

ÖLÜME BAĞLI TASARRUFLARIN TAHVİLİ

Conversion of Testamentary Dispositions

Fahri Erdem KAŞAK*

Özet

Kesin hükümsüz bir hukukî işlemin, benzer ekonomik sonuçlar doğuran bir başka işleme çevrilerek ayakta tutulmasına tahvil denir. Tahvil müessesesi, Alman hukukunun aksine genel bir hükümle düzenlenmemesine rağmen, Türk ve İsviçre hukukunda da kabul görmektedir. Bununla birlikte tahvilin hangi hukukî temele dayandığı hususunda farklı görüşler vardır. Unsurlarının mevcut olması hâlinde tahvil, re'sen gerçekleşir. Kural olarak her türlü hukukî işlemde söz konusu olabilmekle birlikte tahvil kurumu, sağlar arası hukukî işlemlerden ziyade ölüme bağlı tasarruflarda önem arz eder. Zira yaptıkları hukukî işlem geçersiz olan tarafların, sonradan aynı hukukî işlemi geçersizliğe yol açan sebepten arî olarak yapabilmeleri mümkündür. Oysaki ölüme bağlı tasarrufların geçerli olup olmadıkları mirasbırakanın ölümüyle birlikte gündeme geldiği için geçersiz ölüme bağlı tasarrufun geçerli bir şekilde yapılabilmesi de söz konusu olamaz. Nitekim bu sebeple kanun koyucu, miras hukukuna ilişkin bazı hükümlerde tahvilin gerçekleşeceğini açıkça düzenlemiştir. Anılan kanunî tahvil düzenlemelerine ek olarak tahvilin unsurlarının mevcut olduğu başka hâllerde de tahvil söz konusu olabilir.

Anahtar Kelimeler: Tahvil, ölüme bağlı tasarruf, kesin hükümsüzlük, favor testamenti, farazî irade.

Abstract

Transformation of a null legal transaction into another transaction with similar economic consequences is called conversion. Contrary to German law, although the institution of conversion is not regulated by a general provision,

Makalenin Geliş Tarihi: 24.04.2022, **Makalenin Kabul Tarihi:** 10.08.2022.

* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı, e-posta: fahri.kasak@hbv.edu.tr, ORCID: 0000-0001-5103-4866.

it is accepted in Turkish and Swiss laws. There are different views about the legal basis of conversion. In case the elements of conversion are present, conversion is realized ex officio. As a rule, all kinds of legal transactions can be converted, but conversion of testamentary dispositions is more important than of legal transactions inter vivos. Because, it is possible for the parties to carry out the same legal transaction later on, free from the reason that led to the nullity. However, since the validity of testamentary dispositions comes to the fore with the death of the inheritor, it is not possible subsequently to make a nullified testamentary disposition validly. As a matter of fact, the legislator has clearly regulated conversion in some provisions of the law of inheritance. In addition to the aforementioned cases of legal conversion, there may be conversion in other cases where the elements of conversion are present.

Keywords: Conversion, testamentary disposition, nullity, favor testamenti, hypothetical will.

Giriş

Kesin hükümsüz bir hukukî işlemin, doğurduğu hukukî sonuçlar bakımından benzer bir hukukî işleme dönüştürülerek ayakta tutulmasına tahvil denir. Tahvil kurumu, Türk/İsviçre hukukunda genel bir kanunî düzenlemeye dayanmıyorsa da gerek yargı kararlarında gerek öğretide kabul görmektedir. Bu vesileyle çalışmada öncelikle, doktrin ve uygulamanın işaret ettiği hususlar çerçevesinde tahvilin unsurları tespit edilerek genel olarak tahvil kurumunun sınırları çizilmeye çalışılmış ve uygulamadan çeşitli tahvil örnekleri verilmiştir.

Çalışmanın ikinci kısmında, özel olarak ölüme bağlı tasarrufların tahvili incelenmiştir. Zira ölüme bağlı tasarrufların tahvili, sağlar arası hukukî işlemlerin tahviline göre daha önemlidir. Yaptığı hukukî işlem geçersiz olan tarafların, işlemi geçerli bir şekilde tekrar yapma imkânları mevcuttur. Buna karşın ölüme bağlı tasarruflarda ise tasarrufta bulunan kişi, işlemin geçersizliği anlaşıldığında çoğu zaman vefat etmiş olduğu için böyle bir olanaktan söz edilemez¹. Nitekim miras hukukuna hâkim olan ölenin son arzularını ayakta tutma ilkesi de ölüme bağlı tasarrufların prensip itibarıyla tahvil edilmesine açık kapı bırakır.

¹ Medicus ve Petersen, 2016: N528; Berneith, 2019: 242; Kaneti, 1972: 98. Roma hukukunda da aynı sebeple “*favor testamenti*” ilkesinin benimsendiği ve ölüme bağlı tasarruflarının tahvilinin kabul gördüğü yönünde bkz. Kaneti, 1972: 43.

Kanun koyucunun açıkça tahvil imkânını öngördüğü hâllerde gerçekleşen tahvil, kanunî tahvil olarak adlandırılır. Bu bakımdan tüzel kişiliğe sahip olmayan topluluğa yapılan kazandırmaların tahvili (TMK 577/II) örnek teşkil eder. Bunun dışında kalan hâllerde ise *favor testamenti* ilkesinin bir gereği olarak ve somut olayda tahvilin unsurlarının bulunması kaydıyla tahvil gerçekleşir. Ölüme bağlı tasarrufun gerekli ehliyet (TMK 557 b.1) veya şekil şartını (TMK 557 b.4) sağlamaması, miras sözleşmesinin bağlayıcı ölüme bağlı tasarruf içermemesi, ortak vasiyetnamenin varlığı ve ölüme bağlı tasarrufla hayvanlara yapılan kazandırma hâllerinde tahvil imkânından söz edilebilir.

I. TAHVİL

Tahvil²; batıl³ bir hukukî işlemin, ekonomik bakımdan benzer bir amaç taşıyan ve tarafları benzer sonuçlara ulaştırabilecek geçerli bir ikâme işleme dönüştürülmesi olarak tanımlanabilir⁴. Açık bir kanunî düzenleme neticesinde

² Türk hukukunda “*tahvil*” kavramının yerleştiği söylenebilir. Örnek olarak bkz. Schwarz, 1948: 371; Güral, 1953: 126 vd.; Esener, 1959: 234 vd.; Oğuzman ve Barlas, 2021: N755; Havutçu, 1987: 644 vd.; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993: 110; Altunkaya, 2005: 271 vd. Aynı anlama gelmek üzere “*dönüştürme*” (Antalya ve Topuz, 2021: N975 vd.), “*dönüşme*” (Eren, 2020: N945-946; Kaneti, 1968: 19) ve “*çevirme*” (Kaneti, 1972: 4; Oğuzman ve Öz, 2020: N548 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N26 vd.; Akyol, 2006: 78; Tunçomağ, 1976: 176) mefhumları da kullanılmaktadır. Günümüzde kullanılmayan “*istibdal*”, “*istihale*” ve “*tebeddül*” kavramları için bkz. Schwarz, 1948: 371 dn.10. Alman hukukunda, §140 BGB düzenlemesinin “*Umdeutung*” şeklindeki kenar başlığı sebebiyle, tahvil kurumu için anılan mefhumun baskın olarak kullanıldığı söylenebilir. Anılan kavramın “*yorum değişikliği*” anlamına gelmesi nedeniyle isabetli olmadığı yönünde bkz. Kaneti, 1972: 2 dn.6. Müşterek hukuktan bu yana kurumu ifade etmek için “*Konversion*” ibaresinin kullanıldığı yönünde bkz. Kramer ve Schmidlin, 1986: Art.11 N161. Anılan terimin de kurumu tam olarak karşılamadığı; ancak yerleşmiş olması sebebiyle kullanılabilmesi hususunda bkz. Kaneti, 1972: 3. Anılan kavramlara ilişkin değerlendirmeler için bkz. Flume, 1992: 592. İsviçre hukukunda ise ağırlıklı olarak “*Konversion*” kavramı kullanılmakla birlikte “*Umdeutung*” ve “*Umwandlung*” terimlerine de rastlanmaktadır. Bu çerçevede bkz. Wachendorf Eichenberger, 2003: 1 vd.; Piotet, 1978: 212; Schwenger, 2016: N31.39; Koller, 2017: N13.148. Yasalaşmayan Art.35 OR2020 düzenlemesinde ise “*Umwandlung*” sözcüğü tercih edilmiştir. Bu hususta bkz. Huguenin, 2013: Art.35 N1 vd.

³ Çalışmada kullanım kolaylığı sağlamak amacıyla “*kesin olarak hükümsüz*” yerine “*batıl*”, “*kesin hükümsüzlük*” yerine “*butlan*”, “*kısmî hükümsüzlük*” yerine ise “*kısmî butlan*” kavramları tercih edilmiştir.

⁴ BGE 135 III 445 E.3.3; BGE 126 III 184 E.3b; Gauch, Schlupe ve Schmid, 2014: N584b; Schwenger, 2016: N31.39; Kaneti, 1972: 1-2; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993: 110; Eren, 2020: N945; Havutçu, 1987: 651; Herzog, 2014: Art.19 N28; Kramer, 1991: Art.19-20 N384; Schwarz, 1948: 372; Antalya, 2019: N681; Dural ve Sarı, 2021: N1164-

gerçekleşen tahvil, kanunî tahvil şeklinde adlandırılır⁵. Aşağıda sırasıyla tahvilin hukukî temeli, unsurları ve sonuçları incelenmiştir.

A. Hukukî Temeli

Tahvil, Alman hukukunda §140 BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*) hükmü ile açıkça düzenlenmiştir. Anılan hüküm “*Batıl bir hukukî işlem, başka bir hukukî işlemin şartlarını taşıyorsa ve yapılan hukukî işlemin batıl olduğu bilinseydi diğer hukukî işlemin yapılacağı kabul edilebiliyorsa o zaman son hukukî işlem geçerli olur.*” şeklinde tercüme edilebilir⁶. Benzer düzenlemeler Art.1424 İtalyan Medenî Kanunu⁷ ve Art.3:42 Hollanda Medenî Kanunu’nda⁸ da mevcuttur.

1165; Akbulut, 2016: 120; Huguenin, Maissen, Meise ve Huber-Purtschert, 2019: N441a; Guhl, Koller, Schnyder ve Druey, 2000: §14 N34; Oğuzman ve Barlas, 2021: N755; Altunkaya, 2005: 271. Tahvil kurumunun Roma hukukundaki durumu hakkında açıklamalar için bkz. Flume, 1992: 590-591; Weil, 1934: 9-17; Kaneti, 1972: 35 vd.; Yüksel, 2020: 67-69; Koç, 1981: 133.

⁵ Wendtland, 2022: §140 N3; Tekil, 2000: 1097; Akbulut, 2016: 120 dn.385. Dolayısıyla kanunun öngörmesi sebebiyle gerçekleşen söz konusu tahvil bakımından, aşağıda incelenmiş (I/B) tahvil şartlarının mevcudiyeti aranmaz. Örneğin; tarafların kanunun öngördüğü ikâme işlemi yapmak yönünde farazî iradelerinin bulunması gerekmez. Alman hukuku bakımından §150/I ve §550 BGB hükümlerinin kanunî tahvile örnek gösterilmesi için bkz. Wendtland, 2022: §140 N3. TTK 1530 hükmüyle kısmî butlan ihtimalinin dışlandığı ve kanunî tahvilin öngörüldüğü hususunda bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993: 792 dn.32. TBK 34/II (Art.25/II OR) hükmünün kanunî tahvil teşkil ettiği yönünde bkz. Schwenzer, 2016: N39.19; Huguenin, Maissen, Meise ve Huber-Purtschert, 2019: N590.

⁶ Benzer çeviriler için bkz. Kaneti, 1972: 56; Schwarz, 1948: 372; Tunçomağ, 1976: 176; Esener, 1959: 236; Tekil, 2000: 1097 dn.13; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N26; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993: 111; Havutçu, 1987: 656; Özbilen, 2016: 201; Akbulut, 2016: 120 dn.384. Tahvil (*Konversion*) kavramının esas olarak 19. yüzyılda kullanılmaya başlandığı ve bu sebeple Avusturya Medenî Kanunu (1811) ile Prusya Genel Kanunu’nda (1794) tahvile ilişkin herhangi bir düzenlemenin mevcut olmadığı hususunda bkz. Flume, 1992: 590. BGB’nin yürürlüğe girmesinden önce tahvil kurumunun Alman hukukundaki durumu için bkz. Flume, 1992: 591; Kaneti, 1972: 56 vd.; Esener, 1959: 235-236.

⁷ Kramer, 1991: Art.19-20 N386; Müller, 2018: Art.11 N233; Schwarz, 1948: 372; Güral, 1953: 126; Havutçu, 1987: 656. Bahis konusu hüküm “*Yaptıkları sözleşmenin batıl olduğunu bilselerdi güttükleri amaç bakımından tarafların diğer bir sözleşmeyi akdetmek isteyebilecekleri kabul edilebilirse batıl sözleşme, geçerlilik şartlarını ve şeklini taşıdığı başka bir sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurabilir.*” şeklinde çevrilebilir. Benzer bir çeviri için bkz. Kaneti, 1972: 71. Anılan Kanun’dan önce yürürlükte olan İtalyan Medenî Kanunu (1865) çerçevesinde tahvile yönelik açıklamalar için bkz. Kaneti, 1972: 69-71.

⁸ Anılan hüküm “*Geçersiz bir hukukî işlemin sonuçları, diğer bir -geçerli- hukukî işlemin sonuçlarıyla uyumluysa ve bu bakımdan yaptıkları hukukî işlemin geçersizliğini bilselerdi*

Türk/İsviçre hukukunda benzer bir genel hükümle düzenlenmemesine rağmen⁹ öğretici ve içtihatlar, tahvil kurumunu tereddütsüz kabul etmektedir¹⁰.

taraf ya da tarafların bunun yerine diğer hukukî işlemi yapmak isteyecekleri kabul edilebilirse, o zaman bu geçersiz işlem hukuk eliyle mutad hukukî sonuçlarını doğuran diğer geçerli hukukî işleme çevrilir, meğerki böyle bir tahvil o hukukî işlemde taraf olarak yer almamış olan ilgili bir kişi açısından mantıksız olsun.” biçiminde tercüme edilebilir.

⁹ BGE 124 III 119 E.2b/bb; BGE 103 II 184 E.3; Tandoğan, 1952: 111; Weil, 1934: 20; Kramer, 1991: Art.19-20 N386; Müller, 2018: Art.18 N549; Gauch, Schlupe ve Schmid, 2014: N584b; Wachendorf Eichenberger, 2003: 4; Weimar, 2009: Einl. vor Art.467 N83; Schwenzler ve Fountoulakis, 2020: Art.11 N25; Serozan, 1968: 36; Tunçomağ, 1976: 176; Schwarz, 1948: 372; Kaneti: 1972, 77; Esener, 1959: 241, 243; Havutçu, 1987: 656; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993: 111; Antalya ve Topuz, 2021: N1968 dn.11; Antalya ve Sağlam, 2019: N1061; Antalya, 2019: N682; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N26; Oğuzman ve Barlas, 2021: N756; Schmid, 1988: N806; Oğuzman ve Öz, 2020: N549; Kut, 2016: Art.11 N22; Wolf ve Hrubesch-Millauer, 2020: N323; Schwenzler, 2016: N31.39; Ergüne, 2011: 245; Tekil, 2000: 1097 dn.13; Kramer ve Schmidlin, 1986: Art.11 N163. İsviçre hukukundaki tahvile ilişkin özel kanunî düzenlemeler için bkz. Müller, 2018: Art.11 N233. Yazar; Art.1147, Art.1151/I ve Art.1155 OR hükümlerini örnek göstermiştir. Benzer şekilde bkz. Kramer, 1991: Art.19-20 N386. Yazar, Art.243/II ve Art.1147 OR hükümlerini örnek göstermiştir. Her ne kadar Art.243/II OR hükmünden bahsedilmişse de kanaatimizce burada yazarın kastettiği, TBK 288/III düzenlemesinin karşılığını teşkil eden Art.243/III OR hükmüdür. Art.25/II, Art.243/III, Art.1147, Art.1151/I, Art.1155 ve Art.1102/II OR örnekleri için bkz. Wachendorf Eichenberger, 2003: 5. TBK 288/III hükmünün kanunî tahvil teşkil ettiği hususunda bkz. Esener, 1959: 241; Kaneti, 1972: 161-162. Burada ikâme işleminin de bağışlama olması sebebiyle tahvilden söz edilemeyeceği yönünde bkz. Serozan, 1968: 37 dn.7. TMK 969 [Türk Kanunu Medenîsi (eTMK) 883] hükmünün kanunî tahvil olduğu yönünde bkz. Esener, 1959: 242; Kaneti, 1972: 159-160. Yasalaşmayan OR2020, Art.35 hükmünde “*Umwandlung des Vertrages*” kenar başlığı altında “*Erfüllt ein ungültiger Vertrag die Voraussetzungen eines anderen Vertrages, gilt letzterer, wenn anzunehmen ist, dass sich die Parteien bei Kenntnis des Mangels auf diesen Vertrag geeinigt hätten.*” şeklinde tahvil kurumunu düzenlemiştir. Bu hususta bkz. Huguenin, 2013: Art.35 N1; Müller, 2018: Art.11 N279-280. Art.35 OR2020 çerçevesinde; ihlâl edilen normun tahvili mümkün kılması ve tarafların sözleşmeyi kurdukları anda sözleşmenin geçersiz olacağını bilselerdi tahvil yoluyla benimsenen sözleşmeyi yapacaklarının kabulü, yani farazî taraf iradelerinin bu yönde olması hâlinde tahvil gerçekleştirilebilir. Bu yönde bkz. Huguenin, 2013: Art.35 N4, 7-8. Mezkûr hüküm eliyle farazî taraf iradelerinin sadece kısmî butlan hâlinde değil, tahvilde de uygulama alanı bulduğu yönünde bkz. Huguenin, 2013: Art.34 N4, Art.35 N7. Anılan düzenlemede, içerik sakatlığı hâllerinde de tahvilin uygulanabileceğinin açıkça hükme bağlandığı yönünde bkz. Huguenin, Maissen, Meise ve Huber-Purtschert, 2019: N441a. Geçersizlik yaptırımının, sözleşmenin ortadan kaldırılmasını değil, sadece sözleşmedeki sakatlığın giderilmesini amaçlaması sebebiyle tahvilin söz konusu olabileceği yönünde bkz. Huguenin, 2013: Art.35 N3, 5.

¹⁰ BGE 135 III 444 E.3.3; BGE 133 III 319 E.3.4.2; BGE 126 III 184 E.3b; BGE 124 III 119 E.2b/bb; BGE 93 II 452 E.5; BGE 93 II 228 E.3; BGE 76 II 13-14 E.5; Tandoğan, 1952: 111; Schmid, 1988: N806; Wachendorf Eichenberger, 2003: 4; Müller, 2018: Art.11 N234, Art.18 N549; Schwenzler ve Fountoulakis, 2020: Art.11 N25; Weimar, 2009: Einl. vor

Ancak tahvilin, hangi hukukî temele dayandığı hususunda görüş birliği yoktur. Bu bakımdan belli başlı üç görüşten söz edilebilir:

1. Yorum Görüşü

Yorum görüşü¹¹; tahvilin, tarafların hukukî işlemin kurulmasında yer alan iradelerinin yorumundan ibaret olduğunu savunur¹². Anılan yorumun dürüstlük kuralı çerçevesinde tamamlayıcı bir yorum olduğu da belirtilmektedir¹³.

Art.467 N83; Kut, 2016: Art.11 N22; Piotet, 1978: 212; Huguenin, Maissen, Meise ve Huber-Purtschert, 2019: N379; Wolf ve Hrubesch-Millaue, 2020: N323; Kramer, 1991: Art.19-20 N386; Kaneti: 1972, 77; Ergüne, 2011: 245-246; Gauch, Schlupe ve Schmid, 2014: N584b; Schwenzler, 2016: N31.39; Kramer ve Probst, 2013: N227; Serozan, 1968: 36; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993: 111; Havutçu, 1987: 656; Esener, 1959: 243 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N26; Schwarz, 1948: 372; Tekil, 2000: 1097 dn.13; Altunkaya, 2005: 273; Guhl, Koller, Schnyder ve Druey, 2000: §14 N34; Bucher, 1988: 171; Kırkbeşoğlu, 2011: 230 dn.87. §140 BGB hükmünün İsviçre hukuku için de uygulanabileceği yönünde bkz. Kramer ve Probst, 2013: N227. Tahvilin kamu hukukunda da uygulama alanı bulabileceği yönünde bkz. Weil, 1934: 20-21 dn.1. Alman hukuku bakımından aynı yönde bkz. Kaneti, 1972: 63. Tahvil kurumunu, sözleşmenin uyarlanması ile eş tutan ilginç bir karar için bkz. Y. 14. HD, E.2009/14844, K.2010/987, 04.02.2010, (legalbank.net).

¹¹ Aynı anlama gelmek üzere “onaylayıcı ve tamamlayıcı yorum” ifadesinin kullanılması için bkz. Serozan, 2007: 493 dn.71. “Tamamlayıcı yorum” ve “sözleşmenin tamamlanması” şeklindeki adlandırmalar hakkında bkz. Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N27.

¹² Cornaz, 1937: 105 (Yazar, İsviçre hukuku bakımından tahvilin, sadece irade beyanının yorumlanmasının sınırları içerisinde söz konusu olabileceğini ve anılan iki kurumun bütünlük arz ettiğini belirtmektedir); Y. HGK, E.1980/13-1240, K.1983/187, 02.03.1983 (legalbank.net); Y. 14. HD, E.1990/216, K.1990/8009, 09.10.1990, (legalbank.net); Y. 14. HD, E.2002/1873, K.2002/2193, 25.03.2002 (legalbank.net); Y. 13. HD, E.1994/6110, K.1994/7691, 20.09.1994, (legalbank.net); Y. 14. HD, E.2002/634, K.2002/1433, 04.03.2002, (legalbank.net); Y. 14. HD, E.1993/3092, K.1993/10325, 23.12.1993, (legalbank.net); Y. HGK, E.1960/4-6, K.1960/188, 10.02.1960 (Kaneti, 1972: 89); Esener, 1959: 246-247; Serozan, 2007: 493 dn.71, 498; Serozan, 1968: 36; Baygın, 2000: 583; Aksoy Dursun, 2008: 313, 318; Altınok Ormancı, 2011: 232; Özbilen, 2016: 202. krş. Antalya ve Sağlam, 2019: N1059; Ergüne, 2011: 246-247.

¹³ Özsunay, 1986: 311. Benzer şekilde bkz. Serozan, 2007: 493 dn.71 (“onaylayıcı ve tamamlayıcı yorum”); Antalya ve Topuz, 2021: N 1914, 1968. krş. Serozan, 1968: 36 (“eine den Vertrauensschutz berücksichtigende konvertierende Auslegung”); Ergüne, 2011: 247. Buna karşın tahvildeki yorumun, tamamlayıcı yorumdan farklı olduğu yönünde bkz. Serozan, 1968: 43. Tamamlayıcı yorum görüşünün bağımsız bir görüş olmayıp yorum görüşünden ibaret olduğu hususunda bkz. Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N27. Aksi yönde bkz. Kaneti, 1972: 77 vd., 83 vd.

Anılan görüş, yorum ile tahvilin farklı hukukî kurumlar olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir¹⁴. Gerçekten yorum, tarafların hukukî işlemde yer verdikleri, ancak manası net olmayan hükmün anlamlandırılması faaliyetidir; oysaki tahvilde tarafların yaptığı ve kesin hükümsüz olan hukukî işlemin başka bir işlem olarak ayakta tutulması söz konusudur¹⁵. Ayrıca yorum, hukukî işlemin geçerli olması hâlinde söz konusu olduğu için tahvile göre zaman bakımından öncelikle uygulama alanı bulur¹⁶. Bir başka ifadeyle hukukî işlem geçerli ise tahvil gündeme gelmez. Keza sözleşmenin tamamlanması, tarafların sözleşmeyi kurarken düzenlemedikleri bir hususun yol açtığı sözleşmedeki boşluğun sonradan doldurulması suretiyle giderilmesi olup kesin hükümsüz bir hukukî işleme ihtiyaç duyan tahvilden farklıdır¹⁷. Tahvil, batıl hukukî işlemi tamamlamaz, onu ikâme eder¹⁸. Kısacası tahvil ne yorum ne tamamlama teşkil eder¹⁹.

2. Kısmî Butlan Görüşü

Kısmî butlan görüşü, tahvilin, kısmî butlanın özel bir türünü teşkil ettiğini savunur²⁰. Nitekim Alman kanun koyucusunun §139 BGB hükmünde kısmî butlanı, §140 BGB hükmünde ise tahvili düzenlemesinin de bu yargıyı destekler gözüktüğü ileri sürülmektedir²¹.

¹⁴ Berneith, 2019: 241-242; Weil, 1934: 21-22. krş. Medicus ve Petersen, 2016: N517. Tahvilin, yorumun bir alt başlığı olmadığı hakkında bkz. Wendtland, 2022: § 140 N 1. Yorumda fiilî, tahvilde ise farazî iradenin dikkate alındığı yönünde bkz. Wendtland, 2022: §140 N1; Kramer ve Schmidlin, 1986: Art.11 N166; Akbulut, 2016: 122; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N27. Yanlış belirtme (*falsa demonstratio non nocet*) hâlinin tahvil olmadığı ve §133 BGB hükmüne göre çözümlendiği hususunda bkz. Ellenberger, 2022: §140 N4; Wendtland, 2022: §140 N1. Benzer şekilde bkz. Kaneti, 1972: 134. Yazar; TMK 504/II (eTMK 451/II) hükmünün esasen "*falsa demonstratio non nocet*" ilkesine ilişkin olması sebebiyle yorum teşkil ettiğini ve tahvil olmadığını belirtmektedir.

¹⁵ Berneith, 2019: 241-242; Kaneti, 1972: 22. Ayrıca bkz. Kaneti, 1972: 92 ("... yorum istenilenin ötesine gidemez."). Tahvil ile yorum arasındaki farklar için bkz. Kramer ve Schmidlin, 1986: Art.18 N268.

¹⁶ Ellenberger, 2022: §140 N4; Wendtland, 2022: §140 N1; Neuner, 2020: §57 N4; Medicus ve Petersen, 2016: N517; Berneith, 2019: 241-242; Kaneti, 1972: 22, 80; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N27; Ergüne, 2011: 247; Akbulut, 2016: 122.

¹⁷ Müller, 2018: Art.18 N548, 551; Wendtland, 2022: §140 N1; Berneith, 2019: 245; Akbulut, 2016: 123; Kramer ve Schmidlin, 1986: Art.18 N267, 269. Tahvil ile sözleşmenin tamamlanması arasındaki farklar için bkz. Kramer ve Schmidlin, 1986: Art.11 N166, Art.18 N269.

¹⁸ Kramer ve Schmidlin, 1986: Art.11 N167, Art.18 N269; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N27.

¹⁹ Kramer ve Schmidlin, 1986: Art.11 N167, Art.18 N268; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N27.

²⁰ Flume, 1992: 589-590; Schmid, 1988: N812-813; Bucher, 1988: 171, 243. Kanaatimizce benzer şekilde bkz. Funk, 1928: Art.20 N7.

²¹ Flume, 1992: 590.

Kısmî butlan ile tarafların yaptıkları hukukî işlem ayakta tutulmaktadır²². Tahvilde de benzer şekilde işlem ayakta tutulmaktadır ve bu sebeple tahvil ile kısmî butlanı birbirinden pratik olarak ayırt etmek zordur²³.

Tahvil, Türk Borçlar Kanunu (TBK) 27/II (Art.20/II OR) hükmünde kısmî butlan bakımından benimsemiş *favor negotii* ilkesiyle uyumludur²⁴. Zira her iki hâlde de tarafların yapmış oldukları hukukî işlemin mümkün merteye ayakta tutulması amaçlanmaktadır. Ancak bu durum tahvilin, kısmî butlan teşkil ettiği anlamına gelmez²⁵. Zira kısmî butlanda, tarafların yaptıkları hukukî işlemin içerdiği geçersiz birtakım hükümler hukukî işlemden ayrılarak geri kalan hükümlerle hukukî işlemin geçerliliği muhafaza edilir²⁶. Hukukî işlemin sadece bazı hükümleri geçersizse ve oluşan boşluk tarafların farazî iradelerle dolduruluyorsa değiştirilmiş kısmî butlan söz konusudur²⁷. Tahvilde ise butlan sebebiyle, tarafların yaptığı hukukî işlemin bir kısmı değil, tamamı geçersizdir ve anılan işlemin yerine ikâme bir işlem geçirilir²⁸. Bir başka ifadeyle; kısmî butlanın aksine tahvil, hukukî işlemin tamamına yöneliktir²⁹.

²² Schmid, 1988: N812. Benzer şekilde bkz. Bucher, 1988: 171. Yazar; kısmî butlanın, tıpkı tahvil gibi, butlanın aşırıya kaçan sonuçlarını törpülediğini belirtmektedir.

²³ Schmid, 1988: N812-813. Yazar, özellikle değiştirilmiş kısmî butlanı tahvilden ayırt etmenin zorluğundan bahsetmiştir. Bununla birlikte yazara göre, tarafların yaptığı hukukî işlemin yerine başka tipte bir hukukî işlem geçiyorsa tahvilden söz edilir.

²⁴ Wachendorf Eichenberger, 2003: 18; Kramer, 1991: Art.19-20 N387. TBK m. 27/II hükmünün kısmî butlan lehine bir karine içerdiği; ancak tahvil bakımından tarafların farazî iradelerinin varlığı bakımından böyle bir karinenin bulunmadığı yönünde bkz. Tandoğan, 1952: 112. *Favor negotii* ilkesinin TBK 2/I (Art.2/I OR) hükmünde de kabul gördüğü yönünde bkz. Wachendorf Eichenberger, 2003: 119.

²⁵ Aynı doğrultuda bkz. Başpınar, 1988: 168.

²⁶ Weil, 1934: 26; Wachendorf Eichenberger, 2003: 18; Kramer, 1991: Art.19-20 N385; Kaneti, 1972: 17-18; Altunkaya, 2005: 273; Kocayusufpaşaoğlu, 1996: 28; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N27-28. TBK 27/II (Art.20/II OR) hükmünde açıkça öngörülmemesine rağmen kısmî butlanın; basit, değiştirilmiş ve genişletilmiş kısmî butlan olmak üzere üç farklı türde görülebileceği kabul edilmektedir. Anılan hususa dair geniş açıklamalar için bkz. Başpınar, 1998: 149 vd. krş. Kırkbeşoğlu, 2011: 203 vd.

²⁷ Kramer, 1991: Art.19-20 N385; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N29. Tahvilin Türk hukukunda kabul görmesinin evleviyetle değiştirilmiş kısmî butlanın da kabul edilmesi sonucunu doğurduğu yönünde bkz. Kocayusufpaşaoğlu, 1996: 29. krş. Schmid, 1988: N812.

²⁸ Weil, 1934: 26; Neuner, 2020: §57 N14; Wachendorf Eichenberger, 2003: 18; Kramer, 1991: Art.19-20 N385; Kaneti, 1972: 17-18; Kocayusufpaşaoğlu, 1996: 28; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N27-28; Altunkaya, 2005: 273; Başpınar, 1998: 168.

²⁹ Aynı doğrultuda bkz. Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N29; Antalya, 2019: N693; Kocayusufpaşaoğlu, 1996: 28. Tahvilin; kısmî butlan ve geçerliliği koruyucu hadde indirgeme (*geltungserhaltende Reduktion*) hâlleriyle sınırlandırıldığı, yani anılan kavramlar

3. Kanun Boşluğu Görüşü

Kanun koyucunun butlan yaptırımını genel bir hüküm olarak düzenleyip herhangi bir istisnaya yer vermemesi kanunda örtülü boşluğa sebebiyet vermiştir³⁰. Anılan örtülü kanun boşluğu, tahvil kurumunun kabulüyle doldurulmalı ve butlan amaca uygun şekilde sınırlandırılmalıdır³¹. Kanun koyucu kısmî butlanda hukukî işlemi ayakta tutmak gayesini (*favor negotii*) açıkça kabul etmiş olup benzer bir yaklaşımın tahvil bakımından da kabul edilmesi gerekir³². Nihayetinde butlan, tarafların yaptığı ilk hukukî işleme yöneliktir, tahvil neticesinde geçerli kılınan ikinci işlemin batıl olmasında kimsenin menfaati yoktur³³.

4. Görüşlerin Değerlendirilmesi

Yukarıda da izah olunduğu üzere tahvil, yorumdan farklıdır. Geçerli hukukî işlemin içerdiği birtakım hükümlerin anlamlarında şüpheye düşülmesi hâlinde yoruma başvurulabilir. Buna karşın tahvil, tarafların yaptığı hukukî işlemin batıl olması ihtimalinde gündeme gelir.

Tahvil, kısmî butlan teşkil etmez. Zira kısmî butlan, sadece hukukî işlemin içerdiği hükümlerden bir kısmının geçersiz olması durumunda uygulanabilir. Oysaki tahvilde, hukukî işlemin tamamı geçersizdir ve işlemin

uygulanabiliyorsa tahvilden söz edilemeyeceği yönünde bkz. Kramer, 1991: Art.19-20 N385.

³⁰ Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N30; Kocayusufpaşaoğlu, 1987: 138 dn.9; Kaneti, 1972: 94-95, 101; Havutçu, 1987: 659; Akbulut, 2016: 124. Anılan boşluğun neden açık kanun boşluğu olmadığına ilişkin izahat için bkz. Kaneti, 1972: 94. Öğreti ve içtihatlarda tahvil kurumunun “*yazılı olmayan hukuk ilkesi*” olarak tanımlandığı yönünde bkz. Kramer, 1991: Art.19-20 N386; Altunkaya, 2005: 273; Weimar, 2009: Einl. vor Art.467 N83 (Yazar, “*gemeinrechtliche Rechtsanwendungsnorm*” ifadesini kullanmıştır). İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında da aynı tutumun sergilendiği yönünde bkz. Wachendorf Eichenberger, 2003: 4. Anılan yaklaşımın ancak kanun boşluğu görüşü çerçevesinde anlam kazandığı şeklinde bkz. Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N30 dn.50.

³¹ Weil, 1934: 111; Kaneti, 1972: 94-95, 101-102; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N30; Kocayusufpaşaoğlu, 1987: 138 dn.9; Akbulut, 2016: 124; Havutçu, 1987: 659; Antalya, 2019: N694.

³² Kramer, 1991: Art.19-20 N387; Bucher, 1988: 171; Müller, 2018: Art.18 N550; Kaneti, 1972: 95, 100-102; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N30; Havutçu, 1987: 659; Akbulut, 2016: 124-125. Benzer şekilde bkz. Antalya, 2019: N694. Anılan ilkenin miras hukukundaki görünümünün *favor testamenti* olduğu hakkında bkz. Kaneti, 1972: 98. Art.1367 İtalyan Medenî Kanunu ve Art.1191 (eski Art.1157) Fransız Medenî Kanunu hükümlerinin anılan ilkeyi açıkça kabul ettiği hususunda bkz. Kaneti, 1972: 96 dn.20.

³³ Weil, 1934: 111.

sadece kalan hükümleriyle veya bunların yerine geçirilebilecek birtakım ikâme hükümlerle ayakta tutulabilmesi de mümkün değildir.

Butlanın sonuçları bakımından kanun koyucunun herhangi bir istisna öngörmemesi sebebiyle kanaatimizce örtülü bir kanun boşluğundan söz edilebilir. Butlanın katı sonuçlarının törpülenmesi ve anılan boşluğun tahvil kurumunun kabulüyle doldurulması gerekir.

B. Unsurları

Türk/İsviçre hukukunda genel bir hükümle düzenlenmediği için tahvilin unsurlarının belirlenmesi öğretide ve içtihatlar eliyle yapılabilir. Öğretide sıklıkla tahvilin objektif ve subjektif olmak üzere iki unsurundan bahsedilmektedir³⁴. Anılan tasnife göre tarafların yaptığı hukukî işlemin batıl olması objektif unsur, taraflar geçersizliği bilselerdi ikâme işlemi yapmak isteyeceklerinin kabulü ise subjektif unsur olarak nitelendirilmektedir³⁵.

İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre tahvilin gerçekleşebilmesi için dört şartın bir arada bulunması gerekir³⁶: 1. batıl hukukî işlem, ikâme işlemin geçerlilik şartlarını taşımaları, 2. ikâme işlemin etkileri, batıl hukukî işlemin etkilerini aşmamaları ve hiçbir taraf daha ağır yükümlülük altına girmemeli, 3. butlana sebebiyet veren hüküm, tahvil imkânını dışlamamalı, yani ihlâl edilen hükmün anlam ve amacına aykırı olmamalı, 4. taraflar yaptıkları işlemin batıl olduğunu bilselerdi farazî iradelerinin ikâme işlemi yapmak yönünde olacağı kabul edilebilmeli.

Karşılaştırmalı hukuk bakımından istifade edilebilecek §140 BGB hükmünün incelenmesinden ise tahvilin üç unsuru net olarak çıkarılabilmektedir: Bunlar batıl hukukî işlem, ikâme hukukî işlemin şartlarının sağlanması ve tarafların geçersizliği bilselerdi ikâme işlemi isteyecekleri yönünde farazî iradelerinin varlığıdır³⁷.

Anılan unsurlara, öğretide ve içtihatlarda varlığı kabul gören diğer öğeler de eklenerek tahvilin şartları aşağıda sıralanmıştır:

³⁴ Huguenin, 2013: Art.35 N5 vd.; Eren, 2020: N946; Özbilen, 2016: 201 vd.

³⁵ Kaneti, 1972: 152 vd.; Eren, 2020: N946; Özbilen, 2016: 201-202. Objektif unsurun, batıl hukukî işlemin benzer sonuçlar doğuran ikâme işleme tahvilin mümkün olması şeklinde kabulü için bkz. Huguenin, 2013: Art.35 N5. Objektif unsurun ikiye ayrılarak batıl hukukî işlem ve geçerli ikâme işlem şeklinde açıklanması için bkz. Eren, 2020: N946.

³⁶ BGE 126 III 184 E.3b; Huguenin, Maissen, Meise ve Huber-Purtschert, 2019: N441a.

³⁷ Aynı yönde bkz. Berneith, 2019: 241; Weil, 1934: 21, 41 vd.; Wachendorf Eichenberger, 2003: 12; Esener, 1959: 236 vd.; Havutçu, 1987: 661 vd.

1. Batıl Hukukî İşlem

Tahvilin ilk unsuru, tarafların yapmış oldukları hukukî işlemin batıl olmasıdır³⁸. Kural olarak tek, iki veya çok taraflı hukukî işlemler ile kararlar; sağlar arası hukukî işlemler veya ölüme bağlı tasarruflar; şahıs varlığı işlemleri ile malvarlığı işlemleri; taahhüt veya tasarruf işlemleri gibi her türlü hukukî işlem tahvile konu olabilir³⁹. Anılan geçersizlik, sıklıkla şekil kurallarına aykırılık sebebiyle meydana geldiği için öğretilerde tahvilin esasen şekle aykırı işlemlerde uygulama alanı bulunduğu ifade edilir⁴⁰. Hatta bu bakımdan ikâme işlemin, batıl işleme göre daha hafif şekil gerekliliklerine tâbi olması veya şekle bağlı olmaması gerektiği de belirtilir⁴¹. Bununla birlikte

³⁸ BGE 89 II 440-441 E.2 (Kaneti, 1968: 19); Weil, 1934: 21, 41; Kahl, 1985: 7; Piotet, 1978: 212; Von Büren, 1964: 150; Herzog, 2014: Art.19 N28, Art.20 N22; Tandoğan, 1952: 111; Wachendorf Eichenberger, 2003: 15 vd.; Esener, 1959: 247-248; Oğuzman ve Öz, 2020: N550; Serozan, 1968: 36; Oğuzman ve Barlas, 2021: N755; Schmid, 1988: N806; Ellenberger, 2022: §140 N3; Neuner, 2020: §57 N2; Berneith, 2019: 241; Eren, 1966: 135; Medicus ve Petersen, 2016: N517; Dural ve Sarı, 2021: N1164-1165; Akbulut, 2016: 126; Antalya, 2019: N683-684; Antalya ve Topuz, 2021: N975; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N31; Tunçomağ, 1976: 176; Havutçu, 1987: 660; Altunkaya, 2005: 272; Özbilen, 2016: 201. Hukukî işlemin batıl olduğunun ifade edilmesinin mutlak bir ifade olmadığı, nihayetinde batıl denilen hukukî işlemin tahvil yoluyla başka bir işlem olarak geçerli tutulabildiği doğrultusunda bkz. Flume, 1992: 589; Kaneti, 1972: 120.

³⁹ Kaneti, 1972: 112 vd.; Kahl, 1985: 7-10; Wendtland, 2022: §140 N5; Ellenberger, 2022: §140 N2; Neuner, 2020: §57 N2. İstisnaen tek taraflı hukukî işlemlerin de tahvil edilebileceği yönünde bkz. Oğuzman ve Öz, 2020: N550a. Bu bakımdan krş. Müller, 2018: Art.18 N549; BGE 135 III 444 E.3.3. Uygulamanın, yenilik doğurucu hukukî işlemlerde tahvile mesafeli durduğu yönünde bkz. Gauch, Schluep ve Schmid, 2014: N584c. İsviçre Federal Mahkemesi'nin kullanılmış yenilik doğurucu haklar neticesinde ortaya çıkan durumun kural olarak tahvile konu olamayacağını benimsediği yönünde bkz. Huguenin, Maissen, Meise ve Huber-Purtschert, 2019: N2976, 3006. Süreli hizmet sözleşmesinde yapılan derhal feshin, derhal feshi haklı gösterecek haklı bir sebep yoksa fesih bildirim süresi neticesinde etki gösterecek feshe tahvili için bkz. Antalya ve Topuz, 2021: N1972; Antalya, 2019: N691; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N26. Alman hukuku bakımından aynı doğrultuda bkz. Neuner, 2020: §57 N1; Medicus ve Petersen, 2016: N524.

⁴⁰ Schmid, 1988: N814; Huguenin, Maissen, Meise ve Huber-Purtschert, 2019: N379, 441a; Gauch, Schluep ve Schmid, 2014: N584b; Wachendorf Eichenberger, 2003: 198; Kramer, 1991: Art.19-20 N384; Schwenger ve Fountoulakis, 2020: Art.11 N25; Müller, 2018: Art.11 N230-231; Kut, 2016: Art.11 N22; Guhl, Koller, Schnyder ve Druey, 2000: §14 N34; Kramer ve Schmidlin, 1986: Art.11 N161; Von Büren, 1964: 150; Wolf ve Hrubesch-Millauer, 2020: N324; Kaneti, 1972: 123; Esener, 1959: 248-249; Akbulut, 2016: 121; Havutçu, 1987: 661; Akyol, 2006: 78; Schwenger, 2016: N31.39; Oğuzman ve Öz, 2020: N484; Antalya ve Topuz, 2021: N903; Özbilen, 2016: 200-201. Nispî etkisiz (*relativ unwirksam*) işlemlerin tahvil edilemeyeceği hususunda bkz. Kaneti, 1972: 139. Anılan işlemlerin istisnaen tahvil edilebileceği yönünde bkz. Esener, 1959: 237.

⁴¹ Schwenger, 2016: N31.39; Gauch, Schluep ve Schmid, 2014: N584c; Huguenin, Maissen, Meise ve Huber-Purtschert, 2019: N379; Guhl, Koller, Schnyder ve Druey, 2000: §14 N34.

sadece şekle aykırılık hâllerine hasredilmeksizin, -nispeten nadir olarak- hukukî işlemin TBK 27 düzenlemesine aykırılık nedeniyle kesin hükümsüz olduğu durumlarda da tahvil kurumuna başvurulabilir⁴². Şüphesiz her butlan sebebinde tahvilin uygulanabilmesi mümkün olmaz⁴³.

Yoklukla malûl hukukî işlem tahvil edilemez; hatta bu husus sıklıkla kesin hükümsüzlük ile yokluğun farklarından biri olarak zikredilir⁴⁴. Nitekim var olmayan bir şeyin, geçerli başka bir şeye (*ex nihilo nihil fit*) çevrilebilmesi mümkün değildir. Yazılmamış sayılma hâlinde ise yazılmamış sayılmaya yol açan hükmün amacı, tahvilin yapılabilmesini engeller⁴⁵.

Kısmî batıl hukukî işlemlerin tahvile elverişliliği bakımından bir ayırım yapmak gerekir. Geçersizliğin sadece kısmî butlana sebebiyet verdiği ve hukukî işlemin tamamına teşmil etmediği hâllerde ortada bütünüyle geçersiz bir hukukî işlem bulunmadığından tahvil söz konusu olamaz⁴⁶. Ancak TBK 27/II hükmünün öngördüğü ve kısmî butlan sebebiyle geçersiz hükümler

⁴² BGE 133 III 319 E.3.4.1; Koller, 2017: N13.96, 13.134; Müller, 2018: Art.11 N231; Kramer, 1991: Art.19-20 N384, 388; Güral, 1953: 126 dn.106; Wachendorf Eichenberger, 2003: 17; Akbulut, 2016: 126-127; Huguenin, Maissen, Meise ve Huber-Purtschert, 2019: N441a; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N31. krş. Kaneti, 1972: 124 vd. Nitekim Art.35 OR2020 hükmü de anılan imkânı açıkça kabul etmiştir. Hukukî imkânsızlık hâlinde tahvile başvurulabileceği yönünde bkz. BGE 133 III 319 E.3.4.1; Schwenzler, 2016: N64.07a; Altunkaya, 2005: 272. Alman hukukunda tüm butlan sebepleri bakımından ilke olarak tahvilin söz konusu olabileceği yönünde bkz. Ellenberger, 2022: §140 N3; Wendtland, 2022: §140 N6; Berneith, 2019: 242; Neuner, 2020: §57 N2. Butlanın hangi sebebe dayandığının önemli olmadığı, önemli olanın ikâme işlemin anılan butlan sebebinden arı olması gerektiği yönünde bkz. Flume, 1992: 592.

⁴³ Havutçu, 1987: 661. Bu bakımdan işlemi yapan tarafın ehliyetsizliğinin örnek gösterilmesi için bkz. Flume, 1992: 592; Wendtland, 2022: §140 N7; Kaneti, 1972: 121. Muvazaa açısından aynı şekilde bkz. Wendtland, 2022: §140 N7. krş. Kaneti, 1972: 124-125.

⁴⁴ Serozan, 1968: 36 dn.2a; Flume, 1992: 550, 593; Weil, 1934: 44-45; Wachendorf Eichenberger, 2003: 19; Esener, 1959: 248; Antalya ve Topuz, 2021: N972, 1969; Antalya, 2019: N683; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §43 N2, §44 N31; Tekil, 2000: 1097; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993: 377, 378; Akbulut, 2016: 31; Koç, 1981: 135-136; Altunkaya, 2005: 85 dn.97. Genel olarak tahvil kurumunun, butlanın iyileştirilememesinin istisnalarından birini teşkil ettiği yönünde bkz. Koç, 1981: 130; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993: 377; Tunçomağ, 1976: 176-177; Oğuzman ve Öz, 2020: N483.

⁴⁵ Kaldı ki kanaatimizce yazılmamış sayılma, yokluk anlamına geldiğinden yazılmamış sayılan hükümleri içeren hukukî işlemin tahvil edilebilmesi zaten mümkün değildir. Yazılmamış sayılmanın butlandan daha ağır bir yaptırım türü olmasından hareketle aynı sonuca ulaşılması için bkz. Antalya, 2019: N786.

⁴⁶ Wendtland, 2022: §140 N6; Weil, 1934: 26; Tandoğan, 1952: 112, 114; Kramer ve Schmidlin, 1986: Art.11 N162; Kırkbeşoğlu, 2011: 231. Bu husustaki farklı bir değerlendirme için bkz. Kaneti, 1972: 128-129.

olmasaydı hukukî işlemin yapılmayacağını açıkça anlaşılması, yani hukukî işlemin tamamının batıl olması hâlinde tahvile başvurulabilir⁴⁷.

Kurucu unsurları tamam olmakla birlikte hüküm ve sonuçlarını doğurması için çeşitli unsurlarla tamamlanması gereken eksik (askıda hükümsüz) hukukî işlemler bakımından ise zamana göre bir ayırım yapılmalıdır. Eksik olgunun tamamlanıp tamamlanamayacağını henüz belirsiz olduğu, yani hukukî işlemin askıda bulunduğu dönemde ortada batıl bir hukukî işlem olmadığı için tahvil mümkün değildir⁴⁸. Eksik olgu tamamlanamamış ve bunun sonucunda hukukî işlem batıl hâle gelmişse tahvil edilebilir⁴⁹.

İptal edilebilir hukukî işlemler bakımından da benzer bir sonuca varılabilir. İptal hakkı sahibinin anılan hakkını henüz kullanmadığı ve hakkını kullanıp kullanmayacağını belirsiz olduğu dönemde -batıl hukukî işlem bulunmadığı için- tahvil gündeme gelemez⁵⁰. İptal hakkının kullanılması neticesinde hukukî işlem batıl hâle gelince tahvilin ilk unsuru teorik olarak sağlanmış olur⁵¹. Fakat burada iptal hakkını kullanan tarafı, ikâme işleme

⁴⁷ Aynı doğrultuda bkz. Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N31; Kocayusufpaşaoğlu, 1996: 28; Antalya ve Topuz, 2021: N1969.

⁴⁸ Ellenberger, 2022: §140 N3; Medicus ve Petersen, 2016: N518; Neuner, 2020: §57 N3; Esener, 1959: 248; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N32; Akbulut, 2016: 127. Aksi yönde bkz. Kaneti, 1972: 132. Söz konusu fikrin eleştirisi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N32 dn.53.

⁴⁹ Wachendorf Eichenberger, 2003: 20; Kaneti, 1972: 130; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N32; Antalya ve Topuz, 2021: N1969; Antalya, 2019: N683. Çeşitli örnekler neticesinde eksik işlem batıl hâle gelse de tahvil edilemeyeceği yönünde bkz. Esener, 1959: 248.

⁵⁰ Aynı görüşte bkz. Ellenberger, 2022: §140 N3; Neuner, 2020: §57 N3; Kahl, 1985: 65; Wachendorf Eichenberger, 2003: 21; Kaneti, 1972: 133, 138; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N33. TBK 34/II (BK 25/II) hükmünün kanunî tahvil teşkil ettiği yönünde bkz. Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N33 dn.56. Burada tahvil olmadığı, aksine hak sahibine bu yönde iradesini açıklamasını gerektiren yenilik doğurucu bir hak tanındığı hususunda bkz. Havutçu, 1987: 654; Kaneti, 1972: 9-10 dn.34, 133. Kanaatimizce yanılmanın, edimin miktarına yönelik olduğu hâllerde (örneğin; satıcının 100 TL'lik fiyatı kabul etmesi, sonradan kastettiğinin 150 TL olduğunu beyan etmesi, bunun üzerine alıcının 150 TL üzerinden de sözleşmeye razı olduğunu bildirmesi) irade sakatlığı bulunan mevcut sözleşmenin içeriği düzeltildiği için tahvil yoktur. Mevcut sözleşmenin yerine yeni bir sözleşme konulduğu bir an için varsayılsa dahi farazî iradelere başvurulmaksızın mesele çözüldüğü için tahvil yoktur. Yanılmanın hukukî işlemin niteliğine ilişkin olduğu hâllerde de (örneğin; tarafın kiralamak yönünde beyanda bulunduğu, ancak sonradan kastettiğinin satın almak olduğunu söylemesi ve karşı tarafın da satış sözleşmesine de razı olduğunu bildirmesi hâlinde) aynı sonuca varılabilir.

⁵¹ Weil, 1934: 65; Kaneti, 1972: 133, 138; Wachendorf Eichenberger, 2003: 23; Ellenberger, 2022: §140 N3; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N33; Antalya ve Topuz, 2021: N1969; Antalya, 2019: N683; Akbulut, 2016: 127.

bağlı tutmanın mantıklı olmadığı ifade edilmektedir⁵². Ancak kanaatimizce iptal hakkını kullanan tarafın; ikâme işlemi yapmak istediği yönünde farazî iradesinden bahsedilemeyeceği, yani tahvilin en azından bir unsuru mevcut olmadığı için tahvile başvurulamaz. Gerçekten yanıltma, aldatma, korkutma veya aşırı yararlanma hâllerinde iptal edilmiş hukukî işlemin çevrilmesinde hukukî yararın bulunmayacağı ve irade sakatlığına düşer âkidin farazi iradesinin ikâme bir işlem yapmak yönünde olduğunu söyleyebilmek güçtür⁵³. Netice itibarıyla iptale tâbi hukukî işlemlerin pratik olarak tahvili imkânından söz edilemez⁵⁴.

Yukarıda iptal edilebilir işlemler bakımından yapılan açıklamalara ölüme bağlı tasarruflar bakımından şerh düşmek gerekir. Sağlar arası hukukî işlemlerin kesin hükümsüzlüğüne yol açan şekle aykırılık, ehliyetsizlik, ahlâka veya hukuka aykırılık gibi sebepler, *favor testamenti* ilkesinin somut bir görünümü olarak ölüme bağlı tasarruflarda iptal edilebilirliğe vücut vermektedir. Bu durumda ancak açılan iptal davasının kabulü neticesinde ölüme bağlı tasarruflar batıl hâle gelirler ve bu bakımdan tahvil edilebilmeleri mümkün olur⁵⁵.

⁵² Kahl, 1985: 72-74; Medicus ve Petersen, 2016: N518; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N33; Flume, 1992: 592-593.

⁵³ Aynı doğrultuda bkz. Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N33. Yazar, aşırı yararlanma hâlinde edimler arasındaki oransızlığın giderilebilmesi sayesinde artık tahvile başvurulmasına ihtiyaç kalmadığını isabetli bir şekilde belirtmektedir. Nitekim kanun koyucunun, TBK 28/I hükmünde “*sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini*” talep etme imkânını düzenlemesiyle öğretide kabul gören söz konusu imkân, kanunî bir temele kavuşmuştur. Öte yandan yazarın (Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N33 dn.56); TBK 34/II hükmünde öngörölmüş hâlin, “*bir çeşit kanunî çevirme sayılan özel hüküm*” teşkil ettiği fikrine katılmıyoruz. Zira kanaatimizce tahvil, mevcut geçersiz hukukî işlemin yerine farklı bir hukukî işlemin ikâme edilmesini gerektirir. Oysaki anılan hükümde dürüstlük kuralı marifetiyle sözleşmenin içeriği düzeltilmekte ve sözleşme geçersiz olmadığı gibi yerine başka bir hukukî işlem de geçmemektedir.

⁵⁴ Benzer şekilde bkz. Kahl, 1985: 74; Kaneti, 1972: 135, 137; Esener, 1959: 249; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N33. Aşırı yararlanma hâlinde sözleşmenin içeriği değiştirilerek ayakta tutulabilmesi sebebiyle tahvile gerek olmadığı yönünde bkz. Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §39 N28, §44 N33. Gerçekten de TBK 28, mülga BK 21 düzenlemesinden farklı olarak aşırı yararlanma hâlinde iptal hakkının yanında edimler arasındaki oransızlığın giderilmesi imkânını da kabul etmiştir.

⁵⁵ Bu husustaki açıklamalar için bkz. Wachendorf Eichenberger, 2003: 127 vd.

2. Tarafların Butlanı Bilmemesi

Tahvilin ikinci unsuru tarafların yaptıkları hukukî işlemin batıl olduğunu bilmemesidir⁵⁶. Esasen anılan unsur, aşağıda açıklanmış altıncı unsurla, yani tarafların geçersizliği bilselerdi farazî iradelerinin ikâme işlemi yapmak isteyeceklerinin kabul edilebilmesi ile birbirini bütünlemektedir. Tarafların yaptıkları hukukî işlemin geçersiz olduğunu bilmeleri hâlinde anılan işlemin tahvil edilebilmesi mümkün olmaz⁵⁷. Zira hukukî işlem iradesine sahip olmayan tarafları, ikâme bir işlemle bağlı tutmaya çalışmak anlamsızdır⁵⁸. Yaptıkları hukukî işlemin geçersiz olduğunu bilen taraflar, buna rağmen geçerli bir hukukî işlemi yapmayı tercih etmemiştir⁵⁹.

Hukukî işlemin her iki tarafının da geçersizliği bilmesi hâlinde kolayca varılabilecek bu sonuç, taraflardan sadece birinin bu hususu bilmemesi ihtimali için ayrıca açıklanmalıdır⁶⁰. Bu durumda; öğretilerde, geçersizliği bilmeyen tarafın farazî iradesi esas alınarak tahvilin yapılıp yapılmayacağına karar bağlanabileceği ifade edilmektedir⁶¹. Buna ek olarak tahvilin, geçersizliği bilmeyen tarafın lehine bir sonuç doğurması gerektiği ve aksi hâlde tahvile başvurulamayacağı da belirtilmektedir⁶².

3. Butlana Sebebiyet Veren Kanun Hükümünün Anlam ve Amacının Tahvile Aykırı Olmaması

Tarafların yaptığı hukukî işlemin batıl olmasına yol açan kanun hükümünün anlam ve amacı, geçersiz işlemin tahvil edilip edilemeyeceğini belirler⁶³. Bu bakımdan butlana yol açan norm, tahvil neticesinde gündeme

⁵⁶ BGE 89 II 440-441 E.2 (Kaneti, 1968: 19); Kahl, 1985: 254-255; Wachendorf Eichenberger, 2003: 35; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N34; Antalya ve Topuz, 2021: N975; Antalya, 2019: N685; Akbulut, 2016: 127; Kaneti, 1972: 109-110.

⁵⁷ Neuner, 2020: §57 N10; Schmid, 1988: N809; Ellenberger, 2022: §140 N8; Serozan, 1968: 41; Esener, 1959: 239; Antalya, 2019: N685; Antalya ve Topuz, 2021: N1970.

⁵⁸ Benzer şekilde bkz. Kahl, 1985: 255; Wachendorf Eichenberger, 2003: 35; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N34; Akbulut, 2016: 127.

⁵⁹ Schmid, 1988: N809. Benzer şekilde bkz. Neuner, 2020: §57 N10.

⁶⁰ Eksik işlemler bakımından ayrıca bkz. Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N35. Bu bakımdan krş. Kahl, 1985: 257-258.

⁶¹ Kahl, 1985: 259; Wendtland, 2022: §140 N12; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N35. krş. Ellenberger, 2022: §140 N8. Yazar, tek tarafın butlanı bilmemesi hâlinde tahvilin ilke olarak mümkün olduğunu belirtmektedir.

⁶² Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N35. İkâme işlem ile korunan tarafın, ilk hukukî işlem yapıldığı anda geçersizliği bilmemesi gerektiği hususunda bkz. Antalya, 2019: N686.

⁶³ BGE 126 III 184 E.3b; Wendtland, 2022: §140 N7; Kramer ve Schmidlin, 1986: Art.11 N168; Schwenger, 2016: N31.40; Medicus ve Petersen, 2016: N522; Kramer, 1991: Art.19-

gelecek ikâme işlemi de kapsıyorsa; yani tahvil, anılan normun anlam ve amacına aykırılık teşkil ederek hükmün dolanılması teşkil ediyorsa tahvil yapılamaz⁶⁴.

Anılan duruma örnek olarak şekil kurallarına aykırılık sebebiyle geçersiz olan kefalet sözleşmesinin, garanti veya borca katılma sözleşmesine tahvil edilememesi gösterilebilir⁶⁵. Anılan sonucu açıkça ifade eden TBK 603 hükmü olmasaydı dahi bu durumda tahvil yapılamazdı. Zira TBK 583 hükmünde yer alan şekil kurallarının amacı, ciddi bir yük altına giren kefilî korumaktır⁶⁶. O hâlde kefalet sözleşmesi yerine herhangi bir şekilde yapılabilecek garanti veya borca katılma sözleşmesine tahvil, söz konusu hükmün anlam ve amacına uygun düşmez⁶⁷. Ek olarak, bu durumda ikâme işleminin, batıl işleme denk veya ondan daha hafif sonuçlar doğurması unsuru da mevcut değildir⁶⁸.

20 N387; Neuner, 2020: §57 N11; Antalya, 2019: N684; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N36. Konu hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. Wachendorf Eichenberger, 2003: 42 vd. Bu noktada geçersizliğe sebebiyet veren hükmün teleolojik redaksiyon yoluyla yorumlanarak geçersizliğin ikâme işleme de sirayet edip etmeyeceğinin belirleneceği yönünde bkz. Huguenin, 2013: Art.35 N4.

⁶⁴ Y. İBK, E.2017/10, K.2019/1, 08.03.2019, (legalbank.net); BGE 133 III 319 E.3.4.2; BGE 126 III 184 E.3b; Weil, 1934: 70; Kahl, 1985: 297; Koller, 2017: N13.148; Serozan, 1968: 39; Schmid, 1988: N810, 815; Ellenberger, 2022: §140 N7 (Yazar; tarafların yaptığı hukukî işlemle elde etmek istedikleri sonucun hukuk düzeni tarafından caiz görülmemesi hâlinde artık tahvil imkânının da söz konusu olmayacağını isabetli bir şekilde belirtmektedir. Dolayısıyla varılmak istenen sonuç bakımından böyle bir durum söz konusu değilse ve taraflar, arzu ettikleri sonuca ulaşmak için başvurdukları araç sebebiyle butlanla karşılaşmışlarsa tahvil mümkündür); Schwenzler ve Fountoulakis, 2020: Art.11 N26; Medicus ve Petersen, 2016: N522; Kramer, 1991: Art.19-20 N387; Kramer ve Schmidlin, 1986: Art.11 N168; Müller, 2018: Art.11 N238; Wendtland, 2022: §140 N7-8; Neuner, 2020: §57 N11; Ergüne, 2011: 249; Antalya ve Topuz, 2021: N1969; Huguenin, Maissen, Meise ve Huber-Purtschert, 2019: N379; Schwenzler, 2016: N31.40, 64.07a; Kut, 2016: Art.11 N23; Kaneti, 1972: 126; Akbulut, 2016: 127, 128; Esener, 1959: 250; Havutçu, 1987: 661; Antalya, 2019: N683-684; Altunkaya, 2005: 272; Kramer ve Probst, 2013: N227; Herzog, 2014: Art.20 N 22. Şekle aykırılık bakımından aynı yönde bkz. Kaneti, 1972: 123.

⁶⁵ Weil, 1934: 71; Schmid, 1988: N811; Ellenberger, 2022: §140 N7; Wendtland, 2022: §140 N7; Kramer ve Schmidlin, 1986: Art.11 N168; Müller, 2018: Art.11 N238; Schwenzler, 2016: N91.34; Antalya, 2019: N684; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N36; Akbulut, 2016: 128; Kaneti, 1972: 123.

⁶⁶ Aynı doğrultuda bkz. Akbulut, 2016: 129. Alman hukuku bakımından aynı şekilde bkz. Ellenberger, 2022: §140 N7.

⁶⁷ Schmid, 1988: N811; 1972: Kaneti, s. 123; Antalya, 2019: N684; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N36. Geçersiz kefalet sözleşmesinin, kredi emrine (TBK 516) veya garanti sözleşmesine tahvil edilemeyeceği yönünde bkz. Havutçu, 1987: 661.

⁶⁸ Schmid, 1988: N811; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N39.

4. İkâme İşlemin Geçerlilik Şartlarının Mevcut Olması

İkâme işlem (*Ersatzgeschäft*), tarafların yaptığı batıl hukukî işleminden farklı bir işlemdir⁶⁹. Tarafların yaptığı batıl hukukî işlemin, ikâme işlemin geçerlilik şartlarının tamamını taşıması gerekir⁷⁰. Hatta kesin hükümsüz işlemin, bu şekilde çevrilebileceği geçerli bir işlem bulunmuyorsa, daha hafif bir geçersizlik sebebiyle sakat başka bir hukukî işleme çevrilmesi ve böylece taraflara tahvil imkânı tanınması gerektiği de öne sürülmektedir⁷¹.

Taşınmaz satış sözleşmesi, Türk Medenî Kanunu (TMK) 706/I ve Tapu Kanunu 26/I hükümleri uyarınca tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlileri tarafından tanzim edilir⁷². Anılan düzenlemelere rağmen noter önünde yapılan taşınmaz satış sözleşmesi, geçerlilik şartlarını taşıdığı için taşınmaz satış vaadine tahvil edilebilir⁷³. Zira Noterlik Kanunu 60 b.3 hükmü gereğince

⁶⁹ Weil, 1934: 66; Wachendorf Eichenberger, 2003: 24, 27; Serozan, 1968: 37; Schwenger ve Fountoulakis, 2020: Art.11 N25; Flume, 1992: 596; Von Büren, 1964: 150; Kaneti, 1972: 140; Altunkaya, 2005: 273; Antalya ve Sağlam, 2019: N1062. İkâme işleme dair ayrıntılı açıklamalar için bkz. Wachendorf Eichenberger, 2003: 24 vd. Belirli hâllerde geçersiz hukukî işlem ile ikâme işlemin aynı tür ve tipte olabileceği yönünde bkz. Kaneti, 1972: 141-142. Bu açıdan krş. Y. 8. HD, E.2014/19837, K.2014/19686, 03.11.2014, (legalbank.net); Y. 11. HD, E.2017/1390, K.2019/118, 08.01.2019, (legalbank.net); Y. 4. HD, E.1977/9039, K.1978/6402, 11.05.1978, (legalbank.net).

⁷⁰ BGE 133 III 319 E.3.4.2; BGE 126 III 184 E.3b; BGE 89 II 440-441 E.2 (Kaneti, 1968: 19); Schwenger, 2016: N31.40; Weil, 1934: 21, 68; Kahl, 1985: 184; Müller, 2018: Art.11 N236; Neuner, 2020: §57 N13-14; Ellenberger, 2022: §140 N5; Wendtland, 2022: §140 N10; Wachendorf Eichenberger, 2003: 27, 153; Berneith, 2019: 241; Ergüne, 2011: 249; Flume, 1992: 592, 594; Serozan, 1968: 37; Schwenger ve Fountoulakis, 2020: Art.11 N26; Eren, 1966: 135; Eren, 2020: N946; Kaneti, 1972: 140, 142; Piotet, 1978: 212; Tandoğan, 1952: 111; Von Büren, 1964: 150; Kut, 2016: Art.11 N23; Dural ve Sarı, 2021: N1164-1165; Medicus ve Petersen, 2016: N519; Akbulut, 2016: 130; Wolf ve Hrubesch-Millauer, 2020: N324, 325; Gauch, Schlupe ve Schmid, 2014: N584b; Tunçomağ, 1976: 176; Funk, 1928: Art.20 N7; Oğuzman ve Öz, 2020: N484, 548, 550; Antalya ve Topuz, 2021: N975; Antalya, 2019: N687; Havutçu, 1987: 661-662; Esener, 1959: 250; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N37; Herzog, 2014: Art.19 N28, Art.20 N22; Özbilen, 2016: 201; Altunkaya, 2005: 272; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993: 111; Kramer ve Schmidlin, 1986: Art.11 N161. Alman hukuku bakımından burada ayrıca tarafların ikâme işleme yönelik iradelerinin bulunmasının gerekli olmadığı, zira §140 BGB hükmünün zaten irade unsurunu sağladığı yönünde bkz. Esener, 1959: 238.

⁷¹ Kaneti, 1972: 142.

⁷² 23.06.2022 tarih ve 7413 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun 11 hükmü ile, noterlerin görevlerini düzenleyen Noterlik Kanunu 60 b.3 hükmüne “taşınmaz satış sözleşmesi yapmak” ifadesi eklenmiştir. 7413 sayılı Kanun 22/b hükmü gereğince anılan değişiklik 01.01.2023 tarihi itibarıyla yürürlüğe girecek ve böylece noterler, taşınmaz satış sözleşmesi yapabilecektir.

⁷³ Y. HGK, E.1975/13-108, K.1976/2617, 13.10.1976, (legalbank.net); Y. 15. HD, E.1975/4714, K.1975/5159, 25.12.1975, (legalbank.net); Dural ve Sarı, 2021: N1164;

taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapmak noterlerin görevlerindedir. Ancak noterin taşınmaz satış vaadi sözleşmesini, Noterlik Kanunu 89'un açık hükmü gereği düzenleme şeklinde yapması gerekir⁷⁴. Şu hâlde noterin onaylama şeklinde yaptığı taşınmaz satış sözleşmesi, geçerlilik şartlarına sahip olmadığı için taşınmaz satış vaadine tahvil edilemez.

5. İkâme İşlemin Tarafların Yapmak İsteddiği Hukukî İşleme Benzer Sonuçlar Doğurması

İkâme işlem, tarafların yapmak istediği; ancak geçersiz olan hukukî işlemin doğurması gereken sonuçlara benzer sonuçlar doğurmalıdır. Bu bakımdan ikâme işlemin, tarafların yaptığı işlemle aynı veya ona yakın sonuçlar doğurması gerekliliğinden bahsedilir⁷⁵. Anılan sebeple öğretide ağırlıklı savunulan görüşe göre ikâme işlemin, tarafların arzu ettiği sonuçlardan daha geniş ve kapsamlı sonuçlar doğurması hâlinde tahvil yapılamaz⁷⁶. Zira aksi hâlde taraflar, tahvil neticesinde, öngördüklerinden

Serozan, 1968: 45; Güral, 1953: 127; Havutçu, 1987: 671; Kocayusufoğlu, 2017: §44 N26, 37; Schwarz, 1948: 259-260, 372; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993: 110-111; Kılıçoğlu, 2017: 206; Antalya ve Topuz, 2021: N976; Antalya, 2019: N691; Oğuzman ve Barlas, 2021: N756-757; Oğuzman ve Öz, 2020: N548; Akyol, 2006: 78; Tekil, 2000: 1097; Eren, 2020: N945; Özbilen, 2016: 203-204; Akbulut, 2016: 121.

⁷⁴ Benzer şekilde bkz. Özbilen, 2016: 203.

⁷⁵ BGE 133 III 319 E.3.4.2; BGE 126 III 184 E.3b; BGE 124 III 119 E.2b/bb; BGE 103 II 184 E.3; BGE 93 II 228 E.3; BGE 93 II 452 E.5; BGE 76 II 14 E.5; Wendtland, 2022: §140 N10; Kramer ve Schmidlin, 1986: Art.11 N164; Von Büren, 1964: 150; Tandoğan, 1952: 111; Wolf ve Hrubesch-Millaue, 2020: N324, 325; Funk, 1928: Art.20 N7; Kramer, 1991: Art.19-20 N387; Schmid, 1988: N806; Kaneti, 1972: 141; Schwenger ve Fountoulakis, 2020: Art.11 N25, 26; Herzog, 2014: Art.19 N28; Guhl, Koller, Schnyder ve Druey, 2000: §14 N34; Kut, 2016: Art.11 N23; Huguenin, Maissen, Meise ve Huber-Purtschert, 2019: N379, 441a; Huguenin, 2013: Art.35 N2; Akbulut, 2016: 129; Gauch, Schlupe ve Schmid, 2014: N584b-584c; Schwenger, 2016: N64.07a; Oğuzman ve Öz, 2020: N548; Oğuzman ve Barlas, 2021: N755; Dural ve Sarı, 2021: N1164-1165; Antalya, 2019: N687; Antalya ve Topuz, 2021: N1970; Altunkaya, 2005: 273; Özbilen, 2016: 202; Kocayusufoğlu, 2017: §44 N39. Batıl tasarruf işleminin, borçlandırıcı işleme tahvil edilemeyeceği hususunda bkz. Esener, 1959: 240. Borçlandırıcı işlemin tasarruf işlemine tahvil edilemeyeceği yönünde bkz. Havutçu, 1987: 661. Alman hukuku bakımından ikâme işlemin, batıl işleme göre daha dar bir kapsama sahip olmasının gerekmediği yönünde bkz. Ellenberger, 2022: §140 N5.

⁷⁶ Y. HGK, E.2016/2367, K.2021/71, 11.02.2021 (legalbank.net); BGE 133 III 319 E.3.4.2; BGE 124 III 119 E.2b/bb; BGE 126 III 184 E.3b; BGE 89 II 440-441 E.2 (Kaneti, 1968: 19); Wendtland, 2022: §140 N10; Ellenberger, 2022: §140 N6; Weimar, 2009: Einl. vor Art.467 N84; Kramer ve Schmidlin, 1986: Art.11 N164; Neuner, 2020: §57 N13, 16; Wachendorf Eichenberger, 2003: 34; Ergüne, 2011: 249; Schwenger ve Fountoulakis, 2020: Art.11 N26; Müller, 2018: Art.11 N236; Kahl, 1985: 184; Medicus ve Petersen, 2016: N519;

daha ağır yükümlülükler altına girmiş olurlar⁷⁷. Azınlık görüşü ise bu yönde kesin bir yargıya varılamayacağını, tarafların yaptıkları işlemin geçersiz olması yerine daha geniş sonuçlar doğuran ve kendilerini daha ağır yükümlülükler altına sokan bir işlemin geçerli olmasını arzu ettiklerinin somut olayın şartlarından net bir şekilde anlaşılması hâlinde tahvil yapılabileceğini savunmaktadır⁷⁸.

TBK 184/I (Art.165/I OR) düzenlemesine rağmen yazılı şekilde yapılmayan alacağın devri, şekle tâbi olmayan alacağın tahsili hususunda verilmiş temsil yetkisine (*Inkassovollmacht*) tahvil edilebilir⁷⁹. Zira anılan temsil yetkisi de karşı tarafın alacağa kavuşmasını sağlamaktadır ve tarafların yaptığı işleme yakın sonuç doğurmaktadır. Keza yukarıda açıklandığı üzere, noterde düzenleme şeklinde yapılan taşınmaz satış sözleşmesi, taşınmaz satış vaaatine çevrilebilir. Buna karşın TBK 583 hükmüne aykırılık sebebiyle geçersiz olan kefalet sözleşmesi, karşı taraf için daha ağır yükümlülükler doğuracağından borca katılma veya garanti sözleşmesine tahvil edilemez⁸⁰. Hiç şüphesiz mevcut örnekte, hükümsüzlüğe yol açan kanun hükmünün anlam ve amacı da tahvili engeller.

Schwenzer, 2016: N31.40, 64.07a; Schmid, 1988: N808; Huguenin, Maissen, Meise ve Huber-Purtschert, 2019: N379; Gauch, Schlupe ve Schmid, 2014: N584c; Serozan, 1968: 42; Kramer, 1991: Art.19-20 N384; Kut, 2016: Art.11 N23; Eren, 2020: N945; Kramer ve Probst, 2013: N227; Herzog, 2014: Art.19 N28; Antalya ve Sağlam, 2019: N1062; Antalya, 2019: N687; Antalya ve Topuz, 2021: N975, 1970; Akbulut, 2016: 129; Özbilen, 2016: 202; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N39. Bu bakımdan Alman hukukunda iptal beyanının, fesih (bozma) veya rücu (dönme) beyanına çevrilebileceği; ancak fesih veya rücu beyanının, daha geniş sonuçlar doğurduğu için iptale çevrilemeyeceği yönünde bkz. Ellenberger, 2022: §140 N6; Wendtland, 2022: §140 N11; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N39.

⁷⁷ BGE 133 III 319 E.3.4.2; BGE 126 III 184 E.3b; BGE 89 II 440-441 E.2 (Kaneti, 1968: 19); Kahl, 1985: 177 vd., 184; Schwenzer, 2016: N31.40; Gauch, Schlupe ve Schmid, 2014: N584c; Özbilen, 2016: 202; Huguenin, Maissen, Meise ve Huber-Purtschert, 2019: N379; Medicus ve Petersen, 2016: N519; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N39; Kramer, 1991: Art.19-20 N384; Altunkaya, 2005: 273.

⁷⁸ Weil, 1934: 75; Kaneti, 1972: 155-156. Söz konusu görüşün eleştirisi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N39 dn.68.

⁷⁹ Schwenzer, 2016: N31.40, 90.16; Huguenin, 2013: Art.35 N2; Huguenin, Maissen, Meise ve Huber-Purtschert, 2019: N380; Bucher, 1988: 171; Havutçu, 1987: 676-677; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N39; Tunçomağ, 1976: 176.

⁸⁰ Serozan, 1968: 42; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N39. Yazılı şekilde yapılmamış kefalet sözleşmesinin, birlikte borç üstlenmeye veya üçüncü kişinin fiilini üstlenmeye tahvil edilebileceği yönünde bkz. Güral, 1953: 127.

6. Taraflar Yaptıkları Hukukî İşlemin Geçersiz Olduğunu Bilselerdi İkâme İşlemi Yapacaklarının Kabul Edilebilmesi

Tahvilin son unsuru, tarafların yapmış oldukları hukukî işlemin geçersiz olduğunu bilselerdi ikâme işlemi yapmak isteyeceklerinin kabul edilebilmesi; yani tarafların farazî (varsayımsal) iradelerinin (*hypothetische Parteiwille*) bu yönde olmasıdır⁸¹. Nitekim bu husus §140 BGB ve Art.1424 İtalyan Medenî Kanunu hükümlerinde açıkça düzenlenmiştir⁸².

Tarafların arzu ettikleri işlem geçersiz olduğu için ikâme işlemi yapma yönünde gerçek bir iradelerinden bahsedilemez⁸³. Zira tarafların gerçek iradesi, neticede batıl olan hukukî işlemi yapmaktır ve geçersizlik ihtimali akıllarına gelmez⁸⁴. Bununla birlikte bu noktada tarafların ikâme işlemi yapmak yönünde farazî iradelerinin varlığı söz konusu olabilir⁸⁵. Şu hâlde tarafların münhasıran yapmış oldukları hukukî işlemi arzuladıkları anlaşılabiliriyorsa veya taraflar hukukî işlemi yaparken tahvili arzu etmediklerini beyan etmişlerse artık farazî iradeden söz edilemeyeceği için

⁸¹ BGE 124 III 119 E.2b/bb; BGE 103 II 184 E.3; BGE 93 II 452 E.5; BGE 89 II 440-441 E.2 (Kaneti, 1968: 19); BGE 76 II 15 E.5; BGE 76 II 279 E.3b; BGE 46 II 17 E.4; Huguenin, 2013: Art.35 N7-8; Weil, 1934: 21, 72; Weimar, 2009: Einl. vor Art.467 N85; Serozan, 1968: 40; Kaneti, 1972: 102-103; Tandoğan, 1952: 111-112; Wachendorf Eichenberger, 2003: 38; Piotet, 1978: 212-213; Müller, 2018: Art.11 N237; Kramer, 1991: Art.19-20 N387; Kramer ve Schmidlin, 1986: Art.11 N165; Kut, 2016: Art.11 N22; Ergüne, 2011: 250; Von Büren, 1964: 150; Ellenberger, 2022: §140 N8; Wendtland, 2022: §140 N12-13; Neuner, 2020: §57 N8; Berneith, 2019: 241; Herzog, 2014: Art.19 N28, Art.20 N22; Schmid, 1988: N806, 807; Eren, 1966: 137; Eren, 2020: N946; Antalya ve Topuz, 2021: N975, 1968, 1971; Antalya ve Sağlam, 2019: N1062; Antalya, 2019: N681, 688-689; Wolf ve Hrubesch-Millauer, 2020: N324; Huguenin, Maissen, Meise ve Huber-Purtschert, 2019: N379; Gauch, Schlupe ve Schmid, 2014: N584b; Akbulut, 2016: 129-130; Guhl, Koller, Schnyder ve Druey, 2000: §14 N36; Tunçomağ, 1976: 176; Funk, 1928: Art.20 N7; Medicus ve Petersen, 2016: N520; Oğuzman ve Barlas, 2021: N755; Oğuzman ve Öz, 2020: N484, 548, 550; Dural ve Sarı, 2021: N1164-1165; Altunkaya, 2005: 272; Havutçu, 1987: 663; Özbilen, 2016: 201.

⁸² Guhl, Koller, Schnyder ve Druey, 2000: §14 N36; Schwarz, 1948: 372; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993: 111; Altunkaya, 2005: 273; Tunçomağ, 1976: 176.

⁸³ Wendtland, 2022: §140 N13; Medicus ve Petersen, 2016: N520; Kaneti, 1972: 151-152. İstisnaen tarafların gerçek (*tatsächlich, wirklich*) iradelerinin bulunması hâlinde bunun dikkate alınacağı yönünde bkz. Ellenberger, 2022: §140 N8; Wendtland, 2022: §140 N13.

⁸⁴ Wendtland, 2022: §140 N13; Medicus ve Petersen, 2016: N519; Kaneti, 1972: 151-152. Şüphesiz taraflar yaptıkları hukukî işlemin geçersizliğini bilselerdi anılan işlemi geçerli olarak yaparlardı.

⁸⁵ BGE 76 II 279 E.3b; Kaneti, 1972: 153. BGB'nin ilk ve ikinci tasarılarında hangi irade beyanının esas alınacağına dair kısmın değiştirildiğini ve hâlen daha gerçek (*wahr*) mi, yoksa farazî (*hypothetisch*) iradenin mi esas alınmasının tartışmalı olduğu yönünde bkz. Flume, 1992: 591.

kural olarak tahvil yapılamaz⁸⁶. Gerçekten taraflar, hukukî işlemin geçersiz olması hâlinde ne olacağına yönelik bir anlaşma (*salvatorische Klausel*) yapmış olabilirler⁸⁷. Böyle bir durumda artık anılan anlaşmadaki hükme riayet edilmesi gerektiğinden tarafların farazî iradelerinin tespiti önem arz etmez⁸⁸. Bu bakımdan tarafların yapmış olduğu hukukî işlemdeki gerçek iradelerinin, tahvilin sınırlarını çizdiği söylenebilir⁸⁹.

Tarafların farazî iradelerinin tespiti noktasında öncelikle tarafların şahsî tutumlarını ortaya çıkarmaya elverişli detaylar varsa bunların dikkate alınması gerekir⁹⁰. İstisnaen başarılı olabilecek bu ihtimal dışında ise somut olayın şartları altında makul ve dürüst tarafların farazî iradeleri tespit edilmelidir⁹¹. Tarafların farazî iradelerinin bulunmasında, hukukî işlemin yapıldığı an esas alınır⁹². Şüphesiz anılan tespit hâkim tarafından yapılır⁹³. Netice olarak, tarafların yaptıkları hukukî işlemin butlanını bilselerdi buna ekonomik amaç olarak yakın düşen ikâme işlemi yapacakları farazî olarak kabul edilebiliyorsa tahvil gerçekleşir⁹⁴.

⁸⁶ Kramer ve Schmidlin, 1986: Art.11 N166; Kaneti, 1972: 156. Ancak bu noktada tarafların yanlış kanılardan hareketle tahvili istemediklerini beyan etmeleri hâlinde ulaşmak istedikleri amaç dikkate alınarak tahvilin mümkün olabileceği yönündeki Alman Federal Mahkemesi kararına ilişkin açıklamalar için bkz. Kaneti, 1972: 156-157.

⁸⁷ Wendtland, 2022: §140 N4. Anılan anlaşmanın doğrudan tahvile yönelik olması hâlinde “*akdî tahvil düzenlemesi*” (*vertragliche Umdeutungsanordnung*) veya “*tahvil şartı*” (*Konversionsklausel*) gibi adlandırmalar da kullanılmaktadır. Bu hususta bkz. Kramer, 1991: Art.19-20 N389.

⁸⁸ Wendtland, 2022: §140 N4.

⁸⁹ Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N39; Kaneti, 1972: 155-156.

⁹⁰ Havutçu, 1987: 663; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N40; Antalya, 2019: N689; Kaneti, 1972: 154-155. Bu bakımdan krş. Ellenberger, 2022: §140 N8; Wendtland, 2022: §140 N13; BGE 124 III 119 E.2b/bb.

⁹¹ Wolf ve Hrubesch-Millauer, 2020: N324; Wendtland, 2022: §140 N13; Piotet, 1978: 212-213; Medicus ve Petersen, 2016: N520; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N40; Kaneti, 1972: 153; Havutçu, 1987: 663. Kanun koyucunun TBK 27/II (Art.20/II OR) hükmünde de farazî iradeye gönderme yaptığı yönünde bkz. Müller, 2018: Art.11 N237; Koller, 2017: N13.148; Wachendorf Eichenberger, 2003: 36; Serozan, 1968: 43; Kaneti, 1972: 103. Alman hukuku bakımından §139 BGB düzenlemesi çerçevesinde aynı yönde bkz. Neuner, 2020: §57 N8.

⁹² Wendtland, 2022: §140 N13; Wachendorf Eichenberger, 2003: 41-42; Ergüne, 2011: 250; Esener, 1959: 239; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N40; Aksoy Dursun, 2008: 322. krş. Kaneti, 1972: 154. Ölüme bağlı tasarruflar bakımından da tasarrufun yapıldığı anın esas alınması gerektiği yönünde bkz. Wachendorf Eichenberger, 2003: 195, 214. Ölüme bağlı tasarruflar bakımından mirasın açılma anının esas alınması gerektiği yönünde bkz. Weimar, 2009: Einl. vor Art.467 N89.

⁹³ Kaneti, 1972: 153. Tarafların farazî iradelerin tespiti noktasında çok katı hareket edilmemesi gerektiği yönünde bkz. Piotet, 1978: 213.

⁹⁴ BGE 93 II 452 E.5; Kramer, 1991: Art.19-20 N387. Tarafların ikâme işlemi yapmak isteyip istemeyecekleri hususunda şüpheye düşülürse ikâme işleminin tarafların yaptığı işleme denk

C. Tahvilin Sonuçları

Şartları mevcutsa tahvil kendiliğinden gerçekleşir; yani tarafların talebi olmasa dahi hâkim tahvili re'sen dikkate alır⁹⁵. Taraflar tahvilin tespitini dava edebilir, verilen tespit hükmü açıklayıcı niteliktedir⁹⁶. İkâme işleme dayanan taraf, tahvilin gerçekleştiğini ispat yükü altındadır⁹⁷. TBK m. 27/II (Art. 20/II OR) hükmünün kısmî butlanda kabul ettiği anlayıştan hareketle tahvilden fayda sağlayan tarafın, karşı tarafın ikâme işlemi yapmayacağını ileri sürmesi dürüstlük kuralına aykırı olacağı için dikkate alınmaz⁹⁸.

İkâme işlem, batıl hukukî işlemin yapıldığı anda onun yerine geçer⁹⁹. Bu bakımdan taraflar sanki ikâme işlemi yapmışlar gibi onunla bağlı olurlar¹⁰⁰. Yapıldığı anda batıl olmayan hukukî işlemler ise kanaatimizce batıl oldukları an itibarıyla tahvil edilebilir hâle gelirler ve ikâme işlem de ancak bu anda geçersiz işlemi ikâme eder¹⁰¹.

II. ÖLÜME BAĞLI TASARRUFLARIN TAHVİLİ

Tahvil gibi ölüme bağlı tasarrufların tahvili de Türk ve İsviçre hukukunda genel bir hükümlerle düzenlenmemiştir¹⁰². Bu bakımdan ölüme bağlı tasarrufların tahvili, mirasbırakanın son arzularını mümkün mertebe ayakta tutma anlamına gelen ve kaynağını Roma hukukunda bulan *favor testamenti* ilkesine dayanır¹⁰³. Alman hukukunda §2084 BGB hükmü ile *favor testamenti*

veya ondan daha hafif sonuçlar doğurmasından hareketle tahvilin kabul edilebileceği yönünde bkz. Kramer, 1991: Art.19-20 N387.

⁹⁵ Weimar, 2009: Einl. vor Art.467 N88; Wachendorf Eichenberger, 2003: 52; Ellenberger, 2022: §140 N1; Wendtland, 2022: §140 N14; Ergüne, 2011: 250; Kaneti, 1972: 165, 173; Havutçu, 1987: 664, 667-668. §140 BGB hükmünde aksi bir durum düzenlenmediği için şartları mevcutsa tahvilin kendiliğinden gerçekleşeceği yönünde bkz. Kahl, 1985: 381. Ölüme bağlı tasarrufların hükümsüz hâle gelebilmesi için öncelikle açılmış iptal davasının başarıya ulaşması gerekir. Bu açıdan bkz. ve krş. Weimar, 2009: Einl. vor Art.467 N88; Wachendorf Eichenberger, 2003: 209.

⁹⁶ Kaneti, 1972: 173-174; Ergüne, 2011: 250.

⁹⁷ Wendtland, 2022: §140 N15; Wachendorf Eichenberger, 2003: 52; Kaneti, 1972: 171; Havutçu, 1987: 666.

⁹⁸ Guhl, Koller, Schnyder ve Druey, 2000: §7 N43, §14 N36; Koller, 2017: N13.148.

⁹⁹ Wendtland, 2022: §140 N14; Kaneti, 1972: 168. Ölüme bağlı tasarruflar bakımından ikâme işlem, mirasın geçiş anından başlayarak hüküm ve sonuçlarını doğurur. Aynı yönde bkz. Weimar, 2009: Einl. vor Art.467 N88; Ergüne, 2011: 250.

¹⁰⁰ Kaneti, 1972: 165.

¹⁰¹ krş. Kaneti, 1972: 169-170.

¹⁰² Wachendorf Eichenberger, 2003: 104.

¹⁰³ BGE 124 III 417 E.3; BGE 89 II 441 E.2; Piotet, 1978: 211; Rey, 1984: 84; Druey, §12 N23; Weimar, 2009: Einl. vor Art.467 N93-94; Wolf ve Hrubesch-Millauer, 2020: N315-316;

ilkesinin genel olarak düzenlendiği söylenebilir¹⁰⁴. Türk ve İsviçre hukukunda ise böyle genel bir düzenlemeye konu olmamakla birlikte anılan ilkenin varlığı şüphesizdir¹⁰⁵. Nitekim TMK'nin miras hukukuna ilişkin bazı hükümlerinde mezkûr ilkenin somutlaştığı söylenebilir. Öğretide *favor testamenti* ilkesinin tecessüm ettiği hükümlere sıklıkla TMK 504/II (Art.469/III ZGB)¹⁰⁶, TMK 515/III (Art.482/III ZGB) ile 519/II (Art.486/II

Ergüne, 2011: 81, 246; Dural ve Öz, 2020: N979, 982; Kocayusufpaşaoğlu, 1987: 323 dn.8; Baygın, 2000: 574; Serozan ve Engin, 2021: §4 N26; Antalya ve Sağlam, 2019: N1056; Kırkbeşoğlu, 2019: 209, 211; İmre ve Erman, 2016: 119; Kaneti, 1972: 43, 99 dn.32; Ayan, 2016: 156. krş. Aksoy Dursun, 2008: 313. Alman hukuku bakımından §140 BGB hükmünün, miras hukuku alanındaki hukukî işlemlere de uygulanabileceği hakkında bkz. Kahl, 1985: 9. *Favor testamenti* ilkesinin uygulama alanına dair açıklamalar için bkz. Wolf ve Hrubesch-Millauer, 2020: N315-316; Oğuzman, 1991: 199-200; Kocayusufpaşaoğlu, 1987: 323; Druey, §12 N22-23; Antalya ve Sağlam, 2019: N1056 vd.; İnan, Ertaş ve Albaş, 2015: 269-271; Ergüne, 2011: 74 vd. Maddî anlamda ölüme bağlı tasarruflarda *favor testamenti* ilkesinin uygulanabileceği; ancak şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflarda uygulanamayacağı yönünde bkz. Antalya ve Sağlam, 2019: N1066. Anılan ilkenin miras sözleşmesinin geçerli sayılacak şekilde yorumlanması bakımından “*favor pacta successoralis*” şeklinde adlandırıldığı yönünde bkz. İnan, Ertaş ve Albaş, 2015: 274; Baygın, 2000: 578. *Favor testamenti* ilkesinin esasen ölüme bağlı tasarruflarda özel bir öneme sahip olmakta birlikte tüm hukukî işlemler bakımından *benigna interpretatio* adıyla uygulanma imkânına sahip olduğu hususunda bkz. Serozan ve Engin, 2021: §4 N26. krş. Ergüne, 2011: 75.

¹⁰⁴ Rey, 1984: 84; Dural ve Öz, 2020: N979; Baygın, 2000: 574; Antalya/Sağlam, N1065; Ergüne, 2011: 76. Anılan hüküm, “*geçerlilik lehine yorum*” kenar başlığından sonra “*Bir ölüme bağlı tasarrufların içeriği farklı şekillerde yorumlanabiliyorsa, şüphe halinde, tasarrufların geçerliliğini sağlayan yorum tercih edilmelidir.*” şeklinde tercüme edilebilir. Benzer bir çeviri için bkz. Baygın, 2000: 575; Kırkbeşoğlu, 2019: 209.

¹⁰⁵ Y. 3. HD, E.2018/7112, K.2018/12816, 17.12.2018, (legalbank.net); Y. 3. HD, E.2013/13211, K.2013/17415, 09.12.2013, (legalbank.net); Y. HGK, E.1990/2-346, K.1990/586, 21.11.1990, (legalbank.net); Rey, 1984: 84; Weimar, 2009: Einl. vor Art.467 N95; Dural ve Öz, 2020: N979; Baygın, 2000: 574; Ergüne, 2011: 75; Kırkbeşoğlu, 2019: 209. İsviçre Federal Mahkemesi, BGE 98 II 73 kararında el yazılı vasiyetnamenin başından sonuna kadar el yazılı olmamasına rağmen (vasiyetnamenin esaslı unsurlarını teşkil etmeyen bazı kısımlar üçüncü bir kişi tarafından yazılmıştır) *favor testamenti* ilkesi gereğince vasiyetnameyi geçerli sayılmıştır. Mahkeme, BGE 93 II 161 kararında ise el yazılı vasiyetnamede tarihin farklı yerlerde farklı yazılmasına (17 Haziran ve 18 Haziran şeklinde) rağmen anılan hükmün, birden çok sayıdaki ölüme bağlı tasarruf arasındaki öncelik-sonralık ilişkisinin kurulması bakımından önem arz ettiğini vurgulayarak somut olay bakımından vasiyetnamenin geçerliliğine hükmetmiştir. Anılan kararlara dair izahat için bkz. Rey, 1984: 84-87.

¹⁰⁶ Y. 3. HD, E.2018/7112, K.2018/12816, 17.12.2018, (legalbank.net); Y. 3. HD, E.2013/13211, K.2013/17415, 09.12.2013, (legalbank.net); Rey, 1984: 84; Wachendorf Eichenberger, 2003: 120; Kaneti, 1972: 98; Dural ve Öz, 2020: N981; Baygın, 2000: 575;

ZGB)¹⁰⁷, TMK 577/II (Art.539/II ZGB)¹⁰⁸, TMK 583/II (Art.545/II ZGB)¹⁰⁹ ve Art.520a ZGB¹¹⁰ düzenlemeleri örnek gösterilmektedir.

Favor testamenti ilkesi, esasen vasiyetnamelerin yorumunda etkin olarak kullanılır¹¹¹. Özellikle anlamı net olmayan irade beyanlarının düzeltilmesi ya da hatalı bir tasarrufun ortadan kaldırılması noktasında anılan ilkedden yararlanır¹¹². Bununla birlikte *favor testamenti*, ölüme bağlı tasarrufların mutlaka geçerli olması anlamına gelmez; sadece en az iki farklı yorum ihtimali varsa ölüme bağlı tasarrufu mümkün mertebe ayakta tutan yoruma üstünlük tanınması ve böylece murisin son arzularının olabildiğince gerçekleştirilebilmesi anlamına gelir¹¹³. Anılan ilkenin önemli bir görünümü ise sağlar arası hukukî işlemlerde butlana yol açan sebeplerin, ölüme bağlı tasarruflar bakımından iptal edilebilirliğe sebebiyet vermesidir¹¹⁴.

Katı şekil kurallarına bağlı olan miras hukukunda yapılan işlemlerin şekle aykırılık sebebiyle geçersizliği, sağlar arası işlemlere nispeten daha sık görülmeye müsaittir¹¹⁵. Ayrıca ölüme bağlı tasarruf yapan kişi vefat ettiği için

İnan, Ertaş ve Albaş, 2015: 270; İmre ve Erman, 2016: 106; Ergüne, 2011: 77; Kırkbeşoğlu, 2019: 210.

¹⁰⁷ Y. 3. HD, E.2018/7112, K.2018/12816, 17.12.2018, (legalbank.net); Y. 3. HD, E.2013/13211, K.2013/17415, 09.12.2013, (legalbank.net); Wachendorf Eichenberger, 2003: 120; İnan, Ertaş ve Albaş, 2015: 270; Baygın, 2000: 575; Rey, 1984: 84; Ergüne, 2011: 77 (Yazar, TMK 512/III hükmünün ilk kısmını da zikretmektedir); Kırkbeşoğlu, 2019: 210. krş. İmre ve Erman, 2016: 106. Yazarlar TMK 515/II hükmünü örnek göstermektedir.

¹⁰⁸ Wachendorf Eichenberger, 2003: 120; Oğuzman, 1991: 199; Rey, 1984: 84; Kaneti, 1972: 98; Baygın, 2000: 575; İmre ve Erman, 2016: 106; İnan, Ertaş ve Albaş, 2015: 270; Aksoy Dursun, 2008: 313-314; Ergüne, 2011: 78.

¹⁰⁹ Rey, 1984: 84; Ergüne, 2011: 78; İmre ve Erman, 2016: 106.

¹¹⁰ Baygın, 2000: 587.

¹¹¹ Piotet, 1978: 211. Ölüme bağlı tasarrufların yorumuna dair açıklamalar için bkz. Baygın, 2000: 570 vd.

¹¹² Y. HGK, E.1990/2-346, K.1990/586, 21.11.1990, (legalbank.net); Dural ve Öz, 2020: N980; Ergüne, 2011: 74 vd.

¹¹³ BGE 124 III 417 E.3; Y. 3. HD, E.2013/13211, K.2013/17415, 09.12.2013, (legalbank.net); Wolf ve Hrubesch-Millauer, 2020: N315-316; Piotet, 1978: 211; Baygın, 2000: 574; Aksoy Dursun, 2008: 312; Ergüne, 2011: 78; Kırkbeşoğlu, 2019: 209-210.

¹¹⁴ Çalışmanın önceki kısımlarında (I/B/1) açıklandığı üzere tahvilin ilk şartı, tarafların yaptığı hukukî işlemin batıl olmasıdır. İptal edilebilirlik yaptırımının söz konusu olduğu ölüme bağlı tasarrufların butlanı ise kendiliğinden gerçekleşmez. Açılan iptal davasının başarıya ulaşması neticesinde ölüme bağlı tasarrufun kesin hükümsüz olması ile birlikte tahvil imkânının araştırılması gerekir. Benzer şekilde bkz. ve krş. Weimar, 2009: Einl. vor Art.467 N87; Ergüne, 2011: 248 dn.648.

¹¹⁵ Benzer şekilde bkz. Berneith, 2019: 242.

batıl tasarrufun yerine yeni bir tasarruf yapılabilmesi de mümkün olmadığından ölüme bağlı tasarruflarda tahvil daha da önem kazanmaktadır¹¹⁶.

Ölüme bağlı tasarrufların tahvili, başlıca aşağıdaki hâller kapsamında söz konusu olabilir¹¹⁷:

A. Gerekli Ehliyete Sahip Olmadan Yapılan Ölüme Bağlı Tasarrufların Tahvili (TMK 557 b.1)

Hukukî işlemin geçerli bir şekilde yapılabilmesi için tarafların fiil ehliyetine sahip olması gerekir. TMK 9 vd. hükümleri gereğince fiil ehliyetine sahip olmayan kişilerin yaptığı hukukî işlemler, kural olarak batıl olur. Ancak ölüme bağlı tasarruflar bakımından TMK 557 b.1 hükmünün varlığı sebebiyle anılan hâlde butlan yaptırımını uygulanmaz.

TMK 503 hükmü miras sözleşmesi yapabilmek için tam ehliyet aramıştır. Bu bakımdan tam ehliyetli olmayan kişinin yaptığı miras sözleşmesi, TMK 557 b.1 gereğince iptal edilebilir. Ölüme bağlı tasarrufların ehliyetsizlik sebebiyle kendiliğinden hükümsüz hâle gelmediği, aksine hüküm ve sonuçlarını doğurmaya devam ettiği malûmdur¹¹⁸. Dolayısıyla tahvil imkânından bahsedebilmek için öncelikle, açılan iptal davasında hâkimin

¹¹⁶ Berneith, 2019: 242; Kaneti, 1972: 98. Aynı sebeple ölüme bağlı tasarrufların yorumunun da büyük önem arz ettiği hususunda bkz. Baygın, 2000: 568. Roma hukuku bakımından tahvilin önemli bir uygulamasının vasiyetnamelerde görüldüğü yönünde bkz. Yüksel, 2020: 67-68.

¹¹⁷ Çalışmada doğal olarak tahvil teşkil etmeyen hâller ele alınmamıştır. Örneğin; TMK 512/III (Art.479/III ZGB) hükmü kapsamında mirasçılıktan çıkarma sebebinin ispat edilememesi veya tasarruf sahibince tasarrufta belirtilmemesi üzerine açılan dava neticesinde mirasçının saklı payına kavuşması ile tasarruf sahibinin çıkarma sebebi hakkında açıkça yanılmaya düşmesi hâlinde mirasçının miras payına kavuşması hâllerinin kanunî tahvil olduğu ileri sürülmektedir. Bu yönde bkz. Breitschmid, Eitel, Fankhauser, Geiser ve Rumo-Jungo, 2012: N1/82; Ergüne, 2011: 246, 258. Burada tahvilin var olup olmadığı hususunun yeterince incelenmediği yönünde bkz. Weimar, 2009: Art.479 N9. Kanaatimizce anılan hüküm kapsamında tahvil söz konusu değildir; çünkü mirasbırakanın yaptığı tasarrufu ikâme eden ikinci bir hukukî işlem yoktur. Bunun yerine mirasbırakanın yapmış olduğu çıkarma işlemi kısmen (mirasçının saklı payını elde etmesi hâlinde) veya tamamen (mirasçının miras payını elde etmesi durumunda) geçersiz hâle gelmektedir. Benzer şekilde TBK 290/II (Art.245/II OR) hükmü kapsamında da tahvil söz konusu değildir; zira burada geçersiz bir hukukî işlem yoktur. Sadece mevcut hukukî işlem, başka bir hukukî işlemin hükümlerine tâbi kılınmıştır. Aynı yönde bkz. Esener, 1959: 242. Bu bakımdan krş. Havutçu, 1987: 668-669; Bucher, 1988: 171; Ergüne, 2011: 265-266. Alman miras hukukunda tahvilin söz konusu olabileceği hâller için bkz. Berneith, 2019: 242.

¹¹⁸ İmre ve Erman, 2016: 68, 205-206; Ayan, 2016: 158, 171.

ölüme bağlı tasarrufun iptaline karar vermesi elzemdir¹¹⁹. Ancak miras sözleşmesini yapan kişi; ayırt etme gücüne sahipse ve on beş yaşını doldurmuşsa, yani TMK 502 düzenlemesi çerçevesinde vasiyetname yapmaya ehil ise geçersiz miras sözleşmesi vasiyete tahvil edilebilir¹²⁰. Aynı imkân, miras sözleşmesinin ölüme bağlı tasarrufta bulunan karşı tarafının fiil ehliyetinden yoksun olması hâlinde de söz konusu olabilir¹²¹. Şüphesiz anılan hâllerde tahvilin yapılabilmesi, tahvilin tüm unsurlarının somut olayda mevcudiyetine bağlıdır¹²².

Anılan tahvil imkânı pozitif İsviçre hukuku bakımından geçerli değildir. Zira Art.467 ZGB hükmüne göre vasiyetname ehliyeti için on sekiz yaşın doldurulması ve ayırt etme gücüne sahip olunması gerekir. Miras sözleşmesi yapabilmek için gerekli olan ehliyet de 01.01.2013 itibarıyla¹²³ hafifletilerek aynı koşullara tâbi kılınmıştır. Oysaki anılan tarihten önce miras sözleşmesi ehliyeti, vasiyetname ehliyetinden daha ağır koşullara tâbi olduğu için¹²⁴ -tıpkı Türk hukukunda olduğu gibi- ehliyet sebebiyle iptal edilmiş miras sözleşmesinin, şartları varsa vasiyetnameye tahvil edilebilmesi mümkündür¹²⁵.

¹¹⁹ Çabri, 2018: N1094, 1338.

¹²⁰ Weil, 1934: 66; Piotet, 1978: 212; Eren, 1966: 136; Dural, 1980: 66; Kocayusufpaşaoğlu, 1987: 140; Dural ve Öz, 2020: N288; Tuñçomağ, 1976: 176; Oğuzman, 1991: 217; Eren, 2020: N945; Güral, 1953: 127; Ergüne, 2011: 265; Antalya ve Sağlam, 2019: N1064; Ayan, 2016: 156. Benzer şekilde bkz. Cornaz, 1937: 107-108. Alman hukukunda da miras sözleşmesi ehliyetinin (§2275 BGB), vasiyetname ehliyetine göre daha katı şartlara tâbi olduğu ve on altı yaşını doldurmuş kişinin yaptığı miras sözleşmesinin, §2229 BGB gereğince gerekli ehliyet koşulunu sağladığı için vasiyetnameye tahvil edilebileceği yönünde bkz. Flume, 1992: 592.

¹²¹ Kocayusufpaşaoğlu, 1987: 146; Ergüne, 2011: 265. Yazarlar, anılan ihtimalde miras sözleşmesinin resmî vasiyetnameye tahvil edilebileceğinden bahsetmektedir. Bu açıdan krş. Weimar, 2009: Art.468 N23-25. Yazar, ivazlı miras sözleşmeleri ile mirastan feragat sözleşmeleri için tahvil imkânının bulunmadığını belirtmektedir.

¹²² Eren, 1966: 136. Anılan unsurlara ilişkin açıklamalar için bkz. I/B.

¹²³ *Fassung gemäss Ziff. I 2 des BG vom 19. Dez. 2008 (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht), in Kraft seit 1. Jan. 2013 (AS 2011 725; BBl 2006 7001).*

¹²⁴ Eski Art.468 ZGB hükmü miras sözleşmesi ehliyeti bakımından sadece erginlikten (*Mündigkeit*) söz etmişti. Nitekim eTMK 450 hükmü de sadece miras sözleşmesi yapanın reşit olması gerektiğini düzenlemişti. Ancak öğretilde, ayırt etme gücünün tüm hukukî işlemler bakımından elzem olduğu ve doğal olarak miras sözleşmesi ehliyeti için de -her ne kadar anılan hükümde açıkça zikredilmemiş olsa da- aranacağı kabul ediliyordu. Bu husustaki açıklamalar için bkz. Dural, 1980: 15, 53 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, 1987: 140.

¹²⁵ Örnek olarak bkz. Weil, 1934: 66; Piotet, 1978: 212.

B. Kanunun Öngördüğü Şekle Uyulmadan Yapılan Ölüme Bağlı Tasarrufların Tahvili (TMK 557 b.4)

Şekle aykırılığın yaptırımını genel olarak düzenleyen TBK 12/II hükmü, şekle aykırı sözleşmelerin “*hüküm doğurmayacağından*” söz etmiştir. Bununla birlikte anılan maddenin gerekçesinde yaptırımın “*kesin hükümsüzlük*” (butlan) olduğu açıklanmıştır. Söz konusu genel kural, TMK 557 b.4 hükmünde yer alan özel kural sebebiyle ölüme bağlı tasarruflar bakımından uygulama alanı bulamaz. Gerçekten ölüme bağlı tasarrufların kanunun öngördüğü şekle uyulmadan yapılmasının yaptırımı iptal edilebilirliktir.

TMK 558/I düzenlemesi gereğince iptal davası, sadece iptalde menfaati bulunan kişiler veya vasiyet alacaklıları tarafından açılabilir. Ölüme bağlı tasarrufun iptaline ilişkin dava kabul edilirse mirasbırakanın yapmış olduğu tasarruf, iptal edilerek sadece davacı bakımından hüküm ifade etmez¹²⁶. Ancak şekle uyulmadan yapılan ölüme bağlı tasarruf bakımından aynı sonuca varılamaz. Anılan ihtimalde ölüme bağlı tasarruf, iptal edilerek tüm ilgililer açısından hükümsüz hâle gelir¹²⁷.

Ölüme bağlı tasarrufun şekil kurallarına aykırılık sebebiyle iptal edilmesi, vefat etmiş ve yeni bir ölüme bağlı tasarruf yapamayacak mirasbırakanın son arzularının gerçekleşmemesi anlamına gelir. Anılan sebeple öncelikle tahvilin şartlarının somut olayda mevcut olup olmadığı, yani yapılan ölüme bağlı tasarrufun başka bir hukukî işleme çevrilerek geçerli kılınıp kılınmayacağı incelenmelidir¹²⁸. Nitekim böyle bir çaba, *favor testamenti* ilkesinin de bir gereğidir.

¹²⁶ Y. İBK, E.1955/16, K.1955/25, 07.12.1955, (legalbank.net); Wachendorf Eichenberger, 2003: 99; Dural ve Öz, 2020: N1017; İmre ve Erman, 2016: 226. Bütün mirasçılar tarafından açılan iptal davasının kabulü neticesinde ölüme bağlı tasarruf hiçbir mirasçı için hüküm ifade etmeyeceğinden kesin hükümsüz hâle gelir. Benzer şekilde bkz. Dural ve Öz, 2020: N1017. İptal davasının bozucu yenilik doğuran dava teşkil ettiği yönünde bkz. Wachendorf Eichenberger, 2003: 98; Oğuzman, 1991: 221; Dural ve Öz, 2020: N1017; Çabri, 2018: N1359. Ölüme bağlı tasarrufların iptali davasına ilişkin açıklamalar için bkz. Wachendorf Eichenberger, 2003: 96 vd.

¹²⁷ Dural ve Öz, 2020: N1016, 1018; Oğuzman, 1991: 220; İmre ve Erman, 2016: 224. Şüphesiz TMK 558/III hükmünün düzenlediği istisna bakımından aynı sonuca varılamaz. Resmî vasiyetnameler bakımından sadece işleme katılan resmî memur, tanık veya bunların eşleri ile hısımlarına yapılan kazandırmalar iptal edilerek ölüme bağlı tasarruf geçerliliğini muhafaza eder.

¹²⁸ Aynı şekilde bkz. Dural ve Öz, 2020: N1015.

Türk/İsviçre hukukunda şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflar vasiyetname ve miras sözleşmesi ile sınırlı olduğundan burada yapılan açıklamalar, esasen şekil yönünden sakat miras sözleşmesinin vasiyetnameye tahvili noktasında önem arz eder. TMK 545/I düzenlemesi gereğince miras sözleşmesi, resmî vasiyetnamenin şekil şartına tâbidir. Gerçekten miras sözleşmesinin gerektirdiği şekil şartlarını sağlamayan ve mahkeme kararıyla iptal edilmiş tasarrufun, daha hafif veya aynı şekil koşuluna tâbi olan vasiyetnameye tahvili mümkündür¹²⁹. Bu noktada resmî veya el yazılı vasiyetnameye tahvil yapılabilir¹³⁰. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında gerekli şekil şartlarını sağlamayan miras sözleşmesini, resmî vasiyetnameye tahvil etmiştir¹³¹. Elbette bu bakımdan tahvilin unsurlarının somut olayda mevcut olması gerekir¹³². Bu açıdan mirasbırakanın, miras sözleşmesinin geçersiz olduğunu bilseydi farazî iradesinin vasiyetnameyi yapmak yönünde olması özel bir önem arz eder. Zira mirasbırakanın ivazlı miras sözleşmesindeki taahhütleri, karşı âkidin edimleri ile karşılıklılık ilişkisi

¹²⁹ Bucher, 1988: 171; Wolf ve Hrubesch-Millauer, 2020: N269, 326; Flume, 1992: 592; Eren, 1966: 136; Antalya ve Sağlam, 2019: N563, 1064; Esener, 1959: 252; Baygın, 2000: 584; Çabri, 2018: N1092-1094, 1338. Bu noktada daha katı şekil gerekliliklerine sahip olan resmî vasiyetnamenin, el yazılı vasiyetnameye tahvil edilebileceğinden de söz edilebilir. Ancak el yazılı vasiyetname için vasiyetname metninin mirasbırakan tarafından el yazısıyla yazılması gerektiği için pratik olarak tahvil söz konusu olmaz. Bununla birlikte mirasbırakan, resmî vasiyetname yapmak amacıyla son arzularını kendi el yazısıyla kaleme alıp tarihiyle birlikte imzaladığı bir belgeyi resmî memura ibraz etmişse, ancak resmî vasiyetname herhangi bir sebeple geçersiz olmuşsa el yazılı vasiyetnameye tahvil mümkün olabilir. Bu hususta bkz. ve krş. Wachendorf Eichenberger, 2003: 156-157. Olağanüstü bir durumun varlığı hâlinde yapılabilen ve diğer vasiyetname türlerinden farklı bir yapılaş mekaniğine sahip sözlü vasiyetnameye tahvil ise söz konusu olamaz. Alman hukukunda miras sözleşmesinin vasiyete, ortak vasiyete ya da geciktirici şartlı bağışlama sözleşmesine tahvilinin kabul edildiği hakkında bkz. Ellenberger, 2022: §140 N10. Ayrıca bkz. Dural, 1980: 66 dn.39.

¹³⁰ Wolf ve Hrubesch-Millauer, 2020: N269, 326. Sadece resmî vasiyetname şeklinde bkz. Wachendorf Eichenberger, 2003: 154; Ergüne, 2011: 265. Resmî vasiyetnamenin miras sözleşmesine tahvili diğer tarafın irade beyanı mevcut olmadığı için gündeme gelemez. Bu hususta krş. Wachendorf Eichenberger, 2003: 155.

¹³¹ BGE 93 II 228-229 E.3; Kramer ve Schmidlin, 1986: Art.11 N164; Schwenzler ve Fountoulakis, 2020: Art.11 N26; Müller, 2018: Art.11 N240; Bucher, 1988: 171; Wolf ve Hrubesch-Millauer, 2020: N269; Kaneti, 1972: 202; Tekil, 2000: 1097 dn.13; Dural ve Öz, 2020: N517; Özbilen, 2016: 205; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993: 111. Alman hukuku bakımından benzer şekilde bkz. Wendtland, 2022: §140 N17.

¹³² Kaneti, 1972: 202-203; Dural ve Öz, 2020: N516-517; Baygın, 2000: 584; Antalya ve Sağlam, 2019: N563; Çabri, 2018: N1093. Anılan unsurlara ilişkin açıklamalar için bkz. I/B.

içerisinde; bunların tek taraflı bir hukukî işlem olan vasiyetnamede de muhafaza edileceği yönünde farazî iradenin bulunması şarttır¹³³.

C. Tüzel Kişiliğe Sahip Olmayan Topluluğa Yapılan Kazandırmaların Tahvili (TMK 577/II)

Mirasçı veya vasiyet alacaklısı olabilmek için TMK 577/I gereğince hak ehliyetine sahip olmak şarttır. Bir başka ifadeyle, ölüme bağlı tasarrufla sadece gerçek veya tüzel kişilere kazandırma yapılabilir¹³⁴. Bu bakımdan tüzel kişiliğe sahip olmayan bir topluluğa yapılan kazandırmanın da kesin hükümsüz olması gerekir¹³⁵.

Mirasbırakanın geçersiz olan işleminin nasıl geçerli olacağı kanun tarafından düzenlendiği için öğretide, TMK 577/II (Art.539/II ZGB) hükmünün kanunî tahvil teşkil ettiğini kabul etmektedir¹³⁶. Gerçekten de kanun koyucu

¹³³ BGE 46 II 17 E.4; BGE 76 II 279 E.3b; Eren, 1966: 137 dn.21; Kaneti, 1972: 202-203; Dural ve Öz, 2020: N516-517; Baygın, 2000: 584; Antalya ve Sağlam, 2019: N563. İsviçre Federal Mahkemesi (BGE 76 II 279 E.3); şekil koşuluna uyulmaksızın yapılan ölüme bağlı bağışlama sözleşmesinin, şartları mevcutsa resmî vasiyetnameye çevrilebileceğini belirtmekle beraber somut olayda bağışlama sözleşmesinde karşılıklı ve birbirine bağlı taahhütlerin mevcut olması sebebiyle mirasbırakanın farazî iradesinden bahsedilemeyeceğinden hareketle tahvili reddetmiştir. Benzer şekilde bkz. Kramer ve Schmidlin, 1986: Art.11 N164; Müller, 2018: Art.11 N241; Von Büren, s. 151; Schwenzer ve Fountoulakis, 2020: Art.11 N26; Esener, 1959: 253-254. Bu açıdan ayrıca bkz. Wolf ve Hrubesch-Millauer, 2020: N269. Yargıtay'ın bir kararına (Y. 2. HD, E.1937/934, K.1937/2534, 25.06.1937, Kaneti, 1972: 202) konu olan olayda miras sözleşmesi, sadece bir tarafça imzalanmış, diğer taraf sözleşmeyi imzalamamıştır. Yargıtay; sözleşmeyi imzalayan kişi bakımından, geçersiz miras sözleşmesinin vasiyetnameye tahvil edilip edilemeyeceği hususunda net bir yargıda bulunmamıştır. Şayet anılan tasarruflar, miras sözleşmesi içerisinde karşı tarafın edimleri ile bir karşılıklılık ilişkisi içerisinde ise farazî iradenin bulunmaması sebebiyle tahvil yapılamaz. Aksi hâlde ise diğer şartlar da mevcutsa tahvile engel kalmaz. Aynı doğrultuda bkz. Dural ve Öz, 2020: N516. Ayrıca bkz. Kaneti, 1972: 202-203. Nitekim Y. 2. HD, E.1972/2899, K.1972/2815, 05.05.1972, (Şener, 1988: 1056) kararında Yargıtay, resmî şekilde yapılmamış mirastan feragat sözleşmesinin tahvili imkânını -taahhütlerin karşılıklı olmasına değinmeksizin- reddetmiştir. Aynı şekilde bkz. Dural ve Öz, 2020: N516.

¹³⁴ Y. 3. HD, E.2013/13211, K.2013/17415, 09.12.2013, (legalbank.net).

¹³⁵ Y. 3. HD, E.2013/13211, K.2013/17415, 09.12.2013, (legalbank.net).

¹³⁶ Wachendorf Eichenberger, 2003: 104; Wolf ve Hrubesch-Millauer, 2020: N1279; Weimar, 2009: Einl. vor Art.467 N83 (eserde yanlışlıkla, mevcut olmayan Art.539/III ZGB hükmünden bahsedilmiştir); Kaneti, 1972: 206; Dural ve Öz, 2020: N1508; Antalya ve Sağlam, 2019: N1065; Baygın, 2000: 579. Benzer şekilde bkz. Breitschmid, Eitel, Fankhauser, Geiser ve Rum-Jungo, 2012: N1/24; Serozan ve Engin, 2021: §4 N26, 179,

bahis konusu hükümde iki farklı tahvil ihtimalini açıkça öngörmüştür. Tüzel kişiliği ve dolayısıyla hak ehliyeti bulunmayan topluluğa yapılan kazandırma, öncelikle o topluluğu oluşturan kişilere birlikte ait olacak; ancak bu yolla mirasbırakanın amacının gerçekleşmesi mümkün değilse tasarruf, vakıf kurmaya tahvil edilecektir. Anılan sebeple artık tahvilin şartlarının somut olayda mevcut olup olmadığının irdelenmesine gerek yoktur¹³⁷.

Tüzel kişiliği ve dolayısıyla mirasçı olma ehliyeti bulunmayan topluluğa yapılan kazandırma için öncelikle topluluktaki kişilere eşit olarak paylaşılma yolu denir¹³⁸. Dolayısıyla topluluğu oluşturan kişiler, atanmış mirasçı veya vasiyet alacaklısı gibi haklarını ileri sürebilir¹³⁹. Bunun için elbette kazandırmaya hak kazanan kişi çevresinin kesin ve net bir şekilde belirlenebilmesi gerekir¹⁴⁰. Örneğin; belirli bir üniversitenin hukuk fakültesinin ilk sınıfında öğrenim gören öğrencilere, eğitim masraflarında kolaylık sağlanması amacıyla bir kazandırma yapılmışsa yararlanacak kişi çevresi rahatlıkla belirlenebilir ve anılan kişiler eşit olarak kazandırmadan yararlanır¹⁴¹. Kazandırmadan yararlananlar, TMK 577/II hükmü gereğince mirasbırakanın belirlediği amacı yerine getirmeye ilişkin yüküleme (*Auflage*) altındadır¹⁴². Mirasbırakanın böyle bir amaç belirtmemesi hâlinde ise söz

242; Kırkbeşoğlu, 2019: 211. Söz konusu hükmün emredici nitelikte olmadığı yönünde bkz. Piotet, 1978: 213; Ergüne, 2011: 252.

¹³⁷ Anılan hüküm kapsamında farazî iradenin varlığının karineten kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. Piotet, 1978: 213.

¹³⁸ Dural ve Öz, 2020: N1508-1509; Serozan ve Engin, 2021: §4 N242; Kaneti, 1972: 204-205; Wolf ve Hrubesch-Millauer, 2020: N1279, 1281; Breitschmid, Eitel, Fankhauser, Geiser ve Rumo-Jungo, 2012: N1/24. Hükümde geçen “kazandırma” (*Zuwendungen*) ibaresinin hem belirli mal bırakmayı (*Vermächtnis*) hem mirasçı atamayı (*Erbeinsetzung*) kapsadığı yönünde bkz. Wolf ve Hrubesch-Millauer, 2020: N1279; Dural ve Öz, 2020: N1508. Elbette anılan kişiler bir tüzel kişilik oluşturuyorsa bu durumda tüzel kişi mirasçı veya kendisine mal bırakılan olur. Bu hususta bkz. Serozan ve Engin, 2021: §4 N242. Anılan ihtimalde TMK 577/II hükmünün uygulanması doğal olarak gündeme gelmez.

¹³⁹ Dural ve Öz, 2020: N1509.

¹⁴⁰ Wolf ve Hrubesch-Millauer, 2020: N1279, 1281; Breitschmid, Eitel, Fankhauser, Geiser ve Rumo-Jungo, 2012: N1/24; İmre ve Erman, 2016: 308. Anılan kişi çevresinin kimlerden oluştuğu, mirasın açılması anı esas alınarak belirlenir. Bu husustaki açıklamalar için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, 1987: 530 dn.17; Ergüne, 2011: 253-254. Mirasbırakanın belirlediği kişi çevresi herhangi bir şüpheye yer bırakmayacak açıklıkta olmalıdır. Aksi hâlde ölüme bağlı tasarrufun icra edilebilmesi için vasiyeti yerine getirme görevlisinin veya üçüncü kişilerin karar vermesi gerekir. Bu husustaki açıklamalar için bkz. BGE 81 II 30 E.7; Ergüne, 2011: 254.

¹⁴¹ Benzer bir örnek için bkz. Serozan ve Engin, 2021: §4 N242.

¹⁴² Wolf ve Hrubesch-Millauer, 2020: N1281; Ergüne, 2011: 253; Serozan ve Engin, 2021: §4 N242 (Yazarlar, yapılan kazandırmada fakültedeki bir dersliğin onarılması gibi geçici bir

konusu kişiler herhangi bir yüklemle bulunmaksızın kazandırmadan istifade ederler¹⁴³.

Topluluğu oluşturan kişilerin çevresinin net belirlenememesi veya belirlenebilmekle birlikte çok sayıdaki kişiyi içeren topluluk fertlerine eşit kazandırma yapılması hâlinde mirasbırakanın amacı gerçekleşmeyecekse tasarruf, topluluğun güttüğü amacın gerçekleştirilebilmesi için vakıf kurmaya tahvil edilir¹⁴⁴. Örneğin; mirasbırakan, kazandırmadan istifade edecek topluluğu “*yaşlı ve muhtaçlar*” şeklinde ifade etmişse kişi çevresi net bir şekilde belirlenemeyeceğinden¹⁴⁵ kazandırma, vakfa tahvil edilir¹⁴⁶. Bu hâlde

amaç öngörülümüşse yüklemli vasiyetten söz edileceğini belirtmektedir). Benzer şekilde bkz. Kocayusufoğlu, 1987: 150. Yüklemle (*Auflage*) hakkında açıklamalar için bkz. Wolf ve Hrubesch-Millauer, 2020: N772 vd.; Yıldırım, 2004: 97 vd.

¹⁴³ Ergüne, 2011: 253.

¹⁴⁴ Kaneti, 1972: 204-205; Breitschmid, Eitel, Fankhauser, Geiser ve Rumo-Jungo, 2012: N1/24; Ergüne, 2011: 254-255; Dural ve Öz, 2020: N1510-1511. krş. İmre ve Erman, 2016: 308. Kazandırmanın toplu muhafazası suretiyle amaç daha iyi korunabilecekse de tasarrufun vakıf kurmaya tahvil edilebileceği yönünde bkz. Dural ve Öz, 2020: N1510-1511. Her ne kadar hükümde açıkça ifade edilmemiş olsa da kazandırmanın vakıf kurmak yerine mevcut bir vakfa veya başka bir tüzel kişiliğe de aktarılabilirliği yönünde bkz. Wachendorf Eichenberger, 2003: 104; Breitschmid, Eitel, Fankhauser, Geiser ve Rumo-Jungo, 2012: N1/24; Piotet, 1978: 213; Serozan ve Engin, 2021: §4 N242. Ölüme bağlı tasarrufun vakıf kurmaya tahvil edilebilmesi için vakıf kurmanın şartlarının mevcut olması gerektiği hususunda bkz. Ergüne, 2011: 256. Kazandırma vakıf kurmak için yeterli gelmezse TMK 107/III (eTMK 77/III) hükmü gereğince en yakın amacı güden vakfa, böyle bir vakıf yoksa tüzel kişiye verilmesi gerektiği yönünde bkz. Kaneti, 1972: 205 dn.39; Baygın, 2000: 580; Kocayusufoğlu, 1987: 530-531; Ergüne, 2011: 257-258.

¹⁴⁵ Wolf ve Hrubesch-Millauer, 2020: N1281. Benzer örnekler için bkz. Wolf ve Hrubesch-Millauer, 2020: N1281; Serozan ve Engin, 2021: §4 N242; İmre ve Erman, 2016: 118 dn.14. İsviçre Federal Mahkemesi BGE 81 II 31-32 E.8 kararında “*Katolik rahip adaylarının yetiştirilmesinde kullanılmak üzere*” (“*zur Heranbildung von katholischen Priesteramtskandidaten zu verwenden*”) şeklindeki ölüme bağlı tasarrufta kişi çevresini yeterince somut bulmayarak mirasbırakanın kazandırmasının Art.539/II ZGB çerçevesinde tahvil edilemeyeceğine hükmetmiştir. Buna karşın BGE 100 II 103 E.3b (“*Il n'est pas concevable de partager la fortune de Marie Oberson entre les lépreux pris individuellement. En revanche, le but visé peut être atteint par la constitution d'une fondation nouvelle composée du capital net de l'héritage: ...*”) kararında ise yararlanacak kişi çevresinin “*cüzzamlılar*” (“*les lépreux*”) şeklinde belirlendiği kazandırma bakımından amacın, vakıf yoluyla daha iyi yerine getirilebileceği kanaatiyle kazandırmayı vakfa tahvil etmiştir. Bu bakımdan bkz. ve krş. Breitschmid, Eitel, Fankhauser, Geiser ve Rumo-Jungo, 2012: N1/24; Wachendorf Eichenberger, 2003: 135; Wolf ve Hrubesch-Millauer, 2020: N1280; Ergüne, 2011: 254 dn.663.

¹⁴⁶ Yeni bir vakıf kurulabileceği (TMK 526, 577/II) ya da kazandırmanın amacına uyan hâlihazırda mevcut bir tüzel kişiliğe -kural olarak vakfa- yapılacağı yönünde bkz. Wolf ve Hrubesch-Millauer, 2020: N1281. Alman hukukunda §2072 BGB hükmü tam olarak anılan

de tasarruftan yararlanan kişi çevresinin ve buna bağlı olarak mirasbırakanın amacının yeterli bir şekilde somutlaştırılması gerekir¹⁴⁷. Zira yararlanacak kişilerin kimler olduğu belirlenemiyorsa sınırlandırılmayan kişi çevresi nedeniyle mirasbırakanın arzusunun yerine getirilebilmesi mümkün olmaz ve bir görüşe göre mirasbırakanın kazandırmaya ilişkin tasarrufu batıl olur¹⁴⁸. Üstün tutulması gereken diğer görüş ise *favor testamenti* ilkesinden hareketle mirasbırakanın amacını gerçekleştirmeye ehil bir vakfa yüklemeli kazandırma yapılmasının daha isabetli olduğunu savunmaktadır¹⁴⁹.

D. Bağlayıcı Ölümüne Bağlı Tasarruf İçermeyen Miras Sözleşmesinin Tahvili

Mirasbırakan, ölüme bağlı tasarruflarını vasiyetname veya miras sözleşmesi şeklinde yapabilir. Tek taraflı bir hukukî işlem olması sebebiyle vasiyetnamede, karşılıklılık taşıyan tasarruflardan bahsedilemez. Oysaki miras sözleşmesi, vasiyetnameden farklı olarak mirasbırakanın, ölüme bağlı tasarruflarını edim – karşı edim ilişkisi içerisinde (ivazlı miras sözleşmesi) yapabilmesine olanak sağlar. Bu bakımdan miras sözleşmesi, en azından bir adet bağlayıcı ölüme bağlı tasarruf içermelidir¹⁵⁰. Bununla birlikte miras sözleşmesinde anılan bağlayıcılığa sahip olmayan maddî anlamda ölüme bağlı tasarruflara da yer verilmesinde sakınca yoktur¹⁵¹. Örneğin; mirasbırakan, sözleşme tarafı ile karşılıklı edimlerinin yanı sıra miras sözleşmesi ile bir vakıf kurabilir veya vasiyeti yerine getirme görevlisi atayabilir.

Miras sözleşmesi, tamamen bu şekilde karşılıklılık arz etmeyen maddî anlamda ölüme bağlı tasarruflardan oluşuyorsa, ancak herhangi bir sebeple

ihtimali öngörmüştür. Bu husustaki açıklamalar için bkz. Ergüne, 2011: 256 dn.666. Söz konusu düzenlemeye göre mirasbırakanın net bir şekilde sınırlamaksızın “*yoksullar*” (“*die Armen*”) şeklinde yaptığı kazandırma, şüphe hâlinde, yoksullara dağıtmak yüklemesi ile birlikte kendisinin son yerleşim yerinde bulunan yoksullara yardım kuruluşuna (“*Armenkasse*”) verilir.

¹⁴⁷ Wolf ve Hrubesch-Millauer, 2020: N1279; Breitschmid, Eitel, Fankhauser, Geiser ve Rumojungo, 2012: N1/24.

¹⁴⁸ Breitschmid, Eitel, Fankhauser, Geiser ve Rumojungo, 2012: N1/24; Wolf ve Hrubesch-Millauer, 2020: N1281.

¹⁴⁹ Y. 2. HD, E.2001/5921, K.2001/7312, 10.05.2001, (legalbank.net); Y. 2. HD., E.1990/12013, K.1990/13283, 11.12.1990, (Yıldırım, 2004: 110 dn.449); Serozan ve Engin, 2021: §4 N242; Ergüne, 2011: 257 (Yazar, bu noktada TMK 107/III hükmünün de kıyasen uygulanabileceği kanaatindedir).

¹⁵⁰ Dural, 1980: 104 dn.5, 111; Dural ve Öz, 2020: 662; Kocaağa, 2002: 59 dn.3.

¹⁵¹ Dural, 1980: 110. Anılan tek taraflı maddî anlamda ölüme bağlı tasarrufların yorumlarında irade prensibinin geçerli olduğu hususunda bkz. Baygın, 2000: 571-572.

geçersizse tahvil söz konusu olabilir¹⁵². Gerçekten böyle bir miras sözleşmesi, anılan tasarrufların vasiyetname ile yapılması mümkün olduğu için -elbette tahvilin unsurları mevcutsa- geçerlilik şartlarını haiz vasiyetnameye çevrilerek ayakta tutulabilir.

Miras sözleşmesinin ivazlı içeriğine dâhil olan bağlayıcı ölüme bağlı tasarrufların tahvil edilebilmesine ise şüpheyle yaklaşmak gerekir. Zira çoğu zaman mirasbırakan, karşı âkitten elde edeceği ivaz sebebiyle anılan tasarrufta bulunmaktadır. Ancak mirasbırakanın, miras sözleşmesinin geçersizliğini bilseydi anılan kazandırmayı vasiyetname olarak da yapacağı yönünde farazî iradesinin varlığı kabul edilebilirse tahvil yapılabilir.

E. Ortak Vasiyetnamelerin Tahvili

İki ya da daha çok kişinin aynı hukukî işlem içerisinde yaptığı ölüme bağlı tasarruflara ortak vasiyetname (*gemeinschaftliches, gemeinsames Testament*) denir¹⁵³. Türk/İsviçre hukukunda ortak vasiyetname kurumu, Alman hukukunun aksine açıkça düzenlenmemiştir¹⁵⁴. Her ne kadar ZGB'nin ön tasarısında (*Vorentwurf*) ortak vasiyetnameye yer verilmişse de uzmanlar komisyonu (*Expertenkommission*) tarafından anılan hükümler nihai metinden çıkartılmıştır¹⁵⁵. Aynı komisyon, ortak vasiyetnamenin açıkça yasaklanması yönündeki teklifi ise reddederek ortak vasiyetname kurumu bakımından belirgin bir tutum sergilemekten kaçınmış ve meseleyi öğreti ile içtihatlarla bırakmıştır¹⁵⁶. Nitekim Türk/İsviçre hukukunda ortak vasiyetnamelerin

¹⁵² Dural ve Öz, 2020: N662; Antalya ve Sağlam, 2019: N544; İnan, Ertaş ve Albaş, 2015: 361; Kocaağa, 2002: 59 dn.3.

¹⁵³ Y. 3. HD, E.2013/18224, K.2014/2251, 17.02.2014, (legalbank.net); Y. 3. HD, E.2017/12298, K.2019/146, 16.01.2019, (www.lexpera.com.tr); Y. 2. HD, E.1990/9067 K.1990/2434, 02.03.1990, (www.lexpera.com.tr); Druet, §9 N7; Wachendorf Eichenberger, 2003: 69; Kocayusufopaşaoğlu, 1987: 129; Dural ve Öz, 2020: N269 vd.

¹⁵⁴ Breitschmid, 1982: N657; Wachendorf Eichenberger, 2003: 69; Serozan ve Engin, 2012: §4 N6, 10; Kocayusufopaşaoğlu, 1987: 131; Ergüne, 2011: 24. §2265 BGB hükmünün ortak vasiyetnamenin sadece eşler arasında yapılabileceğini açıkça düzenlediği yönünde bkz. Kocayusufopaşaoğlu, 1987: 131. Alman hukukunda yaygın olarak uygulama alanı bulan, eşlerin birbirine bağlı tasarruflarını içeren birlikte kaleme alınmış ve imzalanmış ortak vasiyetnamenin “Berlin tipi vasiyetname” (*Berliner Testament*) şeklinde anıldığı hususunda bkz. Serozan ve Engin, 2021: §4 N6. Alman hukuku bakımından evli olmayan kişilerin yaptıkları ortak vasiyetin, bağımsız tek kişilik vasiyetnelere tahvil edilebileceği yönünde bkz. Ellenberger, 2022: §140 N10. Yazar, eşlerden birinin vasiyetname ehliyetine sahip olmaması hâlinde dahi tahvilin mümkün olduğunu belirtmektedir. Benzer şekilde bkz. Berneith, 2019: 242.

¹⁵⁵ BGE 46 II 18 E.4; Piotet, 1978: 190; Kocayusufopaşaoğlu, 1987: 131.

¹⁵⁶ Piotet, 1978: 190.

geçerli olmadığı ağırlıklı olarak kabul edilmektedir¹⁵⁷. Hakikaten kanun koyucu, şekli anlamda ölüme bağlı tasarrufları sınırlı sayıda düzenlemiştir¹⁵⁸. Ancak mirasbırakanın son arzularının mümkün mertebe ayakta tutulması ilkesi (*favor testamenti*) gereğince geçersiz ortak vasiyetnamelerin ikâme bir hukukî işleme tahvil edilebilmesi mümkündür¹⁵⁹.

Ortak vasiyetname; birlikte, karşılıklı ve birbirine bağlı olmak üzere üç farklı şekilde görülebilir:

Birlikte vasiyetname (*testamentum mere simultaneum, gleichzeitiges Testament*) denilen ilk hâlde birden çok kişinin yaptığı ölüme bağlı tasarruflar arasında herhangi bir irtibat bulunmamakta, sadece anılan kişilerin tasarrufları aynı belgede veya hukukî işlem içerisinde yer almaktadır¹⁶⁰.

Karşılıklı vasiyetnamede (*testamentum reciprocum, gegenseitiges, reziprokes Testament*) ise taraflar, aynı hukukî işlem içerisinde karşılıklı olarak birbirleri lehine ölüme bağlı tasarruflarda bulunurlar¹⁶¹. Karşılıklı vasiyetnamede tasarruflar arasında, birbirine bağlı vasiyetnamedeki gibi yoğunluğa sahip olmamakla birlikte bir iç bağlantı vardır¹⁶². Bu bakımdan taraflardan birinin yaptığı tasarrufların geçersiz olması, karşı tarafın tasarruflarının geçerliliğini etkilemez¹⁶³.

Birbirine bağlı vasiyetnamede (*testamentum correspectivum, korrespektives, wechselseitiges Testament*) ise tarafların yaptıkları ölüme bağlı tasarrufların geçerliliği, aynı hukukî işlemde yer alan diğer tarafın

¹⁵⁷ BGE 89 II 285 E.4; BGE 76 II 278-279 E.3a; Piotet, 1978: 190-191; Baygın, 2000: 585; Kocayusufpaşaoğlu, 1987: 131; İmre ve Erman, 2016: 227.

¹⁵⁸ Wachendorf Eichenberger, 2003: 69.

¹⁵⁹ Baygın, 2000: 585-586; Kocayusufpaşaoğlu, 1987: 131-132; Serozan ve Engin, 2021: §4 N6. Eşlerin resmî şekilde yaptığı ortak vasiyetnamenin, serbestçe dönebilme imkânı bulunmadığı için miras sözleşmesine tahvil edilemeyeceği yönünde bkz. İnan, Ertaş ve Albaş, 2015: 171-172, 271.

¹⁶⁰ Wachendorf Eichenberger, 2003: 69; Breitschmid, 1982: N659; Kocayusufpaşaoğlu, 1987: 130.

¹⁶¹ Kocayusufpaşaoğlu, 1987: 130; Wachendorf Eichenberger, 2003: 69; Piotet, 1978: 190. krş. Breitschmid, 1982: N659. Yazar, tasarrufların aynı belgede bulunmasının elzem olmadığını belirtmektedir.

¹⁶² Breitschmid, 1982: N659; Wachendorf Eichenberger, 2003: 69.

¹⁶³ Y. 2. HD, E.1955/6030, K. 1955/5945, 27.02.1955, (Kocayusufpaşaoğlu, 1987: 133); Y. 2. HD, E.1963/3847, K.1963/3770, 17.06.1963, (Kocayusufpaşaoğlu, 1987: 133-134). Bu husustaki açıklamalar için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, 1987: 133-134; Dural ve Öz, 2020: N271.

yaptığı ölüme bağlı tasarrufların geçerliliğine bağlanmıştır¹⁶⁴. Bu bakımdan taraflardan birinin yaptığı tasarrufların geçersiz olması, karşı tarafın tasarruflarını da geçersiz kılar¹⁶⁵. Birbirine bağlı vasiyetnamede tarafların tasarruflarının karşılıklı olması şart değildir¹⁶⁶. Birbirine bağlı vasiyetname, Türk/İsviçre hukukunda geçerli kabul edilmemektedir¹⁶⁷.

Her bir vasiyet bakımından şekil koşullarını yerine getirmiş birlikte veya karşılıklı vasiyetnameler geçerlidir. Zira kanun koyucunun açıkça ortak vasiyetname imkânını öngörmemiş olması, her biri kendi başına bağımsız bir ölüme bağlı tasarrufun geçerlilik şartlarını sağlayan hukukî işlemlerin geçerli olmasını engellemez. Ancak tarafların somut olayda ortak vasiyetnameyi nasıl yaptıkları belirleyicidir. Örneğin; tarafların sırasıyla kendi ölüme bağlı tasarruflarını kaleme almaları sonrasında tarihi de belirterek bunu imzalamaları hâlinde her ne kadar aynı belgede tecessüm etmiş olsa da iki farklı el yazılı vasiyetname mevcut olup bunların geçerli olduklarından şüphe etmemek gerekir¹⁶⁸. Buna karşın örneğin; ortak vasiyetname yapan kişilerden biri vasiyetname metnini elle yazıp sonra da tarihini atarak altını imzalarsa ve diğer taraf da sadece tarih ve imza atar veya yukarıdaki tasarrufların

¹⁶⁴ BGE 76 II 278-279 E.3a; Wachendorf Eichenberger, 2003: 69-70; Piotet, 1978: 190; Kocayusufpaşaoğlu, 1987: 130-131; Dural ve Öz, 2020: N269. krş. Breitschmid, 1982: N659. Yazar, tasarrufların aynı belgede bulunmasının elzem olmadığını belirtmektedir. Taraflardan en az biri ortak vasiyetnamedeki taahhütlerinden serbestçe dönmekten imtina etmişse miras sözleşmesinin söz konusu olduğu yönünde bkz. Piotet, 1978: 190. Ortak vasiyetname ile miras sözleşmesinin şekil ve bağlayıcılık bakımından farklı olduğu hususunda bkz. Breitschmid, 1982: N661.

¹⁶⁵ Wachendorf Eichenberger, 2003: 69; Piotet, 1978: 190.

¹⁶⁶ Piotet, 1978: 190; Kocayusufpaşaoğlu, 1987: 131.

¹⁶⁷ BGE 76 II 278-279 E.3a; Wachendorf Eichenberger, 2003: 70; Kocayusufpaşaoğlu, 1987: 132; Baygın, 2000: 585. Miras sözleşmesi şekline uyulması hâlinde birbirine bağlı vasiyetnamenin geçerli olacağı yönünde krş. Piotet, 1978: 191-192. Birbirine bağlı vasiyetnamenin, vasiyetnameden her zaman dönülebilmemesinin mümkün olması ile bağdaşmadığı, ayrıca edimler arasındaki bağıllık sebebiyle her tarafın, karşı tarafın etkisine açık olduğu yönünde bkz. Wachendorf Eichenberger, 2003: 71. Birbirine bağlı vasiyetnamenin aynı hukukî işlemde değil, bağımsız vasiyetnameler hâlinde yapılırsa geçerli olacağı yönünde bkz. Kocayusufpaşaoğlu, 1987: 132. İsviçre Federal Mahkemesi ise nasıl yapıldığından bağımsız olarak, birbirine bağlı vasiyetnameden dönme imkânının bulunmaması sebebiyle geçersizliği kabul etmektedir. Bu husustaki açıklamalar için bkz. Wachendorf Eichenberger, 2003: 71.

¹⁶⁸ Wachendorf Eichenberger, 2003: 70-71; Serozan ve Engin, 2021: §4 N6; Kocayusufpaşaoğlu, 1987: 132, 134. krş. Piotet, 1978: 192; Ergüne, 2011: 261-262. Alman hukuku bakımından aynı yönde bkz. Berneith, 2019: 242. Ortak vasiyetnamenin miras sözleşmesi şeklinde yapılmasının gerektiği yönünde bkz. Druey, §9 N7.

kendisinin de son arzularını teşkil ettiği gibi bir ifadeyi de eklerse burada ikinci tasarrufun geçerlilik koşulları sağlanmadığı için ortak vasiyetname geçerli olamaz¹⁶⁹. Diğer yandan açılan iptal davası neticesinde iptaline karar verilen ortak vasiyetname, koşullarını sağlıyorsa miras sözleşmesine tahvil edilebilir¹⁷⁰. Benzer şekilde geçerlilik koşullarını yerine getiren ilk tarafın yaptığı ölüme bağlı tasarruf ise el yazılı vasiyetnameye tahvil edilerek geçerli tutulabilir¹⁷¹. Ancak bu ihtimalde tarafların tasarrufları arasında bir iç bağlantı varsa, yani birbirine bağlı vasiyetname söz konusuysa farazi irade unsurunun

¹⁶⁹ Y. 3. HD, E.2013/18224, K.2014/2251, 17.02.2014, (legalbank.net): "... ortak vasiyetname denir. ... Bu hali ile birisi bakımından şekil şartı tamam olmakla beraber diğeri yönünden şekil şartı eksik kalan vasiyetnameleri geçerli saymak mümkün değildir. Ne var ki, yapılan ölüme bağlı tasarrufu miras sözleşmesi ve sair kurumlar çerçevesinde yorumlamanın mümkün olduğu durumlarda ise murisin son arzularını ayakta tutmak ve tahvil suretiyle yapılan hukuki işlemin geçerli olduğundan söz edilebilir. ... genel olarak ortak vasiyetnamenin değil ama Medeni Kanundaki şekil şartlarından birine (resmi-el yazısı-sözlü vasiyet) uyularak yapılmamış olanların geçersiz olduğu sonucuna varılabilir ki bu da birlikte yapılan vasiyet olacaktır. Örneğin, bir el yazısı vasiyetnameyi vasiyetçilerden biri, her iki mirasbırakanın arzularını açıklayacak şekilde yapmış ve sonra her ikisi de imzalamış iseler; veya vasiyetçiler, birlikte noter önünde son arzularını açıklamış ve noter de her iki iradeyi kapsayacak şekilde bir tek belge düzenlemiş ise o zaman vasiyetname kanundaki şartlara uygun olarak yapılmadığı için geçersiz olacaktır. Bu geçersizliğin müeyyidesi ise butlan değil iptal kabiliyetidir. Zira, ortada şekil şartlarını ihlal etmiş olsa dahi, şeklen bir vasiyetname vardır."); Y. 3. HD, E.2017/12298, K.2019/146, 16.01.2019, (www.lexpera.com.tr); Y. 2. HD., E.1990/9067 K.1990/2434, 02.03.1990, (www.lexpera.com.tr): "Daha başka bir ifade ile aynı işlemle yapılan birbiriyle iç içe geçmiş ve biri diğerine bağımlı vasiyetnameler ortak vasiyetname sayılır. Bu hali ile birisi bakımından şekil şartı tamam olmakla beraber diğeri yönünden şekil şartı eksik kalan vasiyetnameleri geçerli saymak mümkün değildir."; Wachendorf Eichenberger, 2003: 158; Dural ve Öz, 2020: N269; Piotet, 1978: 192; Kocayusufpaşaoğlu, 1987: 131-132; Baygın, 2000: 585. İkinci tarafın, belgeyi hiç imzalamaması hâlinde de şüphesiz aynı sonuca ulaşılabilir. Aynı yönde bkz. Wendtland, 2022: §140 N17; Kocayusufpaşaoğlu, 1987: 131-132; Kaneti, 1972: 202-203.

¹⁷⁰ Y. 2. HD., E.1990/9067, K.1990/2434, 02.03.1990, (www.lexpera.com.tr). Kararda eşlerin yaptığı birlikte vasiyetnamenin geçersiz olduğu tespit edildikten sonra anılan işlem miras sözleşmesine tahvil edilerek ayakta tutulmuştur. Bu açıdan bkz. ve krş. Çabri, 2018: N1095.

¹⁷¹ Y. 3. HD, E.2013/18224, K.2014/2251, 17.02.2014, (legalbank.net); Dural ve Öz, 2020: N269; Piotet, 1978: 192; Kocayusufpaşaoğlu, 1987: 131-132; Baygın, 2000: 585. Bu bakımdan krş. Serozan ve Engin, 2021: §4 N251 (Yazarlar; "ortak karşılıklı vasiyetnamenin" şekle aykırılık sebebiyle iptal edilebilir olduğunu; ancak şartları varsa tahvil edilebileceğini belirtmektedir); Breitschmid, 1982: N670.

bulunmaması sebebiyle tahvil de gerçekleşemez¹⁷². Nitekim Alman hukukunda §2270/I BGB hükmü, anılan sonucu açıkça düzenlemiştir¹⁷³.

F. Ölüme Bağlı Tasarruflarla Hayvanlara Yapılan Kazandırmaların Tahvili

TMK 8/I (Art.11/I ZGB) ve 577/I (Art.539/I ZGB) hükümleri çerçevesinde sadece kişiler, mirasçı veya vasiyet alacaklısı olabilir. Bir başka ifadeyle, hak ehliyetine sahip olmadıkları için hayvanların mirasçı veya vasiyet alacaklısı olabilmesi mümkün değildir¹⁷⁴.

Bununla birlikte İsviçre hukukunda 01.04.2013 tarihinde yürürlüğe giren Federal Kanun ile üç fıkradan oluşan Art.482 ZGB (TMK 515) hükmüne dördüncü bir fıkra eklenmiş ve ölüme bağlı tasarruflarla hayvanlar lehine yapılan kazandırmaların, anılan hayvanlar için hayvan dostu bir bakımın sağlanmasına yönelik yüküleme sayılacağı hükme bağlanmıştır¹⁷⁵. Bir başka ifadeyle, hayvana yapılmış kazandırmanın kesin hükümsüz olması gerekmesine rağmen kanun koyucu, bunu ilgili kişiye yapılan yüklemeli bir kazandırmaya tahvil ederek ayakta tutmuştur¹⁷⁶. Dolayısıyla İsviçre

¹⁷² Piottet, 1978: 213; Druey, §9 N7; Kaneti, 1972: 198-199; Kocayusufpaşaoğlu, 1987: 131-132; Dural ve Öz, 2020: N269; Ergüne, 2011: 262. Bu bakımdan İsviçre Federal Mahkemesi'nin kararlarından örnek verilebilir. İsviçre Federal Mahkemesi BGE 89 II 286 E.4 kararında batıl birbirine bağlı vasiyetnamenin farazî iradenin bulunmaması sebebiyle el yazılı vasiyetnameye tahvil edilemeyeceğine hükmetmiştir. Aynı yönde bkz. Schwenzer ve Fountoulakis, 2020: Art.11 N26; Müller, 2018: Art.11 N241; Huguenin, Art.35 N6. Mahkeme BGE 76 II 279 E.3b kararında da farazî iradenin mevcudiyetinin anlaşılabilmesi sebebiyle tahvili reddetmiştir. Eşler arasında yapılması ve farazî iradenin varlığı hâlinde karşılıklı vasiyetnamenin iki ayrı vasiyetnameye tahvil edilebileceği yönünde bkz. Kaneti, 1972: 201.

¹⁷³ Berneith, 2019: 242. Yazar, bununla birlikte karşılıklı ortak vasiyetnamenin içerdiği karşılıklı olmayan ölüme bağlı tasarrufların geçerli olup olmayacaklarının ise §2085 BGB hükmüne göre belirleneceğini belirtmektedir. Bu hususta bkz. Berneith, 2019: 243.

¹⁷⁴ Wolf ve Hrubesch-Millauer, 2020: N785; Ergüne, 2011: 259; İmre ve Erman, 2016: 119; Çabri, 2018: N86.

¹⁷⁵ Ziff. I des BG vom 4. Okt. 2002 (Grundsatzartikel Tiere), in Kraft seit 1. April 2003 (AS 2003 463; BBl 2002 4164 5806). Yine aynı Kanun ile ZGB'ye eklenen Art.641a hükmü "Hayvanlar eşya değildir." ve "Hayvanlar için özel düzenlemeler mevcut olmadığı takdirde eşyalara dair kurallar hayvanlar için de uygulanır." şeklinde iki fıkradan oluşmaktadır.

¹⁷⁶ Wolf ve Hrubesch-Millauer, 2020: N323, 785, 1276; Serozan ve Engin, 2021: §1 N143, §4 N26, 242

Ergüne, 2011: 260. Aynı sonuca, hak ehliyetine sahip olmayan çeşme veya cami gibi cansız varlıklar lehine yapılan kazandırmalar bakımından da varılabileceği yönünde bkz. Ergüne, 2011: 259.

hukukunda Art.482/IV hükmü gereğince kanunî tahvilden söz edilebilir¹⁷⁷. Kanunî tahvil düzenlemesi bulunduğu için artık tahvilin unsurlarının somut olayda var olup olmadığı incelenmez. Öğretide; tek kanunî mirasçısı kardeşi olan mirasbırakanın, kaplumbağasını tek mirasçısı olarak belirlemesi bu durumda örnek gösterilmiştir¹⁷⁸. Bu hâlde mirasbırakanın kardeşi, kaplumbağaya bakmak yüklemesi ile tek mirasçı olarak mirası kazanır.

Türk hukuku bakımından benzer bir düzenleme bulunmadığı için kanunî tahvil imkânından söz edilemez. Bununla birlikte tahvilin unsurlarının somut olayda bulunması hâlinde ölüme bağlı tasarruf ile hayvan lehine yapılan kazandırmaların, *favor testamenti* ilkesi gereğince yüklemeye tahvil edilebilmesine bir engel yoktur¹⁷⁹.

Sonuç

Kesin hükümsüz bir hukukî işlem, belirli şartların varlığı hâlinde ikâme bir hukukî işleme tahvil edilebilir. Bunun için tarafların yaptıkları hukukî işlemin batıl olduğunu bilmemeleri, butlana yol açan kanun hükmünün tahvile engel olmaması, batıl işlemin ikâme işlemin geçerlilik şartlarını sağlaması, ikâme işlemin tarafların amaçladığı hukukî sonuçlara benzer sonuçlar doğurması ve tarafların yaptıkları işlemin batıl olduğunu bilselerdi ikâme işlemi yapmak isteyeceklerinin kabul edilebilmesi gerekir. Anılan unsurların bir arada bulunması durumunda tahvil re'sen gerçekleşir. Bununla birlikte tahvile dayanan taraf, tahvili ispat yükü altındadır.

Geçersiz olan ölüme bağlı tasarrufun sonradan geçerli bir şekilde tekrar yapılabilmesi çoğu zaman mümkün olmadığından tahvilin önemi, ölüme bağlı tasarruflar alanında daha fazladır. Genel bir hükümle düzenlenmemiş olmasına rağmen miras hukukuna egemen *favor testamenti* ilkesinden hareketle tahvilin yapılabileceği aşikârdır. Nitekim kanun koyucu da belirli bazı hükümlerde kanunî tahvil imkânını açıkça düzenlemiştir. Kanunî tahvil hâllerinde, ilgili kanunî düzenlemedeki unsurların sağlanması yeterli olup ayrıca tahvilin unsurlarının mevcudiyeti aranmaz. Tüzel kişiliğe sahip olmayan topluluğa yapılan kazandırmaların tahvilini düzenleyen TMK 577/II hükmü kanunî tahvile örnek gösterilebilir. Keza İsviçre hukukunda ölüme bağlı tasarruflarla hayvanlara yapılan kazandırmaların tahvili de Art.482/IV ZGB düzenlemesi gereğince kanunî tahvil teşkil eder.

¹⁷⁷ Wolf ve Hrubesch-Millauer, 2020: N323, 785, 1276.

¹⁷⁸ Wolf ve Hrubesch-Millauer, 2020: N786.

¹⁷⁹ Benzer şekilde bkz. İmre ve Erman, 2016: 119; Çabri, 2018: N86; Ayan, 2016: 156.

Kanunî tahvil hâlleri dışında, tahvilin tüm unsurlarının mevcut olduğu durumlarda da geçersiz ölüme bağlı tasarruflar tahvil edilebilir. Bu noktada ilk akla gelen, gerekli ehliyet (TMK 557 b.1) veya şekil şartını (TMK 557 b.4) sağlamadan yapılan ölüme bağlı tasarrufların tahvil edilebilmesidir. Bu bağlamda miras sözleşmesinin, vasiyetnameye tahvili söz konusu olabilir. Şüphesiz anılan ölüme bağlı tasarrufların tahvilinin gündeme gelebilmesi için öncelikle bunlar hakkında açılan iptal davasında iptale karar verilmesi gerekir. Zira iptal edilmedikçe söz konusu ölüme bağlı tasarruflar geçerli olup hüküm ve sonuçlarını doğurmaya devam ederler. Tahvilin temel unsuru, batıl bir hukukî işlemin mevcudiyeti olduğu için iptal kararı kesinleşmedikçe tahvil ihtimalinden söz edilemez.

Miras sözleşmesinin ivazlı içeriğine dâhil olmayan tasarrufların tahvil edilebilmesi mümkündür. Buna karşın tarafların edim – karşı edim ilişkisi içerisinde yer alan ivazlı bir tasarrufun tahvil edilebilmesi bakımından çekingen bir tutum takınmak gerekir. Bu durumda mirasbırakanın, karşı edimin hükümsüz olduğunu bilseydi dahi kendi tasarrufunu yapacağına dair farazî iradesinin varlığı büyük önem kazanır ve muhtemelen uygulamada karşılaşılabilecek pek çok hâlde böyle bir farazî iradeden bahsedilemez.

Ortak vasiyetnamelerin Türk ve İsviçre hukukunda açıkça düzenlenmemesi sebebiyle geçersiz olduğu ağırlıklı olarak kabul edilmektedir. Buna karşın şeklen varlığını koruyan ortak vasiyetname, yalnızca açılan iptal davasında verilen iptal kararı ile tahvile açık hâle gelir. Bu durumda *favor testamenti* ilkesi gereğince ve geçerlilik koşullarını sağlaması kaydıyla her bir tarafın yaptığı tasarrufun bağımsız bir ölüme bağlı tasarrufa tahvili mümkündür. Bu bakımdan somut olayın şartlarının dikkate alınması gerekir. Göz önüne alınması gereken diğer bir husus ise tarafların tasarrufları arasında bir iç bağlantı bulunup bulunmadığıdır. Birbirine bağlı vasiyetname denilen bu hâlde, tasarrufu yapanın, karşı tarafın tasarrufunun geçersiz olmasına rağmen kendi tasarrufunu yapmak yönünde farazî iradeye sahip olması beklenemeyeceğinden tahvil gerçekleştirilemez.

Ölüme bağlı tasarruflarla hayvanlara yapılan kazandırmalar bakımından İsviçre hukukundan farklı olarak Türk hukukunda açık bir kanunî düzenleme bulunmadığı için kanunî tahvilden söz edilemez. Buna karşın somut olayda tahvilin şartlarının mevcut olması hâlinde anılan tasarrufun, yüklemeye tahvili *favor testamenti* ilkesinin bir gereğidir.

KAYNAKÇA

- Akbulut, Pakize Ezgi. Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi ile Daraltılması. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- Aksoy Dursun, Sanem. “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumuna Dair Bazı Düşünceler”. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 66, Sayı 2 (2008): 311-326.
- Akyol, Şener. Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı (2. Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006.
- Altınok Ormanlı, Pınar. Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011.
- Altunkaya, Mehmet. Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2005.
- Antalya, Osman Gökhan. Marmara Hukuk Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1, 1 Temel Kavramlar, Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri, 2. Baskı (Editör Osman Gökhan Antalya). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Antalya, Osman Gökhan ve Sağlam, İpek. Marmara Hukuk Yorumu Miras Hukuku Cilt III (4. Baskı) (Editör Osman Gökhan Antalya). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Antalya, Osman Gökhan ve Topuz, Murat. Marmara Hukuk Yorumu Medeni Hukuk Cilt 1 Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri (4. Baskı) (Editör Osman Gökhan Antalya). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Ayan, Mehmet. Miras Hukuku (9. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Başpınar, Veysel. Borç Sözleşmelerinin Kısımî Butlanı. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1998.
- Baygın, Cem. “Ölüme Bağlı Tasarruflarda Yorum”. Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 4, Sayı 1-2 (2000): 567-594.
- Berneith, Daniel. “Umdeutung nichtiger gemeinschaftlicher Testamente mit wechselbezüglichen Verfügungen?”. Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge, Heft 5 (2019): 241-245.
- Breitschmid, Peter. Formvorschriften im Testamentsrecht, de lege lata - rechtsvergleichend- de lege ferenda dargestellt insbesondere am Beispiel des eigenhändigen Testaments. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1982.
- Breitschmid, Peter, Eitel, Paul, Fankhauser, Rolan, Geiser, Thomas ve Rumo-Jungo, Alexandra. Erbrecht (2. Auflage). Zürich, Basel ve Genf: Schulthess Juristische Medien AG, 2012.

- Bucher, Eugen. Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht (2. Auflage). Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1988.
- Cornaz, Olivier. La conversion des actes juridiques. Lausanne: Imprimerie Held, 1937.
- Çabri, Sezer: Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574) Cilt I. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Druey, Jean Nicolas. Grundriss des Erbrechts (5. Auflage). Bern: Stämpfli Verlag AG, 2002.
- Dural, Mustafa. Miras Sözleşmeleri (İsviçre, Alman ve Avusturya Hukuklarıyla Karşılaştırmalı Olarak). İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1980.
- Dural, Mustafa ve Öz, Turgut. Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku (15. Baskı). İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020.
- Dural, Mustafa ve Sarı, Suat. Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri (16. Baskı). İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021.
- Ellenberger, Jürgen. Beck'sche Kurz Kommentare, Grüneberg Bürgerliches Gesetzbuch (81. Auflage). München: Verlag C. H. Beck, 2022.
- Eren, Fikret. Türk Medenî Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davası. Ankara: Yargıçoğlu Matbaası, 1966.
- Eren, Fikret. Borçlar Hukuku Genel Hükümler (25. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Ergüne, Mehmet Serkan. Vasiyetnamenin Yorumu. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011.
- Esener, Turhan. "Hukuki Muamelelerde Tahvil". Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 16, Sayı 1-4 (1959): 234-259.
- Flume, Werner. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band Das Rechtsgecshäft (4. Auflage). Berlin, Heidelberg ve New York: Springer-Verlag, 1992.
- Funk, Fritz. Handkommentar des Obligationenrechtes. Aarau: Verlag H. R. Sauerländer & Co., 1928.
- Gauch, Peter, Schlupe, Walter R. ve Schmid, Jörg. Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht Band I (10. Auflage). Zürich, Basel ve Genf: Schulthess Juristische Medien AG, 2014.
- Guhl, Theo, Koller, Alfred, Schnyder, Anton K. ve Druey, Jean Nicolas. Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts (9. Auflage). Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2000.

- Güral, Jale. Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medenî Kanununun Sistemi. Ankara: İstiklâl Matbaacılık ve Gazetecilik, 1953.
- Havutçu, Ayşe. “Şekle Aykırılık Nedeniyle Geçersiz Hukuki İşlemlerin Tahvili”. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 3, Sayı 1-4 (1987): 643-681.
- Herzog, Nicolas. Kurzkommmentar OR (Art. 19-20) (Herausgeber Heinrich Honsell). Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2014.
- Huguenin, Claire. Schweizer Obligationenrecht 2020 Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil (Herausgeber Claire Huguenin ve Reto M. Hilty). Zürich: Schulthess Verlag, 2013.
- Huguenin, Claire, Maissen, Eva, Meise, Barbara ve Huber-Purtschert, Tina. Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil (3. Auflage). Zürich: Schulthess Verlag, 2019.
- İmre, Zahit ve Erman, Hasan. Miras Hukuku (12. Baskı). İstanbul: Der Yayınları, 2016.
- İnan, Ali Naim, Ertaş, Şeref ve Albaş, Hakan. İnan Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku (9. Baskı). Ankara: Bilge Yayınevi, 2015.
- Kahl, Manfred. Grenzen der Umdeutung rechtsgeschäftlicher Erklärungen (§ 140 BGB). Münster: Westfälische Wilhelms-Universität, 1985.
- Kaneti, Selim. İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları (1955-1964) I Borçların Genel Hükümleri. Ankara: Sevinç Matbaası, 1968.
- Kaneti, Selim. Hukukî İşlemlerin Çevrilmesi (Tahvili). İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1972.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. Borçlar Hukuku Genel Hükümler (21. Baskı). Ankara: Turhan Kitabevi, 2017.
- Kırkbeşoğlu, Nagehan. Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011.
- Kırkbeşoğlu, Nagehan. “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumu”. Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 23, Sayı 4 (2019): 197-225.
- Kocaağa, Köksal: “Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisinin Hukuki Niteliği”. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 6, Sayı 2 (2002): 55-82.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip. Miras Hukuku (3. Baskı). İstanbul: Filiz Kitabevi, 1987.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip. “Değişik Kısmî Hükümsüzlük ve Genişletilmiş Kısmî Hükümsüzlük Kavramları ile İlgili Düşünceler”. Prof. Dr. Selim Kaneti’ye Armağan, 25-33. İstanbul: Aybay Yayınları, 1996.

- Kocayusufpaşaoğlu, Necip. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme (7. Baskı). İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017.
- Koç, Nevzat. “Türk Medenî Hukukunda ve Roma Hukukunda Hükümsüzlük (=Butlan)”. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 2, Sayı 2 (1981): 127-172.
- Koller, Alfred. Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil (4. Auflage). Bern: Stämpfli Verlag, 2017.
- Kramer, Ernst A. Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI Obligationenrecht, 1. Abteilung Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, Unterteilband 1a, Inhalt des Vertrages, Kommentar zu Art. 19-22 OR (Herausgeber Arthur Meier-Hayoz). Bern: Stämpfli Verlag, 1991.
- Kramer, Ernst A. ve Probst, Thomas. Obligationenrecht Allgemeiner Teil (2. Auflage). Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2013.
- Kramer, Ernst A. ve Schmidlin, Bruno. Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI Obligationenrecht, 1. Abteilung Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR (Herausgeber Arthur Meier-Hayoz). Bern: Stämpfli Verlag, 1986.
- Kut, Ahmet. OR Handkommentar Schweizerisches Obligationenrecht (Art. 11) (Herausgeber Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz ve Roland Fankhauser) (3. Auflage). Zürich: Orell Füssli Verlag AG, 2016.
- Medicus, Dieter ve Petersen, Jens. Allgemeiner Teil des BGB (11. Auflage). Heidelberg: C.F. Müller GmbH, 2016.
- Müller, Christoph. Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht (Herausgeber Regina E. Aebi-Müller ve Christoph Müller). Bern: Stämpfli Verlag, 2018.
- Neuner, Jörg. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts (12. Auflage). München: Verlag C.H. Beck, 2020.
- Oğuzman, M. Kemal. Miras Hukuku (5. Baskı). İstanbul: Filiz Kitabevi, 1991.
- Oğuzman, Kemal ve Barlas, Nami. Medenî Hukuk (27. Baskı). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Oğuzman, M. Kemal ve Öz, M. Turgut. Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1 (18. Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020.
- Özbilen, Arif Barış. Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016.

- Özsunay, Ergun. *Medenî Hukuka Giriş* (5. Baskı). İstanbul: Güray Matbaacılık, 1986.
- Piotet, Paul. *Schweizerisches Privatrecht Vierter Band Erbrecht Erster Halbband*. Çeviren René Couchepin. Basel ve Stuttgart: Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, 1978.
- Rey, Heinz: “Aspekte richterlicher Rechtsfortbildung im Erbrecht”. *recht Zeitschrift für Ausbildung und Praxis*, 2. Jahrgang, Heft 3 (1984): 84-93.
- Schmid, Jörg. *Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen*. Freiburg: Universitätsverlag, 1988.
- Schwarz, Andreas B. *Borçlar Hukuku Dersleri I. Cilt*. Çeviren Bülent Davran. İstanbul: Kardeşler Basımevi, 1948.
- Schwenzer, Ingeborg. *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (7. Auflage). Bern: Stämpfli Verlag, 2016.
- Schwenzer, Ingeborg ve Fountoulakis, Christiana. *Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1-529 OR (Art. 11)* (Herausgeber Corinne Widmer Lüchinger ve David Oser) (7. Auflage). Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2020.
- Serozan, Rona. *Die Überwindung der Rechtsfolgen des Formmangels im Rechtsgeschäft nach deutschem, schweizerischem und türkischem Recht*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1968.
- Serozan, Rona. *Sözleşmeden Dönme* (2. Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007.
- Serozan, Rona ve Engin, Baki İlkyay. *Miras Hukuku* (7. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Şener, Esat. *Eski ve Yeni Miras Hukuku (Şerh)*. Ankara: Seçkin Kitabevi, 1988.
- Tandoğan, Haluk. *La nullité, l’annulation et la résiliation partielles des contrats*. Genève: Imprimerie A. Kundig, 1952.
- Tekil, Fahiman. “Yokluk, Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik Sorunları”. Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, 1091-1114. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2000.
- Tekinay, Selâhattin Sulhi, Akman, Sermet, Burcuoğlu, Halûk ve Altop, Atillâ. *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7. Baskı). İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993.
- Tunçomağ, Kenan. *Türk Borçlar Hukuku, I. Cilt Genel Hükümler* (6. Baskı). İstanbul: Sermet Matbaası, 1976.

- Von Büren, Bruno. Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil. Zürich: Schulthess & Co. AG, 1964.
- Wachendorf Eichenberger, Isabel. Die Konversion ungültiger Verfügungen von Todes wegen. Basel: Helbing & Lichtenhahn, 2003.
- Weil, Elly. Konversion von Rechtsgeschäften. Zürich: Rathmayr und Urlesberger, 1934.
- Weimar, Peter. Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band III Das Erbrecht, 1. Abteilung Die Erben, 1. Teilband Die gesetzlichen Erben, Die Verfügungen von Todes wegen, 1. Teil Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen, Art. 457-516 ZGB (Herausgeber Heinz Hausheer ve Hans Peter Walter). Bern: Stämpfli Verlag, 2009.
- Wendtland, Holger. Beck'sche Online-Kommentar BGB (61. Edition) (Herausgeber Wolfgang Hau ve Roman Poseck). München: C.H.Beck, 2022.
- Wolf, Stephan ve Hrubesch-Millauer, Stephanie. Schweizerisches Erbrecht (2. Auflage). Bern: Stämpfli Verlag, 2020.
- Yıldırım, Abdulkirim. Türk Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler. Ankara: Turhan Kitabevi, 2004.
- Yüksel, Halil İbrahim. Roma Hukukundan Türk Hukukuna Hükümsüzlük Sisteminin Oluşumu ve Gelişimi. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020.

