

İSPAT HUKUKUNDA SENET DELİLİ VE YAZILI ŞEKİL

Asistan Dr. Necmeddin M. BERKİN

I

Giris

Hukuk ilmi, senedi, türlü yönlerden sınırlandırarak özel vasıflarile türlü nevilere ayırmaktadır. *Senet*, genel bir görüşle incelenecek olursa, onda türlü bakımlardan toplanan vasıfların müşterek görünüşünün *bir inanca belgesi olduğu anlaşılır. Konuşma dilinde senet, kendi kendine bir şeyi ispat edebilen belge demektir. O kadar ki, sözü senet sayma, onun değiştirilmezliğini, belli bir şeyi başka deliller aramağa lüzum kalmadan ispat ediciliğini açıkça göstermektedir.* Konuşma dilindeki senetten anlaşılan bu anlamla hukuk ilminin bir alacağı ispat etme bakımından senede verdiği kuvvet arasında tam bir benzerlik vardır.

İnsan kollektif yaşamak zorundadır; daha doğrusu insan, ancak kollektif yaşayabilir. İhtiyaç duyma, ihtiyaçları gidermede, birbiri ardından gelen türlü zorluklarla uğraşmada insan, tek başına kalmamıştır. Duyulan türlü ihtiyaçların yanı başında yardımlaşma ihtiyacı da belirmiş, bugünkü medeniyeti ancak bu dayanışma, bugünkü seviyesine çıkarabilmiştir. İnsanların birbirine dayanmaları inanma ile başlamıştır. Yardımlaşma, inanma olmadan yapılamazdı. İşte insan, yardımlaşma ihtiyacını duyduğu ve bunu başarabilmek için de birbirine inandığı gün, senede ifade edilen mefhum doğmuştur. Senet, ister yazılı olsun, ister yazıyı bulma çağından evvel yalnız bir sözden ibaret olsun, onun esaslı dayanağı inancadır. Senet, hakkı temin edebilen tam bir dayanak haline gelinceye kadar türlü şekiller almış, hukuk ilmi senedi, gerek inanana, gerek inandıranı en fazla fayda sağlayacak hale getirmek için çok uğraşmıştır.

Yazının ortaya çıkış sebeplerini inceleyenler, senet delilinin ticarî münasebetlerden doğduğunu ortaya atacak kadar ileriye gitmişlerdir. Bunun doğruluğu için bulunan dayanaklar oldukça sağlam görünmektedir[1]. Yazıyı icat etmek için duyulan ihtiyacı da ticarî münasebetlerin

[1] Will Durant: Yazı ve Medeniyet; Fikir Hareketleri Mecmuası 14 - 8 - 1937.

ortaya attığı düşünülecek olursa, bu ihtiyacın doğmasında senedin ne kadar büyük bir rolü olduğu kolaylıkla anlaşılır. *İhtiyacı olduğu bir maddede elde etmek isteyen, fakat o günkü varlığı ile bunu temin edemeyen insan, karşısındakine, borçlandığını ödeyeceğine, hem ona, hem kendine fayda sağlayacağına güven veremeydi, bir alacaklı ve bir borçlu ortaya çıkamazdı, borç münasebetlerinde hukukî emniyet temin edilemezdi.*

Eski kabartmalara, çamurlara yazılıp sonra tuğla haline getirilerek elden ele geçebilen vesikalara, papirüslere göz atacak olursak yalnız tarihin başladığı zamanlarda -tarihi yazı ile başlatma- değil, hattâ tarihten çok önceki, yani insanların birbirine ilk yardımı yaptığı zamanlarda bile senedin mevcudiyetini kabul etmek herhalde yanlış sayılmaz.

İlk devirlerde alacaklının kuvvetli, borçlunun zayıf ve haksız, daha doğrusu haksızlık yapmağa meyilli olduğu kabul edilen zamanlarda, senedin, elinde bulundurana temin ettiği haklar çok büyüktü. Hukuk, kudretlilerin hakkını değil, haklıların hakkını temin etmeğe muvaffak oluncaya kadar binlerce yıl geçmiştir. Bütün bu geçen yıllar, senedin sahibine temin edebileceği hakları, bir takım esaslı ve âdil sınırlar içine almakla beraber, insanların söze, hele bir düşünce ve bir muhakemeden doğarak yazı haline gelip kabul edilen bir söze karşı duydukları saygıyı, yani halk dilinde ve indinde senedin kıymetini hiç azaltmamıştır.

Senedin hukuk ilmi yönünden aldığı mânayı ifade etmek için türlü dillerde kullanılan kelimeler, bazan dayanak, bazan bir hakkı ispata yarayan vesika anlamlarını taşımakta ve meselâ, Almancada kullanılan *Urkunde* kelimesi yazılı şahit mânasına da gelmektedir[2]. Senet, değişebilen insan sözlerinden, bunları duyan şahitlerin zayıf hafızalarının tesirlerinden bir hakkı korumak için yine insan muhakemesinin bulunduğu ve ona kuvvet verdiği hukukî bir dayanaktır. Hakkı korumak için kullanılan bu dayanak haksızlara da yarayacak hale getirilebildiği için hukuk ilmi, ortaya attığı fikirleri bir nizam haline sokturmağa muvaffak olarak senedin ispat kuvvetinden doğabilecek zararları önlemeye de çalışmıştır.

Adaletin ağır işlemesi, bunun tabii sonucu olarak bir hakkın güç elde edilişi, sırf haklıları haksızlardan korumak için ortaya konulan kayıtların eseridir. Hakka rıza göstermeği, kanunları hakkı ışıtan ve onu ortaya çıkaran tek varlık olarak görmeği, bir hakkın elde edilmesi için asırlar boyunca uğraşarak bulunan yolları, usulleri haksızlar için kul-

[2] Meyers: Grosses Konversations-Lexikon, 6. Auf. 19. Band, Leipzig und Wien 1909, sah. 962.

lanmamağı hukukçular sosyeteye aşılıyabilirlerse, yazılı şahitlerin yanı başında yazısı ve şahidi kaybedilmiş birçok hakların ortaya çıkması da teminat altına alınmış olacaktır.

II

Senetlerin Mahiyeti ve Tarifleri

1 — Senet terimi biri umumî, diğeri hukuki olmak üzere iki mânada kullanılır:

Umumî ve geniş mânasile senet, fikir ve düşüncelerin yazı veya muayyen işaretler altında şekillendirilmeleri, maddileştirilmeleridir [3].

Hukukî mânasında ise senet, bir kimse tarafından bir vakıanın ileriki delilini teşkil etmek üzere yazıp veya yazdırıp imzaladığı vesikadır [4].

Hocamız Ord. Prof. Schwarz, senetleri umumî ve hukuki mânalarına göre tefrik etmiyerek, vergi ve kadastro listeleri ve alelâde makbuzlar gibi ispata yarayan belgeler meyanında senetlere de *hukukî vesika* adını vermektedir [5].

2 — Senet vererek taahhüt altına giren kimsenin vereceği senedi bizzat yazabileceği gibi, başkasına, hattâ taahhüt atına girdiği kimseye yazdırıp imza etmesine hukuken mâni yoktur. Senedin başkasına yazdırılmış olması senedin sıhhatine hâlel getirmez. Yeter ki, senet bu suretle borç altına giren kimsenin iradesine uygun, ve bunu mübeyyin fesat sebeplerinden âri olarak altında müteahhidin imzasını havi bulunsun.

3 — Umumî, hukukî her iki mânasında da senet terimi, herhalde yazılı bir vesika sözü içerisinde mündemiç ise de, hukukî mânasına delâlet etmedikçe bizce her vesikaya senet nazarıle bakılamaz.

Hukukî mânasına delâlet eden tarifinden anlaşılacağı veçhile bir vesikaya senet mahiyetini atfedebilmek için, onun bir muamelenin ileriki delilini teşkil etmek maksadile yazılmış, yazdırılmış, altına da sahibi, yani senedi veren, verdiği senet sebebiyle borç deruhte eden kimse tarafından imza vazedilmiş olmak gibi biri manevî, diğeri ise maddî iki unsuru birden haiz bulunması gerektir. Hususile kanunun senetle ispatını em-

[3] Sabri Şakir Ansay: Kısaltılmış Hukuk Muhakeme Usulleri, sah. 32.

[4] Mustafa Reşit Belgesay: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, cilt 2, sah. 148.

[5] Andreas B. Schwarz: Roma Hukuku Dersleri, cilt 1, ikinci baskı sah. 44.

reylediği hususlar ancak senetle ispat edilebileceğine göre, kanunun tayin ettiği bu hususların sonradan ispatına medar olmak üzere tanzim olunan senet, mahaza bu hususların delili olmak üzere tanzim olunmalıdır. Diğer taraftan, hukukî iddiaların sonraki delilini teşkil etmek üzere yazılan vesika senet addolunabilmek için, sahibi, yani senedi veren borçlu tarafından da imzalanmış olmak lâzımdır. Üzerinde imza taşımayan hiçbir vesika senet addolunamaz. Kısaca, imzasız vesikalar gibi bir vakıanın ileriki delilini teşkil etmek üzere yazılmamış olan vesikalar da senet değildir. Bu bakımdan, muayyen fikirleri, kanaatleri müşekkel bir tarzda veya adiyen tespit eden yazılar senet sayılamazlar. Meselâ, altında imzasını taşısa bile, bir mimar tarafından çizilmiş olan kroki ve plânlar; bir doktor tarafından hastasına hastalığı sebebiyle mezuniyet verilmek için yazılmış raporlar, reçeteler; müşkül bir hukukî meseleyi aydınlatmak üzere bir veya müteaddit profesör yahut ta bilirkişilerle yapılan *hukukî - ilmi* konsültasyonlara dair kaleme alınmış olan yazılı mütalâanamereler hukukî mânasında senet değildir. Şu var ki, misal kabilinden saydığımız bütün bu vesikaların da taallük ettikleri olaylar hakkında birer delil olmadıkları söylenemez. Bilfarz bir profesörün yaptığı konsültasyona müteallik verdiği yazılı mütalâanamesi, böyle bir konsültasyonun muayyen zamanda yapıldığının; bir doktorun hastasının evinden dışarıya çıkamayacak kadar ağır hastalığını tevsik eden raporu, o hastanın raporda tespit edilen saatteki ağır hastalığının; nihayet geniş mânada delilidir. Fakat, hususile hukuk usulü muhakemesinde bir vakıanın sübutuna delâlet etse bile, her vasitanın kanunen beyyineden addolunmaması, her vesikayı senet telâkki etmeye mâni teşkil eder. Muhterem Hocamız Ord. Prof. A. Samim Gönensay, hukukî mânasında beyyineden addolunan vasıtaların kanunen muayyen olduğunu mülâhaza ettikten sonra, hukukî mânasında olarak beyyine tâbirinin, «iddia olunan bir hakka esas teşkil eden bir hâdisenin veya müteaddit hâdiselerin hakikati hakkında hâkimi ikna için kanunen tayin olunan vasıtaları irae» ettiği fikrinde bulunmuşlardır. Yine Hocamızın noktai nazarına göre, hukukî mânasında beyyineden madut olan vasıtaların kanunen muayyen oluşu, türlü iddiaların da ancak kanunda yazılı muayyen vasıtalarla ispatını gerektirir. Binaenaleyh «iddia olunan bir hakkı tevlit eden hâdiselerin ispatı için hâkime arzolunan vasıtalar ancak kanunen beyyineden madut olduğu surette hâkimce nazarı itibara alınmak lâzım gelip, yoksa kanunen beyyineden sayılmıyan vasıtalar ile müddeâ ispat olunamaz» [6].

Hocamızın verdiği tariften de anladığımız üzere, bu yönden senet

[6] A. Samim Gönensay: Medenî Hukuk, cilt 1, sah. 73.

hukukî mânasında beyyineden madut olmakla alelâde vesikalardan farklıdır. Kezalik tatbikatta düğümlenen çeşitli eylemlerin, işlemlerin yazılı olarak tespit edilmiş şekli de alelâde bir taraflı hüccet veya karşılıklı mukaveledir, senet değildir.

Makbuz adı verilen vesikalar da nihayet muayyen bir ödemenin delilini teşkil ederlerse de, senet addolunamazlar. Nitekim, kanununun bazı hükümlerinde bu fark gösterilmiş bulunmaktadır. Meselâ, Borçlar kanununun 88 inci maddesi hükmüne göre, hususile faiz veya icar bedeli gibi muayyen zamanlarda ödenmesi gereken borçlarda «ihtirazî bir kayıt dermeyan etmeksizin bir taksit için makbuz veren alacaklı andan evvelki taksitleri de tahsil etmiş sayılır». Görülüyor ki, kanunun bu hükmünde mevzu bahis edilen makbuz, senetlerden farklı olarak hiç bir taahhüdü ihtiva etmemekte, fakat hangi taksite mahsuben verilmişse hilâfı sabit olmadıkça verildiği taksitle birlikte evvelki taksitlerin de ödendiğinin delilini teşkil etmektedir. Demek oluyor ki, senetleri diğer alelâde yazılı vesikalardan sadece beyyine vasıtası telâkki edilip dilmemekten başka, muayyen bir taahhüdü de teressüm ettirmek gibi ileride gerçekleştirileceği vaad ve beyan olunan bir yükümlenmenin delili olup olmamak yönünden de ayırmak lâzımdır.

Eski müellifler senet mefhumunu sadece yazılı delil anlamında mütalâa etmişlerdir. Meselâ, müellif Ali Seydi'ye göre, senet «bir hakkın, bir malın, ödünç bir paranın kime ait olduğunu natık kâğıt» tır. Böylece bu müellife göre, senet iki veya ziyade kişiler arasındaki anlaşmaların tevsik ile ispatına medar olmak üzere tanzim olunan, borçlunun borcunun miktarı ile vadesini de gösteren imzalı bir yazıdır [7].

Ord. Prof. S. Ş. Ansay da senet mefhumunu sadece geniş ve pek umumî mânasında alarak fikir ve kanaatlerin yazılı tarzda maddileştirilmesi diye mütalâa ettikten sonra, «senet ispata yarayacak bir beyanın mâna ve yazı işaretleri ile maddileşmesine, haricî şekline derler» kanaatinde bulunmuştur [8].

Sayın Profesörün mütalâalarından yazı işaretleriyle maddileştirilen her beyana, mücerret ispata yaradıkça senet nazarile bakılmak kabîl olabilecek gibi görünmektedir. Kanaatimizce, senet delilinin bu türlü mütalâa edilebilmesi, onun hususile usul hukuku yönünden olan hukukî değerine hâlel getirmekten uzak kalmaz. Çünkü, aksi takdirde ispata yarayan her yazılı beyanı senet addetmek icap edecektir.

Bu telâkki, kanunî ispat vasıtası mânasında kanunun aradığı evsafı

[7] Ali Seydi: Resimli Yeni Türkçe Lûgat, sah. 1075, İst. 1929.

[8] Sabri Şakir Ansay: Kısaltılmış Hukuk Muhakeme Usulleri, sah. 32.

haiz senetleri, alelâde vesikalardan, beyyine başlangıcı addolunan yazılardan, ahzı kabza delâlet eden âdi makbuzlardan farklı kılmamaktadır. Vakıa bütün bu vasıtaların hepsi de taallûk ettikleri olayların delili addolunursa da gerek ilmî bakımdan, gerek hususile ispat hukuku yönünden senetlerle bu kabil vesikalar arasında belli ve belirtilebilen farklar vardır.

4 — Yukarıdan beri bilhassa üzerinde durduğumuz nokta, bir yazının senet vasfını taşıyabilmesi için onun her şeyden evvel kanunen ispat vasıtası *hukukî mânasında beyyine* olarak ileride ispatı gereken bir hususun delili olmak, hususile usulü dairesinde yazılmış ve imzalanmış olmak gibi unsurları haiz bulunmak lâzım geldiği noktasında toplanmış bulunmaktadır.

5 — Genel olarak senetler bir aktin tazammun ettiği borçları teresüm ettirirler, tevsik ederler. Senet, ya bir aktin doğurduğu borcu, veyahut ta doğrudan doğruya, yani herhangi bir akitten mücerret olarak ifası taahhüt olunan bir borcu tevsik etmek, alacak veya borcun ileriki ispatına vasıta olmak için tanzim edilir.

Malûm olduğu üzere borç doğuran sebeplerden birisi de akitlerdir. Borçlar kanunu, tarafların karşılıklı iradeleri birbirine uygun olduktan sonra, akitlerin şifahen de in'ikadına müsaade etmiştir. Şu var ki, kanun aktin yazılı şekilde tanzim edilmesini emrediyorsa, bu halde senet aktin esaslı bir rüknü olur. O kadar ki, Borçlar kanununa göre, böyle senede bağlanmak gereken aktin tadili dahi yine senede bağlanmak zarurî olur. Bz BK. m. 12. Diğer taraftan, aktin doğurduğu borcun miktarı ne olursa olsun, taraflardan hiç biri, senede bağlanmış olan bir aktin tadil edilmiş olduğu iddiasını, artık senetten başka bir vasıta ile, meselâ şahitle ispat edemez. Bz. HUMK. m. 290.

6 — Kanunlarımızın hükümlerine göre, hiç bir vesika, onunla borç altına giren kimse tarafından kendi el yazısı ile imzalanmadıkça senet addolunamaz. Bz. BK. m. 14. İmza makamına kaim olmak üzere mücerret mühürle tastik edilmiş olan bir senedin kanun nazarında kesin bir ispat değeri yoktur. Kısaca, senet, Borçlar Kanununa göre tahriri olması gereken bir aktin, Hukuk usulü muhakemeleri kanununa göre de kanunun tayin ettiği haddi aşan değerdeki hukukî muamelelerin yazılı ispat vesikasını ifade eder. Fakat, her iki kanuna göre de, senedin hüküm ifade edebilmesi, başka bir deyimle yazılı vesikaya senet adı verilebilmesi için, vesika münderecatının yazılı ifadesi altında borç deruhte edenlerin kendi el yazılarıyla yazılmış imzaları bulunmak lâzımdır.

7 — Senetlerdeki ispat kapasitesi bir yazının senet telâkki olunabilmesinin sadece şartı değil, bilhassa unsuru olduğuna yukarıda işaret ettik. Bz. No. 3. Fakat, ispat kapasitesinin - hususile senetlerde - aynı zamanda ispatı gereken bir taahhüde, bir yükümlülüğe, bir mükellefiyete taallük etmek gerektiği fikrindeyiz. Senetlerdeki ispat kapasitesinin delil olmak evsafının neye taallük ettiğini kesin olarak belirtmemek, senet mefhumunun hukukî mahiyetini aydınlatmamak demektir.

Hususile usul hukuku yönünden bir senedi alelâde vesikalardan ayıran delil teşkil etmek kudretinin neye taallük ettiği aydınlatılmadıkça, senetler alelâde yazılı vesikalardan hukuken farksız bırakılmış olur. Çünkü, yukarıki paragrafta kabul ve işaret ettiğimiz gibi nihayet her alelâde vesika bir fikrin müşekkel ifadesi olduğuna göre, aynı zamanda o fikrin delilidir de. Bz. No. 3.

Kanaatimizce, alelâde yazılı vesikalar olup biten bir vakıanın delili olmak üzere yazılır, verilir. Meselâ, aldığı bir taksit karşılığı alacaklının verdiği makbuz olup biten bir vakıanın, ezcümle alınan bir taksitin nihayet delilini teşkil etmiş olur. Mücerret borç ikrarını havi vesikalar da bu kabildendir. Mücerret borç ikrarını havi vesikaların eskiden doğan bir borca mahsuben verildiği mefruzdur. Fakat, kanun bu vesikalarda ikrar edilen borç için sebep göstermek mecburiyeti komamıştır. Bz. BK. m. 17. Senetlerde ise vaziyet böyle değildir. Vakıa senetlerde de borcun saik ve sebebini göstermek mecburiyeti yoksa da, senet olup biten bir vakıanın delili olarak tanzim edilmez Senet, daha ziyade bir taahhüdü tevsik eder ki, bu taahhüdün yerine getirilmemesi bir borç doğurur. Ve taahhüdü tevsik eden senet bu borcun da ispatına medar olur.

Bütün bu izahatımızın neticesi olarak teknil unsurlarile beraber senetler hakkında şu umumî tarifi düşünüyoruz:

Senet, bir hukukî muameleyi tespit ve tevsik eden, tespit ve tevsik ettiği muamele sebebile bir taahhüdü ihtiva eden ve taahhüt (borç) altına giren kimsenin imzasını taşıyan yazılı ve kanunî delildir.

III

Senetlerle Yazılı Şekil Arasındaki Münasebet

8 — *Senetler yazılı delillerdendir. Bu itibarla yazılı şeklin adetâ hukukî sembolüdürler. Sözlü yükümlenmeler muteber tutulsa bile senet ad-dolunamaz.*

Mücerret şekil, beyan edilen iradeyi tespit eden vasıtaadır. Yazılı şekil ise beyan olunan iradeyi tespitten başka tevsik de eder. İrade beyanı

yazı vasıtası ile ve usulüne uygun olarak tespit edilmedikçe senet mevzuu-bahis olamaz.

Senetlerde asıl önemli olan unsur *irade açıklaması* - *Willenserklärung* ise de, *yazı* - *Schriftstück* onun ayrılmaz bir şartı, gerçek bir vasıtasıdır.

9 — Senetler için reddolunamıyan bu fikir, ezcümle *yazının senetlerde irade açıklamasının ayrılamıyan bir rüknü ve binaenaleyh senedin mevcudiyet şartı olduğu fikri, iki taraflı akitler, mukaveleler için varit değildir. Gerçekten, en az iki uygun iradede vücade gelen mukavelelerde, senetlerden tamamen farklı olarak iradelerden birinin şekle tâbi olması diğerinin de şekle tâbi tutulmasını icap ettirmemektedir. Meselâ, Borçlar kanunumuzun 484 üncü maddesinde yazılı hükme nazaran, kefalet aktinde aktin sıhhati için aranan yazılı şekil kefilin mesul olacağı muayyen miktara müteallik irade açıklamasının şartıdır. Binaenaleyh, yalnız kefil için yazılı şekle riayet mecburiyeti vardır. Burada bir akit karşısında bulunulmakla beraber, sadece kefilin yazılı şekle riayet etmiş olması aktin bu yönden sahîh addolunabilmesi için kâfidir. Demek oluyor ki, senetlerde gerçek şart olan *yazılı şekil, mukavelelerde değildir. Kezâlik, senetlerde yazılmaksızın bir unsur teşkil edemiyen irade açıklamaları, mukavelelerde her zaman, fakat yazıya ihtiyaç olmadan unsur sayılmak değerini kaybetmemektedir. Kısaca, senetlerde yazı senedin mevcudiyet şartı olduğu halde, kanun istisnaen hilâfını emretmedikçe akitlerde yazı aktin sıhhat şartlarından değildir. Binaenaleyh, aktin vücade getirilmesinde yazıya riayet kaideten tarafların ihtiyarına tâbi olduğundan, tarafların uygun iradelerini yazı ile tespit etmemiş olmaları, kanun akit için yazılı şekil emretmedikçe aktin yokluğunu intac etmez. Şu var ki taraflar aktin yazılı şekilde yapılmasını kararlaştırdıkları halde, yazı ihtiyar etmemişlerse, bu halde belki bir batıl muamele *acte nul* karşısında kalırsa da bu butlan ancak taraflara raci oransal bir önemi haiz olduğundan, muamele ancak taraflar yönünden kabili itirazdır. Çünkü, mevzuu-bahis muamelenin bu yönden sahîh bir hale getirilip getirilmemesi, ezcümle tarafların ihtiyarı haricinde değildir Bz. No. 16 [9].**

Şu halde, taraflar kanunen mecbur olmadıkları halde yazı ihtiyar etmişlerse, bu yazının gayesi, akti sahîh kılmak olmayıp, belki eylemin mevcudiyetini ispat için bir beyyine vasıtası temin etmektir. Hocamız Ord. Prof. *Hirş de bu kanaattedir. Hirş'e göre, «şeklin ifası hukukî mu-*

[9] A. Samim Gönensay: Borçlar Hukuku, sah. 51.

mele için bir sıhhat şartı olmayıp, mecburî bir ispat vasıtasından başka bir şey değildir» [10].

10 — Terminoloji yönünden olan uygunsuzluk bir an için nazarı itibara alınmayacak olursa, Ticaret kanunumuzun, hususile 890 ıncı maddesinin de yukarıki mütalâamıza uygun bir misal teşkil ettiği kanaatindeyiz.

Ticaret kanununun 890 ıncı maddesi hükmüne nazaran, nakliye senedi tevdi edilmiş olmasa bile, mürsilin nakliyecisi ile kararlaştırdığı nakliye mukavelesi muteberdir. Ticaret kanunu nakliye mukavelesinin in'ikadı için nakliye senedi itasını değil, bilâkis tarafeynin bu husustaki rıza ve muvafakatini şart kılmıştır. Nakliyecinin talebine rağmen mürsil talep edilen nakliye senedini tevdiden imtina etmişse, nakliye mukavelesi mücerret nakliye senedinin tevdi edilmemesinden değil, belki tevdiden imtina yüzünden tarafeynin anlaşmazlığından tamam sayılamaz. Çünkü, Ticaret kanunu «ukudu ticariyenin in'ikadı için» sadece «iki tarafın rızalarının birleşmesi» ni kâfi görerek başkaca merasimin ifası lüzumunu aramamıştır. Bz. TK. m. 663. Ticaret kanununun 890 ıncı maddesi hükmüne göre, «mürsil, nakliyecisine talebi halinde iki nüsha olarak bir nakliye senedi tevdiine mecbur» olmasına rağmen, bu mecburiyetini eda etmediği halde, eşya nakliyecisine teslim edilmiş olsa bile, tarafeynin birbirine uygun «rıza ve muvafakatleri» bulunmadıkça «mukavele tarafeyn beyninde tamam» addolunamaz. Şu kadar ki, *fesh ettirebilme - annulabilité* yetkisi mahaza mürsil ile nakliyecisine aittir.

IV

Şekilciliğin Hukuk Alanındaki Yeri ve Hukuki Önemi

11 — Şekil, tarafları muamelenin mevzuu üzerinde düşünmeye sevk ile onları ani karar vermektan içtinap ettirir, dikkat ve basiretle hareketi temin ile daha isabetli karar verilmesinde âmil olur. Bu bakımdan şekil ve yazı hak sahipleri için faydalıdır.

Şekil ve yazının dikkat ve basiret ile hareketi temin etmesi, hususile usul hukukunda usulî muamelelerin çoğunlukları itibarile yazılı yapılmalarının kabulünde âmil olmuştur [11].

[10] E. Hirs; Ticaret Hukuku Dersleri, ikinci bası sah. 451.

[11] Mustafa Resit Belgesay; Hukuk Usulî Muhakemeleri Kanunu Serhi, cilt 1, sah. 304, No. 2.

Adliye hukukunda kullanılmakta olan usulî veya adli muamele terimi, bir taraftan davanın ikamesini, tahkik, yargılanma ve bir hükümle sonuçlandırılmasını

12 — Senet gibi yazılı beyyine vasıtalarının, hakkı kesin ve ihtilâfa yer bırakmayacak bir tarzda tevsik etmesi, senetlere usulü muhakeme, ezcümle hakların ispatı yönünden de önem kazandırır.

13 — Şekil, ona riayet yönünden taraflara güçlük verirse de, hakların ispatını kolaylaştırdığı kadar, hak sahiplerinin haklarını emniyet altına alır. Şeklin temin ettiği ispatın kolaylığı ise, usulü muhakemeyi basitleştirir, mahkemelerin işini güçleştirmez, hak sahiplerinin üzülmelerini mucip olmaz.

14 — Şeklin hak sahiplerine haklarını temin sadedinde güvenlik vermesi nizaları da azaltır. Çünkü, kat'î ve basit olarak ispatı kabil olabilen hakların inkârına cesaret edilemez. Diğer taraftan, şekil hukukî münasebetlere alenilik vererek bu münasebetleri, zamanla gittikçe unutulmalarına veya başka başka anlaşılmalarına imkân bırakmadan taraflar ve üçüncü şahıslar nazarında müphem ve meşkûk bırakmaz. Kısaca, bütün bu mülâhazalar nazarı itibare alındığında maddî hukuk alanında olduğu kadar ispat hukuku yönünden de şekilciliğin önemini küçümsemek güçtür. Şekilciliğin usulü muhakeme alanındaki tezahürü bilhassa senetle ispat mecburiyeti suretinde belirlemektedir. Bu husus HUMK. m. 288 inci maddesinin izahı münasebetle ileride tafsil edilecektir.

Hocamız Ord. Prof. Hırş en yeni yayınladıkları Ticaret Hukuku ders kitaplarında şeklin önemini şu sözlerle belirtmektedir:

«Pratik hayatta yazılı şekil bugün dahi büyük bir ehemmiyeti haizdir. Kanun ve nazariyelere rağmen, şekilsizliğin yerine şekilperestlik modern hayatta hâkim bir rol oynar» [12].

15 — Şekle riayet mecburiyetinin yukarıdaki paragraflarda kısaca özetlemeye çalıştığımız açık faydalarına rağmen hak ve borç münasebetlerinde *rigide* bir sisteme temayül etmekten kaçınarak oldukça liberal hareket etmeyi muvafık karşılayan Türk Borçlar kanunu, mehazı İsviçre kanununa uygun olarak şekle riayet mecburiyetini ancak kanunun ayrıca tasrih ettiği istisnai hallere hasretmiştir. Borçlar kanununun 11 ci maddesine göre, kanunda sarahat bulunmadığı hallerde şekle riayet tamamen ihtiyarî olup aktin sıhhati için mecburî değildir.

Borçlar kanunu bu hükmü ile şekil mecburiliği değil, bilâkis şekil serbestliği prensibini kabul etmiştir. Bu prensip gereğince, kanunun ay-

mümkün kılmak üzere yapılan irade beyanlarına, diğer taraftan da izhar edilen bu türlü beyanları tevsik eden yazılara delâlet eder. Bz. Hak ve Davaya Hakkı makalemiz, Hukuk Dünyası, sayı 6-7. Sözü geçen eser.

[12] E. Hırş; Ticaret Hukuku Dersleri, İkinci bası sah. 451.

rica tasrih etmediği veyahut ta tarafların hususî olarak kararlaştırmadıkları hallerde - BK. m. 16 - aktin sıhhati hiç bir şekle tâbî değil ise de, akitle yükümlenilen borcun miktar ve kıymeti 50 Türk lirasını geçtiğinde bu yükümlülüğün herhalde senede bağlanmak mecburiyeti vardır. Hukuk usulü muhakemeleri kanunu 288 ci maddesinde «zamanı vukuundaki miktar veya kıymeti beşbin kuruşu tecavüz» eden iddiaların senetle ispatı mecburiyetini kuduğundan, şekle tâbî olmıyan beşbin kuruşu aşkın kıymetteki muameleler senede bağlanmamışlarsa ispat hukuku yönünden ancak inkâr edilmedikçe muteber sayılırlar. Çünkü, inkâr halinde bu muameleleri senetsiz ispat etmiye imkân yoktur.

16 — Kanunen veyahut ta tarafların anlaşmalarile şekle tâbî tutulmuş olan muameleler kanunun emrettiği veyahut ta kararlaştırılan şekle uygun olduklarında tâbî tutuldukları bu şekil delâleti ile ispat edilebilirler. Bz. No. 26. Fakat, kanunen gerekmediği halde, özel bir şekil kararlaştırılmış olup da bu şekle riayet edilmemişse muamele kendiliğinden batıl değil, belki mevkuftur Bz. No. 9. Binaenaleyh inkâr edilmedikçe mezkûr muamelenin sahih addolunmıyacağı kabul edilemez. Red ve inkâr olunduğunda, ezcümle gereken şekle riayet edilmemekten ötürü onunla mülzem olunmak istenmediğinde ise, muamele yapıldığı tarihten itibaren sahih addolunmamak lâzımdır.

17 — Şekle riayet mecburiyeti prensibinin yukarıki paragraflarda belirtmiye çalıştığımızı inkâr edilemiyen *şaydalarına karşılık çok daha önemli telâkki olunan mahzurlarları, kanun koyuculara bu prensibi terk ettirmekte âmil olmuştur.*

Şekil mecburiliği prensibinin sıkı tatbikinın bugünün ticarî ve iktisadî münasebetlerinde gelişmeye mâni teşkil ettiği iddia olunmuştur. Gerçekten, şekillere riayet mecburiyeti ile kabul olunan kanunî kayıtlar iş münasebetlerini ne de olsa güçleştirmekte, affere adamların bu münasebetlerde daima aradıkları serbest faaliyeti takyit ile sürati temin edememekte, böylece iktisadî inkişafa mâni olmakta, iş hacmini daraltmaktadır. Bu mülâhaza iledir ki, Almanya'da hususile ticaret hukuku alanında yeni Alman Ticaret kanununun şekil serbestliği yolundaki prensip hükmü, ticarî ve iktisadî kalkınma yönünden büyük bir isabetle karşılanmıştır [13].

18 — Bugünün kanaatlerine göre, hukuk kuralları, diğerinin hak-

[13] Bz. HGB. Art. 317 a F. I. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze, I. Band Seite 632. München, Berlin und Leipzig 1936.

ları sahasına tecavüz etmedikçe, hukukî neticeleri zati kalan işlerde fertleri serbest hareketlerinde tazyik etmemelidir. Çünkü, aksi takdirde fertler himaye edilmek istenirken sosyal münasebetler daraltılmış, kısırlaştırılmış, terakki ve tekâmül imkânlarına mâni olunmuş olur. Şu halde kanun koyanların önemi küçümsenemiyen hukuk münasebetlerinden başka, şekil mecburiyetini prensip olarak kabul etmemeleri doğru görülmek yerindedir. Nitekim, Türk ve İsviçre kanunları gibi Alman hukukunda da bu esastan yürünmüştür.

Borçlar kanunumuzun hemen müradifi olan Alman medenî kanununun (BGB) 125 ci maddesi kanunun tayin ettiği şekilde yapılmıyan akitlerin batıl olduklarını kabul etmiştir. Yukarıki paragrafta işaret ettiğimiz gibi, biz, şeklin tarafların ihtiyarı ile kabul edilmiş olduğu hallerde bu butlanın nisbî olduğunu, kendiliğinden netice husule getiremeyeceğini kabul ediyoruz (Bz. No. 16).

19 — Alman kanunu da muhtelif hükümlerinde ancak muayyen işlemler için şekil mecburiyetini *Formzwang* vazederek, esas itibarile şekil serbestliğine *Formfreiheit* taraftar olmuştur.

Tanınmış Alman hukukçusu Staudinger'e göre, kanunun bir çok eylemlerin şeklini tayin etmemiş olması, bu eylemlerin hiç bir şekli olamayacağına delâlet etmez. Kanunun sureti umumiyede ve prensip olarak *şekilsiz muameleler - formlosen Geschäfte* derpiş ettiği kabul edilemez. Kanunun muayyen eylemler için ayrıca özel bir şekil tayin etmemesi, mahaza o eylemlerin şeklini tayinde tarafları serbest bırakmış olması demektir. Kanun koyucu bu suretle şekilsizlik *Formlosigkeit* değil, bilâkis şekil hürriyeti *Formfreiheit* sağlamak istemiştir [14].

20 — Hususile Alman hukukunda şekil mecburiyeti prensibinin diğer bir mahzuru olarak, bu prensibin affere olmıyan, zayıf, âciz kimse-ler için *tehlikeli de olduğu ileri sürülmüştür.*

Onuncu Alman hukukçular kongresinde üzerinde durulup münakaşa edilen meselelerden birisi de *Formfreiheit* ve *Formzwang* denilen iki zıt prensipten hangisinin müreccah olduğu, hususî hukuk münasebetlerinde hangisini esas ittihaz etmenin doğru olacağı olmuştur.

Ekser hukukçular, şekil mecburiyeti prensibinin sıkı tatbiki yüzünden, tecrübesiz, iş bilmiyen hüsnüniyet sahibi kimselerin nasılsa aldatılıp ellerinden bir kere imza koparılarak bununla yazılı vesika (senet) tanzim

[14] Bz. Staudinger: Sözü geçen eser sah. 631, m. 125 serhi.

edildikten sonra, *bu gibi âcizler için geri dönülmesi güç bir tuzak teşkil edeceği kanaatinde bulunmuşlardır* [15].

21 — Kanaatimizce, önemli addedilen işlemlerin adiyen yazılı şekle değil de, bilâkis resmî şekle tâbi tutulmaları varit görülen yukarıki mahzuru tamamen değilse bile kısmen bertaraf edebilir [16]. Nitekim bilgin Hocamız M. R. Belgesay, hususile gayrimenkul alım satımlarında «âkitlerin hatâ veya hile kurbanı olmaları ihtimali» ni gayrimenkullerin temlikine dair akitlerin hususî değil de resmî şekle tâbi tutulmaları lüzumunun gerekçelerinden addetmektedir [17]. Hocamızın ileri sürdükleri bu pek lojik olan hukukî gerekçe ve bu gerekçeye istinaden taraftar oldukları inan Yargıtay içtihatlarına da uygundur.

Yargıtay 22 - 11 - 1944 tarihli tevhidî içtihat kararında diğer bazı gerekçeler meyanında «kanunen muteber olmayan bir akit zımında izhar olunan rızanın hükmü» olamayacağından bahisle «tapusuz gayrimenkulün zilyedi tarafından haricen satışı ve alıcıya teslimi» ni kanunen hükümsüz addederek satıcının gayrimenkulünü geri almaya yetkisi olacağını kabul etmiştir [18]. Gerçekten, her halde nispeten önemli telâkki edilmek gereken gayrimenkul temliklerine esas teşkil edecek olan mukavelelerin alelâde yazılı şekilde tanzim dilmiş olmalarına cevaz verilmesi sadece borç üstlenenleri himayesiz bırakmakla kalmıyacak, tapu sicillerine karşı üçüncü şahıslarda güvensizlik de uyandırmış olacaktır.

22 — *Almanya'da ve cermen hukukununun tesirinden uzak kalamayan Alman komşu memleketlerinde, hususile Alman medenî kanununun (BGB) tanziminden evvel bile şekilcilik hususundaki mülâhazaların kuvvetli taraftarları az değildi. Nitekim, şekil hürriyetini Alman müşterek hukukunda (Gemeines Recht), Avusturya (GB § 883), Saksonya (GB §§ 100, 821 ve eski İsviçre (Gesetz über das Obligationenrecht Art. 9, jetzt art. 11) hukuklarında da görmek kabildir. Fakat, bununla beraber bütün bu hukuklarda, excümle mirasa müteallik münasebetlerde irade açıklamalarının sıhhat şartı olarak kabul edilmiş muayyen şekiller de az değildir.*

[15] Bz. Alman Medenî Kanununun esbabı mucibe lâyhası 1, 197; H. A. Gök-türk Türk Hukukunda Yazılı Şekil, sah. 10-11. Ankara 1937.

[16] Bu noktadaki mahzurun tamamen bertaraf edilebilmesinin, resmî şeklin aksinin mahdut ve muayyen değil de, her vasıta ile ispat edilebilmek yetkisinin tanınması ile kabil olabileceği inancında bulunuyoruz.

[17] Mustafa Resit Belgesay: Türk Kanunu Medenisi Şerhi, IV. Aynı Haklar, üçüncü tabı sah. 53 - 54, İst. 1945.

[18] Resmî Gazete 14 mart 1945; M. R. Belgesay, Aynı Haklar s. g. eser sah. 58.

Bundan başka, hususile usul hukuku yönünden şahit celbi, şekline uygun olmak gerekti. Kezalik, *Insinuation* denilen muamele Adliyece tevsik ve tasdiki gereken yazılı şekline uygun bulunmak lâzımdı [19].

23 — Prusya kanunu (PLR - Preussisches Landrecht) vakıa sıhhat şartı-Gültigkeitsbedingung olarak muayyen şekle riayeti şart koşan prensip hükmü sevketmemişse de, şekle tâbî tuttuğu muamelelerin hacmi o kadar geniştir ki, tarafların hangi muamelelerini şekil hürriyeti içerisinde yapabilecekleri bu kanunda âdeta şüpheli kalmıştır. Bu yönden Prusya hukukunun Alman müşterek hukukuna nisbetle daha ziyade şekil mecburiliği prensibine temayül ettiği kabul edilmektedir [20].

24 — Fransız hukukunda da muayyen işlemler için yine muayyen şekiller derpiş edilmiş bulunmaktadır. Şu kadar ki, bütün bu şekillerle güdülen gaye Alman, Avusturya ve eski İsviçre hukuklarının aksine olarak şekle riayet sayesinde muamelelere hukukî bir değer, hukukî bir nüfuz *Rechtswirksamkeit* iktisap ettirmek değil, bilâkis onların ileriki ispatını sağlamak olmuştur. Böylece, Fransız hukukundaki şeklin gayesi, muamelelere, tâbir caizse bir ispatiyet *Beweislichkeit* - *démontrabilité* temin edebilmekten ibarettir.

Gayesi ne olursa olsun bu suretle Fransız hukukunda da, fakat dolayısıyla bir şekil mecburiyeti vücade getirilmemiş olduğu söylenemez [21].

25 — Sağlamak istedikleri gaye ile Fransız kanunu hükümlerinin daha o zamanda bile Alman hukuku yönünden büyük bir kıymeti haiz olmadığı söylenebilir. Çünkü, Fransız hukukunun muamelelere şekiller sayesinde vazetmek istediği ispat imkânları Alman hukukunda 30 ocak 1877 tarihli Alman hukuk usul kanunu hükümleri gereğince hâkim için bağlayıcı kıymeti haiz değildir.

Güçlüklerinden sarfı nazar şekilciliğin doğurabileceği suiistimaller Alman usul kanununda hâkimin serbest takdir yetkisi olması esasının kabulünde âmil olmuştur.

26 — Evvelki paragraflardan birinde (Bz. No. 15) işaret ettiğimiz gibi, maddî hukuk tarafından muayyen işlemler için şekle riayet mecbu-

[19] Alman hukukunda *Insinuation* da denilen bu mefhum, eiden teslim, usulü dairesinde celpname tebliği, hususile adli teblig ve teslim *gerichtliche Einhaendigung* - *notification légale* mânalarında kullanılmaktadır.

[20] Staudingers Kommentar, sah. 632.

[21] Staudinger sah. 632; Cod. civ. m. 1341 ve müt. 1353, 1715, 1831, 1923, 1985, 2044, 2085.

riyeti konmamış olması, aynı işlemlerin fakat ispat hukuku yönünden şekle riayet edilmeksizin ispatını gerektiremez. Yeter ki, işlemin değeri kanunun aradığı dereceyi aşkın bulunsun. Çünkü, kanunen muayyen delillerle ispatı emrolunan hususların başka surette ispatına müsaade olunmamıştır. Bz. HUMK. m. 287. O kadar ki, kanunun muayyen delillerle ispatını emrettiği hususlar yargıcın takdir yetkisinin de üstündedir. Meğer ki, bu hususların ispatı için kanunun şart koştuğu muayyen deliller mevcut bulunmasın. Meselâ, Medenî kanun hükümlerine göre, «doğum ve ölüm nüfus sicillindeki kayıtlarla ispat olunur». Bz. MK. m. 29. Nüfus sicillinde, ispatı mevzuu bahsedilen doğum ve ölüme dair kayıt mevcut oldukça, mevcut kaydın yanlışlığı veya sahteliği de tahakkuk etmiş bulunmadıkça yargıcın doğum ve ölümü ispat için istinad edilmek istenen başkaca ispat vasıtası tetkiki caiz görülemez.

Kezalik kanaatimizce, hukuk yargılamasında olduğu gibi ceza yargılamasında da gayrimenkul mülkiyeti resmî senetle ispat olunmak lâzımdır [22]. Hukuk yargılamasında yürüyen senetle ispat mecburiyeti kaidesinin ceza yargılamasındaki tezahürü meselesi ileride tafsil edilecektir.

V

İspat Şekilciliğinde Türk Hukuku İsviçre Sisteminden Ayrılmıştır

27 — İsviçre federal hukukunda lehine veya aleyhine hukukî neticeler doğurabilen muameleleri yapabilecek olan tarafların bu muamelelerin ispat şeklini de tayinde serbest bırakılmalarına temayül edilmiştir. Çünkü, İsviçre hukukunda kıymete nazaran hesap edilen özel bir ispat şekli kabul edilmemiştir.

28 — İspat şekilciliği noktasında Fransız hukukunu kendine me haz yapan Türk hukuku bu suretle istisnâ olarak İsviçre sisteminden ayrılmıştır. Fakat, buna rağmen İsviçreden doğrudan doğruya iktibas edilen kanunları, hususile Borçlar kanunu hükümlerini İspat şekilciliği prensibi ile ahenksiz bırakmamıştır. Türk kanun vazı Hukuk usul kanununun 288 inci maddesinde yer verdiği senetle ispat mecburiyeti kaidesine mecburî bir kesinlik bahşettiği ve bu kesinliği de herhalde zayıflatmak istemediği içindir ki, İsviçreden iktibas ve tercüme edilen diğer bazı kanun hükümlerini, mevzuubahis 288 inci madde ile bağdaştırmak istemiştir. Meselâ, bu cümleden olarak hukukumuza aynen tercüme ve kabul edilmiş olan İsviçre Borçlar kanununun 115 inci maddesi hukukumuza bililtizam

[22] Tahîr Taner: Ceza Mahkemeleri Usulü, sah. 8, 164, 1st. 1945.

alınmamış, 16 ncı maddesi ise aslından farklı surette uygulanmaya müsait olacak tarzda dilimize çevrilmiştir.

29 — İsviçre Borçlar kanununun 115 inci maddesi Hukukumuzda kabul edilmedikten sonra, 16 ncı maddeyi bugünkü Türk Borçlar kanunundaki gibi ifadelendirmek ve Usulün 228 inci maddesindeki prensibi bozmayacak surette uygulamak hususî hukukumuzun ahengini sağlayabilmek yönünden zararlı değildir.

30 — Hukumuza kabul edilmemiş olan İsviçre Borçlar kanununun 115 inci maddesi uzlaşma suretle fesihten *Aufhebung durch Übereinkunft* bahsetmekte ve aktin muayyen bir şekle uygun olarak tanzimi muktazi olsa veya akit âkitlerin seçtikleri şekilde yapılırsa bile onların sonradan uzlaşmaları suretile tamamen veyahut ta kısmen şekilsiz olarak feshedilebileceğine cevaz vermektedir Bz. BK. m. 12.

Borçlar kanunumuzun 16 ncı maddesine gelince, bu madde kanunumuzda aynen şöyle ifade olunmuştur:

«İki taraf kanunen hususî bir şekle tâbi olmıyan bir aktin hususî bir şekilde yapılmasını kararlaştırmışlar ise, akit tekarrür eden şekilde yapılmadıkça iki taraf bununla ilzam olunamaz» fıkra - 1.

Halbuki, Borçlar kanunumuzun aslı olan İsviçre Borçlar kanununun yine 16 ncı maddesinin Türkçe karşılığı aynen şöyledir:

«Kanunen şekle tâbi tutulmıyan bir aktin şeklini kararlaştırdıkları halde bu şekle riayet etmediklerinde, tarafların akitle mülzem olmak istemedikleri anlaşılır» [23].

Özel Not: İsviçre Borçlar kanununun almanca metninden yaptığımız bu tercümemizin, 16 cı maddenin kanunumuzdaki tercümesile mukayesesine esas olmak üzere maddenin aslı olan almanca metnini de aynen yazıyoruz:

[23] Borçlar kanunumuzun 16 cı maddesinin aslına uygun olarak tercüme edilmemiş olduğuna sayın Hocamız A. Samim Gönensay da taraftar olmuştur. - Bizim Borçlar kanunumuzun 16 cı maddesile İsviçre Borçlar kanununun 16 cı maddesi arasında bir fark - bulunduğunu kabul eden Hocamız Gönensay, mezkûr 16 cı maddeyi şu suretle tercüme etmişlerdir:

— İki taraf kanunen şekle tâbi olmayan bir aktin hususî bir şekilde yapılmasını kararlaştırmışlar ise ancak bu şekle riayet edilmesi halinde bu akit ile mülzem olmak niyetinde bulunmuş addolunurlar —. Bz. Borçlar Hukuku C 1, sah. 72.

Fransızca metne uygun olan bu tercümenin, aslının ruhuna uygun olduğunu ve Hocamızın kabul ettikleri farkı da tam bir yeterlikle belirttiğini teslim ederiz.

«İst für einen Vertrag, der vom Gesetze an keine Form gebunden ist, die Anwendung einer solchen Vorbehalten worden, so wird vermutet, dass die Parteien vor Erfüllung der Form nicht verpflichtet sein wollen».

31 — Borçlar kanununun 16 ncı maddesinin almanca metninden dilimize çevirdiğimiz aslına uygun olan ifadesile, dilimize resmen ve kanunen çevrilmiş olan ifadesini aynı ölçü ile uygulamak mümkün değildir. Gerçekten, mevzuubahis 16 ncı madde, kanunumuzdaki tercümesine göre uygulandığında kabul ve tayin edilmiş olan *şekle*, aslına göre uygulandığında ise tarafların iradelerine önem vermek gerekir. Nitekim değerli Hocamız A. Samim Günensay da bu fikirdedir. Hocamızın noktai nazara göre, Borçlar kanunumuzun 16 ncı maddesini «İsviçre Borçlar kanununda olduğu gibi tefsir etmek tarafların arzu ve maksadına daha muvafık olur» [24].

Muhterem Hocamız Belgesay, Borçlar kanunu şerhi kitabında, ancak, «taraflar, tayin ettikleri şekli, mukavelenin tamamlığı için olmayıp, başka bir maksatla tayin etmişler ise şekle riayet edilmese bile, akit mevcut olur» kanaatinde bulunmuştur. Bz. sah. 26.

32 — Biz, akitlerde mahaza tarafların maksat ve serbest iradelerini aktin mevcudiyet ve sıhhat şartı olarak kabul ettiğimiz ve bu mülâhazamızı da kanunumuzun mehaz ve aslı olan İsviçre Borçlar kanununun lâfzına ve ruhuna uygun gördüğümüz içindir ki, hattâ resmî şeklin ihtiyar edildiği hallerde bile, önemli olan memurun beyanı değil, bilâkis ancak tarafların serbest iradeleri olduğuna taraftar oluyor ve resmî senetler dahi ancak tarafların beyanlarına müstenit olan noktalarda herkes hakkında kesin bir delil olduğunu kabul ediyoruz.

33 — Senetle ispat mecburiyeti prensibini vazeden Usulün 288 inci maddesile ahenksiz bırakmamak için, Borçlar kanununun 16 ncı maddesini aslının ifadesine göre değil de, kanunumuzdaki ifadesine göre uygulamak yanlış olmaz. Binaenaleyh, Borçlar kanununun 16 ncı maddesinin yanlış tercüme edildiğini değil, bilâkis vazı kanunumuzca, kanundaki tercümede teressüm ettirilen ifade ile kanunlarımızın ahenksiz bırakılmak istenmediğini ileri sürmek kabildir.

34 — Hukuk usul kanununun 288 inci maddesindeki kaidenin kamu intizamından olduğu ve binaenaleyh tarafların iradelerile değiştirilemeyeceği kabul edildikten sonra, bu kanun karşısında diğer kanun hükümlerini, ezcümle Borçlar kanununun hükümlerini ayarlamamak lojik gö-

[24] A. Samim Günensay: Borçlar Hukuku sah. 73.

rülemez. Binaenaleyh, Borçlar kanununun 16 ncı maddesinin tatbikatında, kanunen şekle tâbi tutulmayan bir aktin şeklini kararlaştırdıkları halde, kararlaştırdıkları şekle riayet etmiyen taraflar akitle mülzem olmak isteseler bile, akit in'ikat etmiş değildir. Çünkü, sayın Hocamız A. Samim Gönensay'ın da kabul ettikleri üzere, akti, bir şekil dairesinde yapmayı kararlaştıran taraflar, aktin in'ikadını bu şekle riayete tâbi tutmuş olurlar. Sayın Hocamız Belgesay da bu kanaatte bulunmuştur. Hocamıza göre, «Hukuk ususü muhakemeleri kanununun 287 nci maddesi mucibince taraflar bir mukavelenin yalnız *ispatını* da şekle tâbi tutabilirler. Bu halde şekle riayet edilmemişse, mukavelenin ispatı kabil olmaz. Bu halde yeminden nükûl» dahi «delil olamaz»[25].

35 — Kanaatimizce, Türk hukukuna nazaran, ihtiyarî olarak şekil kabul eden taraflar aktin ispatını teshil gayesini istihdaf etseler bile şekle riayetsizlik akti in'ikat ettirmez. Fakat, zamanı vukuundaki değer veya kıymeti 50 lirayı tecavüz etmiyorsa bu akti her türlü beyyine ile ispat edebilmek kabildir. Bilâkis, zamanı vukuundaki değer veya kıymet 50 lirayı tecavüz ettiğinde kararlaştırılan şekle riayet edilmemiş olan aktin sonradan ispatı da kabil değildir. Fakat, bununla beraber aktin ispatını teshil gayesile akte özel bir şekil kabul eden taraflar aktin ispatını temin edecek olan şeklin vücade getirilmesini, meselâ yazılı şekil kabul edilmiş ise senet tanzimini birbirlerinden talep edebilirler. Fakat, bu talep neticesiz kaldığında, akti, talebi neticesiz bırakan taraf hakkında olduğu kadar, diğer taraf indinde de mevcut farzetmek doğru değildir. Çünkü, 16 ncı maddenin mehazdaki aslına değil de, kanunen kabul edilmiş olan tercümesindeki ifadesine nazaran, şekle riayet etmemiş olan tarafların akitle mülzem olmak isteyip istemedikleri araştırılamaz. Kanuna göre, kararlaştırılan şekle riayet edilmemesi halinde «iki taraf akitle ilzam olunamaz».

Türk Ticaret kanununun hükmü de bu merkezdedir. Gerçekten, Ticaret kanununun 664 üncü maddesine göre, «..tarafeyn bir aktin in'ikadını mukavelename tanzimi gibi bazı merasimin ifasına talik ettiği halde, şekli mezkûra riayet.. edilmedikçe akit in'ikad etmez. Tarafeyn bir mukavele tanzimini kararlaştırdıkları surette aktin in'ikadını mukavelemenin tanzimine talik etmiş addolunurlar». Sayın Hocamız A. Samim Gönensay'ın bu husustaki mütalâaları için Bz. Borçlar Hukuku, sah. 72/73.

Necmeddin M. BERKİN

[25] Mustafa Resit Belgesay: Borçlar Kanunu Şerhi, m. 16, sah. 27, İst. 1942.