiyeti için şart değildir, belki beyyineyi teshil için aranılır : bu bir ispat şekli *forme probante*^{20a} dir. Bu kabilden olarak Fransız Kanunu Medenisinin 1343 üncü maddesi 150 frankı müteceviz meblâğlı akitlerin senetle ispatını mecburî kılmıştır. Eski bazı kantonlar hukuku da mümasil hükümleri ihtiva ediyordu. Federal hukuk hiç bir ispat şeklinden *forme probante* bahsetmez. Bununla beraber itirazın muvakkaten *ref'i main - levée provisoire* meselesinde İcra ve İflâs Kanununun 82 inci maddesi [T. İ. İf. K. mad. 68] tahriri beyyine aramaktadır. Kanun bazan taraflardan birine tahriri bir vesika istemek salâhiyeti vermektedir; bu kabilden olarak 88 inci madde [T. B. K. mad. 87] borcunu ödeyen borçluya bir makbuz istemek salâhiyetini tanır^{20b}, ve sigortalar kanununun 11 inci maddesi sigortanın bir poliçe istemesine müsaade eder.

Kanunda beyan edilen şeklin hukukî muamelenin muteber olması için bir şart veya sadece beyyinenin kolaylaştırılması için bir vasıta olmasına göre hukukî vaziyet bazı noktai nazarlardan değişir. Meselâ tahriren verilmiş bir kefalet, sonradan senedin gaip olmasına rağmen muteberdir; alacaklı hakkını diğer vasıtalarla ispat etmek salâhiyetini haizdir²¹, halbuki

²⁰ Bazan kanun hususî bir şekil tayin etmeksizin, bu şekle riayete bazı neticeler izafe eder. Meselâ nakliye mukavelesinin in'ikadı için irsaliye mektubu *lettre de voiture* şart olmamakla beraber, eğer böyle bir vesika tanzim edilmişse 443 üncü maddeye nazaren [T. B. K. mad. 434] nakledilen eşyada tasarruf hakkını tayin eder. Aynı suretle 18 inci maddenin II inci fıkrasına (muvazaalı bir alacağın iktisabı) ve 36 inci maddenin II inci fıkrasına müracaat.

^{20a} Yukarıda § 21 not 32a ye müracaat.

^{20b} 342 inci maddeye [T. B. K. mad. 335] müracaat.

²¹ Eger zayi olan senedin muhteviyatı ispat edilemezse, hukukî muamele nazari bir noktadan muteber olmakla beraber amelî olarak hiç bir hüküm tevhit edemez ; Kanunu Medeninin 510 uncu maddesine [T. K. M. mad. 490] müracaat.

Fransız hukukunda bu delil artık ikame edilemez. Borçlar hukukuna göre şifahî bir kefalet batıldır; sonradan yapılmış bir senet yeni bir kefalet teşkil eder. Fransa hukukunda şifahî kefalet muteberdir; sonradan bir senet tanzim edilmişse, alacaklı yeni bir hak iktisap etmiş olmaz fakat sadece mevcut hakkı için bir delil elde etmiş olur. Bu farklara rağmen her iki nevi şekil, tatbikat noktai nazarından, hemen aynı hükümleri haizdir. Zira bir hak ispat edilemezse ancak meşkûk bir kıymeti haiz olabilir. Bu sebepledir ki kanunu medeninin 10 uncu maddesi davanın rüyetinde müsavatı temin etmek için, esas itibarile kantonların salâhiyetine bırakılmış olan²² usulü muhakemeye müdahale etmiş ve kantonları federal hukuk tarafından tedvin edilen hukukî muamelelerin beyyinelerini şekil şartlarına tâbi kılmaktan meneylemiştir²³.

III. Borçlar kanununun 11 inci maddesinin II inci fıkrasına göre kanunun emrettiği şekle riayet edilmediği takdirde, eğer şeklin şumul ve tesiri derecesi hakkında başkaca bir hüküm tayin olunmamışsa, hukukî muamele batıl olur²⁴. Bu neviden istisnaî bir hüküm Kanunu Medenin 131 inci maddesinde [T. K. M. mad. 123] mevcuttur; evlenme memuru huzurunda aktedilmiş olan evlenme kanunî şekillere riayet edilmemiş olması sebebiyle feshedilemez.

Bu şekil noksanile ayıplanmış *entaché* muamele, esas itibarile batıldır²⁵. Kanunun emrettiği şekle riayet edilmemişse akit bağlamaz. Diğer

²² Yukarıda § 4 not 30 a müracaat.

²³ Fikrimce 10 uncu madde çok dar mânada tedvin edilmiştir. Bu madde federal hukukça muteberiyeti hususî bir şekle tâbi tutulmamış olan hukukî muameleler için ispat şekillerini *formes probantes* men eder. Aynı suretle federal hukukun muteberiyeti bir şekle, meselâ tabirî şekle tâbi tuttuğu halde bile kantonlar bu şeklin bir ispat şekli olmasını mecburî kılamazlar. Meselâ kantonların bir kefaletin senetle ispatını mecburî kılmaları memnudur. Aksi halde bir kefalet senedi almış olan alacaklı, bu senedi kaybettiği takdirde, Borçlar kanununun kendisine tanıdığı cebri iera yolile hakkını istihsal imkânından mahrum kalacaktır. 10 uncu maddenin fransızça metninde *Rechtsgeschäft* tâbiri yanlış olarak *droits et obligations* suretinde terceme edilmiştir. TF. 54 II s. 195 müracaat.

²⁴ Kaideten şekil hükmü âmîr hükümlerdendir. Yukarıda § 29 not 1 e müracaat.

²⁵ Yukarıda § 29 not 15. *Becker* 12 inci maddeye müteallik mutalea 4. Şekle ait bir noksan ölüme bağlı bir tasarrufu iptal etmez, fakat feshi kabil bir hale koyar. Dava bir veya on senede müruru zamana uğrar. Kanunu Medenin 520 ve 521 inci maddelerine [T. K. M. mad. 500, 501] müracaat.

tarafın hüsnü niyetle hareket etmiş olması ehemmiyeti haiz değildir; bu neviden bir aktin ifasından imtina etmek adaba muğayir bir hareket ad edilemez^{25a}. Böyle bir muğayeret ancak taraflardan biri kendi borçlarını ifa etmemek maksadile diğerini kanunun emrettiği şekle riayet etmeksizin akit yapmağa sevkettiği zaman mevcuttur²⁶; bu hareket 41 inci maddenin II nci fıkrası mucibince sebebiyet verilen zararın tazmini mecburiyetini tevhit eder²⁷.

İfa, şekil noksanından dolayı batıl olan bir borcun tanınmasını sağlamlaştırılmaz²⁸. Bedelin faili *auteur de la prestation* eğer bunu borcunun batıl olduğunu bilmeksizin (*condictio indebiti* mad. 63 [T. B. K. mad. 62])²⁹ yahut borçlu olmadığını bilerek fakat diğer tarafın da iradi bir surette ifa edeceği fikrile icra etmişse (*condictio ob causam non secutam*, mad. 62 II [T. B. K. mad. 61]) bu bedeli istirdat edebilir. Borç tanınmanın bir şekle tâbi tutulması bilhassa düşüncesiz kararlara mani olmak maksadiledir. Şu halde vaat bir defa ifa edilince buna lüzum kalmaz bir şekil noksanına müstenit istirdat ekseriyetle hüsnü niyet kaidelerile telifi imkânsız ve kanunu medeninin 2 inci maddesile bertaraf edilmiş bir keyfiyet addedilebilir³⁰.

IV. Kanunun bir aktin sağlamlığını *validité* bir şekle riayete tâbi kıldığı zaman bu şart bazan taraflardan yalnız birinin beyanına ve (bir taraflı şekil *forme unilatérale*) bazan da iki tarafın da beyanlarına (iki taraflı şekil *forme bilatérale*) tatbik olunabilir. 13 üncü maddenin I nci fıkrası tahriri şekle tâbi akitlerin borç taahhüt edenlerin cümlesi tarafından imza

^{25a} (Yahut bir hakkın sui istimali) .

²⁶ *Praxis* 12 No. 64 [TF. 49 II s. 54 ; JdT 1923 s. 514] . *Becker* 11 inci maddeye müteallik mutalea 10.

²⁷ Muteberiyeti için kanunun emrettiği şekle riayet edilmemesinden dolayı aktin batılan halinde, ifa ziyarı *intérêt à l'exécution* tahakkuk ettirilemez; bu suretle aldanmış olan taraf yalnız hasma olan itimadından yani bu şekle riayet edilmemesine rağmen rızaca ifa edeceğini zannetmemesinden husule gelen zararın tazmin ettirebilir. Yukarıda § 12 not 26 ya müracaat.

²⁸ *Praxis* 7 No. 127 [TF. 44 II s. 343] . *Berne İstinaf Mahkemesi kararı* SJZ 20 s. 359.

²⁹ 243 üncü maddenin III üncü fıkrası bu kaideden ayrılır; kanunun emrettiği şekle riayet edilmeden yapılmış bir hibe vadinin ifası bunu elden hibeye kalbeder; binaenaleyh faili ifaya mecbur olduğunu zannederek hataen vermiş olsa bile bedeli itirdat edemez.

³⁰ Gayri menkul satışı için ZSR NF. 40 s. 55, kefalet için ZSR 19 s. 225 müracaat.

edilmesi lüzumunu tasrih eder³¹. Binaenaleyh hiç bir borç taahhüt etmeyen taraf akti imza etmeğe mecbur değildir ve beyanını her hangi bir şekilde hatta şifahi veya zımnî bir tarzda yapılabilir. Kefalette³² ve hibe vadinde, madde I 243 [T. B. K. mad. 238 I] tahriri şekil bir taraflıdır; istihdam eden mukabil bir bedel ile mükellef olmadığı zaman 358inci madde [T. B. K. mad. 350] mucibince rekabet memnuiyetinde de böyledir. Aynı suretle 517 üncü maddedeki [T. B. K. mad. 508] kaydı hayatla irat aktinde ve 522inci maddenin II inci fıkrasındaki [T. B. K. mad. 512] Ölünceye kaç ar bakma aktinde şekil, eğer mukabil bedeli teşkil eden resülmal aktin inikadından evvel tesviye edilmişse, bir taraflıdır³³. Bir taraflı tahriri şekil 408inci maddenin II inci fıkrasında [T. B. K. mad. 400 II] İtibar emri³⁴ için tasrih edildiği gibi 325 inci maddenin [T. B. K. mad. 318] metnine göre çıraklık mukavelesi için de aynı hüküm mevzudur³⁵.

13 üncü maddenin I inci fıkrası ancak borç doğuran akitleri göstermekle beraber kıyas tarikile aynı suretle tasarruf muamelelerine de ve bilhas- sa 165 inci maddedeki [T. B. K. mad. 163] temlike, kanunu medenin 732 inci maddesindeki³⁶ [T. K. M. mad. 705] gayri menkul irtifakı tesisine ve 216 inci maddenin III üncü fıkrasındaki [T. B. K. mad. 213] şüfa mukavelesine tatbik olunacaktır: Tahriri şekle yalnız tasarrufu yapan kimsenin riayet etmesi lâzımdır, iktisap edenin değil.

13 üncü maddenin I inci fıkrası resmî şekil ile meşğul olmıyarak yalnız tahriri şekli tedvin etmiş olmakla beraber kıyas tarikile 243 üncü madde-

³¹ Hususî bir şekle tâbi bir aktin tasdiki bir şekli mahsusa bağlı değildir.

³² 493 üncü madde [T. B. K. mad. 484] bunu sarahaten söylemektedir.

³³ Oser 13 üncü maddeye müteallik mutalea Ib.

³⁴ Müvekkil aynı suretle bir borç taahhüt etmiş olsa bile kanun yalnız vekilin imzasını muktazi addetmektedir.

³⁵ 325 inci madde [T. B. K. mad. 318] yalnız velâyeti haiz kimsenin yahut vasi- nin imzalarından bahsetmekte ve istihdam edenin imzasını aramamaktadır. (Burada bir yanlışlık vardır: 325 inci madde [T. B. K. mad. 318] istihdam edenin de imzasını mecburî addetmekte ve binaenaleyh iki taraflı bir şekil emreylemektedir.)

³⁶ Wieland ve Leemann a müracaat.

³⁷ Şüfa hakkında yeni vaziyetler ihdas edici bir hak görülüyorsa (yukarda § 3 not 9 a müracaat) malikin üçüncü şahsa böyle bir hak vermek için yaptığı muamele bir tasarruf *disposition* tur. Eğer şüfa mukavelesi şarta bağlı bir satış addediliyorsa, 13 üncü maddenin I inci fıkrasına göre yalnız malik tahriri şekle riayete mecburdur; şüfa hakkını iktisap eden kimse hiç bir borç taahhüt etmemiştir; zira bu hakkın istimali kendi iradesine bağlıdır. *Praxis* 11 No. 86 [TF. 48 II s. 227; JdT 1922 s. 622] müracaat.

nin II inci fıkrasındaki [T. B. K. mad. 237 II] gayrı menkul hibesine de tatbik olunur³⁸: Yalnız hibe vadi resmî şekilde taahhüt edilmelidir; bu lüzum kabule teşmil edilmez. 216 ıncı maddedeki [T. B. K. mad. 213] gayrı menkul bey'i şekli bilâkis iki taraflıdır, müşterinin bedeli de aktin inikadından evvel tesviye edilmiş olmadıkça resmî şekilde olmalıdır³⁹.

V. Kanununun nazarı itibara aldığı tahriri şekilde, diğer bütün tahriri beyanlar gibi⁴⁰, beyanın muhtevasını teşkil eden metinle irade beyanının bir vesikasını teşkil eden imzayı tefrik etmek lâzımdır. « Beyan iradesi » bu imza ile tezahur eder⁴¹.

1. Metin, beyanın esaslı muhtevasını göstermek için kâfi derecede vazih olmalıdır⁴². Bu kabilden olarak kefalette, kefalet edilen deyn kâfi derecede muayyen olmalıdır; kaideten borçlunun şahsının gösterilmesi de zaruridir⁴³. Metni senedi veren kimse bizzat veyahut diğer bir şahıs ve bilhassa karşı taraf yazabilir. Yahut bu metin mihanikî bir vasıta ile tespit eeilebilir⁴⁴. Tahrir tarzı serbestir⁴⁵. Bilhassa 13 üncü maddenin II inci fıkrasında dermeyan olunduğu gibi yazı bir mektup şeklini alabilir. Yani irade beyanından maada hukukî bir ehemmiyeti haiz olmıyan işaretlerle beraber bir şahsa tevcih edilmiş ve kapatılmış bir şekilde olabilir⁴⁶.

2. 14 üncü maddenin I inci fıkrasına tevfi kan, imza, taahhüt edenin elile yani senedi veren kimse tarafından yazılmış olmak lâzımdır^{47, 48}. İmza-

³⁸ Becker, 11 inci maddeye müteallik mutalea 3. ZSR NF 40 s. 46 mutalea 16.

³⁹ Praxis 13 No. 2 [TF. 49 II s. 466; JdT 1924 s. 101]. Leemann a göre, senet bedelinin evvelce tesviye edildiğini teyit ve tasdik etmelidir. SJZ 20 s. 219.

⁴⁰ Yukarda § 21 not 25 e müracaat.

⁴¹ Yukarda § 21 not 12 ye müracaat.

⁴² Hususî bir şekle tâbi senetlerin tefsiri hususunda aşağıda § 34 not 21 e müracaat.

⁴³ 325 inci maddenin II inci fıkrası [T. B. K. mad. 318 II] çıraklık mukavelesinin muhtevasını tayin eder, fakat Oser in kabul ettiği gibi yalnız bir intizam tetbiri olarak.

⁴⁴ Kanunu Medenin 505 inci maddesindeki [T. K. M. mad. 485] el yazısı ile vasiyetnamede hüküm başkadır.

⁴⁵ Metin bir « tasarruf vesikası *document dispositif* » mânasını haiz olmalı, yani tarafların iradelerini teecessüm ettirmelidir, yalnız evele (şifahen) vaki olmuş bir beyan hakkında malûmat verilmesi kâfi değildir. Yukarıda § 21 e müracaat.

⁴⁶ Mektubu yazan kimse, bir sebep olmakazın, yalnız resmî bir senedin bağlayacağını zannediyor idiye, bağlanmaktan kurtulmuş olmaz, zira beyanı kanunun iktiza ettirdiği şekle uygundur; fakat hataya istinaden itiraz edebilir. Allg. Teil § 50 not 168 e müracaat.

⁴⁷ Bir mümessilin imzası hakkında aşağıda § 44 II 6 müracaat.

nın mihanikî bir surette taklidi (basılmış, litografla yapılmış, kopye edilmiş), 14 üncü maddenin II inci fıkrası mucibince örf ve âdetçe kabul olunan hallerde ve hususile çok miktarda tedavüle çıkarılan kıymetli evrakın imzası lâzım geldiği takdirde kâfi addolunur⁴⁹. 14 üncü maddenin III üncü fıkrası mucibince âmâların imzaları usulen tastik olunmadıkça⁵⁰ yahut imza ettikleri zaman muamelenin metnine vakıf oldukları (şahadetle) sabit olmadıkça onları ilzam etmez⁵¹. 15 inci maddeye göre imza eden kimse yazı bilmediği veyahut bedenî hali imzasını koymağa mani olduğu takdirde imzası yerine usulen tastik olunmuş ve el ile yapılmış bir alâmet yahut resmî bir şahadetname ikame edebilir⁵². Taahhüt eden kimsenin imzası kendi el yazısı olmalıdır, bir telgraf, beyan, mürselünleyhe vasıl olan haberde teccessüm ettiği cihetle bu şartı temin etmiş olmaz⁵³; bununla beraber 13 üncü maddenin II inci fıkrası aslı ısdar edenin⁵⁴ imzasını⁵⁴ havi ise, telgrafın tahrirî şekil makamına kaim olacağını kabul etmektedir.

⁴⁸ Elin başkası tarafından idaresi ve saire memnu değildir. *Oser* 14 üncü maddeye müteallik mutalea III; *Becker* 13 ve müteakip maddelere müteallik mutalea 6.

⁴⁹ Banknotlar ve buna mümasil diğer hâmile ait evrakta, 321 inci maddedeki [T. B. K. mad. 315] mesai kaidelerinin; fakat *Oser* in I I numaralı mutaleasında düşündüğü gibi 322 inci maddedeki [T. B. K. mad. 316] umumî mukavelede ve 325 inci maddedeki [T. B. K. mad. 318] çiraklık mukavelesinde değil.

⁵⁰ Vazı kanununun, âmânın imzasını tasdik eden memuru mahsusun tasdik esnasında muamele hakkında âmaya malûmat vereceği düşüncesinden hareket ettiği muhakkaktır. Fakat bu hususta bir kanun hükmü mevcut olmadığından bu, senedin sağlamlığının bir şartı da değildir. *Becker* 13 ve müteakip maddelere müteallik mutalea 9 mutaleadan başka bir fikirdedir.

⁵¹ Âmânın imzası tasdik edilmemişse ve muamelenin metnine vâkıf olduğu sabit olamıyorsa, 11 inci maddenin II inci fıkrasına tevfikân beyanı batıl adledilmek icap eder. Bu hali *Oser*, 14 üncü maddeye müteallik I 2 b mutaleasında 31 inci madde dairesinde ayıplanmış addetmekte yani kabili itiraz telâkki eylemekte ve fakat ne tasdikini ve ne de kanunî müddetin geçmesile sağlamlaşacağını kabul etmemektedir. Bu şekil, butlanla aynı neticeye varır.

⁵² Memuru mahsusu tasdikten evvel imza sahibinin imzasını atmağa kadir olmadığını tesbit etmelidir. *Becker* in 8 inci mutaleasında izah ettiği gibi, işlerin selâmeti için, imza sahibi imzasını atabilecek halde olabilse bu tesbitin nihaî addi lâzımdır.

⁵³ Yukarda § 21 II 2 ye müracaat.

⁵⁴ Telgrafın aslındaki imza, kanunda tasrih edilmemekle beraber, el yazısıyla olmak icap eder.

⁵⁵ Fikrimce mürselünleyhe verilen telgrafta el yazısı olmamakla beraber mürselin imzasını ihtiva etmelidir. İmzasız gelen bir telgraf tahrirî şekle tekabül etmez.

İmza veya hususî alâmet senedi tamamlar ve binaenaleyh metnin ihtiva ettiği beyanın tahriren ve haricî bir surette tasdikını tazammun eder bir tarzda yazının sonuna konulması⁵⁶ icap eder⁵⁷. Sonradan yapılan ilâveler ayrıca imza edilmelidir⁵⁸. İki taraf ta akti imza ile mükellef iseler, imzaları bir ve aynı senede konulabileceği gibi ayrı ayrı senetlere de konulabilir⁵⁹. A, B ye mahsus varakaya, B ise A ya mahsus varakaya imza eder⁶⁰.

Vesikanın yazıldığı yer ve günün (tarih *date*) gösterilmesi sarahatan emredilmemekle beraber⁶¹, gösterilmesi âdete uygundur; binaenaleyh tahrirî bir beyanda bulunacak her kesten bu husus istenebilir. Tarihin yanlışlığı bir butlan sebebi değildir; bu, hukukî muamelenin yapıldığı veya hut vesikanın yazıldığı zaman ve yer hususunu hiçbir suretle değiştiremez. Boş bir senet⁶², eğer boş kısmı doldurulur ve metin bu suretle ikmal edilirse, tahrirî şekil mecburiyetini tatmin etmiş olur⁶³.

Tahrirî şekle tâbi beyanın vüsuli iktiza ediyorsa⁶⁴, bu beyan, bütün

⁵⁶ Metnin altında veya son satırda, fakat metinden evvel veya metnin yanında değil. Senedi veren kimse ismini metnin içine yazarsa kanunun emrettiği şekle riayet edilmiş olmaz; Zürich kantonu mahkemesi SJZ 9 s. 12 No. 6 daki bir kararında başka bir mutalea dermiyan atmışse de fikrim.e hata eylemiştir. Her halde imza senedin üstünde olmalıdır; bir zarfın veya beraberce gönderilen diğer mektubun üzerine konulan imza kâfi değildir. *Rechtssprechung der Oberlandesgerichte* 30, 334; 35, 376 ya müracaat. Diğer bir mutalea TF. 34 II s. 672. Eğer senedin müteaddit yaprakları varsa, muhteva itibarile yapraklar arasında bir birlik mevcut olduğu takdirde imzanın son sahifenin nihayetine konulması kâfidir. *Praxis* 12 s. 243 [TF. 49 II s. 179; JdT 1924 s. 74] .

⁵⁷ TF. 33 II s. 105.

⁵⁸ TF. 25 II s. 465.

⁵⁹ Borçlar kanunu iki muamele arasında lâfzen mutabakatı muktazi addetmemiştir.

⁶⁰ Kanunun her iki taraf için de tahrirî şekil emrettiği zaman, her ikisinin de aynı zamanda imza etmesi zarurî değildir. (Alman kanunu § 126) . Bu mânâta olarak eski Borçlar Kanununun 12 inci maddesi mektup taatisinin kâfi olduğunu söylemekte idi. Kanunun yeniden tetkiki esnasında yapılan tadillerin tahrirî şeklin yeni bir şarta tâbi tutulduğunu göstermediği aşikârdır.

⁶¹ Kanunu Medeninin 505 inci maddesindeki [T. K. M. mad. 485] el yazısı ile vasiyetname ve Borçlar Kanununun 722 ve 830 uncu maddelerindeki poliçe ve çekler müstesna olmak üzere.

⁶² Yukarda § 21 not 29 a müracaat.

⁶³ *Oscr.*, 13 üncü maddeye müteallik mutalea 3.

⁶⁴ Yukarda § 22 ye müracaat.

bu nevi beyanlar gibi, mürselünleyhin nezdine vasıl olmadıkça hükümlerini hasıl etmez⁶⁵. Kaideten diğer tarafa tahsis edilen varaka (meslâ kefalet senedi) kendisine ya elden verilmeli⁶⁶ veya gönderilmelidir⁶⁷. Senedin diğer tarafın eline geçmemesi lâzım gelen hususî hallerden maada, imzanın kendi huzurunda konulmuş olması veyahut imzalı senedin kendisine gösterilmiş bulunması kâfi değildir⁶⁸.

VI. Hususî bir şeklin meşrut olduğu haller haricinde⁶⁹, şekle tâbi bir hukukî muameleden rücu *revocation*: hiç bir şekle tâbi değildir. Bilhassa 115inci maddeye [T. B. K. mad. 113] nazaran kanun veya tarafların iradeleri icabı olarak, borç ancak bazı şekil şartlarıyla doğmuş olsa bile bir alacağın akti bir surette iptal veya tenkisi hiç bir hususî şekle tâbi değildir [M. N. 1]

Bilâkis kanunun tahriri şekle tâbi tuttuğu aktin tadili *modification*, 12inci maddeye göre ancak tahriri şekilde yapılabilir⁷⁰. Bununla beraber aynı madde mucibince bu kaide akti nakz ve tadil etmeyen mütemmim ve fer'i şartlara meselâ akitte bedelin icra zaman ve yeri hakkında bir hüküm yoksa muahharan bu hususa dair konulacak hükümlere tatbik olunmaz⁷¹. Bundan maada 115inci maddeye [T. B. K. mad. 113] nazaran

⁶⁵ Oser, 13üncü maddeye müteallik mutalea 6.

⁶⁶ 514üncü maddenin birinci fıkrasının Almanca metni bilvesile senedin üçüncü bir şahsa tevdi ve tesliminden *remise* (Fransızca metinde nakil *transport*) bahseder; hence bunu hiç bir lüzum olmaksızın yapmıştır. Filhakika teslim edilmeyen bir senedin imza edeni bağlamıyacağını tabii görürüm.

⁶⁷ Poliçenin kabulünde hüküm başka türdür; 740inci maddeye göre kabul vukuu ile beraber kabul eden mecbur kılar ve binaenaleyh tekemmülü vusule bağlı olmıyan beyanlar arasına konulmalıdır.

⁶⁸ Misal: A, B ye verdiği bir varakada bunun müteaddit borçlarına kefalet eder. Muhtelif alacaklılarla kefalet akdinin mün'akit olması için A nın elinde bırakılmış olan senedin kendilerine gösterilmesi kâfidir.

⁶⁹ Kanunu Medeninin 509 uncu maddesindeki [T. K. M. mad. 489] vasiyetten rücu, 513 üncü maddesindeki [T. K. M. mad. 493] miras mukavelesinin feshi, 181 inci maddesindeki [T. K. M. mad. 173] evlenme mukavelesi, 269 uncu maddesindeki [T. K. M. mad. 258] evlât edinme.

[M. N. 1] Türkçeye tercüme edenlerin notu — İsviçre Borçlar Kanununun 115 inci maddesinin bu fıkraları vazı kanunumuz tarafından iktibas edilmemiştir.

⁷⁰ 12 inci madde tahriri şekilden başka bir şekle tâbi akitlere de tatbik olunur.

⁷¹ Yahut 524 üncü maddedeki [T. K. M. mad. 514] gıda ve mesken teminile mükellef olan kimsenin bunun tarzı hakkında sonradan yapacağı mukavele.

aktin tadili eğer akitten doğmuş bir borcun iptali addedilebiliyorsa yani aynı zamanda bir tarafın (veya iki tarafın) borcunu azaltıyor veya hafifletiyorsa hiç bir şekle tâbi değildir [M. N.]⁷². Bu kabilden olarak gayri menkul satışında bayi semenin ibrası veyahut müşteriye bir mühlet verilmesi için bir şekle riayete mecbur değildir; kefil, bir mukavele ile taahhüdünü kefaletnamede yazılı olmıyan bir şarta tâbi kılmak isterse aynı hüküm tatbik olunur⁷³.

Tadil kanunun emrettiği şekle riayet edilmeksizin yapılırsa (meselâ gayri menkul satışında semenin tezyidi) akit eski vaziyetini muhafaza eder.

VII. 12inci madde, aktin muahharan tadilinden bahsetmekte fakat muamele yapılırken muamele için muktazi şekle riayet edilmeksizin kararlaştırmış mütemmim ve fer'i şartlara *Clauses accessoires* temas etmemektedir⁷⁴. Kaideten, tarafların, bu şartlar hususunda şekle riayet etmemeleri, bunlardan vazgeçtiklerine delâlet eder⁷⁵. Böylece hususî senetler de, resmî ve umumî senetler gibi tam addolunurlar, ancak tarafların senede derç etmedikleri şartları muhafaza hususunda anlaşıkaları ispat edilerek bu faraziye ortadan kaldırılabilir⁷⁶. Eğer tarafların iradeleri bu merkezde ise yani bu fer'i ve mütemmim şartları muhafaza etmek istiyorlarsa bunlar, kaideten bir şekil noksanile ayıplı olurlar; filhakika riayeti lâzım gelen şekil, bu şekle tabi kılınan irade beyanının teknil unsurlarında nazarı itibara alınmak icap eder. Bununla beraber fer'i şartların mütemmim bir mahiyeti haiz oldukları ve muamele ile tenakuz teşkil etmedikleri takdirde, kıyas yolile tatbiki kabil olan 12inci madde dolayısıyla muteber kalacaklarını zannediyorum. Meselâ bir ölünceye kadar bakma akti bir meskenden bahsetmektedir, şekle riayet edilmeksizin kararlaştırılmış bir şart bu meskeni teşkil edecek odayı tayin eder⁷⁷. Kanunun emrettiği şekli iktisap etmemiş bulunan fer'i şartlar, eğer hükümleri itibarile bir şekil al-

[M. N.] Türkçeye tercüme edenlerin notu — İsviçre Borçlar kanununun 115inci maddesinin bu fıkraları vazı kanunumuz tarafından iktibas edilmemiştir.

⁷² *Praxis* 7 No. 62 [TF. 44 II s. 61; JdT 1918 s. 339].

⁷³ *Oser*, 12inci maddeye müteallik mutalea 2 a Z.

⁷⁴ İmparatorluk Mahkemesi 96 s. 289.

⁷⁵ İmparatorluk Mahkemesi 103 s. 157. *Praxis* 7 No. 92 [TF. 44 II s. 179].

⁷⁶ Fer'i mukavele muteber addedilmek istenilmezse — hususî bir şekle tâbi olan akitlerin de tefsirine müsaade edilmiş olduğundan — tefsir tarikile aynı neticeye varılmış olacaktır; aşağıda § 34 müracaat. Mukavelede kullanılan "mesken" tâbirinin, tarafların mevzuubahs odayı gösterdikleri tesbit edilecektir.

tında yapılmış bir akitten doğan borçları azaltmakta iseler, 115inci madde [M.N.] kıyas tarikile tatbik edilerek aynı suretle sağlam *valide* adde-dileceklerdir⁷⁷. Bilâkis bu şartlar akitten doğan borçları ağırlaştıramazlar: bu kabilden olarak gayrı menkul bey'inde, ne müşteriye akitte gösterilen semenin fevkinde bir semeni, ne de bayie, 197inci maddedeki [T. B. K. mad. 194] tekeffülleri hususunda bir teminat mecburiyeti ihtiva eden fer'i bir şart tahmil edilemez⁷⁸. Muamelenin kanunun emrettiği şekil dairesinde ceryanı esnasında, taraflar bu kabilden bir şartı muhafaza hususunda anlaşmışlarsa 20inci maddenin 11inci fıkrasının tatbiki icap edecektir: bu şekle riayet edilmedikçe akit batıldır; fakat batıl olan şart olmaksızın aktin yapılmıyacağı meczum değilse, aktin kanuna muvafık şekilde taahhüt edilen kısmı muteberdir⁷⁹.

VIII. Taraflar, kanunun hiç bir şekle tâbi tutmadığı bir akit için hususî bir şekil kaydı (bilhassa tahrirî şekli)^{80,81} koyarlarsa, bu kayıt birbirinden ayrı iki maksatla olabilir⁸²:

1. Şeklin gayesi ispatı kolaylaştırmak olur. Bu halde taraflar aktin kararlaştırılan şekil dairesinde ifasından evvel bağlanmış ve aktin mevzuuna dair bir vesika tanzimini taahhüt etmiş olurlar. Bu halde kaydın hükmü bir borç doğurmaktır; binaenaleyh tarafların bu noktada da mutabık kalmaları zarurîdir.

2. Kabul edilen şekil aktin sağlamlığının bir şartı olur. Bu taktirde taraflar, bu şekle riayet edilmedikçe bağlanmış olmazlar. Bu neviden bir kayıt için tarafların bu noktada mutabık kalmaları zarurî değildir; taraf-

[M. N.] Bu madde kanunumuzda yoktur.

⁷⁷ Filhakika 115inci madde bir alacağın fesih ve iptali için hususî bir şekil koymamıştır ve bu fesih ve iptal keyfiyeti evvelden (alacak doğmadan evvel) de taahhüt olunabilir. Yukarda § 28 not 29 a müracaat. Bu suretle şekle tâbi bir aktin hususî şekle riayet edilmeksizin yapılan fer'i bir mukavele ile fesih ve iptalinin mümkün olması hasele ile n.uvazaa hükümleri bu akitte de şamil olur; aşağıda § 35 not 15 e müracaat.

⁷⁸ *Allg. Teil* § 63 not 104, *Martin* II s. 67. Teminat şeklinin serbestisi lehinde rey beyan edenler: *Oser* 197inci maddeye müteallik, mutalea I a II, 219 uncu maddeye müteallik mutalea 2b; *Becker* 197inci maddeye müteallik mutalea 12; *Rossel* s. 273.

⁷⁹ Yukarda § 29 a müracaat.

⁸⁰ Bu halde şekil iradî veya aktidir denilir. (*Gewillkürte*) *Allg. Teil* § 63 VIII.

⁸¹ Yahut kanunun yalnız tahrirî şekle tâbi kıldığı bir akit için resmî şekil.

⁸² Bu kayıt in'ikat ettirici bir vaziyetten *attitude Concluante* hasil olabilir. TF. 23 s. 772. ve dermiyan ve iddia eden tarafından ispat edilmek lâzımdır. TF. 18 s. 298.

lardan her biri bunu bir taraflı olarak dermiyan edebilir⁸³; icap yapan kimse, icabın muhtevası kendi iradesine bağlı olduğu cihetle, tahriri bir akit yapmak arzusunda olduğunu beyana salâhiyettardır; binaenaleyh muhatabın icap sahibine tahriri şekil olmadıkça akit yapmayacağını bildirmesi de caizdir. Bu neviden kayıtlardan daima rücu olunabilir⁸⁴; bu kabilden olarak, icabı yapan kimse tahriri şekli mecburi kıldıktan sonra şifahî bir akit yapmağa razı olur⁸⁵, kayıttan rücu bazan zımnî olur. Bilhassa, kayda vâkıf oldukları halde tarafların şekle riayet etmeksizin akti yapmaları halinde zımnî bir rücu vardır. Bu nokta üzerinde ihtilâf edildiği taktirde beyyine külfeti, akti muteber addeden tarafa düşer, bu taraf, âkitlerin kaydı iptal etmek niyetinde olduklarını ispat etmelidir.

16. maddenin birinci fıkrasına göre hususî bir şekil kararlaştıran taraflar aktin muteberiyetini bu şekle tâbi kılmış addedilirler. Eğer hal ve vaziyetten ve bilhassa tarafların sonraki hareketlerinden⁸⁶ bu şekle riayetten evvel kendilerini bağlanmış addettikleri istintaç olunuyorsa bu faraziye ortadan kaldırılabilir.

İki taraf muayyen bir surette keyfiyeti izah etmiyerek tahriri şekilden bahsetmiş oldukları taktirde 16. maddenin II. inci fıkrasına göre, kanunun bu şekle müteallik hükümlerine (13, 14 ve 15. inci maddeler) riayet etmeleri icap eder : Bilhassa taahhüt altına giren kimsenin imzası kendi el yazısı olmalıdır; diğer taraftan bu kayıttan tarafların bir senet şeklinde bir akit yapmak niyetinde oldukları anlaşılmadıkça kaideten bir mektup veya bir telgraf şeklin tekemmülü için kâfidir⁸⁷.

12. inci madde, tarafların kanunen mecbur olmadıkları halde hususî bir şekilde yaptıkları akitlere tatbik olunmaz⁸⁸ : mevcut kayıt tadile de şamil değilse, bu şekle riayet etmeksizin yapılan bir tadil muteberdir ; kaydın

⁸³ Âkitlerden her biri hususî bir nokta üzerinde bir itilâfa lüzum gösterebilir ; yukarıda § 24 not 67 ye müracaat.

⁸⁴ Zira hiç kimse kanunun kendisine tanıdığı medenî ehliyeti tahdit edemez, yukarıda § 27 not 58 e müracaat.

⁸⁵ Fakat kayıttan rücutan evvel diğer tarafın şifahî teklifini mukabil bir icap gibi ad ederek kabul edemeyecektir; filhakika kendisi tarafından tesbit edilen kayıt nazarı dikkate alınınca, mukabil tarafın şifahî beyanı bir borç kuvvetini haiz olmayan adî bir ihbardan ibaret olacaktır.

⁸⁶ Meselâ akdi borçların ifasına evvelce başlamışsa.

⁸⁷ Oser, 13. üncü maddeye müteallik mutalea 7a.

⁸⁸ Oser mutalea 4; Becker 16. inci maddeye müteallik mutalea 3.

2 -) Tapu sicilline tescil, *lehine tesçil vaki olan kimse için aynı bir hakkın sahibi olduğuna dair karine vücade getirir.*

3 -) Tapu sicilline tesçil, *üçüncü şahıslar lehine, lehine tesçil vaki olan kimsenin aynı bir hak sahibi olduğuna dair de karine tesis eder. Hüsnü niyet sahibi üçüncü şahıs tesçilin sıhhatine itimat edebilir. İntikali*

Kanunu Medeni
de

A Y N İ H A K K L A R

MÜELLİFİ

Dr. C. Wieland

Bal Darülfünunu Profesörü

MÜTERCİMİ

İsmail Hakkı

İstanbul Asliye Mahkemesi
Hâkimlerinden

kısmı, aynı zamanda hem menkul hem de gayrı menkule müteallik olarak pek az ahkâmı ihtiva etmektedir. K. M. mad. 618-631. İ. K. M. 641-654.

Fazla olarak kanunun bu birinci kısmı üzerinde *gayrı menkul mülkiyeti* (bap 19) ve *menkul mülkiyeti* (bap 20) olmak üzere ikinci bir talî taksim yapılmıştır. Gayrı menkuldeki irtifak hakları, tarifi itibarile ancak gayrı menkuller üzerinde mevcut olabilir. Rehin hakkından bahseden kısım da *gayrı menkul rehini* (bap 22) ile *menkul rehini* (bap 23) arasın-

2 -) Tapu sicilline tescil, *lehine tesçil vaki olan kimse için aynı bir hakkın sahibi olduğuna dair karine vücade getirir.*

3 -) Tapu sicilline tesçil, *üçüncü şahıslar lehine, lehine tesçil vaki olan kimsenin aynı bir hak sahibi olduğuna dair de karine tesis eder. Hüsnu niyet sahibi üçüncü şahıs tesçilin sıhhatine itimat edebilir. İntikali yapan kimse o gayrı menkulün sahibi olmasa bile yine mülkiyet ve rehin hakkını iktisap eder. (Aşağıda mül 2 ye bakınız).*

c) — *Eşya.* — Aynı haklar ancak eşya üzerinde yani *maddi şeyler* ile *tabii kuvvetler* üzerinde mevcuttur. (Bununla beraber aynı haklar ahkâmı tabii kuvvetlere pek mahdut bir mikyasta kabili tatbiktir (İ. K. M. mad. 713) . *Haklar eşyadan madut değildir. Hakları menkul şeylerden bir kısım olarak telâkki eden Fransız hukukî noktai nazarının İsviçre Kanunu medenisinde yeri yoktur. Bununla beraber maddi mevzuları haklar ve hususile alacaklardan ibaret olan intifa hakkı ile rehin hakkı istisnaen İsviçre Kanunu medenisince de kabul edilmiştir. Hak sahibi, aynı hakların bahşettiği tasarrufa müşabih bir tasarruf ve hâkimiyet iktisap eder. Şu manada ki haciz veya iflâs halinde hak sahibi, üçüncü şahısları yani aynı bir hak sahibi olmıyanları bertaraf eyler : İ. K. M. 745 f. 1. 773 f. 1 ve müt. 899 T. K. M. mad. 717, 745 f 1. ve müteak.*

d) Aynı haklardan madut olmayan bazı haklar, tapu sicilline tesçil edilmek suretile aynı haklar gibi nakil ve herhangi bir mükellefiyet ile takyit olunabilirler. Bilhassa *sı imtiyazları* bu meyanda gösterilebilir. T. K. M. mad. 632. İ. K. M. 665, f. 2. İ. tatbikat K. mad. 56.

e) — *Menkuller ve gayrı menkuller.* — Menkul şeyler ile gayrı menkul şeyler arasındaki zıttiyet, aynı hakların tasnifi ve muhtevası itibarile fevkalâde ehemmiyetlidir. Kanunun bir çok kısımlarında gayrı menkuller üzerindeki aynı haklar ile menkuller üzerindeki aynı haklar ayrı ayrı ahkâma tâbi tutulmuştur. Bilfarz Kanunu medeninin mülkiyetten bahseden kısmı, aynı zamanda hem menkul hem de gayrı menkule müteallik olarak pek az ahkâmı ihtiva etmektedir. K. M. mad. 618-631. İ. K. M. 641-654.

Fazla olarak kanunun bu birinci kısmı üzerinde *gayrı menkul mülkiyeti* (bap 19) ve *menkul mülkiyeti* (bap 20) olmak üzere ikinci bir tali taksim yapılmıştır. Gayrı menkuldeki irtifak hakları, tarifî itibarile ancak gayrı menkuller üzerinde mevcut olabilir. Rehin hakkından bahseden kısım da *gayrı menkul rehni* (bap 22) ile *menkul rehni* (bap 23) arasın-

da yeniden bir tefrik yapmaktadır. Yalnız intifa hakkından bahseden kısım hem gayrı menkul hem de menkule kabili tatbik müşterek ahkâmı ihtiva etmektedir. Bununla beraber burada da esaslı farklar mevcuttur.

Gayrı menkul üzerindeki haklar ile menkul üzerindeki haklar arasında mevcut olan zıttiyet, kısmen eski bir an'aneye (bu iki nevi eşya arasındaki fark Cermen hukukunun esasını teşkil ettiği halde Roma hukukunda talî bir derecede ehemmiyeti haizdi) kısmen onların mahiyet ve tahsis olunduıkları cihete istinat eder. Gayrı menkul üzerindeki hakların iktisadî ve içtimai hayat üzerindeki tesirleri daha derindir. Bu sebepten dolayı onlar, komşu menfaatleri ve umuma mahsus mallar nazarı dikkate alınarak daha geniş takyidata tâbi tutulmuşlardır. Fakat tesis şekilleri arasındaki fark bilhassa ehemmiyetlidir. Yalnız gayrı menkul üzerindeki haklar *umumî sicillere kayıt ve tescil* olunabilirler.

Gayrı menkuller, mütemmim cüzüleriyle birlikte sathı arz parçalarından ibarettir. T.K.M. mad. 619, 620, 643, 648, 651. Gayrı menkul olmıyan ve bunların mütemmim cüzülerini teşkil etmiyen şeyler menkul mallar meyanına dahil olurlar. Zaten işviçre Kanunu medenisi bazan (gayrı menkul) tâbirini tapu sicilline has olan teknik mânada kullanmaktadır. Tapu sicillinde kendisine hususî bir sahife tahsis olunan ve kısmen gayrı menkul mülkiyetine müteallik ahkâma tâbi bulunan *müstakil ve daimî haklar* (inşaat hakkı, bir başkasının arsasında bulunan kaynak üzerindeki hak.. ilâh.) gayrı menkulden maduttur. Burada mevzuubahs olan haklar, carî lisanda anlaşılan mânada bizzat maddî mevzuu gayrı menkul olan haklardır. İ. K. M. 655 ve müteakip [T. K. M. mad. 632 ve müteakip.]

f) — *Serbestii akitleki noksanlık.* — Aynı hakların adetleri pek mahduttur. Taraflar mukavele ile her hangi bir aynı hakkı tesis edemezler. Yalnız kanunun tayin ettiği aynı hakları tesis edebilirler. Bilfarz muayyen herhangi bir birahane de yalnız bira içilmek mecburiyetine, bir yolu veya kanalizasyonu tesis ve idame etmek mükellefiyetine tapu sicilline kaydetmek suretile, gerek şimdiki ve gerek istikbaldeki malikler için bilâ kaydı şart lüzum ifade edecek veçhile aynı bir mahiyet verilemez. Kezalik taraflar, aynı hakların kanunen kabul olunan mazmun ve muhtevasını mukavele ile tayin ve tefsir edemezler. Bilâkis aynı haklar ancak Kanunu medenî tarafından her birine tanınmış olan mazmunile birlikte teşekkül ve teessüs edebilirler. Meselâ, yalnız prensip itibarile tediyesi alacaklı tarafından istenilmesi caiz olmıyan irat senetleri mukavele ile tesis olunabilirler. İ. K. M.

mad. 850. f. 2. T.K.M. 820 Binaenaleyh evvelce muhtelif kanton kanunları tarafından kabul olunan beş veya altı ay sonra tediyesi meşrut irat senetleri artık bu gün şayanı kabul değildir.

Bu noktada aynî haklar ile borçlar hukuku arasında esaslı bir zıttiyet mevcuttur. Borçlar hukuku sahasında akitlerin serbestisi prensipi hâkimdir. Taraflar, gayrı mümkün, gayrı muhik veya ahlâka münafi olmamak ve hi-mayeye şayan menfaatlere matuf bulunmak şartile aralarında istedikleri gibi münasebeti hukukiyeler ihdas edebilirler. B. K. mad. 20. Fakat ka-nun tarafından aynî haklara çizilen kadro da yavaş yavaş genişlemektedir, o derecede ki, meşru her iktisadî ihtiyaç artık orada da tatmin edil-mektedir. Bilfarz, kabili tasavvur her nevi tahdidat irtifak şekilleri altında tesis edilebilmektedir.

g) — *Aynî hükümleri haiz şahsî haklar.* — Tapu sicilline şerh ve-rilmek suretile şahsî haklar aynî bir hüküm iktisap edebilirler. Yani üçüncü şahıslara karşı dermeyan olunabilir. Bununla beraber bu, ancak kanun ta-rafından tasrih edilmiş olan muayyen bazı haklara mahsustur. Meselâ şüf'a hakkı (*Vorkaufrecht*), bey'i bilvefa (*Rückkaufrecht*), bey'i vadi (*Kaufversprechen*), hasılat icarî, âdi icar ile gayrı menkul üzerindeki rehin hakları sırasında serbest derecelerden istifade için yapılan mukavelelerde olduğu gibi. Bununla beraber işaret olunan bu haklar aynî bir hak teşkil etmez-ler. Fakat teşkil neticesinde tesir ve hükümlerini borçludan başka bazı şahsî salislere karşı da sirayet ettirirler. İ. K. M. 681 - 683 814 f. 3 959 T. K. M. mad. 656, 660, 786, 919.

2 - Tapu sicilli, teşkil ve aleniyet prensibi [1] — Gayrı menkule müteallik aynî hakların umumî mahiyeti, tapu sicilli teşkilâtı ve bununla

[1] Kanunu Medenimiz tapu sicilli üzerinde yapılacak meşruhatı üç ayrı kelime ile ifade etmiştir. Tescil, kayıt, şerh. Bu üç kelimenin mânaları yekdiglerinden ayrıdır. Buna rağmen kanunumuz ve hatta son çıkan tapu sicilli nizamnamesi bazı yerde tescil yerine kayıt ve bazan kayıt yerine tescil ve şerh kelimesini kullanmıştır. Ezcümle Kanunu Me-deninin 918 inci maddesi tescil yerine kayıt ve İsviçre tapu sicilli nizamnamesinin 57 inci maddesine tevafuk eden bizim tapu sicilli nizamnamesinin 8 inci maddesi kayıt yerine tescil kelimesini istimal etmiştir. Hatta Kanunu Medeninin mezkûr maddesinin matlabilе metni arasında bile fark vardır. Bir kanunda yer bulmaması lâzım gelen bu yanlışlığa tercümemizde de mahal vermenek için kanunun Almanca ve Fransızca asıllarındaki keli-melerini tercümelerile birlikte aşağıya yazıyoruz :

	<u>Almanca</u>	<u>Fransızca</u>
Tescil	<i>Eintragung</i>	<i>Inscription</i>
Kayıt	<i>Aufnahme</i>	<i>Immatriculation</i>
Şerh	<i>Vormerkung</i>	<i>Annotation</i>

alâkadar olan diğer kavanin ve talimatnameler ile tayin edilmiştir (Tapu sicilli hukuku). Tapu sicilli, gayrı menkullerle bunlar üzerindeki hukukun kâffesinin kaydına mahsus bir seri tesisattan mürekkeptir (Defterler, planlar). Hedefi, gayrı menkuller üzerinde mevcut hakların herkes tarafından bilinmesini temin etmektir. Mukriz bu sayede gayrı menkul üzerinde evvelce mevcut rehinleri sıhhatle gördüğü ve bildiği taktirde o gayrı menkul üzerine itimatla para ikraz edebilir. İşte bidayette umumî siciller mevzuatının gayrı menkul rehnine müteallik hukuk kısmı arasında mevki almasının sebebi budur.

Binnetice, tapu sicillinin esnayı tesisinde bütün gayrı menkullerin oraya kaydedilmesi ve bunlar üzerindeki hakların teşkil olunması lâzımdır. Kanunu medeninin tatbikine mütedair ahkâm, bu kaydın ne vakit ve ne suretle olacağına dair icap eden prensipleri ihtiva etmektedir. (İsviçre tatbikat kanununun 38-48 inci maddelerine bakınız.) Bununla beraber tapu sicillinin teessüsü sırasında kaydedilmek kâfi değildir. Gayrı menkuller üzerindeki aynı haklar bir çok tebeddülâta maruz kaldıkları için tapu sicilli, o gayrı menkulün herhangi bir andaki vaziyetini de mümkün mertebemükemmel ve tam bir surette gösterebilmelidir. Aşağıdaki kaideler bu maksadın husulüne yardım ederler.

a) — *Mutlak tescil prensibi* veya tescillerin menfi kıymeti hukukiyesi mutlak prensibi. — Bu prensibe göre tapu sicilline tescil; aynı hakkın teessüsü için olduğu kadar sukut ve intifası için de zaruridir. Tescil prensibi alman İsviçresi kanunlarının ekserisi tarafından kabul edilmiştir. (Fransız isviçresi mevzuatı hukukiyesinde teşkilin umumiyetle tesiste tesiri yoktur). Bununla beraber aynı hakların kâffesine şamil değildir. Bilhassa irtifak haklarında bir çok istisnalara tâbi tutulmuştur. İsviçre hukuku medeniyesine gelince ; o aynı hakların hepsini teşçile tâbi tutmuştur. İ. K. M. mad. 656, 731, 734, 748, 783, 786, 797, 800 740.[T. K. M. mad. 633, 704, 707, 720, 755, 758, 769, 772, 728].

Mamafi teşçil prensibinin tamamen tahakkuku kabil değildir. Misal olarak bilverase iktisabı nazarı itibara alalım : Mirasçı müteveffanın *de cujus* vefatı anından itibaren mülkiyeti iktisap eder ki hakikatte tescilden evvel malik oluyor demektir. İ. K. M. 656 f. 2 (*K. M. mad. 633 f. 2 ve diğer istisnalara bakınız*). Bununla beraber teşçili mecburî kılmak için kanun mutlak prensip yanına *izafî prensibi* vazetmiştir. Bu prensibe göre

yalnız tapu sicillinde lehine teşçil vaki olan kimse gayrı menkul üzerinde tasarruf veya onu aynı haklar ile takyit edebilir (l. K. M. 656 f. 2) .
[T. K. M. 633]

b) - *Meşruiyet prensipi.* — Sadece teşçil, aynı hakları tesis veya itfa etmez. Bundan başka teşçil haklı ve meşru bir sebebe müstenit bulunmalıdır. Yani muteber bir akti hukukiyeye istinat etmelidir. (Meşru sebep, iktisap senedi) .

İsviçre Kanunu medenisi , alman Kanunu medenisi gibi *aynî aktin* (bu suretle tesmiye olunmaktadır) muteber olmasını yani aynı haklar tesisini istihdaf eden bir beyan rızayı kâfi görmüyor. (Rıza prensipi *Konsensprinzip*) . Bilâkis mülkiyetin intikali veya herhangi diğer bir aynı hakkın tesisini ; borçluyu mülkiyeti nakle veya aynı hakkı tesise mecbur eden ve lüzum ifade eyliyen bir mukavelenin muteber olmasına merbut kılıyor. (Şıra, hibe, vasiyet ilâh. l. K. M. mad. 657, 965 f. 1 ve 3 974 f. 2) (meşruiyet prensibi) . [T.K.M. 634 924, 932]

c) — *Aleniyet prensipi: Tapu sicillinin telkin ettiği umumi itimat.*— Sadece teşçil aynı hakkı tesis etmediği gibi lehine teşçil vaki olan kimse de daima bu aynı hakkın sahibi değildir. Eğer yalnız teşçil prensibi kanun tarafından kabul edilirse haklı bir sebep olmaksızın lehine teşçil vaki olan kimse tarafından tesis olunan haklar hüküm ifade etmezler. Bir gayrı menkulü satın alan veya onu bir karza mukabil teminat olarak kabul eden kimse malik veya rehinli alacaklı sıfatını iktisap etmez. Kanton kanunlarının ekserisi halâ bu noktai nazardadır. Bununla beraber bu vaziyet muamelâtın istilzam ettiği emniyet ve emlak kredileri ihtiyacatı kabili telif değildir. Bu sebebe mebni isviçre Kanunu medenisini (Vaud, Bâle-Ville, Soleure) kantonları mevzuatı hukukiyesine tebean *aleniyet* prensipini kabul etti. Bu prensip alman Kanunu medenisince de kabul edilmişti. Binnetice tapu sicilline tescil, hüsnü niyet ile iktisap edenlere karşı sahih ve muteber addolunur. Teşçilin sıhhatine itimat eden kimse, fariğ veya rahin malik olmasalar bile, mülkiyeti veya rehin hakkını iktisap eder. Fazla olarak tapu sicilli, tam ve mükemmel farz olunur. Hüsnü niyetle iktisap eden kimse gayrı menkulü, tapu sicillinde görünmeyen veya hiç tescil edilmemiş olan mükellefiyetlerden beri olarak kabul eder. mad. 973, 974, [T. K. M. 931, 932]

Mamafi, tapu sicilline olan bu umumî itimat, ehemmiyetini ihmal caiz olmayan bazı tehlikeleri davet etmektedir. Meşru bir sebeple hak sahibi olan kimse, malûmatı olmaksızın ve kendi fiili tedahül etmeksizin hakkını

kaybetmek tehlikesine maruzdur. Meselâ; kanunî mirasçının tapu sicilline mansup mirasçı yerine hataen malik sıfatile teşkil olunduğunu farzedelim. Kanunî mirasçı hüsnü niyet sahibi üçüncü bir şahsa ferağ etse, bu şahıs tapu sicilline karşı umumî itimat prensibine tevfikân gayrı menkule malik olur. Mansup mirasçı şu suretle kendisine en ufak ihmal ve terahi isnadı kabil olmamasına rağmen mülkiyetini kaybetmiş oluyor. Mamafî kanun, bu gibi mahzurları bertaraf etmek için iki cihetle tedbir ittihaz etmiştir. Bu tedabir meyanında tahkik mükellefiyetini ve sicillerin bizzat ihtiva ettikleri teknik ahkâmı görüyoruz.

d) — *Tahkik mükellefiyeti.* - - Tapu sicilline tescilin hakikaten sahip olan kimse lehine vaki olmasını teminen, aynı haklar üzerindeki tasarruf akitlerinin muteber olması için lâzım gelen şartların bidayeten sıhhatle tetkiki lâzımdır. Kanun başlıca bu sebebi göz önünde tutarak aynı haklar tesisini istihdaf eden akitleri şekli resmîye tâbi tutmuştur. T. K. M. mad. 680, 669, 755, 771, 924. Burada mühim olan cihet, noterin veya senedi tanzime memur olan kimsenin *hakkın iktisabı için lâzım gelen şartların* hey'eti umumiyesini tahkik ve tetkik ile mükellef bulunmasıdır. (Salâhiyet, müsaadesine lüzum olan zevcin veya vasayet makamı mümessilinin vücudu, bütün mirasçıların müvafakati... ilâh. gibi). Tapu memuru aynı zamanda teşkil olunacak aktin evvelce mevcut sicillerle tevafuk ve tetabukunu da tetkik ile mükelleftir. 965 inci maddenin mülâhazasına bakınız. [T.K.M. 924]

e) — *Tapu sicilli sayfeleri ve tapu kütüğü* [1] — Diğer bir teminat ta tapu sicilli ahkâmında mevcuttur. Kanton mevzuatı hukukiyesinde umumiyetle yalnız akitlerin tarih sırasile tutulmuş zabıt varakaları mevzuu bahis idi. (*Fertigung* sistemi, Fransanın teşkil ve tescilin nakli sistemi). Sicille müracaat şu suretle uzun zamana mütevakıf ve yorucu oluyordu. Bilhassa hatalardan kurtulmak gayrı mümkün idi. Şurada burada, sicillerde, zabıt varakalarında dağınık bir halde bulunan akitleri gözden kaçırmak çok kolaydı. Yukarda isimleri geçen kanton kanunlarını kabul eden kanun, sistem sırasile tutulmuş, tapu kütüğü unvanını haiz ve her sahifesi bir gayrı menkule muhassas siciller tutulmasını emretmektedir. Bir tüccarın defteri kebirinde her nevi emtia için ayrı bir sahife açıldığı gibi tapu kütüğünün her sahifesine de yalnız ve aynı gayrı menkule ait bütün haklar teşkil olunur. O suretle ki bir gayrı menkulün vaziyeti hukukiyesi yeknazarda müşahede olunur ve hatalar yok derecesine iner.

[1] Tapu kütüğü (Hauptbuch) tâbirile diğer sicil tâbiratı 8.10.930 tarihli tapu sicilli nizamnamesinden iktibas edilmiştir.

f) — *Plan ve mesaha* — Tapu sicilli, yalnız aynı hakların muhtevası hakkında değil, fakat bunların maddi mevzularına ve bizzat gayrı menkule mütedair de malûmat vermelidir. Her gayrı menkul o tarzda gösterilmelidir ki istenilen her dakikada arz üzerinde tanılabilsin. Bu netice ancak sıhatle yapılmış mesahalara müstenit tanzim edilmiş planlar sayesinde elde edilebilir ve tapu sicilli daima bu planlar ile tetabuk etmelidir. İ. K. M. mad. 942. f. 2. 950. [T. K. M. 910, 918]

g) — *Usul* — Aynı hakların teşçili usulü, hututu umumiyesi itibarile şu ceryanı takip eder: evvelâ iktisap sebebini gösteren (şira, rehin tesisi ... ilâh.) bir senet tanzim edilmelidir. (Yukardaki b harfine bakınız). Bu muameleyi müteakıp tapu memurundan teşçil talep edilir ve talebnameye icap eden evrakı müspite lef edilir. (İktisap sebebini gösteren senet, teşçile veya terkine müvafakati mutazammın beyanname (İ.K.M. mad. 963, 964). [T. K. M. 922, 923]

Bundan sonra tapu memuru, yevmiye defterine yani talebnamelerin alınmalarını müteakıp üzerine hemen bir kayıt düşürülmek suretile ve tarih sırasile yapılan kayıtları ihtiva eden sicille kaydeder. T.K.M.mad. 922-927. Yevmiye defterine kayıt anı, aynı hakların sırasını tayin eder. T.K. M. mad. 930. Bundan başka yevmiye defterine teşçil; kanunen icap eden evrakı müsbiten yolunda olduğu takdirde talep edene tapu kütüğüne teşçil edilmek hakkını bahşeder. Bu andan itibaren fariğin vefatı, iflâs, kendisine karşı yapılan haciz, mevcut tasarruf hakkını takyit eden diğer herhangi bir muamelei hukukiye, iktisap edenin hakkına karşı hiç bir tesir ve netice husule getirmez. (T.K. M. 930 unçu maddenin mülâhazasına bakınız). Tapu memuru bundan sonra evrakı müsbitenin tetkikine ve tapu kütüğüne teşçile başlar ve tapu kütüğüne teşçil, aynı hakkı tesis eder.

h) — *Teşkilât* — Tapu sicilli teşkilât; ahvali şahsiye sicil kayıtlarına, sicilli ticarete, karı koca mallarının idaresi hakkındaki sicille benzer. Kanun ve federal hey'eti vekile nizamnamelerile tayin olunan ahval müstesna olmak üzere bu teşkilât kantonlara bırakılmıştır. Bu kantonların her birinde asgarî bir tapu sicilli bürosu tesis edilmek mecburîdir. Tapu memuru kanton tarafından tayin olunmakla beraber federal hey'eti vekilenin yüksek mürakabesi altındadır. Bu memur aynı zamanda aynı haklara müteallik hukukî senedat tanzimi ile de tavzif edilebilir. Kanton tapu memurunun kusurundan dolayı doğrudan doğruya mesuldur. İ. K. M. 951-957 maddeye bakınız.