

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

DOKTORA TEZİ

MURİS MUVAZAASI

2502130240

ÖZTÜRK AYDIN

DANIŞMAN
PROF. DR. EMREHAN İNAL

İSTANBUL 2022

ÖZ

MURİS MUVAZAASI

ÖZTÜRK AYDIN

Muvazaanın uygulamada en sık karşılaşılan türlerinden biri muris muvazaasıdır. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları'na göre, muris muvazaası, murisin mirasçılardan mal kaçırmak amacıyla tapu memuru önünde kendisine ait tapulu taşınmazını mirasçılarından birine veya üçüncü bir kişiye muvazaalı şekilde devretmesi halidir. Bu işleme karşı saklı paylı olsun veya olmasın tüm yasal mirasçılar üçüncü kişi konumunda dava açabilir ve iddialarını tanık dâhil her türlü delille ispatlayabilir. Muris muvazaasına ilişkin dava, tenkis ve denkleştirme taleplerine hâlel getirmez.

Çalışmamızda, borçlar, miras ve eşya hukukunu yakından ilgilendiren problemler içeren muris muvazaası, Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına eleştiri getirmek suretiyle detaylıca incelenmiştir. Bu kapsamda borçlar hukuku anlamında muvazaa ele alınmış ve ardından muris muvazaasının incelenmesine geçilmiştir. Bu incelemede, tüm mirasçılara tanınan dava açma hakkı ele alınarak bu tutumun hatalı olduğu ve sadece saklı paylı mirasçıların dava hakkı olduğu dile getirilmiştir. Ayrıca muris muvazaasının uygulama alanına girdiği veya girmediği kabul edilen işlemlerle ilgili görüşlerimiz aktarılmıştır. Tüm bunların yanında muris muvazaasının ahlaka aykırı bir işlem kabul eden doktrindeki görüşler eleştirilmiştir. Son olarak murisin sağlararası tasarruflarına karşı mirasçıların sahip olduğu haklar ile muris muvazaası arasındaki ilişki üzerinde durulmuştur.

Anahtar kelimeler: muris, muvazaa, şekle aykırılık, saklı pay, tenkis davası.

ABSTRACT

SIMULATIVE TRANSACTION OF DECEASED

ÖZTÜRK AYDIN

One of the common types of the simulation in practice is the simulative transaction of deceased. According to the Decisions of the Unification Of Jurisprudence of Supreme Court, simulative transaction of deceased is the case that the deceased transfers his immovable good to one of his successors or to a third party in front of the land registry officer in order to smuggle property from successors. All legal successors, whether with or without a reserved portion, can file a legal action as a third party against this sham transaction and prove their claims with any evidence including witnesses. The lawsuit regarding simulation of deceased does not prejudice the claim for the reduction and the equalization of the successors.

In our study, the simulative transaction of deceased, which includes problems related to law of obligation, inheritance and property are examined by criticizing the case of the Supreme Court. In this context, the simulation is handled in terms of the law of obligations, and then the simulative transaction of deceased are examined. In this examination, it is stated that the right to file a lawsuit granted to all successors is considered and that this attitude is wrong and that only successors with reserved portion have the right to file a lawsuit. In addition, our views are conveyed about the transactions that are considered to have entered or to have not entered the scope of the simulative transaction of deceased. In addition to all these, opinions in the doctrine that accept the simulative transaction of deceased as a violation of morality are criticized. Finally, the issues related to the lawsuit regarding simulative transaction of deceased and the relations with the rights of successors against the transaction of deceased are discussed.

Keywords: deceased, simulation, lack of requirement of form, compulsory(reserved) portion, action for reduction.

ÖNSÖZ

Muris muvazaası, içinde borçlar hukuku, eşya hukuku ve miras hukukuna dair meseleleri karmaşık bir şekilde barındıran bir muvazaa türüdür. Uygulama en sık görülen muvazaa türlerinden biri olması nedeniyle hukukçuların ilgisini ayrıca çekmektedir.

Yargıtay, konuya ilişkin üç İtihadı Birleştirme Kararı vermiştir. Bu kararlar oy çokluğu ile alınmıştır. Karşı oy yazılarında ileri sürülen gerekçelerle, meselenin ne kadar farklı boyutlara sahip olduğu gözler önüne serilmiştir. Doktrin, özellikle Prof. Dr. Yaşar KARAYALÇIN ve Prof. Dr. İsmet SUNGURBEY'in karşı uç fikirleri savunan, Prof. Dr. M. Kemal OĞUZMAN'ın meseleye başka bir açıdan yaklaştığı görüşleri içeren makaleleri ile konuya ilgisiz kalmamıştır. Muris muvazaası, son zamanlarda yüksek lisans tezlerine konu olmakla birlikte doktora seviyesinde ele alınmamıştır. Bunun yanında muris muvazaasını konu edinen çok sayıda uygulama kitabı da piyasaya çıkmaktadır. Konunun hem uygulamacılar hem doktrin açısından güncelliğini taşıyor olması, doktora tez çalışmasında ele alınmasına yeterli bir sebeptir.

Muris muvazaasında temel sorunları şöyle sıralamak mümkündür: Muris muvazaasına ilişkin dava, tüm mirasçılar tarafından mı yoksa sadece saklı paylı mirasçılar tarafından mı ileri sürülebilir? Muris muvazaasının tüm mirasçılar tarafından ileri sürülmesi gerektiği kabul edilirse, acaba mirasçılar tek başlarına mı yoksa hep birlikte mi hareket etmelidir? Saklı pay dışındaki miras payı üzerinde dilediği şekilde tasarrufta bulunan mirise karşı mirasçıların korunan hakkı mevcut mudur? Tenkis davası açan mirasçının kademeli veya ayrı olarak muris muvazaasına ilişkin dava açması mümkün müdür? Muris muvazaasının ardında yatan gizli işlem geçerli kabul edilebilir mi? Muris muvazaasına ilişkin davada muvazaanın her türlü delille ispatlanması mümkün müdür? Üçüncü kişiden parası ödenerek alınan ve mirasçılar adına tescil edilen taşınmazlarda muris muvazaası hükümleri uygulanır mı? Murisin mirasçılarından mal kaçırmak suretiyle yaptığı muvazaalı işlemler,

ahlaka aykırı kabul edilebilir mi? Hem şekle, hem ahlaka aykırı işlemlere perde geren muvazaalı işlemler yönünden iade yasağı uygulanır mı?

Herşeyden önce şunu belirtmek isterim ki, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde hukuk eğitimi aldıktan sonra İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı'nda Özel Hukuk Yüksek Lisansı ve sonrasında Doktora yapma şerefine sahip olduğum için büyük mutluluk duymaktayım.

Çalışmamın her aşamasında yönlendirmelerini benden esirgemeyen tez izleme komitesi üyelerime; başta tez danışmanım Prof. Dr. Emrehan İNAL olmak üzere, Prof. Dr. Bilgehan ÇETİNER'e ve Prof. Dr. Faruk ACAR'a şükranlarımı sunarım. Bu tezdeki muhtemel eksiklikler sadece bana ait olup yerinde tespit ve değerlendirmelere ancak hocalarımla desteği ve yönlendirmeleriyle ulaşılmıştır. Ayrıca Tez Savunma Jüri üyelerim Prof. Dr. Mehmet Tufan ÖĞÜZ'e ve Doç Dr. Mesut Serdar ÇEKİN'e değerli eleştirileri için teşekkürü bir borç bilirim. Tez savunma aşamasında her türlü ilgi ve yardımı esirgemeyen Araş. Gör. Abdullah Furkan KORKMAZ'a da şükranlarımı sunarım.

Öğrencilere her daim güleryüz ile davranmış, her daim onların yardımına koşmuş bir kişi olan İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Öğrenci İşleri Bürosu Şef Yardımcısı Aysen ÖKSÜZ, 2021 yılı Mart ayı içerisinde vefat etmiştir. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Yüksek Lisans ve sonrasında Doktora Programı'na devam ettiğim süre zarfında prosedürlere ilişkin bir an olsun bıkmadan ve sıcacık bir ilgili ile yol gösterici tutum sergilemesinden dolayı ona şükranlarımı sunuyor, onu rahmetle anıyorum.

Hayatımın her aşamasında yanımda olan ve bana koşulsuz destek sunan eşim Hanife Nur ÖZER AYDIN başta olmak üzere aileme de bana hep inandıkları ve güvendikleri için şükranlarımı sunarım.

İstanbul, 2022

Öztürk AYDIN

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	ii
ABSTRACT	iii
ÖNSÖZ.....	iv
KISALTMALAR LİSTESİ.....	xvi
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

MUVAZAA KAVRAMI, UNSURLARI, TÜRLERİ, BENZER KAVRAMLARLA İLİŞKİSİ VE MUVAZAAYA KONU OLAMAYAN İŞLEMLER

I. GENEL OLARAK MUVAZAA KAVRAMI ve TARİHİ GELİŞİMİ	4
A. Muvazaanın Tanımı	4
B. Muvazaa Kavramının Tarihi Gelişimi	7
1. Roma Hukuku ve Sonrası Dönemden Günümüze Kadar Muvazaa Kavramının Gelişimi.....	7
2. Muvazaa Kavramının Osmanlı Hukukundaki Gelişimi.....	12
II. MUVAZAANIN UNSURLARI.....	14
A. İrade ile Beyan Arasındaki Kasıtlı Uygunsuzluk.....	15
1. İrade ile Beyan Arasında Uygunsuzluk.....	16
a. İrade ile Beyan Arasındaki Uygunsuzluk Halinde Başvurulan Yorum Teorileri	16
(1) İrade Teorisi	16
(2) Beyan Teorisi	18
(3) Güven Teorisi.....	20
b. Muvazaa Hususunda Tercih Edilen Yorum Teorisi	22
2. İrade ile Beyan Arasındaki Uygunsuzluğun Kasıtlı Olması	23

B. Üçüncü Kişileri Aldatma Niyeti.....	23
C. Tarafların Muvazaa Hususunda Anlaşmaları.....	26
III. MUVAZAANIN TÜRLERİ.....	29
A. Mutlak Muvazaa	29
B. Nisbi Muvazaa	30
1. Sözleşmenin Niteliğinde Muvazaa.....	31
2. Sözleşmenin Konusunda Muvazaa	33
3. Tarafta Muvazaa.....	35
IV. MUVAZAANIN BENZER KAVRAMLARLA İLİŞKİSİ	37
A. Zihni Kayıt ve Latife Beyanı	37
B. Hata	40
C. Hile.....	41
D. İnançlı İşlem.....	42
1. Kavram	42
2. İnançlı İşlemin Roma Hukukundaki Gelişimi	44
3. İnançlı İşlemin Unsurları.....	46
4. İnançlı İşlemin Hüküm ve Sonuçları.....	48
5. Muvazaa ile İnançlı İşlem Arasındaki Benzerlikler ve Farklılıklar	50
E. Nam-ı Müstear ve Dolaylı Temsil.....	52
F. Kanuna Karşı Hile	60
G. Tasarrufun İptali Davaları.....	65
V. MUVAZAAYA KONU OLAMAYAN İŞLEMLER	69
A. Vasiyetname.....	69
B. Kamu Hukukuna Dair İşlemler ve Resmi Senetler	69
C. Aile Hukukuna Dair Hukuki İşlemler	70

İKİNCİ BÖLÜM

MURİS MUVAZAASI KAVRAMI, UNSURLARI, HÜKÜMLERİ, UYGULAMA ALANI VE BAZI KAVRAMLARLA İLİŞKİSİ

I. MURİS MUVAZAASI KAVRAMI.....	73
II. MURİSİ MUVAZAAYA YÖNELTEN SAİKLER.....	75
A. Erkek Çocuğa Tanınan Üstünlük.....	75
B. İkinci veya Son Eş Faktörü.....	77
C. Zayıf Durumdaki Mirasçının Güçlendirilmesi.....	77
D. Murisin Yaşlılığında veya Ölümüne Yakın Muvazaalı Devir İşlemi Gerçekleştirmesi.....	77
E. Psikolojik Etkenler.....	78
III. MURİS MUVAZAASININ UNSURLARI.....	78
A. Muvazaa Hususunda Anlaşma ve Tarafların İrade ile Beyan Arasında Kasıtlı Uygunsuzluk Yaratmaları.....	79
B. Mirastan Mal Kaçırma Amacı.....	80
1. Genel Olarak.....	80
2. Mirastan Mal Kaçırma Amacı ve Mirasçı Sıfatı.....	81
3. Muvazaalı Devir Anı Yönünden Bakış.....	85
C. Görünürdeki İşlem.....	89
D. Gizli İşlem.....	89
IV. MURİS MUVAZASININ GÖRÜNÜRDEKİ VE GİZLİ İŞLEMİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI.....	90
A. Görünürdeki İşlemin Hüküm ve Sonuçları.....	90
1. Görünürdeki İşlemin Muvazaa Nedeniyle Hükümsüzlüğü.....	90
a. Yokluk Görüşü.....	91
b. Kesin Hükümsüzlük Görüşü.....	92

c. Kendine Özgü Hükümsüzlük Görüşü.....	92
d. Ara Sonuç	93
2. Hükümsüzlüğün Doğurduğu Sonuçlar	95
a. Taraflar Arasında Alacak ve Borç Doğurmaz	95
b. Hâkim Tarafından Kendiliğinden Göz Önünde Bulundurulur.....	96
c. Muvazaa Sebebinin Ortadan Kalkması, Belirli Bir Sürenin Geçmesi veya Tarafların Muvazaalı İşlemi Onaylaması ile Geçerlilik Kazanmaz	97
d. Her Zaman İleri Sürülebilir	98
e. Tespit Davasına Konu Olabilir	99
3. Geçersizliğin İleri Sürülemeyeceği Haller	99
a. İyiniyetli Üçüncü Kişilerin Ayni Hak İktisabı	99
b. Dürüstlük Kuralına Aykırılık	102
c. İyiniyetli Üçüncü Kişilerin Yazılı Borç İkrarına Dayanak Hak İktisabı.....	105
B. Gizli İşlemin Hüküm ve Sonuçları.....	107
1. Gizli İşlemin Şekil Şartına Bağlanmış Olması	108
2. Şekle Aykırılığın Hükmü	111
a. Yokluk Görüşü	112
b. Kesin Hükümsüzlük Görüşü	113
c. Kendine Özgü Hükümsüzlük Görüşü.....	113
d. Ara Sonuç	115
3. Görünürdeki İşlemin Şekil Şartına Uygun Olmasının Gizli İşlemin Geçersizliğine Etkisi	117
4. Gizli İşlemin Geçersizliğinin İleri Sürülemeyeceği Haller.....	119
a. Dürüstlük Kuralına Aykırılık.....	119
b. Kadastro Kanunu'na Göre Şekil Şartının Tamamlanması	124
c. Kadastro Kanunu'na Göre 10 Yıllık Hak Düşürücü Sürenin Dolması..	125

d. İyiniyetli Üçüncü Kişilerin Kazanımının Korunması	126
V. MURİS MUVAZAASINA KONU İŞLEMLER.....	126
A. Görünürdeki İşlemin Muris Muvazaasına Özgü Üç Şartı.....	126
1. Tapulu Bir Taşınmazın Varlığı	127
2. Tapulu Taşınmazın Murise Ait Olması.....	127
3. Tapu Memuru Önünde Sözleşmeye Dayalı Devir İradesinin Varlığı	127
B. Görünürdeki İşlem Olarak Satım Sözleşmesi	128
1. Satım Sözleşmesine Genel Bakış	128
a. Tanım.....	128
b. Hukuki Niteliği.....	129
c. Unsurları	130
2. Muris Muvazaası Yönüyle Satım Sözleşmesi.....	131
a. Murisin Mirastan Mal Kaçırarak Amacının Olması.....	132
b. Satımın Ara Malik Aracılığıyla Yapılması	134
c. Satımın Ticari Şirkete Yapılması	135
d. Haricen Satılan veya Taşınmaz Satım Vaadine Konu Edilen Tapulu Taşınmazın Mahkeme Kararıyla Tapuya Tescil Ettirilmesi.....	136
C. Görünürdeki İşlem Olarak Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi	140
1. Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesine Genel Bakış	140
a. Tanım.....	140
b. Hukuki Niteliği.....	141
c. Türleri	142
d. Unsurları.....	143
e. Şekil	144
2. Muris Muvazaası Yönüyle Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi.....	146
D. Gizli İşlem Konumundaki Bağışlama Sözleşmesi	152

1. Bağışlama Sözleşmesine Genel Bakış	152
a. Tanım.....	152
b. Hukuki Niteliği.....	152
c. Unsurları	153
d. Şekil.....	154
2. Bağışlama Sözleşmesinin Muris Muvazaasındaki Hukuki Durumu.....	154
VI. YARGITAY KARARLARI İŞİĞİNDA MURİS MUVAZAASI OLUŞTURMAYAN HALLER.....	155
A. Murisin Mirastan Mal Kaçırma Amacının Olmadığı İşlemler	155
1. İvaz Karşılığı Tapulu Taşınmaz Devri.....	155
2. Paylaştırma İradesinin Varlığı Halinde Muris Muvazaası Hükümlerinin Uygulanmaması.....	157
3. Evlenme Sırasında, Devamında veya Sona Ermesi Halinde Kocanın Bağış veya Bağış Vaadi.....	159
4. Karma Bağışlama	161
5. Uygulamada Görülen Diğer Devirler.....	163
B. Görünürdeki İşlemin Muris Muvazaasına Özgü Üç Şartı Taşımadığı Haller	166
1. Taşınır Mal Devirleri.....	166
2. Tapusuz Taşınmazların Devri	168
3. Kadastro Kanunda Öngörülen Haller.....	173
a. 10 Yıllık Hak Düşürücü Sürenin Geçmesi	173
b. Murisin Kadastro Teknisyeni Huzurunda Zilyet Adına Tescile Muvafakat Vermesi	174
4. Uzun Süreli Kira Sözleşmeleri.....	176
5. İntifa Hakkı Tesisi.....	179
6. Elden Bağışlama.....	181

a. Elden Bağışlama Yerine Gizli Bağışlama Kavramının Kullanılması....	181
b. Elden Bağışlama Hakkında Yargıtay Görüşü	182
7. Murisin Borç Senedi Düzenlemesi.....	184
8. Miras Sözleşmeleri.....	186
9. Kooperatif veya Şirket Payı Devri	188
VII. MURİS MUVAZAASININ BAZI KAVRAMLAR İLE İLİŞKİSİ	189
1. Muris Muvazaasının Diğer Muvazaa Türlerinden Farkları	189
2. Muris Muvazaasının Ahlaka Aykırı İşlem Olduğunu Savunan Görüşün İncelenmesi	191
a. Muris Muvazaasının Ahlaka Aykırı İşlem Olduğunu Savunan Görüş..	191
b. Çeşitli Hukuk Sistemlerinde Yer Alan Bazı Kavramlarla Muris Muvazaası Arasında İlişki	193
c. Çeşitli Hukuk Sistemlerinde Yer Alan Bazı Kavramlarla Muris Muvazaası Arasında İlişkiye Dair Kişisel Görüşümüz	199
d. Taşınır ve Tapusuz Taşınmazların Muvazaalı Devirlerini Ahlaka Aykırlık Yoluyla Muris Muvazaası Kapsamına Alma Hakkındaki Kişisel Görüşümüz	204

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MURİS MUVAZAASINA İLİŞKİN DAVA VE MURİSİN SAĞLARARASI İŞLEMLERİ KARŞISINDA YASAL MİRASÇILARIN SAHİP OLDUĞU DİĞER HAKLAR

I. MURİS MUVAZAASI NEDENİYLE TAPU KAYDININ DÜZELTİLMESİ (TAPU İPTAL VE TESCİL) DAVASI.....	207
A. Görevli ve Yetkili Mahkeme	208
B. Davacı	211
1. Yasal Mirasçıların Muris Muvazaasına Dayalı Hak İleri Sürüp Süremeyeceğine Dair Görüşler ve Kişisel Görüşümüz.....	211

a. Tüm Mirasçılara Dava Hakkı Tanıyan Görüş	211
(1) Tüm Mirasçılara Üçüncü Kişi Konumunda Müstakil Dava Hakkı Tanıyan ve Şekle Aykırılığa Dayanan Yargıtay Görüşü Bakımından...	211
(2) Tüm Mirasçıları Külli Halef Konumunda Kabul Eden Görüş Bakımından	214
b. Mirasçılara Dava Hakkı Tanımayan (Sadece Saklı Paylı Mirasçılara Tenkis Talebi Tanıyan) Görüş	217
c. Sadece Saklı Paylı Mirasçılara Dava Hakkı Tanıyan Görüş	218
d. Konu ile İlgili Değerlendirilmesi Gereken Sorunlar ve Kişisel Görüşümüz	219
(1) Aileyi ve Bireyi Koruyan Sistemlerden Hangisinin Benimsenmesi Gerektiği Sorunu	219
(2) Ölenin Son Arzusuna Saygı Gösterilmesi yani Favor Testamendi İlkesinin Konu ile İlgisinin Bulunup Bulunmadığı Sorunu	227
(3) Sözleşmeye Taraf Olmayan Mirasçıların Müstakil Dava Açma Hakkının Bulunup Bulunmadığı Sorunu	228
(4) Gizli Bağışlama İşleminin Geçerli Olup Olmadığı Sorunu	231
(5) Ara Sonuç	234
2. Davacı Sıfatına İlişkin Diğer Hususlar	237
A. Genel Olarak	237
b. Mirasçı Sıfatı	238
c. Ara Murisin Mirasçıları	239
d. İradi Mirasçılar	239
e. Dava Hakkından Feragat ve Beklenen Miras Hakkının Devri	241
C. Davalı	242
D. Davanın İspatı	243
1. İspat Yükü	243

2. İspat Edilmesi Gerekli Olgular.....	243
3. İspat Şekli.....	245
E. Talep Kapsamı.....	248
1. Pay Oranında Tapu Kaydının Düzeltilmesi veya Terekeye İade Talebi...	248
2. Sadece İptal veya Tescil Talebi.....	250
3. Ecrimisil Talebi.....	251
4. Muris Muvazaasının Yanında Ehliyetsizlik	253
5. Muris Muvazaasının Yanında Vekâlet Görevinin Kötüye Kullanılması ..	254
6. Ahlaka Aykırı Amaç İçin Verilen Şeylerin İadesi Yasağı ve Muris Muvazaası İlişkisi.....	256
a. İade Yasağına Genel Bakış.....	257
b. Tapulu Taşınmazı İçeren Murisin Muvazaalı Devri ile İade Yasağı İlişkisi	258
II. MURİS MUVAZAASI VE TENKİS DAVASI	261
A. Tenkis Davasına Genel Bakış	261
1. Özellikleri.....	261
2. Davada Taraflar.....	262
3. Tenkise Tabi Tasarruflar	264
4. Yetki, Görev ve Süre.....	265
B. Muris Muvazaasına İlişkin Dava ile Tenkis Davası Arasındaki Benzerlikler ve Farklılıklar.....	266
C. Muris Muvazaasına İlişkin Dava ile Tenkis Davasının Ayır Dilekçeyle Açılabilmesi ve Kademelendirilmesi.....	268
III. MURİS MUVAZAASI VE DENKLEŞTİRME TALEBİ	276
A. Denkleştirmeye Genel Bakış.....	277
1. Kavram ve Özellikleri	277

2. Denkleştirme Borçlusu ve Alacaklısı.....	278
3. Denkleştirmenin Konusu.....	279
4. Denkleştirme Davası	280
5. Denkleştirme ile Tenkisin Karşılaştırılması.....	281
B. Paylaştırma İradesinin Varlığı Halinde Kazandırmanın Denkleştirmeye Tabi Tutulması	282
C. Murisin Taşınır ve Tapusuz Taşınmazlara İlişkin Sağlararası Muvazaalı Temlikleri ile Denkleştirme Arasındaki İlişki	284
D. Muris Tarafından Ödenerek Altsoy Adına Alınan Taşınmaz Bedelinin Denkleştirmeye Tabi Tutulup Tutulamayacağına Dair	285
SONUÇ	287
KAYNAKÇA	298

KISALTMALAR LİSTESİ

a.g.e.	: adı geçen eser
a.g.m.	: adı geçen makale
a.e.	: aynı eser
Art.	: Artikel (Madde)
a.y.	: aynı yer
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BGE	: Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes(İsviçre Federal Mahkemesi Kararları)
BGHZ	: Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (Alman Federal Mahkemesi'nin Hukuk Davalarındaki Kararları)
Bkz.	: Bakınız
BK	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
c.	: cümle
C.	: Cilt
Çev	: Çeviren
dn.	: dipnot
E.	: Esas Sayılı
Ed	: Editör
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
K.	: Karar Sayılı
m.	: madde

MK	: 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi
N.	: Numara
NJW	: Die Neue Juristische Wochenschrift
OR	: Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Hukuku)
R. G.	: Resmi Gazete
Rn.	: Paragraf
S.	: Sayı
s.	: sayfa
T.	: Tarih
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TKAKK	: 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu
TMK	: 4072 sayılı Türk Medeni Kanunu
vd.	: ve devamı
ZGB	: Zivilgesetzbuch (İsviçre Medeni Kanunu)

GİRİŞ

Muris muvazaası, halk arasında bilinen adıyla mirastan mal kaırma, murisin mirasçıları aldatmak amacıyla aslında bağışladığı bir tapulu taşınmazını satım veya ölünceye kadar bakma sözleşmesi adı altında mirasçılardan birine veya bir üçüncü kişiye devretmesidir. Böylelikle muris, bazı saikler ile mirasçılarının biri veya üçüncü kişiyi kayırmakta, diğer mirastan tapulu taşınmazını kaırmakta ve mirasçılarının sağlararası karşılıksız kazandırmalara karşı sahip olduğu hukuki imkânları elinden almayı hedeflemektedir.

Muris muvazaası, her şeyden önce, muvazaa kurumu altında değerlendirilen bir alt kavramdır. Dolayısıyla muris muvazaasına ilişkin konular değerlendirilirken üst başlığa ilişkin hususlarla çelişen hüküm ve sonuçlara sapılmamalıdır. Bunun yanında taşıdığı miras hukuku meseleleri ile borçlar hukuku meseleleri uzlaştırılmalıdır. Bu açıdan zor bir konu olan muris muvazaası, Yargıtay ve doktrinin üzerinde fikir birliği sağlayamadığı birçok hususu barındırmaktadır. Tüm bu hususlar, incelenmek ve farklı görüşlere yer verilmek suretiyle titizlikle ele alınmalıdır. Çalışmamızda bu ilkelerden yola çıkarak hareket edilmiştir.

Bu tezin yazılmasının iki amacı bulunmaktadır. Birinci amaç, Yargıtay'ın istikrar kazanmış içtihatlarının incelenmesi ve muris muvazaasının hukuki hüküm ve sonuçlarına ilişkin doktrindeki ve uygulamadaki görüş farklılıklarını ve görüşlerimizi dile getirmektir. İkinci amaç, muris muvazaasının konu olup olmadığı tartışılan işlemlere ilişkin doktrin ve uygulamadaki görüş farklılıklarına ve görüşlerimize yer vermektir.

Çalışmamız üç bölüm ve on beş ana başlıktan oluşmaktadır. Birinci bölümde, genel olarak muvazaa incelenmiştir. İlk olarak, muvazaanın doktrin ve uygulamada yapılmış farklı tanımlarının yanı sıra Roma Hukukundan günümüze gelişimine yer verilmiştir. Ardından muvazaanın unsurları ayrıntılı şekilde incelenmiştir. Özellikle irade ve beyan kavramlarının üzerinde durulmuş ve konuya ışık tutması açısından irade, beyan ve güven teorisi kısaca anlatılmıştır. Sonra,

muvaazaanın türlerine değinilmiş ve muris muvazaasının hangi türe girdiği tespit edilmiştir. Daha sonra muvaazaanın benzer kavramlarla ilişkisi, benzer ve farklı yönleri irdelenmiştir. Bu bölümde son olarak muvaazaanın konu olmadığı işlemler anlatılmıştır.

İkinci bölümde, muris muvazaası kavramına, unsurlarına, bu unsurların içerdiği borçlar hukukuna ilişkin hüküm ve sonuçlarına, muris muvazaasının uygulama alanına giren ve girmeyen işlemlere, muris muvazaasının benzer kavramlarla ilişkisine yer verilmiştir. İlk olarak, muris muvazaası kavramı, genel hatları ile anlatılarak konuya giriş yapılmıştır. Ardından murisi muvazaaya iten saikler üzerinde durularak konunun sosyal ve psikolojik nedenlerine vurgu yapılmıştır. Sonra, muris muvazaasının unsurları incelenmiş ve özellikle mirastan mal kaçırma amacının anlamı ve mirasçılık sıfatı ile ilgisi üzerinde durulmuştur. Ardından görünürdeki işlemin borçlar hukuku anlamında hukuki akıbeti ve hakkın kötüye kullanılması ile ilişkisi ele alınmıştır. Gizli işlemin şekle aykırı olmasının sonuçları ve şekle aykırılığın ileri sürülemediği haller, muris muvazaasını ilgilendirdiği tüm yönleriyle anlatılmıştır. Akabinde, muris muvazaasına konu olan görünürdeki işlemler incelenmiş ve ayrıca gizli işlemin konusunu teşkil eden bağışlama sözleşmesinin muris muvazaasındaki konumu ortaya konmuştur. Daha sonra, Yargıtay kararlarına göre muris muvazaasının oluşmadığı ve birçok tartışmalı hususu bünyesinde barındıran işlemler açısından görüşlerimiz gerekçeleriyle birlikte detaylı şekilde açıklanmıştır. Bu bölümde son olarak muris muvazaasının genel olarak muvazaadan farklı yönleri tespit edilmiştir. Bunun yanında muris muvazaasını ahlaka aykırı bir işlem kabul eden görüşe yer verilerek bu husustaki kişisel görüşümüz aktarılmıştır.

Üçüncü bölümde, mirasçıların muris muvazaası karşısında sahip olduğu imkânlarla birlikte, muris muvazaasının uygulama alanına girmeyen işlemler açısından da mirasçıların sahip olduğu imkânlar ayrı ayrı incelenmiştir. Öncelikle, muris muvazaasına ilişkin davanın özellikleri, yetkili ve görevli mahkemesi, ispatı ve ispatın şekli, talep kapsamı anlatılmıştır. Burada davacı sıfatı üzerinde önemle durulmuştur. Çünkü tüm yasal mirasçılara tek başına dava açabilme imkânı veren

Yargıtay uygulamasının aksine tüm yasal mirasçıların külli halef olarak, sadece saklı paylı mirasçıların külli halef veya üçüncü kişi olarak dava açabileceği, muris muvazaasına ilişkin dava açma hakkının olmadığı şeklindeki iddialar doktrinin üzerinde hararetle tartıştığı hususlardır. Ardından tenkis davasının özellikleri ve muris muvazaası ile ilişkisi ortaya konmuştur. Özellikle, doktrinde çok tartışmalara konu olan tenkis davası ve muris muvazaasının kademelendirilmesine ilişkin uygulamaya, eleştirilere ve görüşümüze yer verilmiştir. Bu bölümde son olarak denkleştirme davasının özellikleri ve muris muvazaası ile ilişkisi üzerinde durulurken murisin paylaşırma amaçlı yaptığı muvazaalı temlikler ile ilgili bilgiler verilmiş ve üçüncü kişiden parası ödenerek alınıp mirasçılar üzerinde tescil edilen taşınmazlar hakkında denkleştirme hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı tartışılmıştır.

Sonuç bölümünde, tartışmalı hususlar kısaca özetlenerek maddeler halinde bu hususlardaki görüşlerimiz ve vardığımız sonuçlar aktarılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

MUVAZAA KAVRAMI, UNSURLARI, TÜRLERİ, BENZER KAVRAMLARLA İLİŞKİSİ VE MUVAZAAYA KONU OLAMAYAN İŞLEMLER

I. GENEL OLARAK MUVAZAA KAVRAMI ve TARİHİ GELİŞİMİ

A. Muvazaanın Tanımı

Muvazaa, arapça kelime olup “vaz” kökünden türetilmiştir. Bahse girişmek, gerçeğe uygun olmayan hareket ve işlemlerde bulunmak anlamına gelir¹. Eski dilde, ciddinin zıddı olan hezl kelimesinin karşılığı olarak kullanılmıştır². Türkçe sözlükte “*danışık, danışıklılık ve danışıklı işlem*” kelimelerine karşılık gelmektedir³. Hukuk dilinde muvazaa, hukuki işlem altında birden fazla kişinin gerçek iradelerine uymayan bir beyanda bulunmayı kararlaştırmalarına denir⁴. Bir başka deyişle, muvazaa, iki tarafın iradeleri ile beyanları arasında isteyerek bir uygunsuzluk meydana getirmesidir⁵.

Doktrinde muvazaanın ortak bir tanımı yapılamamaktadır. Bunun nedeni, muvazaanın tanımı, kapsamı, hükümleri ve sonuçları üzerinde görüş birliği sağlanamamasıdır⁶. Bir tarife göre muvazaa “*hakiki anlaşmanın harice açıklanmış*

¹ Ferit Develioğlu, **Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat**, Ankara, Aydın Kitabevi, 2002, s. 696.

² Ali Haydar Efendi, “Muvazaa ve İstiğlal”, Sadeleştiren: Sabri Erturhan, **İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi**, S. 5, 2005, s. 280; Yargıtay İBK E. 1940/29, K. 1941/5, T. 12.02.1941, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 12.01.2021.

³ (Çevrimiçi) <http://www.tdk.gov.tr>, 09.02.2016; Bunun yanında sahte tavır takınmak, başkasını iğfal etmek sonucunu doğuran ve ciddi olmayan beyanlar anlamına da gelir. Ali Naim İnan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı**, 3. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1984, s. 171.

⁴ Türk Hukuk Kurumu, **Türk Hukuk Lügatı**, 3. Baskı, Ankara, Başbakanlık Basımevi, 1991, s. 250.

⁵ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, s. 395; Ahmet M. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 24. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2020, s. 234; O. Gökhan Antalya, **Marmara Hukuk Yorumu C. V/1, 1: Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 2. Baskı, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 345.

⁶ Eraslan Özkaya, **İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları**, 8. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 176; Berk Demirkol, “Muvazaa ile Muvazaaya Benzer Kurumlar ve Senetle İspat Kurallarının Bu Kurumlardaki Uygulaması”, **Sarper Sözek’e Armağan**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011, s. 3013.

diğer bir akit altında gizlenmesidir.”⁷ veya “Tarafların yapmış oldukları bir anlaşma hükümlerini aralarında aynı zamanda gizli kalacak bir anlaşma ile tadil etmeleridir.”⁸ Bunun yanında “tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla fakat gerçek iradelerine uymayan, aralarında hüküm ve sonuç doğurmayan bir görünüş yaratma konusunda anlaşmalarıdır” şeklinde de tanımlanmaktadır⁹.

İsviçre Federal Mahkemesi’nin bir kararında muvazaa, *“Taraflar, irade beyanlarının objektif anlamına bağlı bulunan hukuksal sonuçların meydana gelmeyeceğini kararlaştırdıkları ve böylece sırf görünürde bir sözleşme kurmak istedikleri takdirde, yaptıkları işlem muvazaalıdır”* şeklinde ifade edilmiştir¹⁰. İsviçre Federal Mahkemesi’nin tanımı, mutlak muvazaaya karşılık gelmektedir. İsviçre Federal Mahkemesi başka bir kararında ise, muvazaalı işlemi mutlak ve nisbi muvazaayı içerecek şekilde şöyle tanımlamıştır: *“BK m.18 anlamında bir işlem her iki tarafın, beyanlarının objektif anlamlarına uyan hukuki sonuçlarını doğurmayacağı konusunda hemfikir olduğunda, yalnızca bir hukuki işlemin görünüşünü yaratmak istediklerinde veya görünüşteki işlem ile gerçekten arzulanan sözleşmeyi sakladıklarında muvazaalı olur.”¹¹*

⁷ İlhan Postacıoğlu, “Nami Müstear ve Muvazaa Meseleleri Hakkında Yeni Görüşler”, **Makaleler ve Karar İncelemeleri**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011, s. 841.

⁸ İlhan Postacıoğlu, **Gayrimenkullerin Ferağına Müteallik Akitlerde Şekle Riayet Mecburiyeti**, İstanbul, 1945, s. 114.

⁹ Hugo Oser, Wilhelm Schönenberger, **Borçlar Hukuku Birinci Kısım (Madde 1-40)**, Çev: Recai Seçkin, Ankara, Adalet Bakanlığı, 1947, s. 145; von Tuhr, Andreas: **Borçlar Hukukunun Umumi Kısım, C. 1-2**, Çev: Cevat Edege, Ankara, Olgaç Matbaası, 1983, s. 290; Andreas von Tuhr, Hans Peter, **Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Band I**, 3. Auflage, Zürich, 1979, s. 293; Theo Guhl, Alfred Koller, Anton K. Schnyder, Jean Nicholas Druey, **Das Schweizerische Obligationenrecht**, 9. Auflage, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 2000, s. 132; Peter Gauch, Walter R. Schleup, Jörg Schmid, Susan Emmenegger, **Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, zwei Bände**, 10. Auflage, Zürich, Schulthess, 2014, Rn. 1013; Turhan Esener, **Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1956, s. 7; İnan, a.g.e. , s. 171; Necip Kocayusufpaşaoğlu, (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı), **Borçlar Hukuku Genel Bölüm Cilt I: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme**, 7. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017, s. 345; Eren, **Borçlar Genel**, s. 395; Safa Reisoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 23. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, 2012, s. 105; Ali İhsan Özüğür, **Açıklamalı-İçtihatlı Tenkis, Mirasta Denkleştirme ve Muvazaa Davaları**, 5. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015, s. 459.

¹⁰ BGE 72 II 154.

¹¹ BGE 112 II 357, (Haluk Burcuoğlu, Nami Barlas, “İsviçre Federal Mahkemesi’nin Açık Artırma İle Satım ve Danışıklı (Muvazaalı) İşlem Hakkındaki 04.11.1986 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi”, **Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, N.17, İstanbul, 1988, s. 68).

1940 tarihli bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında muvazaa, mutlak muvazaaya karşılık gelecek şekilde “... İki kimsenin bir maksada mebni aslı olmayan bir tasarrufu izhar etmek üzere gizlice aralarında sarahaten, lisanen veya tahriren kararlaştıktan sonra o tasarrufu alenen izhar ve inşa etmeleridir.” biçiminde tanımlanmıştır¹². 1953 tarihli bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı’nda muvazaa “Zahiri beyanların hakiki maksatlarına uymadığını bildikleri halde akitlerin kastettikleri vaziyetten başka bir hukuki münasebette ittifak etmiş gibi kendilerini göstermiş olmaları halidir” şeklinde tanımlanmıştır¹³. Yargıtay’ın bu tanımı daha çok nisbi muvazaaya karşılık gelmektedir. Yargıtay’ın son zamanlarda istikrarlı şekilde önce tanım yaptığı sonra türleri açıkladığı ifadeleri şu şekildedir: “Bilindiği üzere; muvazaa kısaca irade ve beyan arasında bilerek yaratılan uyumsuzluk şeklinde tanımlanabilir. Muvazaada taraflar üçüncü kişileri aldatmak amacıyla gerçek iradelerine uymayan, aralarında hüküm ve sonuç doğurmayan bir görünüş yaratmak için anlaşarak bazen aslında bir sözleşme yapma iradesi taşımadıkları halde görünüşte bir sözleşme yapmaktadırlar (mutlak muvazaa). Veya gerçek iradelerine uygun olarak yaptıkları sözleşmeyi iradelerine uymayan görünüşteki bir sözleşmeyle gizlemektedirler (nisbi muvazaa)”¹⁴

¹² Yargıtay İBK E. 1940/29, K. 1941/5, T. 12.02.1941, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 12.01.2021; “...Genellikle muvazaa, ortada görünen bir durumun gerçeğe uymaması anlamına gelir. Dilin "ikrar ettiğini" kalbin "tasdik etmediğini" ve zahirin bir paravana olarak gerçeği örtmek ve saklamak üzere kullanıldığı durumlarda muvazaanın varlığından söz edilir. Hukukta tarafların gerçek iradelerine uygun düşmeyen bir hukuksal işlem yaptıkları hallerde muvazaa ile karşılaşılması ihtimali vardır. Ancak, muvazaada taraflar bilinçli olarak ve isteyerek iradelerine asla uygun düşmeyen bir açıklamada bulunarak gerçekte hiç arzulamadıkları bir işlemi yapmış gibi görünürler. Oysa tarafların gerçekten böyle bir işlem yapmaya hiç niyetleri yoktur. Yapılması asla arzu edilmeyen bir hukuksal işlemi tarafların yaptığı, açıklamanın gerçek iradeye ters düştüğü ve böylece "zarfın mazrufa" uymadığı hallerde ortada muvazaayı öngören bir davranış vardır. Danışıklı dövüş gibi danışıklı bir işlem olan muvazaada hayatta yer alan, uyumsuzluklara konu olan ve hukukta tanınan bir müessesedir. Kişiler çeşitli saik ve nedenlerle danışıklı -muvazaalı- işlemler yapmak gereğini duyarlar. Bu nedenlerin hepsini burada sayıp dökmek gereği yoktur. Çok kez üçüncü kişilerin koşturmalarını önlemek, onların hak ve alacaklarını karşılıksız bırakmak, çeşitli yasaların takibinden kurtulmak... gibi değişik amaçlarla bazı kimselerin muvazaayı can kurtaran simidi gibi kullanmakta sakınca görmedikleri kuşkusuzdur...” Yargıtay 1. HD. E. 1978/10321, K. 1978/11567, T. 12.01.2011, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 12.03.2016; Benzer tanım için bkz. Yargıtay 14. HD. E. 2010/14043, K. 2011/433, T. 20.01.2011, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 12.01.2021.

¹³ Yargıtay İBK E. 1953/8, K. 1953/7, T. 07.10.1953, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 12.01.2021.

¹⁴ Yargıtay 1. HD. E. 1996/1179, K. 1996/1570, T. 14.02.1996, Yargıtay 1. HD. E. 1998/6098, K. 1998/6411, T. 20.05.1998, Yargıtay 14. HD. E. 2014/1169, K. 2014/3456, T. 18.02.2014, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 12.01.2021.

Aslında muvazaanın türlerini ve doktrinde ağırlıkla kabul edilen unsurlarını barındıran bir tanım daha uygundur. Buna göre, muvazaa, tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla gerçek iradelerine uymayan görünürdeki işlemin hiç hüküm doğurmaması ya da görünürdeki işlemin arkasına gizleyip gerçek iradelerine uygun olarak gerçekleştirdikleri işlemin hükümlerini doğurması yönünde anlaşmalarıdır¹⁵.

B. Muvazaa Kavramının Tarihi Gelişimi

1. Roma Hukuku ve Sonrası Dönemden Günümüze Kadar Muvazaa Kavramının Gelişimi

Klasik Dönem Roma Hukukunda muvazaa hakkında kesin ve genel bir kural bulunmamaktaydı¹⁶. Muvazaalı işlemler, hukuki açıdan iradenin dışı vurulmuş şekli olan beyanın esas kabul edilmesi nedeniyle geçerli sayılırdı. Çünkü tarafların gerçek iradesi değil, ortaya koydukları beyan esas alınırdı. Bu, Roma Hukukunun şekilci yaklaşımının bir sonucuydu¹⁷. Bunun yanında Romalı hukukçuların hukuki sorunların birinden diğerine geçerek kazuistik yöntemlerle karar vermeleri sonucu konular arasında bağlantı kuramaması ve belirli hukuki işlem kategorileri oluşturamamasının da etkisi bulunmaktaydı¹⁸.

¹⁵ Cevdet Yavuz, **Türk İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil**, İstanbul 1983, s. 115; Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s. 408; M. Kemal Oğuzman, Nami Barlas, **Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**, 26. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020, s. 210; M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I**, 18. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020, s. 134; M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, 22. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2020, s. 429; Antalya, **a.g.e.**, s. 346; Nejat Aday, **Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muvazaa**, İstanbul, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş. 1992, s. 5; Demirkol, **a.g.m.**, s. 3013; İsmail Atamulu, **Türk Borçlar Hukukunda Muvazaa**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017, s. 19 vd.

¹⁶ Heinrich Honsell, Theo Mayer-Maly, Walter Selb, **Römisches Recht**, Aufgrund des Werkes von Paul Jörs, Wolfgang Kunkel und Leopold Wenger, 4. Auflage, Berlin, Springer Verlag 1987, s. 121; Paul Koschaker, **Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları**, Çev: Kudret Ayiter, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara, 1983, s. 60; Özcan Karadeniz-Çelebican **Roma Hukuku: Tarihi-Kaynaklar-Genel Kavramlar-Kişiler Hukuku-Hakların Korunması**, 14. Basım, Ankara, Turhan Kitabevi, 2014, s. 225.

¹⁷ Salvatore Di Marzo, **Roma Hukuku**, Çev: Ziya Umur, 2. Baskı, İstanbul, Sulh Garan Matbaası, 1959, s. 89; Koschaker, **Roma**, s. 59; Karadeniz-Çelebican, **a.g.e.**, s. 225; Arzu Oğuz, "Muvazaa Kuramının Iustinianus'tan Günümüz Modern Kanunlaştırma Hareketlerine Kadar Gelişim Çizgisi", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 45, S. 1-4, 1996, s. 454.

¹⁸ Honsell, Mayer-Maly, Selb, **a.g.e.**, s. 121.

MS. II. yüzyıldan itibaren hayali satış, hayali sözleşme ve muvazaalı evlilik gibi muvazaalı işlemler geçersiz sayılmaya başlanmıştır¹⁹. Özellikle insanların sözleşme yapma özgürlüğünü kısıtlayan yasakların konulması, insanları bu yasakların etrafını dolanarak muvazaalı işlem yapmaya sevk etmiştir²⁰. Gerçekten de hukuken birbirine bağış yapması yasak olan eşlerin sanki aralarında alım-satım varmış gibi göstermeleri mümkündür. Bu da başka türlü görünmenin onaylanmasının önüne geçilmesini gerektirmiştir²¹. Borçlunun muvazaalı işlemlerinden korunması için alacaklılara Actio Pauliana adı verilen bir dava hakkı tanınmıştır²². Diocletianus devrinde birçok kararda satış sözleşmesi ve daha birçok sözleşme geçersiz sayılmaya başlanmış ve sonraki dönemlerde de bu uygulama devam etmiştir²³.

Iustinianus döneminde genel olarak irade teorisi benimsendiğinden Diocletianus döneminde ortaya konan “*bilfiil istenen şey, zahiren istenmiş gibi görünen şeyden üstündür*” kuralı egemen olmuştur²⁴. Böylelikle görünürdeki işlem gerçekte istenmediğinden geçersiz sayılmıştır. Bunun yanında gerçekte istenmiş gizli bir işlem hukuka ve gerekli şekil şartına uygun olarak yapılmışsa geçerli

¹⁹ Heinrich Honsell, **Römisches Recht**, 8. Auflage, Berlin, Springer-Verlag, 2015, s. 41; Oğuz, **Muvazaa**, s. 455.

²⁰ Honsell, Mayer-Maly, Selb, **a.g.e.**, s. 121; Oğuz, **Muvazaa**, s. 455; Örnekler ve nedenlere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Susanne Sieker, **Umgehungsgeschäfte: typische Strukturen und Mechanismen ihrer Bekämpfung**, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, s. 4-5.

²¹ Oğuz, **Muvazaa**, s. 455.

²² Yaşar Karayalçın, “Muvazaa (Danışık) – Hileli Anlaşma – Miras Bırakanın Muvazaası”, **Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay’ın Hatırasına Armağan**, İstanbul, 1999, s. 343-375

²³ Cod. Iust. 4.38.3 (Diocl.) “*Si donationis causa venditionis simulatus contratus est, emptio sui deficit substantia...*” (Eğer bir bağış nedeniyle, istenmeyerek satış yapılmışsa, satışın önemli bir unsuru yok demektir.) Cod. Iust. 2.4.21 (Diocl. a.293) “*...his quae simulate gerundur pro infestis habitis...*” (...muvazaa geçersiz olduğu için, muvazaalı bedel boşuna istenmektedir.) Cod. Iust. 4.22.2 (Diocl. a. 294) “*Acta simulata, velut non ipse, sed eius uxor comparaverit, veritatis substantiam mutare non possunt...*” (Gösteriş olarak kendisi için değil de karısı için almış gibi yaparsa, bu konuda yapılmış yazılı anlaşma, gerçeği değiştirmez.) Bkz. Oğuz, **Muvazaa**, s. 455; Meryem Günay, “Roma Hukukundan Günümüze Muvazaa Kavramı”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, 2007, s. 27.

²⁴ Koschaker, **Roma**, s. 59; Karadeniz-Çelebican, **a.g.e.**, s. 225; Oğuz, **Muvazaa**, s. 456; “*bilfiil istenen şey, zahiren istenmiş gibi görünen şeyden üstündür*” ifadesinden kasıt, bilfiil ifa edilen işlem ile yazı arasında ihtilaf olursa, işlemin üstün tutulması gerektiğidir. Yoksa nisbi muvazaaya yönelik genel bir anlama sahip değildir. Di Marzo, **a.g.e.**, s. 90.

sayılmıştır²⁵. Iustinianus döneminde ulaşılan bu çözüm günümüz hukukuyla neredeyse aynıdır.

Muvazaa kavramının teorik temelleri, çok sonra 11. ve 15. yüzyıl arasında Glassatorlar²⁶ ve Postglassatorlar²⁷ tarafından belirlenmiştir. Glossa Ordinaria'da²⁸ muvazaa, gerçekte olmayan bir konuda yanıltma olarak tanımlanmıştır²⁹. Postglossatorlar, taraflar arasında muvazaa anlaşmasının var olmasının gerekliliği üzerinde durmuşlardır³⁰. Bedelsiz sözleşmeleri muvazaa kavramı altında kabul ettikleri gibi, hayali sözleşmeleri de muvazaanın özel bir türü saymışlardır. Mutlak ve nisbi muvazaa ayrımı yapmışlar ve gizli işlemlerin neler olabileceğini belirterek özellikle şahısta muvazaa ve sözleşmenin niteliğinde muvazaa üzerinde

²⁵ Koschaker, **Roma**, s. 60; Karadeniz-Çelebican, **a.g.e.**, s. 225; Honsell, **RR**, s. 40; Bülent Tahiroğlu, Belgin Erdoğan, **Roma Hukuku Dersleri**, 14. Basım, İstanbul, Der Yayınları, 2020, s. 208.

²⁶ 11. yüzyılın sonu 12. yüzyılın başında Corpus Iuris Civilis, Bologna'da tekrar ortaya çıkmış ve Bologna Hukuk Okulu'nda bir grup profesör, özellikle Digesta'yı incelemeye almıştır. Profesörler, Corpus Iuris Civilis'in el yazması basısının satır aralarına veya boş buldukları kenara şerh ve açıklayıcı not yazarlardı. Bu açıklayıcı notlara Glossae denildiğinden bu hukuk hocaları Glossator olarak anıldı. Hukukun Işığı (Lucerna Iuris) diye anılan Irenaeus isimli hukukçunun (ölümü 1125) kurucusu olduğu Glossatorlar akımının Roma hukuku üzerinde başlattığı bilimsel çalışmaların amacı, Iustinianus'un hukukunu tanımak ve bilmektir. Anlaşılması güç metinlerin açıklanmasında ve yorumlanmasında büyük başarı göstererek her cümle ve kelimenin anlamlarını saptamış ve benzer kavramları açıklığa kavuşturmuşlardır. Glossatorlar, günlük pratik ihtiyaçlarını karşılamak için değil teorik temelde kalarak bilimsel kuşku gidermek için Roma Hukukunu incelemiştir. Koschaker, **Roma**, s. 36; Ziya Umur, **Roma Hukuku Ders Notları**, Beta Yayıncılık, 3. Bası, İstanbul, 2010, s. 122-123; Karadeniz-Çelebican, **a.g.e.**, s. 77-78; Tahiroğlu, Erdoğan, **a.g.e.**, s. 97-99.

²⁷ Roma-Cermen İmparatorluğu'nun politikası gereği Roma Hukuku, İmparatorluk hukuku olarak önem kazanmıştır. Fakat aradan geçen yıllar nedeniyle Roma Hukukunun günün şartlarına göre tekrar elden geçirilmesi gerekiyordu. Dolayısıyla 13. yüzyılın ikinci yarısında yine Bologna Hukuk Okulu'nda sadece Roma Hukukunu tanıyıp öğrenme düşüncesinde olan Glossatorların çalışmalarının bu amaçla tamamlanmasını hedefleyen hukuk araştırmaları başladı. Postglossatorlar, artık Corpus Iuris Civilis için notlar (glossae) yazmadıkları, bazı kısımlar için sistematik eserler yazdıkları için Commentator olarak da anılmaktadır. Commentatorlar, çalışmalarında pratik amaçlara öncelik tanımış, Roma Hukukunu yaşadıkları döneme uygulanabilir kılmışlardır. Muhafif olmadığı ölçüde veya yerel hukukta boşluklar bulunduğu hallerde uygulanan ius commune bir hukuk oluşturmuşlardır. Bartolus ve Baldus, Commentatorlar Okulu'nun önde gelen iki hukukçusudur. Koschaker, **Roma**, s. 36-37; Umur, **a.g.e.**, s. 123-124; Karadeniz-Çelebican, **a.g.e.**, s. 79-80; Tahiroğlu, Erdoğan, **a.g.e.**, s. 99-101.

²⁸ Glossator Accursius, kendi zamanında artık yorumlanacak, açıklanacak bir husus kalmadığı ve yorum yolu tükendiği için kendisine kadar gelmiş olan Glossa yığınının seçmeler yapıp Glossa Ordinaria adlı eserinde çeşitli Glossa'ları bir araya toplamış ve özetlemiştir. Koschaker, **Roma**, s. 36; Umur, **a.g.e.**, s. 123; Karadeniz-Çelebican, **a.g.e.**, s. 77; Tahiroğlu, Erdoğan, **a.g.e.**, s. 99.

²⁹ Codex'in 4.22 No.lu başlığında ve dolus'un tanımının verildiği D.2.14.7.9 ve D.4.3.1.2 bölümlerinde, muvazaa, gerçekte var olmayan bir konuda yanıltma "*Quod non est simulo*" (muvazaa gerçekte olmayan bir şeydir) şeklinde belirtilmiştir. Oğuz, **Muvazaa**, s. 456.

³⁰ Glossalardaki muvazaa teorisine dayanan postglossatorlar, muvazaa anlaşmasını bir unsur olarak telakki etseler de, muvazaa niyeti kavramına yabancı idiler. Oğuz, **Muvazaa**, s. 457; M. Günay, **a.g.e.**, s. 30.

durmuşlardır³¹. Muvazaalı işlem geçersiz olduğundan hiçbir hukuki sonuç doğurmazdı³². Muvazaalı işlemin arkasına gizlenmiş işlemin ise, başka kural bunu engellemediği sürece geçerli kabul edilmesinin önünde hiçbir engel yoktu³³. Muvazaanın varlığı, dava ve def'i yoluyla ileri sürülebilirken, def'i her zaman ileri sürülebilirdi fakat dava, geçersizlik davalarına ilişkin 30 yıllık süreye tabiydi³⁴. Tüm bunların yanında Postglossatorlar, muvazaayı kanuna karşı hileden kesin çizgilerle ayırmışlar ve muvazaa ile aldatmanın tipik görünümlerini bir araya toplayıp iki olgunun çıkış biçimleri için de tahmin kuramları geliştirmişlerdir³⁵. Postglossatorların eserleri sayesinde, Ortaçağın sonlarında ve yakın çağın başlarında muvazaa teorisi gelişimini sürdürmüştür³⁶.

Humanist doktrin³⁷, muvazaa teorisinin gelişimine etki etmemiştir. Bu doktrin, sözleşmenin niteliğinde ve şahısta muvazaa ile ilgili ayrımı yinelerken³⁸, özellikle bu akımın önemli temsilcilerinden Augustin von Leyser, muvazaa hususunda tarafların anlaşması gerektiği vurgusu yapmıştır³⁹.

³¹ Fakat gizli işlemlerin bütününe ilişkin kesin bir şemadan bahsetmek mümkün değildir. Oğuz, **a.g.m.**, s. 458; M. Günay, **a.g.e.**, s. 31.

³² “*ubi est vera transactio et simulata emptio, statim transactioni et contractus simulatus nihil operatur.*” (Mülkiyetin geçirilmesi muvazaalı alım-satım sözleşmesine dayanıyor ise, bu durumda mülkiyetin geçmesi ve muvazaalı sözleşme geçersiz sayılır.) Oğuz, **Muvazaa**, s. 459; M. Günay, **a.g.e.**, s. 31.

³³ Cons. 1.249 Nr.2: “*quia ubi est defectus substantialis formae vel aualitatis materiae non habet locum illa regula plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur*” Ünlü Glossator Baldus, gizli işlemdeki özel şekil şartının yerine getirilmesi koşuluyla, gizli işlemin geçerliğinin söz konusu olacağını açıkça belirtmiştir. Oğuz, **Muvazaa**, s. 459; M. Günay, **a.g.e.**, s. 31.

³⁴ Oğuz, **Muvazaa**, s. 460; M. Günay, **a.g.e.**, s. 31.

³⁵ Oğuz, **Muvazaa**, s. 461; M. Günay, **a.g.e.**, s. 32.

³⁶ Muvazaa teorisinin ele alındığı eserler, Bartholomaeus Caepolla'nın 1335 ya da 1338 yılları arasında yazdığı Dictionarium Juris adlı eseri, Albericus de Rosciate (Rosate)'nin Repertorium Juris adlı eseri, Johannes Bertachinus ve Jason de Mayno'nun yorumları ve önerileri, Pavia, Padua ve Pisa'daki hukuk öğretmenlerinin eserleri ve 16.yüzyılda yaşayan İtalyan hukukçu Petrus Nicolaus Mozzius (Maceratensis), Tractatus de contractibus adlı eseridir. Oğuz, **Muvazaa**, s. 461-462; M. Günay, **a.g.e.**, s. 32.

³⁷ 15. ve 17. yüzyıllarda Fransa'da kendisini gösteren Hümanizm akımı, Roma hukukunu uygulamadan koparan teorik bir akım niteliğindedir. Her ülkenin kendi hukukunu uygulamasını savunan bu doktrin savunucuları, Corpus Iuris Civilis'in postglossatorlar tarafından bozulmuş olduğunu düşünmüşlerdir. Bu yüzden Corpus Iuris Civilis'i tarihçi ve dilci bilim metotlarıyla incelemişler, postglossatorların getirdikleri değişikliklerden önceki Iustinianus derlemesini anlamaya çalışmışlar, hatta Iustinianus derlemesindeki değişikliklerden Roma Klasik hukukçularına ait metinleri saptayabilmek amacıyla interpolatio denilen bir araştırma yöntemi kullanmışlardır. Umur, **a.g.e.**, s. 125-126; Karadeniz-Çelebican, **a.g.e.**, s. 80-82; Tahiroğlu, Erdoğan, **a.g.e.**, s. 101-102.

³⁸ Oğuz, **Muvazaa**, s. 467; M. Günay, **a.g.e.**, s. 36.

³⁹ “*Simulatio est actus, qui non potest proficisci ab uno solo, sed requirit consensum utrisque partis,*

Ortak Hukuk Bilimi (Pandekt Hukuku)⁴⁰ irade bozuklukları açısından özellikle hata konusunda irade teorisini savunurken, Doğal hukuk doktrini⁴¹ bu açıdan kesin bir çözüm sunmamış, karşılıklı anlaşma ile kurulan muvazaa konusunu teknik açıdan incelemekten sınırlı olarak ele almış ve muvazaada güvenin korunması ilkesini geliştirmiştir⁴². Doğal hukuk doktrini, muvazaalı işlemin gerçekten istenmediği için geçersiz olduğuna kanaat getirmiştir⁴³. Doğal hukuk anlayışının hâkim olduğu kanunlaştırma hareketleri sırasında muvazaa ayrıntılı olarak

siquidem ea non pendet a voluntate sola unius, sed perficitur ex consensu et voluntate duorum contrahentium sicut nex confessio unius quid facit, nisi et alter consentiat. Simulation ex una parte verus dolus est, quia ad alterum decifiendum tendit.” (Muvazaa, yalnız bir taraftan kaynaklanan bir davranış değildir, her iki tarafın da anlaşmasını gerektirir; çünkü bu yalnızca bir tarafın iradesine tabi değildir, aksine sözleşmenin her iki tarafının da anlaşması ve uygun iradeleriyle gerçekleştirilir, tıpkı sözleşmenin diğer tarafının onayı olmaksızın bir tarafın ikrarının herhangi bir hüküm doğurmaması gibi. Muvazaa gerçek anlamda hiledir. Çünkü karşı tarafı aldatma amacı taşımaktadır.) von Leyser’e göre, yasal faiz sınırının aşılması amacıyla yapılan, bağış, şufa, sulh ve cezai şart gibi birtakım sözleşmeler geçersizdi. Bkz. Oğuz, **Muvazaa**, s. 471; M. Günay, **a.g.e.**, s. 39.

⁴⁰ Roma hukuku, Corpus Iuris Civilis üzerinde, Glossator ve özellikle Postglossatorlar tarafından yapılan incelemeler sayesinde pratik alanda tüm Avrupa’da uygulanabilir hale gelmişti. Roma hukuku, birçok Avrupa ülkesinde tamamlayıcı olarak uygulanan ortak hukuktan. Ancak Roma hukukunun uygulama alanı ve içeriği, her ülkenin yerel hukuklarının ve Kilise hukukunun etkisi ile değişkenlik göstermiştir. Roma hukukunu en geç benimseyen ülke olan Almanya’da, 1495’te kurulan *Reichskammergericht* adı verilen İmparatorluk mahkemelerinde bu ortak hukuka göre hüküm vermeye başlandı. Almanya’da 16. yüzyıldan 18. Yüzyıla kadar Roma hukukçuları, Cermen hukuk kuralları ile Alman mahkemelerinin görüşlerini bağdaştırarak modernleşmeyi sağlamışlardır. Bu hukukçular, teorilerini Postglossatorların teorilerine dayandığından ötürü Corpus Iuris Civilis’in önemli bir bölümü olan “*Digesta: pandectae*”ten isimlerini alarak Pandekt hukukçuları olarak anılmıştır. Ortak hukuk uygulaması, 19. yüzyılda her ülkenin kendi kanununu yapmaya başladığı döneme kadar devam etmiştir. Umur, **a.g.e.**, s. 127; Karadeniz-Çelebican, **a.g.e.**, s. 83-84; Tahiroğlu, Erdoğan, **a.g.e.**, s. 107 vd.

⁴¹ Ortak Hukuk Bilimine karşı 17. ve 18. yüzyıllarda Almanya’da ortaya çıkan Doğal Hukuk doktrini, insan aklı ve doğaya dayanan Yunan felsefesinden doğmuştur. Buna göre, doğal hukuk, her toplumda ve çağda geçerli, değişmez kuralları kapsayan, tüm insanlar için ortak olan hukuktur. Doğal Hukuk doktrini, Roma hukukundan bağımsız olarak ortaya çıkmış ve hukukun insan aklının gereklerinden doğduğunu kabul ederek geçmiş geleneklerle olan bağıntıyı reddetmiştir. Fakat somut ve çok çeşitli hukuki meseleleri ayrıntılı şekilde düzenleyen Roma hukuku kuralları aklın gereği görülmeğe başlanmış ve Roma hukuku kuralları doğal hukuk adı altında tekrar geçerlilik kazanmıştır. 19. yüzyılın başlarında etkisini kaybederek yerini her hukukun yavaş yavaş meydana gelen tarihi gelişimin ürünü olduğunu kabul eden Tarihçi Hukuk Okuluna bırakmıştır. Hugo Grotius, Thomasius, Christian Wolff gibi temsilcileri olan Doğal Hukuk doktrini, teorik açıklamalarla hayattan uzaklaşmış, teoriyi uygulamadan iyice ayırmıştır. Bunun yanında özellikle Almanya’da hukukun sistematik gelişimine, hukuki temel kavramların doğmasına ve yerleşmesine katkıda bulunmuştur. Koschaker, **Roma**, s. 38-39; Umur, **a.g.e.**, s. 127-128; Karadeniz-Çelebican, **a.g.e.**, s. 85-86; Tahiroğlu, Erdoğan, **a.g.e.**, s. 106.

⁴² Oğuz, **Muvazaa**, s. 472-473; M. Günay, **a.g.e.**, s. 39-40, 42.

⁴³ Oğuz, **Muvazaa**, s. 476; M. Günay, **a.g.e.**, s. 42.

düzenlenerek muvazaalı işlemin geçersiz, gizli işlemin ise kaderinin farklı olduğu kabul edilmiştir⁴⁴.

Tüm Avusturya Medeni Hukuk Kanunlaştırmalarıyla ilgili ilk tasarı olan Codex Theresianus'ta muvazaaya karşı sert bir tavır alınmış ve görünürde olsun, gizli olsun tüm işlemlerin geçersiz ve yok hükmünde olduğu açıklanmıştır. Buna göre, muvazaalı işlem hiç yapılmamış olarak kabul edilmiştir. Bunun yanında muvazaalı işlem nedeniyle zarar gören üçüncü kişilerin tazminat talep edebileceği öngörülmüştür. ABGB'de (Avusturya Medeni Kanunu) 1805 yılında yapılan ilk kanuni düzenleme, belirli türden bir işlemin yalnızca görünürde yapılması halinde, kanunda kendisi için düzenlenmiş asıl işlemin hükümlerine tabi olacağı şeklinde idi. Bu düzenlemeden yola çıkan Avusturyalı hukukçuların bazıları üçüncü kişilerin muvazaa iddiasında bulunamayacağını savunmuştur. Ancak baskın görüş, muvazaanın kesin hükümsüzlüğünü savunmuştur. 1916 yılında yapılan düzenlemede baskın görüş dikkate alınmış ve birinci paragrafta muvazaanın geçersizliği, ikinci paragrafta üçüncü kişilerin güveni koruma altına alınmıştır. BGB'de (Alman Medeni Kanunu), muvazaalı işlemin geçersizliği, gizli işlemin kaderinin farklılığı açıkça düzenlenmiştir. OR'da (İsviçre Borçlar Kanunu) ve 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda (BK) muvazaanın geçersizliği benzer şekilde hükme bağlanmıştır. BGB, OR ve BK'da üçüncü kişilerin güveninin korunması gerektiğine dair bir hükme yer verilmemiş ve iyiniyetli üçüncü kişiler ile ilgili genel koruma yeterli görülmüştür⁴⁵.

2. Muvazaa Kavramının Osmanlı Hukukundaki Gelişimi

İslam Hukukunda muvazaalı sözleşme yapılması yasaklanmamış olsa⁴⁶ da İslam hukuku doğrultusunda gelişme gösteren Osmanlı Hukukunda, aksine, muvazaalı sözleşmelerin geçersizliğine hükmedilmiştir⁴⁷. Örneğin, bir kimsenin sağlığında bütün malını muvazaa yoluyla mirasçılardan birine sattıktan sonra ölmesi

⁴⁴ Oğuz, **Muvazaa**, s. 477.

⁴⁵ Paragraftaki bilgilerin tamamı için bkz. Oğuz, **Muvazaa**, s. 479-481; M. Günay, **a.g.e.**, s. 43-44; Ayrıca bkz. Honsell, **RR**, s. 41.

⁴⁶ Özkaya, **a.g.e.**, s. 175.

⁴⁷ Ali Haydar Efendi, **a.g.m.**, s. 283-286.

halinde diğer mirasçılarının muvazaayı ispat ederek söz konusu malları miras paylarına göre paylaşımlarının mümkün olduğu karara bağlanmıştır⁴⁸.

Muvazaa, Mecelle m. 1592’de “*Bir kimse ba senet yedinde olan bir mülk dükkân hakkında, bu dükkân filan kimsenindir, benim alakam yoktur ve senesinde muharrer ismim müsteardır deyip, yahut ba senet ahardan satın aldığı bir mülk dükkân için, bu dükkânı filan kimse için almıştım, semen olarak verdiğim akçe dahi anın malındandır ve senesinde ismim müstear olarak kaydedilmiştir dese ol dükkân nefş-el-emirde ol kimsenin mülkü olduğunu ikrar etmiş olur.*” şeklinde düzenlenmiştir. Bahsi geçen maddenin birinci kısmında muvazaa, ikinci kısmında nam-ı müstear kavramı adı altında vekâlet sözleşmesi kastedilmektedir⁴⁹. Görüldüğü üzere, muvazaalı sözleşmenin geçersiz olduğu ve muvazaalı sözleşmeye dayalı verilen şeyin mülkiyetinin karşı tarafa geçmediği hüküm altına alınmıştır.

Osmanlı Hukukunda muvazaaya ve benzer bir kavram olan nam-ı müsteara siyasi nitelik taşıyan nedenlerle çok kez başvurulmuştur. Osmanlı İmparatorluğu sınırları içerisinde yaşamakla beraber azınlıklar, kilise gibi dinsel amaçlı kurumların korunması vb. amaçlar için oluşturdukları vakıflar adına tescil yoluyla taşınmaz tahsisi olanağına sahip değillerdi. Bu engeli aşmak için azınlıklar, mevcut kişi (bu kişi çoğu kez kilisenin papazı gibi güvenilir kişi) veya hayali bir kişi (İsa’nın oğlu) adına taşınmazı tescil ettirme yolunu keşfetmişlerdir⁵⁰. Bu şekilde, Osmanlı İmparatorluğu sınırları içerisinde taşınmaz elde edemeyeceği resmen kabul edilen cemaat vakıfları, kiliseler, patrikhaneler gibi müesseseler, bu yolla taşınmaz elde ederek bunlardan yararlanmışlardır⁵¹. Meşrutiyetten sonra 1 Şubat 1328 tarihinde çıkarılan “Eşhas-ı Hükmiyyenin Emval-i Gayrimenkuleye Tasarruflarına Mahsus Kanun-u Muvakkat”ın 3. maddesinin geçici fıkrası, azınlıkların hayali veya başka kimse adına kayıtlı taşınmazlarını azınlıklara ait müesseseler adına düzeltme yoluyla

⁴⁸ A.y. , s. 284.

⁴⁹ Postacıoğlu, **Şekle Riayet**, s. 116-119; İlhan Postacıoğlu, “Nam-ı Müstear ve Muvazaa Meselesi: Vekâlet ve İtimat Mukaveleleri ile Muvazaanın Karşılıklı Münasebetleri”, **Makaleler ve Karar İncelemeleri**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011, s. 790.

⁵⁰ Mehmet Ayan, “Nam-ı Müstear Kavramı ve Hukuki Niteliği”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 2, Diyarbakır, 1984, s. 379; Özkaya, **a.g.e.** , s. 175.

⁵¹ Ayan, **Nam-ı Müstear**, s. 379; Özkaya, **a.g.e.** , s. 175.

tesciline imkân tanımıştır⁵². Böylelikle Kudüs, Hicaz gibi kutsal sayılan bölgelerde ve devletin güvenliği açısından önemli askeri yasak bölgelerde, bahsi geçen tüzel kişilerin nam-ı müstear yoluyla taşınmaz mal edinmelerinin kamu yararı ve devletin güvenliği yönünden teşkil ettiği sakıncanın önüne geçilmeye çalışılmıştır⁵³. 30 Mart 1329 tarihinde yürürlüğe giren “Emvali Gayrimenkullerin Tasarrufu Hakkındaki Muvakkat Kanun” m. 4’te “*bu senedi hakani tasarruf olunan bilcümle emlak ve gayrimenkulde muvazaa ve namı müstear davaları mesmu değildir.*” hükmü getirilerek muvazaa ve nam-ı müstear davaları dinlenilebilir olmaktan çıkarılmış ve dolaylı yoldan taşınmaz sahibi olunması engellenmiştir. Cumhuriyet döneminde çıkarılan kanunlarla, 30 Mart 1329 tarihli kanun ile dinlenilebilir olmaktan çıkarılan muvazaa iddialarının tekrar dinlenebilir olmaları gündeme gelmiştir⁵⁴. Böylelikle muvazaa ve nam-ı müstear davaları yönünden hukukumuzda 30 Mart 1329 tarihli kanundan önceki dönem, 30 Mart 1329 tarihli kanundan 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin yürürlüğe girmesine kadar olan dönem ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin yürürlüğe girmesinden sonraki dönem şeklinde üç dönem oluşmuştur⁵⁵.

Burada açıklamak gerekir ki, nam-ı müstear ve muvazaa kavramları farklı şeyler olup, Osmanlı Hukukunda muvazaalı işlemlerin ardına gizlenerek yapılan taşınmaz edinimleri sorunlarına ilişkin kanunlar ve Mecelle’de iki kavramın aynı madde içerisinde düzenlenmesi, muvazaa ve nam-ı müstear kavramlarının karıştırılmasına neden olmuştur⁵⁶. Bu konuyla ilgili açıklamaları ileride yapacağız.

II. MUVAZAAANIN UNSURLARI

Muvazaanın irade ile beyan arasında kasıtlı uygunsuzluk, üçüncü kişileri aldatma niyeti veya muvazaa niyet ve bu hususta tarafların anlaşmaları şeklinde üç unsuru bulunmaktadır.

⁵² Ayan, **Nam-ı Müstear**, s. 379-380.

⁵³ Özkaya, **a.g.e.**, s. 175.

⁵⁴ “*Kanunu Medeninin Şekli Mer’iyet ve Tatbikatına Dair Kanunun 1. maddesinin ışığı altında, Medeni Kanunun yürürlüğe girmesinden önce ve 30 Mart 1929 sonra düzenlenen tapu kayıtları hakkında da muvazaa iddiasına dayanılarak Medeni Kanunun yürürlük tarihinden sonra açılacak davaların da dinlenemeyeceği...*” Yargıtay İBK E. 1940/29, K. 1941/5, T. 02.12.1941, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 13.01.2021.

⁵⁵ Özkaya, **a.g.e.**, s. 175.

⁵⁶ Postacioğlu, **Nam-ı Müstear Meselesi**, s. 790.

A. İrade ile Beyan Arasındaki Kasıtlı Uygunsuzluk

Hukuki işlem, hukukun, işlemi yapanın arzusuna uygun hukuki sonuç bağladığı irade beyanıdır⁵⁷. Kural olarak hukuki işlemin kurulabilmesi için irade beyanına ve bu irade beyanının hukuk düzeni tarafından belirli bir hukuki sonuç doğurmasının kabulüne gerek vardır⁵⁸.

İrade beyanı iki unsurdan oluşur. İlki, sübjektif unsur olan iradedir. Daha çok psikolojik ve içsel bir kavramdır. Bir kimsenin bu konudaki iradesi, hukuki işlemin karakteristik özelliğini teşkil eder⁵⁹. Bu irade, hukuki sonuç veya taraf iradesi olarak da adlandırılır. Taraf iradesi, iki unsurdan oluşur. Beyanda bulunarak hukuki sonuç doğurma iradesi ile beyan sahibinin iradesini dışa vurma hususundaki beyan iradesidir⁶⁰. İrade beyanının ikinci ve objektif unsuru, beyandır. Tarafların sözleşme kurulabilmesi için birbirlerinin iradelerini öğrenmeleri gerekir ve bu da ancak iradelerin dışa vurulması ile mümkündür⁶¹. İrade açıklanmadığı sürece hukuksal değer taşıyamaz⁶².

Normal olarak bir hukuki işlemin kurulması sırasında irade ile beyan arasında uygunluk bulunur⁶³. Fakat bazı hallerde irade ile beyan arasında bilinçli

⁵⁷ Oser, Schöenberger, **Seçkin**, s. 29; von Tuhr, **Edege**, s. 133; von Tuhr, Peter, **a.g.e.**, s. 143; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar**, s. 38; İnan, **a.g.e.**, s. 58; Oğuzman, Öz, **Borçlar I**, s. 38; Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 179; Eren, **Borçlar Genel**, s. 123; Kılıçoğlu, **Borçlar**, s. 61; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 50.

⁵⁸ İnan, **a.g.e.**, s. 62; Kural olarak iki taraflı hukuki işlem olan sözleşme kurmaya girişen tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanına sahip olması gerekir. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar**, s. 44; İnan, **a.g.e.**, s. 58; Oğuzman, Öz, **Borçlar I**, s. 44; Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 181; Eren, **Borçlar Genel**, s. 211; Kılıçoğlu, **Borçlar**, s. 72; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 52; Alman Pandekt hukukçuları, Roma hukukundaki real sözleşme kavramından yola çıkarak sözleşmenin kurucu unsurları arasında malın teslimini de saymış fakat İsviçre'deki kanunlaştırma, bundan bağımsız şekilde hareket etmiştir. OR m. 1'de tarafların karşılıklı birbirine uygun irade beyanları ile sözleşmenin kurulacağı açıkça düzenlenerek rızai sözleşme benimsenmiş ve BK'ya aynı şekilde aktarılmıştır. Bkz. von Tuhr, **Edege**, s. 175; Oser, Schöenberger, **Seçkin**, s. 39.

⁵⁹ Esener, **Muvazaa**, s. 7.

⁶⁰ Esener, **Muvazaa**, s. 8; Üçüncü unsur olarak fiil iradesini arayan görüş için bkz. Eren, **Borçlar Genel**, s. 133; Antalya, **a.g.e.**, s. 142; Ayrıca hukuki sonuçla bağlanma iradesi için bkz. Othmar Jauerning, Heinz-Peter Mansel, **Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar**, 16. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2015, vor § 104, Rn. 17.

⁶¹ Arthur Meier-Hayoz, **Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschlusses**, Aarau, Zürich, 1948, s. 54; İnan, **a.g.e.**, s. 91; Eren, **Borçlar Genel**, s. 131; Antalya, **a.g.e.**, s. 144.

⁶² von Tuhr, **Edege**, s. 149; Kılıçoğlu, **Borçlar**, s. 63.

⁶³ Esener, **Muvazaa**, s. 8; Peter Gauch, "Vertrag und Parteiwille", **Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, Le Centenaire du Code des Obligations**, Freiburg, 1982, s. 350.

veya bilinçsiz uyumsuzluk oluşabilir⁶⁴. Muvazaanın varlığı için irade ile beyan arasında bir uyumsuzluk ve bu uyumsuzluğun kasti şekilde yaratılmış olması gerekir.

1. İrade ile Beyan Arasında Uygunsuzluk

İrade ve beyan arasında oluşan uygunsuzluk, hukukçular tarafından birçok kez ele alınmış, iradeye mi yoksa beyana mı itibar edileceği hususunda irade, beyan ve güven teorileri üretilmiştir. Bu teoriler incelendikten sonra muvazaa hususunda hangi teorinin benimsenmesi gerektiği tespit edilmelidir.

a. İrade ile Beyan Arasındaki Uygunsuzluk Halinde Başvurulan Yorum Teorileri

(1) İrade Teorisi

İrade teorisi, Klasik Roma ve özellikle 19. yüzyıl Pandekt hukukçularından Savigny tarafından savunulmuştur⁶⁵.

Bu teoriye göre, irade beyanı, beyanda bulunanın iradesine uygun olduğu takdirde hukuken sonuç doğurmalıdır⁶⁶. Yani, beyan sahibinin iradesi araştırılarak

⁶⁴ Andreas B. Schwarz, **Borçlar Hukuku Dersleri**, Çev: Dr. Bülent Davran İstanbul, 1948, s. 288; Esener, **Muvazaa**, s. 8; İrade ile beyan arasındaki uyumsuzluktan kaynaklanan sorunları hastalıklı olarak değerlendiren, sözleşme kurmanın zorluğunu ve bunun doğuracağı çetin hukuki hüküm ve sonuçları ele alan ifadeler için bkz. Gauch, **a.g.m.**, s. 345, 352.

⁶⁵ Andreas von Tuhr, “İradenin Medeni Hukuktaki Rolü”, Çev: S. Ş. Ansay, **Adalet Dergisi**, 1938, s. 282; Otto Palandt, Jürgen Ellenberger, **Beck’sche Kurz Kommentare, Band 7, Bürgerliches Gesetzbuch**, 72. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2013, Einf v§ 116, Rn. 2/3; Turhan Esener, “Borçlar Hukuku Sistemimize Göre Akitlerin İnikadında İtimat Prensibinin Ehemmiyeti”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 9, S. 3, 1952, s. 168; Esener, **Muvazaa**, s. 8; İnan, **a.g.e.**, s. 91; Eren, **Borçlar Genel**, s. 154; Burcu Kalkan Oğuztürk, **Güven Sorumluluğu**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 29.

⁶⁶ Meier-Hayoz, **Vertrauensprinzip**, s. 24; Palandt, Ellenberger, **BGB**, Einf v § 116, Rn. 2/3; Jauerning, Mansel, **BGB**, vor § 116, Rn. 2; Ernst A. Kramer, Bruno Schmidlin, **Berner Kommentar, Band VI: Obligationenrecht. 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen. 1. Teilband: Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR**, Bern, Stämpfli, 1986, § 1, Rn. 121 vd; Ingeborg Schwenzer, **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil**, 4. Auflage, Bern, 2006, Rn. 27.36; Esener, **İtimat**, s. 168; Esener, **Muvazaa**, s. 8; Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı**, İstanbul, 1968, s. 6-7; İnan, **a.g.e.**, s. 91; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar**, s. 71; Eren, **Borçlar Genel**, s. 154.

gerçek anlamı bulunmalı ve bu irade esas alınmalıdır⁶⁷. Görüldüğü üzere, bu teori, iradeyi beyandan daha üstün konuma yerleştirmektedir. İrade teorisi, irade özerkliği ilkesinden hareket ederek hiç kimsenin beyan etmiş olsa bile istemediği bir şeyle borç altına sokulamayacağını kabul eder⁶⁸.

İrade teorisi, doktrinde eleştirilmektedir. Tamamen beyan sahibinin menfaatini esas alan ve koruyan bu teori, bugünkü hayat ihtiyaçlarına cevap vermemektedir⁶⁹. Özellikle taraflar arasındaki eşitlik ilkesini ve muhatap sözleşmedeki konumunu hesaba katmayan irade teorisi, ticari hayatın güvenliğini tehlikeye düşürür⁷⁰. Bu nedenle hukuk güvenliği ve istikrar sağlanamaz⁷¹. Gerçekten de muhatap, beyan sahibinin iç dünyasını, dışa vurulmamış iradesini bilmek zorunda değildir. Muhatap ancak kendisine yapılan beyan sayesinde ve onu yorumlayarak karşı tarafın iradesini anlayabilir⁷².

İrade teorisine vasiyetnamelerin yorumunda başvurulabilir. Vasiyetname, tek taraflı hukuki işlemdir. Bu nedenle muris tek taraflı iradesi ile bir kişiye belirli bir mal bırakabileceği gibi, vasiyetnamedeki iradesinden dönebilir. İrade açıklamasının karşı tarafa varması gerekli olmadığından beyan edilmesi yeterli olup muhatap açısından beyanın ne anlama geldiği araştırılmaz⁷³. Ayrıca vasiyetname müessesesinin özelliği, murisin son arzusunun tespit edilmesidir. İrade beyanına duyduğu güvenin teminat altına alınması gereken bir muhatapın varlığı söz konusu

⁶⁷ Meier-Hayoz, **Vertrauensprinzip**, s. 24; Eren, **Borçlar Genel**, s. 154; Kalkan Oğuztürk, **a.g.e.**, s. 28.

⁶⁸ von Tuhr, **Edege**, s. 278; Esener, **İtimat**, s. 169; Esener, **Muvazaa**, s. 8; İnan, **a.g.e.**, s. 91; Kalkan Oğuztürk, **a.g.e.**, s. 29.

⁶⁹ Schwenzer, **a.g.e.**, Rn. 27.37, 27.39; Esener, **İtimat**, s. 169; Esener, **Muvazaa**, s. 8; İnan, **a.g.e.**, s. 91; Eren, **Borçlar Genel**, s. 154; Kalkan Oğuztürk, **a.g.e.**, s. 29.

⁷⁰ Esener, **İtimat**, s. 169; Esener, **Muvazaa**, s. 9; İnan, **a.g.e.**, s. 91; Eren, **Borçlar Genel**, s. 142; Kalkan Oğuztürk, **a.g.e.**, s. 29.

⁷¹ Esener, **İtimat**, s. 169; Eren, **Borçlar Genel**, s. 155; Kalkan Oğuztürk, **a.g.e.**, s. 30-31.

⁷² von Tuhr, **Edege**, s. 278; Eren, **Borçlar Genel**, s. 155.

⁷³ Vito Piconi, **Die Auslegung von Testament und Erbvertrag**, Zürich, Polygraphischer Verlag AG, 1955, s. 92; Paul Piotet, **Erbrecht, Schweizerisches Privatrecht (SPR), Vierter Band, (1. Halbband)**, Basel und Stuttgart, 1978, s. 207; Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Miras Hukuku**, 3. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1987, s. 321; M. Kemal Oğuzman, **Miras Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1995, s. 170; Mustafa Dural, Turgut Öz, **Türk Özel Hukuku, Cilt IV, Miras Hukuku**, 15. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2020, s. 219. İstanbul Şerhi-Rona Serozan, **Türk Borçlar Kanunu, C. 1, (Madde 1-82)**, , Ed: M. Turgut Öz, Faruk Acar, Emre Gökyayla, H. Murat Develioğlu, 3. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019, § 1, Rn. 22.

değildir⁷⁴. Bu yüzden vasiyetname şeklindeki bir ölüme bağlı tasarruf metni yorumlanırken irade teorisine başvurulmalıdır⁷⁵.

(2) Beyan Teorisi

İrade beyanının yorumuna ilişkin en eski teori olan beyan teorisi, ilkel hukuk sistemleri tarafından benimsenmiş olmakla birlikte 19. yüzyılın ikinci yarısında irade teorisinin ticari güvenlik için tehlike oluşturduğunu gören birçok hukukçu tarafından tekrar ileri sürülmüştür⁷⁶.

⁷⁴ Rudolf Meyer-Pritzl, in: Julius von Staudinger, **Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB-Ergänzungsbände+ Einstiegspakete** **Ergänzungsband: Eckpfeiler des Zivilrechts 2014/2015**, Berlin, Sellier de Gruyter, Neubearbeitung 2014, s. 1173; Wilfried Schlüter, **Erbrecht**, 16. Auflage, München, 2007, s. 72; Dirk Olzen, **Erbrecht**, 4. Auflage, De Gruyter Studium, 2013, s. 181; Hans Brox, Wolf-Dietrich Walker, **Erbrecht**, 27. Auflage, München, Verlag Franz Vahlen, 2016, s. 123; Jean Nicaolas Druey, **Grundriss des Erbrecht**, 5. Auflage, Bern, 2002, § 12 Rn. 5; Peter Weimar, **Berner Kommentar, Band III: Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben, 1. Teilband: Die Gesetzlichen Erben, Die Verfügungen von Todes wegen, Art. 457-516 ZGB**, Bern, Stämpfli, 2000, Einl. Zum 14. Titel, Rn. 60; Oser, Schönenberger, **Seçkin**, s. 48; BK OR, Kramer, Schmidlin, **a.g.e.**, Art 18, Rn. 53; Schwenzer, **a.g.e.**, Rn. 27.36; M. Serkan Ergüne, **Vasiyetnamenin Yorumu**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s. 17.

⁷⁵ Peter Tuor, Bernhard Schnyder, Jörg Schmid, Alexandra Jungo, **Das Schweizerische Zivilgesetzbuch**, 14. Auflage, Zürich, Schulthes Verlag, 2015, s. 863; BK ZGB, Weimar, **a.g.e.**, Einl. Zum 14. Titel, Rn. 60; Schwenzer, **a.g.e.**, Rn. 27.36; Samim Gönensay, Kemalettin Birsan, **Miras Hukuku**, 2. Bası, İstanbul, Ahmet Sait Matbaası, 1963, s. 174; Kocayusufoğlu, **Miras**, s. 321-322; Oğuzman, **Miras**, s. 170; Hüseyin Hatemi, **Miras Hukuku**, 9. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 133; Ali Naim İnan, Şeref Ertas, Hakan Albas, **Türk Medeni Hukuku, Miras Hukuku**, 10. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 276-277; Ahmet M. Kılıçoğlu, **Miras Hukuku**, 10. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2019, s. 192; Dural, Öz, **a.g.e.**, s. 219; Rona Serozan, Baki İlkay Engin, **Miras Hukuku**, 6. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 301; O. Gökhan Antalya, İpek Sağlam, **Marmara Hukuk Yorumu Cilt III: Miras Hukuku**, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 286; Ergüne, **a.g.e.**, s. 5; Sanem Aksoy Dursun, “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumuna Dair Bazı Düşünceler”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXVI, S.2, 2008, s. 320; Cem Baygın, “Ölüme Bağlı Tasarruflarda Yorum”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. IV, S. 1-2, 2009, s. 570; Şamil Demir, “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumu”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl: 4, S. 14, Temmuz 2013, s. 1155; BGE 120 II 182; Bir görüşe göre, vasiyetnamenin yorumunda murisin son arzusu kadar, ölüme bağlı tasarruflar yoluyla yasal miras hakkı daraltılan veya ortadan kaldırılan yasal mirasçılarının durumu da önemlidir. Bu yüzden bazı hallerde beyan teorisine yer vermek gerekir. Piconi, **a.g.e.**, s. 31; Gönensay, Birsan, **a.g.e.**, s. 180; taş, Albas, **a.g.e.**, s. 268. Bu görüş pek taraftar bulmamıştır. Ergüne, **a.g.e.**, s. 8; Demir, **a.g.m.**, s. 1156; Roma Hukuku’nda vasiyetname yorumlanırken murisin iradesine öncelik tanınırken, klasik sonrası hukukçuları beyanı ön plana çıkarmıştır. Yusuf Büyüyükay, **Roma Borçlar Hukukunda Hata**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007, s. 53.

⁷⁶ von Tuhr, **Edege**, s. 278; Oser, Schönenberger, **Seçkin**, s. 46; Esener, **İtimat**, s. 170; Esener, **Muvazaa**, s. 9; Eren, **Borçlar Genel**, s. 155; Kalkan Oğuztürk, **a.g.e.**, s. 32.

İrade teorisinin aksine iradeye değil beyana önem veren bu teoriye göre, deruni irade değil, beyan hukuki sonuç doğurmaya elverişlidir⁷⁷. Çünkü tarafları bağlayan verilmiş olan söz olup içte kalan irade değildir⁷⁸. Buna dayalı olarak irade ile beyan arasında uygunsuzluk olsa bile sözleşme kurulur⁷⁹. Çünkü ancak bu şekilde iş hayatında istikrar ve ticari güvenlik sağlanmış olur⁸⁰. Görüldüğü gibi, beyan teorisi, beyan muhatabını korumaktadır.

Beyan teorisi, doktrinde sübjektif ve objektif olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Sübjektif beyan teorisi, muhatabın kendi anlayışı içerisinde beyana verdiği anlamı esas alır⁸¹. Bu teori, anlam verme teorisi olarak da adlandırılmaktadır⁸². Sübjektif beyan teorisi, beyan sahibinin gerçek irade ve çıkarlarını bir tarafa bıraktığı, sadece muhatabın menfaatini ön planda tuttuğu, aslında muhatabın iradesini esas alan karşı bir irade teorisi olduğu ve sözleşme tarafları arasındaki eşitlik ilkesine aykırı olduğu yönünde eleştirilmiştir⁸³.

Objektif beyan teorisi ise, beyana üçüncü kişinin verdiği anlamı esas alır⁸⁴. Objektif beyan teorisi, sözleşme kurmaya girişen tarafların dışında üçüncü bir kişinin irade beyanına verdiği anlamın ne beyan sahibinin ne de muhatabın iradesini yansıtmaktan uzak olduğu nedeniyle eleştirilmiştir⁸⁵.

⁷⁷ von Tuhr, **Edege**, s. 278; Esener, **İtimat**, s. 170; Esener, **Muvazaa**, s. 9; İnan, **a.g.e.**, s. 92; Kalkan Oğuztürk, **a.g.e.**, s. 32.

⁷⁸ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar**, s. 72.

⁷⁹ Esener, **İtimat**, s. 170; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar**, s. 72.

⁸⁰ İnan, **a.g.e.**, s. 92;

⁸¹ Meier-Hayoz, **Vertrauensprinzip**, s. 24; Eren, **Borçlar Genel**, s. 155; İsviçre Federal Mahkemesi vermiş olduğu eski kararlarında beyan teorisine taraftar gözükmüştür. Buna göre, beyan sahibi, muhatabın beyana cari dile göre anlaması gereken şekilde verdiği anlam ile sorumludur. Muhatabın beyan sahibinin iradesi olarak gördüğü şey korunur. BGE 32 II 38, BGE 34II 528 Bkz. Oser, Schönenberger, **Seçkin**, s. 44.

⁸² Kocayusufoğlu, **Hata**, s. 7; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar**, s. 72.

⁸³ Meier-Hayoz, **Vertrauensprinzip**, s. 23; Esener, **İtimat**, s. 170; Esener, **Muvazaa**, s. 9; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar**, s. 72; Kalkan Oğuztürk, **a.g.e.**, s. 32-33; Bu teori ünlü hukukçu Jhering tarafından haklı olarak eleştirilmiştir. Buna göre, beyan sahibinin gerçek iradesi muhatap tarafından bilinse bile, beyan lafzi anlamı esas alınarak yorumlandığı için adeta muhatabın hakkı kötüye kullanılarak sözleşme kurması hukukça korunmuş olur. Eren, **Borçlar Genel**, s. 156.

⁸⁴ Eren, **Borçlar Genel**, s. 155; Kimi yazarlar ise beyan teorisinden sadece sübjektif beyan teorisini anlamaktadır. İnan, **a.g.e.**, s. 92; Kalkan Oğuztürk, **a.g.e.**, s. 32.

⁸⁵ Eren, **Borçlar Genel**, s. 156; Ergüne, **a.g.e.**, s. 8-9.

(3) Güven Teorisi

Güven teorisi, esas olarak 19. yüzyılın ikinci yarısında irade ve beyan teorilerinin problemleriyle yanlarının giderilmesi amacıyla ileri sürülmüş ve ünlü İsviçreli hukukçu Simonius tarafından birçok yönüyle ortaya konmuştur⁸⁶.

Son zamanlarda ortaya konan ve kabul edilen güven teorisi gereğince hukuki işlem, objektif, makul ve dürüst bir beyan muhatabının o irade beyanına vereceği anlama göre hüküm ifade eder⁸⁷. Böylelikle ya beyan sahibinin ya da muhatabının menfaatini korumaları nedeniyle irade ve beyan teorilerinin tatmin edici olmayan sonuçları bertaraf edilmiştir. TMK m. 2 temeline dayanan güven teorisi sayesinde irade ve beyan teorileri uzlaştırılmış, tarafların karşılıklı menfaatleri gözetilmiş ve işlem güvenliği sağlanmıştır⁸⁸.

Sözleşme ilişkisinin kurulması sırasında tarafların birbirlerine güven beslemeleri söz konusudur ve bu açıdan her iki tarafın güveninin korunması, dürüstlük kuralının bir gereğidir⁸⁹. Güven teorisinde, her iki tarafın irade beyanına verdiği anlama olan güvenleri teminat altına alınmaya çalışılmıştır⁹⁰. Güven teorisine göre, beyan muhatabı, iyiniyetli ve kendisinden beklenen özen içerisinde davranması gerekmektedir birlikte, beyan sahibinin gerçek iradesini araştırmak zorunda değildir⁹¹. Beyan muhatabı kendisine ulaşan beyanı bildiği veya bilmesi gereken tüm unsurları

⁸⁶ Esener, **İtimat**, s. 172; İrade teorisi beyan sahibini, beyan teorisi beyan muhatabını kayırır. Güven teorisi altın ortayı yakalar. İstş TBK, Serozan, **C. 1**, § 1, Rn. 53

⁸⁷ Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.**, s. 102; von Tuhr, Peter, **a.g.e.**, s. 287; Esener, **İtimat**, s. 173; Esener, **Muvazaa**, s. 10; İnan, **a.g.e.**, s. 92; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar**, s. 73-74; Ergüne, **a.g.e.**, s. 9-10; Eren, güven teorisini ikiye ayırmaktadır. Klasik güven teorisinde, objektif, makul ve dürüst farazi bir muhatabın bildiği veya bilmesi gerektiği tüm şartlar dikkate alarak irade beyanına verdiği anlam esas alınır. Yeni güven teorisinde ise, makul ve dürüst bir muhatabın bildiği veya bilmesi gerektiği tüm şartları dikkate alarak verdiği anlam esas alınır. Eren, **Borçlar Genel**, s. 158.

⁸⁸ Meier-Hayoz, **Vertrauensprinzip**, s. 120; Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.**, s. 102; von Tuhr, Peter, **a.g.e.**, s. 287; Claire Huguenin, **Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil**, 3. Auflage, Zürich, Schulthess Verlag, 2019, s. 56; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 9.

⁸⁹ Meier-Hayoz, **Vertrauensprinzip**, s. 23.

⁹⁰ Meier-Hayoz, **Vertrauensprinzip**, s. 107; Oser, Schönenberger, **Seçkin**, s. 48; Peter Jäggi, "Vertrauensprinzip und Gesetz", **Aequitas und Bona Fides, Festgabe zum 70. Geburtstag von August Simonius**, Basel, 1955, s. 145; Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.**, s. 102;

⁹¹ İnan, **a.g.e.**, s. 92; Schwenger, **a.g.e.**, Rn. 27.42; Bu bakımdan beyan teorisine benzemektedir. Esener, **Muvazaa**, s. 10.

dikkate alarak anlamalıdır⁹². Bu anlamlandırma açısından beyan muhatabı, dürüstlük kuralı gereği haklı olmalıdır⁹³. Beyan sahibinin işin mahiyetine, örf ve âdete, kendi özelliğine, aralarındaki ilişkiye göre verdiği anlama olan güveni de korunmalıdır⁹⁴. Yani beyan sahibinin yaptığı beyanın objektif, makul ve dürüst bir muhatabın vermesi gerekli anlama olan güveni teminat altına alınmalıdır⁹⁵. Bunun yanında beyan sahibi, dürüstlük kuralı gereğince, iş hayatında beyanı nasıl anlaşılacaksa, ona göre anlamlandırılmasına katlanmalıdır⁹⁶. Görüldüğü üzere güven teorisi, her iki tarafı da korunmaları gerekli sınıra kadar korumakta ve çatışan menfaatler arasında dengeyi sağlamaktadır⁹⁷.

Güven teorisi, irade teorisini tamamen dışlamamakta ve işlem güvenliği açısından tamamlamaktadır⁹⁸. İrade beyanı, beyan sahibinin gerçek iradesini yansıtmasa da muhatabın gerçek arzuyu bildiği hallerde veya yanlış kullanılan ifadelerle her iki tarafın da aynı anlamı verdiği hallerde güven teorisine başvurulmaksızın irade teorisi doğrultusunda yapılacak yorum ile de tarafların ortak anlayışı üzerine sözleşme kurulabilir⁹⁹. Güven teorisine başvurulmasına gerek duyulmamasının sebebi, beyan muhatabının irade beyanını, beyan sahibinin kastettiği şekilde anlaması nedeniyle korunması gereken menfaatinin bulunmamasıdır¹⁰⁰. Böyle bir durumda aslında güven teorisinden bir sapma yoktur.

⁹² Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.**, s. 102; Schwenger, **a.g.e.**, Rn. 27.41; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar**, s. 73; Eren, **Borçlar Genel**, s. 158; Kalkan Oğuztürk, **a.g.e.**, s. 35.

⁹³ Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.**, s. 102; Schwenger, **a.g.e.**, Rn. 27.41; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 8, 124; İnan, **a.g.e.**, s. 92; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar**, s. 73-74; Oğuzman, Öz, **Borçlar I**, s. 74; Eren, **Borçlar Genel**, s. 158; Kalkan Oğuztürk, **a.g.e.**, s. 35.

⁹⁴ Esener, **Muvazaa**, s. 10; İnan, **a.g.e.**, s. 92.

⁹⁵ Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 124; Kalkan Oğuztürk, **a.g.e.**, s. 35.

⁹⁶ Esener, **Muvazaa**, s. 10; İnan, **a.g.e.**, s. 92.

⁹⁷ Kalkan Oğuztürk, **a.g.e.**, s. 35; Güven teorisi, önce beyan muhatabının menfaatlerini, sonra da beyan sahibinin menfaatlerini korumaktadır. Esener, **İtimat**, s. 173; Esener, **Muvazaa**, s. 10; Güven teorisinin, beyan sahibiyle beyan muhatabının çatışan menfaatlerini uzlaştıran çözümüne göre, beyan muhatabının güveni kuralı olarak ancak beyan sahibinin kusuru varsa korunabilir. İstŞ TBK, Serozan, **C. 1**, § 1, Rn. 15.

⁹⁸ Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 10-11; Kalkan Oğuztürk, **a.g.e.**, s. 39; İrade teorisi ilkesi, dürüstlük kuralının doğal sonucu olan güven ilkesi ile sınırlandırılmış şekilde uygulanmaktadır. Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 135.

⁹⁹ Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 10-11; Oğuzman, Öz, **Borçlar I**, s. 73; Eren, **Borçlar Genel**, s. 159.

¹⁰⁰ von Tuhr, Peter, **a.g.e.**, s. 288; Eren, **Borçlar Genel**, s. 160. Eren, güven teorisinin geliştirilmiş hali olarak farazi ve fiili meram anlatma teorisinden bahsetmektedir. Fiili meram anlatma teorisine göre, muhatap, beyan sahibinin gerçek iradesini fiilen doğru anlamışsa, beyan farklı ifade edilmiş olsa bile, beyan sahibinin gerçek iradesi esas alınır. Farazi meram anlatma teorisine göre, objektif, dürüst ve makul bir muhatap, bildiği veya bilmesi gerekli tüm şartları dikkate alarak beyan sahibinin

Sadece, beyan muhatabının dürüstlük kuralı içerisinde verdiği anlam ile beyan sahibinin iç iradesi örtüşmektedir¹⁰¹. Fakat beyan muhatabının gerçek arzuyu bilmediği veya yanlış ifadelere her iki tarafın da aynı anlamı vermediği hallerde, güven teorisi gereği yorum yapılması gerektiği tartışmasıdır. Çünkü artık ortada tarafların korunması gereken menfaatleri bulunmaktadır.

b. Muvazaa Hususunda Tercih Edilen Yorum Teorisi

TBK'ya hâkim olan yorum sistemi, irade ve güven teorilerinden oluşan karma bir sistemdir¹⁰².

TBK m. 1'de belirtilen karşılıklı irade beyanlarının uyuşmasının aranmasından kasıt, borç sözleşmelerinde irade beyanında bulunanın gerçek iradesinin araştırılması değil beyandan yola çıkarak güven teorisi doğrultusunda irade beyanlarının yorumlanmasıdır¹⁰³.

Fakat muvazaa söz konusu olduğunda kanun koyucu irade teorisini önceleyen bir yaklaşım benimsemiştir. TBK m. 19/1'de tarafların gerçek ve ortak iradelerinin araştırılmasıyla varılan sonuçta tarafların iradeleri ile beyanları arasında bir kasti uygunsuzluk olduğu anlaşılırsa görünürdeki işlem, muvazaa nedeniyle hükümsüzdür. Buradan anlaşılacağı üzere, kanun koyucu irade teorisi doğrultusunda

meramını doğru anlamamışsa, beyan sahibinin gerçek iradesi esas alınır. Eren, **Borçlar Genel**, s. 160-162; Aslında meram anlatma teorisi, içeriği ve sonuçları itibarıyla güven teorisiyle örtüşmektedir. En önemli fark olarak, tarafların fiilen birbirlerini doğru anladıkları fakat beyanın farklı ifadeler barındırdığı ve bu nedenle irade teorisinin uygulama alanı bulduğu hali kapsamı sunulmaktadır. Ancak yukarıda bahsedilen güven teorisi, irade teorisini zaten dışlamamakta ve tarafların fiilen birbirlerini doğru anladıkları takdirde gerçek iradeye göre irade beyanının anlamlandırılmasını bir zorunluluk görmektedir. Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 9-10.

¹⁰¹ Esener, **İtimat**, s. 182.

¹⁰² **A.e.**, s. 197.

¹⁰³ Türk-İsviçre doktrin ve uygulamasındaki baskın görüş bu yöndedir. Meier-Hayoz, **Vertrauensprinzip**, s. 25; Oser, Schönenberger, **Seçkin**, s. 46; Bruno von Büren, **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil**, Zürich, 1964, s. 169 vd. ; Gauch, Schleup, Schmid, Emmenegger, **a.g.e.**, Rn. 207; Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.**, s. 102; von Tuhr, Peter, **a.g.e.**, s. 287; Piconi, **a.g.e.**, s. 19-20; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s.5 vd. ; İnan, **a.g.e.**, s. 92; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar**, s. 74; Oğuzman, Öz, **Borçlar I**, s. 73; Eren, **Borçlar Genel**, s. 154; BGE 108 II 542, 132 II 268; Kanunkoyucu tamamen irade teorisini benimsemiş olsaydı, hata halinin yaptırımını mutlak butlan olurdu. Oser, Schönenberger, **Seçkin**, s. 45.

hareket etmektedir¹⁰⁴. Görüldüğü üzere, irade teorisi, muvazaa konusunda tatminkâr sonuçlar elde edilmesine vesiledir¹⁰⁵. Aslında irade teorisi ile ulaşılan sonuca güven teorisi ile de ulaşılabilir¹⁰⁶. Çünkü her iki taraf da görünürdeki işlemin diğerinin gerçek iradesine uymadığını ve gerçekte böyle bir hukuki işlem yapmak istemediğini biliyor veya bilecek durumdadır. Zaten yukarıda da bahsettiğimiz gibi, güven teorisi, irade teorisini bertaraf etme amacı gütmemekte, aksine iradenin tam olarak ortaya konmasına vesile olmaktadır.

2. İrade ile Beyan Arasındaki Uygunsuzluğun Kasıtlı Olması

Muvazaanın oluşması için irade ile beyan arasındaki uygunsuzluğun kasıtlı olması gerekir¹⁰⁷. Yani, muvazaada sözleşmenin her iki tarafı başka bir şey düşünmekte ve istemekte iken başka şey beyan etmelidir¹⁰⁸. Muvazaa, uygunsuzluğun kasıtlı olması yönüyle zihni kayıta benzerken, irade ile beyan arasında kasıtlı olmayan uygunsuzluk hali olarak kabul edilen hatadan ayrılır¹⁰⁹.

Sözleşmenin kurulması sırasında muvazaa niyeti taşımaksızın yanlışlıkla tarafların sözleşmeyi rehin yerine saklama, tüketim öduncü yerine şirket, satış yerine kira şeklinde adlandırmaları muvazaa oluşturmaz¹¹⁰. Burada hâkim, TBK m. 19/1'e göre, tarafların gerçek iradelerini araştırarak sözleşmenin hukuki niteliğini tayin etmelidir.

B. Üçüncü Kişileri Aldatma Niyeti

Muvazaanın ikinci unsuru, üçüncü kişileri aldatma niyetidir. Taraflar, üçüncü kişilere karşı calı bir görünüm oluşturarak onları aldatma niyeti taşır. Fakat bunun muvazaanın bir unsuru olup olmadığı tartışmalıdır.

¹⁰⁴ Gauch, **a.g.m.**, s. 352; Schwenzler, **a.g.e.**, Rn. 27.38; Esener, **İtimat**, s. 188; Eren, **Borçlar Genel**, s. 402; Yargıtay HGK. E. 2004/11-254, K. 2004/2905, T. 12.05.2004, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 13.01.2021.

¹⁰⁵ Esener, **İtimat**, s. 188.

¹⁰⁶ Meier-Hayoz, **Vertrauensprinzip**, s. 152-154; Esener, **İtimat**, s. 188; İnan, **a.g.e.**, s. 175; Aksi görüş için bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar**, s. 412.

¹⁰⁷ Jäggi, **a.g.m.**, s. 154; Oser, Schönenberger, **Seçkin**, s. 145; Esener, **Muvazaa**, s. 10.

¹⁰⁸ Jäggi, **a.g.m.**, s. 154; Palandt, Ellenberger, **BGB**, Einf v § 116, Rn. 2/3; Esener, **Muvazaa**, s. 10.

¹⁰⁹ Palandt, Ellenberger, **BGB**, Einf v § 116, Rn. 2/3; Esener, **Muvazaa**, s. 11.

¹¹⁰ Esener, **Muvazaa**, s. 11.

Doktrinde ağırlıklı görüş, üçüncü kişileri aldatma niyetinin kurucu unsur olduğu yönündedir¹¹¹. Buna göre, gerçek irade ile görünürdeki irade arasında kasten bir uygunsuzluk yaratılmasının ve sözleşmenin gerçek niteliğinin gizlenmesinin nedeni, üçüncü kişileri aldatmaktır. Taraflar, birlikte hareket ederek üçüncü kişileri aldatma niyeti ile muvazaaya başvurur.¹¹² İsviçre Federal Mahkemesi ve doktrini, üçüncü kişileri aldatma niyetini kurucu unsurlar arasında kabul etmektedir¹¹³. Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir¹¹⁴.

Alman Hukukunda hâkim olan görüş, üçüncü kişileri aldatma niyetinin muvazaanın kurucu unsuru olmadığı yönündedir¹¹⁵. Bu görüşe göre, üçüncü kişileri aldatma niyeti, bağımsız bir unsur kabul edilmemeli ve muvazaa anlaşmasının içinde onun saiki olarak düşünülmelidir¹¹⁶. Çünkü üçüncü kişileri aldatma niyeti, muvazaanın dışarıya karşı oluşturduğu bir sonuçtur. Taraflar arasında yapılan görünürdeki işlemin hüküm ifade etmeyeceğine dair anlaşmanın ispat edilmesi yeterli olup ayrıca böyle bir unsurun araştırılmasına gerek yoktur.

¹¹¹ Esener, **Muvazaa**, s. 11; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt I, 2. Bası, İstanbul, 1976, s. 188; Ergun Özsunay, **Türk Hukuku'nda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler**, İstanbul, 1968, s. 220; İnan, **a.g.e.**, s. 172; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 345; Eren, **Borçlar Genel**, s. 398; Antalya, **a.g.e.**, s. 348; Mehmet Ayan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 12. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2020, s. 231; Özkaya, **a.g.e.**, s. 181; Özügür, **a.g.e.**, s. 462; Selin Sert Sütçü, **Miras Bırakanın Muvazaalı Hukuki İşlemleri ve Sonuçları**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 33.

¹¹² Schwenzer, **a.g.e.**, Rn. 30.04; Esener, **Muvazaa**, s. 11.

¹¹³ Peter Jäggi, Peter Gauch, Stephan Hartmann, **Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Art. 18 OR, Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge; Simulation**, 4. Auflage, Zürich, Schulthess, 2014, § 18, Rn. 95; Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.**, s. 132; Gauch, Schleup, Schmid, Emmenegger, **a.g.e.**, Rn. 1015; BK OR, Kramer, Schmidlin, **a.g.e.**, § 18, Rn. 110; Basler Kommentar, **Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR**, (Herausgeber: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand), 4. Auflage, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2007, § 18, Rn. 51; Huguenin, **a.g.e.**, s. 59; BGE 97 II 207; BGE 66 II 32.

¹¹⁴ “Bu unsurlara göre, tarafların üçüncü kişileri aldatma için görünüşte bir muamele yapmak, bu görünüşteki anlaşmanın kendi aralarında hüküm ifade etmeyeceği hususunda anlaşmak, görünüşteki muamele (akit) arkasına gizlenmiş olan taraflarca istenen gerçek iradelerine uygun gizli muamele (akit) yapmak ve üçüncü kişileri aldatma kastının bulunması gerekir.” Yargıtay 4.HD. E. 1987/742, K. 1987/1968, T. 17.03.1987; Yargıtay HGK. E. 1996/596, K. 12996/737, T. 06.11.1996; Yargıtay HGK E. 2001/1-958, K. 2001/1035, T. 21.11.2001, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 07.02.2021.

¹¹⁵ Walter Erman, H. Westermann, **Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Band**, Aschendorff-Münster, 1975, § 117, Rn. 1; Manfred Wolf, Jörg Neuner, **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**, 11. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2016, § 40, Rn. 15; Palandt, Ellenberger, **BGB**, § 117, Rn. 8; Türk doktrindeki aynı yönde görüş için bkz. Aday, **a.g.e.**, s. 10; Osman Kiper, **Muvazaa (Mirasçıdan Satış Görünümüyle Mal Kaçırma)**, Tenkis, **Mirasta Geri Verme, Mirasta Hak Ediş (İstihkak) Davaları**, Ankara, 1995, s. 23.

¹¹⁶ Aday, **a.g.e.**, s. 12.

Bir başka görüşe göre, üçüncü kişileri aldatma niyeti ister kurucu unsur sayılsın ister muvazaa anlaşması içerisinde kabul edilsin, taraflar muhakkak üçüncü kişileri aldatma niyeti ile hareket eder¹¹⁷.

Bu unsurun, muvazaanın kurucu unsurları arasında kabul edilmesinin hukuki birtakım problemler doğuracağına dair bir görüş mevcuttur¹¹⁸. Bu görüşe göre, üçüncü kişileri aldatma niyeti olmadığı durumlarda muvazaanın söz konusu olmayacağı gibi yanlış bir düşüncenin oluşması ihtimali belirir. Aslında üçüncü kişileri aldatma niyetinin olmadığı durumlarda da muvazaa söz konusu olabilir. Kanaatimizce, bu tür durumlarda dahi üçüncü kişilerden işlemin gizlenmesi, onları aldatma niyetini taşır.

Tarafların gerçek iradelerini gizleyerek üçüncü kişilere zarar vermek amacı taşıdığı hallerde, ahlaka aykırı şekilde zarar verme kastıyla işlenmiş bir haksız fiilden bahsedilebilir ki her iki tarafın da bu yönde kasıtlarının olması gereklidir¹¹⁹. Burada belirtmeli ki, üçüncü kişileri aldatma niyeti, her zaman üçüncü kişilere zarar verme amacı taşımaz¹²⁰. Örneğin, ismini açıklamak istemeyen bir hayırseverin satış arkasına gizlediği bağış işleminde veyahut oğullarını çalışmaya sevk etmek isteyen babanın muvazaalı temlikinde üçüncü kişilere zarar verme kastı mevcut değildir¹²¹. Bunun yanında üçüncü kişileri aldatma niyeti taşınması muvazaalı işlemi hukuka veya ahlaka aykırı işlem kategorisine sokmaz. Eğer böyle olsaydı, kanun koyucu, muvazaayı himayeden yoksun bırakır ve gizli işlemi geçerli kılmazdı¹²². Bunun yanında muvazaalı işlem nedeniyle ne tarafların ne de üçüncü kişilerin bir zarar tazmini talebi olamaz¹²³. Görüldüğü üzere, muvazaa ile ahlaka veya hukuka aykırılık nedeniyle geçersizlik arasında önemli farklar söz konusudur.

¹¹⁷ Özkaya, **a.g.e.**, s. 181.

¹¹⁸ Karayalçın, **SSTH**, s. 348.

¹¹⁹ von Tuhr, **Edege**, s. 275; Karayalçın, **SSTH**, s. 348.

¹²⁰ Ahmet Ziya Kayaoğlu, "Muvazaa Akitleri ve Tatbikatı", **Adalet Dergisi**, S. 19, 1953, s. 95; Esener, **Muvazaa**, s. 12; Bazen üçüncü kişileri kandırma bazen onlara zarar verme niyetinin valığından bahsedilebilir. Erman, Westermann, , **a.g.e.**, § 117, Rn. 1.

¹²¹ Esener, **Muvazaa**, s. 12.

¹²² Kayaoğlu, **a.g.m.**, s. 95; Esener, **Muvazaa**, s. 12.

¹²³ İnan, **a.g.e.**, s. 175.

Kanaatimizce, üçüncü kişileri aldatma niyeti, muvazaanın kurucu unsurları arasında yer alır. TBK m. 19/1’de yer alan “*gerçek amaçlarını gizlemek için*” ifadesinden muvazaalı işlemin üçüncü kişileri aldatma niyeti ile gerçekleştirildiği anlaşılmaktadır¹²⁴.

C. Tarafların Muvazaa Hususunda Anlaşmaları

Muvazaanın üçüncü unsuru, tarafların irade ve beyanları arasında bilerek ve isteyerek meydana getirdikleri uygunsuzluk ve görünürdeki işlemin kendi aralarında hiçbir hüküm doğurmadığı hususunda anlaşmalarıdır¹²⁵. Buna muvazaa anlaşması denir. Muvazaa anlaşması olmadan muvazaadan bahsedilemez¹²⁶. Çünkü muvazaanın niteliği gereği olan iki taraflılık ancak böyle bir anlaşma ile sağlanabilir. Alacaklıların takibinden kurtulmak amacıyla mallarını bir arkadaşına devreden kimse, arkadaşıyla her şeyden önce görünürde bir satım sözleşmesi yapma hususunda gizlice anlaşarak muvazaa anlaşması kurmuş olur¹²⁷.

Muvazaa anlaşması, aslında bir sözleşmedir. Bu nedenle TBK’da yer alan sözleşmelere ilişkin hükümler, muvazaa anlaşmasına da uygulanır¹²⁸. Muvazaa anlaşması taraflarca bizzat yapılabileceği gibi temsilciler aracılığıyla da yapılabilir ve temsil olunan bu işlemle bağlı olur¹²⁹. Şekil serbestisi ilkesi, muvazaa anlaşması açısından da geçerlidir¹³⁰. Taraflar, sözlü veya yazılı diledikleri şekilde muvazaa

¹²⁴ Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 345; Senem Bahadır, “Taşınmaz Mülkiyetinin Devrinde Muvazaa”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2012, s. 23; Erhan Çavuşoğlu, “Taşınmazlar Üzerinde Mülkiyeti Devir Amacı Güden İşlemlerde Muvazaa”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, 2006, s. 21.

¹²⁵ Esener, **Muvazaa**, s. 20; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 190; İnan, **a.g.e.**, s. 172; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 346; Eren, **Borçlar Genel**, s. 396; Antalya, **a.g.e.**, s. 347; Kiper, **a.g.e.**, s. 23; Özkaya, **a.g.e.**, s. 180; Özüğür, **a.g.e.**, s. 460.

¹²⁶ BGE 71 II 99; Jäggi, Gauch, Hartmann, **a.g.e.**, § 18, Rn. 110; Gauch, Schleup, Schmid, Emmenegger, **a.g.e.**, Rn.1015; BK OR, Kramer, Schmidlin, **a.g.e.**, § 18, Rn. 106; Esener, **Muvazaa**, s. 20; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 190; İnan, **a.g.e.**, s. 171-172; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 346; Eren, **Borçlar Genel**, s. 397; Antalya, **a.g.e.**, s. 347; Özkaya, **a.g.e.**, s. 180; Özüğür, **a.g.e.**, s. 461.

¹²⁷ Esener, **Muvazaa**, s. 20; Özsunay, **İnançlı Muamele**, s. 219; Eren, **Borçlar Genel**, s. 397.

¹²⁸ Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 21.

¹²⁹ von Tuhr, Peter, **a.g.e.**, s. 392; Jäggi, Gauch, Hartmann, **a.g.e.**, § 18, Rn. 97; Eren, **Borçlar Genel**, s. 397.

¹³⁰ Jäggi, Gauch, Hartmann, **a.g.e.**, § 18, Rn. 120; Esener, **Muvazaa**, s. 21; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 347; Eren, **Borçlar Genel**, s. 397; Antalya, **a.g.e.**, s. 347; Özkaya, **a.g.e.**, s. 180; Özüğür, **a.g.e.**, s. 461.

anlaşması yapabilir. Görünürdeki işlemin resmi şekle tabi olduğu hallerde dahi, muvazaa anlaşmasının resmi şekilde yapılması şart değildir¹³¹. Muvazaanın taraflarca yazılı delil ile ispatlanması kuralı, muvazaa iradesinin ispatı açısından yazılı delil gerektirir. Bu bir ispat şekli olup muvazaa anlaşmasının yazılı olarak yapılmasını gerektirmez¹³². Ancak tarafların muvazaa anlaşmasını yazılı olarak yapmaları ispat açısından kendi yararlarına olur¹³³.

Muvazaa anlaşması, görünürdeki işlemin tamamını kapsarsa tam muvazaa, görünürdeki işlemin bazı kısımlarını kapsarsa kısmi muvazaa meydana gelir¹³⁴.

Muvazaa anlaşmasının görünürdeki işlem ile aynı anda yapılma zorunluluğunun bulunup bulunmadığı tartışmalıdır. Doktrinde baskın görüş, bağımsız bir niteliğe sahip olan muvazaa anlaşmasının görünürdeki işlem ile aynı anda veya ondan önce yapılabileceğini ve geçerli şekilde kurulan bir sözleşmenin sonradan yapılan anlaşma ile muvazaalı kılınamayacağını ileri sürmüştür¹³⁵. Muvazaa anlaşmasının sonradan yapılmasının anlamı, mevcut gerçek bir sözleşmenin geçersiz kılınmasıdır ki bu taraflar açısından yararsızdır¹³⁶. Hüküm ve sonuçlarını doğurmuş bir sözleşmeyi muvazaalı kılmak yerine taraflar, gerçek sözleşmenin değiştirilmesi veya ortadan kaldırılmasına yönelik sözleşme yapabilirler¹³⁷. Örneğin, taraflardan biri diğerine taşınmazını geçerli olarak devrettikten sonra tarafların muvazaa ve dolayısıyla mülkiyetin devrolmadığı

¹³¹ Jäggi, Gauch, Hartmann, **a.g.e.**, § 18, Rn. 120; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 347; Eren, **Borçlar Genel**, s. 397; Antalya, **a.g.e.**, s. 347; Aday, **a.g.e.**, s. 12; Özkaya, **a.g.e.**, s. 180; Özüğür, **a.g.e.**, s. 461; Şekle tabi olan bir sözleşmenin hükmünün değiştirilmesi veya sona erdirilmesi, aynı şekle tabidir. Fakat bu kural muvazaa anlaşması için söz konusu değildir. Çünkü taraflar arasında kararlaştırılan bir hususun sonradan değiştirilmesi ile görünürdeki işlemi muvazaalı kılmak için önceden anlaşılması birbirinden farklı hususlardır. Birinci halde, önceki iradenin sonradan başka bir irade ile değiştirilmesi söz konusuyken, muvazaa anlaşmasında birbirini takip eden ve değiştiren iradeler söz konusu değildir. Esener, **Muvazaa**, s. 22; Postacıoğlu, **Şekle Riayet**, s. 129.

¹³² Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 347; Bahadır, **a.g.e.**, s. 20.

¹³³ Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 347.

¹³⁴ Eren, **Borçlar Genel**, s. 397; Oğuzman, Öz, **Borçlar I**, s. 136; Özkaya, **a.g.e.**, s. 180.

¹³⁵ Jäggi, Gauch, Hartmann, **a.g.e.**, § 18, Rn. 119; Postacıoğlu, **Şekle Riayet**, s. 129; Esener, **Muvazaa**, s. 22; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 347; Eren, **Borçlar Genel**, s. 397; Antalya, **a.g.e.**, s. 347; Özkaya, **a.g.e.**, s. 181; Özüğür, **a.g.e.**, s. 461.

¹³⁶ Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 347.

¹³⁷ Jäggi, Gauch, Hartmann, **a.g.e.**, § 18, Rn. 119; Esener, **Muvazaa**, s. 22; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 347; Eren, **Borçlar Genel**, s. 397.

hususunda anlaşmaları bir anlam ifade etmez¹³⁸. Çünkü geçerli bir hukuki sebebe dayanan bir tescil, sonradan taraflarca yolsuz tescil olarak kabul edilemez. Doktrindeki bir görüşe göre, muvazaa anlaşması, görünürdeki işlemden sonra yapılamayacağı gibi önceden de yapılamaz, ancak aynı anda yapılabilir¹³⁹. Çünkü tarafların başlangıçta yapılan muvazaa anlaşmasına ilişkin iradeleri görünürdeki sözleşme yapılırken bulunmayabilir. Kanaatimizce muvazaa anlaşması, görünürdeki işlemden önce de yapılabilir. Eğer tarafların muvazaa iradeleri görünürdeki işlem yapılırken devam ediyorsa, görünürdeki işlem hüküm doğurmaz. Buna karşın tarafların muvazaa iradeleri görünürdeki işlem yapılırken bulunmuyorsa, önceden yapılan muvazaa anlaşması hükümsüz hale gelir. Dolayısıyla muvazaa anlaşmasının görünürdeki işlem ile aynı anda yapılması zorunluluğu olmadığı ve en geç onunla aynı anda yapılmasının yeterli olduğu kanaatindeyiz.

Genel olarak görünürdeki işlemin mutlaka sözleşme olması gerekmez. Üçüncü kişilere karşı görünüş yaratmak amacıyla, taraflar tek taraflı bir işlem gerçekleştirmek üzerinde de anlaşabilirler¹⁴⁰. Karşı tarafa varması gerekli irade beyanlarıyla kurulan tek taraflı hukuki işlemlerde muvazaa olabilir¹⁴¹. Kira bedeli üzerinde tesis edilmiş olan rehin nedeniyle kira bedelini kullanamayan kiralayan, kiracı ile muvazaa anlaşması yaparak kira sözleşmesinin feshi beyanında bulunabilir¹⁴². Görüldüğü üzere, varması gerekli irade beyanı ile kurulan tek taraflı hukuki işlem olan sözleşmenin feshi beyanı sayesinde görünürdeki kira sözleşmesi sona erdirilmiş gibi gösterilmiş ama taraflar, kendi aralarında görünürdeki fesih işleminin hüküm doğurmayacağına dair anlaşmıştır¹⁴³. Buna karşın, muvazaa anlaşması olmadan muvazaadan bahsedilemeyeceği için varması gerekli olmayan irade beyanı ile kurulan tek taraflı hukuki işlemlerde muvazaa söz konusu olamaz¹⁴⁴.

¹³⁸ Aday, **a.g.e.** , s. 10.

¹³⁹ **A.y.**

¹⁴⁰ Kocayusufoğlu, **Borçlar**, s. 348; Aday, **a.g.e.** , s. 6.

¹⁴¹ von Tuhr, **Edege**, s. 275; Esener, **Muvazaa**, s. 23; İnan, **a.g.e.** , s. 171.

¹⁴² von Tuhr, **Edege**, s. 275, dn. 22; Esener, **Muvazaa**, s. 23.

¹⁴³ Benzer bir örnek için bkz. Kocayusufoğlu, **Borçlar**, s. 348: İki işçisinden sadece birini işten çıkarmak isteyen işveren, onu darıltmamak için diğeri ile de anlaşıp muvazaalı bir fesih bildiriminde bulunabilir.

¹⁴⁴ Arnold Escher, **Medeni Kanun Şerhi, 3. Cilt, Miras Hukuku**, Çev. Sabri Şakir Ansay, Ankara, 1953, s. 113; Werner Flume, **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band 2: Das Rechtsgeschäft**, 4. Auflage, 1992, s. 405; von Tuhr, Peter, **a.g.e.** , s. 295; BK ZGB, Weimar, **a.g.e.** ,

Çünkü karşı tarafa varması gerekli olmayan irade beyanı ile kurulan bu tür hukuki işlemlerde karşı taraf ile irade beyanında bulunan kişi arasında muvazaaya dair bir anlaşma yapılamaz. Örneğin, vasiyetnamede, vakıf kurmada, icazet vermede muvazaa oluşmaz. Bunun yanında ödül vaadi ile ilanda, muvazaa hususunda anlaşma yapılabilecek belirli kimse olmadığı için muvazaa söz konusu olmaz¹⁴⁵.

III. MUVAZAAANIN TÜRLERİ

Tarafların gizli işlem yapmak isteyip istemediklerine göre muvazaa, mutlak ve nisbi olmak üzere ikiye ayrılır.

A. Mutlak Muvazaa

Tarafların geçerli hukuki işlem yapmak istememelerine rağmen üçüncü kişilere karşı aralarında hukuki işlem varmış gibi görünürde bir işlem yaratmaları haline mutlak muvazaa denir. Doktrinde, mutlak muvazaa terimi için adi, basit, saf, yalın muvazaa terimleri de kullanılmaktadır¹⁴⁶.

Mutlak muvazaanın özelliği, görünürdeki işlemin arkasında tarafların gerçekten hükümlerini doğurmasını istediği bir gizli işlemin bulunmamasıdır. Taraflar, hükümlerinin doğmasını istedikleri başka bir sözleşmenin gizlenmesini değil üçüncü kişileri aldatmak amacıyla sadece akdettikleri sözleşmenin hüküm ve sonuçlarının doğmaması hususunda anlaşılırlar. Taraflar, gerçekte herhangi bir işlem yapma iradesi taşımamaktadır.

Mutlak muvazaa hususunda verilen örneklerden ilki, alacaklıların takibinden kurtulmak isteyen bir kimsenin mallarını anlaştığı bir başka kişiye satmış

Einl. zum 14. Titel, Rn. 47; BK OR, Kramer, Schmidlin, **a.g.e.**, § 18, Rn. 149; BSK OR, Wiegand, **a.g.e.**, § 18, Rn. 53; Esener, **Muvazaa**, s. 23; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 190; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 348; Eren, **Borçlar Genel**, s. 398; Atamulu, **a.g.e.**, s. 35.

¹⁴⁵ Jäggi, Gauch, Hartmann, **a.g.e.**, § 18, Rn. 186 vd. ; BK OR, Kramer, Schmidlin, **a.g.e.**, § 18, Rn. 149; BSK OR, Wiegand, **a.g.e.**, § 18, Rn. 53; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 348.

¹⁴⁶ Jäggi, Gauch, Hartmann, **a.g.e.**, § 18, Rn. 112; BK OR, Kramer, Schmidlin, **a.g.e.**, § 18, Rn. 110; BSK OR, Wiegand, **a.g.e.**, § 18, Rn. 50; Gauch, Schleup, Schmid, Emmenegger, **a.g.e.**, Rn. 1015; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 345; İnan, **a.g.e.**, s. 172; Antalya, **a.g.e.**, s. 348; Tercier, Pierre, Pascal Pichonnaz, Murat Develioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 2. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 205.

gibi göstermesidir. Başkalarını kefil olmaya teşvik etme amacıyla yapılan muvazaalı kefalet sözleşmesi¹⁴⁷, bankadan kredi talep etmek isteyen işsiz bir işçi ile işveren arasında yapılan ve bankayı aldatma niyeti taşıyan muvazaalı hizmet sözleşmesi¹⁴⁸ ve bir kimsenin mali durumu bozulan arkadaşının itibarını yükseltmek için borç senedi imzalaması¹⁴⁹, diğer mutlak muvazaa örnekleridir.

B. Nisbi Muvazaa

Nisbi muvazaada taraflar, görünürdeki işlemin arkasına gerçekte hükümlerini doğurmasını istedikleri başka bir işlem gizlemektedir¹⁵⁰. Taraflar, mutlak muvazaanın aksine, bir işlem yapmak istemekte, fakat bazı nedenlerden dolayı bu işlemi başka bir işlemin arkasına gizlemek istemektedir. Doktrinde, nisbi muvazaa, nitelikli (mevsuf, vasıflı) muvazaa olarak da adlandırılmaktadır¹⁵¹.

Taraflar, ivazsız tasarruflardan alınan yüksek vergilerden kaçınmak ya da aralarındaki ahlaka aykırı ilişki nedeniyle birbirlerine yaptıkları karşılıksız kazandırmaları gizlemek için, muris, mirastan mal kaçırmak için bağışlama sözleşmesini satış sözleşmesinin arkasına gizler ki bunlar birer nisbi muvazaa örneğidir. Yukarıda mutlak muvazaaya verilen alacaklıdan mal kaçırmak için yapılan satım sözleşmesi örneğinde taraflar, gerçekte hiçbir işlem yapmak istememekle birlikte görünürdeki işlem sayesinde üçüncü kişileri aldatma niyeti gütmektedir.

¹⁴⁷ von Tuhr, **Edege**, s. 274, dn. 12.

¹⁴⁸ Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, s. 205.

¹⁴⁹ Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.**, s.132; Esener, **Muvazaa**, s. 42; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 345-346; Eren, **Borçlar Genel**, s. 399.

¹⁵⁰ Jäggi, Gauch, Hartmann, **a.g.e.**, § 18, Rn. 111-112; Gauch, Schleup, Schmid, Emmenegger, **a.g.e.**, Rn. 1017; BK OR, Kramer, Schmidlin, **a.g.e.**, § 18, Rn. 114; BSK OR, Wiegand, **a.g.e.**, § 18, Rn. 50; Esener, **Muvazaa**, s. 42; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar**, s. 410; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 346; Eren, **Borçlar Genel**, s. 399; Oğuzman, Öz, **Borçlar I**, s. 135; Kılıçoğlu, **Borçlar**, s. 237; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 105; Antalya, **a.g.e.**, s. 348; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, s. 205.

¹⁵¹ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar**, s. 410; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 346; İnan, **a.g.e.**, s. 173; Oğuzman, Öz, **Borçlar I**, s. 135; Antalya, **a.g.e.**, s. 348; İsviçre ve Alman Hukukunda nisbi muvazaayı kastedecek şekilde sadece “gizli işlem” kavramı da kullanılmaktadır. Bu kavramın Almanca tercümesi olan “*verdecktes geschäft*” ve “*gizleme*” kavramının Fransızca tercümesi olan “*dissimulation*” teriminden türetilen “*dissimuliertes geschäft*” ifadeleri kullanılmaktadır. Palandt, Ellenberger, **BGB**, § 117, Rn. 8; Gottfried Schiemann, in: **Staudinger/Eckpfeiler (2014/2015)**, s. 302; von Büren, **a.g.e.**, s. 173; Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.**, s.132; BSK OR, Wiegand, **a.g.e.**, § 18, Rn. 50; Schwenger, **a.g.e.**, Rn. 30.05; “*Dissimulation*” kavramından yola çıkarak Türk Hukukunda “*saklama*” kavramını kullanan da vardır. Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, s. 205.

Nisbi muvazaaya verilen örnekler incelendiğinde, görünürdeki işlem ile üçüncü kişilere sahte bir görünüm oluşturulduğu ve tarafların gerçekte başka bir işlem yapmak niyetinde olduğu anlaşılır. Dolayısıyla nisbi muvazaanın mutlak muvazaadan farkı, gizli bir işlemin varlığıdır.

TBK m. 19’da nisbi muvazaanın düzenlendiği, ancak mutlak muvazaanın düzenlenmediği doktrinin bir kısmı tarafından savunulmaktadır¹⁵². Buna göre, kanun metninde tarafların gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın gerçek ve ortak iradelerinin esas alınması gerektiği şeklinde yer alan hükümde sadece gizli işleme işaret edilmekte ve nisbi muvazaaya vurgu yapılmaktadır. Katıldığımız diğer görüşe göre, tarafların gerçek ve ortak iradelerinin ortaya konması şeklindeki ifade, hem mutlak muvazaadaki gibi tarafların gerçek amaçlarının yaptıkları işlemin geçersiz kılınması hem nisbi muvazaadaki gibi görünürdeki işlemin arkasına gizledikleri işlemin hüküm doğurması olduğunun tespiti anlamına gelir¹⁵³. Dolayısıyla TBK m. 19’da her iki muvazaa türüne de işaret edilmektedir.

Nisbi muvazaa, üç halde karşımıza çıkabilir. Bunlar, sözleşmenin niteliğinde muvazaa, sözleşmenin konusunda (kısmi) muvazaa ve tarafta muvazaadır.

1. Sözleşmenin Niteliğinde Muvazaa

Tarafların muvazaalı görünürdeki işlemi, gizli işlemin gerçek niteliğini gizlemek için yapmaları halinde sözleşmenin niteliğinde muvazaa meydana gelir. Ağırlıklı olarak kullanılan sözleşmenin niteliğinde muvazaa¹⁵⁴ terimine karşılık doktrinde, sözleşmede muvazaa¹⁵⁵, sözleşmenin mahiyet ve vasfına taalluk eden

¹⁵² von Tuhr, **Edege**, s.274; Esener, **Muvazaa**, s. 42; Eren, **Borçlar Genel**, s. 399; Reisoğlu, **a.g.e.** , s. 105; Özkaya, **a.g.e.** , s. 184.

¹⁵³ Kılıçoğlu, **Borçlar**, s. 237; Aday, **a.g.e.** , s. 23-24; Emre Sevgi, “Miras Bırakanın Muvazaalı İşlemleri”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2008, s. 24.

¹⁵⁴ Postacıoğlu, **Şekle Riayet**, s. 116; Kocayusufoğlu, **Borçlar**, s. 348; Kılıçoğlu, **Borçlar**, s. 234; Antalya, **a.g.e.** , s. 349.

¹⁵⁵ Esat Arsebük, **Borçlar Hukuku**, 3. Bası, Ankara, 1950, s. 388; Cihan Yüksel Hatipoğlu, **Mirisin Mirasçılar Aleyhine Yaptığı Sağlararası Muvazaalı Muamelelerin Hukuki Sonuçları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2004, s. 38.

muvaazaa¹⁵⁶ veya sözleşmenin niteliğini değiştiren muvaazaa¹⁵⁷ terimleri de kullanılır. Bu türde, sözleşmenin unsurlarından biri değil de sözleşmenin niteliği değiştirilerek sözleşmenin tamamını kapsayan bir etki söz konusu olduğundan tam muvaazaa ortaya çıkar¹⁵⁸.

Taraflar, üçüncü kişilerin gerçek iradeye uygun olarak yapılan sözleşme nedeniyle elde etmeleri mümkün bir hakkı kullanmalarının önüne geçmek veya güçleştirmek için bu yola başvurulabilir¹⁵⁹. Gizli işlemde gerçek iradeleri satış hususunda birleşen taraflar, görünürdeki işlemde iradelerini bağış olarak yansıtabilirler. Örneğin, paylı mülkiyette diğer paydaşların yasal önalım hakkını kullanmasını engellemek amacıyla paydaşın payını bir başkasına satmasına rağmen görünürde bağışlama sözleşmesi kurması halinde sözleşmenin niteliğinde muvaazaa meydana gelir¹⁶⁰. Bir başka ve tezimizin konusunu oluşturan örnek ise, muris muvazaasıdır¹⁶¹. Muris muvazaasında, muris, hayattayken yaptığı bağışlamanın ölümünden sonra mirasçılarının açacağı dava ile tenkise tabi tutulmasını engelleyebileceği düşüncesi ile tapu önünde iradesini satış gibi göstererek lehine tasarrufta bulunduğu kişi ile beraber gerçek iradeleri olan bağışlama sözleşmesini görünürdeki satım sözleşmesinin ardında gizler.

¹⁵⁶ Esener, **Muvazaa**, s. 42; İnan, **a.g.e.**, s. 173.

¹⁵⁷ Eren, **Borçlar Genel**, s. 400.

¹⁵⁸ Eren, **Borçlar Genel**, s. 400; Demirkol, **a.g.m.**, s. 3016; Bahadır, **a.g.e.**, s. 28.

¹⁵⁹ Kılıçoğlu, **Borçlar**, s. 235.

¹⁶⁰ Esener, **Muvazaa**, s. 42; Aday, **a.g.e.**, s. 14; Eren, **Borçlar Genel**, s. 400; Kılıçoğlu, **Borçlar**, s. 235; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 105; Paylı mülkiyette diğer paydaş, muvazaalı bağışlama sözleşmesinin ardına gizlenen satış sözleşmesinin varlığına dayanarak yasal önalım hakkını kullanamaz. Çünkü her iki sözleşme de geçersiz olduğundan yasal önalım hakkı daha doğmamıştır. Esener, **Muvazaa**, s. 96; Fikret Eren, “Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XII, S. 1-2, 2008, s. 112; Bazı yargı kararlarında hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamında yasal önalım hakkının kullanılması gerektiği vurgulanmıştır. Örneğin, Yargıtay 6. HD. E. 1974/2689, K. 1974/2611, T. 30.05.1974, (**İstanbul Barosu Dergisi**, 1975, s. 109); Aynı yönde görüş için bkz. Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 433.

¹⁶¹ Esener, **Muvazaa**, s. 42; Aday, **a.g.e.**, s. 14; İnan, **a.g.e.**, s. 173; Eren, **Borçlar Genel**, s. 400; Kılıçoğlu, **Borçlar**, s. 235.

2. Sözleşmenin Konusunda Muvazaa

Nisbi muvazaanın bu türünde, taraflar, görünürdeki işlemi gerçekten ister, fakat sözleşmenin bazı konu ve şartlarını gerçek iradelerinin aksine farklı gösterir¹⁶². Sözleşmenin konusunda muvazaaya, sözleşmenin tamamının değil sadece bir kısım unsurunun değiştirilmesinden dolayı kısmi muvazaa da denilir¹⁶³. Özellikle taşınmaz mülkiyetinin devri amacını güden gizli işlemlerde kararlaştırılan bedel ile görünürdeki işlemdeki bedelin farklılık göstermesi şeklinde karşımıza çıkan bu muvazaa türüne bedelde muvazaa adı da verilir¹⁶⁴.

Bedelde muvazaa iki şekilde karşımıza çıkabilir. Birinci ihtimal, sözleşmede gösterilen bedelin gerçekte kararlaştırılan bedelden düşük olmasıdır. İkinci ihtimal ise, sözleşmede gösterilen bedelin gerçekte kararlaştırılan bedelden yüksek olmasıdır. Birinci ihtimale başvurulmasının nedeni, devlet veya kamu kurumlarından

¹⁶² Önceden kabul edilen bir görüşe göre, ortada iki ayrı sözleşme vardır. Birisi, muvazaalı hususu içeren görünürdeki işlem, diğeri ise, tarafların gerçek iradesini yansıtan gizli işlemidir. Oser, Schönenberger, **Seçkin**, s.146; Günümüzde İsviçre-Türk Hukukunda kabul edilen görüşe göre, ortada tek bir sözleşme vardır. Buna göre, taraflar görünürdeki işlemi ciddi olarak yapmak istemekle birlikte bazı şartlarını gerçek iradelerinden farklı olarak tayin etmiştir. Jäggi, Gauch, Hartmann, **a.g.e.**, § 18, Rn. 165 vd. ; Gauch, Schleup, Schmid, Emmenegger, **a.g.e.**, Rn.1036; Esener, **Muvazaa**, s. 43; Aday, **a.g.e.**, s. 14; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 193; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 349; İnan, **a.g.e.**, s. 173-174; Eren, **Borçlar Genel**, s. 400; Kılıçoğlu, **Borçlar**, s. 234; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 105; Antalya, **a.g.e.**, s. 349; Özkaya, **a.g.e.**, s. 186; Özüğür, **a.g.e.**, s. 463.

¹⁶³ Gauch, Schleup, Schmid, Emmenegger, **a.g.e.**, Rn. 1013; Schwenzer, **a.g.e.**, Rn. 30.04; Esener, **Muvazaa**, s. 43; Özsunay, **İnançlı Muamele**, s. 220; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 349; İnan, **a.g.e.**, s. 174; Eren, **Borçlar Genel**, s. 400; Oğuzman, Öz, **Borçlar I**, s. 135; Antalya, **a.g.e.**, s. 349. İsviçre Hukukunda son zamanlarda ortaya çıkan bir eğilim, muvazaayı tam ve kısmi olarak ayırarak tam muvazaa kapsamında mutlak muvazaa hallerini, kısmi muvazaa kapsamına da nisbi muvazaa hallerini almaktadır. Bu görüş ve eleştiriler için bkz. Jäggi, Gauch, Hartmann, **a.g.e.**, § 18, Rn.130 vd. ; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 350; Kısmi muvazaa halinde kısmi hükümsüzlük sonucu doğar. Yani, görünürdeki işlemdeki tarafların gerçek istek ve iradelerine aykırı olan kısımlar kesin hükümsüz olurken, görünürdeki işlem tarafların gerçek istek ve iradelerine uygun kısımları ile geçerli olmaya devam eder. Ancak TBK m. 27/2 hükmü uyarınca, tarafların iradelerine uygun olmayan kısımlar olmadıkça tarafların diğer kısımlar ile bağlı olmayacakları anlaşılabiliyorsa, sözleşmenin tamamının kesin hükümsüz olması gerekir. İnan, **a.g.e.**, s. 177; İstTBK, Ergüne, Kurşun, **C. 1**, § 27, Rn. 93; Bununla beraber, sözleşmenin esaslı unsurlarında başvurulmuş muvazaa, taşınmaz satım bedelinin gerçek bedelden farklı gösterilmesi örneğinde olduğu gibi şekil şartının yerine gelmesini engelliyorsa, sözleşmenin tamamen kesin hükümsüz olması sonucu doğar. Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 357.

¹⁶⁴ Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak Özen, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 10. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2014, s. 236; Jale G. Akipek, Turgut Akıntürk, Derya Ateş, **Eşya Hukuku**, 2. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2018, s. 469-470; Özsunay, **İnançlı Muamele**, s. 220; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 349; Eren, **Borçlar Genel**, s. 400; Oğuzman, Öz, **Borçlar I**, s. 139; Kılıçoğlu, **Borçlar**, s. 234; Antalya, **a.g.e.**, s. 350; Özkaya, **a.g.e.**, s. 186.

gerçek bedelin gizlenmesi sayesinde daha az vergi ya da harç ödemektir¹⁶⁵. Gerçekte kararlaştırılan bedelden daha düşük bedelli kira sözleşmesi ile daha az vergi ödenebilir¹⁶⁶. Tapu masraflarını daha az ödemek için taşınmaz satım sözleşmesinde satım bedeli düşük gösterilebilir¹⁶⁷. İkinci ihtimale başvurulmasının yani yüksek

¹⁶⁵ Esener, **Muvazaa**, s. 62; Aday, **a.g.e.**, s. 54; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 194; İnan, **a.g.e.**, s. 174; Eren, **Borçlar Genel**, s. 401; Kılıçoğlu, **Borçlar**, s. 234; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 106; Antalya, **a.g.e.**, s. 350; Akipek, Akıntürk, Ateş, **Eşya**, s. 470; Özkaya, **a.g.e.**, s. 186; Özüğür, **a.g.e.**, s. 463.

¹⁶⁶ “*Rayıçlere göre düşük bedel üzerinden yapılmış olan kira sözleşmesinin gerçek kirayı göstermediği ve Vergi Dairesine verilmek için hazırlandığı kabul edilmelidir. Aksinin kabulü hayat deneylerine aykırı olur.*” Yargıtay 1. HD. E. 2009/13750, K. 2009/3661, T. 22.04.2009, (Çevrimiçi) İstanbul Barosu İçtihat Bilgi Bankası, 07.02.2021.

¹⁶⁷ Böyle bir durumda sözleşmenin gerçek bedel üzerinden geçerli kabul edilip edilemeyeceği tartışmalıdır. Ağırlıklı görüşe göre, görünürdeki işlem muvazaa, gizli işlem ise satım bedeli, satım sözleşmesinin esaslı unsuru olduğu ve bu esaslı unsur şekil şartına tabi olduğu için şekil eksikliği nedeniyle geçersizdir. Flume, **a.g.e.**, s. 406; Jauerning, Mansel, **BGB**, § 117, Rn. 5; Hans Giger, **Berner Kommentar, Band VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband: Kauf und Tausch, 3. Abschnitt: Der Grundstückskauf, Art. 216-221 OR**, Bern, Stämpfli, 1997, § 216, Rn. 405; Arthur Meier-Hayoz, **Berner Kommentar, Band IV, Das Sachenrecht, Abt 1, Das Eigentum, Teilband 1: Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen, Art. 641-654 ZGB**, 5. Auflage, Bern, Verlag Stämpfli, 1981, § 657, Rn. 140; Schwarz, **a.g.e.**, s. 296; Esener, **Muvazaa**, s. 64; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar**, s. 411 vd. ; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 236; Akipek, Akıntürk, Ateş, **Eşya**, s. 470; İsviçre Federal Mahkemesi’nin görüşü de bu yöndedir. BGE 78 II 221, 92 II 323; Bununla birlikte eski tarihli kararlarında aradaki farkın ödendiği hallerde sözleşmeyi geçerli saymıştır. BGE 53 III 62; Bedelin düşük gösterilmesinden dolayı sözleşmenin geçersiz kılınması hususunda, şekle aykırılığın ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması yasağına takılıp takılmadığının dikkatlice incelenmesi gereklidir. Özellikle iki tarafın da borçlarını bilerek ve isteyerek tam olarak ifa etmeleri halinde artık gizli sözleşmenin geçersizliğin yasal önalım hakkı sahibi paydaşa karşı ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması teşkil eder. BGE 104 II 99; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 357-358; Oğuzman, Öz, **Borçlar I**, s. 139; Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1**, 6. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 237-238; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 236; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 433; Satım işleminin geçersiz olduğunu ve bundan dolayı önalım hakkının doğmadığını ileri sürmek, muvazaanın amacına ulaşması anlamına gelir ki TMK m. 2/2’ye aykırılık oluşur. Aydın Aybay, Hüseyin Hatemi, **Eşya Hukuku**, 4. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014, s. 164; Doktrinde savunulan ve yargı kararlarında yer bulan bir görüşe göre, Türk hukukundaki vergi mevzuatı uyarınca, resmi senette eksik gösterilen satış bedeli tamamlattırıldığından ve eksik ödenen harç da cezalı olarak alındığından, sözleşme, muvazaa nedeniyle geçersiz kılanamaz. Kenan Tunçomağ, **Türk Borçlar Hukuku 2. Cilt-Özel Borç İlişkileri**, 3. Bası, İstanbul, Sermet Matbaası, 1977, s. 257; İnan, **a.g.e.**, s. 177; Aydın Zevkliler, K. Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 20. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020.s. 66; Özkaya, **a.g.e.**, s. 186; Bir görüşe göre ise, hem vergi mevzuatı nedeniyle hem hakkın kötüye kullanılması yasağı nedeniyle geçersizlik ileri sürülemez. Eren, **Borçlar Genel**, s. 401; Ayrıca bir hukuk düzeninde bizzat yasa hükmü sözleşmede yapılan bedelde muvazaayı ek harç ve vergi ödemek suretiyle düzeltiyorsa, yargı organının öyle bir sözleşmeyi artık muvazaalı sayması mümkün değildir. Eren, **Önalım Hakkı**, s. 113; Karşıt görüşe göre, vergi mevzuatındaki bu kural, geçerli sözleşmeler için uygulanabilir. Muvazaa nedeniyle geçersiz bir sözleşmenin bahsi geçen cezai müeyyidelerin uygulanmasına olanak tanımak için geçerli kılınması mümkün değildir. Hangi sözleşmenin geçerli, hangi sözleşmenin geçersiz kılınacağına Borçlar Hukuku açısından karar verilmelidir. Postacıoğlu, **Şekle Riayet**, s. 125; Tandoğan, **I/1**, s. 236; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 433; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 359; Antalya, **a.g.e.**, s. 353; Paylı mülkiyete tabi bir taşınmazın satımına dair sözleşmede, satım bedeli, vergi veya tapu masraflarını daha az ödemek amacıyla düşük bedel üzerinden gösterildiği takdirde, yasal önalım hakkına sahip olan paydaşa karşı bedel muvazaası ileri sürülemez. Esener, **Muvazaa**, s. 67; Feyzioğlu,

bedel gösterilmesinin nedeni ise, paylı mülkiyete tabi bir taşınmazın satımı nedeniyle yasal önalım hakkı sahibi olan paydaşın bu hakkını kullanmasını güçleştirmektir¹⁶⁸.

3. Tarafta Muvazaa

Nisbi muvazaanın bu türünde, gizli işlemde taraf olarak gösterilmek istenen kişi, görünürdeki işlemde taraf gösterilmeksizin bir başkası onun yerine konulur.

Tarafta muvazaada, sözleşmeden yararlanacak kişi yerine, başka bir kişinin ikamesini konu edinen tek bir sözleşme değil, görünürde ve gizli olmak üzere iki ayrı sözleşme vardır¹⁶⁹. Taraflardan biri her iki sözleşmede aynı kalırken karşı taraf değişmektedir. Örneğin, A ile C bir hizmet ilişkisi kurmuş fakat sözleşmenin tarafı B olarak gösterilmiştir. Burada görünürdeki ve gizli işlemlerin tarafı A iken, görünürdeki işlemlerin karşı tarafı B, gizli işlemlerin karşı tarafı C'dir.

a.g.e. , s. 209; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.** , s. 432; “*Davanın açılmasından sonra davalının vergi dairesine müracaatla evvelce vaki bedel hakkındaki beyanı hilaflı hakikat olduğundan bahisle satış karşılığı 1 milyar 700 milyon üzerinden harç ödemiş olması açılan şufa davasına etkili değildir. Şufa alı payların bedeli tapuda 50.000- lira olarak yazılıdır. Davalı satım sözleşmesinde taraflardan biri olduğuna göre tapuda gösterilen bedelde muvazaa bulunduğunu iddia edemeyeceği gibi, o iddiaya uyularak sonradan vergi ödenmesinin, davanın değerinin yükseltilmesinin ve ona göre harç ödenmesinin de sonuca etkisi olamaz. Bu nedenle satım sözleşmesinde gösterilen bedel üzerinden şufa hakkının tanınmasına karar verilmesi gerekir...*” Yargıtay 6. HD. E. 1995/8642, K. 1995/8543, T. 21.09.1995, (Eren, **Önalım Hakkı**, s. 112).

¹⁶⁸ Bu durumda, düşük bedel gösterilmesi ihtimalindeki sonuç, yüksek bedel gösterilmesi ihtimali açısından da uygulanabilir. Yani görünürdeki işlem muvazaa, gizli işlem şekle aykırılık nedeniyle geçersiz iken, bahsi geçen geçersizliğin ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği hallerde bu iddia dinlenmez. Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 357-358; Oğuzman, Öz, **Borçlar I**, s. 139; Tandoğan, **I/1**, s. 237-238; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.** , s. 236; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.** , s. 433; “*Şufa hakkını kullanan kimsenin, dava konusu edilen üçüncü şahsın satış akdindeki koşullarla satılan payı geri alması esastır. Ancak, somut olayda, davacı, bedelde danışık yapılması sonucu, tapudaki satış bedelinin-kendisinin şufa hakkını kullanmasını engellemek amacı ile çok yüksek gösterildiğini öne sürmüş bunu kanıtlamak üzere, tanık delili ile birlikte, emsal satışlara da dayanarak, parsellere ait tapu kayıt ve akit tablolarının getirilmesini talep etmiştir. Davacı, danışıklı düzenlendiğini iddia ettiği satış sözleşmesinin yanı sıra olmadığı için bu savını her türlü delille kanıtlama olanağına sahiptir.*” Yargıtay HGK, E. 2000/6-1193, K. 2000/1247, T. 11.10.2000, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 08.02.2021; Diğer paydaşın önalım hakkını kullanmasını zorlaştırmak amacıyla, paydaşlardan birinin payını gerçek değerinden yüksek göstermesi halinde, önalım hakkı sahibinin gerçek bedel üzerinden satın alma hakkını kullanabilmesi gerekir. Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.** , s. 67; Hasan Erman, **Eşya Hukuku Dersleri**, 9. Basım, İstanbul, Der Yayınları, 2020, s. 89.

¹⁶⁹ Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 351; Antalya, **a.g.e.** , s. 350.

Tarafta muvazaanın varlığını kabul eden ve nasıl oluştuğu yönünde fikirler beyan eden görüşlerin¹⁷⁰ karşısında, doktrinde, sözleşmenin tarafında muvazaa yapılamayacağına ve böyle bir özel muvazaa türünün olmadığına dair görüş mevcuttur¹⁷¹. Bu görüşe göre, muvazaadan bahsedilebilmesi için muvazaa anlaşmasının var olması ve görünürdeki işlem ile gizli işlemin taraflarının aynı kişiler olması gereklidir. Tarafta muvazaada, görünürdeki işlem ile gizli işlemdeki taraflar farklı kişiler olduğundan ve sözleşmenin nisbiliği ilkesi gereği A ile C, A ile B arasındaki ilişkinin hüküm doğurmaması yönünde anlaşamayacağından muvazaa için gerekli şartlar yerine gelmemiştir. Burada olsa olsa A ile B arasındaki ilişkinin mutlak muvazaa nedeniyle hükümsüzlüğünden bahsedilebilir¹⁷².

Kanaatimizce, tarafta muvazaa olması mümkündür ve muvazaa anlaşması şartının oluşmadığı şeklindeki görüş yerinde değildir. Yukarıda verilen örnekte, sanki muvazaa anlaşması, gizli sözleşmenin tarafı C ile A arasında yapılmış gibidir. Bu bakış açısı son derece hatalıdır. Öncelikle, tüm kişilerin kurguya dâhil edilmesi gereklidir. Aksi takdirde, A ile C arasında kurulan sözleşmede B'nin sözleşmenin kurulma aşamasına katılmadan taraf gösterilmesi, sözleşmeyi muvazaa nedeniyle değil, işlem tarafının iradesi olmadığı için yokluk nedeniyle geçersiz kılar¹⁷³. Burada şu belirtmeli ki, muvazaa anlaşması A, B ve C arasında değil görünürdeki sözleşmenin tarafları olan A ile B arasında yapılır¹⁷⁴. Fakat gizli sözleşmenin tarafı

¹⁷⁰ Çok farklı açıklamalarla ortaya konan tarafta muvazaanın varlığı, doktrinde, çoğunlukla kabul edilmektedir. Jäggi, Gauch, Hartmann, **a.g.e.**, § 18, Rn. 176; BK OR, Kramer, Schmidlin, **a.g.e.**, § 18, Rn. 112; BSK OR, Wiegand, **a.g.e.**, § 18, Rn. 52; Postacioğlu, **Şekle Riayet**, s. 114; Esener, **Muvazaa**, s. 43, 181; Kenan Tunçomağ, **Türk Borçlar Hukuku 1. Cilt-Genel Hükümler**, 6. Bası, İstanbul, Sermet Matbaası, 1976, s. 300; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 352; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar**, s. 411; İnan, **a.g.e.**, s. 174; Eren, **Borçlar Genel**, s. 401; Hüseyin Hatemi, Rona Serozan, Abdülkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992, s. 408; Hüseyin Hatemi, Rona Serozan, Abdülkadir Arpacı, **Eşya Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1991, s. 513; Antalya, **a.g.e.**, s. 350; Özsunay, **İnançlı Muamele**, s. 231; Özkaya, **a.g.e.**, s. 186; Ayan, **Nam-ı Müstear**, s. 382; Kayaoğlu, **a.g.m.**, s. 103; Sarıgöllü, **a.g.m.**, s. 669.

¹⁷¹ İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü tarafından düzenlenen bir seminerde bu husustaki tartışmalar sırasında Postacioğlu'na karşı çıkan Oğuzman, tarafta muvazaanın mümkün olmadığını savunmuştur. Yazarsız, "(Nam-ı Müstear Meselesi Hakkındaki) Raporun Görüşülmesi", **Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 1958, II/2, s. 118; Ayrıca bkz. C. Yavuz, **Temsil**, s. 115; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 227; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 1233; Aday, **a.g.e.** 15 vd.; Demirkol, **a.g.m.**, s. 3017; Bahadır, **a.g.e.**, s. 32; Sevgi, **a.g.e.**, s. 31;

¹⁷² Oğuzman, Öz, **Borçlar I**, s. 135-136; Demirkol, **a.g.m.**, s. 3017.

¹⁷³ Demirkol, **a.g.m.**, s. 3017.

¹⁷⁴ Doktrinde, bazı görüşler üçlü bir anlaşmanın, bazı görüşler, görünürdeki işlemin tarafı ile gerçek hak sahibi arasında bir muvazaa anlaşmasının, bazı görüşler ise gizli sözleşmenin tarafları ile

C'nin bahsi geçen muvazaa anlaşmasına rızası gerekir. C'nin A ile B arasındaki muvazaa anlaşmasına rıza göstermesi, C'yi muvazaa anlaşmasının tarafı yapmaz¹⁷⁵.

Yargıtay, önceki kararlarında tarafta muvazaanın yapılamayacağını savunmuş¹⁷⁶, fakat doktrinin etkisi ile görüşünü değiştirmiş ve tarafta muvazaanın mümkün olduğunu kabul etmiştir¹⁷⁷.

IV. MUVAZAANIN BENZER KAVRAMLARLA İLİŞKİSİ

Muvazaa, unsurları ve hükümleri açısından bazı hukuki kavramlarla benzerlikler göstermektedir. Bu benzer kavramlar ile muvazaa arasındaki ilişkilerin ve özellikle farkların ortaya konulması, muvazaanın daha iyi kavranılmasını sağlayacaktır. Bu çerçevede latife beyanı, zihni kayıt, hata, hile, kanuna karşı hile, inançlı temlik, nam-ı müstear, dolaylı temsil ve tasarrufun iptali davası ile karşılaştırmalara yer verilecektir.

A. Zihni Kayıt ve Latife Beyanı

Zihni kayıt, bir kimsenin bilerek ve isteyerek gerçek iradesine aykırı beyanda bulunması ve gerçek iradesini beyan muhatabından gizleyerek iradesi dışında bir şeyi beyan etmesidir¹⁷⁸. Burada beyan sahibi, beyanı ciddi olarak istemekte fakat sonuç doğurmasını arzu etmemektedir¹⁷⁹. Örneğin, asıl amacı kira

görünürdeki sözleşmede ismi geçen kişi arasında bir muvazaa anlaşmasının varlığı üzerinden hareket etmektedir. Görüşlerin tasnifi ve eleştirisi için bkz. C. Yavuz, **Temsil**, s. 108; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 1228.

¹⁷⁵ Bir sözleşmenin tarafı olmak ile bir sözleşmenin başkalarınca belirli bir amaç için yapılmasına rıza göstermek, birbirinden farklı kavramlardır. Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 353.

¹⁷⁶ “*Borçlar Kanunu’nun 18. maddesinde derpiş edilmiş bulunan muvazaa hali, ancak akidler arasında tahaddüs edebilir. Bu da zahiri beyanlarının hakiki maksatlarına uymadığını bildikleri halde akidlerin kasdettikleri vaziyetten başka bir hukuki münasebette ittifak etmiş gibi kendilerini göstermiş olmaları halidir.*” Yargıtay İBK. E. 1953/8, K. 1953/7, T. 07.10.1953, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 14.01.2021.

¹⁷⁷ “*Gerçi, muvazaa aslında yalnız taraflar arasında olabilir. Ne var ki, davaya konu edilen sözleşmedeki muvazaalı işlem, hem sözleşmenin tarafları ve hem de davacının ortak bir anlaşması ile meydana gelmiştir. Bu durumda üç kişinin arasındaki nam-ı müstear ilişkisinden doğan uyumsuzlukların muvazaa ilkelerine göre halledilmesi gerekir.*” Yargıtay 4. HD. E.1977/11544 K. 1978/10139 T. 20.09.1978, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 14.01.2021.

¹⁷⁸ BGB m. 116’da açıkça düzenlenmiştir. Buna göre, “*Bir irade beyanı, beyan sahibinin zihni kayıt ile beyan ettiğinden başka bir şey istediği için geçersiz sayılamaz.*”

¹⁷⁹ von Büren, **a.g.e.**, s. 176.

bedelini bir bahane ile aşırı yükseltmek olan kiralayan, yılsonunda kira sözleşmesini sona erdireceğini kiracısına bildirebilir¹⁸⁰. Zihni kayıt, beyanda bulunan kimseyi bağlar¹⁸¹. Ancak beyan muhatabı, beyan sahibinin gerçek iradesini saklı tuttuğunu biliyorsa, korunmaya muhtaç olmaktan çıkar ve beyan sahibi beyanı ile bağlı olmaktan kurtulur¹⁸².

Latife beyanı, bir kimsenin herhangi bir şekilde hukuki sonuç doğurmasını istemediği halde, beyan muhatabınca ciddiye alınmayacağı düşüncesiyle bir beyanda bulunmasıdır¹⁸³. Beyanın ciddi olmadığının muhatap tarafından anlaşılamadığı hallerde, güven teorisi gereği, latife beyanının geçerli bir beyan olarak kabul edilmesi gerekir¹⁸⁴. Zaten İsviçre Federal Mahkemesi, ciddi ve ciddi olmayan irade beyanı

¹⁸⁰ Eren, **Borçlar Genel**, s. 393.

¹⁸¹ Dieter Medicus, Jens Petersen, **Allgemeiner Teil des BGB**, 11. Auflage, Heidelberg, C.F. Müller, 2016, Rn. 592; Palandt, Ellenberger, **BGB**, § 116, Rn. 1; Schiemann, in: **Staudinger/Eckpfeiler (2014/2015)**, s. 302; Jauerning, Mansel, **BGB**, § 116, Rn. 2; von Tuhr, **Edege**, s. 273; Oser-Schönenberger, **Seçkin**, s. 148; von Büren, **a.g.e.**, s. 176; Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.**, s.131; Schwenzler, **a.g.e.**, Rn. 30.02; Arsebük, **a.g.e.**, s. 386; Schwarz, **a.g.e.**, s. 292; Esener, **Muvazaa**, s. 26; Tunçomağ, **I**, s. 289; İnan, **a.g.e.**, s. 169; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar**, s.424; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 343; Eren, **Borçlar Genel**, s. 394; Oğuzman, Öz, **Borçlar I**, s. 95; Kılıçoğlu, **Borçlar**, s. 234; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 104; Bu düzenlemeye eleştiriler için bkz. Flume, **a.g.e.**, s. 403.

¹⁸² Erman, Westermann, **a.g.e.**, § 116, Rn. 3; BGB m. 116/2'de bu durum bahsettiğimiz şekilde açıkça düzenlenmiştir. Beyan muhatabının zihni kaydı bilmesi gerektiği hallerde dahi beyanın geçersiz olması gerektiği şeklindeki güven teorisine dayanan bir yaklaşım kabul edilmemiştir. Palandt, Ellenberger, **BGB**, § 116, Rn. 4; Jauerning, Mansel, **BGB**, § 116, Rn. 4; von Tuhr, Peter, **a.g.e.**, s.292; Huguenin, **a.g.e.**, s. 59; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 185; Tunçomağ, **I**, s. 289-290; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar**, s. 424-425; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 343-344; Antalya, **a.g.e.**, s. 343; Karşıt görüş için bkz. von Büren, **a.g.e.**, s. 176; Schwarz, **a.g.e.**, s. 291; Esener, **Muvazaa**, s. 26; Eren, **Borçlar Genel**, s. 394; Oğuzman, Öz, **Borçlar I**, s. 95; Kayaoğlu, **a.g.m.**, s. 99; Bir başka görüşe göre, zihni kayıt ile beyanda bulunan, karşı taraf bunu bilse bile beyanı ile bağlı olmalıdır. Jäggi, Gauch, Hartmann, **a.g.e.**, § 18, Rn. 99; Gauch, Schleup, Schmid, Emmenegger, **a.g.e.**, Rn. 835; BK OR, Kramer, Schmidlin, **a.g.e.**, § 18, Rn. 107; Bir görüşe göre, beyan muhatabının zihni kaydı bildiği hallerde, taraflar zihni kaydın gizli kalacağı hususunda bir şekilde anlaşmış olmalıdır ki beyan geçerli olsun. Medicus, Petersen, **AT BGB**, Rn. 593; Karşılaştırmalı olarak bkz. Flume, **a.g.e.**, s. 403-404.

¹⁸³ BGB m. 118'de açıkça düzenlenmiştir. Buna göre, "*Ciddiyet eksikliği göz önünde bulundurulacağı ümidi içerisinde ciddi bir niyetle yapılmayan irade beyanı geçersizdir.*"

¹⁸⁴ Schwarz, **a.g.e.**, s. 292; Esener, **İtimat**, s. 186; Esener, **Muvazaa**, s. 25; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 187; İnan, **a.g.e.**, s. 170; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 344; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar**, s. 425; Eren, **Borçlar Genel**, s. 392; Kılıçoğlu, **Borçlar**, s. 233; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 104; Antalya, **a.g.e.**, s. 344; Bu tür fena latifelerde (böse Sherz), beyan muhatabının korunması gerekir. Bu durumda tıpkı zihni kayıttaki gibi, beyan sahibi beyanıyla bağlıdır. Palandt, Ellenberger, **BGB**, § 116, Rn. 6; Oser, Schönenberger, **Seçkin**, s. 49; Fakat beyan sahibi, sözleşmeyi hata hükümlerine göre iptal edebilir. Bu durumda zararın tazmini gündeme gelir. Max Keller, Christian Schöbi, **Das Schweizerische Obligationenrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrecht**, 3. Auflage, Basel, Helbing & Lichtenhahn Verlag, 1988, s. 196; von Tuhr, Peter, **a.g.e.**, s. 293; BK OR, Kramer,

ayrımını yaptığı bir kararında, dürüstlük kuralı gereği, beyan muhatabı tarafından ciddi olduğu düşünülen veya düşünülmesi gereken beyanların ciddi beyan olduğunu vurgulamıştır¹⁸⁵.

Zihni kayıt ve latife beyanı kavramlarının muvazaa kavramıyla benzer ve farklı yönleri vardır. Muvazaa, kurulmuş bir sözleşmenin geçerliliği ile ilgili bir kavram olup, zihni kayıt ve latife beyanı, sözleşmenin kurulması esnasında iradelerin uyuşup uyuşmaması ile ilgili kavramlardır¹⁸⁶.

Zihni kayıt ve latife beyanı, irade ile beyan arasındaki uygunsuzluğun bilerek ve isteyerek yani kasten yapılması yönünden muvazaaya benzerdir¹⁸⁷. Ancak zihni kayıt ve latife beyanı, taraflardan birinin bilerek ve isteyerek gerçek iradesi ile beyan arasında uygunsuzluk yaratması iken, muvazaa, tarafların her ikisinin irade ile beyan arasında uygunsuzluk yaratma hususunda anlaşmasıdır¹⁸⁸.

Zihni kayıt ve muvazaa aldatma niyetinin varlığı açısından benzer kavramlardır. Fakat zihni kayıta beyanın muhatabı aldatılmaya çalışılırken, muvazaada beyan sahibi ve muhatap üçüncü kişileri aldatma niyeti taşır¹⁸⁹. Zihni kayıta her zaman beyan muhatabının aldatılması söz konusu olmayabilir. Bazen

Schmidlin, **a.g.e.** , § 1, Rn.55; İnan, **a.g.e.** , s. 170; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 344; Eren, **Borçlar Genel**, s. 392; Oğuzman, Öz, **Borçlar I**, s. 95; Kayaoğlu, **a.g.m.** , s. 91.

¹⁸⁵ BGE 38 II 516; Esener, **İtimat**, s. 186; Alman Hukukunda beyan sahibinin beyanın ciddi olamayacağı hususundaki ümidinin haklı görüldüğü iyi latifelerde (gute Scherz), beyan muhatabı, BGB m. 122'ye göre, geçersiz kılınan işleme duyduğu güven nedeniyle zararını talep edebilir. Palandt, Ellenberger, **BGB**, § 118, Rn. 2; Schiemann, **in: Staudinger/Eckpfeiler (2014/2015)**, s. 302; Jauerning, Mansel, **BGB**, § 118, Rn. 3; Schwarz, **a.g.e.** , s. 292; Esener, **İtimat**, s. 186; Esener, **Muvazaa**, s. 24.

¹⁸⁶ Bahadır, **a.g.e.** , s. 40.

¹⁸⁷ Palandt, Ellenberger, **BGB**, Einf v§ 116, Rn. 18; Schiemann, **in: Staudinger/Eckpfeiler (2014/2015)**, s. 301; Jäggi, **a.g.m.** , s. 155; Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.** , s. 131; Esener, **Muvazaa**, s. 27; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar**, s. 424; Kılıçoğlu, **Borçlar**, s. 233; Reisoğlu, **a.g.e.** , s. 104; Sevgi, **a.g.e.** , s. 22.

¹⁸⁸ Palandt, Ellenberger, **BGB**, § 116, Rn. 6; Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.** , s. 131; BSK OR, Wiegand, **a.g.e.** , § 18, Rn. 51; Schwenzer, **a.g.e.** , Rn. 30.04; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar**, s. 424; Kılıçoğlu, **Borçlar**, s. 233; Reisoğlu, **a.g.e.** , s. 104; Sevgi, **a.g.e.** , s. 22.

¹⁸⁹ Schwenzer, **a.g.e.** , Rn. 30.04; Özkaya, **a.g.e.** , s. 1345; Hatipoğlu, **a.g.e.** , s. 60; Sevgi, **a.g.e.** , s. 22; Bahadır, **a.g.e.** , s. 40

karşı tarafı rahatlatma amacı güdülebilir¹⁹⁰. Latife beyanında ise, beyan sahibi, beyan muhatabını veya üçüncü kişileri aldatma niyeti ile hareket etmemektedir¹⁹¹.

B. Hata

Hata¹⁹², irade ile beyan arasında bilmeyerek ve istemeyerek meydana gelen uygunsuzluk halidir. Hata, iki türe ayrılır. İlki beyan hatasıdır ki, muhataba yöneltilen beyanın beyan sahibinin iradesine uygun olmaması, ikincisi ise saik hatasıdır ki, iradenin oluşumuna etken olan bir konuda düşüncenin gerçek duruma uygun olmamasıdır.

Muvazaa ile hata karşılaştırıldığında birçok fark karşımıza çıkar.

Öncelikle, muvazaada taraflar irade ile beyan arasındaki uygunsuzluğu bilerek ve isteyerek oluştururken, hatada, irade ile beyan arasındaki uygunsuzluk bilmeden ve istemeden gerçekleşmiştir¹⁹³. Kuşkusuz ki, kişi hataya düşmeseydi, böyle bir beyanda bulunmayacaktı.

İkinci olarak, muvazaada taraflar, gerçek iradelerine uymayan bir sözleşme yapma hususunda anlaşılmıştır. Buna karşın hatada irade ile beyan arasındaki uygunsuzluk sadece bir tarafın hataya düşmesiyle meydana gelmiştir.

Üçüncü olarak, muvazaalı sözleşme baştan itibaren kesin hükümsüz iken, hata nedeniyle sakatlanan irade ile kurulan sözleşmede hataya düşen tarafa iptal hakkı tanınır. İptal hakkı kullanılana kadar sözleşme geçerli bir sözleşme gibi hüküm ve sonuçlarını doğururken, iptal hakkının kullanılması ile birlikte baştan itibaren hükümsüz kılınır¹⁹⁴.

¹⁹⁰ Zihni kayıta bazen karşı tarafı rahatlatma amacı güdülebilir. Eren, **Borçlar Genel**, s. 394.

¹⁹¹ Konu ile ilgili bkz. Palandt, Ellenberger, **BGB**, § 118, Rn. 2; Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.**, s. 137; Esener, **Muvazaa**, s. 25; Eren, **Borçlar Genel**, s. 392.

¹⁹² TBK m. 30'da düzenlenen hata kavramı için "yanılma" ifadesi tercih edilmiştir.

¹⁹³ Jäggi, **a.g.m.**, s. 155; Kılıçoğlu, **Borçlar**, s. 233; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 104; Özkaya, **a.g.e.**, s. 1344; Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 59; Sevgi, **a.g.e.**, s. 20; Bahadır, **a.g.e.**, s. 40.

¹⁹⁴ Doktrinde, hata nedeniyle sakat bir irade beyanı ile kurulan sözleşmenin hukuki müeyyidesinin ne olduğu tartışmalıdır. Katıldığımız görüş olan bozulabilir geçerlilik fikrine göre, sözleşme iptal edilinceye kadar geçerli bir sözleşme gibi hükümlerini doğurur, fakat hataya düşen taraf, sözleşmeyi

Dördüncü olarak, muvazaanın ileri sürülmesi herhangi bir süreye bağlı değilken, hatada iptal hakkının hatanın öğrenildiği andan itibaren 1 yıl içerisinde kullanılması gereklidir¹⁹⁵.

Beşinci olarak, taşınmaz mülkiyetinin devrindeki muvazaa iddiasının yazılı delille ispatlanması gerekirken, hata her türlü delille ispatlanabilir¹⁹⁶.

Son olarak, muvazaa, hâkim tarafından kendiliğinden göz önünde bulundurulurken, hatanın taraflarca ileri sürülmesi gereklidir¹⁹⁷.

C. Hile

Hile¹⁹⁸, bir kimsenin davranışı ile karşı tarafı irade beyanında bulunmaya ikna etmek için o kişide hatalı bir fikrin oluşmasına kasten sebep olmasıdır. Hile, bir diğer anlatımla, bir kimsenin kasten saik hatasına düşürülmesidir¹⁹⁹. Bu durumda hata, hataya düşen kişinin kendi bilgisizliği veya dikkatsizliği nedeniyle değil, karşı

geriye etkili iptal edebilir. von Büren, **a.g.e.**, s. 224; Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.**, s.143; BK OR, Kramer, Schmidlin, **a.g.e.**, § 1, Rn. 133; Schwenger, **a.g.e.**, Rn. 39.07; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 430-431; Eren, **Borçlar Genel**, s. 461; Karşıt görüş olan düzelebilir geçersizlik fikrine göre, sözleşme, geçersiz şekilde kurulmuştur fakat hataya düşen taraf, TBK m. 39'da belirtilen süre sonunda iptal hakkını kullanmazsa sözleşme geçerlilik kazanır. Gauch, Schleup, Schmid, Emmenegger, **a.g.e.**, Rn.890; Gauch, **a.g.m.**, s. 355 vd. ; TMK'daki düzenlemenin bu yönde olduğuna dair görüş için bkz. Aybay, Hatemi, **a.g.e.**, s. 185; Her iki görüşü bağdaştıran bölünmüş geçersizlik görüşüne göre, hataya düşen açısından düzelebilir geçersizlik, karşı taraf açısından da iptal edilme bozucu şartına bağlı geçerlilik söz konusudur. von Tuhr, Peter, **a.g.e.**, s. 338; İnan, **a.g.e.**, s. 198-199; Oğuzman, Öz, **Borçlar I**, s. 123; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar**, s. 452-453; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 129; Pratikte, bozulabilir geçerlilik ya da düzelebilir geçersizlikten birinin kabulü büyük fark yaratmaz. İstŞ TBK, Kurşat, **C. 1**, § 39, Rn. 13; Hataya bağlanan hukuki müeyyide, BGB'de bozulabilir geçerlilik şeklinde ele alınmıştır. Palandt, Ellenberger, **BGB**, § 142, Rn. 3; Ancak bu husus, TBK ve OR'da açıkça düzenlenmemiştir. İsviçre Federal Mahkemesi'nin tutumu bölünmüş geçersizlik görüşünden yanadır. BGE 114 II 131, 142; Yargıtay ise, son zamanlarda verdiği kararlarda kullandığı ifadeler ile düzelebilir geçersizlik görüşüne taraf gözükmektedir. "...Hatanın neticesi, taliki (geciktirici) şarta bağlı sıhhtir." Yargıtay HGK. E. 2006/1-83, K. 2006/143 T. 05.04.2006, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 15.01.2021; Fakat bölünmüş geçersizlik görüşüne taraf olduğu şeklinde anlaşılabilecek kararları da mevcuttur. "...Sözleşmenin başlangıcında oluşan hata esaslı olmasa bile aldatılan yönünden bağlayıcı sayılmaz." Yargıtay 1. HD. E. 2006/6398 K. 2006/7843 T. 15.01.2021, (Çevrimiçi) İstanbul Barosu İçtihat Bilgi Bankası, 11.09.2016.

¹⁹⁵ Özkaya, **a.g.e.**, s. 1344; Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 59; Sevgi, **a.g.e.**, s. 20; Bahadır, **a.g.e.**, s. 40.

¹⁹⁶ Özkaya, **a.g.e.**, s. 1344; Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 59; Sevgi, **a.g.e.**, s. 21; Bahadır, **a.g.e.**, s. 39-40.

¹⁹⁷ Özkaya, **a.g.e.**, s. 1344; Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 60; Sevgi, **a.g.e.**, s. 21; Bahadır, **a.g.e.**, s. 40.

¹⁹⁸ TBK m. 36'da düzenlenen hile kavramı için "aldatma" ifadesi tercih edilmiştir.

¹⁹⁹ İnan, **a.g.e.**, s. 202; Eren, **Borçlar Genel**, s. 448; Oğuzman, Öz, **Borçlar I**, s. 114; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 124.

taraf veya sözleşmenin kurulmasında yardımda bulunan kişinin aktif ya da pasif hileli davranışı sonucunda oluşur²⁰⁰.

Muvazaa ile hile arasındaki fark belirgindir. Muvazaada bir taraf, karşı taraf ile anlaşarak üçüncü kişileri aldatmak niyeti ile hareket ederken, hilede bir taraf, karşı tarafı aldatarak kendisiyle sözleşme kurması hususunda onun rızasını almak niyeti ile hareket etmektedir²⁰¹. Bunun dışındaki farklar, muvazaa ile hata arasındaki farklar gibidir.

D. İnançlı İşlem

1. Kavram

İnançlı işlem, TBK’da doğrudan doğruya düzenlenmiş bir kavram olmayıp, doktrin ve uygulama sayesinde açıklığa kavuşmaktadır²⁰².

²⁰⁰ İnan, **a.g.e.**, s. 203 vd. ; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 453 vd. ; Eren, **Borçlar Genel**, s. 448 vd. ; Oğuzman, Öz, **Borçlar I**, s. 114 vd. ; Kılıçoğlu, **Borçlar**, s. 270; Zekeriya Kurşat, **Borçlar Hukukunda Hile Kavramı**, İstanbul, 2003, s. 11 vd. ; İstŞ TBK, Kurşat, **C. 1**, § 36, Rn. 3.

²⁰¹ Esener, **Muvazaa**, s. 13; Özkaya, **a.g.e.**, s. 1345; Sarıgöllü, **a.g.m.**, s. 667; Kayaoğlu, **a.g.m.**, s. 100; Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 60; Sevgi, **a.g.e.**, s. 17; Bahadır, **a.g.e.**, s. 38; Muvazaada, iki taraf, üçüncü kişileri aldatmak için teşrik-i mesai etmektedir. Ferit Hakkı Saymen, , “Kanuna Karşı Hile İstimali”, **İstanbul Barosu Mecmuası** 1940, s. 478; “Muvazaa; kısaca, tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla ve fakat gerçek iradelerine uymayan aralarında hüküm ve sonuç meydana getirmeyen bir görünüş yaratmak hususunda anlaşmaları şeklinde tanımlanabilir...Öte yandan hile ise; genel olarak bir kimseyi irade beyanında bulunmaya ve özellikle sözleşme yapmaya sevk etmek için onda kasten hatalı bir kanı uyandırmak veya esasen var olan hatalı bir kanıyı koruma yahut devamını sağlamak şeklinde tanımlanabilir. Hata da yanılma, hile de karşıdakini yanıltma söz konusudur. BK m.28/1 de açıklandığı üzere taraflardan biri diğer tarafın kasıtlı aldatması ile sözleşme yapmaya yöneltilmişse hata esaslı olmasa bile, aldatılan taraf için sözleşme bağlayıcı sayılmaz. Değinen koşulların varlığı halinde, aldatılan taraf hukuki ilişkinin geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılmasını ve verdikleri şeyleri geri isteyebilir.” Yargıtay HGK E. 2005/1-19, K. 2005/42 T. 09.02.2005, (Çevrimiçi) İstanbul Barosu İçtihat Bilgi Bankası, 16.01.2021.

²⁰² BK OR, Kramer, Schmidlin, **a.g.e.**, § 18, Rn. 122; Jäggi, Gauch, Hartmann, **a.g.e.**, § 18, Rn. 190; Özsunay, **İnançlı Muamele**, s. 2; Eren, **Borçlar Genel**, s. 413; Bunun yanında TMK m. 766 ve İİK m. 188’de dolaylı yoldan inancılı işleme ilişkin düzenlemeler mevcuttur. Özsunay, **İnançlı Muamele**, s. 82-83; Özkaya, **a.g.e.**, s. 32; Hüseyin Altaş, Leyla Müjde Kurt, “İnançlı İşlemler”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2, S. 2, 2011, s. 2-3, dn. 1; Fransız Medeni Kanunu m. 2011’de inancılı işlem şöyle tanımlanmıştır: “İnançlı işlem, ona varlık kazandıran bir ya da birden fazla kimsenin halihazır veya ileride söz konusu olacak mallarını, haklarını veya teminatlarını ya da bir mal, hak veya teminat topluluğunu, bir ya da birden fazla inanılana devrettikleri, onların da bu konuları kendi kişisel malvarlıklarından ayrı tutmak suretiyle bir ya da birden fazla kimsenin yararına olmak üzere belirlenmiş bir amaç doğrultusunda kullandıkları bir işlemdir.” Çeviri için bkz. Cem Akbıyık, “Fransız Hukukunda İnançlı İşlemlerin Genel Anlamda Düzenlenmesi”, **Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan**, C. I, İstanbul, Beta Yayınevi, 2016, s. 113.

İnançlı işlem, bir hakkı devren kazanan kimsenin bu hakkı devredenle aralarında kararlaştırılan amaca göre kullanmayı ve gerektiğinde mülkiyeti kendisine devretmiş olana veya üçüncü kişiye devretmeyi taahhüt etmesi ve inananın da bu taahhüde güvenerek taşınmazın mülkiyetini devretmesi halidir²⁰³. İnançlı işlem, inanılan kimseye, taraflarca erişilmek istenen ekonomik ve fiili sonucun ötesinde hukuki bir iktidar sağlar²⁰⁴. Örneğin; bir taşınmazı idare etmesi istenen kişiye o taşınmazın mülkiyeti devredilebilir. Ya da borca teminat teşkil etmesi için taşınmaz üzerinde ipotek kurmak yerine taşınmazın mülkiyeti devredilerek daha güçlü bir hukuki iktidar sağlanabilir. Ülkemizde inancılı işleme eşler arasında sık sık rastlanmaktadır. Eşler, konut sahibi olmaya karar verdikten sonra yarı yarıya ödeme yaptıkları konutu eşlerden biri üzerine tapuda tescil edebilir²⁰⁵.

Örneklerden de anlaşıldığı gibi, kişiler, çeşitli ihtiyaçlarını karşılamak için çoğunlukla iki halde inancılı işlemlere başvurur²⁰⁶. Birinci halde, inanan, sahibi olduğu hakkı, borcuna karşı teminat olarak devreder. İnanılan, alacağını temin edince, devraldığı bu hakkı inananı iade eder. Buna teminat amaçlı (karma) inancılı

²⁰³ BK OR, Kramer, Schmidlin, **a.g.e.**, § 18, Rn. 119; Esener, **Muvazaa**, s. 144; Özsunay, **İnançlı Muamele**, s. 1; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 212; Tunçomağ, **I**, s. 319; İnan, **a.g.e.**, s. 182; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 363; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar**, s. 415; Eren, **Borçlar Genel**, s. 412; Kılıçoğlu, **Borçlar**, s. 243; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, s. 317; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 433; Şeref Ertas, **Eşya Hukuku**, 14. Baskı, İzmir, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, 2018, s. 291; Nihat Yavuz, **Uygulamada ve Öğretide Muvazaa, İnançlı İşlem, Namı Müstear ve Kanuna Karşı Hile Davaları**, 4. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015, s. 15; Ahu Ayanoğlu Morali, “Mülkiyet Hakkının Teminat Amaçlı Devrine Yönelik İnançlı İşlemler”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2006, s. 15; Altaş, Kurt, **a.g.m.**, s. 2; “*Bilindiği üzere; inanc sözleşmesi, inananla inanılan arasında yapılan, onların hak ve borçlarını belirleyen, inancılı muamelenin sona erme sebeplerini ve devredilen hakkın, inanılan tarafından inananı geri verme(iade) şartlarını içeren borçlandırıcı bir muameledir. Bu sözleşme taraflarının hak ve borçlarını kapsayan bağımsız bir akit olup, alacak ve mülkiyetin naklinin hukuki sebebinin teşkil eder.*” Yargıtay 1. HD. E. 2013/18846, K. 2014/6120, T. 20.03.2014, (Çevrimiçi) İstanbul Barosu İçtihat Bilgi Bankası, 18.01.2021.

²⁰⁴ BGE 71 II 99; BK OR, Kramer, Schmidlin, **a.g.e.**, § 18, Rn. 119; Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.**, s. 134; Schwenzer, **a.g.e.**, Rn. 30.10; Hamide Topçuoğlu, Kanuna Karşı Hile (Kanundan Kaçınma Yolları), Ankara Hukuk Fakültesi Doktora Tezi, Ankara, 1950, s. 217; Esener, **Muvazaa**, s. 146; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 364.

²⁰⁵ Yurt dışında çalışan ve biriktirdiği para ile Türkiye’de taşınmaz satın almak isteyen kimse, biriktirdiği parasını yakın akrabasına göndererek ondan bir taşınmaz satın almasını ve daha sonra Türkiye’ye döndüğünde taşınmazı kendisine devretmesini isteyebilir. Haluk Nami Nomer, “Teminat Amaçlı Vefalı Satışlar ile İnanç Sözleşmeleri ve Lex Commissoria Yasağı”, **Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, C. II**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2016, s. 2010; Daha çok örnek için bkz. Kılıçoğlu, **Borçlar**, s. 244.

²⁰⁶ Karşılıksız kazandırma amaçlı inancılı işlemde de bahsedilmektedir. Akbiyık, **İnançlı İşlem**, s. 112.

işlem denir. Burada daha çok inanılanın yararı gözetilir. İkinci halde, çeşitli sebeplerden dolayı inanan, alacağını veya maliki olduğu şeyi ne bizzat ne de vekil aracılığıyla takip ve idare etmek istemektedir. Bu nedenle inanan, hakkını inanılana devreder ve inanılan, talimat doğrultusunda alacağı tahsil ettikten veya şeyi idare ettikten sonra hakkı iade eder. Buna tahsil ve idare amaçlı (saf) inançlı işlem denir ve daha çok inananın yararı gözetilir.

2. İnançlı İşlemin Roma Hukukundaki Gelişimi

İnançlı işlem, Roma hukuku kaynaklı olup fiduciae şeklinde ifade edilmiştir²⁰⁷. Eski Hukuk döneminde mancipatio veya in iure cessio yoluyla mülkiyetin nakli işlemi olarak kabul edilmiştir²⁰⁸. Pactum fiduciae, başlangıçta mancipatio formülüne eklenen veya in iure cessio sırasında yapılan bir beyanla meydana getirilirdi ve konusunun aynı olması sebebiyle mülkiyetin devri ile birlikte tek hukuki işlem oluştururdu²⁰⁹. Bu işlemle fiduciae alanın mal üzerindeki hakları kısıtlanmış olur ve işlemin açığa vurulması ile birlikte fiduciae alan taahhüdünü yerine getirmek zorunda kalırdı²¹⁰.

Kanuni davalar döneminde fiduciae, şahsi dava yoluyla müeyyidelendirilmiştir²¹¹. Fiduciae veren, şerefsizliğe düşüren actio fiduciae ile himaye edilirken²¹², fiduciae alan yani fides, devredilen malın kendisine teslimini sağlamak için kendisine tazminat davası açma hakkı veren actio fiduciae contraria'ya sahipti²¹³.

²⁰⁷ Eren, **Borçlar Genel**, s. 412; Alman hukukunda “treuhand”, İngiliz hukukunda “trust” şeklinde ifade edilir. Esener, **Muvazaa**, s. 144.

²⁰⁸ Özsunay, **İnançlı Muamele**, s. 9 vd. ; Schwarz, **a.g.e.**, s. 297; Di Marzo, **a.g.e.**, s. 410; Esener, **Muvazaa**, s. 145; Arzu Oğuz, “Roma ve Türk Hukukunda İnançlı İşlem ve Vekâlet Sözleşmelerinin Karşılaştırılması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 41, S.1-4, Ankara, 1990, s. 233.

²⁰⁹ Di Marzo, **a.g.e.**, s. 410-411; Esener, **Muvazaa**, s. 145; Oğuz, **İnançlı İşlem**, s. 233.

²¹⁰ Di Marzo, **a.g.e.**, s. 411; Oğuz, **İnançlı İşlem**, s. 233.

²¹¹ Koschaker, **Roma**, s. 179; Esener, **Muvazaa**, s. 145.

²¹² Di Marzo, **a.g.e.**, s. 411; Oğuz, **İnançlı İşlem**, s. 237; Rei vindicatio ile değil actio fiduciae ile inançlı işleme konu edilen malın iadesi istenebilirdi. Richard Honig, **Roma Hukuku**, Çev. Şemseddin Talip, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 72, Matbaai Ebuzziya, 1938, s. 352-353.

²¹³ Di Marzo, **a.g.e.**, s. 411; Esener, **Muvazaa**, s. 145; Actio fiduciae contraria davası ile fides, o şey için yaptığı masrafları da talep edebilirdi. Koschaker, **Roma**, s. 179. Oğuz, **İnançlı İşlem**, s. 238.

Muhtelif amaçlar doğrultusunda yapılan inançlı işleme temel iki amaç için başvurulmuştur²¹⁴. Gaius'un ifade ettiği gibi, ilk olarak "*cum creditore pignoris iure= rehin olarak alacaklı ile*", ikinci olarak "*cum amico, quo tutius nostrae res apud eum sint= eşyamız onun nezdinde daha güvende olsun diye bir dost ile*" yapılan fiduciae, bahsedilen temel iki amaçtır. Birinci amaçta alacaklıya aynı teminat verilmiş olurdu ki alacağın rehin ve ipotège göre daha kuvvetli bir teminatla güvence altına alınması sağlanırdı²¹⁵. Burada borçlu alacaklısına aynı teminat vermek amacıyla bir şeyin mülkiyetini devrederdi. Alacaklı da pactum fiduciae ile borç ödenince kendisine devredilen mülkiyet hakkını iade etme borcu altına girerdi²¹⁶. Fiduciae veren zilyetliğini muhafaza ederse, o mala zamanaşımı yoluyla bir yıl sonra tekrar malik olacağından alacaklının malı borçlunun zilyetliğine zamanaşımı ile iktisap edilemeyecek şekilde bırakması gerekirdi²¹⁷. Çoğu zaman alacaklı ile borçlu arasında kira sözleşmesi yapılarak zamanaşımı ile mülkiyetin tekrar kazanılmasının önüne geçilirdi²¹⁸. Bunun yanında alacaklının malı üçüncü bir kişiye satması halinde bu satış geçerli olur ve borçlu actio fiduciae'ye dayanarak alacaklıdan sadece tazminat isteyebilirdi²¹⁹. Bu tür fiduciae'nin borçlu için tehlike oluşturması ve sadece Roma vatandaşlarına özgü işlem olması sebebiyle yerini Pignus²²⁰ müessesesine terk etmiştir²²¹. İkinci amaçta işlerin güven altına alınması ve istenildiğinde üçüncü

²¹⁴ Azad etmek borcu altına giren bir üçüncü kişiye bir kölenin mülkiyetinin geçici olarak devredilmesine, bir kimse vasıtasıyla veya ölüm sebebiyle bağış yapılmasına yarardı. Di Marzo, **a.g.e.**, s. 410.

²¹⁵ Schwarz, **a.g.e.**, s. 297; Di Marzo, **a.g.e.**, s. 410; Esener, **Muvazaa**, s. 145; Oğuz, **İnançlı İşlem**, s. 233.

²¹⁶ Koschaker, **Roma**, s. 179; Oğuz, **İnançlı İşlem**, s. 236.

²¹⁷ Di Marzo, **a.g.e.**, s. 410; Koschaker, **Roma**, s. 179; Oğuz, **İnançlı İşlem**, s. 238.

²¹⁸ Di Marzo, **a.g.e.**, s. 410.

²¹⁹ Koschaker, **Roma**, s. 179; Özsunay, **İnançlı Muamele**, s. 11; Oğuz, **İnançlı İşlem**, s. 235.

²²⁰ Pignus, borçlunun, alacaklıya bir şeyin zilyetliğini vermesiydi. Böylelikle devredilen bir aynı hak olmadığı için alacaklının rehnedilen mal üzerinde tasarruf hakkı ve dolayısıyla malı satma hakkı yoktu. Bu yüzden bu işlem ile elde edilen teminat, borçlunun rehin malı kurtarınca kadar maldan yararlanmaktan vazgeçmesi zorunluluğuydu. Çok sonraları bu rehin anlaşmaları, Fiduciae'ye benzer şekilde contractus pigneraticius olarak kabul edildi ve rehin verene actio pigneraticia directa, rehin alana actio pigneraticia contraria davası tanındı. Koschaker, **Roma**, s. 180.

²²¹ Di Marzo, **a.g.e.**, s. 411; Esener, **Muvazaa**, s. 145; Koschaker, **Roma**, s. 180; Özsunay, **İnançlı Muamele**, s. 13; Oğuz, **İnançlı İşlem**, s. 238.

kişiden iade alınması sağlanırdı²²². Bu işlem, sadece fiduciae verenin menfaatine hizmet ederdi²²³.

Fiduciae, bağlı olduğu şekilci devir yollarının yani mancipatio ve in iure cessio müesseselerinin ortadan kalkması ile kaybolmuş²²⁴ ve Iustinianus dönemi derlemesi olan Corpus Iuris Civilis'te anılmamıştır²²⁵. Postglossatorlar tarafından yapılan interpolatio yoluyla o zaman yürürlükte olan müesseselere, özellikle aynı teminat olma yönüyle benzerlik gösterdiği rehin müessesesine dâhil edilmiştir²²⁶.

3. İnançlı İşlemin Unsurları

İnançlı işlemin iki unsuru bulunmaktadır. Başka bir deyişle, inançlı işlem iki ayrı hukuki işlem sonucu oluşur. Bunlardan ilki inanç anlaşması, ikinci ise, temlik işlemidir.

Birinci unsur olarak bahsedilen inanç anlaşması, hakkın devri taahhüdünü içeren borçlandırıcı işlemi ifade eder²²⁷. İnanan ile inanılan arasındaki karşılıklı hak ve borçları düzenleyen bu anlaşma çerçevesinde inanılan, devraldığı hak veya şeyi kararlaştırılan şartlar altında kullandıktan sonra iade etmeyi taahhüt eder.

Doktrinde kabul edilen görüşe göre, inanç anlaşması, mülkiyetin devri bakımından satım veya bağışlama sözleşmesi gibi bağımsız bir hukuki sebep teşkil eder²²⁸. İnanç anlaşması, çift görünümlü bir hukuki işlemidir. Hem irade özerkliği

²²² Di Marzo, **a.g.e.** , s. 411; Esener, **Muvazaa**, s. 145; Özsunay, **İnançlı Muamele**, s. 10; Oğuz, **İnançlı İşlem**, s. 236.

²²³ Esener, **Muvazaa**, s. 145.

²²⁴ Di Marzo, **a.g.e.** , s. 410; Koschaker, **Roma**, s. 182; Oğuz, **İnançlı İşlem**, s. 239.

²²⁵ Di Marzo, **a.g.e.** , s. 410; Koschaker, **Roma**, s. 182; Esener, **Muvazaa**, s. 145; Oğuz, **İnançlı İşlem**, s. 239.

²²⁶ Di Marzo, **a.g.e.** , s. 410; Oğuz, **İnançlı İşlem**, s. 239.

²²⁷ Jäggi, Gauch, Hartmann, **a.g.e.** , § 18, Rn. 190; Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.** , s. 134; Schwenzer, **a.g.e.** , Rn. 30.10; Esener, **Muvazaa**, s. 147; Özsunay, **İnançlı Muamele**, s. 120; İnan, **a.g.e.** , s. 184; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 365; Eren, **Borçlar Genel**, s. 413; Antalya, **a.g.e.** , s. 362; Özkaya, **a.g.e.** , s. 35 vd. ; Altaş, Kurt, **a.g.m.** , s. 4; Ayanoğlu Morali, **a.g.e.** , s. 19; “İnanç sözleşmesi, inananla inanılan arasında yapılan onların hak ve borçlarını belirleyen, inançlı işlemin sona erme sebeplerini ve devredilen hakkın inanılan tarafından kullanılma, yönetilme ve inanana iade şartlarını içeren borçlandırıcı bir işlemidir.” Yargıtay 14. HD. E. 2007/726, K. 2007/2065, T. 01.03.2007, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 19.01.2016.

²²⁸ BK OR, Kramer, Schmidlin, **a.g.e.** , § 18, Rn. 124; BSK OR, Wiegand, **a.g.e.** , § 18, Rn. 141; Esener, **Muvazaa**, s. 147; Özsunay, **İnançlı Muamele**, s. 99; Tunçomağ, **I**, s. 320; Haluk Tandoğan,

ilkesi sınırları içerisinde yaratılan inançlı temlikin bağımsız hukuki sebebini teşkil eder, hem de inanılanın inananın talimatlarına uyması ve şartlar gerçekleşince hakkın iadesi yükümlülüğünü içerir²²⁹. Bu çerçevede bakıldığında, inanç anlaşması, inanılanın devraldığı hakkı, borçlar hukuku anlamında sınırlar. Bu yüzden inanılanın inanç anlaşmasına aykırı davranışları karşısında inananın aynı talepleri değil nisbi talepleri söz konusu olabilir²³⁰.

İnanç anlaşması, bağımsız hukuki sebep olarak kanunun öngördüğü şekle tabidir²³¹. Taşınmazlara ilişkin inanç anlaşması, tapu memuru önünde resmi şekilde yapılmalı iken²³², alacağın temlikine ilişkin inanç anlaşması adi yazılı şekilde yapılmalıdır.

İnanç anlaşmasının hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. İsviçre Federal Mahkemesi'nin da paylaştığı bir görüşe göre, inanç sözleşmesi, vekâlet sözleşmesi veya vekâlet benzeri ilişkidir²³³. Doktrinde görüş birliği bulunmamakla birlikte bizim de katıldığımız görüşe göre, inanç anlaşması, kendi yapısına özgü sözleşmedir²³⁴.

Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, 5. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 356; Eren, **Borçlar Genel**, s. 414; Antalya, **a.g.e.**, s. 362; Özkaya, **a.g.e.**, s. 40; Altaş, Kurt, **a.g.m.**, s. 11; BGE 99 II 333; Yargıtay HGK. E. 2010/14-394, K. 2010/395, T. 14.07.2010, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 19.01.2021.

²²⁹ Eren, **Borçlar Genel**, s. 414; Antalya, **a.g.e.**, s. 362.

²³⁰ Ayanoğlu Morali, **a.g.e.**, s. 29.

²³¹ Eren, **Borçlar Genel**, s. 414; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar**, s. 417; Antalya, **a.g.e.**, s. 364; Ayanoğlu Morali, **a.g.e.**, s. 29; Nomer, **İnanç Sözleşmeleri**, s. 2011; Yargıtay vermiş olduğu kararlarında, inançlı temlikin yazılı delil ile ispatlanabileceğini kabul etmiştir. İnanç sözleşmesi olarak adlandırılan belgenin sözleşmeye taraf olanların imzasını içermesi ve en geç sözleşme konusu işlem tarihinde düzenlenmiş olması gereklidir. Yargıtay HGK. E. 1990/1-202, K. 1990/315, T. 23.05.1990, Yargıtay HGK. E. 2005/14-677, K. 2005/774, T. 28.12.2005, Yargıtay 1. HD. E. 2010/5118, K. 2010/7031, T. 16.06.2010, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 19.01.2021; Bir görüşe göre, Yargıtay, taşınmazlara ilişkin inanç anlaşmalarında resmi şekil aramamakta, yazılı şekli yeterli görmektedir. Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 116-117; Burada dikkat edilmelidir ki, aranan yazılı şekil, inanç anlaşmasının geçerliliği ile ilgili değil, uyumsuzluk doğduğunda ispatı ile ilgilidir. Kılıçoğlu, **Borçlar**, s. 245; Altaş, Kurt, **a.g.m.**, s. 15; Yani, inançlı işleme dayalı olup dinlenebilirliği kabul edilen iddiaların ispatı, şekle bağlı olmayan yazılı delildir. Yargıtay 1. HD. E. 2018/5598, K. 2020/4557, T. 28.09.2020, (Çevrimiçi) Yargıtay Bilgi Bankası, 19.01.2021; Karşılaştırmalı olarak bkz. Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 439.

²³² Uygulamada, tapuda devir sebebi satış olarak gösterilen işlemlerin teminat amaçlı inanç sözleşmesi amacı taşıdığı görülür. Bu durumda görünürdeki işlem olan satım sözleşmesi muvazaa, gizli işlem olan inanç sözleşmesi ise şekle aykırılık nedeniyle kesin hükümsüzdür. Nomer, **İnanç Sözleşmeleri**, s. 2011.

²³³ BGE 85 II 99, 99 II 396; Gauch, Schleup, Schmid, Emmenegger, **a.g.e.**, Rn. 1025; Jäggi, Gauch, Hartmann, **a.g.e.**, § 18, Rn. 194; BK OR, Kramer, Schmidlin, **a.g.e.**, § 18, Rn. 127.

²³⁴ Bu halde kıyasen vekâlet sözleşmesi hükümleri uygulanabilir. Esener, **Muvazaa**, s. 147-148; Özsunay, **İnançlı Muamele**, s. 121-122; Tandoğan, **II**, s. 545; İnan, **a.g.e.**, s. 184;

Bunun yanında Yargıtay, inanç anlaşmasını vekâlet veya vekâlet hükümlerinin uygulanacağı vekâlet benzeri kendi yapısına özgü sözleşme olarak nitelendirmiştir²³⁵. Yargıtay'ın bu nitelendirmesine göre, inanç anlaşması, kendi yapısına özgü sözleşmedir ve mahiyetine uygun düştüğü ölçüde kıyasen vekâlet hükümleri uygulanır. Saf inançlı işlemlerin mahiyetine vekâlet hükümlerinin uygulanması uygun düşerken, karma inançlı işlemlere, mahiyeti gereği, vekâlet hükümleri ile birlikte rehin hükümlerinin uygulanması gerekebilir²³⁶.

İkinci unsur olarak bahsedilen temlik işlemi, inananın, kendisine ait hakkı inanılana devretmesine ilişkin işlemidir. İnanılanın malvarlığında bir artışa neden olmasından dolayı tasarruf işlemi niteliğindedir²³⁷. Bu yüzden temlik işleminin kanunun öngördüğü şekilde yapılması gerekir²³⁸. Taşınmazlarda tescil talebi ve tescil; taşınırlarda aynı sözleşme ve teslim; alacakta ise yazılı temlik yapılmalıdır. Kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar gibi devredilebilme özelliği bulunmayan haklar haricindeki bütün malvarlığı hakları temlik işleminin konusunu oluşturabilir²³⁹.

4. İnançlı İşlemin Hüküm ve Sonuçları

İnanç anlaşması ve temlik işlemi ile birlikte inanan ile inanılan arasında oluşan hukuki ilişkide, özellikle uyumsuzluk halinde, korunması gereken menfaatler arasındaki dengenin kurulması sorunu mevcuttur. Korunması gereken menfaatlerden ilki, kötü niyetli inanılan ve üçüncü kişilere karşı inananın menfaatidir. Korunması gereken ikinci menfaat ise, devredilen hakkın veya şeyin inanılanın malvarlığına girmediği iddiasına karşı üçüncü kişilerin menfaatidir.

Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 367; Eren, **Borçlar Genel**, s. 414; Antalya, **a.g.e.**, s. 365; Altaş, Kurt, **a.g.m.**, s. 5.

²³⁵ Yargıtay 11. HD. E. 1999/2842, K. 1999/4719, T. 01.06.1999; Yargıtay HGK. E. 2000/2-888, K. 2000/885, T. 17.05.2000, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 16.01.2021.

²³⁶ Özsunay, **İnançlı Muamele**, s. 138; Tandoğan, **II**, s. 545-546; İnan, **a.g.e.**, s. 184; Altaş, Kurt, **a.g.m.**, s. 9.

²³⁷ BK OR, Kramer, Schmidlin, **a.g.e.**, § 18, Rn. 124; Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.**, s. 134; Schwenzer, **a.g.e.**, Rn. 30.10; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 365; Antalya, **a.g.e.**, s. 365; N. Yavuz, **a.g.e.**, s. 25; Ayanoğlu Morali, **a.g.e.**, s. 16.

²³⁸ Esener, **Muvazaa**, s. 148; Özsunay, **İnançlı Muamele**, s. 85 vd. ; Tunçomağ, **I**, s. 320; İnan, **a.g.e.**, s. 183; Eren, **Borçlar Genel**, s. 415; Ertaş, **a.g.e.**, s. 291; Özkaya, **a.g.e.**, s. 37 vd. ; Altaş, Kurt, **a.g.m.**, s. 5-6.

²³⁹ İnan, **a.g.e.**, s. 183.

Bu iki karşıt menfaatin bağdaştırılması için ortaya atılan birçok teoriden günümüzde kabul edileni “*hakkın tam iktisabı teorisi*”dir²⁴⁰. Bu teoriye göre, inanç anlaşması, inanan ile inanılan arasında bir borçlandırıcı işlemin bütün hüküm ve sonuçlarını meydana getiren hukuki ilişki yaratır ve tasarruf işleminin hukuki sebebini teşkil eder. Yapılan tasarruf işleminin sonucunda inanılan, devredilen hakkın sahibi olur ve böylelikle herhangi bir malikin, alacaklının veya dava tarafının sahip olduğu hukuki durumları kullanabilir²⁴¹. Dolayısıyla üçüncü kişilere karşı hakkın veya şeyin inanılanın malvarlığına girmediği şeklinde bir iddia ileri sürülemez²⁴². Görüldüğü üzere, inanç anlaşmasının dışa karşı görünümünde inanılan malik gibi sınırsız yetki sahibi kabul edilir. Buna karşın iç ilişkide, yani inanan ile inanılan arasında, inanç anlaşmasından kaynaklanan yükümlülükler söz konusudur. İnanılan, inanç anlaşmasında kararlaştırılan şekilde hakkı veya şeyi idare etmek, kullanmak ve tasarruf yapmakla sorumludur. İnanç anlaşmasının ihlali sonucunda doğan zararın TBK m. 112 uyarınca inanılan tarafından tazmini gerekir²⁴³.

Görüldüğü gibi, inanılan, hakkın sahibidir fakat inanana karşı bu hakkın kullanımı ve tasarrufu bakımından sorumludur. İyi niyetli veya kötü niyetli fark etmeksizin üçüncü kişilerin bu hakkı veya şeyi, inanılandan devralması halinde, inananın üçüncü kişilere karşı mülkiyet iddiası ileri sürmesi mümkün değildir²⁴⁴. O ancak, inanılana karşı TBK. m. 112 gereği tazminat davası açabilir. Bunun yanında hakkı veya şeyi devralan kötü niyetli ise, bir başka deyişle, inanana zarar verme kastı

²⁴⁰ Teoriler ile ilgili bkz. Esener, **Muvazaa**, s. 149-152. Özsunay, **İnançlı Muamele**, s. 171 vd.

²⁴¹ von Tuhr, Peter, a.g.e. , s. 204; BK OR, Kramer, Schmidlin, **a.g.e.** , § 18, Rn. 119; Jäggi, Gauch, Hartmann, **a.g.e.** , § 18, Rn. 203 vd. ; Gauch, Schleup, Schmid, Emmenegger, **a.g.e.** , Rn. 1031; BSK OR, Wiegand, **a.g.e.** , § 18, Rn. 143; Esener, **Muvazaa**, s. 150-151; Özsunay, **İnançlı Muamele**, s. 171 vd. ; Tandoğan, **II**, s. 358; İnan, **a.g.e.** , s. 185; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.** , s. 317; Altaş, Kurt, **a.g.m.** , s. 12.

²⁴² BSK OR, Wiegand, **a.g.e.** , § 18, Rn. 144; Esener, **Muvazaa**, s. 151; Özsunay, **İnançlı Muamele**, s. 172; Özkaya, **a.g.e.** , s. 57; Altaş, Kurt, **a.g.m.** , s. 18.

²⁴³ Antalya, **a.g.e.** , s. 366; Ayanoglu Morali, **a.g.e.** , s. 30.

²⁴⁴ Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 367; Eren, **Borçlar Genel**, s. 415; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.** , s. 440; Özkaya, **a.g.e.** , s. 57; Altaş, Kurt, **a.g.m.** , s. 19.

içerisinde hareket etmişse, bu ahlaka aykırı fiili nedeniyle inananın uğradığı zararı tazmin etmelidir²⁴⁵.

5. Muvazaa ile İnançlı İşlem Arasındaki Benzerlikler ve Farklılıklar

Muvazaa ile inançlı işlem arasında bazı benzerlikler mevcuttur. Öncelikle, her iki hukuki kurumda da tarafların dışı karşı bir görüntü yaratma iradeleri mevcuttur²⁴⁶. İnançlı işlemde, bir temlik sözleşmesi var iken, muvazaada görünürdeki işlem mevcuttur. İkinci benzerlik olarak denilebilir ki, her iki işlemde de, görünürde var olan temlik işleminin hüküm ve sonuçlarını sınırlandıran başka bir hukuki işlem vardır²⁴⁷. Muvazaada taraflar muvazaa anlaşması ile görünürdeki işlemi ciddi olarak istemediklerini kararlaştırmıştır. İnançlı işlemde inanç anlaşması ile inananın mal veya alacak üzerindeki yetkileri kayıt altına alınmıştır²⁴⁸.

Muvazaa ile inançlı işlemin ayrıldığı yönler bulunmakla birlikte uygulamada bu ayrımı yapmak güçtür²⁴⁹. Öncelikle, belirtilmelidir ki, üçüncü kişileri aldatmak için yapılan tasarruf işlemlerinin muvazaalı bir işlemde veya inançlı işlemde kaynaklanıp kaynaklanmadığı araştırılmalıdır²⁵⁰. Bu araştırmaların sonucunda tasarruf işlemi muvazaalı işlemde kaynaklanıyorsa ise geçersiz, inançlı

²⁴⁵ Özsunay, **İnançlı Muamele**, s. 191; Tandoğan, **II**, s. 362; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 368; Eren, **Borçlar Genel**, s. 417; Antalya, **a.g.e.**, s. 366; Altaş, Kurt, **a.g.m.**, s. 19; Ayanoğlu Morali, **a.g.e.**, s. 227.

²⁴⁶ Konu ile ilgili bkz. Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.**, s. 134; Esener, **Muvazaa**, s. 152; Özsunay, **İnançlı Muamele**, s. 222; İnan, **a.g.e.**, s. 185; Eren, **Borçlar Genel**, s. 416; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 115; Aday, **a.g.e.**, s. 90; İsviçre doktrinde geliştirilen ve günümüzde kabul görmeyen muvazaa teorisine göre, bütün inançlı işlemler, gerçekte muvazaalı işlemlerdir. Çünkü taraflar, bir hakkın karşı tarafa devredildiği hususunda üçüncü kişileri aldatmak amacıyla bir görünüş oluşturarak muvazaalı bir işlemin aynısını gerçekleştirmektedir. von Büren, **a.g.e.**, s. 175; Bu görüşün eleştirileri için bkz. Jäggi, Gauch, Hartmann, **a.g.e.**, § 18, Rn. 220 vd.; Gauch, Schleup, Schmid, Emmenegger, **a.g.e.**, Rn. 1031; BK OR, Kramer, Schmidlin, **a.g.e.**, § 18, Rn. 129; BSK OR, Wiegand, **a.g.e.**, § 18, Rn. 142; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 365-366; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 115.

²⁴⁷ Esener, **Muvazaa**, s. 112-113; Özsunay, **İnançlı Muamele**, s. 222; Tunçomağ, **I**, s. 321; İnan, **a.g.e.**, s. 185-186; Eren, **Borçlar Genel**, s. 416.

²⁴⁸ Esener, **Muvazaa**, s. 152; Özsunay, **İnançlı Muamele**, s. 222; İnan, **a.g.e.**, s. 186; Eren, **Borçlar Genel**, s. 416; Aday, **a.g.e.**, s. 90; Özkaya, **a.g.e.**, s. 1337; Ayanoğlu Morali, **a.g.e.**, s. 21.

²⁴⁹ İnan, **a.g.e.**, s. 186.

²⁵⁰ von Tuhr, **Edege**, s. 276; Özsunay, **İnançlı Muamele**, s. 223.

işlemden kaynaklanıyorsa geçerli kılınır²⁵¹. Burada taraf iradelerinin yorumu ve hâkimin takdiri önemli rol oynar²⁵². Genellikle işlemin inançlı temlikten kaynaklandığı kabul edilir, çünkü taraflar amaçlarına muvazaalı bir işlemde daha çok inançlı işlem ile erişebilirler²⁵³. Alacaklılardan mal kaçırmayı hedefleyen borçlu, malvarlığındaki bir değeri bir başkasına inançlı işlem yoluyla temlik etse, kural olarak bu işlem muvazaalı değildir²⁵⁴. Fakat borçlu söz konusu mal üzerinde fiili hâkimiyeti sürdürmeye devam ediyorsa veya temlik alan gerçek bir malik gibi davranmıyorsa, bu durumda inançlı temlikten değil muvazaadan bahsedilebilir²⁵⁵. Çünkü taraflar, görünürde devir amaçlı işlem yapmıştır fakat aslında böyle bir amaç gütmemiştir.

Üçüncü kişilerin hak iktisabı açısından, her iki kavram arasında önemli bir fark mevcuttur. İnançlı temlikte, üçüncü kişilerin hak iktisabı korunurken, muvazaada ancak üçüncü kişinin iyiniyetinin korunduğu hallerde üçüncü kişi mülkiyeti kazanır²⁵⁶.

²⁵¹ Taraflar, muvazaalı işlemde hukuki sonucun doğmasını istemezken, inançlı işlemde hukuki sonucun doğmasını gerçekten isterler. Erman, Westermann, **a.g.e.** , § 117, Rn. 2; Medicus, Petersen, **AT BGB**, Rn. 601; von Tuhr, **Edege**, s. 276; Gauch, Schleup, Schmid, Emmenegger, **a.g.e.** , Rn. 1029; Schwenger, **a.g.e.** , Rn. 30.09; Esener, **Muvazaa**, s. 153; Schwarz, **a.g.e.** , s. 172; Özsunay, **İnançlı Muamele**, s. 223-224; Feyzioğlu, **a.g.e.** , s. 216; İnan, **a.g.e.** , s. 187; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar**, s. 415-416; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 365; Eren, **Borçlar Genel**, s. 417; Kılıçoğlu, **Borçlar**, s. 246; Reisoğlu, **a.g.e.** , s. 115; Antalya, **a.g.e.** , s. 368; Aday, **a.g.e.** , s. 96; Özüğür, **a.g.e.** , s. 472; Demirkol, **a.g.m.** , s. 3040; Ayanoglu Morali, **a.g.e.** , s. 21.

²⁵² Özsunay, **İnançlı Muamele**, s. 223; İnan, **a.g.e.** , s. 186.

²⁵³ von Tuhr, **Edege**, s. 276.

²⁵⁴ von Tuhr, **Edege**, s. 276; İnançlı işlem karinesi olarak savunulan bu görüşe karşı, böyle bir karinenin varlığının inançlı işlemin bağımsızlığını zedelediği ve her olayda taraf iradelerinin kuralına uygun şekilde yorumlanmasıyla sonucun elde edilmesi gerektiği şeklinde eleştiriler getirilmiştir. Esener, **Muvazaa**, s. 154; Özsunay, **İnançlı Muamele**, s. 227; Kanaatimizce, hukuki işlemin ayakta tutulmasını ilke kabul ederek bir inançlı işlem karinesi geliştirmekte hiçbir sakınca yoktur. Kural olarak bir işlemin ciddi ve geçerli olması esastır. Muvazaanın varlığını iddia eden bunu ispatlamalıdır. Fakat bu karine, taraf iradelerinin gerektiği şekilde yorumlanmasını engellememelidir. Ayrıca bkz. Jäggi, Gauch, Hartmann, **a.g.e.** , § 18, Rn. 221 vd. ; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar**, s. 418; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 381.

²⁵⁵ von Tuhr, **Edege**, s. 276; Bu konuda aktarılan bir İsviçre Federal Mahkemesi (BGE 71 II 99) kararının eleştirisi için bkz. Yung, Etudes et Articles, Genève, 1971, s. 168-169, (Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 366'dan naklen): Kararda, mali sıkıntı çeken babanın satış yoluyla oğluna devrettiği taşınmazda, bazı bölümlerinin oğlu tarafından kullanılmasına karşılık ondan kira alması dikkate alınmayarak bahsi geçen işlem, inançlı işlem olarak değerlendirilmiş ve hatalı bir tutum sergilenmiştir. Babanın devre rağmen oğlundan kira almaya devam etmesi, devir anlaşmasının muvazaalı olduğu anlamına gelir.

²⁵⁶ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.** , s. 440; Demirkol, **a.g.m.** , s. 3042.

Muvazaa ile inançlı işlem arasındaki farklardan biri de, inançlı işlem, sadece tasarruf işlemlerinde söz konusu olurken; muvazaa, hem borçlandırıcı hem de tasarruf işlemlerinde mümkündür²⁵⁷. Bir diğer fark, inançlı işlemde kaynaklanan bir taşınmaz devri sayesinde mülkiyet, inanılana geçerken; muvazaada geçmez²⁵⁸. Bir diğer önemli fark da, süre bakımındandır. Muvazaa iddiası, herhangi bir zamanaşımı veya hak düşürücü süreye tabi değilken, bir borçlandırıcı işlem olan inançlı işlemde doğan talep hakları, TBK m. 146 uyarınca 10 yıllık zamanaşımı süresine tabidir²⁵⁹.

Muvazaa ile inançlı işlem arasında icra-iflas hukuku bakımından önemli farklar görülür. Birinci fark şöyledir ki, mal kaçırmak amaçlı muvazaalı işlem geçersiz olduğu için bunu ispat eden alacaklılar temlik edilen mal üzerinde cebri icra takibinde bulunabilirken; mal kaçırma amacıyla yapılan inançlı işlem geçerli olduğundan alacaklıların tasarrufun iptali davası açması gereklidir²⁶⁰. İkinci fark olarak, inanılanın iflası halinde, inanan, inanç işleminden doğan talep hakkına dayanarak iflas masasına dâhil olabilirken; görünürdeki malik veya alacaklının iflası halinde, muvazaayı ispat eden gerçek malik veya alacaklı, kendisine ait malı veya alacağı iflas masasından çıkarabilir²⁶¹.

E. Nam-ı Müstear ve Dolaylı Temsil

Nam-ı müstear, vekâlet verenin adını gizleyerek, kendi adına fakat vekâlet veren hesabına hareket eden kimsedir. Fransız Hukukunda kullanılan “*prête-norm-igreti ad*” ifadesinin Türk Hukukundaki karşılığıdır. Nam-ı müstear, aslında, kendi ismi arkasında, ismini sakladığı kimseyi gizleyen bir perdedir²⁶². Bu yönden Alman

²⁵⁷ Esener, **Muvazaa**, s. 154; İnan, **a.g.e.**, s. 187; Eren, **Borçlar Genel**, s. 417; Antalya, **a.g.e.**, s. 369.

²⁵⁸ Burada dikkat edilmesi gerekli husus şudur ki, devredilen mülkiyet hakkının nasıl kullanılacağına ilişkin kayıtlar içeren inanç sözleşmesi, nisbi hak içeren borçlandırıcı işlem olup taraflar arasında borç doğuracağından inanan, inanılana sözleşmeye aykırı davranış nedeniyle tazminat talebinde bulunabilir. Eren, **Borçlar Genel**, s. 416; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 115; Ayrıca bkz. Özsunay, **İnançlı Muamele**, s. 224.

²⁵⁹ Postacıoğlu, **Nam-ı Müstear Meselesi**, s. 804-805; İnan, **a.g.e.**, s. 187; Özkaya, **a.g.e.**, s. 1338; Demirkol, **a.g.m.**, s. 3042.

²⁶⁰ Postacıoğlu, **Nam-ı Müstear Meselesi**, s. 805; Özsunay, **İnançlı Muamele**, s. 225; İnan, **a.g.e.**, s. 186; Demirkol, **a.g.m.**, s. 3042.

²⁶¹ Postacıoğlu, **Nam-ı Müstear Meselesi**, s. 803; Özsunay, **İnançlı Muamele**, s. 224; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar**, s. 416; Özkaya, **a.g.e.**, s. 794; İnan, **a.g.e.**, s. 186.

²⁶² Esener, **Muvazaa**, s. 177; Kocayusufoğlu, **Borçlar**, s. 376; Antalya, **a.g.e.**, s. 369.

ve İsviçre Hukukunda kullanılan Strohmänn (saman adam) ifadesi daha yerindedir. Burada, gerçekten mevcut başka bir kişi için kendi adına hukuki işlem yapan kişi anlamında Strohmänn (saman adam), yapılan bu işlem için de Strohmängeschäft ifadesi kullanılmaktadır²⁶³.

Taşınmaz satımlarında karşılaşılan nam-ı müsteara, alıcı, taşınmazı kendi adına ancak başkası hesabına alır. Gerçek alıcı bazı nedenlerden dolayı ortaya çıkmak istemeyebilir. Örneğin, gerçek alıcı, bu taşınmazın kendisi tarafından satın alındığının duyulmasını istemeyebilir. Çok zengin bir iş adamı olan gerçek alıcı, adının duyulması nedeniyle satıcının fiyat yükseltmesinin önüne geçmek isteyebilir. Ya da gerçek alıcı, aralarında husumet olan satıcıya bu iradesini doğrudan yöneltmek istemeyebilir. Bütün bu hallerde, gerçek alıcı, bir başkasına vekâlet vermek suretiyle taşınmazın kendisi hesabına satın alınmasını isteyebilir. Adının gizlenmesini isteyen kişinin sahip olduğu bu neden vekil ve satıcı tarafından bilinsin veya bilinmesin tüm bu örneklerde nam-ı müstear durumu ortaya çıkar²⁶⁴.

Nam-ı müstear konusunda biri 1947 yılında, diğeri 1953 yılında olmak üzere Yargıtay'ın iki önemli İçtihadı Birleştirme Kararı bulunmaktadır. Bu kararlar, nam-ı müstear meselesini tam olarak aydınlatamadığı için doktrinde çok kez eleştirilmiş, uygulamada ise konusuyla sınırlı olmak üzere dikkate alınmıştır. Nam-ı müstear, eski hukukumuzda uygulanan bir hukuki kurumdu. Bugün halen hakkında hukuki düzenleme bulunmadığından nam-ı müstear alanında hangi hukuki kurumların uygulanacağı hususunda doktrin ve uygulama üç ihtimal ortaya koymuştur. Bunlar; dolaylı temsil, inancı işlem ve muvazaadır²⁶⁵.

²⁶³ Palandt, Ellenberger, **BGB**, § 117, Rn. 6; Schiemann, in: **Staudinger/Eckpfeiler (2014/2015)**, s. 302; Medicus, Petersen, **AT BGB**, Rn. 602; Dieter Medicus, Jens Petersen, **Bürgerliches Recht-Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung**, 25. Auflage, München, Verlag Franz Vahlen, 2015, s. 54; BK OR, Kramer, Schmidlin, **a.g.e.**, § 18, Rn. 136; Schwenzer, **a.g.e.**, Rn. 30.11; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 377; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 1237, dn. 50; Kadınlar için "Strohfrau" ifadesi de kullanılmaktadır. Jauerning, Mansel, **BGB**, § 117, Rn. 3.

²⁶⁴ Örnekler ve bu yola başvurma nedenleri için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 376; Özüğür, **a.g.e.**, s. 475.

²⁶⁵ İsmet Sungurbey, "İğreti Ad (Nam-ı Müstear) Sorunu", **Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan**, İstanbul, 1978, s. 156; Hüseyin Hatemi, "Nam-ı Müstear Kavramı ve Vekâlet İlişkisi", **Temsil ve Vekâlete İlişkin Sorunlar Sempozyumu**, 14-16 Haziran 1976, İstanbul, 1977; Esener, **Muvazaa**, s.

Dolaylı temsil ihtimaline göre, gerçek alıcı ile nam-ı müstear arasındaki ilişki, vekâlet sözleşmesine dayalı dolaylı temsil ilişkisidir²⁶⁶. Bu durumda nam-ı müstear, dolaylı temsilci konumundaki vekil olarak satıcıdan iktisap ettiği taşınmaz mülkiyetini belirli bir süre malik gibi hareket etmeksizin hemen gerçek alıcıya devretmelidir.

İnançlı işlem ihtimaline göre, inanılan kişi konumundaki nam-ı müstear, inançlı işlemin tarafı olmayan üçüncü kişi konumundaki satıcıdan taşınmaz mülkiyetini iktisap eder ve gerçek alıcı ile aralarındaki inanç sözleşmesi uyarınca taşınmazı bir süre idare edip belirli şartlar gerçekleşince ona devreder²⁶⁷.

Doktrindeki bir görüşe göre, nam-ı müstearı, inançlı işlem yerine dolaylı temsil kavramı içerisinde değerlendirmek daha uygundur²⁶⁸. Çünkü borçlandırıcı ve tasarruf işleminin tarafları aynı olmadığından, sadece iki tarafın var olduğu inançlı işlem kavramı ile nam-ı müstear kavramının açıklanması yeterli olmaz. Dolaylı temsil ise, nam-ı müsteardaki üçlü ilişkiyi en iyi şekilde yansıtabilir ve istenilen şekilde hukuki ilişkilerin yürütülmesini sağlayabilir. Kanaatimizce, dolaylı temsilde var olan fonksiyonları inançlı temlike aktarılabilecek şekilde tutum sergilemekten kaçınılmalıdır. Aksi takdirde, dolaylı temsil yetkisi veren vekâlet sözleşmesi ile inançlı temlik arasındaki hukuki kesinlik ortadan kalkar. Doktrindeki çoğunluk görüşü, nam-ı müsteardaki üçlü ilişkinin inançlı işlem ihtimalini ortadan kaldırmayacağını savunmuştur²⁶⁹. Buna göre, inançlı işlem iki tipten oluşabilir. Birincisi, inanılanın inanandan inançlı olarak iktisap ettiği malları bir süre idare etmesi; ikincisi, inanılanın üçüncü kişiden iktisap ettiği malları bir süre idare edip

177; Özsunay, **İnançlı Muamele**, s. 228; Postacıoğlu, **Nam-ı Müstear Meselesi**, s. 790; Ayan, **Nam-ı Müstear**, s. 382; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 377; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 1229; Akipek, Akıntürk, Ateş, **Eşya**, s. 471; Aday, **a.g.e.**, s. 97

²⁶⁶ Buna karşılık, dolaylı temsilci veya vekilin nam-ı müstear ile aynı kavram olarak kullanılması doğru değildir. Dolaylı temsilci, gizli ismin bir perdesi veya bir saman adam değildir. Dolaylı temsilci veya vekil, yaptığı hukuki işlemin sahibidir. Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 1235-1237.

²⁶⁷ Özsunay, **İnançlı Muamele**, s. 234-235; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 377-378.

²⁶⁸ Hatemi, **Nam-ı Müstear**, s. 132; Ayan, **Nam-ı Müstear**, s. 392; Hatemi, Serozan, Arpacı, **Eşya**, s. 575-577.

²⁶⁹ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 229; Tandoğan, **II**, s. 555; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar**, s. 418; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 379; Eren, **Borçlar Genel**, s. 418; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 1234.

inanana devretmesidir. Dolayısıyla, nam-ı müsteara ikinci tipe uygun bir inançlı işlem vardır.

Aslında nam-ı müsteara dolaylı temsil ve inançlı işlem ihtimalleri tek bir çatı altında değerlendirmek ve buna inançlı vekâlet demek yerindedir²⁷⁰. Dolaylı temsil ilişkisi ile inançlı işlem arasındaki fark, dolaylı temsile dayalı vekâlet sözleşmesi uyarınca vekil, edindiği taşınmaz mülkiyetini müvekkile hemen devretmeli iken, inançlı işlem de inanılan bir süre devraldığı taşınmazı idare etmelidir. Buradaki belirli süre idare etme farkı mevcuttur. Ancak nam-ı müstearın bazen derhal bazen de belirli bir süre idare edip mülkiyeti gerçek alıcıya devretme borcu olduğu düşünüldüğünde bu farkı uygulamanın pratik yararı olmaz. Bu yüzden inançlı vekâlet kavramı içerisinde, vekil konumundaki nam-ı müstearın üçüncü kişiden devraldığı taşınmazı bazen derhal bazen bir süre idare edip devretmesi durumu, kabul edilebilir bir çözüm teşkil eder^{271 272}.

1953 tarihli Yargıtay İBK'ya²⁷³ konu olan olayda, eşlerden biri diğerine bir taşınmazı satın alması için doğrudan doğruya temsil yetkisi vermiş ve ayrıca taşınmazın satım bedelini ödemiştir. Ancak nam-ı müstear olan eş, taşınmazı tapuda kendi adına tescil ettirmiştir. Yargıtay, nam-ı müstear ile gerçek alıcı arasında var olan vekâlet sözleşmesinin nam-ı müstearı, taşınmazı gerçek alıcıya devir borcu altına sokmayacağı sonucuna varmıştır. Bu karar, eleştiriye açıktır. Çünkü geçerli bir vekâlet ilişkisi olduğu ve vekil, müvekkil adına hareket ettiği takdirde müvekkilin

²⁷⁰ Benzer ifade için bkz. Tandoğan, **II**, s. 557; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 379; Eren, **Borçlar Genel**, s. 418; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 1234; Aynı yönde bkz. Erman, **Eşya**, s. 89.

²⁷¹ “Davalı savunmasına göre, davalı ile davacı arasında yapılan bir anlaşma ile 3. kişiye ait taşınmaz mülkiyeti, dolaylı temsille, davacıya duyulan güven sonucu, belirli bir amaç için ve sonradan davalıya devir edebilmek kaydıyla davacıya geçirilmiştir. O halde davacı ile davalı arasındaki iç ilişki, ikisinin anlaşmasına dayalı dolaylı temsili içeren bir inançlı vekalet sözleşmesidir” Yargıtay 13. HD. E. 1987/6756, K. 1988/6, T. 02.03.1988, (Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 379, dn. 112); “Uyuşmazlık konusu olayda dolaylı temsili de içeren inançlı vekalet sözleşmesinin varlığı kabul edildiğine göre, davacının davalıya karşı, onun kendisine mülkiyeti nakil borcunu yerine getirmesi için BK m. 392/1’ye dayanarak tescile icbar davası açması olanaklıdır.” Yargıtay HGK. E. 2000/2-888, K. 2000/885, T. 17.05.2000, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 17.01.2021.

²⁷² Nam-ı müstearı bağımsız hukuki kurum olarak kabul eden görüşe göre, nam-ı müstear ne edindiği mülkiyeti gerçek alıcıya devretmekle yükümlü bir dolaylı temsilci, ne de edindiği taşınmazı üzerinde kontrol yetkisi olan inanılındır. Demirkol, **a.g.m.**, s. 3017.

²⁷³ Yargıtay İBK. E. 1953/8, K. 1953/7, T. 07.10.1953, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 20.01.2021.

vekil hesabına kendi adına edindiği tüm hak ve borçları TBK m. 509 uyarınca müvekkile devir borcu mevcuttur²⁷⁴. Bahsi geçen Yargıtay İBK, ancak vekilin taşınmazı kendi ad ve hesabına kazanması hallerine uygulanabilir²⁷⁵. Bunun dışında kalan tüm hallerde ki, çok küçük istisnalar hariç nam-ı müstear halleri Yargıtay İBK'nın uygulama alanı dışında kalır, nam-ı müstear, edindiği hakkı ve borçları, gerçek alıcıya devir borcu altına girer²⁷⁶.

Bu bilgiler ışığında diyebiliriz ki, inançlı vekâlet ilişkisine aykırı hareket ederek taşınmazı kendi adı ve hesabına devralan vekil, 1953 tarihli Yargıtay İBK doğrultusunda gerçek alıcıya edindiği bu hakkı devretmek zorunda değildir. Ancak vekâlet sözleşmesine aykırılıktan doğan tazminat talebi söz konusu olabilir. Bunun dışında kalan ve satıcı tarafından nam-ı müstear durumunun bilinmediği tüm hallerde dolaylı temsil yetkisine dayanan inançlı vekâlet gereğince, nam-ı müstear, edindiği taşınmazı gerektiğinde gerçek alıcıya devretmek zorundadır.

Doktrinde, nam-ı müstearın başkası hesabına taşınmazı devraldığını satıcının bildiği ve satıcının gerçek alıcı ile bu konuda irtibatta olduğu durumlarda muvazaa ihtimalinin ortaya çıktığını savunan görüşler mevcuttur²⁷⁷. Muvazaa

²⁷⁴ Postacıoğlu, **Nam-ı Müstear ve Muvazaa**, s. 825; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 380; Eren, **Borçlar Genel**, s. 418; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 442; Akipek, Akıntürk, Ateş, **Eşya**, s. 471.

²⁷⁵ İlhan Postacıoğlu, "Nam-ı Müstear Meselesi", **Makaleler ve Karar İncelemeleri**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011, s. 854.

²⁷⁶ Nam-ı müstearın satıcıya gerçek alıcının vekili olarak hareket ettiğini bildirmediği durumlarda, gerçek alıcının TBK m. 508'e dayanabilmesi ile ilgili ihtimallerin tek tek ele alınması gerekir. Genel vekâlet verilen bir vekilin devraldığı bir taşınmazın vekil ad ve hesabına kazanılmadığı kural olarak kabul edilebilir. Bunun aksi ispatlanmalıdır. Eğer vekil, belirli bir taşınmazın alınması hususunda yetki vermiş ise müvekkil, bu taşınmazın kendi ad ve hesabına hareket edilerek kazanıldığını ispatlamak zorundadır. Fakat bunun ispatı için vekilin satıcıya bu iradesini açıklamış olması gereklidir. Vekil, bunu ispatlasa bile, özel olarak vekil kılındığı bir hususta müvekkilin aleyhine ve sözleşmeye aykırı davranmış olacağından tazminata mahkûm edilebilir. Hâkim, tazminatın aynen ödenmesine karar verebilir. Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 1239 vd. ; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 383-385; Vekâlet görevini ifa etmeye başlayan nam-ı müstear, tek taraflı olarak istifa ettiğini gerçek alıcıya bildirdiği takdirde iki ihtimale göre sonuca ulaşılmalıdır. Birinci ihtimalde, nam-ı müstear, henüz taşınmazı iktisap etmeden istifa etmişse, istifa ileriye etkili olur ve nam-ı müstear, taşınmazı gerçek alıcıya devir borcundan kurtulamaz. İkinci ihtimalde, nam-ı müstear, taşınmaz mülkiyetini iktisap ettikten sonra istifa etmişse, uygun olmayan zamanda istifa nedeniyle gerçek alıcının uğradığı zararını tazmin etmelidir ve bu aynen tazmin şeklinde olabilir. Konu ile ilgili bkz. İlhan Postacıoğlu, **Nam-ı Müstear ve Muvazaa**, s. 826-829.

²⁷⁷ Postacıoğlu, **Nam-ı Müstear Meselesi**, s. 813, özellikle dn. 19; Esener, **Muvazaa**, s. 181; Eren, **Borçlar Genel**, s. 419; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 443; Akipek, Akıntürk, Ateş, **Eşya**, s. 471; Erman, **Eşya**, s. 90; Böyle bir ayırım yapmanın gereksiz olduğu ve satıcının bu hususu

ihtimalinde, hem tarafta muvazaa, hem de sözleşmenin niteliğinde muvazaa şeklinde iki yaklaşım mevcuttur.

Tarafta muvazaa ihtimaline göre, görünürdeki alıcı ile satıcı arasındaki işlem muvazaa nedeniyle geçersiz olup gerçek alıcı ile satıcı arasında kurulan sözleşmeye göre, mülkiyet gerçek alıcıya geçer²⁷⁸. 1947 tarihli Yargıtay İBK'da²⁷⁹ nam-ı müstearın muvazaa –özellikle tarafta muvazaa- olarak nitelendirilebileceği, nam-ı müstear ile satıcı arasındaki sözleşmenin gerçek alıcı için hukuki sonuç doğuracağı ve taşınmazın mülkiyetinin gerçek alıcı adına tescil edileceği belirtilmiştir. Bu karar, eleştirilmeye çok açıktır. Gerçek alıcının vekili olarak hareket eden kişi adına yapılan tescilin yolsuz sayılarak mülkiyetin gerçek alıcıya ait olduğunun kabulü, tescilsiz kazanım hallerine bir yenisini eklemek anlamına gelmekte ve bu durum da TMK hükümleri ile bağdaşmamaktadır. Bunun yanında bu karar, şekle aykırılık bahsi açısından kanaatimizce oldukça isabetsizdir. Çünkü tescil görünürdeki alıcının üzerine olup, hem görünürdeki işlemde muvazaanın varlığı hem de gizli işlemdeki şekil eksikliği nedeniyle sözleşmenin geçersizliği, tescili yolsuz

bilmesinin yapılan işlemi muvazaalı kılmayacağı yönündeki görüş için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 378; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 1233 vd. ; Burada bir inançlı işlem vardır. Taşınmaz, temsilciye daha sonra mülkiyeti gerçek alıcıya devir koşuluyla devredilmektedir. Böyle bir şartlı tescil mümkün olmadığından usulüne uygun yapılmış önalım veya taşınmaz satım vaadi sözleşmeleri vasıtasıyla temsilcinin taşınmazı alıcıya devri garanti altına alınabilir. Ertaş, **a.g.e.**, s. 295; Tüm nam-ı müstear hallerini muvazaa olarak kabul eden görüş için bkz. *"Muvazaa Borçlar Kanununun 18inci maddesiyle gayet geniş olarak kabul edilmiştir- İsim üzerindeki muvazaa iddiası da bu maddeye göre kabili istimadır. Burada kanunumuz Fransız Hukukundan ayrılmıştır. Nam-ı müstear davaları da muvazaanın isim üzerindeki bir şeklinden başka bir şey değildir. Satıcı, zahir şekildeki alıcı, hakiki alıcı her üçü akdin taraflarını teşkil ederler. Hakiki alıcının ismi kasden saklanmıştır. Akidde kullanılan isimlere bakılmayarak hakiki ve müsterek maksadın aranması kanunun icabıdır. Nam-ı müstear ve muvazaa iddiaları aynı şeydir. Umum - husus farkı vardır. Muvazaa iddiası daha geniş olduğu halde nam-ı müstear iddiası onun bir nevidir. Bu itibarla Medenî Kanunumuza göre nam-ı müstear davası mesmudur."* İmren Öktem, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu'nun 07.10.1953 gün ve 7/8 sayılı kararındaki karşı oy yazısı, ABD, 1953/6, s. 510, (Esener, **Muvazaa**, s. 180'den naklen).

²⁷⁸ Öktem, Muhalefet Şerhi, (Esener, **Muvazaa**, s. 180 ve Postacioğlu, **Nam-ı Müstear Meselesi**, s. 813, özellikle dn. 19'den naklen); Bu görüşlerde, görünürdeki işlemin resmi şekil şartını taşımasının gizli işleme sirayet edeceği ve gizli işlemin şekle aykırılık nedeniyle geçersiz sayılamayacağı kabul edildiğinden gerçek alıcı ile satıcı arasında gizli satım sözleşmesi hukuki sonuçlarını doğurur ve mülkiyet gerçek alıcıya intikal etmiş sayılır. 1947 tarihli Yargıtay İBK bu açıdan savunulmuştur.

²⁷⁹ Yargıtay İBK. E. 1947/20, K. 1947/6, T. 05.02.1947, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 10.09.2016.

kılar. Tarafta muvazaa ihtimalinde ne görünürdeki ne de gerçek alıcı taşınmazın mülkiyetini kural olarak edinmemiştir²⁸⁰.

Sözleşmenin niteliğinde muvazaa ihtimalini savunan görüşe göre, satıcı ile alıcı arasında görünürde bir satım sözleşmesi vardır²⁸¹. Görünürdeki satım sözleşmesinin ardına gerçekte inançlı işlem gizlenmiştir. Böyle bir durumda görünürdeki satım sözleşmesi muvazaa, gizli inançlı işlem şekle aykırılık nedeniyle geçersizdir. Bu durumda taşınmaz, nam-ı müsteara geçmez. Dolayısıyla gerçek alıcı da, nam-ı müstearın taşınmazın mülkiyetinin kendisine devredilmesini isteyemez.

Muvazaa ihtimali görüşünü savunanlar, muvazaayı tüm nam-ı müstear hallerine yaymamakta, sadece satıcının gerçekte malı vekile değil de gerçek alıcıya sattığını bildiği duruma hasretmektedir. Yani satıcı, taşınmazını gerçekte gizli kalan kişiye satmak ister ama alıcının adını gizlemek için görünürdeki alıcı ile işlem yaparsa, burada muvazaaya dayanılmalıdır²⁸².

Nam-ı müstearın muvazaa şeklinde değerlendirilmesi kural olarak yerinde değildir. Nam-ı müstearın muvazaadan farkı, hukuki işlemin sonuç doğurmasının gerçekten istenmesidir²⁸³. Burada aydınlatmak istediğimiz husus, nam-ı müstear arkasına sığınarak yapılmış olsa bile bir işlemin ayakta kalmasının öncelikli yaklaşım olması gerekliliğidir. Buna karşın bir muvazaa iddiası varsa, bunun ispatlanması zorunludur. Burada nisbi ve tarafta muvazaa ihtimallerine ayrı ayrı değinilmelidir. Nam-ı müstearın nisbi muvazaa ile açıklanması hiçbirinde değildir. Bahsi geçen nisbi muvazaa türü ile ilgili zorunlu unsurlar, nam-ı müstear açısından

²⁸⁰ Tarafta muvazaanın varlığını kabul ederek gizli işlemin de geçersiz olduğunu kabul eden görüş için bkz. Özsunay, **İnançlı Muamele**, s. 231; Eren, **Borçlar Genel**, s. 419; Demirkol, **a.g.m.**, s. 3056-3057; Bir görüşe göre, satıcının sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceğinden bu talebi reddedilir. O halde, görünürdeki alıcı, vekâlet hükümleri gereğince tapuda kendi üzerine gözüken taşınmazın gerçek alıcıya devredilmesine zorunlu olarak muvafakat vermelidir. Sungurbey, **Nam-ı Müstear**, s. 179; Hatemi, **Nam-ı Müstear**, s. 138.

²⁸¹ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 443; Akipek, Ateş, **Eşya**, s. 471.

²⁸² Üçüncü kişi, muhatabının nam-ı müstear özelliğini bilmediği takdirde, muvazaadan bahsedilemez. Flume, **a.g.e.**, s. 407; Namı müstear ve üçüncü kişi, namı müsteara karşı talepte bulunulmayacağı hususunda aralarında anlaşmışsa, ortada muvazaa vardır. Medicus, Petersen, **AT BGB**, Rn. 603.

²⁸³ Palandt, Ellenberger, **BGB**, § 117, Rn. 6; Schiemann, in: **Staudinger/Eckpfeiler (2014/2015)**, s. 302; Jauerning, Mansel, **BGB**, § 117, Rn. 3; Medicus, Petersen, **BürgerlR**, s. 55; BK OR, Kramer, Schmidlin, **a.g.e.**, § 18, Rn. 136; BSK OR, Wiegand, **a.g.e.**, § 18, Rn. 52; Schwenzer, **a.g.e.**, Rn. 30.11; Antalya, **a.g.e.**, s. 370.

oluşmamaktadır. Çünkü nam-ı müstear, üçlü bir ilişki iken, bahsi geçen nisbi muvazaa türünde sadece iki tarafın varlığı gerekir²⁸⁴. Tarafta muvazaa iddiasına²⁸⁵ gelince, şu ayrıma değinmek de fayda vardır. Dolaylı temsilci olarak nitelendirilebileceğimiz nam-ı müstear, temsil olunan hesabına iş yaparken geçerli bir sözleşme ilişkisine dayanan borç ve haklara sahip olur. Buna karşın, tarafta muvazaada, görünürdeki işlemin tarafı, işlemin geçersiz olmasından dolayı herhangi hak ve borca sahip olamaz²⁸⁶. Herhalde, nam-ı müsteardaki amaç, işlemin hukuki sonuçlarının doğmasını engellemek değildir. Aksi takdirde, tarafta muvazaa nedenine dayanılarak dolaylı temsilcinin yaptığı işlemin geçersiz kılınması, sözleşme özgürlüğü ilkesi ile çelişir²⁸⁷. Satıcının nam-ı müstearı ve onun aslında gerçek alıcı için hareket ettiğini bildiği her durum için tarafta muvazaa (veya bir görüşe göre, nisbi muvazaa) iddiasında bulunmak dolaylı temsil kurumunun varlığını ve işlevini oldukça sınırlar. Her şeye rağmen nam-ı müstearın tarafta muvazaa olarak değerlendirilebileceği ve uygulamada ender rastlanılabilecek bir ihtimal mevcuttur²⁸⁸. Buna göre, nam-ı müstear, vekili hesabına satıcı ile taşınmaz satımına ilişkin sözleşme yapsa bile, bu sözleşmenin hüküm doğurmayacağını, dış ilişkide bununla bağlı olmayacağını bildirmeli ve satıcı ile bu konuda anlaşmalıdır²⁸⁹.

²⁸⁴ Konu ile ilgili eleştiriler için Ayan, **Nam-ı Müstear**, s. 384; Aslında bu durumun nisbi muvazaa olarak değerlendirilmesinin sebebi, bu görüşü ortaya atan Oğuzman'ın tarafta muvazaa kavramını kabul etmemesidir. Bu yüzden sözleşmenin niteliğinde nisbi muvazaa görüşünü savunmaktadır. Yazarın tarafta muvazaa kavramını kabul etmemesinin altında yatan neden, muvazaa anlaşmasının sadece görünürdeki ve gizli sözleşmenin tarafı kişilerce yapılabileceğidir. Yani satıcı ile görünürdeki alıcının arasındaki işlemin muvazaalı olduğuna dair satıcı ile gerçek alıcı arasında veya satıcı ile gerçek alıcı arasındaki işlemin muvazaalı olduğuna dair satıcı ile görünürdeki alıcı arasında muvazaa anlaşması yapılamaz. Bu yüzden yazar, nam-ı müstearı nisbi muvazaa ile açıklamak için, gerçek alıcının vekili konumundaki görünürdeki alıcı ile satıcı arasında yapılan bir inanç sözleşmesini, görünürdeki alıcı ile satıcı arasındaki satım sözleşmesinin gizlediğini savunmuştur. Benzer görüş için bkz. Erman, **Eşya**, s. 90; Akıntürk ise, gizli işlem ile görünürdeki işlemin taraflarının farklı olduğu ve tarafların farklı nitelikte sözleşmeler kurduğu şeklinde bir yaklaşım sergileyerek bu durumu sözleşmenin niteliğinde muvazaa kabul etmiştir. Akipek, Akıntürk, Ateş, **Eşya**, s. 471; Bu durumu tarafta muvazaa olarak kabul eden görüş için bkz. Eren, **Borçlar Genel**, s. 419.

²⁸⁵ Tarafta muvazaa kavramını kabul etmeyen görüşün savunduğu nisbi muvazaa iddiası için de aynı eleştiri getirilebilir.

²⁸⁶ C. Yavuz, **Temsil**, s. 109; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 1229; Demirkol, **a.g.m.**, s. 3017.

²⁸⁷ Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 1235.

²⁸⁸ Tarafta muvazaa diye bir muvazaa türünün olmadığını savunan yazarlara katılmıyoruz. Her ne kadar taşınmaz mülkiyetinde nam-ı müstear sorunlarında, muvazaanın uygulama alanını dolaylı temsil kurumunu zayıflatmayacak şekilde çok sınırlı kabul etsek de, dolaylı temsil kurumunu rahatsız etmeksizin sayısız sözleşme tipinde muvazaanın karşımıza çıkması mümkündür. Konu ile ilgili diğer açıklamalar için bkz. s. 35.

²⁸⁹ Palandt, Ellenberger, **BGB**, § 117, Rn. 6; Ayan, tarafta muvazaa kavramına tamamen karşı çıkmaktadır. Muvazaa anlaşmasının ancak sözleşmenin tarafları arasında olabileceğini savunmuştur.

Aslında tarafta muvazaanın taşınmaz satımlarına özgü nam-ı müstear alanındaki uygulaması bu kadar ile sınırlıdır. Satıcı çoğu zaman taşınmazın kimin hesabına iktisap edildiğini bilmemekte, bilse bile yalnız kendisi ile irtibata geçen kişi ile sözleşme kurmakta ve gerçek alıcıyı muhatap olarak görmemektedir²⁹⁰.

F. Kanuna Karşı Hile

Kanuna karşı hile²⁹¹, kanunun emredici bir hükmünden onun başka bir hükmünü kullanmak yoluyla kaçınmadır²⁹². Bununla hakkın kötüye kullanılması kavramı arasında yakınlık bulunmakla birlikte, her ikisi farklı kavramlardır. Hakkın kötüye kullanılmasında bir hakkın kullanılması, bir başkasının hakkına zarar verirken veya zarar verme tehlikesi doğururken kanuna karşı hilede bu yola başvurulması, hiçbir kimsenin menfaatini zedelemeyebilir²⁹³. Bu yönüyle hileden de ayrılır. Çünkü hilede menfaati çiğnemenin bir karşı tarafın varlığı gereklidir²⁹⁴.

Kanuna karşı hilenin mevcut olması için, kanun hükmü tarafından elde edilmesi mutlak olarak yasaklanan belirli bir hukuki sonuç, tamamen hukuki ve geçerli başka araçlarla elde edilmelidir. Kanuna karşı hilede şu ayrıma dikkat

Ayan, **Nam-ı Müstear**, s. 384; Fakat daha önceden açıkladığımız üzere, muvazaa anlaşmasının görünürdeki alıcı ile satıcı arasında yapılması ve gerçek alıcının buna muvafakat vermesi sonucunda pekâlâ tarafta muvazaa söz konusu olabilir.

²⁹⁰ Postacıoğlu, **Nam-ı Müstear**, s. 851.

²⁹¹ Jhering ve von Tuhr, “*juristische Schleichwege*” yani “*hukuki kaçamak yolları*” kavramını kullanmıştır. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, **Türk Medeni Hukuku, Cilt I-Cüz I, Umumi Esaslar**, Altıncı Bası, İstanbul Matbaacılık, İstanbul, 1959, s. 351; Bundan mülhem 1950 tarihinde yazılan bir tezde kanuna karşı hile kavramına ek olarak “*kanundan kaçınma yolları*” ifadesi kullanılmıştır. Hamide Topçuoğlu, **Kanuna Karşı Hile (Kanundan Kaçınma Yolları)**, Ankara Hukuk Fakültesi Doktora Tezi, Ankara, 1950.

²⁹² Bazı hallerde kanun hükmünün değil de sözleşme özgürlüğü kapsamında konulan bir sözleşme hükmünün başka bir işlem ile dolanılması mümkündür. Böyle durumlar için “*sözleşmeye karşı hile-vertragsumgehung*” ifadesi kullanılmaktadır. Kocayusufoğlu, **Borçlar**, s. 392; Hem kanuna karşı hem de sözleşmeye karşı hile yapmaya yönelik işlemler için “*hileli işlem-umgehungsgeschäfte*” ifadesi de kullanılmaktadır. BK OR, Kramer, Schmidlin, **a.g.e.**, § 18, Rn. 140.

²⁹³ Topçuoğlu, **a.g.e.**, s. 241; Saymen, **a.g.m.**, 481; Velidedeoğlu, **a.g.e.**, s. 351; Jale G. Akipek, Turgut Akıntürk, Derya Ateş, **Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku**, 16. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2020, s. 190; “*...Hakkın kötüye kullanılması halinin varsayılabilmesi için, yasalarca tanınmış olan bir hakkın, sahibine hiç yarar sağlamadan veya az çok yarar sağlayarak, sadece başkalarına zarar vererek veya zarar tehlikesi yaratarak kullanılmış olması gerektiğini...*” Yargıtay 4. HD. E. 1976/2550, K. 1976/3299, T. 29.03.1976, (Talih Uyar, “Yargıtay Kararlarında Dürüstlük (Objektif İyiniyet) Kuralı (MK. 2/1) ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasası (MK. 2/2)”, **Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 2000, s. 463’ten naklen.)

²⁹⁴ Özkaya, **a.g.e.**, s. 1304; Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 55; Sevgi, **a.g.e.**, s. 19.

edilmelidir. Kanun doğrudan doğruya bir hukuki sonucun elde edilmesini yasaklamışsa, bu hukuki sonucu elde etmeye yarayacak başka araçların kullanılmasını yasaklamış sayılır. Konut ve çatılı işyeri kiralalarında, kiracı, kira hakkını kiraya verenin rızası olmaksızın başkasına devredemez. Aksi takdirde, kiraya veren, haklı sebeple kira sözleşmesini feshedebilir ve üçüncü kişiyi taşınmazdan çıkartabilir. Ancak kanunda, kiracının işyerine ortak almayacağına dair bir hüküm yoktur. Kiracı, üçüncü kişiyi işletmesine ortak aldıktan sonra ortaklık ilişkisine son verip ortaklıktan ayrılarak taşınmazı üçüncü kişiye tamamen bırakırsa, burada kanuna karşı hile vardır²⁹⁵. Keza TMK m. 766 uyarınca hükmen teslim ile rehin kurulmasına imkân tanınmamaktadır. Aynı amacı sağlayacak şekilde rehne konu taşınırın mülkiyeti, zilyetliği devredilmeden temlik edilmişse, bu temlik kanuna karşı hile teşkil eder.

Kanun bir hukuki sonucu değil, bu hukuki sonucu elde etmeyi sağlayan araçlardan birini yasaklamışsa, bir başka yoldan aynı hukuki sonucun elde edilmesinde kanuna karşı hile yoktur²⁹⁶. Fakat kanun, hukuki sonucu elde etmeye yarayan araçlardan birini kullanma imkânını tanımış fakat diğer araçları kullanmayı yasaklamışsa, bu durumda diğer araçlara başvurmak yine kanuna karşı hile teşkil eder²⁹⁷.

Kanuna karşı hilenin iki unsuru bulunmaktadır. Birinci unsur, olayın değiştirilmesi veya tahrifi, ikinci unsur, kanunen yasaklanan bir hukuki sonucun elde edilmesidir. Birinci unsur gereğince, bir işlemin yapılması, emredici hukuk kuralı ile yasaklanmalı ve yasaklayıcı hukuk kuralının etkisine doğrudan tabi olmayan ve kanunun izin verdiği başka bir işlem yapılmalıdır. İkinci unsur gereğince de, yapılan işlem, yasaklanan işlemde beklenen hukuki sonucu elde etmeye elverişli

²⁹⁵ Örnek için bkz. Hasan Erman, **Medeni Hukuk Dersleri: Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku**, 7. Basım, İstanbul, Der Yayınları, 2020, s. 108.

²⁹⁶ BGE 79 II 83; Oser, Schönenberger, **Seçkin**, s. 169; Jäggi, Gauch, Hartmann, **a.g.e.**, § 18, Rn. 184; Ernst A. Kramer, **Berner Kommentar, Band VI: Obligationenrecht. 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen. 1. Teilband: Inhalt des Vertrages Art. 19-22 OR**, Bern, Stämpfli, 1991, § 19-20, Rn. 265; Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.**, s. 136; Arsebük, **a.g.e.**, s. 347-348; Esener, **Muvazaa**, s. 14; Kocayusufoğlu, **Borçlar**, s. 386; Eren, **Borçlar Genel**, s. 420; N. Yavuz, **a.g.e.**, s. 37.

²⁹⁷ Esener, **Muvazaa**, s. 14; Eren, **Borçlar Genel**, s. 420; N. Yavuz, **a.g.e.**, s. 37.

olmalıdır²⁹⁸. Doktrinde bazı yazarlar, hile kastını unsur olarak görseler de çoğunluk böyle bir unsurun şart olmadığı kanaatindedir²⁹⁹.

Kanuna karşı hilenin hukuki müeyyidesinin ne olduğu konusunda tartışma vardır. Bir görüşe göre, bağımsız bir hukuki müessese olan kanuna karşı hilenin müeyyidesi, kaçınılan kanun hükmünün uygulanmasıdır³⁰⁰. Bir başka görüşe göre, kanuna karşı hilede, taraflar kanunun yasakladığı bir sonuca ulaşmak için hareket ettiğinden, bu sonuca varmak için yapılan hukuki işlemler, kanuna aykırılık nedeniyle geçersizdir³⁰¹. Bu görüştekiler, kanuna karşı hileyi bağımsız bir hukuki müessese olarak görmeyip bir kanuna aykırılık olarak görmektedirler. Dolayısıyla kanuna karşı hile açısından TMK m. 2'ye dayanmaya gerek olmadığı kabul edilmektedir³⁰². Kanaatimizce, TMK m. 2'den yola çıkarak dolaylı yoldan ihlali halinde kaçınılan hükmün müeyyidesi uygulanmalıdır.

Kanuna karşı işlem ile muvazaa, tarafların başka bir amacı gerçekleştirmek için hareket etmeleri açısından birbirlerine benzese de³⁰³, aralarında birçok fark mevcuttur. Öncelikle belirtmeli ki, kanuna karşı hilede bir kanun hükmünün dolanılması, muvazaada taraf iradeleri arasında uygunsuzluk yaratılması söz konusu olduğu için kanuna karşı hilede kanunun, muvazaada taraf iradelerinin yorumu

²⁹⁸ Eren, **Borçlar Genel**, s. 420; Antalya, **a.g.e.**, s. 371; Özkaya, **a.g.e.**, s. 1306.

²⁹⁹ Şart olarak görmeyenler için bkz. von Tuhr, Peter, **a.g.e.**, s. 225; BK OR, Kramer, **a.g.e.**, § 19-20, Rn. 266; Saymen, **a.g.m.**, s. 484; Topçuoğlu, **a.g.e.**, s. 187; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar**, s. 422; Eren, **Borçlar Genel**, s. 420; Antalya, **a.g.e.**, s. 371; Hile kastı, hukuki sonucun elde edilmesine yönelik iradenin içinde erimiştir. Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 56; Şart olarak görenler için bkz. Esener, **Muvazaa**, s. 15; İnan, **a.g.e.**, s. 188; Özkaya, **a.g.e.**, s. 1306; N. Yavuz, **a.g.e.**, s. 399; Daha kapsamlı bilgi için bkz. Sieker, **a.g.e.**, s. 39 vd.

³⁰⁰ Jäggi, Gauch, Hartmann, **a.g.e.**, § 18, Rn. 184; BK OR, Kramer, **a.g.e.**, § 19-20, Rn.264; Topçuoğlu, **a.g.e.**, s. 217; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar**, s. 424; Eren, **Borçlar Genel**, s. 421; Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 295.

³⁰¹ Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.**, s.136; Velidedeoğlu, **a.g.e.**, s. 352; Tunçomağ, **I**, s. 253; Erman, **Medeni**, s. 108.

³⁰² Jäggi, Gauch, Hartmann, **a.g.e.**, § 18, Rn. 184; BK OR, Kramer, **a.g.e.**, § 19-20, Rn. 264; Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.**, s. 136; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 391-392; Erman, **Medeni**, s. 108; BGE 115 II 85; MK m. 2/2'de yer alan *“Bir hakkın sırf gayri ızzar eden suiistimalini kanun himaye etmez.”* hükmünü yorumlayan bir görüş, kanuna karşı hilede hakkın kötüye kullanılmasına dayanılmasının mümkün olmadığını belirtmiştir. Çünkü kimseye zararı dokunmayan ve menfaatlerini zedelemeyen bir fiil için faile *“senin hareketin sırf gayri ızzar eden suiistimaldir”* denilemez. Topçuoğlu, **a.g.e.**, s. 243; Aksi yönde görüş için bkz. Sieker, **a.g.e.**, s. 16; Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 295.

³⁰³ İnan, **a.g.e.**, s. 189.

gerekir³⁰⁴. Muvazaalı işlemlerde, görünürdeki işlemin geçersizliği hususunda taraflar anlaşılmaktadır. Kanuna karşı hilede ise, taraflar, amaçlarını gizleyerek başvurdukları araç olan hukuki işlemin sonuç doğurmasını ister³⁰⁵. Muvazaada bazen taraflar, görünürdeki işlemin arkasında gizli bir işlemin hüküm doğurmasını istemekteyken, kanuna karşı hilede başvurdukları işlemin arkasına başka bir işlem gizlemezler³⁰⁶. Kanuna karşı hilede her zaman yasaklanmış bir amacın gerçekleştirilmesi söz konusu iken, muvazaada bazen iyi amaçlar da söz konusu olabilir³⁰⁷.

İsviçre Federal Mahkemesi tarafından verilmiş bir karar, konumuzu aydınlatması açısından iyi örnek teşkil etmektedir³⁰⁸. Çeşitli sebeplerden dolayı mesleğini yapması yasaklanan bir avukat, mahkemeye gelerek dava konusunu teşkil eden alacağın müvekkili tarafından kendisine temlik edildiğini ve bundan sonra davayı kendi nam ve hesabına takip edeceğini bildirmiştir. Bu durumda yapılan temlikin muvazaalı olduğundan dolayı geçersizliğine, ortada gerçekten geçerli şekilde yapılmış inanlı temlikin var olması durumunda da kanuna karşı hile sebebiyle temlikin geçersiz kabul edilmesi gerektiğine hükmedilmiştir. Görüldüğü gibi, eğer muvazaa mevcut ve ispatlanabilir ise, hukuki işlemin geçersizliği söz konusudur. Muvazaanın varlığı nedeniyle hükümsüz olan bir işlem, kanuna karşı hilenin gerçekleşmesi için gerekli hukuki sonucu elde etmeye elverişli bir işlemin varlığı şartını ortadan kaldırır. Dolayısıyla kanuna karşı hileden bahsedilemez³⁰⁹. Kanuna karşı hileden bahsedilebilmesi için geçerli şekilde yapılmış bir işlemin varlığı gereklidir. Karara konu olan olayda, normal şartlarda avukatlık yapması yasaklanan avukatın mesleğini geçerli şekilde yapılmış inanlı temlik yoluyla icraya devam etmesi sağlanmakta ve bu da kanuna karşı hile teşkil etmektedir.

³⁰⁴ Flume, **a.g.e.** , s. 350; Medicus, Petersen, **AT BGB**, Rn. 660; İnan, **a.g.e.** , s. 190.

³⁰⁵ Palandt, Ellenberger, **BGB**, § 116, Rn. 5; Jäggi, Gauch, Hartmann, **a.g.e.** , § 18, Rn. 183; BK OR, Kramer, Schmidlin, **a.g.e.** , § 18, Rn. 142; Saymen, **a.g.m.** , s. 480-481; Esener, **Muvazaa**, s. 17; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar**, s. 422; Eren, **Borçlar Genel**, s. 422; Antalya, **a.g.e.** , s. 372; Özüğür, **a.g.e.** , s. 477; Hileli işlemde, muvazaanın aksine taraflar, hukuki sonucun doğmasını ister, fakat hileli işlem, hukuka veya ahlaka aykırılık nedeniyle geçersizdir. Palandt, Ellenberger, **BGB**, § 117, Rn. 5; Schwenger, **a.g.e.** , Rn. 32.15.

³⁰⁶ Esener, **Muvazaa**, s. 18; Özkaya, **a.g.e.** , s. 1341; Özüğür, **a.g.e.** , s. 477; N. Yavuz, **a.g.e.** , s. 400.

³⁰⁷ Özkaya, **a.g.e.** , s. 1341; Sevgi, **a.g.e.** , s. 21; Bahadır, **a.g.e.** , s. 37.

³⁰⁸ BGE 56 II 195; Ayrıca bkz. Topçuoğlu, **a.g.e.** , s. 93; Esener, **Muvazaa**, s. 19; Velidedeoğlu, **a.g.e.** , s. 352; Tunçomağ, **I**, s. 254; Oğuzman, Barlas, **a.g.e.** , s. 294; N. Yavuz, **a.g.e.** , s. 401.

³⁰⁹ Muvazaanın varlığı, kanuna karşı hiledeki olayın değiştirilmesi unsurunun gerçekleşmesini engeller ve kanuna karşı hileyi bertaraf eder. Feyzioğlu, **a.g.e.** , s. 217; Sarıgöller, **a.g.m.** , s. 678.

Konuya ilişkin bir başka örnek olarak, tenkis davasının üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceği hususunda kanuna karşı hilenin varlığının bir istisna teşkil etmesi verilebilir. Saklı payın zedelenmesi kastı ile yapılan sağlararası ivazsız kazandırma konusu malın tenkis talebinden kaçırılmak amacıyla bu durumu bilen üçüncü kişilere inançlı temlik yoluyla devredilmesi halinde tenkis talebi bahsi geçen üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir³¹⁰. Çünkü kanunun yasakladığı bir hukuki sonuç inançlı temlik vasıtasıyla kanun hükmü dolanılarak elde edilmiştir. Fakat bahsi geçen temlikin muvazaalı olduğu ispat edilebilirse, bahsi geçen temlik hükümsüz olur ve mülkiyet karşı tarafa geçmediği için tenkis talebi mirasçılara karşı ileri sürülebilir.

³¹⁰ Bu husus, Yargıtay kararına konu olmuş ve doktrinde tartışılmıştır. Karara konu olay şöyledir: Ölümüne yakın muris, bütün taşınmazlarını üç kızına ve karısına tapuda yapılan işlemlerle bağışlamış fakat başka eşinden olma kızına hiçbir şey bırakmamıştır. Lehine bağışlama yapılan kızlar, aynı gün tapuda taşınmazları eşlerine temlik etmiştir. Olayda, dördüncü kızın tenkis talebine diğer kızlar tarafından itiraz edilmemesine rağmen dördüncü kız, ihlal edilen saklı pay oranının parasal değerini değil de maddi ve manevi gerekçelerle saklı pay oranında taşınmazların aynen devredilmesini istemiştir. Bu talep karşısında üç kız, eşlerinin üçüncü kişi konusunda olduğu için onlara karşı tenkis talebinin ileri sürülemeyeceğini savunmuştur. Bu olay karşısında verilen karar şu şekildedir: *“Mirasbırakanın saklı pay kurallarını gidermek amacı ile yaptığı temlik tasarrufları sonra, bundan yararlanan kişinin, mirasbırakanın bilgi ve talimatı dışında sırf saklı pay sahibi mirasçılar bu hakkından mahrum bırakmak için, durumu bilen üçüncü kişilere taşınmazları temlik etmesi halinde, kötü niyetli bu kişilere karşı saklı pay sahibi mirasçılar tarafından tenkis davası açılabilir.”* Yargıtay İBK E. 1974/7, K. 1975/1, T. 13.01.1975, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 17.01.2021; Bu karara destek çıkan görüşe göre, burada üç ihtimal olabilir. Birinci ihtimalde, lehine bağışlama yapılanlar, üçüncü kişilere muvazaalı temlik yapmış olabilir ki bu durumda temlik işlemi hükümsüz olup taşınmazlar murisin üç kızına aittir. Bahsi geçen karara karşı çıkan görüşler, muvazaanın ispatı halinde böyle bir sonucun mümkün olabileceğini, zaten bu durumda tenkis talebinin mirasçılara karşı ileri sürülmesinin söz konusu olduğunu belirtmiştir. İkinci ihtimalde, geçerli bir inançlı temlik vardır. Fakat temlik, kanunun saklı paya ilişkin emredici hükümlerinin ortadan kaldırılması amacıyla yapıldığından kanuna karşı hile veya kanuna aykırılık gereği geçersiz sayılmalıdır. Üçüncü ihtimalde, hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralı gereği, mirasçı, tenkis talebini üçüncü kişilere karşı ileri sürebilmelidir. Zahit İmre, Hasan Erman, **Miras Hukuku**, 15. Basım, İstanbul, Der Yayınları, 2021, s. 276-277; Özellikle üçüncü görüş için bkz. İsmet Sungurbey, **Mirasbırakanın Danışıklı İşlemleri, Dürüstlük Kurallarının Uygulama Alanı, Çifte Satış Sözleşmeleri**, İstanbul, 1992, s. 34 vd. Burada hakkın kötüye kullanılması ile ahlaka aykırı fiille başkasına zarar verme aynı anlamda kullanılmaktadır. Bu yanlış bir tutumdur. Bahsi geçen karara karşı çıkan görüşe göre, TMK m. 2 anlamında dürüstlük kuralına aykırı bir davranıştan söz edilemez. Çünkü birisinin başkasına devretmekle yükümlü olduğu malı, bunu bilerek ondan devralmak başlı başına dürüstlük kuralına aykırı davranış sayılmaz ve gerçek malikten bir malın mülkiyetinin geçerli şekilde devralınması, tamamen kendisinin taraf olmadığı nisbi ilişki nedeniyle bu mala yönelik taleplere mülkiyet hakkını ileri sürerek karşı çıkması da hakkın kötüye kullanılması kabul edilemez. Bununla birlikte, şu ihtimaller çerçevesinde üçüncü kişiye karşı talepler ileri sürülebilir. İlk olarak TBK m. 49/2 uyarınca ahlaka aykırı fiil nedeniyle bir başkasına zarar verme kastının ispatlanması halinde üçüncü kişiden aynen tazmin yoluyla malın mülkiyeti istenebilir. İkinci olarak, tenkis yükümlüsü ile üçüncü kişi arasındaki sözleşmenin TBK m. 27 uyarınca ahlaka aykırılık nedeniyle geçersiz olduğu varsayılarak, mülkiyetin üçüncü kişiye geçmediği ve tenkis talebinin mirasçılara karşı ileri sürülebileceği kabul edilebilir. Dural, Öz, **a.g.e.**, s. 283-285.

Muris muvazaası hususunda verilen bir karara konu olan olayda, muris, mirasçılarını miras hakkından yoksun etme amacıyla tapulu taşınmazını üçüncü kişiye haricen satmış gibi göstermiştir³¹¹. Muvazaaya konu olan haricen satım sözleşmesinden doğan taşınmazın devri borcu ile alakalı açılan davada muris, taşınmazını haricen sattığını kabul etmiş ve mahkeme taşınmazın mülkiyetinin üçüncü kişiye devredilmesine karar vermiştir. Mirasçılar, anılan haricen satım sözleşmesinin muvazaalı olduğu gerekçesiyle dava açsa da, murisin mahkeme huzurunda iradesini satım şeklinde belirtmesinin ve mülkiyetin üçüncü kişiye devredilmesinin muris muvazaası nedeniyle bahsi geçen satım sözleşmesini geçersiz kılmasının önünde engel oluşturduğu azınlık görüş tarafından kabul edilmiştir³¹². Bununla birlikte muris, mirasçılardan mal kaçırma amacıyla böyle bir yola başvurduğu için burada kanuna karşı hileden bahsedilebileceği ve böylelikle kanunun etrafından dolaşarak kaçınılan hükmün yaptırımın uygulanması gerektiği belirtilmiştir. Görüldüğü üzere, muvazaa nedeniyle geçersizliğine hükmedilemeyen bir işlemin kanuna karşı hile yoluyla kaçınılan muvazaa yaptırımına tabi tutulması mümkündür.

G. Tasarrufun İptali Davaları

İcra-İflas Kanunu³¹³ m. 277-284 hükümlerine ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'a³¹⁴ tabi tasarrufun iptali davaları ile muvazaa temeline dayalı tasarrufun iptali davaları arasında önemli farklar bulunmaktadır.

³¹¹ “Sonuç olarak; davaya konu olan taşınmazın tapuda davalı adına devrinin dayanağının davalı ile muris arasında düzenlendiği savunulan harici satış sözleşmesi olduğu, harici satışa yanşıyan muris iradesinin kanuna karşı hile kullanılarak oluşturulan bir mahkeme kararı biçiminde tapudaki resmi işleme yansımalarının 01.04.1974 gün ve 1974/1-2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının uygulanmasına engel olmadığı, kanuna karşı hile iddiasının da bu dava içerisinde muvazaa iddiası ile birlikte değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varıldığından Yerel Mahkemece direnme kararı verilmesi usul ve yasaya uygundur.” Yargıtay HGK. E. 2006/1-734, K. 2006/761 T. 29.11.2006, (Çevrimiçi) e-uyar.com, 18.01.2021. Bu kararda çoğunluk görüşü, muris muvazaasının var olduğu yönünde olup ilerleyen bölümlerde ayrıntılı incelenecektir.

³¹² Karşı oy yazısında, murisin iradesinin mahkeme huzurunda satım şeklinde beyan edilmesinin önemli olmadığı, artık mahkeme tarafından tanınmış bir taşınmaz mülkiyeti devri olduğu vurgulanmıştır.

³¹³ Kanun no: 2004, Kabul Tarihi: 09.06.1932. Bundan sonra “İİK” olarak anılacaktır.

³¹⁴ Kanun no: 6183, Kabul Tarihi: 21.07.1953.

İlk fark, amaç bakımındandır. Muvazaalı işlemler geçersiz iken, tasarrufun iptali davasına konu edilen işlemler geçerli işlemlerdir. Sözü edilen iptal davalarında, borçlu tarafından ciddi ve geçerli olarak yapılmış bazı tasarruf işlemlerinin iptali amaçlanırken, muvazaa nedenine dayalı davada taraflar arasındaki tasarruf işlemine sebep olan hukuki işlemin gerçeği yansıtmadığının tespit edilmesi amaçlanır³¹⁵. Muvazaalı işlem, borçlar hukuku anlamında kesin hükümsüzdür. Kesin hükümsüz olan bir sözleşmeden borçlar doğmaz. Kesin hükümsüz sözleşmeye dayanarak yapılan tasarruf işlemlerinin geçerli olup olmadıkları taşınır veya taşınmaz olmalarına göre değişir. Taşınır mülkiyetinin nakli, bir görüşe göre, sebebe bağlı olmadığından her ne kadar geçersiz sözleşmeye dayanan bir devir işlemi gerçekleştirilmiş olsa da taşınır mülkiyeti karşı tarafa geçmiş kabul edilir. Bu halde taşınırı geri almak isteyen taraf, geçersiz bir nedene dayalı olarak elde edilen zenginleşmeyi sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade isteyebilir. Taşınmaz mülkiyetinin nakli, sebebe bağlı olduğundan geçersiz sözleşmeye dayalı olarak yapılan tasarruf işlemi de geçersiz olur ve taşınmaz malın mülkiyeti karşı tarafa geçmez. Bu halde taşınmazın iadesini isteyen taraf, istihkak davası açar. İİK’da yer alan tasarrufun iptali davasına konu edilen taşınır veya taşınmaz mala ilişkin yapılan sözleşmeler geçerli sözleşmelerdir. İptale tabi tasarruf, geçerli olduğundan mal veya hak borçlunun malvarlığından çıkar. İptale tabi tasarruf kurulmuş geçerli bir işlem olmalı ki, mal veya hak karşı tarafa geçmiş olsun ve tasarrufun iptali davasına konu edilebilsin³¹⁶. İİK, belirli şartlar altında tasarruf işleminin sonuçlarını alacaklı bakımından sınırlandırmıştır³¹⁷. Böylelikle, mallarının haczinden veya iflasına karar verilmeden önce borçlunun alacaklılardan mal kaçırmak amacıyla yapmış olduğu bağışlamalar ve benzeri diğer tasarruf işlemleri iptal edilebilir.

³¹⁵ Baki Kuru, **İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2016, s. 488; Timuçin Muşul, **İcra ve İflas Hukuku**, 6. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s. 1751; Abdurrahim Karslı, **İcra İflas Hukuku Ders Kitabı**, İstanbul, Alternatif Yayınları, 2010, s. 659; Ali Güneren, **Tasarrufun İptali Davaları**, 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012, s. 138; Timuçin Muşul, **İcra ve İflas Hukukunda: Tasarrufun İptali Davaları**, 3. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2021, s. 167 vd. ; Özkaya, **a.g.e.** , s. 1343; Özügür, **a.g.e.** , s. 474; Kılıçoğlu, **Borçlar**, s. 240.

³¹⁶ Muşul, **İcra ve İflas**, s. 1755; Muşul, **Tasarrufun İptali**, s. 167 vd.

³¹⁷ Karslı, **İcra İflas**, s. 659; Ayrıca bkz. Yargıtay 15. HD. E. 2004/3131, K. 2004/5291, T. 20.10.2004; Yargıtay 15. HD. E. 2004/6353, K. 2005/1117, T. 01.01.2005, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 05.08.2016.

İkinci fark, hukuki nitelik yönündendir. Görüldüğü üzere, tasarrufun iptali davaları şahsi dava niteliğinde iken, muvazaa davası ise, borçlandırıcı işlemi hükümsüz kılarak tapu kütüğünün düzeltilmesine karar verilen ve bu yönüyle aynı sonuç doğuran bir dava niteliğindedir³¹⁸. Tasarrufun iptali davası sonucunda kazandırıcı işleme konu hak veya mal son malik üzerinde kalmaya devam ederken kazandırıcı işlem sadece borç miktarınca geçersiz olur³¹⁹.

Üçüncü fark davanın konusu yönündendir. İİK’da alacaklının mal kaçırma amacına yönelik tasarrufta bulunduğuna ilişkin bazı karinelere yer verilmiştir. İİK’da borçlunun bağışları ve ivazsız tasarrufları mutlak muvazaalı işlemlerden sayılarak temlik eden borçlunun gerçek iradesi bağış olsa bile bunların iptal edilebileceği öngörülmüştür³²⁰. Ancak burada İİK’ya göre, borçlu olan ve ilk önce alacaklıya ifada bulunması gereken kişinin ivazsız tasarruflarda bulunmasında alacaklıdan mal kaçırma amacı taşınması gereklidir³²¹. Bunun yanında ivazlı temliklerde ise, belirli derecedeki yakınlık (eşler, füru, üçüncü dereceye kadar yakın hısımlar, evlatlıkla evlat edinen arasında), borçlunun oldukça düşük ivaz alması, borçlunun ölünceye kadar bakma veya intifa hakkı vermesine ilişkin sözleşmeler, karine olarak muvazaalı sayılmıştır. Muvazaa temeline dayanan davalarda ise, böyle karinelere yer verilmemiştir³²².

Dördüncü fark, davacı sıfatı yönündendir. Muvazaa davası, tasarruf işleminin iptal edilmesinde hukuki yararı bulunan herkes tarafından açılabilirken, tasarrufun iptali davası, temlik işleminde bulunan borçludan alacaklı olanlar

³¹⁸ Kuru, **İcra ve İflas**, s. 489; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan, Muhammed Özekes, **İcra ve İflas Hukuku**, 7. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 572 vd. ; Özkaya, **a.g.e.** , s. 1343; Özüğür, **a.g.e.** , s. 474; Karslı, **İcra İflas**, s. 660; Ayrıca bkz. Yargıtay 15. HD. E. 2003/3868, K. 2003/5116, T. 31.10.2003, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 20.01.2021.

³¹⁹ Kuru, **İcra ve İflas**, s. 489; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özekes, **a.g.e.** , s. 572 vd. ; Özkaya, **a.g.e.** , s. 1343; Özüğür, **a.g.e.** , s. 474.

³²⁰ Kılıçoğlu, **Borçlar**, s. 240.

³²¹ Kılıçoğlu, **Borçlar**, s. 240-241; Alacaklıdan mal kaçırmak amacıyla yapılan bu türlü işlemler, ahlaka aykırı kabul edilemez. Bunun yanında bu tür tasarruflar kural olarak muvazaalı değil inançlı işlem kabul edilmelidir. von Tuhr, **Edege**, s. 276; Oser/Schönenberger, **Seçkin**, Art. 18 Rn. 9; Özsunay, **İnançlı Muamele**, s.212.

³²² Kılıçoğlu, **Borçlar**, s. 241.

tarafından açılabilir³²³. Bu kişiler, amme idaresi³²⁴ ve İİK m. 277’de sayılan kişilerdir. Buna göre, aciz vesikası bulunan alacaklı, iflas idaresi, İİK m. 245 ve 255’deki ³²⁵ alacak hakkına sahip olanlar ve ödeme gücü bulunmadığı halde hakkını veya alacağını devreden borçlu ve kötü niyetli üçüncü kişiye karşı herhangi bir alacaklı, tasarrufun iptali davası açabilir. Görüldüğü üzere, muvazaa davasında davacının elinde aciz vesikası olmasına gerek yokken, tasarrufun iptali davasında buna gerek vardır³²⁶.

Beşinci fark, davalı sıfatı yönündendir. İİK m. 277 ve 6183 sayılı kanundan kaynaklı tasarrufun iptali davalarında davalı kişiler, borçlu ile işlemde bulunan kişiler ve kötü niyetli üçüncü kişiler iken, muvazaa davasında ise, görünürdeki işlemin taraflarıdır³²⁷.

Altıncı fark, dava açma süreleri bakımındandır. Muvazaa davaları, hiçbir zamanaşımı ve hak düşürücü süreye bağlı olmadan her zaman açılabilirken, tasarrufun iptali davaları, hak düşürücü sürelere tabidir³²⁸. İİK m. 284’e göre, tasarrufun iptali davası, beş yıllık hak düşürücü süreye tabidir³²⁹.

³²³ Kılıçoğlu, **Borçlar**, s. 240; Özügür, **a.g.e.**, s. 474; Güneren, **a.g.e.**, s. 139.

³²⁴ Devlet, belediye gibi kamu idareleri veya alacağın tahsili ile görevlendirilmiş tahsil daireleri, özel kanunlarında alacaklılarını 6183 sayılı kanuna göre tahsil yetkisi tanınan kurumlar tasarrufun iptali davası açabilir.

³²⁵ İİK m. 245: “Alacaklıların masa tarafından neticelendirilmesine lüzum görmedikleri bir iddianın takibi hakkı istiyen alacaklıya devrolunur. Hâsıl olan neticeden masraflar çıkarıldıktan sonra devralanın alacağı verilir ve artanı masaya yatırılır.” İİK m. 255: “İflas kapandıktan sonra tasfiyeden hariç kalmış bir mal bulunduğu haber alınırsa iflas dairesi o mala vaziyet edip sattıktan sonra başka bir merasime hacet kalmaksızın bedelini eksik alan alacaklılara sıralarına göre dağıtılır. Evvelce bankaya yatırılmış olupta tasarrufu kabil bir hale gelen paralar hakkında da hüküm böyledir. Şüpheli bir hak mevzuubahis olduktan iflas dairesi alacaklılara keyfiyeti ilan eder yahut mektupla bildirir ve 245 inci madde mucibince muamele yapılır.”

³²⁶ Kılıçoğlu, **Borçlar**, s. 240; Özügür, **a.g.e.**, s. 474; Karşı, **İcra İflas**, s. 659; Güneren, **a.g.e.**, s. 139.

³²⁷ Kılıçoğlu, **Borçlar**, s. 240; Özügür, **a.g.e.**, s. 474; Güneren, **a.g.e.**, s. 140.

³²⁸ Kılıçoğlu, **Borçlar**, s. 241; Özügür, **a.g.e.**, s. 474; Güneren, **a.g.e.**, s. 140.

³²⁹ 6183 sayılı kanunda, bu süreden zamanaşımı olarak bahsedilse de, hukuki açıdan bu süre hak düşürücü süre niteliğindedir.

V. MUVAZAAYA KONU OLAMAYAN İŞLEMLER

Bazı işlemlerin muvazaaya konu olması mümkün değildir. Özellikle, vasiyetnamenin, kamu hukukuna dair işlemlerin, aile hukukuna ilişkin işlemlerin muvazaaya konu olamamasında tereddüt yoktur.

A. Vasiyetname

Muvazaanın unsurlarından olan muvazaa anlaşmasının karşılıklı karakterinin ancak karşı tarafa varması gerekli irade beyanı içeren hukuki işlemlerde var olabileceği daha önce belirtilmişti³³⁰. Bu bakımdan vasiyetnamelerde muvazaa söz konusu olmaz. Buna karşın miras sözleşmeleri iki taraflı olduğundan bu işlemlerde muvazaadan bahsedilebilir³³¹.

B. Kamu Hukukuna Dair İşlemler ve Resmi Senetler

Muvazaa, sözleşmesel karakteri gereği varması gerekli irade beyanlarında mümkün olup bazen sözleşmelerin kurulmasına resmi memurlar da katılmaktadır. Resmi memurun önünde yapılan sözleşmelerin resmi senet mahiyetine sahip olduğu düşünüldüğünde, bu senetlerde muvazaanın mümkün olup olmadığı resmi memurun inşai rolünün olup olmadığına göre belirlenmelidir.

Resmi memurun işleme katılması veya beyana muhatap olması, işlem için inşai nitelik arz eder ve bu yüzden bu tür işlemlerde muvazaa mümkün değildir³³². Örneğin, telsik suretiyle vatandaşlık kazanan kimse, daha sonra telsik işleminin muvazaalı olduğunu ve gerçekte eski vatandaşlığını koruduğunu iddia edemez³³³. Çünkü devlet makamı ile muvazaa yapılamaz, onların muvazaaya alet olacağı düşünülemez. Resmi makamlara karşı yapılan tek taraflı işlemlerde, resmi memur,

³³⁰ Bkz. s. 29.

³³¹ Escher, **a.g.e.** , s. 114; BK ZGB, Weimar, **a.g.e.** , Einl. Zum 14. Titel, Rn. 47; Jäggi, Gauch, Hartmann **a.g.e.** , § 18, Rn. 125; BK OR, Kramer, Schmidlin, **a.g.e.** , § 18, Rn.154; Esener, **Muvazaa**, s. 29; Nüşin Ayiter, **Miras Hukuku**, 2. Bası, Ankara, Sevinç Matbaası, 1971, s. 113, dn. 5; İmre, Erman, **a.g.e.** , s. 216; Hatemi, **Miras**, s. 91; Eren, **Borçlar Genel**, s. 411.

³³² von Tuhr, Peter, **a.g.e.** , s. 295; Esener, **Muvazaa**, s. 29-30; Kocayusufoğlu, **Borçlar**, s. 348; Eren, **Borçlar Genel**, s. 412.

³³³ Esener, **Muvazaa**, s. 30.

beyan sahibi ile uyuşarak makama yöneltilen beyanı hükümsüz kılamaz³³⁴. Örneğin, murisin son yerleşim yeri sulh hâkimine karşı yapılması gereken mirasın reddi beyanında, mirasçı, muvazaa ileri süremez³³⁵.

Resmi memurun önünde düzenlenen ve resmi biçimde yapılan sözleşmelerde muvazaanın mevcudiyetinden şüphe edilebilir³³⁶. Çünkü sözleşenlerce kendisinden gizlenen muvazaayı keşfetmesi, resmi memurdan beklenemez. Her ne kadar 1512 sayılı Noterlik Kanunu³³⁷ m. 50’de, kanunun emredici hükümlerine aykırı olan hususlarda noterlerin işlem yapamayacakları düzenlenmiş ve bu yüzden noter önünde düzenlenen bir taşınmaz satımı işleminde muvazaanın olup olmadığını araştırmakla yükümlü kılındıkları sonucu ortaya çıkmış olsa da, muvazaa açısından bunun pratik bir yararı yoktur³³⁸. Kısacası, noter önünde yapılan taşınmaz satım vaadi, tapu memuru önünde yapılan taşınmaz satımı veya bağışı işleminin muvazaalı olması mümkündür.

C. Aile Hukukuna Dair Hukuki İşlemler

Aile hukukuna dair işlemler, ahlaki ve sosyal önemleri nedeniyle muvazaaya konu olmaz. Aile hukukuna dair işlemlerde, sözleşme özgürlüğü prensibi sınırlandırılmıştır. Aile hukukuna dair işlemler, muvazaalı olarak yapılmış olsa bile geçerli olur ve görünürdeki işlemin ardına gizlenmiş işlem hukuken önemsenmez³³⁹.

Evlat edinmede muvazaa mümkün değildir³⁴⁰. Mahkeme tarafından verilen evlat edinme kararı ile birlikte evlat edinenle evlatlık arasında soybağı ilişkisi kurulmuş olur ve evlatlık, evlat edinenin aile ismini alıp mirasçısı olur. Taraflar, aralarında anlaşarak gerçekte bir evlatlık ilişkisi kurmak istememelerine rağmen sadece böyle bir görünüm yaratmak isteyebilir. Hâkim, önüne gelen böyle bir talepte,

³³⁴ von Tuhr, Peter, **a.g.e.** , s. 295; Esener, **Muvazaa**, s. 30; Kayaoğlu, **a.g.m.** , s. 102; Arsebük, **a.g.e.** , s. 391; Eren, **Borçlar Genel**, s. 412.

³³⁵ Esener, **Muvazaa**, s. 30; Kocayusufoğlu, **Borçlar**, s. 348; Eren, **Borçlar Genel**, s. 412; Cebri açık artırma ile satımda, pey sürenlerden biri, sırf malın bedeli yükselsin diye yüksek fiyat teklif ettiğini ve icra müdürüyle bu hususta anlaşacağını iddia edemez. Hatipoğlu, **a.g.e.** , s. 68.

³³⁶ von Tuhr, Peter, **a.g.e.** , s. 295; Esener, **Muvazaa**, s. 28; Kayaoğlu, **a.g.m.** , s. 165; Arsebük, **a.g.e.** , s. 391; Kocayusufoğlu, **Borçlar**, s. 348; Hatipoğlu, **a.g.e.** , s. 68.

³³⁷ Kanun no: 1512, Kanun Tarihi: 18.01.1972.

³³⁸ Hatipoğlu, **a.g.e.** , s. 68.

³³⁹ Esener, **Muvazaa**, s. 30.

evlatlığın menfaatine aykırı bu durumu tespit edip evlat edinme izni talebini reddetmelidir. Dolayısıyla evlat edinmenin gerçekleşmesinin önüne geçilmiş olur. Yoksa kurulmuş bir evlatlık ilişkisinin muvazaa nedeniyle geçersizliği söz konusu değildir³⁴¹.

Cali evlenmeler de, muvazaa nedeniyle geçersiz kılınmaz. Cali evlenmelerde, evlenme iradesi mevcut değildir. Böyle evlilikler, şekli olup çoğunlukla hilelidir. Özellikle, vatandaşlık kazanmak veya idari nitelikteki tedbirlerden kurtulmak maksadıyla başvuru yapılan cali evlenmeler hakkında, evlendirme memuru önünde yapılan ve kamu hukuku karakteri taşıyan bir işlem olduklarından muvazaa iddia edilemez³⁴². Ancak Yargıtay kararlarında da savunulduğu üzere, cali evlenme yoluyla ulaşılmak istenen amaç gerçekleşmemiş kabul edilecektir.

Mal rejimi sözleşmelerinde muvazaanın mümkün olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Bazı yazarlar, tarafların iradesine dayandığı için mal rejimi

³⁴⁰ von Tuhr, Peter, **a.g.e.** , s. 295; Oser, Schönerberger, **Seçkin**, s. 148; Jäggi, Gauch, Hartmann **a.g.e.** , § 18, Rn. 145; BK OR, Kramer, Schmidlin, **a.g.e.** , § 18, Rn. 154; Esener, **Muvazaa**, s. 30; Kayaoğlu, **a.g.m.** , s. 102; Arsebük, **a.g.e.** , s. 392; Eren, **Borçlar Genel**, s. 412; “Evlat edinme sözleşmesine geçerlilik veren, noterde düzenlenen resmi senettir. Hâkimin izni kamunun vesayetini sağlamak ve bu yolda tarafları olabildiğince dikkate davet etmek için öngörülmüştür. Evlat edinme sözleşmesi yapıldıktan ve sağlığında evlat edinen bu işlemi ve ilişkiyi benimsedikten sonra, ölümü halinde, mirasçılarının şekil eksikliğinden söz ederek sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmeleri, dürüstlük kuralına ters düşer...” Yargıtay 2. HD. E. 1975/7209, K. 1975/8971, T. 24.11.1975, (Erhan Günay, **Mirastan Mal Kaçırma**, 8. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 146’dan naklen).

³⁴¹ Alman İmparatorluk Mahkemesi, evlat edinme işleminin asıl amacının evlat edinenle evlatlık arasında ailevi bir bağ kurmak olduğunu, sadece evlatlığın evlat edinenin ismini taşıması üzerinde taraflar anlaşmışsa, asıl amacın evlatlık ilişkisi kurmak olmadığını belirterek, evlat edinme işleminin muvazaa nedeniyle geçersiz olduğuna karar vermiştir. Esener, **Muvazaa**, s. 31.

³⁴² von Tuhr, Peter, **a.g.e.** , s. 295; Oser, Schönerberger, **Seçkin**, s. 148; Evlilik işleminin butlan sebepleri kanunda sınırlı sayıda sayılmış olup, muvazaa bu sebepler arasında gösterilmemiştir. Esener, **Muvazaa**, s. 39; Kayaoğlu, **a.g.m.** , s. 103; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 348; Eren, **Borçlar Genel**, s. 412; Hatipoğlu, **a.g.e.** , s. 70; Yargıtay 2. HD. E. 1988/5120, K. 1988/6735, T. 23.06.1988, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 04.02.2021; İsviçre Hukukunda 1953’te yapılan kanuni değişiklikle vatandaşlık elde etmek için yapılan cali evlenmeler geçersiz sayılmıştır. BK OR, Kramer, Schmidlin, **a.g.e.** , § 18, Rn. 154; Türk doktrinde baskın görüş, kanuna karşı hile görüşüdür. Buna göre, hâkim evliliği geçerli saymalı fakat evlilikle ulaşılmak istenen amacı geçersiz kılmalıdır. Turgut Akıntürk, Derya Ateş, **Türk Medeni Hukuku-Aile Hukuku**, 23. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, 2021, s. 214; 29.05.2009 tarihli ve 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu m. 16 uyarınca sorun aşılmaya çalışılmıştır. Buna göre, evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının doğrudan kazanılması mümkün değildir. Ancak bir Türk vatandaşı ile en az üç yıldan beri evli olan ve evliliği devam eden yabancılar, Türk vatandaşlığını kazanmak üzere başvuruda bulunabilir. Başvuru sahiplerinde, aile birliği içinde yaşama, evlilik birliği ile bağdaşmayacak bir faaliyette bulunmama, millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmama şartları aranır.

sözleşmesinde muvazaanın mümkün olduğunu savunmaktadır³⁴³. Doktrindeki çoğunluk görüş ise, mal rejimi sözleşmesinin aile hukuku karakteri taşıdığını ve bu yüzden muvazaanın mümkün olmadığını savunmaktadır³⁴⁴. TMK m. 205 uyarınca mal rejimi sözleşmelerinde hâkim onayı aranmamaktadır. Mal rejimi sözleşmeleri noterlerce düzenleme veya onaylama şeklinde yapılabilir. O halde, resmi memurun rolü, inşai nitelikte değildir. Bu yüzden mal rejimi sözleşmelerinde muvazaadan bahsedilebilir. Her ne kadar mal rejimi sözleşmelerinde muvazaadan bahsedilebilse de, TMK ile kabul edilen yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminde kabul edilen esasların tarafların muvazaaya yönelmesini önemli ölçüde engellediği ve mal rejimi sözleşmelerinde muvazaa görülme ihtimalinin çok düşük olduğunu belirtmek gerekir. Mal rejimi sözleşmelerinin dışında boşanmaya bağlı sonuçlara ilişkin sözleşmelerde muvazaa mümkün değildir. Çünkü bu sözleşmelerin geçerliliği, hâkimin onayına bağlıdır³⁴⁵.

³⁴³ Oser, Schönerberger, **Seçkin**, s. 148; Jäggi, Gauch, Hartmann, **a.g.e.** , § 18, Rn. 145; BK OR, Kramer, Schmidlin, **a.g.e.** , § 18, Rn. 154; Eren, **Borçlar Genel**, s. 412.

³⁴⁴ von Tuhr, Peter, **a.g.e.** , s. 295; Hatipoğlu, **a.g.e.** , s. 69; Esener, TMK'dan farklı olarak, MK. m. 173'te yer alan hüküm uyarınca evliliğin devamı sırasında yapılan mal rejimi sözleşmelerinin geçerliliğinin hâkim onayına ihtiyacı olmasından dolayı muvazaadan bahsedilemeyeceğini savunmuştur. Esener, **Muvazaa**, s. 32.

³⁴⁵ Esener, **Muvazaa**, s. 31.

İKİNCİ BÖLÜM

MURİS MUVAZAASI KAVRAMI, UNSURLARI, HÜKÜMLERİ, UYGULAMA ALANI VE BAZI KAVRAMLARLA İLİŞKİSİ

I. MURİS MUVAZAASI KAVRAMI

Uygulama ve doktrinde muris muvazaası şeklinde ifade edilen bu kavramın Türk Hukukunda büyük yeri ve önemi vardır. Muvazaa davalarının büyük bölümü, muris muvazaasına ilişkindir. Buna rağmen hakkında doğrudan kanuni düzenleme bulunmamaktadır.

Muris muvazaası hususunda uygulanan kurallar, TBK m. 19'da düzenlenen borçlar hukuku anlamındaki muvazaa kavramı dışında kalan yönleriyle tamamen yargı kararları sonucunda belirlenmiştir. Bu kuralların bir kısmı üzerinde görüş birliği olsa da birçoğu üzerinde henüz görüş birliği sağlanamamıştır. Hatta bu durum bazen içtihatlarla da yansımış ve içtihatlar hakkındaki eleştirilerin tekrar ele alınması adına İçtihadı Birleştirme Kararları verilmiştir.

Muris muvazaası hususunda en bilinen ve hâlâ tartışılan karar, 1974 tarihli ve 1/2 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'dır. Bu karar, muris muvazaası hususunda uygulanagelen temel ilkeleri belirlemiştir. Bundan sonra verilen diğer kararlarda bu ilkelerden yola çıkılmıştır. Bahsi geçen 1974 tarihli 1/2 sayılı Yargıtay İBK'da belirlenen temel ilkeler şu şekilde özetlenebilir¹: Bir kimsenin; mirasçısını miras hakkından yoksun etmek amacıyla, gerçekte bağışlamak istediği tapu sicilinde kayıtlı taşınmaz malını tapu sicil memuru önünde iradesini satış doğrultusunda açıklayarak devretmesi halinde, saklı pay sahibi olsun ya da olmasın miras hakkı çığnenen tüm mirasçılar, görünürdeki satış sözleşmesinin TBK m. 19'a dayanarak muvazaalı olduğu ve gizli bağış sözleşmesinin de şekil koşulundan yoksun bulunduğu gerekçesiyle dava açabilir. Bu dava hakkı, geçerli sözleşmeler için söz konusu olan TMK m. 565 ve TMK ve 669'de sağlanan tenkis ve denkleştirme

¹ Aynı ilkeler diğer Yargıtay İBK'larda benimsenmiştir. Yargıtay İBK. E. 1986/4, K. 1987/5, T. 22.05.1987; Yargıtay İBK. E. 1989/1, K. 1990/2, T. 16.03.1990, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 24.01.2021; Tüm bu kararların içerikleri yeri geldiğinde aktarılacaktır.

haklarına etkili olmaz. Doktrinde, bahsi geçen ilkeler tartışılmaktadır. Özellikle, saklı paylı olsun veya olmasın tüm mirasçıların muris muvazaası davası açıp açamayacağı ve bu davanın tenkis davası ile ilişkisi hususunda farklı görüşler mevcuttur.

Yargıtay içtihatlarında kabul edilen ilkelere göre, muris muvazaasının tanımı şöyle yapılabilir: Saklı paylı olsun ya da olmasın, mirasçılar tarafından murisin gerçekte kendilerinden mal kaçırmak ve miras hakkından yoksun bırakmak amacı ile yaptığı ve tapuda satış, ölünceye kadar bakma sözleşmesi vb. şeklinde gösterilmiş olan gizli bağış sözleşmelerinin iptali için açılan davadır². Doktrinde Yargıtay'ın yaklaşımları çeşitli yönlerden eleştirilmiştir. Kimi yazarlar, sadece saklı paylı mirasçılara dava hakkı tanırken³, kimi yazarlar ise, yasal mirasçılarının üçüncü kişi konumunda değil külli halef konumunda dava açabileceğini savunmuştur⁴. Doktrindeki farklı yaklaşımları da kapsayacak şekilde şöyle bir tanım daha uygun olabilir: Muris muvazaası, murisin sağlararası tasarruf yoluyla ve mirastan mal kaçırmak amacıyla mirasçılarının biri veya üçüncü kişi ile anlaşarak gerçekleştirdiği muvazaalı işlemin ardına gizlenen bağışlama sözleşmesinin geçersizliğinin tespiti ve tapu kaydının düzeltilmesi için açılan davadır.

Tanımdan yola çıkılarak muris muvazaasının bazı özellikleri ortaya koyulabilir. Öncelikle, muris muvazaası, niteliği itibarıyla nisbi muvazaadır⁵. Muris muvazaasında her zaman bir görünürdeki işlem, bir de gizli işlem vardır. Ayrıca muris muvazaası, tam muvazaa niteliğine sahiptir⁶. Görünürdeki sözleşmenin niteliği tamamen değiştirildiğinden muvazaa, sözleşmenin bütününe ilişkindir. Son olarak, muris muvazaasının konusunu, murisin ölüme bağlı tasarrufları değil, sağlararası tasarrufları oluşturur.

Uygulamada en çok karşılaşılan muvazaalı işlem, murisin sağlığında mirastan mal kaçırmak amacıyla aslında bağış olan işlemi tapuda resmi memur

² Bkz. Talih Uyar, "Yargıtay Kararlarında Muris Muvazaası", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 73, S. 4-5-6, 1999, s. 387.

³ Bkz. s. 218.

⁴ Bkz. s. 214.

⁵ Antalya, *a.g.e.*, s. 358; Özkaya, *a.g.e.*, s. 399; Özügür, *a.g.e.*, s. 525; Hatipoğlu, *a.g.e.*, s. 61.

⁶ Özkaya, *a.g.e.*, s. 399; Sevgi, *a.g.e.*, s. 34.

önünde satış gibi göstermesidir. Bunun yanında ölünceye kadar bakma sözleşmesi düzenlenmesi yoluna başvurularak gerçekte var olan bağış işlemi gizlenmektedir.

II. MURİSİ MUVAZAAYA YÖNELTEN SAİKLER

Muris muvazaası, lehine temlik yapılanda, diğer mirasçılar aleyhine murisin malvarlığının bir kısmı veya tamamının olağan olmayan yollarla aktarılmasıdır⁷. Bu şekilde yapılan temlikler, aile bireyleri arasında var olan sevgi ve saygıyı zedelemekte, insan ilişkilerinde esas olan birbirlerinin hakkına saygı ile bağdaşmamaktadır. Bunun yanında aile içindeki bu ayrımcı tutumlar, murisin ölümünden yıllar sonra bile sürececek büyük ihtilaflara yol açmakta, kardeşleri birbirine düşürmektedir⁸.

Muris muvazaasını daha iyi anlayabilmek için murisi muvazaaya iten saikler incelenmelidir. Muris, değişik neden ve düşüncelerle muvazaalı işleme başvurabilir. Uygulamada gözlemlendiği üzere, ülke ve yörelerin gelenek-görenekleri, toplumsal eğilimler, toplumun zorlamaları, hatta hayatın gerçeklerinin etkisi göz ardı edilemez⁹.

A. Erkek Çocuğa Tanınan Üstünlük

Ülkemizde, özellikle köylerde ve az gelişmiş kentlerde aile ocağını tütüren elemanlar olarak kabul edilen erkek çocuklar, babalarının mal varlığının tümüne veya ona yakın bölümüne sahip kılınmak istenir¹⁰. Bu yerlerde baba, herhangi

⁷ Fuat Topdemir, “Miras Bırakanın Mirasçılardan Mal Kaçırma Amacıyla Yaptığı Muvazaalı İşlemlere Karşı Başvuru Yolları”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul 1995, s. 15; Sevgi, olağan olmayan yolları hukuka aykırı yollar olarak aktarmıştır. Burada kullanılan “hukuka aykırı” ifadesi, geçersizlik nedeni kabul edilen “hukuku aykırılık” olmasa gerekir. Sevgi, **a.g.e.**, s. 42.

⁸ Topdemir, **a.g.e.**, s. 15; Sevgi, **a.g.e.**, s. 42.

⁹ Özkaya, **a.g.e.**, s. 399.

¹⁰ Şener, **a.g.e.**, s. 540; Özkaya, **a.g.e.**, s. 442; Özüğür, **a.g.e.**, s. 534; Sevgi, **a.g.e.**, s. 40; Manolya Balaban Evirgen, “Taşınmaz Mülkiyetinin Devrinde Miras Bırakanın Muvazaası”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı, İstanbul, 2014, s. 44; Esra Eviz, **Muris Muvazaası**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 65; Merve Arslantürk, “Muris Muvazaası”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, 2019, s. 53; Gözde Akcan, “Muris Muvazaası”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2019, s. 25; Sıddıka

çocuğu arasında ayırım yapmak istemese bile, bazen çevre, bazen babalarından kalan malvarlığına ayrıcalıklı sahip olabilmek isteyen erkek çocuklar, onu bu yola iter¹¹.

Dini ve ekonomik nedenler, erkek çocukların kız çocuklarına göre üstün tutulması sonucunu doğurur¹². İslam fıkında yer alan kurala göre, erkek çocuğa iki, kız çocuğa bir miras hakkı tanınır. Bunun sonucu olarak da, toplumun dindar kesiminde –günümüzde geçmişe göre aynı yoğunlukta olmasa da- böyle bir yaklaşım benimsenebilmektedir. Aslına bakılırsa, erkek çocuğa tanınan bu üstünlük çoğunlukla ekonomik nedene dayanır¹³. Muris, fiili olarak malvarlığının damatlara geçmesini istemediğinden dolayı kızlarına mal kalmaması için erkek çocuklarına kimi zaman muvazaalı işlemlerle mallarını sağlığındayken devreder¹⁴. Böylelikle malvarlığının yönetimi ve ailenin koruyuculuğu erkek çocuk eliyle devam eder¹⁵.

Yukarıda bahsedilen nedenlerle, muris, sağlığında iken muvazaalı işlemler yoluyla malvarlığını erkek çocuğa veya birden fazla erkek çocuğu varsa bunlardan en gözde olanına devreder¹⁶. Sanki bir bedel karşılığı yapılmış gibi gösterilen bu devirler aslında bağış niteliğindedir. Böylelikle, toplumda yerleşik yanlış anlayıştan dolayı kız çocuğunun sahip olduğu miras hakkından mahrum bırakılması sonucu ortaya çıkar¹⁷.

İncedal Denizhan, “Miras Hukukunda Muvazaalı İşlemler ve Tabi Olduğu Hükümler”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2019, s. 30; Onur İnci, “Yargıtay Uygulamasında Muris Muvazaası”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2019, s. 48.

¹¹ Şener, **a.g.e.**, s. 540; Sungurbey, **Danışıklı İşlemler**, s. 16.

¹² Özüğür, **a.g.e.**, s. 534; N. Yavuz, **a.g.e.**, s. 57; Topdemir, **a.g.e.**, s. 15; Sevgi, **a.g.e.**, s. 40.

¹³ 70’li yıllara kadar turizm açısından gelişmemiş olan Ege ve Akdeniz kıyılarındaki bölgelerde, denize yakın bulunan çorak topraklar kız çocuklarına bırakılırken, erkek çocuklarına denizden uzak bereketli topraklar miras bırakılmaktaydı. Böylelikle erkek evlat ekonomik anlamda daha güçlü konuma yerleştirilmekteydi. Turizm patlaması ile birlikte çorak arazilerin değeri kat be kat arttı ve damatlar daha zengin oldu. Bu durum, bu yörelerde hep anlatılagelir.

¹⁴ Sungurbey, **Danışıklı İşlemler**, s. 16; Topdemir, **a.g.e.**, s. 8, 14.

¹⁵ Sungurbey, **Danışıklı İşlemler**, s. 16.

¹⁶ Şener, **a.g.e.**, s. 540.

¹⁷ “...miras bırakanın kız evlatlarını dışlamak suretiyle çekişmeli taşınmazları erkek çocukları olan davalılara nakletmek irade ve amacını taşıdığı sonucuna varılmaktadır.” Yargıtay 1. HD. E. 2004/5895, K. 2004/6375, T. 01.04.2004, (Sevgi, **a.g.e.**, s. 41, dn. 212’den naklen); “Mirasbırakanın amacının kız çocukları davacılarından mal kaçırmak olduğundan davanın kabulü gerekir.” Yargıtay 1. HD. E. 2013/12009, K. 2013/15491, T. 08.11.2013, (Özüğür, **a.g.e.**, s. 552’den naklen); Yargıtay 1.

B. İkinci veya Son Eş Faktörü

Murisin ikinci eşine veya ikiden fazla evlenmişse son eşine çeşitli yollarla malvarlığı aktardığı ve böylece önceki eş veya önceki eşlerinden olan çocuklarının miras haklarını zedelediği sıklıkla görülür¹⁸. Muris, son eşinin yanı sıra ondan olma çocuklarına da diğer eşlerinden olma çocuklarına göre bir üstünlük tanıyabilir. Böyle durumlarda muris, son eşinden olma çocuklarına bazen doğrudan doğruya mal devretmeyip eşi adına parasını verip mal satın almaktadır¹⁹.

C. Zayıf Durumdaki Mirasçının Güçlendirilmesi

Muris, bazen ekonomik bağımsızlıklarını elde etmiş mirasçılarına karşı, maddi bakımdan zayıf konumda bulunan, henüz bir iş kuramamış veya kurmakta olan mirasçılarına, onları koruyup kollamak ve güçlendirmek için muvazaalı temliklerde bulunur²⁰.

D. Murisin Yaşlılığında veya Ölümüne Yakın Muvazaalı Devir İşlemi Gerçekleştirilmesi

Yaşlı, hasta, sağlıklı düşünme yeteneği azalmış ve başkalarının bakımına muhtaç halde yaşayan muris, kendini güçsüz hissettiği ölümüne yakın bu dönemde yakınında bulunan kişilerin telkin ve zorlamaları ile muvazaalı işlemlere başvurabilir²¹. Lehine devir yapılan kişi, murisi, diğer yasal mirasçılar ile görüştürmeyerek baskı altına almış olabilir. Özellikle çocuğu bulunmayan bir muris,

HD. E. 2015/17166, K. 2016/1878, T. 18.02.2016, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 03.02.2021.

¹⁸ Şener, **a.g.e.** , s. 540; Özkaya, **a.g.e.** , s. 442; Özüğür, **a.g.e.** , s. 534; Topdemir, **a.g.e.** , s. 8; Sevgi, **a.g.e.** , s. 41; Balaban Evirgen, **a.g.e.** , s. 45; Eviz, **a.g.e.** , s. 67; Arslantürk, **a.g.e.** , s. 53; Akcan, **a.g.e.** , s. 24; İncedal Denizhan, **a.g.e.** , s. 31; İnci, **a.g.e.** , s. 49.

¹⁹ Şener, **a.g.e.** , s. 540.

²⁰ Özüğür, **a.g.e.** , s. 534; N. Yavuz, **a.g.e.** , s. 58; Topdemir, **a.g.e.** , s. 9, 15; Sevgi, **a.g.e.** , s. 41; Balaban Evirgen, **a.g.e.** , s. 45; Arslantürk, **a.g.e.** , s. 54; Akcan, **a.g.e.** , s. 26; İncedal Denizhan, **a.g.e.** , s. 31; İnci, **a.g.e.** , s. 50.

²¹ Sungurbey, **Danışıklı İşlemler**, s. 17; Özkaya, **a.g.e.** , s. 442; Özüğür, **a.g.e.** , s. 534; N. Yavuz, **a.g.e.** , s. 57; Topdemir, **a.g.e.** , s. 8, 14; Sevgi, **a.g.e.** , s. 40; Balaban Evirgen, **a.g.e.** , s. 44; Eviz, **a.g.e.** , s. 64; Arslantürk, **a.g.e.** , s. 51; Akcan, **a.g.e.** , s. 22; İncedal Denizhan, **a.g.e.** , s. 30; İnci, **a.g.e.** , s. 47; Yargıtay kararına konu olan bir olayda temlik ile ölüm arasında üç günlük bir süre bulunmaktadır. Yargıtay 1. HD. E. 1975/9174, K. 1975/9303, T. 14.10.1975, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 26.09.2016.

beraber yaşadığı yeğeni, kardeşi veya yasal mirasçısı olmayan üçüncü kişi lehine onun haksız nüfuzu ve etkisi altında kalarak muvazaalı devir gerçekleştirebilir.

E. Psikolojik Etkenler

Muris, bazı aile içi ve dışı psikolojik etkenler, sevmeye, kızmaya, küskünlük gibi nedenlerle muvazaalı devirlerde bulunabilir.

Muris, kendisine olumlu yaklaşan kimselere minnet duygusu besleyebilir ve kendisine bakan, ilgilenen, güç kaynağı olarak gördüğü kimselere muvazaalı devirler gerçekleştirebilir²².

Muris, bazı hallerde sevdiği mirasçısını, kızdığı veya kırıldığı mirasçısına tercih ederek muvazaalı devirler gerçekleştirebilir²³. Örneğin, kız çocuklarının istek dışı evlenmeleri, babalarının kinle davranmasına yol açabilir²⁴.

III. MURİS MUVAZAASININ UNSURLARI

Muris muvazaası, çalışmamızın ilk bölümünde bahsettiğimiz muvazaanın üç ana unsurunu taşımaktadır. İrade ile beyan arasında oluşturulan kasıtlı uygunsuzluk ile muvazaa anlaşmasını aynı başlık altında vereceğiz. Üçüncü kişileri aldatma niyetini ise, mirasçıları aldatmak suretiyle mirastan mal kaçırma amacı şeklinde irdedeceğiz. Bunun yanında muris muvazaası, nisbi muvazaanın bir görünümü olduğundan görünürdeki ve gizli işlemi ayrı birer unsur olarak birlikte inceleyeceğiz.

²² Özkaya, **a.g.e.** , s. 442; Özüğür, **a.g.e.** , s. 534; N. Yavuz, **a.g.e.** , s. 58; Topdemir, **a.g.e.** , s. 9; Sevgi, **a.g.e.** , s. 41; Balaban Evirgen, **a.g.e.** , s. 46; Eviz, **a.g.e.** , s. 68; Arslantürk, **a.g.e.** , s. 54. Akcan, **a.g.e.** , s. 27; İncedal Denizhan, **a.g.e.** , s. 31; İnci, **a.g.e.** , s. 50.

²³ Özkaya, **a.g.e.** , s. 442; Topdemir, **a.g.e.** , s. 15; Sevgi, **a.g.e.** , s. 41.

²⁴ Şener, **a.g.e.** , s. 540; Yargıtay kararına konu olan olayda, muris Kırkor, kızının Müslüman Türk biri ile evlenmesini sindiremeyerek taşınmazını yeğeni Hayganoş'a bağışladığı halde tapuda satım olarak göstermiştir. Yargıtay 1. HD. E. 1981/441, K. 1981/6123, T. 05.05.1981, (Sevgi, **a.g.e.** , s. 41'den naklen); Bir başka davada muris, istemediği evlilik yapan kızını/oğlunu mirastan mahrum etmek için muvazaalı ölünceye kadar bakma sözleşmesi yapmıştır. Yargıtay 1. HD. E. 1996/15532, K. 1997/215, T. 20.01.1997, (Uyar, **Muris Muvazaası**, s. 391'den naklen).

Böylelikle Yargıtay'ın bahsettiği şekilde muris muvazaasını dört ana unsur halinde incelemiş olacağız²⁵.

A. Muvazaa Hususunda Anlaşma ve Tarafların İrade ile Beyan Arasında Kasıtlı Uygunsuzluk Yaratmaları

Muris muvazaasındaki muvazaa anlaşması, muris ile karşı tarafın mirasçıları aldatma niyeti içerisinde bulunarak görünürdeki işlemin aslında hüküm doğurmadığı ve kendi aralarında aslında hüküm doğuran işlemin gizli bağış olduğu hususunda anlaşmalarıdır²⁶.

Daha önce belirtildiği üzere, muvazaa anlaşması herhangi şekle tabi değildir. Görünürdeki işlem şekil şartına tabi olsa bile, muvazaa anlaşmasının sözlü veya adi yazılı şekilde yapılmasında sakınca yoktur²⁷. Muvazaa anlaşması, en geç görünürdeki işlem ile aynı anda yapılmalıdır.

Muris muvazaası, tam muvazaa olduğundan muris, sadece satım sözleşmesindeki satım bedelini düşük göstermişse, bu tür muvazaa, muris muvazaasına konu edilmez. Yargıtay, her somut olayda ayrıca araştırma yapılmak kaydıyla, bedel muvazaasında sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesini TMK m. 2'ye aykırı kabul ettiğinden sözleşme geçerli sayılır. Bu durumda mirasçılar, ancak şartları gerçekleşmişse, tenkis davası açabilir²⁸. Buna karşın sözleşmedeki bedel sembolikse, bir başka deyişle, satım değil de gizli bağış iradesi mevcutsa, artık sözleşmenin niteliğinde muvazaanın varlığı söz konusu olur²⁹.

²⁵ “Muris muvazaası, dört unsurdan oluşur: 1- Miras bırakanın, mirasçısından mal kaçırmak için karşı tarafla anlaşarak gerçek iradesine uygun düşmeyecek ve sonuç doğurmayacak biçimde düzenlediği, tarafların aralarında düzenledikleri muvazaa anlaşması ile geçersiz olduğunu kabul ettikleri görünüşteki sözleşme, 2- Mirasçıların aldatma kastı, (...) 3- Miras bırakan ile karşı taraf arasındaki görünüşte yapılan sözleşmenin niteliğini değiştiren, hiçbir şekil şartına bağlı olmayan, tarafların beyanları ile iradeleri arasında bilerek meydana getirdikleri uyumsuzluğu açıklayan muvazaa anlaşması, 4- Miras bırakan ile karşı tarafın gerçek iradelerine uygun olan ancak saklanan ve genellikle bağış şeklinde yapılan gizli sözleşme...” Yargıtay HGK. E. 2011/4-359, K. 2011/405, T. 08.06.2011, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 23.01.2021.

²⁶ Özkaya, **a.g.e.**, s. 406; Özügür, **a.g.e.**, s. 526; Sevgi, **a.g.e.**, s. 34.

²⁷ Akcan, **a.g.e.**, s. 11; İncedal Denizhan, **a.g.e.**, s. 23.

²⁸ Özkaya, **a.g.e.**, s. 406; Sevgi, **a.g.e.**, s. 34.

²⁹ Bu durumu karma bağışlamadan ayırmak gereklidir. Bkz. s. 161 vd.

Muris muvazaasında, muris ile karşı taraf, irade ile beyan arasında kasıtlı uygunsuzluk yaratma hususunda anlaşmışlardır. İrade ile beyan arasında oluşturulan bu uygunsuzluk halinde, tarafların gerçek iradelerinin göz önünde bulundurulması gerekir. Yani, murisin sağlararası muvazaalı temlikleri karşısında mirasçılardan muvazaanın tespiti istemiyle açtıkları davada murisin iradesi göz önünde bulundurulmak üzere çözüme varılmalıdır. Borçlar hukuku anlamındaki bu sonucun miras hukuku anlamında nelere karşılık geldiği ayrı bir başlığın altında ileride incelenecektir.

B. Mirastan Mal Kaçırma Amacı

1. Genel Olarak

Muvazaanın unsurlarından biri, üçüncü kişileri aldatma niyetidir. Yargıtay kararlarında muris muvazaasındaki aldatma niyeti, mirastan mal kaçırma amacı anlamında kullanılmaktadır. Buna göre, muris muvazaasında murisin bağış işlemini mirasçılardan gizlemesi yoluyla mirastan mal kaçırması söz konusu olup buradaki aldatma niyeti TBK'daki hile kurumundan farklıdır. Hilede bir taraf, sözleşmenin karşı tarafını aldatırken, muris muvazaasında muris, sözleşmenin karşı tarafını aldatmaz, mirasçılardan bağış işlemini gizleyerek mirastan mal kaçırmak. Buradaki mal kaçırma amacı, mirasçılara zarar verme anlamı taşımayıp bağış işleminin muvazaalı işlem ardına gizlenmesi ile mirasçılardan bu işlemi saklamaktır. Yargıtay kararlarında üçüncü kişi konumunda kabul ettiği mirasçılardan aldatılması ile ilişkilendirilerek mirastan mal kaçırma amacından bahsedilse de, kanaatimizce, tasarruf özgürlüğü içerisinde murisin yaptığı bağışlamaların saklı payı zedelemeyen kısmı için mirastan mal kaçırma amacından bahsetmek, murisin tasarruf özgürlüğü ile çelişir. Yine de bu konudaki tartışmaları tezimizin ilerideki bölümlerine bırakarak murisin mirastan mal kaçırma amacını Yargıtay kararları ve doktrindeki görüşler ışığında bu bölümde inceleyeceğiz.

Bilindiği üzere, muvazaalı işlemlerdeki taraf iradelerinin yorumlanmasında irade teorisi uygulanır. Böylelikle tarafların iradelerinin muvazaalı bir işlem mi yoksa geçerli bir işlem mi kurmak yönünde olduğu belirlenebilir. Aynı şekilde muris

muvaazaasında, murisin asıl iradesinin ne olduğu hiçbir duraksamaya yer vermeyecek şekilde ortaya konmalıdır. Murisin mal kaçıırma amacının olup olmadığı her somut olayda ayrıca irdelenmelidir. Murisin mal kaçıırma amacının olmadığı muvaazaalı işlemlerde, muris muvaazaası oluşmaz. Örneğin, murisin mirasçılar arasında paylaşırma amacının olması, ivaz karşılığı devir amacının olması halinde mirastan mal kaçıırma amacı bulunmadığından muris muvaazaası oluşmaz³⁰.

2. Mirastan Mal Kaçıırma Amacı ve Mirasçı Sıfatı

Yargıtay kararlarına göre muris muvaazaasını ileri sürebilecek üçüncü kişilerin mirasçı sıfatına sahip olması gereklidir. Mirasçı dışında üçüncü kişilerin aldatılması, mirastan mal kaçıırma anlamına gelmez ve muris muvaazaasına neden olmaz³¹.

Muris, muvaazaalı işlemi mirasçılardan biri veya birkaçı ile yapmışsa, öteki mirasçıları; mirasçı olmayan kimse veya kimselerle yapmışsa, tüm mirasçıları aldatma niyeti ile hareket etmiş sayılır³².

Murise karşı açılan muvaazaa davasına mirasçının külli halef olarak devam etmesi, o davaya muris muvaazaası niteliği kazandırmaz³³. Unutulmamalıdır ki, muris muvaazaası nedenine dayalı dava, kendi miras hakkına dayanan üçüncü kişi konumundaki mirasçılar tarafından açılır. Üçüncü kişi konumunda yer alan mirasçıların saklı pay sahibi olmalarının gerekip gerekmediği hususu doktrinde tartışmalı iken³⁴, Yargıtay, saklı pay sahibi olsun veya olmasın tüm mirasçıları bu

³⁰ Bkz. s. 157 vd.

³¹ Yargıtay 1. HD. E. 2000/1418, K. 2000/1558, T. 16.02.2000, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 01.02.2021; Yargıtay 1. HD. E. 2019/2037, K. 2020/6461, T. 03.12.2020, (Çevrimiçi) Yargıtay Bilgi Bankası, 01.02.2021.

³² Özkaya, **a.g.e.**, s. 402.

³³ Yargıtay 1. HD. E. 2000/1418, K. 2000/1558, T. 16.02.2000, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 01.02.2021.

³⁴ Bir görüşe göre, aldatılan mirasçılar sadece saklı paylı mirasçılar değil, tüm mirasçılardır. Çünkü miras hakkı, Anayasa m. 35 koruması altında bulunan ve kişiye doğrudan doğruya tanınmış bir haktır. Saklı pay ise, miras hakkının murisin üzerinde tasarrufta bulunamayacağı bir bölümünden başka bir şey değildir. Murisin saklı paylı mirasçısının bulunmaması veya tasarruf oranının içinde kazandırma yapmış olması, tasarrufun murisin miras hakkına zarar verme ortak amacıyla ve bu uğurda bilinçli bir iş birliğiyle yapılmış olduğu gerçeğini değiştirmez. Sungurbey, **Danışıklı İşlemler**, s. 29-30; Kanaatimizce, bu görüşün eleştirilmesi gereken temel noktası, mirasçıların muris ve iş birliği

kategoride değerlendirmektedir³⁵. Kanaatimizce, tüm mirasçılarının değil saklı paylı mirasçılarının aldatılması söz konusudur. Çünkü muris sağlığında iken geçerli bir tasarruf işlemi ile bağışta bulunabilirdi. Ancak tenkis hükümlerinden kaçmak için bu yola başvurmuştur³⁶. Bu durumda onun kaçındığı hükümlere başvurabilme hakkına sahip mirasçılardan ve bu suretle mirastan mal kaçırma amacı söz konusudur. Bunlar da saklı paylı mirasçılardır. Murisin saklı paylı mirasçılar dışında kalan yasal mirasçılardan mal kaçırma amacı taşımasına gerek yoktur. Çünkü onların miras payları üzerinde serbestçe tasarruf hakkına sahiptir.

Yargıtay kararları ışığında baktığımızda, muris muvazaasına dayanarak dava açan kimse, her şeyden önce mirasçı sıfatına sahip olmalıdır. Mirasçı olmanın birinci şartı, TMK m. 580 uyarınca murisin ölümü anında sağ olmaktır. Murisin ölümünden önce veya aynı anda ölenler, mirasçı olamaz³⁷. Murisin ölümü anında hayatta olmayan yasal mirasçılarının miras hakkı alt soyuna geçer; altsoyu yoksa diğer mirasçılar bundan faydalanır³⁸. Murisin ölümü anında sağ olma kuralının önemli istisnası cenindir³⁹. Türk Hukukunda kişiliğin kazanılması hali TMK'da

içerisinde bulunduğu karşı tarafça zarara uğratıldığının sanılmasıdır. Öncelikle, muvazaada kural olarak, üçüncü kişiye zarar verme amacı değil, onlara aldatıcı görünüş yaratmak söz konusudur. Aldatıcı görünüş ortadan kaldırıldığında üçüncü kişilerin hakkı da korunmuş olur. Örneğin, alacaklılardan mal kaçırmak amacıyla yapılan temlik geçersiz kılındığında alacaklılar, alacağını daha rahat tahsil edebilir. Eğer üçüncü kişilere zarar verme kastı da var ise, bu durum ayrıca bir haksız fiil teşkil eder ki buna ahlaka aykırı fiil nedeniyle zarar verme kastı içerisinde hareket edilmesi denilir. Fakat bunun için öncelikle üçüncü kişilerin uğradığı bir zarar olmalıdır. Saklı paylı olmayan mirasçılarının payı üzerinde serbestçe tasarruf imkânı bulunan murisin hangi fiili bahsi geçen mirasçılarının zarara uğramasına neden olduğu açıklamaya muhtaçtır. Katıldığımız görüşe benzer şekilde saklı pay dışındaki mirasçıları üçüncü kişi konumunda kabul etmeyen görüşü canlandıran yazar için bkz. Yaşar Karayalçın, "Mirasçının Muvazaa Nedeniyle İptal Davası Açma Hakkı Var Mıdır?" **Yargıtay Dergisi Özel Sayı**, C. 15, S. 1-4, s. 326-329.

³⁵ 1974 tarih ve 1/2 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ve ardından verilen diğer kararlar, bu yöndedir. Bu konunun üzerinde ileride daha detaylı ve atıflarıyla birlikte durulacaktır. Bkz. s. 211 vd.

³⁶ Benzer ifadeler için bkz. Aybay, Hatemi, **a.g.e.**, s.162.

³⁷ Tuor, Schnyder, Schmid, Jungo, **a.g.e.**, s. 887; Basler Kommentar, **Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB und Art 1-61 SchlT ZGB**, (Herausgeber: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Thomas Geiser), 4. Auflage, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2011, § 539, Rn. 1; Ayiter, **a.g.e.**, s. 153-154; Kocayusufpaşaoğlu, **Miras**, s. 526; Esat Şener, **Miras Hukuku, Birinci Kitap**, Ankara, Olgaç Matbaası, 1977, s. 174-175; İnan, Ertaş, Albaş, **a.g.e.**, s. 465; İmre, Erman, **a.g.e.**, s. 305; Dural, Öz, **a.g.e.**, s. 363; Kılıçoğlu, **Miras**, s. 274; Serozan, Engin, **a.g.e.**, s. 461; Mehmet Ayan, **Miras Hukuku**, 10. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2020, s. 299; Antalya, Sağlam, **a.g.e.**, s. 377.

³⁸ Ayiter, **a.g.e.**, s. 154; Kocayusufpaşaoğlu, **Miras**, s. 527; Şener, **a.g.e.**, s. 180; İnan, Ertaş, Albaş, **a.g.e.**, s. 464; İmre, Erman, **a.g.e.**, s. 306; Dural, Öz, **a.g.e.**, s. 363; Hatemi, **Miras**, s. 148; Serozan, Engin, **a.g.e.**, s. 461; Ayan, **Miras**, s. 299; Antalya, Sağlam, **a.g.e.**, s. 377.

³⁹ Sperm ve yumurtanın döllemesinden sonra doğumdan önce insanın anne karnında büyümesi ve gelişmesi gerekir. İşte bu evrede, anne karnındaki varlığa cenin denir. Ergun Özsunay, "Rights of

belirlenmiştir. TMK m. 28/1 gereği “*Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümle sona erer.*” Dolayısıyla bizim hukukumuzda kişilik doğumla kazanılmaktadır. Fakat sağ ve tam doğan çocuğun anne karnındayken hak ehliyetinin kendisine tanınması ile kazanabileceği haklardan mahrum kalmaması için kişilik geçmişe etkili olarak düzenlenmiştir. TMK m. 28/2’ye göre; “*Çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder.*” Dolayısıyla cenin, mirasçılık açısından sağ ve tam doğum geciktirici şartına bağlı olarak hak ehliyetini anne rahmine düştüğü andan itibaren kazanır⁴⁰. Murisin ölümü

Embryo and Foetus in Private Law”, **Convergence of Legal Systems in the 21st Century, General Reports Delivered at the XVth International Congress of Comparative Law**, Brisbane, Australia, 14-21 July 2002, Extrait, Bruxelles 2006, s. 1277; Ceninin, hamileliğin ilk aylarında henüz organlarının oluşmadığı evresine embriyo; organlarının oluşmaya başlayıp az çok insan şeklini aldığı evresine de fetüs denir. Özsunay, **Embryo**, s. 1277; Tülay Aydın Ünver, **Ceninin Hukuki Konumu**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s. 9; Leyla Müjde Kurt, “Ceninin Mal Varlığı Hakları”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2, S. 1, 2011, s. 180.

⁴⁰ TMK’deki hüküm gereğince, muris öldüğü sırada cenin anne rahmine düşmüş ise, murise mirasçı olabilir. Bu hüküm tüpteki embriyonun mirasçılığı açısından tartışma doğurmaktadır. Bir görüşe göre, murisin ölümü sırasında henüz anne rahmi duvarına tutunma yani nidasyon gerçekleşmediği için tüpteki embriyo mirasçı olamaz. Haluk Nami Nomer, “Sunı Döllenme Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri”, **M. Kemal Oğuzman Anısına Armağan**, İstanbul, 2000, s. 580-581; Benzer görüş için bkz. Julius von Staudinger, Gerhard Otte, **Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 5. Erbrecht, Einleitung§ 1922-1966**, Neuauflage von Wolfgang Marotzke, Gerhard Otte, Olaf Werner, Berlin, Sellier-de Gruyter, 2000, § 1923, Rn. 29; Bir diğer görüş ise, bu hükmün yapay döllenme hususunu içermediğini, burada kanun boşluğunun var olduğunu ve tüpteki embriyonun hak ehliyetini ve dolayısıyla mirasçı sıfatını kazanıp kazanmadığının döllenme anına göre belirlenmesi gerektiğini savunmaktadır. Serozan, Engin, **a.g.e.**, s. 115; Aydın Ünver, **a.g.e.**, s. 59; Kurt, **a.g.m.**, s. 186; Eşitlik ilkesi gereği, hayata gelmek şartıyla tüpteki embriyonun doğmuş çocuklar gibi mirasçı olması sağlanmalıdır. Brox, **ErbR**, Rn. 9; Benzer yaklaşım için bkz. MüKo BGB, Leipold, **BGB Band 9: Erbrecht (§§ 1922-2385), BeurkG (§§27-35)**, (Herausgeber: Sybille Kessal-Wulf, Christoph Ann, Thomas Gergen, et al.), 6. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2013, § 1923, Rn. 17; Avusturya Hukukunda hâkim olan görüş, tüpteki embriyonun mirasçı kılınması yönündedir. Bernhard Eccher, **Bürgerliches Recht, Band IV: Erbrecht**, (Herausgeber: Peter Apathy), 4. Auflage, Wien, Springer Verlag, 2010, s. 17; Christiane Wendehorst, “Intestate Succession in Austria”, **Comparative Succession Law, Volume II: Intestate Succession**, Ed: Kenneth G. C. Reid, Marius J. De Waal, Reinhard Zimmermann, Oxford University Press, 2015, s. 168; Kanaatimiz ise, şöyledir: Tüpteki embriyo, potansiyel insan adayıdır. Canlılığının anne rahmine implante ile aktive edilmesi gerekir. Bir başka deyiş ile nidasyon anından itibaren kişilik başlamalıdır. Embriyonun tüpte iken henüz hak ehliyetine sahip olmaması nedeniyle anne ve babasının kişilik değerlerinin uzantısı olarak korunması gereklidir. Ayrıca insan onuruna yakışır koruma sağlama amacıyla bir şekilde tam ve sağ doğum gerçekleştikten sonra kazanılan kişiliğin tüpteki safhaya yansıtılması gerekir. Özsunay, tüpteki embriyonun üreme hücresi sahiplerinin kişilik değeri olduğunu, bunun yanında potansiyel bir hukuk öznesi olarak saygıyı (insan onuruna saygı anlamında) hak ettiğini söyler. Bkz. Özsunay, **Embryo**, s. 1386. Kişiliğin yansıtılmasının sonucu olarak tüpteki embriyo, murise yasal mirasçı olur. Yani, tüpteki embriyo, murisin ölümü anında anne rahmine implante edilsin veya edilmesin yasal mirasçı sıfatına sahip olmalıdır. Diğer gerekçeler için bkz. Öztürk Aydın, “Homolog Döllenme Yoluyla Elde Edilen Tüpteki Embriyonun Yasal Mirasçılığı”, **Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, C. I**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2016, s. 358 vd.

anında ceninin varlığı, mirasın paylaşılmasını ertelenmesine neden olur⁴¹. Bu açıklamalar ışığında denilebilir ki, cenin, muris muvazaası nedenine dayalı talepte bulunabilir⁴².

Mirasçı olmanın ikinci şartı, mirasçı olma ehliyetidir. Mirasçı olma ehliyeti, hak ehliyetinin miras hukukundaki görünümüdür. Buna göre, her insan yaşadığı sürece hak ehliyetine sahip olduğundan, murisin ölümünde sağ olan kişi, daima mirasçı olma ehliyetine sahiptir. Buna karşın, hukuken kişi sayılmayan varlıklar, mirasçı olma ehliyetine sahip değildir. Örneğin, hayvanlar, bitkiler, cansız varlıklar, hukuken kişi olmadıkların asla mirasçı olamaz⁴³. Hukuken kişi olan herkesin mirasçı olma ehliyetine sahip olmasının tek istisnası tüzel kişilerdir. Buna göre, devlet hariç tüzel kişiler yasal mirasçı olamaz⁴⁴.

Mirasçı olmanın üçüncü şartı, mirastan yoksun olmamaktır. TMK m. 578’te yer alan nedenlerin varlığı durumunda, mirastan yoksunluk hali ortaya çıkar. Buna göre, “1. Mirasbırakanı kasten ve hukuka aykırı olarak öldüren veya öldürmeye teşebbüs edenler, 2. Mirasbırakanı kasten ve hukuka aykırı olarak sürekli şekilde ölüme bağlı tasarruf yapamayacak duruma getirenler, 3. Mirasbırakanın ölüme bağlı bir tasarruf yapmasını veya böyle bir tasarruftan dönmesini aldatma, zorlama veya korkutma yoluyla sağlayanlar ve engelleyenler, 4. Mirasbırakanın artık yeniden yapamayacağı bir durumda ve zamanda ölüme bağlı bir tasarrufu kasten ve hukuka aykırı olarak ortadan kaldıranlar veya bozanlar” mirastan yoksun kalır. Mirastan

⁴¹ TMK m. 643/1: “Mirasın açıldığı tarihte, mirasçı olabilecek bir cenin varsa paylaşma doğuma kadar ertelenir.” Bu hüküm emredici niteliktedir. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **Miras**, s. 681; Şener, **a.g.e.**, s. 180; İnan, Ertaş, Albaş, **a.g.e.**, s. 466; İmre, Erman, **a.g.e.**, s. 476; Dural, Öz, **a.g.e.**, s. 485; Tüpteki embriyonun varlığının mirasın açılmasını erteleyip ertelemeyeceği tartışmalıdır. Kişiliği geçmişe etkili olarak döllenme anından itibaren başlatan görüş uyarınca aynı sonuç tüpteki embriyo için de geçerlidir. Serozan, Engin, **a.g.e.**, s. 461; Aydın Ünver, **a.g.e.**, s. 63; Kanaatimizce, mirasın paylaşılması için dondurulmuş embriyonun doğumunun beklenmesi gerekmez. Çünkü tüpteki embriyonun ne zaman anne rahmine yerleştirileceği belirsizdir. Bu yüzden, bu belirsizliğin ortadan kalktığı ve tüpteki embriyonun potansiyel insan adaylığının aktive edildiği andan itibaren mirasın paylaşılması ertelenebilir. Aynı doğrultuda görüş için bkz. Kurt, **a.g.m.**, s. 200.

⁴² Tüpteki embriyo açısından da aynı sonuca varılabilir.

⁴³ Ayiter, **a.g.e.**, s. 166; Kocayusufpaşaoğlu, **Miras**, s. 529; Şener, **a.g.e.**, s. 183; İnan, Ertaş, Albaş, **a.g.e.**, s. 468; İmre, Erman, **a.g.e.**, s. 307; Dural, Öz, **a.g.e.**, s. 365; Kılıçoğlu, **Miras**, s. 275; Serozan, Engin, **a.g.e.**, s. 462; Ayan, **Miras**, s. 299; Antalya, Sağlam, **a.g.e.**, s. 377.

⁴⁴ Tuor, Schnyder, Schmid, Jungo, **a.g.e.**, s. 888; BSK ZGB; Schwander, **a.g.e.**, § 539, Rn. 10; Kocayusufpaşaoğlu, **Miras**, s. 524; Şener, **a.g.e.**, s. 182; İnan, Ertaş, Albaş, **a.g.e.**, s. 469; İmre, Erman, **a.g.e.**, s. 307; Dural, Öz, **a.g.e.**, s. 365; Hatemi, **Miras**, s. 146; Serozan, Engin, **a.g.e.**, s. 463; Antalya, Sağlam, **a.g.e.**, s. 377.

yoksunluk nedenleri, kendiliğinden hüküm ifade eder ve mirasçı olma ehliyeti ortadan kalkar⁴⁵. Kişinin mirasçılık sıfatı ortadan kalkacağı için muris muvazaası nedenine dayalı hak iddia edemez ancak yerine geçen altsoyun bu davayı açma hakkı vardır.

Muris muvazaasını ileri sürebilmesi için mirasçının mirasın açıldığı anda mirasçı sıfatını taşıması gerekir. Yani, muvazaalı devrin yapıldığı anda mirasçı olsa dahi, kişi, mirasın açıldığı anda mirasçı sıfatı taşımıyorsa, muris muvazaasına dayalı dava hakkı bulunmaz. Dolayısıyla, mirastan feragat sözleşmesi yapmış olan mirasçı, miras hakkından feragat ettiği için buna dayalı olarak muvazaa davası açma hakkını da kaybetmiştir⁴⁶. Bunun yanında mirastan feragat sözleşmesi ivazsız ise, mirasçının altsoyu onun yerine mirasçı olacağından dava hakkına da sahip olur⁴⁷. Haklı nedenle mirastan çıkarılan⁴⁸ veya mirası reddeden mirasçı da dava açma hakkını kaybeder ve yerine geçen alt soyu dava hakkına sahip olur⁴⁹.

3. Muvazaalı Devir Anı Yönünden Bakış

Muris muvazaasını ileri süren mirasçının tapulu taşınmazın muvazaalı devir anında mirasçı olup olmamasının önemi yoktur. Asıl önemli olan, murisin hangi mirasçıdan mal kaçırma amacı taşıdığı değil, mirastan mal kaçırmak amacıyla

⁴⁵ Tuor, Schnyder, Schmid, Jungo, **a.g.e.** , s. 888; BSK ZGB, Schwander, **a.g.e.** , § 539, Rn. 1-5; Ayiter, **a.g.e.** , s. 171; Gönensay, Birsén, **a.g.e.** , s. 180; Kocayusufopaşaoğlu, **Miras**, s. 539; Şener, **a.g.e.** , s. 199; İnan, Ertaş, Albaş, **a.g.e.** , s. 481; İmre, Erman, **a.g.e.** , s. 311; Dural, Öz, **a.g.e.** , s. 376; Hatemi, **Miras**, s. 147-148; Kılıçoğlu, **Miras**, s. 281; Serozan, Engin, **a.g.e.** , s. 476 vd. ; Ayan, **Miras**, s. 302; Antalya, Sağlam, **a.g.e.** , s. 381.

⁴⁶ “Davacı, miras bırakanın taşınmazı kendisinden mal kaçırma amaçlı ve muvazaalı olacak davalıya temlik ettiği iddiasıyla tapunun iptalini talep etmişse de, kendisinin Noterlikçe düzenlenen “Mirastan feragat sözleşmesiyle miras hakkından feragat ettiği anlaşılakta; davanın, sıfatı bulunmaması sebebiyle reddine karar verilmesi gerekir.” Yargıtay 1. HD E. 2006/9778, K. 2006/12926, T. 21.12.2006, (Çevrimiçi) İstanbul Barosu İçtihat Bilgi Bankası, 03.02.2021.

⁴⁷ İvazlı ve ivazsız mirastan feragat sözleşmelerinin mirasçının altsoyuna etkisi için bkz. Ayiter, **a.g.e.** , s. 104-105; Gönensay, Birsén, **a.g.e.** , s. 83; Kocayusufopaşaoğlu, **Miras**, s. 302; Şener, **a.g.e.** , s. 558-559; İnan, Ertaş, Albaş, **a.g.e.** , s. 286-288; İmre, Erman, **a.g.e.** , s. 200; Dural, Öz, **a.g.e.** , s. 198-200, 203-204; Kılıçoğlu, **Miras**, s. 162-164; Serozan, Engin, **a.g.e.** , s. 406 vd. ; Ayan, **Miras**, s. 169; Antalya, Sağlam, **a.g.e.** , s. 281; İsviçre Hukukunda ivazlı olsun ya da olmasın altsoyun mirasçılığı da ortadan kalkmaktadır. Escher, **a.g.e.** , s. 295; Piotet, **a.g.e.** , s. 185; Druey, **a.g.e.** , s. 132.

⁴⁸ Yargıtay 1. HD. E. 2016/5808, K. 2016/5422, T. 03.05.2016, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 03.02.2021.

⁴⁹ Yargıtay 1. HD. E. 2018/554, K. 2019/4361, T. 04.07.2019, (Çevrimiçi) TBB İçtihat Bilgi Bankası, 30.01.2021.

hareket edip etmediğidir⁵⁰. Yani, mirastan mal kaçırma ifadesiyle belirli bir mirasçı kastedilmemekte, muvazaalı işlemde dolaylı olumsuz etkilenen tüm mirasçılar ve mirasçılar aleyhine azalan tereke kastedilmektedir⁵¹. Dolayısıyla muvazaalı devrin yapıldığı tarihte, bir veya birden fazla mirasçının varlığı, mirastan mal kaçırma amacının gerçekleşmesi için yeterlidir.

Murisin yaptığı muvazaalı devir anında bir veya birden fazla mirasçı olmasına rağmen henüz mirasçılık sıfatını kazanmamış yani beklenen hak sahibi olmamış kişi sonradan bu sıfatı kazanması halinde muris muvazaasına dayalı dava açabilir. Muris muvazaası nedenine dayanılarak dava açma hakkı murisin ölümüyle doğacağına göre, bu hakka sahip olan kişilerin ölüm tarihinde mirasçı sıfatına sahip olmaları yeterlidir⁵². Mesela, muvazaalı devir anında mirasçı olmayıp sonradan evlat edinilen kimse mirasçılık sıfatı ölümle doğduğu için muris muvazaası nedeniyle dava açabilir⁵³. Bunun yanında evlenmeden önceki döneme ait murisin muvazaalı işlemlerine karşı eşin dava açmasında hukuki yararının bulunduğu kabul edilebilir⁵⁴.

⁵⁰ Özüğür, **a.g.e.** , s. 525.

⁵¹ Murat Topuz, “Yargıtay Kararları Işığında Muris Muvazaasının Varlığını Gösteren Emareler”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. İlhan Ulsan’a Armağan Özel Sayı Cilt II, C. 15, S. 2, Temmuz 2016, s. 711; Zeynep Uyar Hatipoğlu, “Yargıtay İçtihatlarına Göre Muris Muvazaasında Miras Bırakanın Asıl İradesinin Tayini”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 22, S. 36, 2017, s. 126; Özkaya, **a.g.e.** , s. 403.

⁵² Özkaya, **a.g.e.** , s. 403; Hatipoğlu, **a.g.e.** , s. 83; Fikret Eren, İpek Yücer Aktürk, **Türk Miras Hukuku**, 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, s. 314.

⁵³ Yargıtay HGK. E. 1996/1-440, K. 1996/638, T. 25.09.1996, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 02.02.2021. Bir diğer örnekte, Yargıtay HGK önüne getirilen özel daire kararı şu şekildedir: “Muris muvazaası nedeniyle açılan iptal davalarında davacının yapacağı iş kendisinden değil, terekeden mal kaçırılmak için tapulu taşınmazın muvazaalı temlik edildiğini, dava tarihinde kendisinin de mirasçı olduğunu ispat etmekten ibarettir. Söz konusu kişi başka bir mirasçı tarafından açılan ve terekeye döndürülen taşınmazdan da aynı koşullar altında veraset ilamına göre, pay sahibi olmaktadır. Bu nedenlerle, iptal davasının açıldığı tarihte mirasçı olan birinin, muvazaalı sözleşmenin yapıldığı tarihte mirasçı olup olmadığının aranmasına gerek yoktur. Somut olayda, davacı temlik yapıldığı tarihte mirasçı değildir. Ancak, o tarihte miras bırakanın kendisinden mal kaçırdığı başka mirasçısı bulunmaktadır. Davacı daha sonra miras bırakan tarafından evlat edinilmiş ve mirasçı olmuştur. Aslında tereke malı iken, yapıldığı andan itibaren geçersiz sayılan muvazaalı bir temlikle şeklen başkasının üzerinde gözüken taşınmazda payı olan davacının tapu kaydının iptali için dava açmakta hem hakkı, hem de hukuki yararı bulunmaktadır.” Yargıtay HGK kararı şu şekilde teyit etmiştir: “Gerek kararın gerekçesinden, gerekse bağlayıcı olan sonuç bölümünden böyle bir davanın yalnızca temlik işlemin yapıldığı tarihte mirasçılık sıfatını taşıyanların açabileceğini kabul edebilmek olanağı yoktur. Aksine, “miras hakkı çiğnenen tüm mirasçılar” denerek o tarihte (temlik tarihinde) mevcut ve sonradan ortaya çıkabilecek mirasçılar bakımından ayırım yapılmış değildir. Kararın “bir kimsenin mirasçısını” sözcükleriyle başlatılması “mal kaçırma amacını” ortaya koymak içindir.” 10. Hukuk Dairesi Başkanı Teoman Ozanoğlu, Karşı Oy yazısında şunları belirtmiştir: “Burada ağırlıklı yön, murisin mirasçısını miras hakkından yoksun bırakmak amacıyla iptali istenen işlemi yapmış

Muvazaalı işlemin yapıldığı tarihte murisin hiçbir mirasçısı yoksa mirastan mal kaçırma amacının bulunup bulunmadığı üzerinde durulması gereken bir meseledir. Bir görüşe göre, muvazaalı işlemin yapıldığı tarihte hiçbir mirasçı olmadığı için murisin henüz aldatma niyetinde olduğu bir mirasçıdan bahsedilemez ve dolayısıyla, sonradan mirasçı olan kişi, muvazaalı temlik nedeniyle muris muvazaası nedeniyle dava açamaz⁵⁵. Karşıt bir görüşe göre, murisin hiçbir mirasçısı olmasa bile, Hazine son mirasçıdır⁵⁶. Bu yüzden muris, mirastan mal kaçırma amacı taşıyabilir. Bir diğer karşıt görüşe göre, muris için önemli olan ölümünden sonra hak talep edilmemesidir ve bunu ileride kendisine mirasçı olabilme ihtimali taşıyan kişilerden mal kaçırmak amacı ile yapabilir. Bu görüşe göre, hiçbir mirasçısı olmayan muris, nişanlı iken muvazaalı temlikte bulunarak ileride evlenmeyi düşündüğü kimseyi aldatma niyeti, daha doğru ifadesiyle mirastan mal kaçırma amacı taşıyabilir. Meseleye hiçbir mirasçısı olmayan murisin yakın zamanda

olmasıdır. Oysa, davacı kişi, işlem tarihinde dünyada bile olmadığına, o tarihte mirasçı bulunmadığına, sonradan 3 yıl sonra bir evlatlık ilişkisiyle mirasçı olup olmayacağını dahi bilinmeyeceğine göre, kendisinden murisin mal kaçırdığı, miras hakkından yoksun bırakmak istediği ileri sürülemez. Bu unsur oluşmadıkça da işlem muvazaalı sayılamaz. Öte yandan işlem tarihinde mirasçı olan eş Hayriye, murisin ölümünden önce ölmüştür. Ve H. veya mirasçıları tarafından miras hakkından yoksun bırakılmak istendikleri yollu bir dava açılmamış ve hatta bir iddia ileri sürülmemiştir. Bu durumda böyle hallerde murisin mirasçısını miras hakkından mahrum bırakmak amacıyla muvazaa yaptığı iddiası ileri sürülemez.” Yargıtay HGK. E. 1996/1-596, K. 1996/737, T. 06.11.1996, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 03.02.2021; Bu karşı oy yazısıyla aynı yönde karşı oy yazısı için bkz. “...davacının muristen hak talebi miras bırakan ile aralarında 15.10.1988 tarihinde kurulan evlatlık ilişkisinden kaynaklanmakta olup; tek mirasçıdır. Miras bırakanın davaya konu edilen temlikli tasarrufu ise, evlatlık ilişkisinin kurulmasından 17 sene öncesine, 29.6.1971 tarihli resmi akde dayalı bulunmaktadır. Bu durumda, murisin henüz evlatlık ilişkisi kurulmayan akdi mirasçısından, bu akdin çok öncesinde yaptığı tasarrufları ile mal kaçırma amacını taşıdığını söylemek mümkün değildir. Aksine düşünce tarzının kişilerin irade serbestisine, tasarruf ehliyetine aşırı müdahale olacağı kuşkusuzdur.” Yargıtay HGK. E. 2000/1-26, K. 2000/143, T. 01.03.2000, 1. HD. Üyesi O. Uzgören’in karşı oy yazısı, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 02.02.2021.

⁵⁴ Yargıtay HGK. E. 2000/1-26, K. 2000/143, T. 01.03.2000; “Mahkemece, davacının temlik tarihinde mirasçı sıfatı taşımadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Oysa, temlik tarihinden bir gün sonra miras bırakanla evlenmekle murisin ölüm tarihinde ve terekenin açılması ile davacının mirasçılık sıfatı kazandığı kuşkusuzdur. Bu durumda, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 01.03.2000 tarih, 2000/1-26 esas, 2000/143 sayılı kararında belirtildiği üzere, miras bırakanın temlikten sonra evlendiği kişi tarafından muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı olarak tapu iptali ve tescili davası açabileceği öngörülmüştü.” Yargıtay 1. HD E. 2007/10825, K. 2008/1589, T. 12.02.2008, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 02.02.2021; Yargıtay 1. HD. E. 2016/6514, K. 2019/1735, T. 11.03.2019, Yargıtay 1. HD. E. 2019/3900, K. 2020/6521, T. 07.12.2020, (Çevrimiçi) Yargıtay Bilgi Bankası, 02.02.2021.

⁵⁵ Mehmet Beşir Acabey, “Yargıtay Kararları Işığında Muris Muvazaası”, **Yargıtay Kararları Işığında Güncel Medeni Hukuk Problemleri Sempozyumu Bildirileri 8-9 Kasım 2018**, Ed: Tuğçe Tuzcuğlu, A. Hulki Cihan, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 476-477; Özkaya, **a.g.e.**, s. 404-405; Özügür, **a.g.e.**, s. 527.

⁵⁶ Yargıtay 1. HD. E. 1983/10515, K. 1983/11845, T. 08.11.1983, (Çevrimiçi) Legalbank, 13.02.2021.

evlenmeyi düşündüğü nişanlısı ve evlat edinmeyi düşündüğü kişi açısından bakan bu görüşe göre, muvazaalı devir anında hiçbir mirasçısı olmayan murisin ileride evlenmesi halinde mirasçısı olacak nişanlısı veya ileride evlat edindiği takdirde mirasçısı olacak evlat edinmeyi düşündüğü kişi nedeniyle mirastan mal kaçırma amacıyla hareket ettiği iddiası, inandırıcı delillerle ispat edilirse muris muvazaasının olduğu söylenebilir⁵⁷. Kanaatimizce, muvazaalı işlemin yapıldığı tarihte hiçbir mirasçı olmadığı için murisin henüz aldatma niyetinde olduğu bir mirasçıdan bahsedilemez. Her ne kadar doktrinde Hazinenin son mirasçı olması nedeniyle murisin mal kaçırma amacı taşıyabileceği ileri sürülse de, kanaatimizce bu durumda muris muvazaası oluşmaz. Çünkü Hazinenin mirasçı kabul edilmesinin nedeni, murisin malvarlığını paylaşacak kimselerin bulunmamasıdır⁵⁸. Bu yüzden ortada kalan malvarlığı, ekonomik sebeplerin de varlığıyla kamu yararına tasfiye edilir. Dolayısıyla murisin kendisinden mal kaçırmayı amaçladığı Hazineden söz edilemez⁵⁹. Bir de şunu eklemeliyiz ki, Hazine saklı paylı mirasçı da değildir⁶⁰. Hiçbir mirasçısı olmayan murisin nişanlı iken veya evlat edinme işleminden önce muvazaalı temlikte bulunarak ileride evlenmeyi düşündüğü veya evlat edinmeyi düşündüğü kimse nedeniyle mirastan mal kaçırma amacı taşıyabileceği görüşüne de katılmamaktayız. Kanaatimizce, evlenmeden önce veya evlat edinmeden önce hiçbir mirasçısı olmayan murisin mal kaçırma amacı taşıdığından bahisle muvazaalı işlemin ardına gizlediği bağışlama sözleşmesinin geçersiz kılınması, bağışlama yönünden henüz hiçbir yaptırımla karşı karşıya olmayan murisin tasarruf özgürlüğünün kısıtlanması anlamına gelir.

⁵⁷ Özkaya, **a.g.e.** , s. 410-411; Eviz, **a.g.e.** , s. 61-62; Semih Akkök, “Türk Hukukunda Miras Bırakanın Muvazaalı İşlemleri ve Buna Bağlı Hukuki Sonuçlar”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Özyeğin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2019, s. 62.

⁵⁸ Devletin yasal mirasçı olabilmesi, murisin başka hiçbir mirasçı olmamasına ve terekenin tamamı üzerinde ölüme bağlı tasarrufta bulunmamasına bağlıdır. Yani, Devletin yasal mirasçılığı tali niteliktedir. İpek Sağlam, “Devletin Yasal Mirasçılığı”, **Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, C. III**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2016, s. 2474.

⁵⁹ Aynı yönde görüş için bkz. Arslantürk, **a.g.e.** , s. 45.

⁶⁰ Bkz. Serozan, Engin, **a.g.e.** , s. 206; Sağlam, **a.g.m.** , s. 2481.

C. Görünürdeki İşlem

Görünürdeki işlem, muris ile karşı tarafın anlaşarak mirastan mal kaçırmak amacıyla gerçek iradelerine uymayan, hüküm ve sonuçlarını doğurmasını istemedikleri işlemdir⁶¹.

Muris, sağlığında iken bazen mirasçılarının sitemlerine bazen de baskılarına maruz kalmamak ve öldükten sonra tasarruflarının iptaline yönelik dava açılmasını önlemek için bağış iradesini görünürdeki sözleşmeyle perdelemek ihtiyacı duymaktadır⁶². Görünürdeki işlem, genellikle satım veya ölünceye kadar bakma sözleşmesi şeklinde meydana getirilmektedir⁶³. Şayet görünürdeki işlem bir şekil şartına tabi ise, muris, mirasçılarına gerçek bir görünüm yaratmak için bu şekle de riayet eder.

Görünürdeki işlemin muvazaalı olmasının borçlar hukuku anlamında hüküm ve sonuçlarına ileride detaylı olarak yer verilecektir⁶⁴.

D. Gizli İşlem

Nisbi muvazaanın bir türü olan muris muvazaasının son unsuru, tarafların görünürdeki işlemin arkasına sakladıkları ve gerçek iradelerini ortaya koyan gizli işlemdir.

Bilindiği üzere, muris muvazaasında muris, kendisinin ölümünden sonra mirasçılar tarafından tenkis davası ile bağışta bulunduğu kişinin rahatsız edilmesini önleyebileceği düşüncesiyle sanki ona taşınmazını satım yoluyla devretmiş gibi hareket eder. Ancak murisin gerçek iradesi bağış yönünde olup, bu bağış iradesi muris muvazaasında gizli işlemi teşkil eder. Muris muvazaasında mirasçılardan gizlenen mal olmayıp bizatihi bağışlama sözleşmesinin niteliğidir.

⁶¹ Özkaya, **a.g.e.** , s. 401; Özüğür, **a.g.e.** , s. 52; Hatipoğlu, **a.g.e.** , s. 81; Sevgi, **a.g.e.** , s. 33.

⁶² Özkaya, **a.g.e.** , s. 401; Eviz, **a.g.e.** , s. 55.

⁶³ Muris muvazaasının görünüm halleri, ileride ayrıntılı şekilde ele alınacaktır. Bkz. 154 vd.

⁶⁴ Bkz. s. 90 vd.

Görünürdeki işlem, gerçek iradeleri yansıtmadığı için geçersiz olduğu halde, gizli işlem, tarafların iradelerine uygundur. Nitekim TBK m. 19’da bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın gerçek ve ortak iradelerinin esas alınması gerektiği vurgulanmıştır. Bu yüzden gizli işlemin kaderi, görünürdeki işlemin akıbetinden farklıdır. Kanunun aradığı diğer geçerlilik şartlarını taşıması şartıyla gizli işlem, geçerli bir sözleşme olarak hükümlerini doğurur⁶⁵. Örneğin, gizli işlemin taşınır bağışı olduğu hallerde, gizli işlem olan bağış işlemi herhangi bir şekil şartına bağlı olmadığından burada gizli işlem hükümlerini doğurur.

Gizli işlemin şekle aykırılık teşkil etmesinin borçlar hukuku anlamında hüküm ve sonuçlarına ileride detaylı olarak yer verilecektir⁶⁶.

IV. MURİS MUVAZASININ GÖRÜNÜRDEKİ VE GİZLİ İŞLEMİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

A. Görünürdeki İşlemin Hüküm ve Sonuçları

1. Görünürdeki İşlemin Muvazaa Nedeniyle Hükümsüzlüğü

Görünürdeki işlem, aslında tarafların gerçek iradelerini yansıtmamaktadır. TBK m. 19’da tarafların gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları kelimelere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradelerinin esas alınarak sözleşmenin türü ve

⁶⁵ Hans Brox, Wolf-Dietrich Walker, **Allgemeiner Teil des BGB**, 40. Auflage, München, Verlag Franz Vahlen, 2016, s. 140; Palandt, Ellenberger, **BGB**, § 117, Rn. 8; Erman, Westermann **a.g.e.**, § 117, Rn. 8; Jauerning, Mansel, **BGB**, § 117, Rn. 4; Flume, **a.g.e.**, s. 406; Medicus, Petersen, **AT BGB**, Rn. 594; Medicus, Petersen, **BürgerlR**, s. 55; von Tuhr, Peter, **a.g.e.**, s. 293-294; Oser, Schöenberger, **Seçkin**, s. 147; von Büren, **a.g.e.**, s. 173-174; Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.**, s. 132-133; Gauch, Schleup, Schmid, Emmenegger, **a.g.e.**, Rn. 1021; Jäggi, Gauch, Hartmann, **a.g.e.**, § 18, Rn. 156; BK OR, Kramer, Schmidlin, **a.g.e.**, § 18, Rn. 182-183; BSK OR, Wiegand, **a.g.e.**, § 18, Rn. 51; Keller, Schöbi, **a.g.e.**, s. 194; Schwenzler, **a.g.e.**, Rn. 30.08; Esener, **Muvazaa**, s. 60-62; İnan, **a.g.e.**, s. 176; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 199; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar**, s. 412-413; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 355-356; Eren, **Borçlar Genel**, s. 407; Oğuzman, Öz, **Borçlar I**, s. 137; Kılıçoğlu, **Borçlar**, s. 237; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 107; Antalya, **a.g.e.**, s. 354; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, s. 205; Aday, **a.g.e.**, s. 29-31; Kiper, **a.g.e.**, s. 25; Özkaya, **a.g.e.**, s. 199-200; Özüğür, **a.g.e.**, s. 466.

⁶⁶ Bkz. s. 107 vd.

içeriğinin belirlenmesi gerektiği vurgulanmıştır⁶⁷. Bu yüzden görünürdeki işlem, tarafların gerçek ve ortak iradesini yansıtmadığından yani muvazaa nedeniyle hüküm doğurmaz.

Doktrinde, muvazaalı işlemin hükümsüzlüğünün türünün ne olduğu konusu tartışmalıdır. Yokluk, klasik hükümsüzlük ve kendine özgü hükümsüzlük şeklinde farklı yaklaşımlar mevcuttur⁶⁸.

a. Yokluk Görüşü

Doktrinde bir kısım yazarlar tarafından ve özellikle İsviçreli hukukçular tarafından savunulan bu görüşe göre, muvazaalı işlem, yokluk nedeniyle hükümsüzdür⁶⁹. Bu görüşe göre, her iki tarafça bilerek ve isteyerek hiçbir şekilde hukuki sonuç doğurmamak üzere açığa vurulmuş irade beyanları ile bir hukuki işlemin doğduğu söylenemez. Geçersiz bir hukuki işlemin varlığından bahsedilebilmesi için bile irade beyanı gereklidir. Oysa muvazaada ortada ciddi bir irade beyanı yoktur. Yani taraflar arasında görünürdeki işlem üzerinde uyuma sağlanmış karşılıklı birbirine uygun irade beyanı bulunmamaktadır. Aslında taraflar arasında hiçbir şekilde sözleşme kurulmamıştır. Eğer muvazaa, işlemin tamamına değil de bir kısmına ilişkinse, muvazaalı kısım yok hükmündedir⁷⁰.

Doktrinde bu görüşe getirilen eleştirilere göre, ortada şeklen de olsa karşılıklı irade beyanları vardır ve bunlar muvazaalı işlemin hüküm doğurmayacağına ilişkin tarafların arzusunu yansıtmaktadır⁷¹. Bir başka eleştiriye

⁶⁷ Görüldüğü üzere, TBK m. 19'da irade teorisi benimsenmiş olup, irade beyanı, irade sahibinin gerçek iradesine uygun olduğu ölçüde geçerli kabul edilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. s. 16 vd.

⁶⁸ Esener'e göre, bu farklı nitelendirmeler, ayrı görüşlerden ziyade ayrı anlatımlardan kaynaklanmaktadır. Çünkü bu anlatımların hepsi aynı sonuca ulaşmaktadır. Esener, **Muvazaa**, s. 50.

⁶⁹ Keller, Schöbi, **a.g.e.**, s.194; Jäggi, Gauch, Hartmann, **a.g.e.**, § 18, Rn. 137-138; Gauch, Schleup, Schmid, Emmenegger, **a.g.e.**, Rn.1019; BK OR, Kramer, Schmidlin, **a.g.e.**, § 18, Rn. 157; Huguenin, **a.g.e.**, s. 59; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 354-355; Eren, **Borçlar Genel**, s. 403; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, s. 205; Karayalçın, **SSTH**, s. 351; Kiper, **a.g.e.**, s. 24; İstŞ TBK, Serozan, **C. 1**, § 1, Rn. 55; Barış Demirsatan, "İrade Beyanlarının Yorumlanması Bakımından Muvazaa", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 26, S. 2, 2020, s. 1232.

⁷⁰ Eren, **Borçlar Genel**, s. 403.

⁷¹ Oğuzman, Öz, **Borçlar I**, s. 137.

göre, tarafların dışa yansıttıkları iradenin iç iradeleri ile uyuşmaması ve aralarındaki çelişki, dışa yansıtılan irade beyanlarının yok olduğu anlamına gelmez⁷².

b. Kesin Hükümsüzlük Görüşü

Doktrindeki hâkim görüşe göre, görünürdeki işlem, tarafların gerçek iradelerine uymadığı için kesin hükümsüzdür (butlan, geçersizlik)⁷³. Aslında taraflar, aralarında yaptıkları muvazaâ anlaşması ile görünürdeki işlemin kesin hükümsüz olduğunu, hiçbir hukuki sonuç doğurmadığını kabul etmişlerdir. Ortada bir hukuki işlem vardır ama geçerli değildir. Kısmi muvazaada, söz konusu geçersizlik sadece muvazaalı kısma münhasırdır⁷⁴.

c. Kendine Özgü Hükümsüzlük Görüşü

Doktrindeki bir kısım yazarlara göre, muvazaada klasik anlamda kesin hükümsüzlük değil, kendine özgü hükümsüzlük mevcuttur⁷⁵. Bu görüşte, TBK m. 27’de yer alan geçersizlik hallerinin kamu düzenini sağlamak için düzenlenmiş olduğu, buna karşın muvazaada kamu düzeninin ihlali söz konusu olmadığı, bu yüzden muvazaâ sebebiyle geçersizliğin TBK m. 27’de yer alan geçersizlik

⁷² Aday, **a.g.e.**, s. 26.

⁷³ BGE 72 II 155, BGE 96 II 390; Oser, Schönenberger, **Seçkin**, s. 147; von Tuhr, Peter, **a.g.e.**, s. 294; von Büren, **a.g.e.**, s. 173; Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.**, s. 132; BK OR, Giger, **a.g.e.**, § 216, Rn. 397; BSK OR, Wiegand, **a.g.e.**, § 18, Rn. 126; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 109; Tunçomağ, **I**, s. 300; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar**, s. 411; İnan, **a.g.e.**, s. 175; Oğuzman, Öz, **Borçlar I**, s. 136; Kılıçoğlu, **Borçlar**, s. 237; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 106; Hüseyin Hatemi, Emre K. Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 4. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 91; Haluk Nami Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 17. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, 2020, s. 116; Kayaoğlu, **a.g.m.**, s. 167; Sarıgöllü, **a.g.m.**, s. 669; Aday, **a.g.e.**, s. 24; Özkaya, **a.g.e.**, s. 401; Özüğür, **a.g.e.**, s. 464; N. Yavuz, **a.g.e.**, s. 14; Sanem Aksoy Dursun, “Sözleşmenin İçeriği; Sözleşmenin Yorumu, Muvazaalı İşlemler”, **Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Konferansları I**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2014, s. 114; Benzer yaklaşım Alman Hukuku’nda da mevcuttur. Palandt, Ellenberger, **BGB**, § 117, Rn. 7; Jauerning, Mansel, **BGB**, § 116, Rn. 4; Flume, **a.g.e.**, s. 404; Medicus, Petersen, **AT BGB**, Rn. 594; Medicus, Petersen **BürgerlR**, s. 54.

⁷⁴ Jäggi, Gauch, Hartmann, **a.g.e.**, § 18, Rn. 139; BK OR, Kramer, Schmidlin, **a.g.e.**, § 18, Rn. 158; Antalya, **a.g.e.**, s. 353; Özkaya, **a.g.e.**, s. 401.

⁷⁵ Eugen Bucher, **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil**, 2. Auflage, Zürich, 1988, s. 146; Jäggi, Gauch, Hartmann, **a.g.e.**, § 18, Rn. 143-146; BK OR, Kramer, Schmidlin, **a.g.e.**, § 18, Rn. 162; Jale Güral, **Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medeni Kanunun Sistemi**, Ankara, 1953, s. 141; Esener, **Muvazaâ**, s. 54, 57.

nedenlerinden farklı mahiyete sahip olduğu savunulmaktadır⁷⁶. Bu görüş, hâkimin kendiliğinden muvazaayı göz önünde bulundurmasını aşırı bulmaktadır. Hâkim, muvazaayı ancak taraflardan birinin muvazaa iddiasını desteklemesi halinde göz önünde bulundurmalıdır. Örneğin, bir hukuki işlem hem muvazaalı hem de ahlaka aykırı ise, hâkim taraflarca ileri sürülmemiş muvazaa olgusunu kendiliğinden göz önünde bulundurmamalıdır. Görüldüğü üzere, kendine özgü hükümsüzlükte muvazaanın bir def'i gibi değerlendirilmesi söz konusudur. Yani taraflar, daha sonra yapacakları sözleşme ile muvazaalı işlemi geçmişe veya geleceğe etkili olarak geçerli sayabilir ya da birbirlerine karşı açmış oldukları davada karşı tarafın muvazaa iddiasını ileri sürmemek şartıyla işlemin bağlayıcılığını kabul edebilir⁷⁷.

Herhangi bir yasal dayanağının olmadığı ve bir pratik ihtiyaca da cevap vermediği şeklinde bu görüşe eleştiriler getirilmiştir⁷⁸. Daha sonra tarafların muvazaalı işlemi geçerli kabul etmelerinin önünde engel olmadığı ve görünürdeki işleme dayanılarak açılmış bir davada davalının muvazaa iddiasına başvurmamasının hâkimi geçersizlik nedenini kendiliğinden göz önünde tutmaktan alıkoyamayacağı dile getirilmiştir⁷⁹.

d. Ara Sonuç

Muvazaalı işlemin yok kabul edilmesini savunan görüş, muvazaalı işlemde bir sözleşmenin kurulabilmesi için gerekli olan karşılıklı birbirine uygun irade beyanlarının bulunmadığını savunmaktadır. Bu görüşe göre, aslında, taraflar görünüşteki işlemin hüküm doğurmayacağı üzerinde anlaşarak sadece muvazaa anlaşması yapmış olurlar ve fakat üzerinde anlaşılan husus, görünürdeki işlemin hüküm doğurmayacağına yöneliktir; böyle bir durumda muvazaa anlaşmasından

⁷⁶ Geçersizlik ve iptal edilebilirlik, hükümsüzlük hallerinin iki ucu olup bunlar arasında çeşitli derecelerde geçersizlik halleri olabilir. Muvazaa, TBK m. 27'de düzenlenen diğer hükümsüzlük hallerinden bu yönüyle farklıdır. Güral, **a.g.e.**, s. 141; Esener, **Muvazaa**, s. 51-54.

⁷⁷ Jäggi, Gauch, Hartmann, **a.g.e.**, § 18, Rn. 143-146; BK OR, Kramer, Schmidlin, **a.g.e.**, § 18, Rn. 162; Bucher, **a.g.e.**, s. 146; Muvazaalı işlemlerde, hükmün amaca uygun sınırlandırılması yöntemi kullanılarak bu sonuçlara ulaşılabilir. Pakize Ezgi Akbulut, **Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi ile Daraltılması**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 146.

⁷⁸ Oğuzman, Öz, **Borçlar I**, s. 137.

⁷⁹ Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 355.

bağımsız olarak görünürdeki hukuki işlemde kurucu unsur niteliğindeki hukuki sonuç doğurması istenen karşılıklı birbirine uygun irade beyanları bulunmamaktadır. Bu yüzden muvazaalı işlemin yok hükmünde olduğu sonucuna varılmıştır.

Kanaatimizce, görünürdeki işlemin hüküm doğurmayacağına dair tarafların iradelerinin uyuşması söz konusudur. Dolayısıyla muvazaa hususunda anlaşmak üzere ortada ciddi beyanlar mevcuttur. Böyle bir durumda muvazaalı işlemin hiç kurulmadığından değil kesin hükümsüzlüğünden bahsedilebilir. Aslında yokluk ile geçersizlik yaptırımının pratik sonuçları arasında büyük ölçüde fark yoktur. Ancak yokluk nedeniyle hükümsüz sözleşme ile kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi bir sözleşme arasındaki önemli fark burada gözden kaçırılmaktadır. Bilindiği üzere, geçersizliğin ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği takdirde bu iddia dinlenmez ve sanki geçerli bir sözleşme gibi hüküm doğurmaya devam eder⁸⁰. Burada hiç olmazsa hüküm doğurma kabiliyeti bulunan bir sözleşme vardır. Oysa yok olan bir sözleşme için bunları diyemeyiz. Örneğin, muvazaalı işlemin ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği hallerde bu iddianın dinlenmeyeceği kabul edilir. Yokluk yaptırımını uygularsak, uyuşmayan iradelerin oluşturmadığı hukuki işlemin ihya edilecek herhangi bir hükmü mevcut değildir. Buna karşın kesin hükümsüzlük yaptırımını uyguladığımızda, tarafların iradelerinin uyuştugu bir hukuki işlemde ve bundan doğan hükümlerden bahsedilebilir. Dolayısıyla bu husus, muvazaanın kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi kılınması gerektiğinin bir göstergesidir.

Hükümsüzlüğün kendine özgü yapısının bulunduğu ve itiraz değil de neredeyse def'i şeklinde ileri sürülmesi gerektiği şeklindeki görüş kabul edilebilir değildir. TBK m. 27'deki geçersizlik nedenlerinin taşıdığı amaç, sadece kamu düzenine indirgenemez. Maddenin lafzında geçersizlik nedenleri sayılmıştır, ancak geçersizlik yaptırımının mahiyetinin sadece bu madde metninde sayılan nedenlere özgü olduğu öngörülmemiştir. Buradan yola çıkarak TBK m. 19'da yer alan muvazaaya uygulanacak yaptırımın farklı bir mahiyet taşıdığı ileri sürülmemelidir. Dolayısıyla

⁸⁰ Oğuzman, Öz, yokluk görüşünü eleştirirken bu farka değinmektedir. Oğuzman, Öz, **Borçlar I**, s. 137, dn.443.

yeni bir hükümsüzlük türü yaratarak diğer maddelerde öngörülen geçersizlik nedenlerini farklı kategoride değerlendirmeye gerek yoktur.

2. Hükümsüzlüğün Doğurduğu Sonuçlar

TBK m. 19’da muvazaalı işlemin geçersiz olduğu, taraflar arasında hiçbir sonuç doğurmadığı açık şekilde düzenlenmemiş olsa da, doktrin ve uygulamada muvazaalı işlemlerde geçersizlik yaptırımına ilişkin tüm sonuçların uygulanacağı kabul edilmiştir⁸¹. Bu sonuçlar, ayrı ayrı başlıklar altında incelenecektir.

a. Taraflar Arasında Alacak ve Borç Doğurmaz

Muvazaalı işlem, sözleşme kurulduğu andan itibaren geçersizdir ve taraflar arasında herhangi bir alacak ve borç doğurmaz. Muvazaalı işlemin geçersiz olması, buna bağlı sözleşme ve hakların geçersiz olmasını, özellikle cezai şart ve faiz gibi fer’i nitelikteki borçların da doğmamasını sonuç verir.

Muvazaalı işlemin geçersiz olması nedeniyle taraflar, birbirlerinden menfi veya müspet zarar talep edemez⁸². Çünkü zarara uğrayan taraf, buna kendi iradesiyle razı olmuştur. Bu nedenle kimse, kendisinin kusuru ile sebep olduğu zararın tazminini başkasından talep edemez.

Taraflar, muvazaalı işlem doğrultusunda vermiş olduklarının iadesini talep edebilir. Tapulu taşınmazlar üzerinde yapılan muvazaalı işlemler, sebebe bağlılık ilkesi gereği, tapuda yapılan tescili yolsuz kılar. Dolayısıyla muvazaa davası açmakta hukuki yararı olan herkes TMK m. 1025 uyarınca tapu kaydının düzeltilmesini talep edebilir. Mahkemenin bu doğrultuda verdiği karar, yenilik doğurucu karar niteliğinde

⁸¹ von Tuhr, Peter, **a.g.e.** , s. 294; Esener, **Muvazaa**, s. 54; Feyzioğlu, **a.g.e.** , s. 195; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar**, s. 412; Eren, **Borçlar Genel**, s. 403; Özkaya, **a.g.e.** , s. 190; Aday, **a.g.e.** , s. 24.

⁸² Esener, **Muvazaa**, s. 56; İnan, **a.g.e.** , s. 175; Eren, **Borçlar Genel**, s. 402; Özkaya, **a.g.e.** , s. 191; Aday, **a.g.e.** , s. 24; Kiper, **a.g.e.** , s. 24.

değildir. Mahkeme, geçersizliği tespit etmekte ve bu durumu ilan etmekte olduğundan verilen karar, açıklayıcı niteliktedir⁸³.

b. Hâkim Tarafından Kendiliğinden Göz Önünde Bulundurulur

Hâkim, kabul ettiğimiz görüşe göre, önüne gelen davada söz konusu hukuki işlemin muvazaalı olduğunu tespit ederse, tarafların talebine gerek duymaksızın bunu kendiliğinden göz önünde bulundurur⁸⁴. Geçersizliğin ileri sürülmesi bir def'i değil, itiraz olduğundan böyle bir sonucun ortaya çıkması doğaldır.

Uygulamada muvazaanın hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınması, muvazaa davalarıyla sınırlandırılmıştır⁸⁵. Bunun sebebi, hukuk yargılamasında hâkimin tarafların getirmedeği veya dosyaya yansımamış delilleri araştırmasına hukuk usulü kurallarının imkân tanımamasıdır⁸⁶. Doktrinde kimi yazarlar, bu durumu muvazaanın yaptırımının kendine özgü hükümsüzlük olduğuna delil saymaktadır⁸⁷. Oysa karşımızda sadece hukuk usulü kuralları nedeniyle uygulanması zor bir durum vardır.

⁸³ “Hemen belirtmek gerekir ki, muvazaa nedeniyle geçersiz sözleşmeye dayanılarak bir taşınmazın tapuda temlik yapılmışsa bu tescil yolsuz bir tescil hükmündedir. Tapuda yapılan temlik ve tesciller illi işlemler olduğundan tapunun dayanağı sözleşme geçersiz ise tapu kaydının da Medeni Kanunun 1025. maddesine göre iptali gerekir. Ayrıca muvazaalı sözleşmeler yapıldığı andan itibaren taraflar arasında hüküm ve sonuç doğurmayacağından açılan dava sonunda verilen karar, yenilik doğurucu (inşai) bir hüküm değil, açıklayıcı (ihdasi) bir hüküm durumundadır.” Yargıtay 1. HD. E. 2005/10820, K. 2005/12357, T. 23.11.2005, (Çevrimiçi) İstanbul Barosu İçtihat Bilgi Bankası, 09.02.2021.

⁸⁴ BGE 97 II 207; von Tuhr, Peter, **a.g.e.** , s. 294; Esener, **Muvazaa**, s. 54; Tunçomağ, **I**, s. 300; İnan, **a.g.e.** , s. 175; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 355; Eren, **Borçlar Genel**, s. 403; Reisoğlu, **a.g.e.** , s. 106; Ayan, **Borçlar**, s. 144; Özkaya, **a.g.e.** , s. 193; Aday, **a.g.e.** , s. 24; Kiper, **a.g.e.** , s. 24; N. Yavuz, **a.g.e.** , s. 15; Muvazaanın def'i olarak da ileri sürülebileceğini iddia eden görüş için bkz. Özügür, **a.g.e.** , s. 464.

⁸⁵ Esener, **Muvazaa**, s. 54; Özkaya, **a.g.e.** , s. 190.

⁸⁶ Abdurrahim Karşlı, **Medeni Muhakeme Hukuku**, 5. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2020, s. 234; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Muhammet Özkes, **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, 8. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, s. 359 vd. ; Oğuzman, Barlas, **a.g.e.** , s. 335.

⁸⁷ Esener, muvazaanın ileri sürülmesini itiraz niteliğinde görmesine rağmen, muvazaanın yaptırımını klasik geçersizlik yaptırımının dışında kabul etmektedir. Esener, **Muvazaa**, s. 54.

Kaynak kanundaki metinde muvazaanın ileri sürülmesi, def'i şeklinde ifade edilmiştir⁸⁸. Metindeki bu ifade, Türkçeye iddia şeklinde çevrilerek, muvazaanın ileri sürülmesinin itiraz niteliğinde olduğu göz önünde bulundurulmuştur⁸⁹. Def'i, davalının aslında borçlu olduğu edimi özel nedenlerle yerine getirmekten kaçınma hakkıdır⁹⁰. Yani borç doğmuştur fakat borçlunun bu borcu ifadan kaçınma hakkı vardır. Örneğin, borcun zamanaşımına uğraması bir def'idir. İtiraz ise, davacının ileri sürdüğü hakkın doğmadığına veya sonradan ortadan kalktığına dair vakıaların ileri sürülmesidir. Def'i, davalı tarafından açıkça ileri sürülmedikçe, bunu dosya kapsamından öğrense bile hâkim tarafından dikkate alınmaz. İtiraza konu olan vakıa, dosya kapsamından anlaşıldığı takdirde, hâkim bunu kendiliğinden dikkate alır⁹¹. Muvazaalı işlem, baştan itibaren geçersiz olduğundan hakkın hiç doğmamış olur ve itiraz şeklinde ileri sürülebilir. Muvazaanın hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınması, itiraz niteliğinde oluşunun bir sonucudur.

c. Muvazaa Sebebinin Ortadan Kalkması, Belirli Bir Sürenin Geçmesi veya Tarafların Muvazaalı İşlemi Onaylaması ile Geçerlilik Kazanmaz

Muvazaa nedeniyle işlemin geçersizliği kesin olup, belirli bir sürenin geçmesi veya muvazaa sebebinin ortadan kalkması ya da tarafların muvazaalı işlemi onaylaması ile muvazaalı işlem geçerlilik kazanmaz⁹². Hatta tarafların muvazaalı işleminden doğan borçları ifa etmeleri ile de muvazaalı işlem sıhhat kazanmaz. Eğer

⁸⁸ Kaynak kanundaki bu ifadenin teknik anlamda kullanılmadığı kabul edilmiştir. von Tuhr, **Edege**, s. 274, dn. 17; BK OR, Kramer, Schmidlin, **a.g.e.**, § 18, Rn.161; Ayrıca bkz. BSK OR, Wiegand, **a.g.e.**, § 18, Rn. 128.

⁸⁹ Esener, **Muvazaa**, s. 57.

⁹⁰ Baki Kuru, **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, Legal Yayınevi, İstanbul, 2015, s. 175; von Tuhr, Peter, **a.g.e.**, s. 27; Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 336; Akipek, Akıntürk, Ateş, **Kişiler**, s. 204; Teknik anlamda, davacının iddialarının yürümez hale getirilmesidir. Velidedeoğlu, **a.g.e.**, s. 364.

⁹¹ Kuru, **Medeni Usul**, s. 172-174.

⁹² Esener, **Muvazaa**, s. 57; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 196; İnan, **a.g.e.**, s. 183; Ayan, **Borçlar**, s. 143; Özkaya, **a.g.e.**, s. 194; Aday, **a.g.e.**, s. 24; N. Yavuz, **a.g.e.**, s. 15; "Her ne kadar muvazaayı düzenleyen BK.nun 18. maddesinde ve öteki kanun hükümlerinde muvazaalı sözleşmelerin hüküm ve sonuçları hakkında bir açıklık bulunmamakta ise de; taraflar arasında alacak ve borç ilişkisi doğurmayacağı, muvazaanın varlığının hiçbir süreye bağlı olmaksızın her zaman ileri sürülebileceği, mahkemece kendiliğinden (resen) göz önünde bulundurulması gerektiği, belirli bir sürenin geçmesi, sebebin ortadan kalkması veya ilgililerin olur (icazet) vermesi ile geçerli hale gelmeyeceği, uygulamada ve bilimsel görüşlerde ortaklaşa kabul edilmektedir." Yargıtay 1. HD. E. 2004/11431, K. 2004/14640, T. 28.12.2004, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 04.02.2021.

taraflar, muvazaalı işlemleri geçerli hale getirmek istiyorlarsa, bu isteklerini aynı içerikte bir başka sözleşme yapmak suretiyle yerine getirebilir⁹³.

d. Her Zaman İleri Sürülebilir

Muvazaa, maddi hukuk açısından itiraz niteliğinde olup yargılamanın her aşamasında ileri sürülebilir. Muvazaa iddiası herhangi bir hak düşürücü süre ve zamanaşımına tabi değildir⁹⁴. Bu durum, muvazaanın geçersizliğinin sonucudur. İsviçre Federal Mahkemesi ve Yargıtay kararları bu görüş yönündedir⁹⁵.

3402 sayılı Kadastro Kanunu⁹⁶ m. 12/3’de düzenlenen on yıllık hak düşürücü süre, muvazaanın ileri sürülmesinin zamanaşımına tabi olduğu anlamına gelmez⁹⁷. Kadastro tutanağında belirtilen haklara, sınırlandırma ve tespitlere karşı tutanağın kesinleştiği tarihten itibaren on yıl geçtikten sonra kadastro öncesi nedenlere dayanılarak dava açılmaz. Bu husus, muvazaa iddiasının süreye bağlı olmadığı kuralı ile ilgili olmayıp daha önceden var olan haklarla ilgili kadastro esnasında yapılan tespitlerin yerinde olmadığına dair itirazların belirli bir süreye tabi kılınarak kamu düzeninin sağlanması amacıyla ilgilidir⁹⁸.

⁹³ von Tuhr, **Edege**, s. 208; Oser, Schönenberger, **Seçkin**, s.182; Esener, **Muvazaa**, s. 57; Özkaya, **a.g.e.**, s. 194.

⁹⁴ von Büren, **a.g.e.**, s. 173; Jäggi, Gauch, Hartmann, **a.g.e.**, § 18, Rn. 140-141; BK OR, Kramer, Schmidlin, **a.g.e.**, § 18, Rn.161; Esener, **Muvazaa**, s. 54; Tunçomağ, **I**, s. 301; İnan, **a.g.e.**, s. 176; Eren, **Borçlar Genel**, s. 403; Antalya, **a.g.e.**, s. 351; Ayan, **Borçlar**, s.143; Özkaya, **a.g.e.**, s. 191; Özüğür, **a.g.e.**, s. 464; Aday, **a.g.e.**, s. 24; Kayaoğlu, **a.g.m.**, s. 174; 10 yıllık zamanaşımına tabi olduğu yönündeki istisna aksi görüş için bkz. Yargıtay HGK. E. 1940/1-28, K. 1940/29, T. 15.05.1940, (Esener, **Muvazaa**, s. 54-55’den naklen).

⁹⁵ BGE 72 II 154; Yargıtay HGK. E. 1983/1-497, K. 1983/719, T. 22.06.1983, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 19.02.2021; Yargıtay I. HD. E. 2009/10655, K. 2010/1248, T. 09.02.2010, (Çevrimiçi) İstanbul Barosu İçtihat Bilgi Bankası, 19.02.2021; Yargıtay I HD. E. 2012/13775, K. 2013/2901, T. 28.02.2013,(Çevrimiçi) Yargıtay Bilgi Bankası, 24.02.2021.

⁹⁶ Kanun No: 3402, Kabul Tarihi: 21.06.1987.

⁹⁷ Özkaya, **a.g.e.**, s. 191-192; Eviz, **a.g.e.**, s. 30.

⁹⁸ Konu ile ilgili bkz. Yaşar Karayalçın, “Tapulama ve Kadastro İşlerinde On Yıllık Hak Düşürücü Süre, 8.5.1987 Tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı-23.11.1988 Tarihli Hukuk Genel Kurulu Kararı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 1990/1, s. 51-55; Bahsi geçen düzenleme ile ilgili Hükümet Tasarısındaki gerekçe şu şekildedir: “Kadastro çalışmaları tamamlanarak kesinleşen tespitlerin, kısa sürede tapu kütüklerine kaydedilme işlemlerinin kesinleşme tarihinden itibaren en geç üç ay içinde bitirilmesi, ayrıca büyük emek ve masrafla meydana getirilen düzenli kütük ve kadastro işlemlerinin korunmasını sağlamak için, kamu ve özel mal ayrımı yapılmadan kadastro tutanaklarının kesinleştiği tarihten itibaren on yıl geçtikten sonra kadastrodan önceki hukuki sebeplere dayanılarak dava açılmayacağı esası getirilmiştir. Burada kadastro işlemlerinin eski olaylara dayanılarak, süresiz

e. Tespit Davasına Konu Olabilir

Uygulamada görülen muvazaalı işlemin iptali ifadesi, yanlış bir kullanımdır⁹⁹. İptal, geçerli olarak kurulmuş bir işlemin taraflardan birinin talebiyle geçersiz kılınmasıdır. Oysa muvazaalı işlem, baştan itibaren geçersiz olduğundan muvazaa nedeniyle geçersizliğin tespiti daha uygun bir ifadedir¹⁰⁰.

3. Geçersizliğin İleri Sürülemeyeceği Haller

Kural olarak taraflar, geçersizlik iddiasını birbirlerine ve hatta üçüncü kişilere karşı ileri sürebilir¹⁰¹. Örneğin, muvazaalı taşınmaz satım sözleşmesi geçersiz olduğundan buna dayanan tescil işlemi de yolsuz olur. Böyle bir tescil mülkiyeti nakletmez, aynı hak durumunda bir değişiklik olmaz. Alıcı, söz konusu taşınmazı bir başkasına kiralasa, satıcı taşınmazın kendisine teslim edilmesini talep edebilir¹⁰².

Ancak bazı istisnai hallerde geçersizliğin ileri sürülmesinde engeller bulunmaktadır¹⁰³. Şimdi sırasıyla bu istisnai halleri inceleyeceğiz.

a. İyiniyetli Üçüncü Kişilerin Aynı Hak İktisabı

Taşınır malın emin sıfatıyla zilyedinden mülkiyetini veya sınırlı aynı hakkını iyiniyetle iktisap eden üçüncü kimsenin bu kazanımı TMK m. 988 uyarınca

olarak askıda bırakılmasının kamu düzenini ters yönde etkileyeceği ve kamu zararı doğuracağı gerçeğinden hareketle mülkiyet hakkı değil, sadece hak arama hürriyeti kısıtlanmıştır. Aynı hüküm 756 sayılı Kanunun 31 inci maddesinde de mevcut olmakla birlikte, on yıllık hak düşürücü sürenin başlangıç tarihi tapu kütüğüne tescil tarihi olarak kabul edilmişti. Ancak, çeşitli nedenlerle tescil işlemleri geciktiği veya taşınmaz malın tutanağı tanzim edilip de tescile tabi tutulmayan yerlerden olması halinde, hak düşürücü sürenin başlangıç tarihi farklı yorumlara sebebiyet verdiği için, hak düşürücü sürenin başlangıcı tutanağın kesinleşme tarihi olarak benimsenmiştir.” TBMM, Tutanak Dergisi, C. 43. 21.6.1987 tarihli birleşim eki S:590, s. 7.

⁹⁹ Bu ifadeyi kullananlara örnek olarak bkz. Özügür, **a.g.e.**, s. 464.

¹⁰⁰ Esener, **Muvazaa**, s. 54; Özkaya, **a.g.e.**, s. 190.

¹⁰¹ Jägg, Gauch, Hartmann, **a.g.e.**, § 18, Rn. 149; BK OR, Kramer, Schmidlin, **a.g.e.**, § 18, Rn. 163; BSK OR, Wiegand, **a.g.e.**, § 18, Rn. 127; Schwenzer, **a.g.e.**, Rn. 30.07; Esener, **Muvazaa**, s. 56; İnan, **a.g.e.**, s. 179; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 360; Eren, **Borçlar Genel**, s. 404; Oğuzman, Öz, **Borçlar I**, s. 136; Özkaya, **a.g.e.**, s. 194; BGE 106 II 145.

¹⁰² Reisoglu, **a.g.e.**, s. 107.

¹⁰³ Esener, **Muvazaa**, s. 56; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 360; Eren, **Borçlar Genel**, s. 404; Özkaya, **a.g.e.**, s. 194.

korunur¹⁰⁴. Örneğin, A, muvazaalı şekilde B'ye taşınır bir malını devretse ve B, bu taşınırın mülkiyetini Ü'ye devretse veya Ü'nün lehine sınırlı ayni hak tesis etse, iyiniyetli Ü'nün iktisabı korunur¹⁰⁵. Çünkü taşınır mal A'nın elinden rızası dâhilinde çıkmıştır¹⁰⁶.

Taşınmazlarda, muvazaalı işlemin geçersiz oluşu, sebebe bağlılık ilkesi gereği tasarruf işlemi niteliğindeki tescil işlemini de geçersiz kılar ve yolsuz tescil meydana gelir. Tescil yolsuz olsa da tapudaki bu kayda güvenerek işlem yapan iyiniyetli üçüncü kişilerin kazanımı TMK m. 1023¹⁰⁷ uyarınca korunur¹⁰⁸. Örneğin, A, taşınmazını muvazaalı olarak B'ye devredip tapu kütüğünde B adına tescil ettirerek taşınmazın mülkiyetini kaybetmiş olmaz. B adına yapılan tescil, yolsuzdur. Ancak B, bu taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkını Ü'ye devrederse veya Ü lehine sınırlı ayni hak tesis ederse, tapu kütüğündeki kayda güvenen iyiniyetli Ü'nün bu

¹⁰⁴ Arthur Homberger, **Zürcher Kommentar zum ZGB, IV: Band: Das Sachenrecht, Dritte Abteilung: Besitz und Grundbuch, Art. 919–977**, 2. Auflage, Zürich, Schulthess Verlag, 1938, § 933, Rn. 1 vd. ; Emil W. Stark, **Berner Kommentar, Zivilgesetzbuch, Der Besitz, Art. 919-941 ZGB**, 3. Auflage, Bern, Stämpfli, 2001, § 933, Rn. 1 vd. ; Tuor, Schnyder, Schmid, Jungo, **a.g.e.** , s. 1031; BSK ZGB, Stark, Ernst, **a.g.e.** , § 933, Rn. 1 vd. ; Esener, **Muvazaa**, s. 123; Feyzioğlu, **a.g.e.** , s. 198; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar**, s.412; İnan, **a.g.e.** , s. 181; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 360; Eren, **Borçlar Genel**, s. 406; Reisoğlu, **a.g.e.** , s. 107; Antalya, **a.g.e.** , s. 356; Özkaya, **a.g.e.** , s. 198; Özüğür, **a.g.e.** , s. 465; Oğuzman, Barlas, **a.g.e.** , s. 255; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.** , s. 122; Akipek, Akıntürk, Ateş, **Eşya**, s. 172; Haluk Nami Nomer, M. Serkan Ergüne, **Eşya Hukuku: Zilyetlik, Tapu Sicili, Mülkiyetin Genel Hükümleri, Taşınır Mülkiyeti, Rehin Hakları, Taşınmaz İrtifakı, İntifa Hakkı**, 8. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 83 vd. Böyle bir durumda hakkın önceki sahibi, emin sıfatıyla zilyetten sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre üçüncü kişiden alınan satış bedelini ve şartları varsa TBK m. 49/2 uyarınca uğradığı zararın tazminini talep edebilir. von Tuhr, **a.g.e.** , s. 389; Esener, **Muvazaa**, s. 123.

¹⁰⁵ Schwarz, **a.g.e.** , s. 294; Esener, **Muvazaa**, s. 122; İnan, **a.g.e.** , s. 181; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 360.

¹⁰⁶ Çünkü taşınır, ne çalınmış, ne gasp edilmiş, ne de kayıp edilmiştir. İnan, **a.g.e.** , s. 181; Tunçomağ, **I**, s. 301.

¹⁰⁷ TMK m.1023: “*Tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya başka ayni hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur*”

¹⁰⁸ Homberger, **a.g.e.** , § 973, Rn. 1 vd. ; Tuor, Schnyder, Schmid, Jungo, **a.g.e.** , s. 1081; BSK ZGB, Schmid, **a.g.e.** , § 973, Rn. 1 vd. ; Esener, **Muvazaa**, s. 122; Feyzioğlu, **a.g.e.** , s. 198; Tunçomağ, **I**, s. 302; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar**, s.412; İnan, **a.g.e.** , s. 181; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 361; Eren, **Borçlar Genel**, s. 406; Reisoğlu, **a.g.e.** , s. 107; Antalya, **a.g.e.** , s. 356; Özkaya, **a.g.e.** , s. 198; Özüğür, **a.g.e.** , s. 465; Aday, **a.g.e.** , s. 26; Kiper, **a.g.e.** , s. 25; Akipek, Akıntürk, Ateş, **Eşya**, s. 357; Nomer, Ergüne, **a.g.e.** , s. 144; İyiniyetli üçüncü kişinin ayni hakkı kazanması, önceki hak sahibinin hakkını kaybetmesi demektir. Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop, **Eşya Hukuku, C. I**, 5. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1989, s. 365; Erman, **Eşya**, s. 50; Bu durumda hakkını kaybeden kişi, şartları varsa, TMK m. 1007 uyarınca zararını devletten tazmin edebilir. Ayrıca bu duruma sebep olanlara TMK m. 995 ve TBK m. 49 uyarınca doğrudan başvurulabilir. Kusuru bulunmamakla birlikte üçüncü kişiye yapılan temlik karşılığı alınan ivazdan yararlananlara sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca başvurulabilir. Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.** , s. 268; Ayrıca bkz. Nomer, Ergüne, **a.g.e.** , s. 146.

kazanımı korunur¹⁰⁹. Dolayısıyla iyiniyetli üçüncü kişilere karşı muris muvazaası ileri sürülemez¹¹⁰.

Burada kişilerin huzur ve güven içerisinde alış verişte bulunmaları ve kamu düzeninin sağlanması amacıyla kişinin yolsuz tescili bilmemesi veya bilmesinin gerekmemesi yani iyiniyetinin korunması ilkesi kabul edilmiştir¹¹¹. Hakkın kazanılması anında yani tescil anında iyiniyetli olan kişinin sonradan tescilin yolsuzluğunu öğrenmesi sonucu etkilemez¹¹².

¹⁰⁹ Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 361; Eren, **Borçlar Genel**, s. 406; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 107.

¹¹⁰ Yargıtay 1. HD. E. 2011/461, K. 2011/5625, T. 10.05.2011, Yargıtay 1. HD. E. 2019/1441, K. 2020/4054, T. 14.09.2020, (Çevrimiçi) Yargıtay Bilgi Bankası, 21.02.2021.

¹¹¹ “Bilindiği üzere, Hukukumuzda, diğer çağdaş hukuk sistemlerinde olduğu gibi kişilerin huzur ve güven içerisinde alış verişte bulunmaları satın aldıkları şeylerin ilerde kendilerinden alınabileceği endişelerini taşımamaları, dolayısıyla toplum düzenini sağlamak düşüncesiyle, alan kişinin iyi niyetinin korunması ilkesi kabul edilmiştir. Bu amaçla Medeni Kanun’un 2.maddesinin genel hükmü yanında menkul mallarda 988 ve 989, tapulu taşınmazların el değiştirmesinde ise 1023.maddesinin özel hükümleri getirilmiştir. Öte yandan bir devleti oluşturan unsurlardan bin insan unsuru ise bunun kadar önemli olan ötekisi topraktır işte bu nedenle Devlet, nüfus sicilleri gibi tapu sicillerinin de tutulmasını üstlenmiş, bunların aleniliğini (herkese açık olmasını) sağlamış iyi ve doğru tutulmamasından doğan sorumluluğu kabul etmiş, değinilen tüm bu sebeplerin doğal sonucu olarak tapuya itimat edip, taşınmaz mal edinen kişinin iyi niyetini korumak zorunluluğunu duymuştur. Belirtilen ilke MK’nın 1023. maddesinde aynen “tapu kütüğündeki sicile iyi niyetle dayanarak mülkiyet veya başka bir aynı hak kazanan 3.ncü kişinin bu kazanımı korunur” şeklinde yer almış, aynı ilke tamamlayıcı madde niteliğindeki 1024.maddenin 1. fıkrasına göre “Bir aynı hak yolsuz olarak tescil edilmiş ise bunu bilen veya bilmesi gereken 3.ncü kişi bu tescile dayanamaz” biçiminde öngörülmüştür. Ne var ki; tapulu taşınmazların intikallerinde, huzur ve güveni koruma, toplam düzenini sağlama uğruna, tapu kaydında ismi geçmeyen ama asıl malik olanın hakkı feda edildiğinden iktisapta bulunan kişinin iyi niyetli olup olmadığının tam olarak tespiti büyük önem taşımaktadır. Gerçekten bir yanda tapu sicilinin doğruluğuna inanarak iktisapta bulunduğunu ileri süren kimse diğer yanda ise kendisi için maddi, hatta bazı hallerde manevi büyük değer taşıyan aynı hakkını yitirme tehlikesi ile karşı karşıya kalan önceki malik bulunmaktadır. Bu nedenle yüzeysel ve şekilci bir araştırma ve yaklaşımın büyük mağduriyetlere yol açacağı, kişilerin Devlete ve adalete olan güven ve saygısını sarsacağı ve yasa koyucunun amacının ilk bakışta, şeklen iyi niyetli gözükeni değil, gerçekten iyi niyetli olan kişiyi korumak olduğu hususlarının daima göz önünde tutulması, bu yönde tüm delillerin toplanıp derinliğine irdelenmesi ve değerlendirilmesi gerekmektedir. Nitekim bu görüşten hareketle “kötü niyet iddiasının defî değil itiraz olduğu, iddia ve müdafanın genişletilmesi yasağına tabii olmaksızın her zaman ileri sürülebileceği ve mahkemece kendiliğinden (resen) nazara alınacağı ilkeleri 8.11.1991 tarih 1990/4 esas 1991/3 sayılı inançları Birleştirme Kararında kabul edilmiş, bilimsel görüşler de aynı doğrultuda gelişmiştir.” Yargıtay 1. HD. E. 2009/6276, K. 2009/10420, T. 20.10.2019, (Çevrimiçi) İstanbul Barosu İçtihat Bilgi Bankası, 16.02.2021; Seyfullah Edis, “Türk Medeni Hukukunda İyiniyet (Subjektif Hüsniyet)”, **Prof. Dr. Hüseyin Cahit Oğuzoğlu’na Armağan**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Sevinç Matbaası, 1972, s. 147; Akipek, Akıntürk, Ateş, **Eşya**, s. 358.

¹¹² Roma Hukukundaki deyimle: “Mala fides superveniens non nocet” (sonradan gelen kötü niyet zarar vermez). Bkz. Homberger, **a.g.e.**, § 973, Rn. 18; BSK ZGB, Schmid, **a.g.e.**, § 973, Rn. 33; Edis, **a.g.m.**, s. 154; Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 261; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 273; Akipek, Akıntürk, Ateş, **Eşya**, s.366; Özkaya, **a.g.e.**, s. 198; Aday, **a.g.e.**, s. 29.

b. Dürüstlük Kuralına Aykırılık

Dürüstlük kuralı, tüm hakların kullanılmasında uyulması gereken bir ilke olarak TMK m. 2’de vurgulanmıştır. Dürüstlük kuralını bir kimseden namuslu, dürüst bir insan olarak beklenen davranış şeklinde tanımlamak mümkündür¹¹³. Dürüstlük kuralı, hak sahiplerinin haklarını kullanırken veya borçlarını ifa ederken hukuka, ahlaka uygun davranmaları, haklarının çevresinde bulunan diğer hak sahiplerinde veya borç ilişkilerinin muhataplarında var olan güven duygusunu ihlal etmemeleri anlamına da gelir¹¹⁴. Bir davranışın dürüstlük kuralına uygun olup olmadığı, toplumda hâkim olan ahlaki ölçüler ve adetlerle birlikte hakları sağlayan ilişkilerin güttüğü amaca göre belirlenir¹¹⁵.

Hakkın kötüye kullanılması yasağı, dürüstlük kuralının tersten ifade edilmiş hali ve onun yaptırımıdır¹¹⁶. Bununla birlikte, dürüstlük kuralı, hakların kullanılmasında olduğu kadar, borçların ifasında da uygulama alanı bulur. Ancak hakkın kötüye kullanılması yasağı, sadece hakların kullanımında uygulama alanı bulur¹¹⁷. Dolayısıyla hakkın dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacak şekilde kullanımı, hakkın kötüye kullanılması anlamına gelir¹¹⁸.

Hakkın kötüye kullanılması yasağı, pozitif hukukun her olayda ayrı özellikler taşıyan ihtilafları çözecek kuralları koymasının mümkün olmaması

¹¹³ Velidedeoğlu, **a.g.e.** , s. 325; Şakir Berki, **Medeni Hukuk: Umumi Esaslar, Şahıs Hukuku ve Aile Hukuku**, 1969, s. 26; Oğuzman, Barlas, **a.g.e.** , s. 266; Uyar, **Dürüstlük Kuralı**, s. 439 vd.

¹¹⁴ Bülent Köprülü, **Medeni Hukuk: Genel Prensipler, Kişinin Hukuku, Aile Hukuku**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1970-1971, s. 100.

¹¹⁵ Dürüstlük kuralında, kişisel namus ve karakter dikkate alınmaz; toplum namusu, dürüstlüğü ve karakteri rol oynar. Velidedeoğlu, **a.g.e.** , s. 324-325; Berki, **a.g.e.** , s. 26; Köprülü, **a.g.e.** , s. 100; Akipek, Akıntürk, Ateş, **Kişiler**, s. 167.

¹¹⁶ Dürüstlük kuralı, bir hakkın toplumsal ve ekonomik özünü, görevini ve amacını belirlerken, hakkın kötüye kullanılması yasağı, bunlara aykırı davranışları izler ve korumaz. Köprülü, **a.g.e.** , s. 107; Ayrıca bkz. Akipek, Akıntürk, Ateş, **Kişiler**, s. 179.

¹¹⁷ Berki, **a.g.e.** , s. 27.

¹¹⁸ August Egger, **İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Giriş ve Kişinin Hukuku**, Çev: Volf Çernis, 2. Bası, Ankara, Adliye Vekaleti Yayınları, 1947, s. 94; Şener Akyol, **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006, s. 23 vd. ; Oğuzman, Barlas, **a.g.e.** , s. 270; Akipek, Akıntürk, Ateş, **Kişiler**, s. 179.

nedenine dayanır¹¹⁹. Gerçekten, birçok olayda, kuralların sıkı şekilde uygulanması, somut olay adaletinin sağlanamaması sonucunu ortaya çıkarabilir.

Verilen bu bilgiler ışığında denilebilir ki, muvazaa nedeniyle geçersizliğin ileri sürülmesi, bunda menfaati olan herkesin hakkıdır. Bu hakka sahip olan kişiler, bu hakkı kullanırken dürüstlük kuralları çerçevesinde hareket etmelidir. Bu çerçeveyi aşan hallerde, hakkın kötüye kullanılması yasağı devreye girer ve muvazaa nedeniyle geçersizlik iddiası dinlenmez.

Hakkın kötüye kullanılmasının tespiti için kesin ölçütler koymak mümkün değildir. Bu yüzden her somut olay, kendi içerisinde değerlendirilmeli ve hakkın kötüye kullanılması teşkil eden olayın varlığı ayrıca araştırılmalıdır¹²⁰.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin verdiği bir karara konu olan olayda, A, 1923 yılında taşınmazını B'ye satmış olmasına rağmen aynı gün satım sözleşmesinin muvazaa nedeniyle geçersiz olduğunu ve taşınmaz bedelinin ödenmediğini noter önünde belgelendirmiştir. Tapuda satım işleminin yapılmasının ardından B, hamiline yazılı ipotekli borç senedi düzenleyerek bunları bir bankaya rehnetmiştir. Daha sonra A ile B evlenmiştir. 1944 yılında B'nin ölmesiyle mirasçılar mirası reddetmiş ve tasfiye, iflas idaresince yapılmıştır. Bu olaydan sonra A, taşınmaz satımının muvazaalı olduğunu belirten belgeyi ekleyerek taşınmaz mülkiyetinin hâlâ kendisinde olduğunu iddia ederek tapu sicilinin düzeltilmesini talep etmiştir. Mahkeme, özellikle yirmi senedir kendi rızası dâhilinde tutulan mevcut tapu kayıtlarının yolsuzluğunun ve muvazaa iddiasının ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceğini, muvazaalı işleme güvenerek tapu kütüğüne borçlu adına kaydedilmiş bir taşınmazın borçlunun iflası halinde alacaklılar tarafından haczedilmesi gerektiğini, noterin kendi huzurunda yapılan muvazaa anlaşmasına

¹¹⁹ BGE 40 III 160; Tuor, Schnyder, Schmid, Jungo, **a.g.e.**, s. 47; Esener, **Muvazaa**, s. 119; Velidedeoğlu, **a.g.e.**, s. 324; Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 273; Akipek, Akıntürk, Ateş, **Kişiler**, s. 170.

¹²⁰ Tuor, Schnyder, Schmid, Jungo, **a.g.e.**, s. 58; Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 273; Akipek, Akıntürk, Ateş, **Kişiler**, s. 167.

vakıf olmasının B ve onun mirasçıları lehine delil olamayacağını karara bağlamıştır¹²¹.

Yargıtay kararlarından bu konuya ilişkin örnekler bulmak da mümkündür. Muvazaalı işlemin üzerinden uzun zaman geçmesinin ardından muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı dava açılırsa, bu dava bakımından zamanaşımı söz konusu olmaz. İşlemin muvazaalı olması durumunda üzerinden uzun zaman geçmesi, işlemi geçerli hale getirmez ve herhangi bir süreye bağlı olmaksızın her zaman dava açılabilir¹²². Bu iddianın ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde değerlendirilmesi kural olarak doğru değildir. Fakat bu iddia, her somut olayda ayrıca irdelenmelidir. Örneğin, üzerinden çok uzun zaman geçtikten sonra taşınmazın değerinin artması üzerine mirasçıların muris muvazaasına dayalı dava açarak daha önce itiraz etmeyip kabullendikleri bir hususu mahkeme önüne taşımaları dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebilir¹²³. Bir başka örnekte, evladına muvazaalı temlik yapılması sırasında yasal temsilcisi olarak evladını temsil eden babanın, muris öldükten sonra muvazaa iddiasında bulunması, kimsenin kendi hukuka veya ahlaka aykırı davranışına dayanarak hak elde edememesi yasağına takılır¹²⁴.

¹²¹ BGE 73 III 358, (Esener, **Muvazaa**, s. 120-121'den naklen); Ayrıca bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 360.

¹²² Yargıtay HGK. E. 2013/2302, K. 2015/1313, T. 06.05.2015, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 06.02.2021; Yargıtay HGK. E. 2014/1-560, K. 2015/2371, T. 04.11.2015, (Çevrimiçi) Yargıtay Bilgi Bankası, 06.02.2021.

¹²³ "... taşınmazın daha önce değersiz durumda iken, sonradan imarlı hale gelmesi ve gerçekleşen yapılaşmayla birlikte, değerli duruma geldiği anlaşılmaktadır. Bu durumda; gerek davacıların babaları olan yakın mirasçıların, gerekse bizzat davacıların hakkın kullanılması konusunda uzun bir süre sessiz kalmaları, hakkın artık kullanılmayacağı yolunda davalılarda köklü bir kanı yaratmıştır. Ayrıca hakkın bu kadar gecikmeyle kullanılması, davalılar bakımından eskisine oranla çok ağır yüklere katlanma durumunu ortaya çıkarmıştır(...) Hiç bir ayni veya alacak hakkının, hakkın ileri sürülebileceği muhatapları üzerinde, sınırsız bir şekilde baskı unsuru oluşturmasını, hukuk düzeni korumaz. İşte, yukarda alıntılандığı gibi, kuraldaki istisna boşluğunu dolduracak, hakkı sınırlandıracak hüküm(kural); TMK.2/2.maddesindeki "hakkın kötüye kullanılması" yasağı olmalıdır." Yargıtay HGK. E. 2014/1-560, K. 2015/2371, T. 04.11.2015, Karşı Oy Yazısı, (Çevrimiçi) Yargıtay Bilgi Bankası, 06.02.2021; "Mal kaçırma amacı kanıtlanamadığı gibi miras bırakanın ölüm tarihinden 23 yıl geçtikten sonra dava açılması TMK m. 2'ye uygun değildir." Yargıtay 1. HD. E. 2013/21251, K. 2014/11685, T. 12.06.2014, (Özügür, **a.g.e.**, s. 726-727'den naklen); Buna karşın uzun zaman sonra muvazaa iddiasının ileri sürülmesi, her somut olayda ayrıca irdelenmelidir. Eğer mirasçılar, muvazaa olgusunu uzun bir zaman sonra öğrenmişlerse, bunu ileri sürmeleri dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmez. Yargıtay 1. HD. E. 2012/12689, K. 2013/1956, T. 14.02.2013, (Özügür, **a.g.e.**, s. 552'den naklen).

¹²⁴ "İşlemin bazı davacılar için geçerli, bazıları için geçersiz olduğunu söyleme olanağı yoktur. Bu nedenle davacı S... yönünden de geçersiz olduğu söylenebilir. Ancak burada bir ayırım söz konusudur.

c. İyiniyetli Üçüncü Kişilerin Yazılı Borç İkrarına Dayanak Hak İktisabı

TBK m. 19/2’de yazılı borç ikrarına güvenerek alacaklı sıfatını kazanan üçüncü kişiye karşı muvazaa iddiasının ileri sürülemeyeceği düzenlenmiştir. Örneğin, A, B’ye kötüleşen ticari itibarını düzeltmek için bono versin. B, A’nın güvenini kötüye kullanarak bonoyu yani alacağı C’ye temlik etsin. C, A ile B arasındaki muvazaayı bilmediğinden bono bedelini A’dan talep edebilir ve A da bunu ödemelidir¹²⁵. Hukuki işlemlerde ve özellikle ticari hayatta güveni ve devamlılığı sağlamak amacıyla düzenlenen TBK m. 19/2 hükmünün uygulanabilmesi için üç şart gereklidir.

Öncelikle üçüncü kişi, aslında muvazaalı işleme dayanan alacağı geçerli bir işlem sonucunda temellük etmelidir¹²⁶. İkinci olarak, üçüncü kişi, TBK m. 18’de öngörülen mahiyetteki borç ikrarına güvenerek alacaklı sıfatını kazanmalıdır¹²⁷. Ayrıca üçüncü kişinin alacaklı sıfatı, onun borçlusu olan tarafın borcunu teyit anlamında yaptığı yazılı beyanına dayanmalıdır. Borç ikrarının yazılı olması şarttır¹²⁸. Yazılı borç ikrarı, önceden doğmuş bir borcun doğrulanması veya doğması

Davacı her ne kadar tapudaki muvazaalı işlemde velayeten bulunmuş ise de işlemin tarafıdır, taşınmaz bedel ödeyerek davalı adına aldığı resmi memur huzurunda beyan etmiştir. O halde kendisinin de bir muvazaası söz konusudur ve kural olarak hiç kimse kendi muvazaasına dayanarak bir hak talep edemez. Kaldı ki böyle bir hak talebi herkesin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorunda olduğu, bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasının hukuk düzenince korunamayacağını belirten T.M.Y. ikinci maddesine de aykırıdır. Bu durumda davacı S...’in kendi muvazaasının sonuçlarından yararlanması hakkın kötüye kullanılması niteliğinde bulunduğundan bu kişi yönünden davanın reddine karar verilmesi gerekirken kabulü doğru olmamıştır.” Yargıtay HGK. E. 2010/1, K. 2010/32, T. 27.01.2010, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 09.02.2021; Ayrıca bkz. Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 283.

¹²⁵ Tunçomağ, I, s. 301-302; İnan, **a.g.e.**, s. 179-180; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 361; Eren, **Borçlar Genel**, s. 404; Oğuzman, Öz, **Borçlar I**, s. 137; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 107; Antalya, **a.g.e.**, s. 356.

¹²⁶ Esener, **Muvazaa**, s. 131; İnan, **a.g.e.**, s. 180; Eren, **Borçlar Genel**, s. 405; Antalya, **a.g.e.**, s. 356.

¹²⁷ Oser, Schönerberger, **Seçkin**, s. 150; Esener, **Muvazaa**, s. 131; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 197; İnan, **a.g.e.**, s. 180; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 362; Eren, **Borçlar Genel**, s. 405; Kılıçoğlu, **Borçlar**, s. 242; Antalya, **a.g.e.**, s. 356.

¹²⁸ Her ne kadar TBK m. 18’de borç ikrarı için şekil şartı bulunmasa da, TBK m. 19/2’nin uygulanabilmesi için borç ikrarının yazılı olması gerekir. Oser, Schönerberger, **Seçkin**, s. 150; Jäggi, Gauch, Hartmann, **a.g.e.**, § 18, Rn. 254; BSK OR, Wiegand, **a.g.e.**, § 18, Rn. 129; Esener, **Muvazaa**, s. 131; İnan, **a.g.e.**, s. 180; Eren, **Borçlar Genel**, s. 405; Oğuzman, Öz, **Borçlar I**, s. 137; Kılıçoğlu, **Borçlar**, s. 242; Antalya, **a.g.e.**, s. 356; Kişiden kişiye doğrudan sözlü beyanlar ile yapılan devirler, yazılı devirler gibi güven ortamı oluşturmaz. Bu durumda üçüncü kişinin güvendiği bir borç ikrarından bahsedilemez. Jäggi, Gauch, Hartmann, **a.g.e.**, § 18, Rn. 261; BK OR, Kramer,

muhtemel bir borcun taahhüt edilmesi niteliğinde olabilir¹²⁹. Muvazaalı işlemi içeren belge, yazılı borç ikrarını kapsadığı için yeterlidir¹³⁰. Üçüncü olarak, alacağın üçüncü kişi tarafından iyiniyetle kazanılması gereklidir. TBK m. 19/2’de iyiniyet ifadesi yer almamakla birlikte, İsviçre Borçlar Kanunu’nda iyi niyet ifadesine yer verilmiştir. Aynı anlayışı TBK için de kabul etmek yerinde olur¹³¹. O halde, TMK m. 3 anlamında alacağın muvazaalı olduğunu bilmeyen ve bilmesi de gerekmeyen üçüncü kişinin kazanımını korunur¹³².

İyiniyetin alacağın temlik anında var olması yeterli olup temlik edilen alacağın muvazaalı olduğunun sonradan öğrenilmesi iyiniyet şartını ortadan kaldırmaz¹³³. Muvazaalı alacağın birden çok defa temlikinde, sonraki temellük edenlerin bir veya birkaçının kötünietli olması TBK m. 19/2’nin uygulanmasını engellemez. Son olarak temellük eden iyiniyetli ise, alacağı kazanır. İlk temlikteki iyiniyet yeterlidir. Sonradan temellük eden kötünietli bile olsa bu iktisap da geçerlidir¹³⁴.

Burada üçüncü kişi, iyiniyetli olması nedeniyle, temlik eden kişiye ait olmayan bir alacağı kazanmaktadır. Muvazaalı işlemde borçlu konumunda olan kişi, muvazaa iddiasını üçüncü kişiye ileri sürememesine karşın, güvenini kötüye kullanarak kendisine zarar verme kastı ile ahlaka aykırı fiil işleyen temlik edene karşı TBK m. 49/2 uyarınca tazminat talebinde bulunabilir¹³⁵.

Schmidlin, **a.g.e.** , § 18, Rn. 178; BGB m. 780, borç ikrarının taraflar arasında geçerliliğinin yazılı olması şartına bağlı olduğunu ayrıca düzenlemiştir. Bkz. Palandt, Sprau, **BGB**, § 780, Rn. 6; TBK ile OR düzenlemeleri paraleldir. BSK OR, Schwenzer, **a.g.e.** , § 17, Rn. 3.

¹²⁹ Oser, Schöenberger, **Seçkin**, s.150; İnan, **a.g.e.** , s. 180.

¹³⁰ Eren, **Borçlar Genel**, s. 405.

¹³¹ Esener, **Muvazaa**, s. 133; İnan, **a.g.e.** , s. 180-181 Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 361; Eren, **Borçlar Genel**, s. 406; Antalya, **a.g.e.** , s. 356.

¹³² BK OR, Kramer, Schmidlin, **a.g.e.** , § 18, Rn. 173; BSK OR, Wiegand, **a.g.e.** , § 18, Rn. 127; Esener, **Muvazaa**, s. 134; Edis, **a.g.m.** , s. 156; Tunçomağ, **I**, s. 302; Eren, **Borçlar Genel**, s. 406; Kılıçoğlu, **Borçlar**, s. 242; Ayan, **Borçlar**, s.236; Antalya, **a.g.e.** , s. 356.

¹³³ Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 361; Eren, **Borçlar Genel**, s. 406; Antalya, **a.g.e.** , s. 356.

¹³⁴ Jäggli, Gauch, Hartmann, **a.g.e.** , § 18, Rn. 253; BK OR, Kramer, Schmidlin, **a.g.e.** , § 18, Rn. 173; İnan, **a.g.e.** , s. 181; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 362; Eren, **Borçlar Genel**, s. 406; İyiniyetli üçüncü kişi, hakkı kazanmış olsa da, bundan sonra yapılan devirlerde, alacağın muvazaalı olduğunu bilen diğer üçüncü kişilere karşı muvazaa iddiası ileri sürülebilmelidir. Esener, **Muvazaa**, s. 136.

¹³⁵ İnan, **a.g.e.** , s. 181.

TBK m. 19/2'nin istisnai hüküm olmasından dolayı uygulama alanınındar yorumlanması gerektiği bir kenara bırakılırsa, kıyasen uygulanmasının mümkün olduğu haller mevcuttur¹³⁶. Ancak yazılı borç ikrarının muvazaa değil de başka bir nedenden dolayı geçersiz olması halinde TBK m. 19/2'nin uygulanmaması gerekir¹³⁷. Bu durumda alacağı iktisap ettiği yönündeki güveni sarsılan ve zarara uğrayan üçüncü kişi, TBK m. 49/2 uyarınca tazminat talep edebilir¹³⁸.

B. Gizli İşlemin Hüküm ve Sonuçları

TBK m. 19'a göre, bir sözleşmenin niteliğinin veya içeriğinin belirlenmesinde tarafların gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın gerçek ve ortak iradelerinin esas alınması gerektiği düzenlenmiştir. Buna göre, muvazaalı işleme itibar edilmemeli, muvazaa perdesinin arkasına saklanan gizli işleme itibar edilmelidir. Bu durumda gizli işlemin kaderinin görünürdeki işlemde farklı olduğu açıktır. Eğer gizli işlem kanunen aranan geçerlilik şartlarını taşımakta ise hükümlerini doğurur. Fakat muris muvazaasında, görünürdeki işlem muris ve karşı tarafın iradelerini yansıtmadığı için geçersiz iken, gizli işleme konu olan taşınmaz malın devrine ilişkin bağış iradesi, kanunun aradığı şekil şartını taşımadığından şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olur. Bu bölümde, gizli işlemin şekil şartına bağlı olmasının nedenleri ve şekil şartının içeriği, şekle aykırılığın hükümlerine dair farklı görüşler ve kişisel görüşümüz, görünürdeki

¹³⁶ Avusturya Medeni Kanunu m. 916/2'de "Muvazaalı bir işleme güvenerek bir hak kazanmış üçüncü kişiye karşı muvazaa ileri sürülemez" hükmünün bulunduğu Borçlar Kanunumuzda ise böyle bir hüküm bulunmaması nedeniyle, BK m.19/2'nin genişletilemeyeceği konusundaki açıklamalar için bkz. Schwarz, **a.g.e.** , s. 168; Ancak bu görüş, artık eskimiştir. Her defasında ayrıca yapılan değerlendirmeler sonucunda bu hükmün başka durumlarda kıyasen uygulanması mümkündür. Örneğin, üçüncü kişinin yazılı borç ikrarına güvenerek alacak üzerinde sınırlı ayni hak kazanması, beyaza atılan imzanın üzerinin sonradan anlamaya uyulmaksızın karşı tarafça dilediğince doldurulup iyiniyetli üçüncü kişiye devredilmesi ihtimallerinde TBK m. 19/2 kıyasen uygulanır. Jäggi, Gauch, Hartmann, **a.g.e.** , § 18, Rn. 272 vd. ; Esener, **Muvazaa**, s. 136 vd. ; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 363; Eren, **Borçlar Genel**, s. 405.

¹³⁷ Jäggi, Gauch, Hartmann, **a.g.e.** , § 18, Rn. 279; BK OR, Kramer, Schmidlin, **a.g.e.** , § 18, Rn. 180.

¹³⁸ von Tuhr, Peter, **a.g.e.** , s. 295; Oser, Schönenberger, **Seçkin**, s.150; Gauch, Schleup, Schmid, Emmenegger, **a.g.e.** , Rn.1023; Jäggi, Gauch, Hartmann, **a.g.e.** , § 18, Rn. 280; BK OR, Kramer, Schmidlin, **a.g.e.** , § 18, Rn. 181; Esener, **Muvazaa**, s. 143; Eren, **Borçlar Genel**, s. 405; Günümüzde İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında, bu tip durumlar sözleşmeden doğan zararlar gibi değerlendirilmektedir. Yani, sözleşme taraflarının birbirlerine ve üçüncü kişilere karşı güven sorumluluğu taşıdıkları ve bu sorumluluğun ihlali halinde ortaya çıkan zararın haksız fiil sorumluluğu esasına değil de, sözleşme hukuku esasına dayandığı ve bu ilkeler doğrultusunda tazmin edilmesi gerektiği benimsenmektedir. BSK OR, Wiegand, **a.g.e.** , § 18, Rn.138-139.

işlemin şekil şartına uygun olmasının gizli işleme etkisi ve şekle aykırılığın ileri sürülemeyeceği haller ele alınacaktır.

1. Gizli İşlemin Şekil Şartına Bağlanmış Olması

Kural olarak şekil serbestisi mevcuttur. Yani, taraflar sözlü ve yazılı olmak üzere dilediği şekilde hukuki işlem kurabilir. Fakat kanun koyucu birtakım nedenlerden dolayı bazı hukuki işlemleri şekil kurallarına tabi kılmıştır.

Şekil şartı sayesinde tarafların sözleşme akdederken acele ve gelişigüzel karar vermesinin önüne geçilmiş olur¹³⁹. Gerçekten de irade sahibi, hukuki işlemin kurulmasına ilişkin irade beyanını açıklamadan önce, daha dikkatli olur ve düşünceli hareket eder. İrade sahibini düşünmeye sevk etme işlevi, özellikle taşınmaz mülkiyetinin devri gibi ağır yükümlülükler getiren sözleşmelerde büyük önem taşır. Bu tür sözleşmelerin resmi memur önünde yapılması, çoğu zaman hukuk bilgisinden yoksun irade sahibine konuya ilişkin objektif ve uzman bir kişiye danışma fırsatı da sunar¹⁴⁰.

Şekil şartının getirilmesinin bir nedeni de, hukuki işleme ve iradelere açıklık sağlamaktır¹⁴¹. Yazılı geçerlilik şekline bağlanmış sözleşmelerde, kişilerin açıkladıkları iradelerin ne olduğu ve ne anlama geldiği tartışması çıkarsa, bunun

¹³⁹ Palandt, Ellenberger, **BGB**, § 125, Rn. 2; Schiemann, in: **Staudinger/Eckpfeiler (2014/2015)**, s. 287; Jauerning, Mansel, **BGB**, § 125, Rn. 3; Medicus, Petersen, **AT BGB**, Rn. 614; Brox, **AT BGB**, s. 178; von Tuhr, Peter, **a.g.e.**, s. 235; Keller, Schöbi, **a.g.e.**, s. 19; Bucher, **a.g.e.**, s. 161; Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.**, s. 121; BK OR, Schmidlin, **a.g.e.**, § 11, Rn. 13; BSK OR, Schwenger, **a.g.e.**, § 11, Rn. 2; Schwenger, **a.g.e.**, Rn. 31.02; Schwarz, **a.g.e.**, s. 241; Tunçomağ, **I**, s. 216; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 303; Ahmet M. Kılıçoğlu, “Taşınmaz Satımında Şekil ve Hakkın Kötüye Kullanılması” **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 38, S. 1-4, 1981, s. 210; Hüseyin Altaş, **Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1998, s. 67; İnan, **a.g.e.**, s. 124; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 271; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar**, s. 99; Eren, **Borçlar Genel**, s. 300; Kılıçoğlu, **Borçlar**, s. 149; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 80; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, s. 236; Ertaş, **a.g.e.**, s. 274; N. Yavuz, **a.g.e.**, s. 107. İstŞ TBK, Özbilen, **C. 1**, § 12, Rn. 13.

¹⁴⁰ Palandt, Ellenberger, **BGB**, § 125, Rn. 5; Brox, Walker, **AT BGB**, s. 140; Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.**, s. 121; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 271.

¹⁴¹ Palandt, Ellenberger, **a.g.e.**, § 125, Rn. 3; Jauerning, Mansel, **BGB**, § 125, Rn. 3; BK OR, Schmidlin, **a.g.e.**, § 11, Rn. 14; Schwenger, **a.g.e.**, Rn. 31.02; Tunçomağ, **I**, s. 216; İnan, **a.g.e.**, s. 124; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 271; Kılıçoğlu, **Borçlar**, s. 150; N. Yavuz, **a.g.e.**, s. 107; İstŞ TBK, Özbilen, **C. 1**, § 12, Rn. 14.

çözümü sözlü şekilde yapılan sözleşmelere göre daha kolaydır¹⁴². Şekil şartı, iradelere açıklık sağlarken, ortaya çıkan ihtilafın çözümünde ispat kolaylığı da sağlar¹⁴³. Zira tarafların elinde hak ve yükümlülüklerini ortaya koyan bir belge vardır. Örneğin, kira sözleşmesinin akdi sırasında ödenen depozito bedelinin miktarı hakkında çıkan ihtilaf, bu bedelin sözleşme metninde yazılı olması halinde rahatlıkla çözülebilir. Aksi takdirde, bahsi geçen bedelin ne kadar olduğunun tespitinde bazı güçlükler ortaya çıkabilir.

Bu şekilde yapılan sözleşmeler, tarafların irade beyanlarına kesinlik getirirken işleme aleniyet kazandırarak üçüncü kişilerin de işleminden haberdar olmasını sağlar¹⁴⁴. Şekil şartı, kefalet sözleşmesinde olduğu gibi, ekonomik, sosyal ve kültürel açıdan zayıf olan tarafı korur¹⁴⁵. Bu arada şekil şartı, resmi sicillerin sağlam temellere oturtulmasına da hizmet eder¹⁴⁶. Özellikle, taşınmazlarda tapu sicilinin aleniyeti ve güvenilirliği ilkesinin etkili olabilmesi için tapu kayıtlarının gerçeğe uygun tutulmasının önemi büyüktür ve şekil şartı buna hizmet eder¹⁴⁷. Görüldüğü üzere, şekil şartı sayesinde, tarafların ve üçüncü kişilerin menfaatleri korunmuş ve işlem güvenliği temin edilmiş olur¹⁴⁸.

Şekil şartının yararlarının yanında sakıncaları da söz konusudur. Bir sözleşmenin yazıya dökülmesi, imzalanması, resmi yazılı şeklin arandığı durumlarda

¹⁴² von Tuhr, Peter, **a.g.e.** , s. 235; İnan, **a.g.e.** , s. 124-125; Eren, **Borçlar Genel**, s. 300; Altaş, **a.g.e.** , s. 67.

¹⁴³ Palandt, Ellenberger, **BGB**, § 125, Rn. 3; Schiemann, in: **Staudinger/Eckpfeiler (2014/2015)**, s. 287; Jauerning, Mansel, **BGB**, § 125, Rn. 3; Medicus, Petersen, **AT BGB**, Rn. 614; Brox, Walker, **AT BGB**, s. 140; von Tuhr, Peter, **a.g.e.** , s. 235; Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.** , s. 121; BK OR, Schmidlin, **a.g.e.** , § 11, Rn. 15; Schwenger, **a.g.e.** , Rn. 31.02; Schwarz, **a.g.e.** , s. 242; Tunçomağ, I, s. 216; Feyzioğlu, **a.g.e.** , s. 303; İnan, **a.g.e.** , s. 124; Altaş, **a.g.e.** , s. 66; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar**, s. 99; Eren, **Borçlar Genel**, s. 299; Kılıçoğlu, **Borçlar**, s. 150; Reisoğlu, **a.g.e.** , s. 80; N. Yavuz, **a.g.e.** , s. 107; İstŞ TBK, Özbilen, **C. 1**, § 12, Rn. 15.

¹⁴⁴ Schiemann, in: **Staudinger/Eckpfeiler (2014/2015)**, s. 287; Medicus, Petersen, **AT BGB**, Rn. 614; İnan, **a.g.e.** , s. 125; Altaş, **a.g.e.** , s. 66.

¹⁴⁵ N. Yavuz, **a.g.e.** , s. 107.

¹⁴⁶ Schwenger, **a.g.e.** , Rn. 31.02; Schwarz, **a.g.e.** , s. 242; Kılıçoğlu, **Şekil**, s. 210; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 272; Eren, **Borçlar Genel**, s. 301; Oğuzman, Öz, **Borçlar I**, s. 147.

¹⁴⁷ Kılıçoğlu, **Borçlar**, s. 203; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.** , s. 236; Ertaş, **a.g.e.** , s. 274.

¹⁴⁸ Schiemann, in: **Staudinger/Eckpfeiler (2014/2015)**, s. 287; Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.** , s. 121; BK OR, Schmidlin, **a.g.e.** , § 11, Rn. 15 vd. ; BSK OR, Schwenger, **a.g.e.** , § 11, Rn. 2; Schwenger, **a.g.e.** , Rn. 31.02; Eren, **Borçlar Genel**, s. 301; Kılıçoğlu, **Şekil**, s. 210; Altaş, **a.g.e.** , s. 64-65; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.** , s. 236; İstŞ TBK, Özbilen, **C. 1**, § 12, Rn. 17.

işlemlerin resmi memur tarafından yapılması, zaman ve masraf kaybına yol açar¹⁴⁹. Örneğin, taşınmaz satımı için tapu memuru önünde resmi yazılı şekilde sözleşme yapılmalıdır. Bu işlem için belirli bir ücret ödenmelidir. Bunun yanında tapuya gitmek için zaman ayrılması gereklidir. Bu zaman kaybının önüne geçmek için bir başkasına vekâlet vermek gerekir ki, bu da ayrı bir masraf ve zaman kaybıdır¹⁵⁰. Görüldüğü üzere, şekil şartı, ticari yaşamdaki sürati ortadan kaldırılabılır¹⁵¹. Bunun yanında, tarafların başkalarının bilgisinden uzak tutmak istedikleri hususlara ilişkin gizliliğinin ortadan kalkmasına yol açar¹⁵². Şekil şartının en büyük sakıncası, şeklin esasa feda edilmesi tehlikesinin varlığıdır¹⁵³. Örneğin, hâkim şekle riayetsizlik nedeniyle geçersizliği kendiliğinden göz önünde bulundururken şekli gerçekleri dikkate almak ve buna göre karar vermek zorunda kalır ve tarafların gerçekten istediği bir işlemin geçersizliğini tespit eder. Tüm bu sakıncalar, aslında, neden şekil serbestisinin kural olduğunun ve şekil şartının istisna olduğunun göstergesidir.

Muris muvazaasının konusunu oluşturan taşınmaz mülkiyetinin devrine yönelik sözleşmeler, TBK m. 237 ve 288/2, TMK m. 706, Tapu Kanunu¹⁵⁴ m. 26 uyarınca tapu memuru önünde resmi yazılı şekilde yapılmalıdır¹⁵⁵. Sözleşmenin şekil

¹⁴⁹ von Tuhr, Peter, **a.g.e.**, s. 235; Tunçomağ, **I**, s. 216; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 303-304; İnan, **a.g.e.**, s. 125; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 272; Eren, **Borçlar Genel**, s. 301; Kılıçoğlu, **Borçlar**, s. 151; İstŞ TBK, Özbilen, **C. 1**, § 12, Rn. 18.

¹⁵⁰ Satıcı, geçerlilik şekli yönünden mecbur olup olmadığı tartışmalı olsa da, noterde düzenlenen ve taşınmaz devrine ilişkin yetki içeren vekâletname için zaman ve masraf harcar. Tapu sicil dairelerine gönderilen genelgeler nedeniyle uygulamada tapu memurları noterde düzenlenmiş vekâletname ibraz edilmedikçe işlem yapmamaktadır. Bunun temelinde yatan neden, Tapu Sicili Tüzüğü m. 13 ve Noterlik Kanunu m. 89'da yer alan tapuda işlem yapılmasına ilişkin vekâletnamelerin noterlikçe düzenlenmesi kuralıdır. Bu kuralın maddi hukuk bakımından geçerlilik şekli teşkil etmediği, olsa olsa bir düzen hükmü olduğu söylenebilir. Herman Becker, **İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi: İkinci Bölüm: Çeşitli Sözleşme İlişkileri: Madde 184-551**, Çev: A. Suat Dura, Ankara, Yargıtay Yayınları, 1993, § 216, Rn.6; Oğuzman, Öz, **Borçlar I**, s. 238, dn. 781; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 426-427; Nomer, **Borçlar**, s. 148; Aksi yönde görüş için bkz. BK OR, Giger, **a.g.e.**, § 216, Rn. 186 vd. ; BSK OR, Weber, **a.g.e.**, § 395, Rn. 10; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar**, s. 126-127

¹⁵¹ İnan, **a.g.e.**, s. 125; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 272; Kılıçoğlu, **Borçlar**, s. 151.

¹⁵² Kılıçoğlu, **Borçlar**, s. 151.

¹⁵³ Tunçomağ, **I**, s. 216-217; İnan, **a.g.e.**, s. 125; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 272; Eren, **Borçlar Genel**, s. 301; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 80; Altaş, **a.g.e.**, s. 67; İstŞ TBK, Özbilen, **C. 1**, § 12, Rn. 19.

¹⁵⁴ Kanun No: 2644, Kabul Tarihi: 22.12.1934.

¹⁵⁵ TMK ve TBK hükümleri, taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin sözleşmelerin resmi yazılı şekilde düzenlemeleri gerektiğini öngörürken, bu işleme resmiyet verecek makamı belirtmemiştir. Uygulamada, bu yetkinin tapu memurlarına ait olduğuna dair 10.06.1931 tarihli ve 2/40 sayılı Yargıtay İBK doğrultusunda hareket edilmiştir. Ortada var olan kanuni boşluk ise, Tapu Kanunu m. 26 ile aşılmıştır.

şartına bağlanmasının nedeni, böyle yüksek değerdeki malvarlığına ilişkin devirler açısından tarafları düşünmeye sevk etmek, tapu sicil kütüğünün düzgün tutulmasını sağlam temellere oturtmak ve menfaati olan üçüncü kişilerin bilgilendirilmesini sağlamaktır.

Bu resmi şeklin kapsamı, bahsi geçen sözleşmenin tüm objektif ve sübjektif esaslı noktalarını taşıması suretiyle olmalıdır¹⁵⁶. Yani, satıcının veya bağışlayanın kimliği, alıcının veya bağışlananın kimliği, satım bedeli, resmi senette muhakkak yer almalıdır.

2. Şekle Aykırılığın Hükümü

Şekil şartı, gayeleri bakımından iki türe ayrılır. İlki, öngörülen şekle uygun yapılmadıkça sözleşmeyi geçersiz kılan kanuni geçerlilik (sıhhat) şartıdır¹⁵⁷. İkincisi, hukuki işlemlerin ispatını kolaylaştırmak ve mümkün kılmak için öngörülen ispat şeklidir¹⁵⁸. İspat şekline uyulmamasının işlemin geçerliliği üzerinde herhangi bir

¹⁵⁶ BGE 68 II 229, 90 II 37, 113 II 402; Becker, **a.g.e.**, § 216, Rn. 4; Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.**, s. 120; BK OR, Giger, **a.g.e.**, § 216, Rn. 233; BSK OR, Schwenzer, **a.g.e.**, § 11, Rn. 14-15; BSK OR, Fasel, **a.g.e.**, § 216, Rn. 6; Heinrich Honsell, **Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil**, 9. Auflage, Bern, Stämpfli Verlag, 2010, s. 199; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar**, s. 130-131; Eren, **Borçlar Genel**, s. 305; Oğuzman, Öz, **Borçlar I**, s. 159; Ertaş, **a.g.e.**, s. 276; Turhan Esener, Kudret Güven, **Eşya Hukuku**, 8. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019, s. 233; Erman, **Eşya**, s. 84; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 232; Fahrettin Aral, Hasan Ayrancı, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 13. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, s. 187; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 64; Mustafa Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt I**, 3. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 129; Sübjektif esaslı noktaların resmi şeklin kapsamına dâhil olmaması gerektiği yönündeki görüş için bkz. BK OR, Schmidlin, **a.g.e.**, § 11, Rn. 98; Sözleşmenin doğal çerçevesi içinde yer almayan bir yan noktanın, sübjektif esaslı nokta olsa dahi, şekle bağlı olarak düzenlenmesi gerekmez. İstŞ TBK, Özbilen, **C. 1**, § 12, Rn. 47; Altaş, **a.g.e.**, s. 58; Yan noktalardan olsa bile satıcı tarafından bildirilen niteliklerin de şekil kapsamında olduğunu kabul eden görüş için bkz. BK OR, Giger, **a.g.e.**, § 216, Rn. 273;

¹⁵⁷ Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.**, s. 121; İnan, **a.g.e.**, s. 126; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar**, s. 100; Kocayusufoğlu, **Borçlar**, s. 273; Eren, **Borçlar Genel**, s. 303; Oğuzman, Öz, **Borçlar I**, s. 146; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 81; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, s. 235. İstŞ TBK, Özbilen, **C. 1**, § 12, Rn. 23.

¹⁵⁸ Tunçomağ, **II**, s. 219-220; İnan, **a.g.e.**, s. 126; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar**, s. 101; Kocayusufoğlu, **Borçlar**, s. 273; Eren, **Borçlar Genel**, s. 306; Oğuzman, Öz, **Borçlar I**, s. 146; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 81; Hatemi, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 45; Nomer, **Borçlar**, s. 138; İstŞ TBK, Özbilen, **C. 1**, § 12, Rn. 24; Bazı hallerde, düzen kaygısını gidermek amacıyla şekil şartı getirilebilir. Bu durumda da işlemin geçerliliğine halel gelmez. Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, s. 235; Belirli bir merciinin işlem yaparken uymak zorunda olduğu ancak uyulmaması halinde geçerliliği etkilemeyen işlem koşullarına düzen hükmü denir. Vekâletnamenin noter tarafından düzenlenmesi bir düzen hükmü kabul edilebilir. Nomer, **Borçlar**, s. 141, 148; Hatemi, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 46-47.

etkisi yoktur. Muris muvazaasındaki gizli işlemin tabi olduğu şekil şartı, geçerlilik şartıdır.

Kanunen aranan bu geçerlilik şartının var olmaması durumunda, hukuki işlemin hükümsüz olması gündeme gelir. Şekle aykırılıktan kaynaklanan hükümsüzlüğün hukuki niteliği hakkında bazı tartışmalar mevcuttur.

a. Yokluk Görüşü

Doktrinde bir görüş, kanuni şekil şartına tabi sözleşmenin şekle uygun kurulmaması halinde, bu sözleşmenin yok hükmünde olduğunu savunmuştur¹⁵⁹. Bu görüşe göre, şekil kurallarına uymak sözleşmenin kurulması için gerekli bir unsurdur. Yani, sözleşmenin meydana gelebilmesi için tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradelerinin kanunen öngörülen şekilde bir araya gelmesi gereklidir.

Yokluk görüşünün kesin hükümsüzlük görüşüne üstünlüğünü kanıtlamak için şöyle bir örnek verilmiştir¹⁶⁰. Taşınmaz satımı gibi resmi şekilde yapılması gereken işlemlerde, çoğu kez taraflar resmi memurun önüne gitmeden aralarında anlaştıklarına göre, resmi memurun daha önceden yapılmış ve geçersiz olan bir sözleşmeyi resmi senetle düzenlediği sonucunun kabulü gerekir. Oysa yokluk görüşü benimsense, taraflar, resmi memur önünde irade beyanlarını açıklamadan sözleşme varlık sahasına girmez ve bahsi geçen çelişki ortaya çıkmaz. Bu iddiaya şu şekilde karşı çıkmaktadır. Taraflar, aralarında vardıkları bu uyuşmanın hukuki sonuç doğurmayacağını bilir ve bu uyuşmayı, bir hukuki işlem olarak değil, bir centilmenlik anlaşması olarak yaparlar. Ancak taraflar yine de böyle bir uyuşmaya hukuki işlem niteliği yüklemişlerse, burada uyuşan iradelerin varlığı mevcut olduğundan yokluk değil, geçersizlik söz konusudur¹⁶¹.

¹⁵⁹ Keller, Schöbi, **a.g.e.**, s. 25; Detaylı bilgi için bkz. Altaş, **a.g.e.**, s. 93 vd.

¹⁶⁰ Keller, Schöbi, **a.g.e.**, s. 26.

¹⁶¹ Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 309; Kanunun öngördüğü şekle uymayan hukuki işlem vardır ancak hükümlerini doğurmamaktadır. Flume, **a.g.e.**, s. 263.

Bu görüş, sözleşmelerde taraf iradelerinden başka bir kurucu unsurun varlığından bahsettiği için eleştirilmiştir¹⁶². TBK m. 12/2’de bahsi geçen “geçerlilik şekli” ifadesi, şekil şartının kurucu unsur olduğu şeklinde anlaşılmamalıdır. Zaten TBK m. 1’de düzenlendiği gibi, aranan tek kurucu unsur, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının varlığıdır.

b. Kesin Hükümsüzlük Görüşü

Türk doktrindeki yazarların çoğunluğunun, Yargıtay’ın ve İsviçre Federal Mahkemesi’nin benimsediği görüşe göre, şekle aykırı sözleşmeler kesin hükümsüzdür¹⁶³. Yani, şeklen geçersiz işlemler, baştan itibaren hüküm doğurmaz ve hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınır. Üçüncü kişiler de bu iddiayı ileri sürebilir. Zamanla, tarafların onayıyla ve ifa ile sağlık kazanmaz.

c. Kendine Özgü Hükümsüzlük Görüşü

İsviçre doktrindeki yazarların çoğunluğu ve Türk doktrininin bir kısmı, şekle riayetsizlik nedeniyle hükümsüzlüğün kendine özgü yapısı olduğunu iddia etmektedir¹⁶⁴. Bu görüşe göre, şekil nedeniyle işlemin geçersiz kılınması, şeklin

¹⁶² Eren, **Borçlar Genel**, s. 331; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 309; Altaş, **a.g.e.**, s. 98-99.

¹⁶³ Rona Serozan, **Die Überwindung der Rechtsfolgen des Formmangels im Rechtsgeschäft nach Deutschem, Schweizerischem und Türkischem Recht**, Tübingen Mohr, 1968, s. 22-23; Kevork Acemoğlu, **Türk Hukukunda Tapu Kütüğüne Kayıtlı Olmayan Gayrimenkullerin Hukuki Durumu**, İstanbul, 1965, s. 41-42; von Tuhr, Peter, **a.g.e.**, s. 237; Oser, Schönenberger, **Seçkin**, s. 111; BK OR, Giger, **a.g.e.**, § 216, Rn. 418 vd.; BSK OR, Schwenzer, **a.g.e.**, § 11, Rn. 24; BSK OR, Fasel, **a.g.e.**, § 216, Rn. 18; Schwenzer, **a.g.e.**, Rn. 31.37; Schwarz, **a.g.e.**, s. 208; Postacioğlu, **Şekle Riayet**, s. 183 vd.; Tunçomağ, **I**, s. 236; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop **Borçlar**, s. 102; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 311; Oğuzman, Öz, **Borçlar I**, s. 162; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 82; Hatemi, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 53; Ayan, **Borçlar**, s. 205; Aday, **a.g.e.**, s. 43; İstŞ TBK, Özbilen, **C. 1**, § 12, Rn. 68; BGE 116 II 702, 112 II 334, 106 II 151, 93 II 104, 86 II 400, (Çevrimiçi); Yargıtay İBK. E. 1943/14, K. 1944/13, T. 12.04.1944; Yargıtay İBK. E. 1954/8, K. 1954/18, T. 26.05.1954, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 13.02.2021; Benzer yaklaşım Alman Hukukunda da mevcuttur. Palandt, Ellenberger, **BGB**, § 125, Rn. 12, 13; Schiemann, in: **Staudinger/Eckpfeiler (2014/2015)**, s. 302; Flume, **a.g.e.**, s. 267; Medicus, Petersen, **AT BGB**, Rn. 627; Brox, Walker, **AT BGB**, s. 146.

¹⁶⁴ BK ZGB, Meier-Hayoz, **a.g.e.**, § 657, Rn. 130 vd.; Gauch, Schleup, Schmid, Emmenegger, **a.g.e.**, Rn. 562; Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.**, s. 126; von Büren, **a.g.e.**, s. 145-146; BK OR, Schmidlin, **a.g.e.**, § 11, Rn. 117; BK OR, Kramer, Schmidlin, **a.g.e.**, § 18, Rn. 195; Bucher, **a.g.e.**, s. 169; Tandoğan, **I/1**, s. 231; Kılıçoğlu, **Şekil**, s. 211; Eren, **Borçlar Genel**, s. 329; Altaş, **a.g.e.**, s. 143; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, s. 246; Kanuni şekil şartının aksine, taraflarca kararlaştırılmış şekle uymamanın yaptırımı, kendine özgü geçersizlik olabilir. Hatemi, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 53; Esnek geçersizlik ifadesi de kullanılmaktadır. Antalya, **a.g.e.**, s. 559; Tüketici sözleşmelerinde, şekle aykırılığı sadece tüketici ileri sürebilir. Satıcı, sadece, tüketicinin menfaatine ise şekle aykırılık

koruma amacı ile sınırlandırılmalıdır¹⁶⁵. Şeklin koruma amacının taraflar ile sınırlı olduğu, bu yüzden taraflarca ileri sürülmeyen iddianın dinlenilemeyeceği, bu iddianın ancak taraflarca ileri sürülebileceği dile getirilmiştir. Bu görüş, hâkimin hükümsüzlüğü kendiliğinden dikkate alamayacağını ve hükümsüzlüğün sonradan düzelebileceğini savunmaktadır.

Kendine özgü hükümsüzlük görüşüne göre, bilerek ve isteyerek yapılan ifa, sözleşmeye geçerlilik kazandırır¹⁶⁶. Şekil şartının amacı, tarafları düşünmeye sevk etmektir. Sicilin düzgün tutulması ve diğer koruma amaçları ikincil niteliktedir. Bu yüzden tarafların hiçbir yanılığa düşmeden bilinçli şekilde yaptıkları ifa, koruma amacından vazgeçildiğini gösterir. Federal Mahkeme ve Yargıtay ise, bilerek ve isteyerek yapılan ifa sonucunda geçersizliğin ileri sürülmesini hakkın kötüye kullanılması kabul etmiştir. Kesin hükümsüzlüğünün sonuçlarını dürüstlük kuralı yoluyla yumuşatmaya çalışan Federal Mahkeme ve Yargıtay kararlarıyla bu yeni görüş arasında bu açıdan fark yoktur. Özellikle borçlar hukukunda görünümün daha fazla dikkate alınmaya başlanması bu görüşün bir başka dayanağıdır¹⁶⁷.

iddiasını ileri sürebilir. Bu durum esnek geçersizliğe örnektir. Kendine özgü hükümsüzlüğe oldukça benzerdir. İstŞ TBK, Ergüne, Kurşun, **C. 1**, § 27, Rn. 61, 63.

¹⁶⁵ BK OR, Schmidlin, **a.g.e.**, § 11, Rn. 117; Akbulut, **a.g.e.**, s. 148.

¹⁶⁶ Alman Hukukunda, tapuya tescil işleminin sözleşmeye sıhhat kazandıracağı kanunda düzenlenmiştir. Alman Hukukunda, tıpkı Türk-İsviçre Hukuku'nda olduğu gibi borçlandırıcı işlem ve tasarruf işleminin ayrılığı sistemi mevcuttur. Ayrılık ve soyutluk-sebebe bağlılık ilkeleri arasındaki farkların daha iyi anlaşılabilmesi için bkz. Rona Serozan, "Taşınır Eşya Mülkiyetinin Devrinde: Ayni Tasarruf Sözleşmesinin Borçlanma Sözleşmesinden Ayrılığı ve Soyutluğu", **Prof. Dr. Tahir Çağa'nın Anısına Armağan**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2000, s. 397-404; Ancak Alman Hukuku'nda sebebe bağlılık ilkesi değil, sebepten soyutluk ilkesi benimsenmiştir. Palandt, Ellenberger, **BGB**, Übbel § 104, Rn. 22; Schiemann, in: **Staudinger/Eckpfeiler (2014/2015)**, s. 243; Brox, Walker, **AT BGB**, s. 56 vd.; Schwarz, **a.g.e.**, s. 166; Velidedeoğlu, **a.g.e.**, s. 307, dn. 4; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 129; Alman Hukukunda taşınmaz satımına ilişkin sözleşmelerin noterde yazılı şekilde yapılması gerektiği, bahsi geçen şekilde yapılmamasına rağmen taşınmaz, teslim ve tapuya tescil edilmişse, bunun da geçerli olduğu kabul edilmiştir. Burada tasarruf işleminin geçerli şekilde yapılması yeterli görülmüştür. Palandt, Ellenberger, **BGB**, § 125, Rn. 12, 13; Schiemann, in: **Staudinger/Eckpfeiler (2014/2015)**, s. 288; Medicus, Petersen, **AT BGB**, Rn. 635; Brox, Walker, **AT BGB**, s. 147; Kılıçoğlu, **Şekil**, s. 214; Türk-İsviçre Hukukunda mevcut kanuni düzenleme farklıdır ve tasarruf işleminin hukuki sebebe bağlılığı açıkça kabul edilmiştir. Bu yüzden şekil eksikliği bilinerek yapılan ifanın sözleşmeyi geçerli hale getireceği kendine özgü hükümsüzlük görüşü tarafından savunulsa da kanunun ruhuna aykırı olur. Benzer görüş için bkz. Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 42.

¹⁶⁷ Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, s. 247.

Bu görüş doktrinde şu şekilde eleştirilmiştir¹⁶⁸. Taşınmaz satımına ilişkin sözleşmelerden doğan borçların ifası, tapu kütüğündeki tescil işlemi vasıtasıyla olur. Tapu sicilini tutan resmi memurun hukuki sebebin geçerliliğini, dolayısıyla borçlandırıcı işlemin şekil şartına uygunluğunu kendiliğinden inceleme yetkisi vardır. Resmi memura verilen kendiliğinden inceleme yetkisinin, hâkime verilmemesi kabul edilemeyecek bir sonuçtur. Bu eleştirilerde getirilen sakınca göz önünde bulundurularak kendine özgü hükümsüzlük görüşü revize edilmiştir. Buna göre, tapu kütüğü gibi sicil hukuku açısından zorunlu kabul edilen şekil kurallarına aykırılık halinde genel ilkedan ayrılarak hâkimin kendiliğinden şekil eksikliğini dikkate alması kabul edilmiştir.

Bu görüşe getirilen diğer eleştiri ise, bilerek ve isteyerek yapılan ifanın sözleşmeyi geçerli kılması amacının, zaten kesin hükümsüzlüğün ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması yasağına takılması ile elde edilebileceğidir¹⁶⁹. Ayrıca geçersizliğin ileri sürülmesi sadece taraflara tanınır, şekle aykırılığın yaptırımını, iptal edilebilirlik şekline dönüşebilir ki, buna kanun sistematığımızda yer yoktur¹⁷⁰.

d. Ara Sonuç

Şekle aykırılığın yaptırımı, kesin hükümsüzlüktür. Doktrinde ileri sürülen diğer görüşlere katılmıyoruz¹⁷¹.

¹⁶⁸ Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 310.

¹⁶⁹ Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 310-311; Kendine özgü hükümsüzlük gibi muğlak bir yaptırımın kabulü halinde, tarafların ne zamana kadar şekle aykırılığı ileri sürebileceklerinin, sözleşmenin ne zamandan sonra geçerlilik kazanacağını, tarafların edimlerini hangi oranda ifa etmeleri durumunda sözleşmedeki geçersizliğin ortadan kalkmış sayılacağını belirlenmesi tamamen yorum meselesi haline gelecektir. İstŞ TBK, Özbilen, **C. 1**, § 12, Rn. 68.

¹⁷⁰ Oğuzman, Öz, **Borçlar I**, s. 163.

¹⁷¹ Doktrinde, yokluk ve kendine özgü geçersizlik görüşleri dışında başka görüşler de mevcuttur. Bir görüşe göre, şekil eksikliği nedeniyle sakat olan bir işlem iptal edilebilirdir. Bkz. Guggenheim, **L'invalidite des actes juridiques en droit suisse et compare**, Paris, 1970, s. 166 vd. (Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 307 ve İstŞ TBK, Özbilen, **C. 1**, § 12, Rn. 67'den naklen); Şekil eksikliği nedeniyle sakat olan işlemlerde eksik borç görüşünü savunanlar da vardır. Bu görüşe göre, şekil eksikliğini bilerek ifada bulunan taraf, eksik borcunu ifa etmiştir ve artık iadesini isteyemez. Bkz. BK OR, Schmidlin, **a.g.e.**, § 11, Rn. 41 vd. ; Benzer görüş için bkz. von Büren, **a.g.e.**, s. 145-146; Şekil eksikliği nedeniyle geçersiz işlemlerde taraflar arasında fiili sözleşme ilişkisinin bulunduğu dair görüş için bkz. Hans Giger, **Rechtsfolgen norm und sittenwürdiger Verträge**, Zürich, 1989, s. 104 vd. (BSK OR, Schwenzer, **a.g.e.**, § 11, Rn. 23 ve Eren, **Borçlar Genel**, s. 333'dan naklen).

Öncelikle yokluk görüşünü ele alalım. Kanuni şekil eksikliğinin sözleşmenin kurulmamış olmasına yol açması görüşünün temelinde Roma Hukuku'ndaki katı şekil kuralları yatar. Bilindiği üzere, Roma Hukuku'nun ilk dönemlerinde hukuki işlem, sadece irade beyanları ile kurulamamaktaydı; ancak öngörülmüş şekle uyulmuşsa var olabilmekteydi¹⁷². Ancak modern hukuk anlayışlarında şekil serbestisi bulunmakta ve şekil kuralı ancak belirli amaçlar yönünden istisnai olarak düzenlenmektedir. Şekil kuralına uyulmasa da, hukuki işlem vardır ancak hukuki sonuçlarını doğurmamaktadır.

İkinci olarak, şekil şartına aykırı biçimde yapılan sözleşmenin yok varsayılması halinde, ifa yoluyla düzelmesinden söz edilemez. Dolayısıyla ifadan sonra tarafların şekil eksikliğini ileri sürmeleri hakkın kötüye kullanılması anlamına gelemez. Yokluk görüşünün savunulması, şekle aykırılığının dürüstlük kuralı yoluyla yumuşatılmasının önünde engel teşkil eder.

Kendine özgü geçersizlik görüşüne şu açıdan katılmıyoruz. Şeklin koruma amacını sadece taraflara indirgemekte ve tapu sicilinin düzgün tutulması amacını ikinci plana atmaktadır. Özellikle, taşınmazların tapuya geçirilmesi ve buna ilişkin işlemlerin hukuk düzeni içerisinde gerçekleştirilmesinin henüz belirli bir aşamaya geldiği ülkemiz açısından şekil kuralının, sicillerin düzgün tutulmasına hizmet ettiği göz ardı edilmemelidir. Tarafların bilerek ve isteyerek ifasıyla şekle aykırı sözleşmenin geçerlilik kazanması, Yargıtay uygulaması açısından her olayda mümkün değildir. Örneğin haricen satıma ilişkin son dönemde verilen kararlarda, taşınmaz satımına ilişkin işlemlerin resmi şekle tabi olduğunun herkes tarafından bilindiği ve buna rağmen yapılan haricen satımların geçersiz olduğu kabul edilmiştir. Görüldüğü gibi, ülkemizde şeklin koruma amacı, sadece tarafları kapsamamakta ve hukuk düzeni ile işlem güvenliğini aynı derecede dikkate almaktadır.

¹⁷² Koschaker, **Roma**, s. 206; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 309; Roma Hukukunda şekilden kasıt günümüzdeki gibi, yazılı bir form değildir. Roma Hukukunda sözleşmenin kurulması için irade beyanlarının belirlenen şekilde sözlü olarak yapılması yeterlidir. Bu sözlü şekil şartı yerine gelmezse sözleşmeden bahsedilemez. Honsell, **RR**, s. 31; Roma Hukukunda yazılı akit kavramı, günümüzdeki yazılı şekilde yapılma zorunluluğu taşıyan akit kavramından farklıdır. Bugün yazılı akit denilince, tarafların metnini yazdıkları ve imzaladıkları bir akit akla gelir. Ancak Roma Hukukunda yazılı akitin amacı, Stipulatio ve Mancipatio şeklinde yapılan akitleri yazılı belgelere dönüştürmek ve ispat kolaylığı sağlamaktır. Koschaker, **Roma**, s. 227-228.

Kendine özgü geçersizlik görüşü kabul edilirse, üçüncü kişilerin şekil eksikliği nedeniyle geçersizliği ileri sürmesi mümkün değildir. Örneğin, muris muvazaasında, Yargıtay'ın üçüncü kişi konumunda kabul ettiği mirasçılar -bizim katıldığımız görüşe göre, sadece saklı payları oranında saklı paylı mirasçılar- tarafından şekil eksikliği nedeniyle geçersizliği ileri sürülemez¹⁷³. Oysa hukuk düzenimizde üçüncü kişilerin menfaatleri de şekil kurallarının ihdasında göz önünde bulundurulmaktadır.

3. Görünürdeki İşlemin Şekil Şartına Uygun Olmasının Gizli İşlemin Geçersizliğine Etkisi

Muris muvazaasında muris ve karşı taraf, görünürdeki işlemi resmi şekle uygun biçimde gerçekleştirir. Taşınmaz mülkiyetinin devri amacı güden görünürdeki satım veya ölünceye kadar bakma sözleşmesinin resmi şekle uygun yapılmasının aynı taşınmazın mülkiyetini devir amacı taşıyan gizli bağışlama işleminin şekle aykırılık nedeniyle geçersizliğini engelleyip engellemeyeceği tartışmalıdır¹⁷⁴.

Fransız Hukukundan esinlenen bir görüşe göre, taraflar, yetkili memur önünde devir iradelerini resmi şekle uygun şekilde açıklamıştır ve resmi şeklin bahsettiği koruma amacı böylelikle gerçekleşmiştir¹⁷⁵. Bağış yerine satım veya başka bir kelimenin kullanılması, gizli sözleşmeyi geçersiz kılmamalıdır. Bu görüşü savunan bir yazara göre, muvazaada görünürdeki ve gizli işlem birbirinden ayrı değerlendirilmemeli ve her iki işlem bir bütün kabul edilmelidir¹⁷⁶. Bu nedenle,

¹⁷³ Burada mirasçıların şekil nedeniyle elde edecekleri menfaatlardan yoksun bulunmaları söz konusudur. Burada Yargıtay uygulamasından farklı düşündüğümüz nokta, işlemin geçersizliği olmayıp bu geçersizliğe karşı mirasçılarının miras hukukundan doğan haklarıdır.

¹⁷⁴ Görünürdeki ve gizli işlemin şekle tabi olduğu muvazaalı işlemlerde üç ihtimal belirir. Muris muvazaasındaki ihtimal birincisidir. Bu ihtimalde, görünürdeki işlem resmi şekle uygun yapılmış iken gizli işlemin şekle aykırılık nedeniyle geçersizliği gündemdedir. İkinci ihtimal, hem görünürdeki hem de gizli işlemin şekle uygun yapılmasıdır. Bu ihtimalde görünürdeki işlem muvazaa nedeniyle geçersiz iken, gizli işlem kanunen öngörülen şekilde yapıldığı ve tarafların iradesine uygun olduğu için geçerlidir. Üçüncü ihtimal, görünürdeki işlemin şekle uygun yapılmayıp gizli işlemin şekle uygun yapılmasıdır. Burada, görünürdeki işlemin şekle aykırılığının gizli işlemin geçerliliğini etkileyeceği iddia edilse de, görünürdeki işlemden bağımsız gizli işlemin şekle uygun yapılması yeterli kabul edilmelidir. Açıklamalar için bkz. Esener, **Muvazaa**, s. 71-75; Özkaya, **a.g.e.**, s. 204-205.

¹⁷⁵ Postacioğlu, **Şekle Riayet**, s. 120; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Eşya**, s. 439; Karayalçın, **SSTH**, s. 353; Ertaş, **a.g.e.**, s. 279.

¹⁷⁶ Postacioğlu, **Şekle Riayet**, s. 129.

görünürdeki taşınmaz satım sözleşmesinde şekle uyulunca, gizli bağışlama sözleşmesinde ayrıca şekle uyulmasına gerek yoktur. Gizli işlemin şekle aykırılığı yerine görünürdeki işlemin şekli ikame olmuştur.

Alman, İsviçre ve Türk Hukukundaki hâkim görüş, görünürdeki işlemin muvazaa nedeniyle, gizli işlemin de şekle aykırılık nedeniyle hükümsüz olduğu yönündedir¹⁷⁷. Resmi senetli işlem geçersizdir, çünkü taraflarca gerçekten istenmemiştir. Gerçekten istenen ise hükümsüzdür, çünkü resmi senet ile düzenlenmiş bir işlem değildir¹⁷⁸.

1947 tarihli ve 20/6 sayılı Yargıtay İBK'da, görünürdeki işlemin şekle uygun olmasını yeterli gören görüş doğrultusunda karar verilmiştir. Ancak 1953 tarihli ve 8/7 sayılı Yargıtay İBK ile bu görüşten dönülmüştür. Yargıtay'ın müstekar kararlarında, görünürdeki işlem ve gizli işlem bağımsız ele alınmakta, gizli işlemin ayrıca şekil şartına uygun olması aranmaktadır¹⁷⁹.

Kanaatimizce, gizli işlemin ve görünürdeki işlemin kaderinin birbirinden bağımsız olduğu unutulmamalıdır. Görünürdeki işlemin arkasına gizlenen işlemin hukuki niteliğinin farklılaşması, bu hususun tapu sicil memuru önünde düzenlenen resmi belgede gösterilmesi zorunluluğunu doğurur. Ayrıca şekil şartının tarafları koruma amacının görünürdeki işlemin şekle uygunluğu ile sağlanmış olduğu kabul

¹⁷⁷ von Tuhr, **Edege**, s. 274; von Tuhr, Peter, **a.g.e.**, s. 294, dn. 15a; Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.**, s. 133; BK ZGB, Meier-Hayoz, **a.g.e.**, § 657, Rn. 140; BK OR, Kramer, Schmidlin, **a.g.e.**, § 18, Rn. 185; BK OR, Giger, **a.g.e.**, § 216, Rn. 405; BSK OR, Fasel, **a.g.e.**, § 216, Rn. 22; Honsell, **BT**, s. 199; BGE 78 II 224, 98 II 316, 104 II 98; Esener, **Muvazaa**, s. 76; Schwarz, **a.g.e.**, s. 295; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 204; Tunçomağ, **I**, s. 309; Eren, **Borçlar Genel**, s. 402; Oğuzman, Öz, **Borçlar I**, s. 138; Hatemi, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 91; Antalya, **a.g.e.**, s. 355; Nomer, **Borçlar**, s. 107; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 235; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 430; Akipek, Akıntürk, Ateş, **Eşya**, s. 469; Erman, **Eşya**, s. 89; Özkaya, **a.g.e.**, s. 205; İsviçre Federal Mahkemesi'nin 1911 yılında bu yönde vermiş olduğu bir karar, Journal des tribunaux'da eleştirilmiştir. Buna göre, bağışlama taahhüdü ifa edilince elden bağışlama gibi olur. Elden bağışlama ise, bir şekle tabi değildir. O halde, taşınmaz bağışlama taahhüdü tapuya tescil edilince artık şekil eksikliği ileri sürülemez. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Tescil, bir bağışlama vaadine dayanılarak yapılır. Tescil elden bağışlama kabul edilemez. Bkz. Esener, **Muvazaa**, s. 76; Alman Hukukunda gizli işlemin geçersizliği kabul edilse de, mülkiyeti devir ve tapu kütüğüne tescil işleminin yapılması halinde sözleşme geçerliymiş gibi sonuç doğurur. Jauerning, Mansel, **BGB**, § 116, Rn. 5; Medicus, Petersen, **AT BGB**, Rn. 595.

¹⁷⁸ BK OR, Kramer, Schmidlin, **a.g.e.**, § 18, Rn. 185.

¹⁷⁹ Bu husus, muris muvazaası ilgilendiren 1974 tarihli ve 1/2 sayılı Yargıtay İBK'da da vurgulanmıştır. Benzer kararlar için bkz. Yargıtay HGK. E. 1992/1-780, K. 1993/146, T. 17.04.1993; E. 2005/1-7, K. 2005/47, T. 09.02.2005; Yargıtay 1. HD. E. 2011/13226, K. 2012/711, T. 02.02.2015, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 15.02.2016.

edilse de hukuki güvenliğin sağlanması ve üçüncü kişilerinin menfaatlerinin korunması amacı göz ardı edilmemelidir.

4. Gizli İşlemin Geçersizliğinin İleri Sürülemeyeceği Haller

Şekle aykırı işlemler geçersiz olduğu için, kural olarak, taraflar bunu birbirlerine ve hatta üçüncü kişilere karşı ileri sürebilir. Örneğin, şekle aykırı taşınmaz satım sözleşmesi geçersiz olduğundan buna dayanan tescil işlemi de yolsuz olur. Aynı hak durumunda bir değişiklik olmadığından satıcı, söz konusu taşınmazı alıcıdan kendisine iade etmesini talep edebileceği gibi, alıcı taşınmazı bir başkasına kiralsas, satıcı taşınmazın kendisine teslim edilmesini aynı şekilde talep edebilir. Ancak bazı istisnai hallerde geçersizliğin ileri sürülmesinde engeller bulunmaktadır.

a. Dürüstlük Kuralına Aykırılık

Şekil eksikliği nedeniyle geçersizliği ileri sürülmesi, hakkın kötüye kullanılması anlamına geliyorsa, bunu kanun himaye etmez ve sözleşme geçerliymiş gibi sonuçları doğar¹⁸⁰. Hâkim, hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığını kendiliğinden dikkate alır ve her somut olayda serbestçe takdir eder¹⁸¹.

Hakkın kötüye kullanılması yasağının en sık uygulandığı alanlardan birisi, şekil eksikliğinin ileri sürülmesidir. Şeklin esasa feda edilmesinin önüne geçmek amacıyla, şekil eksikliği nedeniyle geçersizliğin ileri sürülmesi, hakkın kötüye kullanılması yasağı vasıtasıyla yumuşatılmaktadır. Burada, şekil kuralının tarafları

¹⁸⁰ Jörg Schmid, Hubert Stöckli, Frederic Krauskopf, **Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil**, 2. Auflage, Zürich, Schulthess Verlag, 2016, Rn. 611; Huguenin, **a.g.e.**, s. 118; İstŞ TBK, Ergüne, Kurşun, **C. 1**, § 27, Rn. 51; Hakkın kötüye kullanımına başvurulmasının sözleşmeyi geçerli hale getirmeyeceği, sadece taraflardan birini, söz konusu geçersizliğe dayanmaktan yoksun bırakacağı yönünde görüş için bkz. Flume, **a.g.e.**, s. 289; Şekle aykırılığı ileri sürmenin bir hak olduğunu ve bunu ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması sayılamayacağını savunan görüş için bkz. Oser, Schönenberger, **Seçkin**, s. 112.

¹⁸¹ Tuor, Schnyder, Schmid, Jungo, **a.g.e.**, s. 55; Egger, **a.g.e.**, Art. 2, Rn. 12; Velidedeoğlu, **a.g.e.**, s. 345; Köprülü, **a.g.e.**, s. 102; Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 291; Akipek, Akıntürk, Ateş, **Kişiler**, s. 195; Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 10-11.

koruma amacı ön planda tutularak kesin hükümsüzlük yaptırımı, amaca uygun olarak sınırlandırılmaktadır¹⁸².

Şekil eksikliğinin ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması sayıldığı halleri somut olay grupları haline indirmek her ne kadar mümkün olmasa da¹⁸³ uygulamada sıklıkla karşılaşılan olaylar belirli kategoriler altında incelenebilir. İlk olarak, tarafların şekil eksikliğini bilerek serbest rızaları ile borçlarını karşılıklı ve tam olarak ifa etmeleri halinde, şekil eksikliği nedeniyle geçersizliğin ileri sürülmesi, hakkın kötüye kullanılması teşkil eder¹⁸⁴. Burada borçların tam olarak veya büyük kısmı itibarıyla ifa edilmesi gereklidir¹⁸⁵.

¹⁸² Özellikle, İsviçre hukukçuları tarafından benimsenen görüşe göre, amaca uygun sınırlandırma yönteminin uygulanması halinde TMK m. 2/2 şartlarının varlığının araştırılmasına gerek yoktur. Konu ile ilgili bkz. Akbulut, **a.g.e.**, s. 148; Bu görüş, hükümsüzlüğün kendine özgü yapıda olduğu kabulünün sonucudur. Bu sonuca göre, şekle aykırılık nedeniyle, üçüncü kişilerin geçersizlik iddiasında bulunması mümkün değildir. Tarafları koruma amacı güden şekil şartının eksikliği nedeniyle üçüncü kişilerin hak iddiası olamaz. Fakat bizim de kabul ettiğimiz kesin hükümsüzlük görüşünde, işlem kural olarak hüküm doğurmaz fakat bazı hallerde geçersizlik iddiasının ileri sürülmesi, hakkın kötüye kullanılması yasağına takılır. Örneğin, karşılıklı ifa ile sözleşmenin geçerli hale gelmesi bir kural değildir. Ancak istisnai hallerde şekil eksikliği nedeniyle sözleşmenin geçersizliği iddiası, kanun tarafından himaye edilmez. Kanunun himaye etmemesinin sebebi, tarafları koruma amacıdır. Ancak şekil şartının getirilmesinde üçüncü kişilerin menfaatlerini ilgilendiren başka amaçlar da vardır. Bu yüzden geçersizliğin ileri sürülmesinde üçüncü kişiler menfaat elde edecekse, bu menfaati elde etmekten alıkonulmalıdır.

¹⁸³ Flume, **a.g.e.**, s. 274; BK OR, Schmidlin, **a.g.e.**, § 11, Rn. 123.

¹⁸⁴ von Tuhr, Peter, **a.g.e.**, s. 237 vd.; von Büren, **a.g.e.**, s. 72 vd.; BSK OR, Schwenger, **a.g.e.**, § 11, Rn. 18, 19; Honsell, **BT**, s. 177; Schwenger, **a.g.e.**, Rn. 31.31; Schmid, Stöckli, Krauskopf, **a.g.e.**, Rn. 612; Velidedeoğlu, **a.g.e.**, s. 347; Köprülü, **a.g.e.**, s. 110; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 315-316; Eren, **Borçlar Genel**, s. 329; Oğuzman, Öz, **Borçlar I**, s. 165; Kılıçoğlu, **Şekil**, s. 215-216; Kılıçoğlu, **Borçlar**, s. 219; Antalya, **a.g.e.**, s. 563; Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 286; İstŞ TBK, Özbilen, **C. 1**, § 12, Rn. 93; İsviçre Federal Mahkemesi, hal ve şartlardan açıkça tersinin anlaşılabilmesi ve geçersizlik iddiasında bulunan tarafın şekilsizliği bilmesi üzerinde durmaktadır. BGE 112 II 334; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, s. 245; Benzer yönde görüş için bkz. Tunçomağ, **I**, s. 238; Eleştiriler için bkz. Gauch, Schleup, Schmid, Emmenegger, **a.g.e.**, Rn. 568.

¹⁸⁵ Yargıtay İBK. E. 1987/2, K. 1988/2, T. 30.09.1988 (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 17.02.2021; Yargıtay HGK. E. 2012/13-592, K. 2013/65, T. 16.03.2013; Yargıtay HGK. E. 2014/569, K. 2016/181, T. 26.02.2016, (Çevrimiçi) Yargıtay Bilgi Bankası, 18.03.2021; İfanın tamamen veya büyük kısmı itibarıyla değil de kısmen yapılmış olması halinde TMK m. 2/2'nin uygulanamayacağına dair karar için bkz. *“Taraflar arasında kurulan 18.5.1973 günlü ve 6248 sayılı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi noterlikçe resen düzenlenmemiş; taraflarca dışarıda yazılıp imzaları noterlikçe onanmıştır. O halde, anılan sözleşme hukuken geçerli değildir. Oysa davacının borca aykırılık nedeniyle (fesh) isteyebilmesi, sözleşmenin geçerli bir biçimde kurulmuş olmasına bağlıdır. Çünkü, hukuken hüküm ifade etmeyen, geçersiz bir sözleşmenin feshini istemekte hukuki yararın varlığından söz edilemez. Bu nedenle, davanın reddine karar verilmeliydi. Öte yandan; sözleşmeden doğan karşılıklı hak ve borçlar da, taraflarca tamamen yerine getirilmiş değildir. Hal böyle olunca, medeni yasa'nın 2. Maddesinde ifadesini bulan, afaki iyiniyet kuralının bu davada uygulanması ve bu nedenle sözleşmenin geçerli sayılması da düşünülemez. Çünkü bu kural ancak, sözleşmenin tamamen ifa*

İkinci olarak, şekil eksikliği nedeniyle geçersiz bir sözleşmeden doğan borç henüz ifa edilmemiş olmasına rağmen, taraflardan biri, borcun ifa olunacağına dair karşı tarafa güven vermiş ve karşı taraf da bu güvene dayanarak kendi üzerine düşen edimi yerine getirmişse, artık geçersizliğin ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması teşkil eder¹⁸⁶. Burada karşı tarafın borcunu ifa etmesi¹⁸⁷ ve diğer tarafın çelişkili davranış yasağına ters düşecek şekilde hareket etmesi aranır¹⁸⁸.

Üçüncü olarak, şekil eksikliğine, karşı tarafı aldatarak veya bir şekilde üstün konumundan yararlanarak kasten sebep olan taraf¹⁸⁹, sözleşmeden doğan borçlar henüz ifa edilmemiş bile olsa¹⁹⁰, şekil eksikliğine dayanamaz¹⁹¹. Örneğin,

edildiği haller için geçerlidir.” Yargıtay HGK. E. 1979/15-1613, K. 1982/565, T. 09.06.1982, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 17.02.2021.

¹⁸⁶ Kısmi ifa halinde de aynı sonuca varılabilir. BSK OR, Schwenzer, **a.g.e.**, § 11, Rn. 18; Velidedeoğlu, **a.g.e.**, s. 347; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar**, s. 108; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 317-318; Tandoğan, **I/1**, s. 238 vd.; Kılıçoğlu, **Borçlar**, s. 227; Antalya, **a.g.e.**, s. 563; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, s. 245-246; “*Bir sözleşmenin taraflarından birinin o sözleşmenin ifa olunacağı hususunda o güne kadar süregelen davranışları ile karşı tarafa güvence vermiş ve karşı taraf da sözleşmenin yerine getirileceği inancına iyiniyetle bağlanarak kendisine düşen edimleri yerine getirmiş ise, artık sözleşmenin şekil geçersizliğini ve ayrıca taşınmazın teslimi nedeniyle dinlenme olanağı olmayan zamanaşımını ileri sürmek Medeni Yasa’nın 2. maddesi uyarınca hakkın kötüye kullanılması niteliğini taşır ve bu husus yasal himayeden yoksun kalır. Bu durumlarda sözleşmenin geçersizliğine dayanılarak akdin icrasından kaçınılamaz... olayın özelliğine göre cebri tescil davası kabul edilmelidir.*” Yargıtay HGK. E. 14-190, K. 799, T. 06.06.1979; Yargıtay HGK. E. 14-399, K. 232, T. 22.03.1985, (Bahadır, **a.g.e.**, s. 53’den naklen); “*Hukuki ilişkinin en başından beri sözleşmenin geçersiz olduğunu her iki taraf da bilmekteyse de, sözleşmenin bir tarafında basiretli davranma yükümlülüğü altında olan bir tacirin, karşısında ise sosyal devlet ilkesi çerçevesinde korunan ve zayıf konumda bulunan tüketicinin yer aldığı gözden kaçırılmamalıdır. Sözleşmenin karşı tarafça ifa edilmemesinde hiçbir kusuru bulunmayan tüketici, boşa çıkan güveni nedeniyle doğan zararını eldeki davayla gidermeyi amaçlamaktayken; yatırımların kapsamının uyandırdığı güven duygusunun da etkisiyle, dava konusu proje dâhil pek çok projede yüzlerce taşınmazı aynı usulle halka arz ederek, girişeceği faaliyetlere finansman sağlayan davalı şirketin, sözleşmenin getirdiği yükümlülüklerden kaçınmak için şekil kurallarının arkasına sığınmasının iyi niyetle bağdaşır yanının bulunmadığı ortadadır.*” Yargıtay HGK. E. 2017/2618, K. 2020/184, T. 20.02.2020, (Çevrimiçi) Yargıtay Bilgi Bankası, 17.02.2021; Yüklenici edimini tam ifa ettiği takdirde arsa sahibinin şekle aykırılığa dayanmasının TMK m. 2/2’ye aykırı olduğu yönünde karar için bkz. Yargıtay HGK. E. 1983/14-544, K. 1983/233, T. 22.03.1985, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 17.02.2021; Sözleşmenin kurulmasının üzerinden geçen sürenin uzunluğu, çelişkili davranma yasağına; yerine getirilmiş edimlerin tasfiyesinin ölçüsüz seviyeye ulaşması, hakkın kullanılmasıyla sağlanacak menfaat ile başkasına vereceği zarar arasında aşırı orantısızlık bulunması yasağına takılır. Bkz. Hatemi, Serozan, Arpacı, **Borçlar Özel**, s. 119.

¹⁸⁷ BGE 104 II 101; Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.**, s. 125; BSK OR, Schwenzer, **a.g.e.**, § 11, Rn. 22; Schwenzer, **a.g.e.**, Rn. 31.34; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 317.

¹⁸⁸ Alman Hukuku açısından benzer yaklaşım için bkz. Palandt, Ellenberger, **BGB**, § 125, Rn. 30.

¹⁸⁹ Hukuki işlem gerçekleştirilirken bilinçli olarak hukukun emrine girmeyene, hukuk yardım etmez. BGHZ 45, 376 vd. Ayrıca bkz. Flume, **a.g.e.**, 280; Medicus, Petersen, **BürgerlR**, 82.

¹⁹⁰ Gauch, Schleup, Schmid, Emmenegger, **a.g.e.**, Rn. 557; Schwenzer, **a.g.e.**, Rn. 31.34; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 321.

tüm parasını inşa halindeki bir daireyi almak için ayıran ve henüz ifada bulunmamış olan emekli bir memura “*ne gerek var?*” deyip resmi sözleşme yapılmasını engelleyen ve daha sonra taşınmaz fiyatlarının kararlaştırılan bedelin çok üstüne çıkması üzerine şekil eksikliğini ileri süren müteahhidin bu iddiası dinlenmez¹⁹². Böyle bir durumda hâkim, borcun ifasına karar vererek tapu memurunu tescile mecbur bırakabilir¹⁹³. Şayet, ifanın gerçekleşmesi mümkün değilse, TBK m. 112 gereği tazminat talep edilebilir¹⁹⁴. Her nasılsa hakkın kötüye kullanılması nedeniyle geçersizliğin ileri sürülememesi yönündeki iddianın dinlenmediği hallerde¹⁹⁵, şekil eksikliğine kasten sebep olan taraf, dürüstlük kuralına dayanan culpa in contrahendo ilkesi gereği sözleşmenin geçerli şekilde kurulduğuna duyulan güveni sarstığından dolayı karşı tarafın uğradığı zararı tazmin etmelidir¹⁹⁶.

¹⁹¹ BGE 86 II 404, 90 II 27; von Tuhr, Peter, **a.g.e.**, s. 237; Gauch, Schleup, Schmid, Emmenegger, **a.g.e.**, Rn. 555; Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.**, s. 126; BSK OR, Schwenzer, **a.g.e.**, § 11, Rn. 18; Tuor, Schnyder, Schmid, Jungo, **a.g.e.**, s. 55; Schwenzer, **a.g.e.**, Rn. 31.31; Güral, **a.g.e.**, s. 138; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 321-322; Eren, **Borçlar Genel**, s. 330; Oğuzman, Öz, **Borçlar I**, s. 165; Kılıçoğlu, **Şekil**, s. 220; Kılıçoğlu, **Borçlar**, s. 220; Antalya, **a.g.e.**, s. 566; Hatemi, Serozan, Arpacı, **Borçlar Özel**, s. 119; Altaş, **a.g.e.**, s. 190; Akipek, Akıntürk, Ateş, **Kişiler**, s. 194; İstŞ TBK, Özbilen, **C. 1**, § 12, Rn. 68; Eleştiriler için bkz. Medicus, Petersen, **AT BGB**, Rn. 631.

¹⁹² Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Eşya**, s. 678; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 322; Erman, **Eşya**, s. 88; Kefalet sözleşmesine ilişkin benzer örnek için bkz. Velidedeoğlu, **a.g.e.**, s. 340.

¹⁹³ Yargıtay İBK. E. 1987/2, K. 1988/2, T. 30.09.1988, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 17.02.2021; Aynı yönde görüş için bkz. Tandoğan, **I/1**, s. 238; İnan, **a.g.e.**, s. 137; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar**, s. 108-109; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 326; Oğuzman, Öz, **Borçlar I**, s. 159; Hatemi, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 53; İsviçre Federal Mahkemesi, hakkın kötüye kullanılması yasağına dayanılarak ifanın talep edilemeyeceği görüşündedir. BGE 104 II 99.

¹⁹⁴ Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 326; Oğuzman, Öz, **Borçlar I**, s. 166.

¹⁹⁵ Alman Federal Mahkemesi verdiği bir kararında, bir taşınmaz satımında kusur veya ihmali yüzünden şekil eksikliğine sebep olan tarafı sorumlu tutarak tazminata hükmetmiştir. BGH NJW 1965, 812; Ayrıca bkz. Medicus, Petersen, **BürgerlR**, s. 83; Buradan şekle aykırı bir sözleşmeden doğan borçların henüz ifa edilmediği durumlara ilişkin olarak Türk Hukuku açısından şöyle bir sonuç çıkarılabilir: Hâkim tarafından, kastın olmadığı hallerde sözleşme geçersiz kılınmalı ve tazminat kararı verilmelidir. Kastın varlığı halinde, geçersizliğin ileri sürülmesi, hakkın kötüye kullanılması kabul edilmeli ve cebri ifa kararı verilmelidir. Benzer yaklaşım için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 327; İstŞ TBK, Özbilen, **C. 1**, § 12, Rn. 96; Hakkın kötüye kullanılması için kastın gerekli olmadığı göz önünde bulundurulduğunda her iki halde de hakkın kötüye kullanıldığı kabul edilebilir. Bkz. Tuor, Schnyder, Schmid, Jungo, **a.g.e.**, s. 55; Velidedeoğlu, **a.g.e.**, s. 340; Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 275; Rona Serozan, **Medeni Hukuk, Genel Bölüm-Kişiler Hukuku**, 6. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015, s. 160; Ancak yaptırımın bazen tazminat şeklinde ortaya çıkması mümkündür. Egger, **a.g.e.**, Art. 2, Rn. 37; Tuor, Schnyder, Schmid, Jungo, **a.g.e.**, s. 58; Velidedeoğlu, **a.g.e.**, s. 344; Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 126; Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 290; Akipek, Akıntürk, Ateş, **Kişiler**, s. 194.

¹⁹⁶ Gauch, Schleup, Schmid, Emmenegger, **a.g.e.**, Rn. 557; BSK OR, Schwenzer, **a.g.e.**, § 11, Rn. 22; Schwenzer, **a.g.e.**, Rn. 52.01; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 327; Buradaki tazminat talebinin ahlaka aykırılığa dayandığı yönündeki görüş için bkz. Palandt, Sprau, **BGB**, § 826, Rn. 20; Schiemann, in: **Staudinger/Eckpfeiler (2014/2015)**, s. 288; Medicus, Petersen, **BürgerlR**, s. 82; Oser, Schönenberger, **Seçkin**, s. 112; İnan, **a.g.e.**, s. 137; Eren, **Borçlar Genel**, s. 330; İstŞ TBK,

Bahsi geçen durumlarda şekil eksikliğinin ileri sürülmesini hakkın kötüye kullanılması kabul eden Yargıtay, tapulu taşınmazın haricen satımında aynı tutumu sergilemekten sakınmaktadır¹⁹⁷. Yargıtay’a göre, tapulu taşınmaz mülkiyetinin devri borcunun ifası, her nasılsa tapuya tescil edilmesi yoluyla gerçekleşir¹⁹⁸. Ayrıca Yargıtay’ın bu kararlarında tarafları koruma amacının yanında tapu kütüğünü sağlam temellere oturtma amacının plana çıkardığını söylemek mümkündür¹⁹⁹. Yargıtay, taşınmaz satımlarında tarafların nasıl hareket edeceğini açıkça bildiğini veya bilmesini gerektiğini, aksi takdirde bu şekilde hareket etmesinin hukuk düzenince geçersizlik yaptırımına tabi tutulması gerektiğini benimsemektedir. Dolayısıyla haricen satımlarda karşı tarafın aldatmasına dayanak hakkın kötüye kullanılmasına itibar etmemektedir.

Muvazaalı işlemin arkasındaki gizli işlem tapu memuru önünde yapıldığı için ortada haricen satım yoktur. Tapu önünde yapılan işlemde, nitelik unsuru eksik olduğundan veya konu unsuru farklı gösterildiğinden şekil eksikliği meydana gelir. Bu husus, Yargıtay’ın haricen satımlara ilişkin tutumunun altında yatan nedenlerin

Özbilen, C. 1, § 12, Rn. 96; Burada ifadan beklenen menfaatin elde edilememesinden doğan zararın tazmini gündeme gelebilir. Palandt, Ellenberger, **BGB**, § 125, Rn. 28; Schiemann, **in: Staudinger/Eckpfeiler (2014/2015)**, s. 289; Medicus, Petersen, **AT BGB**, Rn. 630; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 327-328; Menfi zararın istenebileceği yönündeki görüş için bkz. BGE 106 II 36.

¹⁹⁷ Yargıtay İBK. E. 1939/2, K. 1940/77, T. 10.07.1940, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 17.02.2021; “*Tapulu taşınmazın haricen satımı geçersiz olduğundan, mirasbırakanın sağlığında haricen sattığı tapulu taşınmaz için mirasçılara karşı açılan tescil davasını bir kısım mirasçıların kabul etmemesi halinde, olaya MK. 2’nin uygulanmayacağını...*” (Uyar, **Dürüstlük Kuralı**, s. 448’den naklen).

¹⁹⁸ “...tapulu taşınmaz için yapılan sözleşmenin ifası tapuda olur. Taşınmazın mücerret teslimi ifa olarak kabul edilemez, ifa kabul edilirse o zaman eldeki ifa davasının anlamını izah mümkün olmaz. Bir taraftan taşınmaz teslimi ile ifanın varlığının kabul edilmesi, diğer taraftan borçlunun rızaen ifada bulunmadığı belirtilerek mahkemeden borçlunun iradesi yerine geçecek bir ifa kararı istenmesi çelişki teşkil eder.” Yargıtay HGK. E. 1984/14-541, K. 1986/257, T. 21.03.1986, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 17.02.2021; “*Somut olayda olduğu gibi, bağımsız bölümün depremin meydana gelmesinden önce tamamlanarak fiilen teslim edilmiş olması, satış sözleşmesinin şekil eksikliğinden doğan geçersizliği yönünden sonuca etkili değildir.*” Yargıtay HGK. E. 2004/13-420, K. 2004/443, T. 06.10.2004, (Çevrimiçi) İstanbul Barosu İçtihat Bilgi Bankası, 17.02.2021; Benzer kararlar için bkz. Yargıtay 13. HD. E. 2009/2806, K. 2009/8383, T. 18.06.2009; Yargıtay 3. HD. E. 2013/4289, K. 2013/5867, T. 08.04.2013, (Çevrimiçi) İstanbul Barosu İçtihat Bilgi Bankası, 17.02.2021.

¹⁹⁹ “*Tapuyu, tapulu taşınmazın harici alım satımının geçersizliğini hemen hemen bilmeyen kalmamıştır. 1.350.000 lira karşılığında şehir içinde bir taşınmaz satım almaya kalkışan kişinin geçerli bir işlem yapmak için nasıl hareket etmesi gerektiğini bilmesi, bilmiyorsa bilenlerden sorup öğrenmesi icabeder. Kendisinden beklenen ihtimamı göstermeyen kişi iyi niyet iddiasında bulunamaz. Bu itibarla Medeni Kanunun 3. maddesi de davacıya olanak sağlamaz.*” Yargıtay HGK. E. 1984/14-849, K. 1986/57, T. 29.01.1986, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 17.02.2021.

dışındadır. Dolayısıyla tarafların şekil eksikliğini bilmesine rağmen, sözleşmeden doğan borçlarını ifa etmeleri halinde şekle aykırılık nedeniyle geçersizliğin taraflarca sonradan ileri sürülmesi, hakkın kötüye kullanılması teşkil eder²⁰⁰. Muris muvazaası açısından meseleyi ele alırsak, hayatta olsaydı geçersizlik iddiasını ileri süremeyecek olan murisin külli halefi konumundaki mirasçılar, şekle aykırılık iddiasını ileri sürememelidir²⁰¹. Ancak üçüncü kişi konumundaki tenkis davası açabilen saklı paylı mirasçılar, hakkın kötüye kullanılması yasağına takılmadan geçersizliği ileri sürebilmelidir²⁰².

b. Kadastro Kanunu'na Göre Şekil Şartının Tamamlanması

Kadastro Kanunum. 13'te²⁰³ daha önceden tapulanmış taşınmazların kadastro işlemi sırasında kimin adına düzenleneceği öngörülmüştür. Kadastro Kanunu m. 13/B-a'ya göre, muris, kadastro sırasında kadastro teknisyeni huzurunda

²⁰⁰ BSK OR, Fasel, **a.g.e.**, § 216, Rn. 22; Bedelde muvazaada da aynı yaklaşım gösterilmelidir. Tarafların şekil eksikliğini bilerek borçlarını karşılıklı ve tam olarak ifa etmeleri halinde gizli işlemin şekle aykırılık nedeniyle geçersizliğinin ileri sürülmesi, hakkın kötüye kullanılması anlamına gelir. Fakat Yargıtay, sözleşme bedelinin düşük gösterildiği hallerde, Harçlar Kanunu ve Vergi mevzuatı uyarınca geçersizliğin ileri sürülmesinin mümkün olmadığı şeklinde görüş belirtmiştir. Ayrıca doktrindeki bir görüşe göre, sözleşme bedelinin yüksek gösterilmesi durumunda, Harçlar Kanunu ve Vergi mevzuatında herhangi hüküm bulunmadığından sözleşme geçersiz kılınmalıdır. Bu görüşler, kabul edilemez. Borçlar hukuku alanında bir sözleşmenin geçersiz kılınıp kılınamayacağına Borçlar Hukuku açısından karar verilmelidir. Konu ile ilgili bkz. s. 34, dn. 167; s. 35, dn. 168.

²⁰¹ Karayalçın'ın konu ile ilgili ifadeleri şu şekildedir: "Miras bırakanın sağlığında yaptığı görünürdeki satım sözleşmesine dayanan tescilin gizli bağış halinde düzeltilmesini, bu sözleşmenin tarafı olan ve taşınmazı teslim eden miras bırakan, gizli sözleşmede şekil noksanı olduğunu ileri sürerek ve MK 933'e (TMK m. 1023) dayanarak talep edebilir mi? Bu durumda taşınmazın mülkiyetini karşı tarafa devrini tapu sicili memuru huzurunda talep eden miras bırakanın bu talebi kendi samimi iradesi ile çelişmez mi (venire contra factum prorum)? Böyle bir talep hele taşınmaz teslim edildikten sonra dürüstlük kuralı ile bağdaşabilir mi? Miras bırakana böyle bir dava hakkı tanınmadığı takdirde onun külli haleflerine de MK m.933'e dayanarak tapu kaydını düzeltme davası açma hakkı tanımamak gerekir." Yaşar Karayalçın, **Mirasbırakanın Muvazaası mı? Tasarruf Özgürlüğü ve Saklı Payın Korunması mı?**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2004, s. 75; Benzer görüşler için bkz. İnan, Ertaş, Albaş, **a.g.e.**, s. 372-375; Eren, **Borçlar Genel**, s. 409.

²⁰² Bu hususla ilgili açıklamalar için bkz. s. 234 vd.

²⁰³ Kadastro Kanunu m. 13: "Tapuda kayıtlı taşınmaz mal: A) Kayıt sahibi veya mirasçıları zilyet bulunuyorsa; a) Kayıt sahibi adına, b) Kayıt sahibi ölmüş ise mirasçıları adına, c) Mirasçılar tayin olunamazsa, ölü olduğu yazılmak suretiyle kayıt sahibi adına, B) Kayıt sahibi veya mirasçılarından başkası zilyet bulunuyorsa; a) Kayıt sahibi veya mirasçılarından kadastro teknisyeni huzurunda muvafakatları halinde zilyet adına, b) Zilyet, taşınmaz malı, kayıt malikinden veya mirasçılarından veya mümessillerinden tapu dışı bir yolla iktisap ettiğini, onların beyanı veya herhangi bir belge ile veya bilirkişi veyahut tanık sözleriyle ispat ettiği ve ayrıca en az on yıl müddetle çekişmesiz, aralıksız ve malik sıfatıyla zilyet bulunduğu takdirde zilyet adına, c) (Değişik: 3/5/2012-6302/4 md.) Kayıt sahibinin yirmi yıl önce gaipliğine hüküm verilmiş veya tapu sicilinden malikin kim olduğu anlaşılamamış ise çekişmesiz ve aralıksız yirmi yıl müddetle ve malik sıfatıyla zilyet bulunan kimse adına tespit olunur."

taşınmazın zilyedi adına tespit ve tesciline ilişkin muvafakat verirse taşınmaz zilyet adına tescil olunur. Bu durumda hem zilyetliğin devrine ilişkin gizli işlemdeki şekil eksikliği giderildiğinden hem devir işlemi tapu memuru önünde gerçekleşmediğinden hem de murisin tek taraflı irade beyanına dayanıldığından muris muvazaası ileri sürülemez²⁰⁴.

Kadastro Kanunu m. 13/B-b'ye göre, zilyet herhangi bir belge veya bilirkişi ya da tanıkla ispat etiği ve ayrıca en az on yıl süreyle davasız, aralıksız ve malik sıfatıyla zilyet bulunduğu takdirde, taşınmaz onun adına tescil edilir. Dolayısıyla zilyetliğin devrinden itibaren tapulama tespit tutanağı düzenlenene kadar on yıllık süre içerisinde davasız, aralıksız ve malik sıfatıyla zilyet olan kişiye karşı zilyetliğin devrine esas teşkil eden devir işleminin şekil eksikliği nedeniyle geçersizliği ileri sürülemez²⁰⁵.

c. Kadastro Kanunu'na Göre 10 Yıllık Hak Düşürücü Sürenin Dolması

Muris taşınmazını muvazaalı şekilde temlik etmiş, ölümünden sonra temlik edilen taşınmazın tapulama tespiti yapılarak alan kişi üzerine tespit edilmiş ve tespit tutanağının kesinleşmesinden itibaren Kadastro Kanunu m. 12'de²⁰⁶ öngörülen on yıllık hak düşürücü süre geçmişse, mirasçılarının şekil eksikliğine dayanarak tapunun iptalini istemeleri mümkün değildir²⁰⁷.

²⁰⁴ Açıklamalar için bkz. s. 174-176.

²⁰⁵ Özkaya, **a.g.e.**, s. 411; Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 94.

²⁰⁶ Kadastro Kanunu m. 12: "30 günlük ilan süresi geçtikten sonra, dava açılmayan kadastro tutanaklarına ait sınırlandırma ve tespitler kesinleşir.

Kadastro müdürü tarafından onaylanarak kesinleşen tutanaklar ile kadastro mahkemesinin kesinleşmiş kararları; kesinleşme tarihleri tescil tarihi olarak gösterilmek suretiyle en geç 3 ay içinde tapu kütüklerine kaydedilir.

Bu tutanaklarda belirtilen haklara, sınırlandırma ve tespitlere ait tutanakların kesinleştiği tarihten itibaren on yıl geçtikten sonra, kadastrodan önceki hukuki sebeplere dayanarak itiraz olunamaz ve dava açılmaz."

²⁰⁷ Açıklamalar için bkz. s. 173-174.

d. İyiniyetli Üçüncü Kişilerin Kazanımının Korunması

Şekle aykırı işlemin geçersiz oluşu, sebebe bağlılık ilkesi gereği tasarruf işlemi niteliğindeki tescil işlemini de geçersiz kılar ve yolsuz tescil meydana gelir. Tescil yolsuz olsa da tapudaki bu kayda güvenerek işlem yapan iyiniyetli üçüncü kişilerin kazanımı TMK m. 1023 uyarınca korunur²⁰⁸.

V. MURİS MUVAZAASINA KONU İŞLEMLER

Muris, mirastan mal kaçırmak amacıyla mirasçılarından biri veya üçüncü kişiyle bir araya gelerek işbirliği içerisinde muvazaalı işleme başvurmaktadır. Gerçekte bağışlama sözleşmesi kuran taraflar, bu işlemi dış dünyaya satım veya ölünceye kadar bakma sözleşmesi şeklinde yansıtmaktadırlar. Görünürdeki işlem, muris muvazaasının görünüm şeklini yani tarafların gizli bağışlama işlemini perdelemek için dış dünyaya karşı yansıttıkları işlemi oluşturur. Bu bölümde, öncelikle görünürdeki işlemin muris muvazaasına özgü şartları, ardından muvazaalı işlemin görünürdeki işlemleri ve gizli bağışlama işlemi incelenecektir.

A. Görünürdeki İşlemin Muris Muvazaasına Özgü Üç Şartı

Muris muvazaasının söz konusu olduğu olayların ve başvuru hukuki işlemlerin özellikleri doğrultusunda Yargıtay, muris muvazaasına konu edilen görünürdeki işlem için bazı şartlar öngörmüştür²⁰⁹. Buna göre, muris muvazaasına konu edilen görünürdeki işlem, murise ait tapulu bir taşınmazın murisin iradesi ile tapu memuru önünde bir başkasına devrine ilişkindir. Yani, muris muvazaasına konu edilen görünürdeki işlemin üç şartı vardır. Bunların ilki, devre konu taşınmazın tapulu olması; ikincisi, bu tapulu taşınmazın murise ait olması; üçüncüsü, tapu memuru önünde sözleşmeye dayalı devir iradesinin varlığıdır.

²⁰⁸ Açıklamalar için bkz. s. 99-101.

²⁰⁹ “Bir kimsenin; mirasçısını miras hakkından yoksun etmek amacıyla, gerçekte bağışlamak istediği tapu sicilinde kayıtlı taşınmaz malı hakkında, tapu sicil memuru önünde iradesini satış doğrultusunda açıklamış olduğunun gerçekleşmiş bulunması halinde...” Yargıtay İBK. E. 1974/1, K. 1974/2, T. 01.04.1974, (Çevrimiçi) www.e-uyar.com, 28.02.2021.

1. Tapulu Bir Taşınmazın Varlığı

Muris muvazaasında görünürdeki işlemin taşınması zorunlu ilk şartı, tapulu bir taşınmazın varlığıdır. Taşınır veya tapuya kayıtlı olmayan taşınmazların devri işleminin görünürde satış gösterilmesi muris muvazaasına konu edilemez. Bunun sebebi, görünürdeki işlemin arkasına gizlenen işlemin geçerlilik koşullarını sağlaması nedeniyle geçersiz kılınamaması ve bu yüzden mirasçılarının muvazaası iddiasında bulunamamasıdır.

2. Tapulu Taşınmazın Murise Ait Olması

Muris muvazaasında görünürdeki işlemin taşınması zorunlu ikinci şartı, devre konu olan taşınmazın murisin tapulu taşınmazı olmasıdır. Yargıtay HGK, verdiği bir kararda, murisin parasını ödeyerek üçüncü kişiden satın aldığı taşınmazı oğlu adına tapuya kaydetmesi durumunda taşınmazın murise ait olmadığı ve paranın elden bağışlandığı gerekçesiyle 1974 tarihli Yargıtay İBK'nın uygulanamayacağı sonucuna varmıştır²¹⁰. Bir şirketin yetkili temsilcisi konumunda bulunan murisin şirkete ait tapulu taşınmazları muvazaalı şekilde mirasçılarından birine devretmesi halinde ise, muris muvazaasından değil taraf muvazaasından bahsedilebilir²¹¹.

3. Tapu Memuru Önünde Sözleşmeye Dayalı Devir İradesinin Varlığı

Muris, tapu memuru önünde görünürdeki işleme dayalı devir iradesini açıklamalıdır. Bu devir iradesinden doğan görünürdeki işlem, satım veya ölünceye kadar bakma sözleşmesi şeklinde ortaya çıkabilir. Bu sözleşmeler dışında kalan işlemlerde tapu memuru önünde devir iradesi bulunmadığından muris muvazaası

²¹⁰ “Bu kararın uygulanabilmesi için temlik tasarrufları konu yapılan taşınmazın murisin tapulu malı olması, taşınmazı bağışlamak istediği halde, tapu memuru önünde iradesini satış doğrultusunda açıklaması icap eder.” Yargıtay HGK. E. 1992/1-586, K. 1992/782, T. 30.12.1992, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 19.02.2021; Konu olan olayda taraf muvazaası tartışması yapılmaktadır. Daha ayrıntılı inceleme için bkz. s. 182-184.

²¹¹ Karşılaştırmalı olarak bkz. Yargıtay 1. HD. E. 2019/4779, K. 2020/3553, T. 07.07.2020, (Çevrimiçi) Yargıtay Bilgi Bankası, 19.02.2021

hükümleri uygulanmaz²¹². Haricen satım ve taşınmaz satım vaadi sözleşmeleri sonucunda yapılan devirlerde, tapu memuru önünde yapılmayan devirler söz konusu olduğu için muris muvazaası şartları oluşmaz.

Tapu memuru önünde devir iradesinden kasıt, tapu memuru önünde yapılan devre ilişkin tasarruf işlemidir. Tasarruf işlemi, sadece tapu memuru önünde yapılabilen işlemlerden olmalıdır. Ölünceye kadar bakma sözleşmesi örneğinde olduğu gibi, kazanma sebebini teşkil eden sözleşmenin (yani borçlandırıcı işlemin) noter huzurunda yapılabilen işlemlerden olması, muris muvazaası hükümlerinin uygulanmasına engel değildir.

B. Görünürdeki İşlem Olarak Satım Sözleşmesi

1. Satım Sözleşmesine Genel Bakış

Bu bölümde satım sözleşmesi, muris muvazaasına bakan yönlerini aydınlatmaya yetecek şekilde kısaca ele alınmıştır. Burada satım sözleşmesinin detaylı bir şekilde ele alınması söz konusu değildir.

a. Tanım

Satım sözleşmesinin tanımı TBK’da yapılmamıştır. TBK m. 2017/1’de *“Satış sözleşmesi, satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşmedir.”* denilerek satım sözleşmesinin asli unsurları düzenlenmiştir²¹³. Satım sözleşmesi, şu şekilde

²¹² Yargıtay uygulamalarına bakıldığında, bu işlemler dışında kalan işlemlerde muris muvazaası uygulanmaz. Sert Sütçü, **a.g.e.** , s. 64.

²¹³ Maddenin bu lafzı, satım sözleşmesini tanımlamaktan uzak olduğu gibi, satım sözleşmesini sadece taşınır ve taşınmazların satımına indirgemektedir. Oysa maddi olmayan malların özellikle patent, alacak gibi hakların satımı söz konusu olabilir. BK OR, Giger, **a.g.e.** , § 184, Rn. 18, 23; BSK OR, Koller, **a.g.e.** , § 184, Rn. 10 vd. ; Honsell, **BT**, s. 23-24; Tandoğan, **I/1**, s. 79; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.** , s. 59; Aral, Ayrancı, **a.g.e.** , s. 74; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.** , s. 36; Gümüş, **a.g.e.** , s. 25; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 9. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021, s. 26.

tanımlanabilir: Alıcının ödemeyi üstlendiği bedel karşılığında satıcının, satılan mal üzerindeki hakkı ona devretmeyi borçlandığı sözleşmeye satım sözleşmesi denir²¹⁴.

b. Hukuki Niteliği

Satım sözleşmesi rızai bir sözleşme olup mal ile paranın değiştirilmesi hususunda anlaşılması yeterlidir²¹⁵. Ayrıca satılanın teslimi ve paranın ödenmesi gerekli değildir.

Satım sözleşmesi, borç doğurucu bir sözleşme olup borçlandırıcı işlem teşkil eder²¹⁶. Dolayısıyla satılanın mülkiyetinin alıcıya geçirilmesi için satılanın cinsine göre yapılacak bir tasarruf işlemine ihtiyaç vardır.

Satım sözleşmesinin taraflara yüklediği borcun ihtiva ettiği edim, verme borcu niteliğindedir²¹⁷. Bunun yanında satım sözleşmesi ani edim ihtiva eder²¹⁸. Satıcının borcu, mülkiyetin veya zilyetliğin devri, alıcının borcu da satım bedeli ödemek olup zamana yayılmış değildir. Buna karşın art arda teslimli satımlar, ifanın zamana yayılması nedeniyle sürekli borç ilişkisi doğurur²¹⁹.

Satım sözleşmesi, karşılıklı her iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir²²⁰. Satıcı, satılanı alıcıya teslim ve mülkiyetini ona geçirmeyi taahhüt ederken, buna

²¹⁴ Eren, **Borçlar Özel**, s. 27; Benzer tanımlar için bkz. BK OR, Giger, **a.g.e.**, § 184, Rn. 18, 23; Tandoğan, **I/1**, s. 78; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 51; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 65; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 31; Gümüş, **a.g.e.**, s. 16; Satım, konusu para karşılığında taşınırın, taşınmazların ya da hakların değiştirilmesi olan ve borç doğuran bir sözleşmedir. Becker, **a.g.e.**, § 184, Rn. 2.

²¹⁵ Honsell, **BT**, s. 24; Tandoğan, **I/1**, s. 78; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 53; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 70; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 33; Gümüş, **a.g.e.**, s. 25; Eren, **Borçlar Özel**, s. 29.

²¹⁶ Palandt, Weidenkaff, **BGB**, Einf v § 433, Rn. 1-4; Beckmann, in: **Staudinger/Eckpfeiler (2014/2015)**, s. 914; Jauerning, Chr. Berger, **BGB**, § 433, Rn. 2; BSK OR, Koller, **a.g.e.**, § 184, Rn. 5; Tunçomağ, **II**, s. 28; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 53; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 69; Gümüş, **a.g.e.**, s. 24; Eren, **Borçlar Özel**, s. 28.

²¹⁷ Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 53.

²¹⁸ Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 70; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 33; Eren, **Borçlar Özel**, s. 29.

²¹⁹ Eren, **Borçlar Özel**, s. 29.

²²⁰ Palandt, Weidenkaff, **BGB**, Einf v § 433, Rn. 1; Beckmann, in: **Staudinger/Eckpfeiler (2014/2015)**, s. 914; Jauerning, Chr. Berger, **BGB**, § 433, Rn. 3; Becker, **a.g.e.**, § 184, Rn. 6-7; BSK OR, Koller, **a.g.e.**, § 184, Rn. 7; Honsell, **BT**, s. 23; Tunçomağ, **II**, s. 28; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 55; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 70; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 32; Gümüş, **a.g.e.**, s. 16; Eren, **Borçlar Özel**, s. 28.

karşılık alıcı, o şeyin parasını satıcıya vermeyi borçlanır. Dolayısıyla satım sözleşmesi, ivazlı sözleşme niteliği de taşır²²¹.

c. Unsurları

Satım sözleşmesinin üç zorunlu unsuru bulunur. Bunlar satılan, satım bedeli ve satılan ile satım bedelinin birbiriyle değiştirilmesi hususunda tarafların anlaşmasıdır.

Satımın konusunu oluşturan satılan, para ile değiştirilmesi mümkün ve iktisadi değeri olan maddi ve maddi olmayan tüm mallar olabilir²²². Satılanın ferdin veya çeşit olarak belirlenebilir olması yeterlidir²²³. Satılan, satım sözleşmesinin kurulduğu anda satıcının mülkiyetinde bulunmayan veya daha sonra mevcut olacak bir mal olabilir²²⁴.

Satım bedeli, satım sözleşmesinde satılana karşılık verilmesi taahhüt edilen bir miktar paradır²²⁵. TBK m. 207/3 uyarınca durum ve koşullara göre belirlenmesi mümkün olan bedel, kararlaştırılmış bedel sayılacağından, satım bedelinin

²²¹ BSK OR, Koller, **a.g.e.**, § 184, Rn. 7; Eren, **Borçlar Özel**, s. 29.

²²² Elektrik, doğalgaz vb. doğal güçler gibi cismani varlığı olmayan maddi malların yanı sıra alacak hakkı, patent hakkı, lisans hakkı, telif hakkı, paylı mülkiyetteki pay hakkı gibi maddi olmayan malların satımı mümkündür. Palandt, Weidenkaff, **BGB**, § 433, Rn. 8-10; Beckmann, **in: Staudinger/Eckpfeiler (2014/2015)**, s. 914; BSK OR, Koller, **a.g.e.**, § 184, Rn. 11-12; Honsell, **BT**, s. 31 vd. ; Tunçomağ, **II**, s. 45; Tandoğan, **I/1**, s. 79; Hatemi, Serozan, Arpacı, **Borçlar Özel**, s. 68; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 57-59; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 74 vd. ; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 36; Gümüş, **a.g.e.**, s. 22-23; Eren, **Borçlar Özel**, s. 31-33.

²²³ BSK OR, Koller, **a.g.e.**, § 184, Rn. 15; Tunçomağ, **II**, s. 45; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 57; Eren, **Borçlar Özel**, s. 34-35.

²²⁴ Becker, **a.g.e.**, § 184, Rn. 10-11; BK OR, Giger, **a.g.e.**, § 184, Rn. 27; Honsell, **BT**, s. 37; Borcun ifası sırasında satılanın var olması veya satıcının mülkiyetinde olması tasarruf işleminin yapılması için yeterlidir. Becker, **a.g.e.**, § 184, Rn. 12; Tunçomağ, **II**, s. 45; Tandoğan, **I/1**, s. 79-80; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 56; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 76; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 37; Gümüş, **a.g.e.**, s. 23; Eren, **Borçlar Özel**, s. 35; Ancak satıcının borcu ifa etmesi aslında imkânsız ise, baştaki veya sonraki imkânsızlık hükümlerine başvurulabilir. BK OR, Giger, **a.g.e.**, § 184, Rn. 28; BSK OR, Koller, **a.g.e.**, § 184, Rn. 40; Tandoğan, **I/1**, s. 80; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 76; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 37; Eren, **Borçlar Özel**, s. 34-35.

²²⁵ Satım bedeli muhakkak para olmalıdır. Satım bedeli, para dışında bir mal olarak belirlenirse, trampa sözleşmesinden; bir iş görme edimi olarak belirlenirse, isimli sözleşmeden bahsedilir. Palandt, Weidenkaff, **BGB**, § 433, Rn. 38; Beckmann, **in: Staudinger/Eckpfeiler (2014/2015)**, s. 915; Jauerning, Chr. Berger, **BGB**, Vor § 433-480, Rn. 9; Honsell, **BT**, s. 39; Tunçomağ, **II**, s. 29; Tandoğan, **I/1**, s. 84; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 59; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 38; Gümüş, **a.g.e.**, s. 24; Eren, **Borçlar Özel**, s. 36.

belirlenebilir olması yeterlidir²²⁶. Satım sözleşmesi, belirli bir bedel üzerinden kurulmamışsa, TBK m. 233/1 uyarınca ifa yeri ve zamanındaki ortalama piyasa fiyatı üzerinden satım yapılmış sayılır²²⁷. Taraflar, satım bedelini gabin (veya ahlaka aykırılık) hükümlerine ve emredici hukuk kurallarına aykırı olmamak kaydıyla serbestçe belirleyebilir²²⁸. Satım bedelinin belirlenme yetkisi taraflardan birine veya üçüncü kişiye bırakılmışsa, satım bedeli hakkaniyete uygun şekilde takdir edilmelidir²²⁹.

Sözleşmenin esaslı unsurları üzerinde satıcı ve alıcının irade beyanları, karşılıklı ve birbirine uygun olduğu takdirde satım sözleşmesi kurulmuş olur²³⁰. Sözleşme özgürlüğü sınırları çerçevesinde taraflar, sözleşme içeriğini serbestçe düzenleyebilir.

2. Muris Muvazaası Yönüyle Satım Sözleşmesi

Muris muvazaasının en yaygın görünüm şekli olan tapuya kayıtlı taşınmazın muvazaalı satım sözleşmesi yoluyla devrinde, görünürdeki satım sözleşmesi muvazaa nedeniyle geçersizken, gizli bağışlama sözleşmesi de TMK m. 706 ve TBK m. 288/2'de öngörülen geçerlilik şartını taşımadığı için geçersizdir. Bu nedenle hakları zedelenen mirasçılarının 1974 tarihli 1/2 sayılı Yargıtay İBK doğrultusunda muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı olarak dava açma imkânları mevcuttur²³¹.

²²⁶ Tunçomağ, **II**, s. 51; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 60; Gümüş, **a.g.e.**, s. 24-25; Eren, **Borçlar Özel**, s. 36; İsviçre ve Alman Hukuku açısından benzer yaklaşım için bkz. BGE 84 II 286; Honsell, **BT**, s. 39; Palandt, Weidenkaff, **BGB**, § 433, Rn. 39; Jauerning, Chr. Berger, **BGB**, § 433, Rn. 16.

²²⁷ Ortalama piyasa fiyatı, borsa dışında piyasası olan bir malın belirli bir ticari çevrede düzenli olarak yapılan alışverişler sonucunda ulaştığı ortalama fiyattır. Borsada alınıp satılan mallarda ise, borsa fiyatı uygulanır. Tandoğan, **I/1**, s. 91; Eren, **Borçlar Özel**, s. 36.

²²⁸ Zayıf durumdaki alıcıyı, yüksek fiyatlara karşı koruyan TBK, TTK ve TKHK hükümlerine aykırı satım bedeli belirlenemez. Tandoğan, **I/1**, s. 86; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 61-62; Eren, **Borçlar Özel**, s. 37.

²²⁹ Becker, **a.g.e.**, § 184, Rn. 13; BSK OR, Koller, **a.g.e.**, § 184, Rn. 47; Tunçomağ, **II**, s. 51; Tandoğan, **I/1**, s. 90; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 61; Gümüş, **a.g.e.**, s. 25-26; Eren, **Borçlar Özel**, s. 36.

²³⁰ Kamulaştırma ve cebri icra yoluyla satım, tarafların anlaşma unsurunu içermediği için gerçek anlamda satım sözleşmesi kabul edilemez. Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 62.

²³¹ Özkaya, **a.g.e.**, s. 399; Özüğür, **a.g.e.**, s. 531; Topdemir, **a.g.e.**, s. 33; Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 142; Sevgi, **a.g.e.**, s. 108; Eviz, **a.g.e.**, s. 73.

Yukarıda üzerinde durduğumuz üzere, muris muvazaasının varlığı için görünürdeki işlemin taşınması gerekli şartlardan olan tapulu bir taşınmazın varlığı ve işlemin tapu memuru huzurunda yapılması şartları, tapulu taşınmazların muvazaalı satım sözleşmesiyle devrinde gerçekleşmektedir²³².

a. Murisin Mirastan Mal Kaçırarak Amacının Olması

Muris muvazaası nedeniyle geçersizliğinin tespiti istenen satım sözleşmesinin mirastan mal kaçırarak amacıyla yapılıp yapılmadığının her somut olayda kendi içerisinde değerlendirilerek ayrıca araştırılması gerekir. Muris muvazaasına dayalı davalarda adil bir çözüme ulaşmak için, bir iç sorun olan murisin gerçek iradesi, tartışmaya yer bırakmayacak şekilde tespit edilmelidir²³³. Murisin yaptığı muvazaalı işleminin altında yatan gerçek irade ve amacının muvazaa mı, mirasçılar arasında paylaşırma mı, yoksa ivaz karşılığı mı olduğu belirlenmelidir.

Murisin gerçek iradesinin tespitinde, ülke ve yörenin gelenek ve görenekleri, toplumsal eğilimler, olayların olağan akışı, murisin sözleşmeyi yapmakta haklı ve makul bir nedeninin bulunup bulunmadığı, davalının alım gücünün olup olmadığı, satım bedeliyle işlem tarihindeki gerçek değer arasındaki fahiş fark, taraflarla muris arasındaki beşeri ilişkiler²³⁴ dikkate alınmalıdır²³⁵.

Yüksek bedelle yapılan satım sözleşmesinin ardından bahsi geçen bedelin murisin terekesinden çıkmaması yani, gerçek bedelle satım bedeli arasındaki fahiş fark, tek başına muvazaanın kabulü için yeterli olmayıp, muvazaa diğer delillerle

²³² Bkz. s. 126-128.

²³³ Yargıtay HGK. E. 2007/1-44, K. 2007/31, T. 24.01.2007, (Çevrimiçi) İstanbul Barosu İçtihat Bilgi Bankası, 26.02.2021.

²³⁴ Davalının murisin yanında oturuyor olması durumunda murisin iradesinin muvazaa yönünde olduğu ileri sürülebilir. Bkz. Yargıtay 1. HD. E. 2012/5462, K. 2012/5712, T. 16.05.2012) (Çevrimiçi) Legalbank, 14.02.2021; Davalının ikinci eş, davacının ilk eşin çocukları olması durumunda murisin iradesinin muvazaa yönünde olduğu ileri sürülebilir. Bkz. Yargıtay 1. HD. E. 2001/8768, K. 2001/9231, T. 17.09.2001, (Çevrimiçi) Legalbank, 14.02.2021.

²³⁵ Yargıtay HGK. E. 1999/1-159, K. 1999/147, T. 17.03.1999, Yargıtay HGK. E. 2002/1-1057, K. 2002/1110, T. 25.12.2002, Yargıtay HGK. E. 2007/1-173, K. 2007/190, T. 04.04.2007, Yargıtay HGK. E. 2012/1-542, K. 2012/905, T. 28.11.2012, Yargıtay 1. HD. E. 2012/13028, K. 2013/661, T. 23.01.2013, Yargıtay 1. HD. E. 2012/15542, K. 2013/2920, T. 28.02.2013, Yargıtay 1. HD. E. 2014/14748, K. 2016/2699, T. 07.03.2016, Kararlar için bkz. (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 01.02.2021; Yargıtay 1. HD. E. 2019/2871, K. 2020/4572, T. 29.09.2020, (Çevrimiçi) Yargıtay Bilgi Bankası, 01.02.2021.

birlikte kanıtlanmalıdır²³⁶. Örneğin, murisin yaşam boyunca malını satmamasına rağmen ölümüne yakın bir sırada satması, murisin varlıklı biri oluşu, mal satmaya ihtiyacının olmaması²³⁷ ve bununla birlikte davalının belirli bir meslek ve gelirin bulunmaması²³⁸, taşınmazın devirden sonra kimin tasarrufunda olduğu²³⁹, satım ile birlikte muris üzerinde intifa hakkının bırakılması²⁴⁰, satım bedelinin gerçekten

²³⁶ Yargıtay 1. HD. E. 2001/8135, K. 2001/8994, T. 12.09.2001, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 22.11.2016; Yargıtay 1. HD. E. 2014/15137, K. 2016/3426, T. 22.03.2016, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 03.02.2021.

²³⁷ "... Miras bırakanın emekli olup, sağlık, sosyal ve ekonomik güvencesinin bulunduğu, mal satmaya da ihtiyacının olmadığı görülmektedir." Yargıtay 1. HD. E. 2007/10271, K. 2008/157, T. 14.01.2008, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 03.02.2021.

²³⁸ "Dava konusu taşınmazı satıp, bedeliyle söz konusu taşınmazları aldığı yönündeki bir kısım tanıkların beyanını samimi bulma olanağı yoktur. Ayrıca davalının ev hanımı olduğu; kendisine özgü bir gelirin olmadığı, murisinde bu nitelikteki taşınmazını kızına satması için haklı ve makul bir nedeninin bulunmadığı anlaşılmıştır. Öte yandan, bedeller arasında fahiş fark bulunmaktadır." Yargıtay 1. HD. E. 2001/13761, K. 2002/230, T. 16.01.2002, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 03.02.2021; "Taşınmazın temlik edildiği kişinin belli bir işinin olmaması, taşınmazın muris tarafından satılmasını gerektiren inandırıcı bir sebep bulunmaması, resmi akitte belirtilen satış bedeli ile gerçek değer arasında fark olması ve murisin tüm mirasçıları kapsar biçimde malvarlığını onlara taksim ettiğinin söylenememesi karşısında, muris muvazaası olduğu sonucuna varılmalıdır." Yargıtay 1 HD. E. 2004/218, K. 2004/3276, T. 23.03.2004, (Çevrimiçi) İstanbul Barosu İçtihat Bilgi Bankası, 03.02.2021; "Miras bırakanın mal satmaya ihtiyacı olmadığı, davalının alım gücü bulunmadığı fiyat farklılığı karşısında mal kaçırma amacı nedeniyle davanın kabulü gerekir." Yargıtay 1. HD. E. 2012/16016, K. 2013/16618, (Özügür, **a.g.e.**, s. 552'den naklen); "Ancak, 1983 yılında ilk temlikin yapılmasından 24 yıl sonra 1135 parselin davalı Yaşar'a temlik edildiği, Yaşar'ın alım gücünün bulunduğu, (...) bu durumda Yaşar'ın samimi alıcı olarak nitelendirilmesi gerektiği, bu nedenle 1135 parsel açısından (muvazaa) davanın kabulü doğru olmadığı..." Yargıtay 1. HD. E. 2013/1505, K. 2013/1729, T. 12.02.2013, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 03.02.2021.

²³⁹ "Somut olayda; miras bırakanın satışa ihtiyacı olmadığı, ara malik Nurhan'ın taşınmazı hiç kullanmadığı, alım gücünün bulunmadığı, satış bedelleri ile gerçek değerler arasında açık fark belirlendiği, böylelikle devirlerin muvazaalı biçimde gerçekleştirildiği anlaşıldığından taşınmazdaki miras bırakan payı yönünden tapunun iptaline karar verilmesi gerekir." Yargıtay 1 HD. E. 2004/1-186, K. 2004/189, T. 31.03.2004, (Çevrimiçi) İstanbul Barosu İçtihat Bilgi Bankası, 03.02.2021; "Tarafklar anne bir baba ayrı kardeş olup, f.'nin devamlılık arzedecek şekilde düzenli bir gelirin bulunmadığı, temlike konu bu pay yönünden akitte gösterilen değer ile gerçek değer arasında aşırı fiyat farkı bulunduğu ve davalının alım gücünün bu payı almaya kifayet etmeyeceği, öte yandan uzun süre temlik yapan miras bırakan ile birlikte yaşayıp hayatlarını sürdürdükleri dosya kapsamı ile sabittir." Yargıtay 1. HD. E. 2011/11607, K. 2011/2255, T. 01.03.2011, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 03.02.2021; "Ara alıcıların taşınmazı kullanmadıkları, davalının bedel ödediği kanıtlanmadığı, miras bırakanın mal kaçırma amacı nedeniyle davanın kabulü gerekir." Yargıtay 1 HD. E. 2012/17126, K. 2013/16143, T. 14.11.2013, (Özügür, **a.g.e.**, s. 552'den naklen).

²⁴⁰ "Taşınmazın satışının çevrede duyulmadığı, öte yandan bedel ödendiğinin savunulmasına rağmen intifa hakkının miras bırakan üzerinde bırakılarak yalnızca çıplak mülkiyetin devrinin hayatın olağan akışına uygun bir davranış olmayacağı, davalının taşınmazın miras bırakan tarafından satın alınması sırasında bedelini kendisinin ödediği ve keza muristen devralırken davacılar bedel ödediği yönündeki savunmalarının herhangi bir belge ile desteklenmediği, miras bırakanın taşınmazı satması için ihtiyacı veya makul nedeninin bulunup bulunmadığının da kanıtlanmadığı gözetildiğinde, anılan temlikin gerçek bir satış olmayıp mal kaçırma amaçlı ve bağış niteliğinde olduğu sonucuna varılmaktadır. Hal böyle olunca, davanın kabulüne karar verilmesi gerekir." Yargıtay 1. HD. E. 2012/8722, K. 2012/9790, T. 20.09.2012, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 03.02.2021.

ödendiğinin ispat edilememesi²⁴¹ halinde bahsi geçen fahiş fark, muvazaanın varlığına delil olabilir²⁴².

Muris, mali sıkıntı içerisine düştüğünden dolayı durumunu kurtarmak için malını değerinden çok az bir bedelle satmak zorunda kalmışsa, görünürdeki taşınmaz satım sözleşmesinin muvazaalı olduğu iddia edilemez²⁴³.

b. Satımın Ara Malik Aracılığıyla Yapılması

Murisin sağlığında mirastan mal kaçırmak amacıyla ölümünden sonra muris muvazaası nedeniyle dava açılması ihtimalinin önüne geçmek için bazen satım sözleşmesini ara malik olarak nitelendirilen bir kişi²⁴⁴ ile yaparak muvazaalı devir işlemini gizlediği görülür. Ara malik daha sonra devraldığı taşınmazı murisin gerçekte devretmek istediği üçüncü kişiye veya mirasçıya devreder. Böylelikle üçüncü kişi veya mirasçının TMK m. 1023 kapsamında tapu kütüğüne güven ilkesi doğrultusunda taşınmazın mülkiyetini kazanması amaçlanır. Ancak böyle muvazaalı

²⁴¹ “Somut olayda; miras bırakanın çekişmeli taşınmaz dışında başkaca taşınmazları olup olmadığı araştırılmadığı gibi, davalı yanın savunmasında belirttiği banka kayıtları da getirtilip, incelenmemiş olup, mahkemece yapılan araştırma, inceleme ve soruşturmanın hükme yeterli olduğu söylenemez.” Yargıtay 1. HD. E. 2010/3926, K. 2010/7011, T. 15.06.2010, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 03.02.2021; Bazı hallerde muris ve karşı taraf, muvazaayı gizlemek amacıyla taşınmaz satım bedelini bankaya yatırabilir. Somut olayın diğer koşulları göz önünde bulundurulmaksızın taşınmaz bedelinin bankaya yatırılması tek başına muvazaanın oluşmadığı anlamına gelmez. Bkz. Yargıtay 1. HD. E. 2004/14161, K. 2010/14960, T. 31.12.2004, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 03.02.2021; Yargıtay 1 HD. E. 2010/1-632, K. 2010/654, T. 15.12.2010, (Çevrimiçi) İstanbul Barosu İçtihat Bilgi Bankası, 03.02.2021.

²⁴² “Miras bırakanın ekonomik durumu itibarıyla satışa ihtiyacı bulunmadığı, geçimini fazlasıyla karşılayacak kira geliri olduğu, her iki oğluna da zaman zaman yardım ettiği, dava konusu bağımsız bölümlerin akitte gösterilen satış bedelleri ile gerçek değerleri arasında bariz fark bulunduğu, ödeme savunmasının da herhangi bir belge ile kanıtlanamadığı anlaşılmaktadır. Açıklanan bu olgulardan miras bırakanın davalıya yaptığı temlikin mirastan mal kaçırma amaçlı ve muvazaalı bulunduğu sonuç ve kanaatine varılmaktadır. Hal böyle olunca, davanın kabulüne karar verilmesi gerekir.” Yargıtay 1. HD. E. 2007/1-157, K. 2007/151, T. 21.03.2007, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 04.02.2021.

²⁴³ “Murisin iki davalı hakkındaki temlikte ise bu tarihte borç içerisinde bulunduğu, davalı n.'nin alım gücünün bulunduğu ve miras bırakanın kooperatife olan borcunun davalı n. Tarafından temlik tarihinde ödenerek kapatıldığı, bu borcun tamamı ile davalı n.'nin muris tarafından temlik edilen payın bilirkişilerce belirlenen değeri arasında aşırı bir fark bulunmadığı, resmi akitte gösterilen değer ile gerçek değer arasında ki farkın muvazaa olgusunun başlı başına sebebinin teşkil etmeyeceği, sonuç olarak davalı n'ye yapılan pay temlikinin gerçek bir satışa dayandığı, mirasçıdan mal kaçırma amacının kanıtlanamadığı sonucuna varılmaktadır. Davalılar N. ve H. hakkındaki davanın reddine karar verilmesi gerekir.” Yargıtay 1. HD. E. 2011/1830, K. 2011/3032, T. 16.03.2011, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 04.02.2021.

²⁴⁴ Yargıtay 1. HD. E. 2021/1681, K. 2021/5490, T. 13.10.2021, (Çevrimiçi), Yargıtay Bilgi Bankası, 26.02.2022.

devirlerde taşınmazı devralan üçüncü kişi veya mirasçının, muvazaalı devrin mirastan mal kaçırmak amaçlı yapıldığını bilmemesi ya da bilmesinin gerekmemesi aranır. Bu yüzden bahsi geçen devirde üçüncü kişi veya mirasçı ara malike yapılan devrin mirastan mal kaçırma amaçlı yapıldığını biliyorsa, TMK m. 2 anlamında iyiniyetli değildir ve TMK m. 1023'ün korumasından yararlanamaz²⁴⁵. İyiniyet karinesinin aksini ispat yükü muris muvazaasını ileri süren kişidedir.

c. Satımın Ticari Şirkete Yapılması

Muris, muvazaalı işleme dayalı devirde bulunmak istediği kişi adına kurduğu veya o kimsenin büyük paydaşı olduğu şirkete aslında bağışlamak istediği tapulu taşınmazını görünürdeki satım sözleşmesi yoluyla devrettiği takdirde, yukarıda bahsedilen yollardan daha dolambaçlı bir şekilde mirastan mal kaçırmış

²⁴⁵ “...Mahkemece, kurulan hükmün gerekçe bölümünde de ifade edilen muvazaa hukuksal nedenine dayalı ilkeler, yukarıda değinilen olgularla birlikte değerlendirildiğinde miras bırakan tarafından dava dışı Cengiz'e yapılan ilk satış işleminin gerçekte bedelsiz ve bağış niteliğinde olduğu sonucuna varılmaktadır. Öte yandan, kayıt maliki İbrahim'le Cengiz arasında üvey de olsa bir akrabalık ilişkisi bulunduğu, adı geçenin bayii Cengiz'e yapılan satışın sebebinin bilebilecek konumunda olduğu tartışmasıdır. Her şeyden önemlisi, bir taşınmazı satış yoluyla edinen kimsenin nedensiz olarak taşınmaza sahip çıkmaması ve taşınmazı kendisinden önce kayden malik olanların zilyetliğinde bırakması da hayatın olağan akışına uygun ve makul bir davranış biçimi olarak nitelendirilmez.” Yargıtay 1. HD. E. 2003/5754, K. 2003/7333, T. 17.06.2003; “... Bu durumda, miras bırakan M.'in, eşi N.'ye satış yoluyla devrettiği dolayısıyla eşini aracı kılarak oğlu olan davalıya temlikini sağladığı 106 ada, 58 parseldeki 1/2 payın temlikinde 01/04/1974 tarih 1/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının öngördüğü koşulların gerçekleştiği, anılan temlik kız çocuğundan mal kaçırmak amaçlı ve muvazaalı olduğu, öte yandan davalının da mirasçı olup temlikin muvazaalı olduğunu bilen, bilmesi gereken kişi konumunda olup TMK'nun 1023. maddesinin koruyuculuğundan yararlanamayacağı gözetilerek davacının miras payı oranında tapu iptal ve tescil isteğinin kabulüne karar verilmesi gerekirken...” Yargıtay 1. HD. E. 2012/11480 K. 2012/15880, T. 26.12.2012; “... Toplanan deliller ve tüm dosya içeriği ile miras bırakan A.A.'nın çekişme konusu 1, 10, 52, 82 ve 97 parsel sayılı taşınmazları mirasçılardan mal kaçırma amacıyla muvazaalı olarak yeğeni S.'a temlik ettiği, S.'ın da 1 parsel haricindeki taşınmazları eşi A.'ye bağışladığı, A.'nin konumu nedeniyle Türk Medeni Kanunu'nun 1023. Maddesinin koruyuculuğundan yararlanamayacağı belirlenerek davanın kabul edilmesinde isabetsizlik yoktur.” Yargıtay 1. HD. E. 2014/22120, K. 2014/13731, T. 08.09.2014; Aynı yönde karar için bkz. Yargıtay 1. HD. E. 1999/1-472, K. 1999/501, T. 09.06.1999, Yargıtay 1. HD. E. 2006/11417, K. 2006/13293, T. 28.12.2006, Yargıtay 1. HD. E. 2007/239, K. 2007/2069, T. 01.03.2007, Yargıtay 1. HD. E. 2009/10655, K. 2010/1248, T. 09.02.2010, Yargıtay 1. HD. E. 2013/2881, K. 2013/4364, T. 27.03.2013. Bu dipnotta buraya kadar yer alan kararlar için bkz. (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 04.02.2021; “...murisin satıma ihtiyacının bulunmadığı, ara alıcı M.'in dava konusu taşınmaza hiç tasarruf etmediği, değerler arasında açık ve aşırı fark bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle, olayda muvazaa olgusunun kabul edilmiş olmasında bir isabetsizlik yoktur.” Yargıtay HGK. E. 2005/1-124, K. 2005/192, T. 23.03.2005, Yargıtay 1. HD. E. 2016/7581, K. 2019/2990, T. 15.05.2019, (Çevrimiçi), Yargıtay Bilgi Bankası, 10.03.2021.

olur²⁴⁶. Burada, mirastan mal kaçırmak amacıyla yapılan satım sözleşmesi muvazaa nedeniyle geçersiz iken gizli bağışlama işlemi de yasalarda aranan şekle uygun olmadığı için geçersiz olacağından muris muvazaasından bahsedilebilir²⁴⁷. Ancak tapulu taşınmaz, Türk Ticaret Kanunu hükümlerine uygun şekilde devredilmiş veya sermaye karşılığı devir, yasalara uygun yapılmışsa, mirasçılar, geçerli şekilde yapılmış gizli işlem karşısında muris muvazaası iddiasında bulunamaz, fakat tenkis davası açma hakları saklıdır²⁴⁸.

d. Haricen Satılan veya Taşınmaz Satım Vaadine Konu Edilen Tapulu Taşınmazın Mahkeme Kararıyla Tapuya Tescil Ettirilmesi

Muris, mirastan mal kaçırmak amacıyla mirasçısına veya üçüncü kişiye tapulu taşınmazını haricen satmış gösterse ve bu kişilerin açtığı tescile zorlama davasını kabul etse, ardından mahkeme tarafından bu kabul beyanına dayanılarak tapulu taşınmazın bu kişiler adına tesciline karar verilse, daha sonradan mirasçıların muris muvazaası hukuksal nedeniyle dava açıp açamayacağı tartışmalıdır.

Yargıtay tarafından oy çokluğu ile verilen kararda²⁴⁹, kanuna karşı hile kullanılarak muris muvazaasına başvurulduğu kabul edilmiştir²⁵⁰. Yargıtay olaya ilişkin yaptığı değerlendirmede, tapuya kayıtlı taşınmazların haricen satımları geçersiz olduğundan haricen satıma dayanılarak açılan davanın kanuna karşı hile nedeni ile reddedilmesi gerektiğini, ancak her nasılsa olayda istem kabul edilerek tapuya tescil kararının kesinleştiğini, bu durum sonucunda davanın taraflarının miras

²⁴⁶ Yargıtay 1. HD. E. 2003/1160, K. 2003/2986, T. 18.03.2003, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 09.02.2021; Özkaya, **a.g.e.**, s. 420; Özüğür, **a.g.e.**, s. 532; Topdemir, **a.g.e.**, s. 47; Balaban Evirgen, **a.g.e.**, s. 44.

²⁴⁷ Özkaya, **a.g.e.**, s. 420; Özüğür, **a.g.e.**, s. 532; Topdemir, **a.g.e.**, s. 47-48; Balaban Evirgen, **a.g.e.**, s. 44.

²⁴⁸ Özkaya, **a.g.e.**, s. 420; Özüğür, **a.g.e.**, s. 532.

²⁴⁹ Yargıtay HGK. E. 2006/1-734, K. 2006/761, T. 29.11.2006, (Çevrimiçi) e-uyar.com, 16.02.2021; Aynı doğrultuda karar için bkz. Yargıtay 1. HD.0 E. 2018/3213, K. 2020/3507, T. 06.07.2020, (Çevrimiçi) Yargıtay Bilgi Bankası, 16.02.2021

²⁵⁰ Benzer yaklaşım için bkz. Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 93; Sevgi, **a.g.e.**, s. 118-119; Balaban Evirgen, **a.g.e.**, s. 44; Eviz, **a.g.e.**, s. 110; Arslantürk, **a.g.e.**, s. 64; Nuran Sun, “Muris Muvazaası”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Gaziantep, 2019, s. 68.

haklarının zedelendiğini belirtmiştir. Murisin sağ olması ve mirasçılarının miras hakkının murisin ölümü ile doğması nedeniyle mirasçılarının haricen satıma ilişkin davada taraf olarak hak iddia etmesi mümkün değildir. O halde, muris öldükten sonra mirasçılar üçüncü kişi olarak kendi miras haklarına dayanacağından bahsi geçen davadaki hüküm, muris muvazaasına dayalı açılan davada kesin hüküm itirazı teşkil etmez. Bunun yanında muris muvazaasının görünürdeki işlemin tapu memuru önünde yapılması şartının sert biçimde uygulanması, bu şekilde oluşan taşınmaz devirlerinde muvazaanın incelenmesinin önüne geçebilir ve TMK'daki miras hükümlerini bertaraf edilebilir. Muvazaaya dayandığı ve kötünîyetin açıkça görüldüğü bu tür işlemlerde muris muvazaası hükümlerinin uygulanmaması, muvazaanın ve kötü niyetin korunması gibi bir sonuç ortaya çıkarır. Ayrıca tescile dayanak yapılan mahkeme kararındaki murisin beyanının gerçek iradesini yansıtır yansıtmadığının araştırılması henüz yapılmamıştır²⁵¹. Karara göre, murisin yaptığı haricen satım sözleşmesi geçersiz olup bu şekilde geçersiz bir sözleşmeye dayanılarak verilen hükmün kanuna karşı hile kullanılarak oluşturulduğu açıktır. Bu şekilde oluşturulan mahkeme kararının tapudaki resmi işleme yansımalarının muris muvazaası hükümlerinin uygulanmasına engel olmaması ve kanuna karşı hile iddiasının muris muvazaası iddiası ile birlikte değerlendirilmesi gerekir²⁵².

Karşı oy yazısında, haricen satım sözleşmesinin şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olduğu ve sözleşme taraflarının iradelerinin yorumuyla ilgili muvazaa hükümlerinin bu olayda uygulama alanı bulamayacağı vurgulanmıştır. Ayrıca muris muvazaası hükümlerinin uygulanabilmesi için görünürdeki işlemin tapu memuru önünde yapılması gerektiği ve olaydaki gibi tapu dışındaki intikallerin uygulama alanı dışında kaldığı dile getirilmiştir. Bu tür olaylarda mirasçılarının haklarının zedelendiğinin doğru olduğu, fakat muris muvazaası hükümlerine göre hak iddia edilmesinin mümkün olmadığı, murisin davranışının kanuna karşı hile teşkil ettiği ve

²⁵¹ Bu tür durumlarda karşılıklı hile ile oluşturulan ve üçüncü kişileri aldatmaya yönelik bir muvazaa anlaşmasının varlığı kabul edilmelidir, Davacı ile murisin daha sonra kendisi aleyhine bu davayı açması hususunda anlaşmaları hem bir muvazaa anlaşmasıdır, hem de usul hukukunun caiz görmediği hileli delil sözleşmesi özelliği taşır. Bu nedenle murisin “kabul” beyanı, muvazaa anlaşmasının icrası anlamına gelir. Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 92-93.

²⁵² Doktrindeki benzer görüşler için bkz. Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 91-93; Sevgi, **a.g.e.**, s. 117-118; Sert Sütçü, **a.g.e.**, s. 100-102; Balaban Evirgen, **a.g.e.**, s. 107; Eviz, **a.g.e.**, s. 111.

kanuna karşı hile hukuksal nedenine dayalı dava sonucunda mirasçılarının haklarının zedelenmesinin önüne geçilebileceği yönünde görüş belirtilmiştir. Doktrinde bu yöndeki bir görüşe göre, somut olayda var olan sorun, olayın değiştirilerek sınırları belirgin şekilde çizilmiş olan bu içtihadın etrafından dolaşılmasıdır. Bu durumda yapılması gereken, TMK m. 2 yardımıyla kaçınılan hükmün müeyyidesinin uygulanması ve mirasçılarının payları oranında tapu iptali ve tescili kararı verilmesidir²⁵³.

Bu konudaki görüşümüzü belirtmeden önce gerçek ve gerçek olmayan kanuna karşı hile ayırımına değinmeliyiz. Gerçek anlamda kanuna karşı hileden bahsedebilmek için kanunun doğrudan doğruya yasakladığı sonucu elde etmek için tamamen geçerli bir işleme başvurulmalıdır. Eğer taraflar, kanunen yasaklanmış bir sonuca dolaylı yoldan erişebilmek için muvazaalı bir işleme başvurmuş ise, burada gerçek olmayan kanuna karşı hile söz konusu olur²⁵⁴. Bu durumda muvazaa hükümlerinin uygulanmasında bir sakınca yoktur.

Muris muvazaası hükümlerinin uygulama alanının sınırları 1974 tarihli ve 1/2 sayılı İBK ile çizilmiştir. Buna göre, tapu memuru önünde yapılmış bir devir iradesinin mevcudiyeti gerekir. Bu yüzden incelediğimiz bu konuda doğrudan muris muvazaasının olduğu söylenemez. Taraflar kanunen yasaklanmış bir amaca geçersiz işlem yoluyla erişseler bile, yani gerçek olmayan bir kanuna karşı hile iddiası gündeme gelse bile, buradaki geçersiz işlem muris muvazaası şeklinde gerçekleşmemiştir. Somut olayda var olan sorun, olayın değiştirilerek sınırları belirgin şekilde çizilmiş olan muris muvazaasına ilişkin içtihadın etrafından dolaşılmasıdır. Bu durumda yapılması gereken, TMK m. 2 yardımıyla kaçınılan hükmün müeyyidesinin uygulanması ve mirasçılarının payları oranında tapu iptali ve tescili kararı verilmesidir. Kısacası, burada, haricen satıma ilişkin açılan tescile zorlama davası sonucunda, tapu memuru önünde yapılmış bir devir iradesi bulunmayıp, murisin haricen satım iradesinin kabulüne dayanılarak oluşturulan bir mahkeme kararı vardır. Bu mahkeme kararı yoluyla yapılan tapu kaydının iptali

²⁵³ Ertaş, **a.g.e.**, s. 284.

²⁵⁴ Kocayusufoaşıoğlu, **Borçlar**, s. 387.

istenemez. Fakat tarafların elde etmek istedikleri bir hukuki sonuca olayları değiştirerek ve kanunu dolanarak ulaşmaları halinde kanuna karşı hileden bahsedilir.

Benzer tartışmalar mirastan mal kaçırmak amaçlı muvazaalı taşınmaz satım vaadi sözleşmeleri açısından da gündemdedir. Görünürdeki işlem muvazaa nedeniyle, gizli bağışlama vaadi ise şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olmasına rağmen alıcı gözüken tarafından açılan davada satım vaadinde bulunan muris karşı koymayarak, mahkeme kararıyla tapuya tescil yapılmasına göz yummuş olabilir. Bir görüşe göre, bu durumda mahkeme kararıyla oluşan tescile karşı muvazaa ve şekle aykırılık iddiasında bulunmak mümkün olmadığına göre, kanuna karşı hile iddiasında bulunmak gerekir²⁵⁵. Bir başka görüşe göre²⁵⁶, bir sözleşmenin taşınmaz satım vaadine ilişkin hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için gerçekten taşınmaz satım vaadi olarak kurulması gerekli olup sadece taşınmaz satım vaadi görünümü yaratılması yeterli değildir. Hâkim TBK m. 1 gereği tarafların gerçek iradelerinin ne yönde uyduğunu araştırmalıdır. Aslında ortada bir bağışlama sözleşmesi var ise, sırf davalı taraf olan muris davayı kabul ettiği diye doğrudan hüküm tesis edilmesi yerinde olmaz.

Kanaatimizce, mirastan mal kaçırmak amaçlı muvazaalı haricen satıma konu tapulu taşınmazların mahkeme kararıyla tapuya tescilinde vardığımız sonucu, taşınmaz satım vaadi sözleşmeleri açısından kabul etmek mümkündür. Buna göre, mahkeme kararıyla oluşan tescile karşı muvazaa ve şekle aykırılık iddiasında bulunmak mümkün olmadığına göre, kanuna karşı hile iddiasında bulunmak gerekir.

Uygulamaya ve doktrinin çoğunluğunun paylaştığı görüşe göre²⁵⁷, her ne kadar satım vaadi ile asıl satım sözleşmesi arasındaki farkın kaybolmasına neden olsa

²⁵⁵ Özkaya, **a.g.e.** , s. 434.

²⁵⁶ Hatipoğlu, **a.g.e.** , s. 93.

²⁵⁷ Yargıtay İBK E. 1970/1, K. 1971/2, T. 25.10.1971, R.G. 12.03.1971, S. 14040'dan naklen; Yargıtay 14. HD. 2012/15524, K. 2012/278,(Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 14.02.2022; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Eşya**, s. 695; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.** , s. 200-201; Eren, **Borçlar Özel**, s. 221; Karşıt görüşe göre, taşınmaz satım vaadi sözleşmesine dayanarak doğrudan doğruya mülkiyetin geçirilmesine karar verilemez. Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, s. 459; Bir diğer karşıt görüşe göre, taşınmaz satım vaadinde mahkeme kararı satım sözleşmesinin yerine geçer. Alıcı mahkeme kararına dayanarak davalıdan tapuya tescil talebinde bulunabilir. Akipek, Akıntürk, Ateş, **Eşya**, s. 472.

da taşınmaz satım vaadinin ifası davasında doğrudan doğruya mülkiyetin alıcıya ait olacağına dair karar verilebilir. Mahkemenin taşınmaz satım vaadine satım sözleşmesi işlevi yüklemesi, vardığımız sonucu değiştirmez. Çünkü tapu memuru önünde yapılmış bir devir iradesi yerine mahkeme kararı ile yapılan bir tescil söz konusu olduğundan muris muvazaasına ilişkin içtihat uygulanamaz. Ancak kanuna karşı hileye başvurulduğu ileri sürülerek kaçınılan hükmün müeyyidesi uygulanabilir.

C. Görünürdeki İşlem Olarak Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi

1. Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesine Genel Bakış

Bu bölümde ölünceye kadar bakma sözleşmesi, muris muvazaasına bakan yönlerini aydınlatmaya yetecek şekilde kısaca ele alınmıştır. Burada ölünceye kadar bakma sözleşmesinin detaylı bir şekilde ele alınması söz konusu değildir.

a. Tanım

TBK m. 611’de “*Ölünceye kadar bakma sözleşmesi, bakım borçlusunun bakım alacaklısını ölünceye kadar bakıp gözetmeyi, bakım alacaklısının da bir malvarlığını veya bazı malvarlığı değerlerini ona devretme borcunu üstlendiği sözleşmedir.*” şeklinde tanıma yer verilmiştir²⁵⁸.

Doktrinde, TBK’da yer alan tanım, örnekleme yolu kullanılarak yapılması sonucunda belirleyici unsurlarda eksikliğe yol açtığından müesseseyi tam olarak

²⁵⁸ OR m. 521’de yapılan tanımın Suat Dura çevirisi şöyledir: “*Ölünceye kadar bakma sözleşmesi ile bakma alacaklısı, bakma borçlusuna bir mal varlığı ya da münferit mal varlığı devir etmeyi ve bakma borçlusu, bakma alacaklısına yaşamı süresince besleme ve özen sağlamayı üzerine alırlar.*” Becker, **a.g.e.** , § 521; İsmet Sungurbey’in çevirisi ise şöyledir: “*Sağlığınca bakma sözleşmesiyle bakılan, sağlığınca bakana bir varlık ya da tek varlık değerleri geçirmek, sağlığınca bakan da sağlığınca bakılana yaşama süresince bakım, özen sağlamak borcuna girer.*” Hugo Oser, Wilhelm Schönenberger, **İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi: Eski Kefillik, Yeni Kefillik; Kumar, Bahis; Sağlığınca Gelir, Sağlığınca Bakma Sözleşmeleri**, İBK. 492/529-TBK 483/519, Çev: İsmet Sungurbey, Ankara, Yargıtay Yayınları, 1964, s. 442; Görüldüğü üzere, TBK’da yer alan tanım, OR’daki tanıma uymaktadır.

ifade etmediği nedeniyle eleştirilmiştir²⁵⁹. Bu yüzden doktrinde²⁶⁰ ve yargı kararlarında²⁶¹ müessesenin unsurlarını ve hukuki niteliğini kapsayan çeşitli tanımlara yer verilmiştir. Bu tanımlardan yola çıkarak, ölünceye kadar bakma sözleşmesi, taraflardan birinin diğerinin kendisine ömrü boyunca bakıp gözetmeyi, buna karşılık diğer tarafın da ona malvarlığının tamamını veya belirli bir kısmını sağlararası veya ölüme bağlı tasarrufla devretmeyi üstlendiği tam iki tarafa borç yükleyen, talih ve tesadüfe bağlı bir sözleşme şeklinde tanımlanabilir²⁶².

b. Hukuki Niteliği

Ölünceye kadar bakma sözleşmesinde bakım alacaklısı, yaşamı boyunca kendisine bakılmasını sağlamaya yönelik bir alacak elde ederken buna karşılık bakım borçlusu, bir malvarlığı değerinin kendisine devredilmesine yönelik bir alacak elde

²⁵⁹ Kenan Tunçomağ, **Ölünceye Kadar Bakma Akdi**, Ankara, Ayyıldız Matbaası, 1959, s. 24.

²⁶⁰ “Ölünceye kadar bakma akdi, mameleki bir kıymetin devri mukabilinde bir kimsenin hayatı sonuna kadar bakılmasını mutazammın talih ve tesadüfe bağlı bir akittir.” Tunçomağ, **Ölünceye Kadar Bakma Akdi**, s. 24; “Ölünceye kadar bakma sözleşmesi, taraflardan birisinin diğerinin kendisine yaşamı boyunca bakıp gözetmesine karşılık olarak, bir malvarlığı değerini sağlararası veya ölüme bağlı tasarruf yoluyla karşı edim olarak devretmeyi üstlendiği, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir.” Alpaslan Akartepe, **Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi**, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 9; Ölünceye kadar bakma sözleşmesi, taraflardan birinin diğerine yaşamı boyunca bakmayı, bakılanın da bakan tarafa bir mamelek ya da mallar temlik etmeyi üstlendiği, iki tarafa borç yükleyen sözleşmedir. Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 773; “Ölünceye kadar bakma sözleşmesi, bir kimsenin kendisine, bir başka kişinin ömrünün sonuna kadar bakıp gözetmesi karşılığında, kendi mal varlığı değerlerinin tamamını ve bir kısmını, karşı edim olarak devretme taahhüdü altına girdiği, iki tarafa tam borç yükleyen, sonucu talih ve tesadüfe bağlı bir sözleşmedir.” Mustafa Dündar, “Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, 2006, s. 8.

²⁶¹ “Ölünceye kadar bakma sözleşmesi, akitlerden birinin ötekine, ölünceye kadar bakmak ve onu görüp gözetmek koşulu ile bir mal varlığının veya bazı malların temlikinin amaçlanıp borçlanıldığı akittir.” Yargıtay 13. HD. E. 1993/3606, K. 1993/3635, T. 29.04.2003, “Ölünceye kadar bakma akti, niteliği itibarıyla güvence sağlayan bir akittir.” Yargıtay HGK. E. 1996/2-916, K. 1997/354, T. 16.07.1997, “Ölünceye kadar bakıp gözetmek sözleşmesi, basitçe, taraflarına karşılıklı hak ve borçlar yükleyen, bazı yönleri itibarıyla talih ve tesadüfe, ayrıca sekle bağlı bir sözleşme şeklinde tanımlanabilir.” Yargıtay 1. HD. E. 2000/8865, K. 2000/9517, T. 06.07.2000, “Ölünceye kadar bakıp gözetme sözleşmesi, taraflarına karşılıklı hak ve borçlar yükleyen bir bağittir.” Yargıtay 1. HD. E. 2001/2272, K. 2001/2771, T. 14.03.2001, “Ölünceye kadar bakıp gözetme sözleşmesi, basitçe taraflarına karşılıklı hak ve borçlar yükleyen, bazı yönleri itibarıyla talih ve tesadüfe, ayrıca sekle bağlı bir sözleşme şeklinde tanımlanabilir.” Yargıtay 1. HD. E. 2001/2507, K. 2001/3004, T. 19.03.2001, “Ölünceye kadar bakıp gözetme sözleşmesi, taraflarına karşılıklı hak ve borçlar yükleyen bir bağittir.” Yargıtay HGK. E. 2003/1-2, K. 2003/2, T. 22.01.2003, Kararlar için bkz. (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 13.02.2021.

²⁶² Bkz. Ayşenur Şahin, “Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesinin Hükümleri”, **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, Cilt II**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, s. 1449-1450.

eder. Bu nedenle, bu sözleşme, tam iki tarafa (karşılıklı) borç yükleyen sözleşmedir²⁶³.

Ölünceye kadar bakma sözleşmesi, rızai nitelikte olup tarafların herhangi maddi veya hukuki fiilde bulunmaları beklenmeksizin irade beyanlarının karşılıklı ve birbirine uygun olmasıyla kurulur²⁶⁴.

Ölünceye kadar bakma sözleşmesi, sonuçları talih ve tesadüfe bağlı bir sözleşmedir. Bunun nedeni, sözleşme kurulurken bakım alacaklısının yaşam süresinin ve buna bağlı olarak bakım borçlusunun yerine getirmesi gereken edimin kapsamının belirsiz olmasıdır. Bakım alacaklısının yerine getirmesi gereken edimi, malvarlığı değerinin devri veya mirasçı ataması şeklinde belirli olmasına rağmen, bakım borçlusunun yerine getirmesi gereken edimi, bakım alacaklısının ne kadar yaşayacağını ve ne tür ihtiyaçlarının ortaya çıkacağını önceden tespit edilememesi nedeniyle belirsizdir²⁶⁵.

Bakım alacaklısının karşı edimi, ani edim niteliğindedir. Bakım borçlusunun edimi ise, zamana yayıldığından sürekli edimdir. Bir borç ilişkisinde taraflardan birinin edimi sürekli nitelikte ise, bu borç ilişkisi sürekli borç doğuran sözleşme niteliğindedir. Bu durumda ölünceye kadar bakma sözleşmesi, sürekli borç doğuran bir sözleşmedir²⁶⁶.

c. Türleri

Ölünceye kadar bakma sözleşmesi, bakım alacaklısının borcunu ifa etme tarzına göre iki türe ayrılır. Bunlar, borçlar hukuku nitelikli ve miras hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmeleridir.

²⁶³ Becker, **a.g.e.** , § 521, Rn. 1; Oser, Schönerberger, **Sungurbey**, s. 443; Tunçomağ, **II**, s. 1172; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.** , s. 1498; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.** , s. 773; Akartepe, **a.g.e.** , s. 37-38; Dündar, **a.g.e.** , s. 26-29; Şahin, **a.g.m.** , s. 1454; Eren, **Borçlar Özel**, s. 827.

²⁶⁴ Akartepe, **a.g.e.** , s. 38; Eren, **Borçlar Özel**, s. 828.

²⁶⁵ Becker, **a.g.e.** , § 521, Rn. 2; Oser, Schönerberger, **Sungurbey**, s. 443-444; Tunçomağ, **Ölünceye Kadar Bakma Akdi**, s. 27; Hatemi, Serozan, Arpacı, **Borçlar Özel**, s. 549; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.** , s. 1498; Akartepe, **a.g.e.** , s. 40; Dündar, **a.g.e.** , s. 29-30; Eren, **Borçlar Özel**, s. 828.

²⁶⁶ Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.** , s. 774; Akartepe, **a.g.e.** , s. 42; Eren, **Borçlar Özel**, s. 828.

Bakım alacaklısının borcunu ölüme bağlı tasarruf yoluyla ifa etmesi halinde miras hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesi mevcut olur ve bu sözleşmeye miras sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanır. Bakım alacaklısının borcunu sağlararası tasarruf yoluyla ifa etmesi halinde borçlar hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesi mevcut olur ve düzenlenmesine ilişkin kurallar dışında borçlar hukuku hükümleri uygulanır²⁶⁷.

TBK m. 611/2'de “... mirasçı atanmışsa, ölünceye kadar bakma sözleşmesine miras sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanır” ifadesi kullanılarak, sadece mirasçı atanmasını konu edinen sözleşmelerin miras hukuku nitelikli olduğu yönünde kanı uyandırılmıştır. Oysa bakım alacaklısının ivazının maddi anlamda herhangi bir ölüme bağlı tasarruf olması, ölünceye kadar bakma sözleşmesini miras hukuku nitelikli kılar²⁶⁸.

d. Unsurları

Ölünceye kadar bakma sözleşmesi, karşılıklı borç altına girme, süre ve tarafların anlaşması biçiminde üç unsurdan oluşur.

İlk unsur olarak, ölünceye kadar bakma sözleşmesinde taraflar, birbirlerine karşı belirli edimleri yerine getirmeyi üstlenir. Bakım borçlusu, kendisine devredilecek malvarlığı değeri karşısında bakım alacaklısını ölümüne kadar bakıp gözetmek borcu altındadır. Burada taraflar ifa sebebiyle hareket etmelidir. Tarafların bağışlama sebebiyle veya bir ahlaki görevin ifası sebebiyle hareket etmeleri halinde ölünceye kadar bakma sözleşmesinden bahsedilemez²⁶⁹.

²⁶⁷ Becker, **a.g.e.** , § 521, Rn. 3, 5; Oser, Schönerberger, **Sungurbey**, s. 443; Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.** , s. 647; Tunçomağ, **Ölünceye Kadar Bakma Akdi**, s. 28-30; Hatemi, Serozan, Arpacı, **Borçlar Özel**, s. 548; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.** , s. 1498; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.** , 774; Akartepe, **a.g.e.** , s. 25-28; Dündar, **a.g.e.** , s. 31-34; Şahin, **a.g.m.** , s. 1450-1452; Eren, **Borçlar Özel**, s. 826-827.

²⁶⁸ Becker, **a.g.e.** , § 521, Rn. 5; Oser, Schönerberger, **Sungurbey**, s. 445; Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.** , s. 647; Tunçomağ, **Ölünceye Kadar Bakma Akdi**, s. 29; Akartepe, **a.g.e.** , s. 28; Şahin, **a.g.m.** , s. 1452.

²⁶⁹ Tunçomağ, **Ölünceye Kadar Bakma Akdi**, s. 26; Akartepe, **a.g.e.** , s. 32.

Bunun karşısında bakım alacaklısının yerine getireceği edim, sözleşmenin türüne göre değişir. Borçlar hukuku nitelikli sözleşmede, bakım alacaklısı, bakım borçlusuna bir malvarlığı değerinin bir kısmını ya da tamamını devretmeyi, bu değerlerden vazgeçmeyi veya malvarlığı değeri üzerindeki hakkının sınırlandırılmasını taahhüt eder. Bakım alacaklısının sağlararası edimi, alacağın temliki, faiz hakkından vazgeçme, ipotek veya intifa hakkı tesisi şeklinde olabilir²⁷⁰. Miras hukuku nitelikli sözleşmenin borçlar hukuku nitelikli sözleşmeden farkı, bakım alacaklısının borcunu ölüme bağlı tasarruf yoluyla ifa etmesidir. Bu durumda bakım alacaklısı, sözleşme kurulurken aynı anda borcunu ifa etmiş olurken, bakım borçlusu bakma borcunu üstlenmiş olur²⁷¹.

İkinci unsur olarak, sözleşmenin süresi bakım alacaklısının hayatına bağlı olup başka bir süre kararlaştırılmaz. Başka süre kararlaştırılması veya bakım alacaklısının ömrü boyunca bazı ihtiyaçlarının karşılanması hususunda anlaşılması halinde ölünceye kadar bakma sözleşmesinden bahsedilemez²⁷².

Son olarak, taraflar, bakım ve gözetim edimi ile sağlararası veya ölüme bağlı tasarruf şeklinde malvarlığının devrine yönelik karşı edimin karşılıklı olarak değiştirilmesi ve bu sözleşmenin bakım alacaklısının hayatı boyunca devam ettirilmesi hususunda anlaşmalıdır²⁷³.

e. Şekil

Ölünceye kadar bakma sözleşmesinde, bakım borçlusunun yerine getirmesi gereken borcun kapsamının talih ve tesadüfe bağlı oluşu nedeniyle, iş tecrübesi eksik birinin aldatılması mümkündür²⁷⁴. Bunun yanında yaşlı, kimsesiz ve bakıma ihtiyaç duyan kimsenin de ediminin özellikle ölüme bağlı tasarruf olduğu hallerde

²⁷⁰ Becker, **a.g.e.**, § 521, Rn. 1; Oser, Schönerberger, **Sungurbey**, s. 444; Tunçomağ, **Ölünceye Kadar Bakma Akdi**, s. 26; Akartepe, **a.g.e.**, s. 33; Dündar, **a.g.e.**, s. 28; Şahin, **a.g.m.**, s. 1454.

²⁷¹ Tunçomağ, **Ölünceye Kadar Bakma Akdi**, s. 25; Hatemi, Serozan, Arpacı, **Borçlar Özel**, s. 548; Akartepe, **a.g.e.**, s. 35.

²⁷² Becker, **a.g.e.**, § 521, Rn. 2; Oser, Schönerberger, **Sungurbey**, s. 443; Hatemi, Serozan, Arpacı, **Borçlar Özel**, s. 548; Tunçomağ, **Ölünceye Kadar Bakma Akdi**, s. 26-27; Akartepe, **a.g.e.**, s. 35; Dündar, **a.g.e.**, s. 25; Şahin, **a.g.m.**, s. 1455.

²⁷³ Hatemi, Serozan, Arpacı, **Borçlar Özel**, s. 548; Akartepe, **a.g.e.**, s. 36; Dündar, **a.g.e.**, s. 24; Şahin, **a.g.m.**, s. 1455; Eren, **Borçlar Özel**, s. 828.

²⁷⁴ Becker, **a.g.e.**, § 521, Rn. 2; Akartepe, **a.g.e.**, s. 60.

korunmaya ihtiyacı bulunmaktadır²⁷⁵. Bu yüzden ölünceye kadar bakma sözleşmesi, resmi şekle tabi olup, ister borçlar hukuku ister miras hukuku nitelikli olsun, TBK m. 612/1 uyarınca miras sözleşmesi şeklinde yapılmalıdır. Miras sözleşmesinin düzenlenme şekli, TMK m. 545/1 uyarınca resmi vasiyetname şeklindedir. Dolayısıyla ölünceye kadar bakma sözleşmesinin tabi olduğu şekil, resmi vasiyetname için TMK m. 532-537’de öngörülen şekildir. Miras sözleşmesinin niteliği gereği, resmi vasiyetnamenin düzenlenmesine göre bazı farklılıklar ortaya çıkabileceği düşünülerek TMK m. 545/2’de taraf iradelerinin resmi memura aynı anda bildirilmesi ve düzenlenen sözleşmenin memur ve iki tanığın önünde imzalanması öngörülmüştür²⁷⁶.

Resmi vasiyetnameyi düzenlemeye yetkili olanlar, TMK m. 532/2’de noter, sulh hâkimi ve kanunla kendisine yetki verilmiş diğer görevliler şeklinde sayılmıştır. Ölünceye kadar bakma sözleşmesinde bakım alacaklısının edimi, taşınır veya taşınmaz olabilir²⁷⁷. Bakım alacaklısının edimi taşınır ise, sulh hâkimi ve noter önünde resmi yazılı şekilde sözleşme düzenlenir²⁷⁸. Bakım alacaklısının edimi taşınmaz ise, Yargıtay İBK uyarınca, kanunla kendisine yetki verilmiş görevli diğer memur kapsamında, Tapu Kanunu m. 26’da taşınmazlara ilişkin devir sözleşmelerini düzenlemeye yetkili bulunan tapu memurları, sulh hâkimi ve noterlerin yanında ölünceye kadar bakma sözleşmelerini düzenlemeye yetkilidir²⁷⁹.

²⁷⁵ Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.**, s. 647; Akartepe, **a.g.e.**, s. 60.

²⁷⁶ Kocayusufoğlu, **Miras**, s. 227 vd. ; İmre, Erman, **a.g.e.**, s. 189; Dural, Öz, **a.g.e.**, s. 107-109; Kılıçoğlu, **Miras**, s. 134; Serozan, Engin, **a.g.e.**, s. 332; Antalya, Sağlam, **a.g.e.**, s. 161 vd.

²⁷⁷ Hatemi, Serozan, Arpacı, **Borçlar Özel**, s. 548; Şahin, **a.g.m.**, s. 1460.

²⁷⁸ Taşınırlara ilişkin ölünceye kadar bakma sözleşmesi, tapu memuru önünde düzenlenirse geçersiz sayılmalıdır. Çünkü tapu memurlarının yetkisi, sadece taşınmazlara ilişkindir. Ayrıca bakım alacaklısının edimi hem taşınmaz hem taşınır ise, tapu memuru tarafından düzenlenen sözleşmenin taşınırlara ilişkin kısmı geçersizdir. Hatta TBK m. 27/2 c. 2’nin şartları var ise, sözleşme tamamen geçersiz kılınabilir. Tunçomağ, **II**, s. 1201; Akartepe, **a.g.e.**, s. 66; Dündar, **a.g.e.**, s. 60-61; Şahin, **a.g.m.**, s. 1460-1461.

²⁷⁹ “Kanun, ölünceye kadar bakma akdi için yalnız resmî şekil mecburiyeti vaz ile iktifa etmeyerek mukaveleyi tanzim edecek resmî memurları da tayin ve tadat etmiştir. (...) Kanunun Sulh Hâkimleriyle, Noterlerden başka bu husus için memur tavzif edip etmediği hususuna gelince; 29.2.1934 tarihinde meriyete giren 2644 sayılı Tapu Kanununun yirmi altıncı maddesiyle: (Mülkiyete, mülkiyetin gayri aynî haklara müteallik resmî senetlerin Tapu Sicil Muhafız veya Memurları tarafından yapılacağı) hükmü vazedilmiştir.(...) Ölünceye kadar bakma akdi ise Borçlar Kanununun 511. maddesine göre mülkiyeti nakle esas olan akitlerdendir. Bu madde metninde açıkça (Bir mamelek yahut bazı mallar temliki) kaydı bulunduğu gibi 513. maddede: (Diğer tarafa bir gayrimenkul temlik eden alacaklı kendi haklarını temin için o gayrimenkul üzerinde tıpkı bir bayi gibi

TMK m. 612/2'ye göre, ölünceye kadar bakma sözleşmesinin taraflarından birinin devlet tarafından yetkilendirilmiş bir kurum olması halinde, sözleşmenin adi yazılı şekilde yapılması yeterlidir. Doktrinde kabul edilen görüşe göre, borçlar hukuku nitelikli sözleşmeler açısından adi yazılı şekil yeterli iken, miras hukuku nitelikli sözleşmeler açısından miras sözleşmesine ilişkin şekil şartı aranmalıdır²⁸⁰.

2. Muris Muvazaası Yönüyle Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi

Tapuya kayıtlı taşınmazını mirasçılarından birine bağışlamak suretiyle devretmek isteyen muris, mirastan mal kaçırmak amacıyla ihtiyacı bulunmadığı halde muvazaalı ölünceye kadar bakma sözleşmesi kurmaktadır. Muris muvazaası hükümleri uyarınca, görünürdeki ölünceye kadar bakma sözleşmesi muvazaa nedeniyle, gizli bağışlama işlemi ise TMK m. 706 ve TBK m. 288/2'deki şekil şartına aykırılık nedeniyle geçersizdir.

Miras hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesi, miras sözleşmesi niteliğine sahip olup muris muvazaasına konu edilemez. Çünkü her ne kadar bakım borçlusunun edimi sağlararası olsa da, bakım alacaklısı olan murisin edimi ölüme bağlı tasarrufta bulunmaktadır. Oysa ki, muris muvazaasına dayalı davada geçersizliği ileri sürülen edime konu işlem, sağlararası bir işlem olmalıdır. Bu yüzden muris muvazaası şartları, borçlar hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesinde oluşur.

kanunî ipotek hakkını haiz olur) hükmü mevcuttur. Bu itibarla Tapu Kanununun yirmi altıncı maddesiyle gayrimenkul temlikine taalluk eden mukaveleleri tanzim hususunda Tapu Sicil Muhafızlarıyla Memurlarına verilen umumî salâhiyetin, mukabil ivaz gayrimenkul olan ölünceye kadar bakma akitlerine de şamil olması icabeder.” Yargıtay İBK. E. 1952/4, K. 1952/5, T. 10.12.1952, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 23.02.2021; Doktrinde, bu yaklaşım eleştirilmektedir. Buna göre, ölünceye kadar bakma sözleşmesinin karakteristik edimi, bakıp gözetmek olup, karşı edimin taşınmaz olması şekil şartına etki etmemelidir. Tapu memurunun ölünceye kadar bakma sözleşmesini, taşınmazların tapuda bağış veya satım gibi sözleşmelere ilişkin kurallara göre değil, resmi vasiyetname düzenleme kurallarına göre düzenlemesi gerekir. Bu durum, tapu memurlarının çalışma sistemiyle uyuşmadığı gibi, resmi vasiyetnameden beklenen kapsamlı ve tarafları koruyucu niteliği ortadan kaldırmaktadır. Akartepe, **a.g.e.**, s. 69.

²⁸⁰ Becker, **a.g.e.**, § 522, Rn. 7; Oser, Schönerberger, **Sungurbey**, s. 448; Tunçomağ, **Ölünceye Kadar Bakma Akdi**, s. 73; Akartepe, **a.g.e.**, s. 78; Dündar, **a.g.e.**, s. 71.

Murisin, alt soyu ve yakın akrabası ile ölünceye kadar bakma sözleşmesi kurmasının veya kanunen birbirlerini bakıp gözetme yükümlülüğü altında bulunduğu eşi ile bu sözleşmeyi yapmasının önünde yasal engel yoktur²⁸¹. Ayrıca sözleşmenin murisin ölümüne çok yakın zamanda yapılması da mümkündür. Tüm bu nedenler, ölünceye kadar bakma sözleşmesinde muvazaanın ispatını zorlaştırmaktadır. Muvazaanın ispatının satım yoluyla temliklere nazaran daha zor olması nedeniyle, son zamanlarda, ölünceye kadar bakma sözleşmesi yoluyla muris muvazaası tercih edilmektedir²⁸².

Sözleşmenin yapıldığı tarihte murisin yaşı, fiziki ve genel sağlık durumu, aile koşulları ve ilişkileri, elinde bulunan malvarlığının değeri, devredilen malın tüm malvarlığına oranı, bunun makul karşılanabilecek bir sınırdan kalıp kalmadığı gibi olguların araştırılması sonucunda muvazaanın varlığı tespit edilebilir²⁸³. Burada önemli olan taşınmaz devrinin bakım karşılığı olup olmadığının belirlenmesidir²⁸⁴. Devir işlemlerinde bakıp gözetme borcunun karşılığını ifa etmek değil de bağışlama amacını gerçekleştirme iradesi mevcutsa, muvazaa var demektir²⁸⁵.

Ölünceye kadar bakma sözleşmesinin muris ile çocuğu, eşi veya yakın akrabası arasında kurulması, tek başına mirastan mal kaçırma amacının olduğunu göstermez²⁸⁶.

²⁸¹ Yargıtay 14. HD. E. 2001/6968, K. 2001/7851, T. 13.11.2001, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 24.02.2021.

²⁸² Özkaya, **a.g.e.**, s. 417; Sevgi, **a.g.e.**, s. 110; Eviz, **a.g.e.**, s. 96.

²⁸³ Yargıtay HGK. E. 1999/1-1002, K. 1999/1003, T. 01.12.1999, Yargıtay 1. HD. E. 2002/879, K. 2002/1526, T. 07.02.2002, Yargıtay 1. HD. E. 2004/12159, K. 2004/12830, T. 10.11.2004, Yargıtay 1. HD. E. 2005/5601, K. 2005/6885, T. 08.06.2005, Yargıtay 1. HD. E. 2006/12445, K. 2006/13020, T. 25.12.2006, Yargıtay 14. HD. E. 2011/464, K. 2011/1604, T. 16.02.2011, Yargıtay 1. HD. E. 2012/2585, K. 2012/6582, T. 05.06.2012, Kararlar için bkz. (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 24.02.2021; Yargıtay 1. HD. E. 2019/572, K. 2020/5641, T. 04.11.2020, (Çevrimiçi) Yargıtay Bilgi Bankası, 18.03.2021.

²⁸⁴ Yargıtay HGK. E. 2009/447, K. 2009/529, T. 18.11.2009, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 24.02.2021.

²⁸⁵ Yargıtay 1. HD. E. 2011/8838, K. 2011/10873, T. 26.10.2011, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 24.02.2021.

²⁸⁶ “Yalnız ve hasta olan 71 yaşındaki mirasbırakanın evladının bakıp gözetmesini istemesinin doğal olduğu kabul edilmelidir.” Yargıtay HGK. E. 2002/1-1052, K. 2002/1092, T. 20.12.2002, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 24.02.2021; “Ana-oğul arasında ölünceye kadar bakma akdinin yapılmasını engelleyen yasal bir hüküm yoktur. Bunlar arasında yapılacak bakıp, gözetme sözleşmesinin geçerliliği için bakım alacaklısı ananın sözleşmenin yapıldığı sırada özel bakıma

Yargıtay kararlarında, özel bakım ihtiyacının sözleşmeden sonra doğmasının veya bakım alacaklısının ölümüne kadar çok kısa süre sürmüş olmasının sözleşmenin geçerliliğini etkilemediği ve devir tarihinde bakım alacaklısının özel bakıma ihtiyaç duymasının zorunlu olmadığı sürekli vurgulanmaktadır²⁸⁷. Buna göre, ilk olarak, ölünceye kadar bakma sözleşmesi talih ve tesadüfe başlı sözleşme olduğundan sözleşmenin murisin ölümünden kısa bir süre önce yapılması, muvazaalı olduğu anlamına gelmez. İkinci olarak, murisin özel bakım ihtiyacının var olmaması, sözleşmenin muvazaalı olduğunu göstermez. Buna karşın, ölünceye kadar bakma sözleşmesi uyarınca, kendisine devir gerçekleştirilen kişi murisin eşi ise, özel bakım unsuru aranmaktadır²⁸⁸. Bu durum doktrinde eleştirilmiş ve eş ile diğer mirasçılar arasında böyle bir ayırım yapılmasının çelişki olduğu belirtilmiştir²⁸⁹. Buna göre, eşlerin birbirine bakma borcunun kanunda düzenlenmesine rağmen altsoya ilişkin böyle bir kanuni düzenleme olmaması, çocuğun anne ve babasına bakma borcunun olmadığı anlamına gelmez. TMK m. 1'e göre, hâkim kanun boşluğunun varlığı halinde örf ve adet hukukuna göre karar verir. Türk aile hayatında çocuğun anne ve babasına bakması örf ve adet hukuku gereği olup bir ahlaki vazifenin ifasıdır. Bu yüzden ölünceye kadar bakma sözleşmesinin yapılması için özel bakım ihtiyacının varlığı bulunmalıdır. Kanaatimizce, doktrinde getirilen eleştiri, geniş aile yapısının

muhtaç bulunması da koşul değildir. Bakılacak olanın özel bakıma muhtaç olmaması tek başına muvazaanın delili olamaz. Bir kimsenin gerek maddi gerekse manevi açıdan geleceğini güvence altına almak için çocuklarından birinin kendisine samimiyetle daha iyi bakacağı düşüncesi ile onunla ölünceye kadar bakma sözleşmesi yaparak taşınmaz malını temlik etmesi en doğal hakkıdır." Yargıtay 14. HD. E. 2004/205, K. 2004/1585, T. 08.03.2004, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 24.02.2021; "*Ölünceye kadar bakma sözleşmesi muvazaa ile ilgili bulunmayıp, yalnız ve hasta olan miras bırakanın evladının bakıp gözetmesini istemesi doğal ve sözleşmenin murisin gerçek iradesine uygun olduğu açıktır.*" Yargıtay 1. HD. E. 2008/650, K. 2008/646, T. 22.10.2008, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 24.02.2021; Aynı yönde bkz. Yargıtay HGK. E. 2013/1-751, K. 2014/333, T. 19.03.2014, Yargıtay 1. HD. E. 2013/17986, K. 2014/4399, T. 02.06.2014, (Çevrimiçi), 25.11.2016.

²⁸⁷ Yargıtay HGK. E. 1999/1-310, K. 1999/313, T. 26.05.1999, Yargıtay HGK. E. 2003/1-2, K. 2003/2, T. 22.01.2003, Yargıtay 1. HD. E. 2003/1780, K. 2003/2461, T. 06.03.2003, Yargıtay 1. HD. E. 2005/5238, K. 2005/7687, T. 22.06.2005, Kararlar için bkz. (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 24.02.2021; Yargıtay 1. HD. E. 2019/3386, K. 2020/6554, T. 09.12.2020, (Çevrimiçi) Yargıtay Bilgi Bankası, 24.02.2021.

²⁸⁸ "*Çocukların babaları ile yaptıkları ölünceye kadar bakım aktinde babanın özel bakıma muhtaç olması koşulu aranmaz. Bu koşul sadece eşler arasında yapılan ölünceye kadar bakım sözleşmelerinde aranır.*" Yargıtay HGK. E. 1988/1-371, K. 1988/51, T. 27.01.1988, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 24.02.2021; "*... Bakma akdine bağlı temlik yapanla kendisine temlik yapılanın karı koca olduğu anlaşılmaktadır. Bilindiği gibi eşler birbirlerine bakmak ve yardım etmekle yükümlüdür. Şayet özel bir bakım durumu doğmuş ise, o takdirde bakma sözleşmesi eşler arasında ivazlı bir sözleşme niteliğini kazanabilir.*" Yargıtay 1. HD. E. 1991/14211, K. 1991/3436, T. 15.03.1991, (E. Günay, **a.g.e.**, s. 424'den naklen).

²⁸⁹ Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 104-105; Aynı görüş için bkz. Sevgi, **a.g.e.**, s. 111-112.

hâkim olduğu bir toplumda kabul görülebilir. Artık her çocuğun erginlikten sonra kendi hayatını kurduğu veya evlendikten sonra kendi çekirdek ailesinde yaşadığı bir yapının yerleşmeye başladığı Türk toplumunda anne veya babanın çocuk tarafından bakımı, çocuğun hayatına getirdiği ek yükümlülük ya da zorluklar nedeniyle ivaz karşılığı kararlaştırılabilir²⁹⁰. Dolayısıyla altsoy ile ölünceye kadar bakma sözleşmesi yapılması için anne ve babanın özel bakım ihtiyacı unsuru aranmamalıdır. Ancak eşler arasında yapılan temlikte özel bakım unsuru aranmalıdır. Evlilik birliği olmaksızın fiili birliktelikte ya da birlikte yaşamada özel bakım unsurunun aranmaması gerekir²⁹¹. Bunun nedeni, bu ilişkilerde evliliğe ilişkin kanuni yükümlülüklerin doğmaması ve bunun yanında tarafların miras hakkının bulunmamasıdır. Bu yüzden evlilik birliği olmaksızın fiili birliktelikte ya da birlikte yaşamada, bir tarafın diğer tarafı bakıp gözetmesi karşılığında bir ivaz ile motive edilmesi makul karşılanabilir.

Murisin ölümünden sonra bakım borcunun yerine getirilmediği iddiası, tek başına muvazaanın varlığını kanıtlayamaz. Kendisine uzun yıllar bakıldığı halde muris, sağlığında iken bakım borcunun yerine getirilmediğini beyan etmemiş veya dava açmamış ise, bu açıdan sözleşmenin geçersizliğine dair iddialar kabul edilemez²⁹². Dikkat çekici bir diğer husus ise, murisin hasta ve yaşlı oluşunun, sözleşmenin ivazlı olduğuna karine teşkil etmesidir²⁹³. Dolayısıyla tüm bu hallerde,

²⁹⁰ Hatta bazı durumlarda hasta ve yaşlı murisin bakımı ile tek bir çocuk yakından ilgilenirken diğer çocukların ilgilenmedikleri görülür. Bkz. Yargıtay 1. HD. E. 2010/10263, K. 2010/11238, T. 01.11.2010, (Çevrimiçi) Legalbank, 25.02.2021.

²⁹¹ Yargıtay 1. HD. E. 1998/13319, K. 1988/14525, T. 18.11.1988, (Hatipoğlu, **a.g.e.** , s. 104'den naklen).

²⁹² “Somut olaya gelince; ölünceye kadar bakma aktinin yapıldığı 16.12.1965 tarihinde miras bırakanın 72 yaşında olduğu, uzun yıllar bakımının davalı tarafından yapıldığı ve 94 yaşında öldüğü, bu süre zarfında miras bırakan tarafından bakılmadığı iddiası ile bir dava açılmadığı, kaldı ki bakılmadığı iddiası ile dava açma hakkının bakım alacaklısına ait olup, bu hakkın mirasçılara geçmeyeceği hususları birlikte değerlendirildiğinde, çekişmeli payın davalıya temlikinin makul sınırlar içinde kaldığının kabulü gerekmektedir.” Yargıtay 1. HD. E. 2010/7583, K. 2010/9731, T. 04.10.2010, Yargıtay 14. HD. E. 2001/6308, K. 2001/7399, T. 01.11.2001, Yargıtay 1. HD. E. 2015/13470, K. 2018/12469, T. 18.09.2018, (Çevrimiçi) Yargıtay Bilgi Bankası, 21.02.2021.

²⁹³ “Davalı ile muris arasında yapılan ölünceye kadar bakma sözleşmesinde davalının hasta olan murise ölünceye kadar bakıp gözettiği, hatta murisin yaşlı olan resmi nikahlı karısına dahi bakıp yardımda bulunduğu sabittir. Bu durumda, miras bırakanın mal kaçırmak amacıyla değil; gerçekten kendisine baktırmak için dava konusu payı temlik ettiği sonucuna varılmaktadır.” Yargıtay 1. HD. E. 2001/9445, K. 2001/10749, T. 16.10.2001, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 21.02.2021; “Somut olayda, miras bırakanın davaya konu 165 ve 166 parsel sayılı taşınmazlardaki 1/2 paylarını davalıya ölünceye kadar bakma koşuluyla temlik ettiği, 1982 yılından beri hasta olan murisin 1985 yılından

sözleşmeden doğan bir borcun ifa edildiği ve temlikin ivaz karşılığı olduğu göz önünde bulundurulmalıdır.

Murisin gerçek amacının bağışlama yoluyla mirastan mal kaçırmak olduğunun tespitinde en önemli ölçüt, devre konu taşınmazın değerinin malvarlığına oranı ve taşınmazın değerinin bakım borcuna denk ivaz teşkil edecek makul düzeyde olup olmadığıdır²⁹⁴. Hayatın olağan akışına aykırı olarak, neredeyse malvarlığının tamamına denk gelen çok sayıda taşınmazın gereksiz yere başkasına devrine yol açacak şekilde bakıp gözetme sözleşmesi yapılması durumunda, gerçek anlamıyla ölünceye kadar bakma sözleşmesi yapma amacının varlığından söz edilemez²⁹⁵. Fakat ölünceye kadar bakma sözleşmesi yapılmadan önce de bakım borçlusu uzun yıllar boyunca murise bakmışsa, bu evrede gerçekleştirilen bakım işlemi, devredilen malvarlığı değerinin bakım borcuna denk ivaz teşkil edip etmediğinde dikkate alınmalıdır.

Bir servetin gereksiz yere devredilmesi hususunda iki istisnanın üzerinde durulmalıdır. İlk olarak, malvarlığı içerisinde devre konu taşınmazın diğer malvarlığı parçalarına göre çok daha değerli olması veya malvarlığının tek bir taşınmazdan oluşması, tek başına mirastan mal kaçırma amacını ortaya koymaz²⁹⁶. Aksi takdirde, bu tür malvarlığına sahip kişilerin gerçek bir ölünceye kadar bakma sözleşmesi

ölene kadar davalıyla birlikte yaşadığı, kalp, şeker ve böbrek hastası olup bakım ihtiyacının bulunduğu, hemşire olan davalının miras bırakana karşı akitten doğan bakım borcunu yerine getirdiği, murisin ihtiyaçlarını giderip, tedavi sürecinde yardımcı olduğu, miras bırakanın sağlığında akde aykırılıktan dolayı bir dava açmadığı ve bu konuda da bir iddiada bulunmadığı görülmektedir.” Yargıtay 1. HD. E. 2011/6349, K. 2011/11170, T. 01.11.2011, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 24.02.2021; Benzer kararlar için bkz. Yargıtay HGK. E. 1987/2-814, K. 1987/247, T. 16.03.1988, Yargıtay 1. HD. E. 2003/4137, K. 2003/5252, T. 01.05.2003, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 24.02.2021; Yargıtay 1. HD. E. 2013/15708, K. 2013/3443, T. 07.03.2013, Yargıtay 1. HD. E. 2013/13376, K. 2013/16831, T. 28.11.2013, Yargıtay 1. HD. E. 2014/4578, K. 2015/13188, T. 17.11.2015, Yargıtay 1. HD. E. 2014/13216, K. 2016/910, T. 01.02.2016, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 24.02.2021; Eviz, **a.g.e.**, s. 96.

²⁹⁴ Yargıtay 1. HD. E. 2019/3386, K. 2020/6554, T. 09.12.2020, (Çevrimiçi) Yargıtay Bilgi Bankası, 31.01.2021.

²⁹⁵ Şener, **a.g.e.**, s. 539; Yargıtay 1. HD. E. 2012/15655, K. 2013/1645, T. 11.02.2013, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 31.01.2021; Yargıtay 1. HD. E. 2013/9933, K. 2013/9763, T. 12.06.2013, (Çevrimiçi) Legalbank, 31.01.2021.

²⁹⁶ Bu doğrultuda verilmiş bir Yargıtay kararının karşı oy yazısında, murisin daha makul bir taşınmazını devretme imkânı var iken en değerli taşınmazını devretmesinin mirasçılardan mal kaçırma amacını gösterdiği savunulmuştur. Yargıtay 1. HD. E. 2014/2931, K. 2015/11571, T. 08.10.2015, Karşı Oy Yazısı, (Çevrimiçi) Yargıtay Bilgi Bankası, 24.02.2021.

yapmasının önüne geçilmiş olur²⁹⁷. İkinci olarak, bakım borçlusunun borcunu ifa etmiş olması şartıyla, ölünceye kadar bakma ve bağışlama sözleşmelerinin birbirine karıştığı bir karma sözleşme ihtimali belirebilir²⁹⁸. Taraf iradelerinin yorumu yoluyla sözleşme akdedilirken tarafların tamamen bağışlama sebebiyle karşılıksız kazandırma yapma amacı mı güttüğü, yoksa bakım borçlusunun edimine karşılık gelen ivazın çok üstünde olacak şekilde bir kısmı ifa sebebiyle, bir kısmı bağışlama sebebiyle kazandırma yapma amacı mı güttüğü araştırılmalıdır²⁹⁹. Somut olaydaki diğer olgular göz önünde bulundurularak yapılan değerlendirme sonucunda bakım borçlusu olarak gösterilen taraf edimini ifa etmiş olsa bile aslında mirastan mal kaçırmak amacıyla bağışlama yapıldığı tespit edilirse, muris muvazaası hükümlerine başvurulur³⁰⁰. Yapılan araştırma sonucunda tarafların karma sözleşme yaptığı tespit edilirse, ortada geçerli bir sözleşme var olduğundan artık sözleşmenin muvazaa ile illetli olduğu söylenemez. Burada mirasçılarının tenkis hükümlerine dayanarak dava açma hakkı saklıdır. O halde, murisin yaptığı kazandırmanın bağışlama sebebiyle olan kısmının tenkisi istenebilir³⁰¹.

²⁹⁷ Yargıtay HGK. E. 2013/1-77, K. 2013/1007, T. 03.07.2013, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 31.01.2021.

²⁹⁸ Taraflardan birinin edimi daha çok ise, burada karma bağışlama vardır. Bu tür bir karma bağışlamada, ölünceye kadar bakma sözleşmesinin hükümleri uygulanmalıdır. Becker, **a.g.e.**, § 521, Rn. 4.

²⁹⁹ Oser, Schönerberger, **Sungurbey**, s. 444.

³⁰⁰ “Somut olaya gelince, dosya içeriği ve toplanan delillerden; 1934 doğumlu olan mirasbırakanın yalnız yaşadığı, alışveriş ve temizlik gibi işlemlerinde kardeşi ile kardeşinin eşi olan davalının murise yardımcı oldukları, murisin temlik dışı malvarlığının bulunmadığı, dava tarihi itibarıyla 45.000.- TL olarak belirlenen 20 nolu parsel ile 3/8 payı 76.338. TL olarak belirlenen 10 parsel sayılı çekişmeye konu taşınmazlardan yalnızca birini veya bir kısım payını devrederek bakım aktini gerçekleştirme imkânı olmasına rağmen miras bırakanın sahip olduğu tüm taşınmazların temlik etmesi yönündeki iradesi gözetildiğinde, temlik edilen taşınmazların değerinin makul ölçüleri aşar nitelikte bulunduğu, miras bırakanın çekişme konusu taşınmazları devirdeki gerçek iradesinin bakım sözleşmesi yapmak değil, mirasçılardan mal kaçırma amaçlı olduğu sonucuna varılmaktadır.” Yargıtay 1. HD. E. 2013/13609, K. 2014/16101, T. 21.10.2014, (Çevrimiçi) Legalbank, 31.01.2021.

³⁰¹ Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 403; Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 106; Sözleşme, murisin ölümünden önceki 1 yıl içinde yapılmışsa TMK m. 507/3 hükmüne göre, 1 yıldan daha önce yapılmışsa, saklı payı zedeleme kastının varlığına dayanılarak TMK m. 507/4 hükmüne göre tenkis talep edilebilir. Tunçomağ, **Ölünceye Kadar Bakma Akdi**, s. 156-157.

D. Gizli İşlem Konumundaki Bağışlama Sözleşmesi

1. Bağışlama Sözleşmesine Genel Bakış

a. Tanım

Bağışlama sözleşmesinin tanımı, BK m. 234'te yer alan tanıma³⁰² doktrinde getirilen eleştiriler³⁰³ doğrultusunda TBK m. 285'te *“Bağışlama sözleşmesi, bağışlayanın sağlararası sonuç doğurmak üzere, malvarlığından bağışlanana karşılıksız olarak bir kazandırma yapmayı üstlendiği sözleşmedir.”* şeklinde yapılmıştır³⁰⁴.

b. Hukuki Niteliği

Bağışlama sözleşmesi, tek tarafa borç yükleyen sözleşmedir. Bu sözleşmede sadece bağışlayan borç altına girerken, bağışlanan kural olarak borç altına girmez³⁰⁵.

Bağışlama, sağlararası sözleşme olup, bağışlanan şey bağışlayanın sağlığında onun malvarlığından çıkmalıdır³⁰⁶. Vasiyetname ve miras sözleşmesi yoluyla yapılan tasarruflar, ölüme bağlı tasarruf olup bağışlama sözleşmesi değildir.

³⁰² BK m. 234: *“Bağışlama hayatta olan kimseler arasındaki bir tasarruftur ki, onunla bir kimse mukabilinde bir ivaz taahhüt edilmeksizin malının tamamını veya bir kısmını diğer kimseye temlik eder.”*

³⁰³ Bahsi geçen tanımda kullanılan tasarruf kelimesi, bağışlama sözleşmesinin borçlandırıcı işlem niteliği ile çelişmekteyken, kullanılan temlik kelimesi bağışlama sözleşmesinin karşı tarafa kazandırma yapılan tüm halleri kapsamamaktaydı. Tüm bunların yanında ivaz kelimesi doğru şekilde kullanılmamaktaydı. Eleştiriler için bkz. Tandoğan, **I/1**, s. 341-342; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 349-350.

³⁰⁴ Benzer tanımlar için bkz. Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.**, s. 394; BSK OR, Vogt, Vogt, **a.g.e.**, § 239, Rn. 1; Tandoğan, **I/1**, s. 341; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 350; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 235; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 175; Gümüş, **a.g.e.**, s. 203; Eren, **Borçlar Özel**, s. 285; BGB m. 516'da yapılan tanım şöyledir: *“Bir kimsenin kendi malvarlığından bir başkasını zenginleştirme yoluyla yaptığı kazandırma, kazandırmanın karşılıksız olduğuna dair her iki tarafın anlaşması halinde bağışlamadır.”*

³⁰⁵ Jauerning, Mansel, **BGB**, § 516, Rn. 2; Honsell, **BT**, s. 194; Tandoğan, **I/1**, s. 342; Tunçomağ, **II**, s. 383; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 235; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 177; Gümüş, **a.g.e.**, s. 204; Eren, **Borçlar Özel**, s. 285.

³⁰⁶ Jauerning, Mansel, **BGB**, § 516, Rn. 3; Honsell, **BT**, s. 194-195; Tunçomağ, **II**, s. 382; Tandoğan, **I/1**, s. 344-345; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 353; Eren, **Borçlar Özel**, s. 286.

Bağışlama, ivazsız bir sözleşme olup bağışlayan bağışlanana karşılıksız kazandırmada bulunur³⁰⁷. İvazsız sözleşmeden kasıt, bağışlananın para, mal veya hizmet olarak hiçbir karşı edim borcu altına girmemesidir³⁰⁸. Böylelikle, bağışlama sonunda bağışlayanın malvarlığının aktifî azalırken veya malvarlığının pasifi artarken, bağışlananın malvarlığının aktifî artar veya malvarlığının pasifi azalır. Bağışlama sözleşmesinden doğan borç, kural olarak, ani edim ihtiva eder.

Bağışlama sözleşmesi, rızai bir sözleşme olup tarafların anlaşması ile kurulur. Sözleşmenin kurulması için bağışlanan şeyin teslimi şart değildir.

c. Unsurları

Bağışlama sözleşmenin ilk unsuru, bağışlayanın kendi malvarlığından kazandırıcı işlem yapmasıdır. Yapılan bu kazandırma, bağışlayanın edimine karşı denk bir edim verilmediği için karşılıksızdır. Kazandırmanın konusu, taşınır veya taşınmazın devri gibi maddi mallar olabileceği gibi, ivazsız irtifak hakkı tesisi, borcun ibrası, alacağın temliki, patenti alınmamış bir buluştan kaynaklanan fiili yarar gibi maddi olmayan mallar da olabilir³⁰⁹. Henüz bağışlayanın malvarlığında bulunmayan şeyler, örneğin, kazanılmamış haktan feragat, bir hizmetin ücretsiz olarak görülmesi, bağışlama sözleşmesinde kazandırmaya konu edilemez³¹⁰.

İkinci unsur, kazandırmanın bağışlama sebebiyle (causa donandi) yapılmasıdır³¹¹. Hem bağışlayan hem de bağışlanan, bağışlama kastıyla hareket

³⁰⁷ Becker, **a.g.e.** , § 239, Rn. 5; Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.** , s. 394 vd. ; Honsell, **BT**, s. 194; Tandoğan, **I/1**, s. 342; Aral, Ayrancı, **a.g.e.** , s. 240; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.** , s. 177; Gümüş, **a.g.e.** , s. 204; Eren, **Borçlar Özel**, s. 286.

³⁰⁸ Palandt, Weidenkaff, **BGB**, § 516, Rn. 8; Denk olmayan karşı edimin varlığı halinde, bağışlama sözleşmesinden bahsedilir. Tunçomağ, **II**, s. 383.

³⁰⁹ Rona Serozan, **Sağlararası İşlem Yoluyla Ölümüne Bağlı Kazandırma**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1979, s. 97; Becker, **a.g.e.** , § 239, Rn. 4; BSK OR, Vogt, Vogt, **a.g.e.** , § 239, Rn. 6 vd. ; Tandoğan, **I/1**, s. 344; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.** , s. 351; Aral, Ayrancı, **a.g.e.** , s. 239; Eren, **Borçlar Özel**, s. 288.

³¹⁰ Palandt, Weidenkaff, **BGB**, § 516, Rn. 5; Jauerning, Mansel, **BGB**, § 516, Rn. 5; Becker, **a.g.e.** , § 239, Rn. 9; Honsell, **BT**, s. 196; Serozan, **Sağlararası**, s. 97-98; Tunçomağ, **II**, s. 382; Tandoğan, **I/1**, s. 346; Hatemi, Serozan, Arpacı, **Borçlar Özel**, s. 139; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.** , s. 351; Aral, Ayrancı, **a.g.e.** , s. 239; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.** , s. 176; Eren, **Borçlar Özel**, s. 288.

³¹¹ Becker, **a.g.e.** , § 239, Rn. 6; Tandoğan, **I/1**, s. 346; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.** , s. 351; Aral, Ayrancı, **a.g.e.** , s. 239; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.** , s. 177; Eren, **Borçlar Özel**, s. 290.

etmelidir³¹². Toplumsal veya ahlaki ödevin ifası bağışlama kabul edilmez. Çünkü bu durumlarda işlemin gereğini yerine getiren kişi, bağışlama sebebiyle değil, ifa sebebiyle hareket eder³¹³.

Üçüncü unsur olarak, tarafların birbirine uygun karşılıklı irade beyanlarının olması gerekir³¹⁴. Görüldüğü gibi, tarafların iradeleri karşılıksız bir kazandırma yapılması hususunda karşılıklı olmalıdır³¹⁵.

d. Şekil

Bağışlama sözleşmesi, şekle bağlıdır. Taşınırlara ilişkin bağışlama sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmalıdır. Tapulu taşınmazlara ilişkin bağışlama sözleşmesi de tapu memuru önünde resmi şekilde yapılmalıdır. Buna karşılık, taşınır ve alacaklara ilişkin bir borç ilişkisi doğuran elden bağışlamada³¹⁶ sözleşmenin kurulmasıyla ifası aynı zamanda gerçekleştiğinden kanun koyucu, burada şekil şartından vazgeçmiştir³¹⁷.

2. Bağışlama Sözleşmesinin Muris Muvazaasındaki Hukuki Durumu

Murisin mirastan mal kaçırmak amacıyla giriştiği muvazaalı işlemlerde, gizli işlem daima bağışlama sözleşmesidir. Muris, mirasçılardan birine veya üçüncü kişiye yapabileceği bağışlama işlemini, mirasçıların sahip olduğu tenkis imkânından

³¹² Tunçomağ, **II**, s. 384; Eren, **Borçlar Özel**, s. 290.

³¹³ Jauerning, Mansel, **BGB**, § 516, Rn. 9; Becker, **a.g.e.**, § 239, Rn. 12; Tunçomağ, **II**, s. 383; Tandoğan, **I/1**, s. 346; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 351; Eksik borçların ifası, yasal yükümlülük bulunmamasına rağmen yakınlarla nafaka vermeyi üstlenme, gelenek gereği hediye verme gibi işlemler de bağışlama sebebiyle yapılmış sayılmaz. Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 239; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 177; Eren, **Borçlar Özel**, s. 288, 290.

³¹⁴ Becker, **a.g.e.**, § 239, Rn. 6; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 352; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 236; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 178; Eren, **Borçlar Özel**, s. 289.

³¹⁵ Becker, **a.g.e.**, § 239, Rn. 5; Tunçomağ, **II**, s. 381; BGB m. 516'da bu husus vurgulanmış olup sözleşmenin sübjektif şartıdır. Palandt, Weidenkaff, **BGB**, § 516, Rn. 1.

³¹⁶ Taşınmazlar, elden bağışlamaya konu olmaz. Becker, **a.g.e.**, § 242, Rn. 3; BSK OR, Vogt, Vogt, **a.g.e.**, § 242, Rn. 1 vd.; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 358; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 183; Eren, **Borçlar Özel**, s. 295.

³¹⁷ Honsell, **BT**, s. 198; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 358; Eren, **Borçlar Özel**, s. 293; Alman Hukukunda aynı durum mevcuttur. Palandt, Weidenkaff, **BGB**, § 516, Rn. 1; Jauerning, Mansel, **BGB**, § 518, Rn. 2.

kaçınmak için ivazlı bir sözleşme olarak gösterir. İvazlı sözleşmenin özelliği, ifa sebebine dayanması ve bu işleme karşı mirasçılarının korunan hakkının bulunmamasıdır. Görünürdeki işlemin muvazaası nedeniyle geçersiz kılınması ile birlikte gizlenmiş bağışlama sözleşmesi gün yüzüne çıkar. Ancak bağışlama sözleşmesinin şekil, ahlaka uygunluk gibi diğer geçerlilik şartlarını haiz olması gerekir. Muris muvazaasında muvazaalı işlemin ardına gizlenen tapulu taşınmazların bağışlanmasına ilişkin sözleşmenin resmi şekle aykırılık nedeniyle geçersiz oluşundan dolayı tapuda yapılan tescilin iptaline karar verilir³¹⁸.

VI. YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA MURİS MUVAZAASI OLUŞTURMAYAN HALLER

Uygulamada, muris muvazaası iddiasıyla birçok işleme ilişkin dava açılmaktadır. Bu işlemlerden bazıları hakkında muris muvazaasının oluşmadığına dair Yargıtay'ın geliştirdiği içtihatlar bulunmaktadır³¹⁹. Buna göre, muris muvazaasının unsurlarının bulunmadığı muvazaalı işlemlerde muris muvazaası hükümleri uygulanmaz. Bazen muris, mirastan mal kaçırma amacı taşımaksızın tapulu taşınmazını devreder. Bazı hallerde görünürdeki işlem muris muvazaası şartlarını taşımamakta, gizli işlem şekle aykırılık teşkil etmemektedir. Yargıtay tarafından muris muvazaası kapsamında değerlendirilmeyen ve tartışmaları bünyesinde barındıran işlemler aşağıda ele alınacaktır.

A. Murisin Mirastan Mal Kaçırma Amacının Olmadığı İşlemler

1. İvaz Karşılığı Tapulu Taşınmaz Devri

Yargıtay'a göre, murisin iradesinin açıkça ortaya konması sonucunda bazen görünürdeki işlemin ardına gizlediği işlemin amacının ivaz karşılığında tapulu

³¹⁸ Kanaatimize göre, tapu kaydının iptali değil tapu kaydının düzeltilmesi söz konusudur. Bkz. s. 207.

³¹⁹ Yargıtay'ın geliştirdiği içtihatlar, 1974 tarih ve 1/2 sayılı Yargıtay İBK'ya dayanmaktadır.

taşınmazın devri olduğu belirlenebilir³²⁰. Muris kendisine normal bakımın ötesinde³²¹ bir özen içerisinde bakan bir kimseye minnet borcunu ödemek amacı gütmüşse³²² ortada mirastan mal kaçırma amacı bulunmamaktadır³²³. Bu tür durumlarda, taşınmaz devrine karşılık gelen ivaz yerine getirilmiş bulunmaktadır³²⁴. Bunun yanında muris, kardeşinin çocuğunun okumasını sağlamak gibi ahlaki bir ödevin ifasını amaçlamışsa veya minnet borcu altında bulunduğu kişiyi iyi bir işe teşvik etmek gibi amaçlar gütmüşse, bunlar bağışlama sayılmayacağından tapulu taşınmaz

³²⁰ “Miras bırakanın diğer çocukları ile bir ihtilafı, dargınlığı olmadığı, mal satmaya ihtiyacının da bulunmadığı, ancak taşınmazda kadastro suretiyle 2/4 paya sahip olan davalının eşi İsmail’in taşınmaz üzerindeki binayı yaptırdığı, bu harcamaların karşılığı olarak da çekişmeli bölümün İsmail’e verildiği, dolayısıyla maddi vakıalar yukardaki ilkelerle birlikte değerlendirildiğinde miras bırakanların mal kaçırma amacını taşımadıkları sonucuna varılmaktadır.” Yargıtay 1. HD. E. 2010/5906, K. 2010/7814, T. 01.07.2010, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 21.02.2021.

³²¹ “Aile birliğinin gerekli kıldığı ahlaki görev çerçevesinde murisin davalıların yanında yaşamış olması ve davalılar tarafından bakılmış olması, hizmetin satış bedeli olarak gösterilmesini haklı kılmaz. Bu durumda muvaza’a iddiasının kabulü gerekir.” Yargıtay 1. HD. E. 2004/14237, K. 2004/14214, T. 22.12.2004, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 22.02.2021.

³²² “... Her ne kadar taşınmazın akitteki bedeli ile gerçek değeri arasındaki fark bulunsun da, salt tapuda gösterilen değer ile gerçek değer arasındaki nispetizliğin muvazaanın varlığına yeter delil sayılamayacağı, kaldı ki, ölene kadar taşınmazda oturmaya devam etmesi ve davalının kendisine sağladığı bakım ve desteğin yarattığı minnet duygusu dikkate alındığında, satışın gerçek değer üzerinden yapılmamasının mal kaçırma amacıyla hareket edildiği anlamını doğurmayacağı sonuç ve kanaatine varılmaktadır. Diğer taraftan; evladın elverdiğince ebeveynine bakıp yardım etmesi ahlaki bir görev ise de, görev sınırının aşıldığı, ana babanın normal bakımının ötesinde ihtimama muhtaç olduğu durumlarda evladın hizmetine karşılık bir şey istemesi ve sunulan aşırı hizmetin semen olarak değerlendirilmesi gerektiği, hukuka uygun düşeceğinden, böyle bir durumda temlikin ivazlı olduğu kabul edilmelidir. O halde, taraflar arasındaki pay devri isteminde, muris muvazaasının olmazsa olmaz unsurlarından “gizli sözleşme” unsuru bulunmadığından işlemin gerçekten satış olduğunun kabulü gerekir” Yargıtay HGK. E. 2010/1-295, K. 2010/333, T. 16.06.2010, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 22.02.2021; “... Murisin ölümünden 15 yıl önce ayağı kırıldığı, ölmeden 3 yıl boyunca felçli yaşadığı, tüm bu süre boyunca altının alınması ve beslenmesi gibi hususlar da dâhil olmak üzere bakımının davalı tarafından yapıldığı, ihtiyaçlarının karşılandığı, sağlık masraflarının da davalı tarafından karşılandığı, özellikle mirasçılar arasında yer alan ve tarafların kardeşleri olan N.G.S.Y.’in de aralarında yer aldığı tanık ifadeleri ve dosya kapsamıyla sabittir... Yukarıda belirtilen somut olgular, açıklanan ilkeler çerçevesinde değerlendirildiğinde, miras bırakanın irade ve amacının diğer mirasçılardan mal kaçırmak olmadığı sonucuna varılmaktadır.” Yargıtay 1 HD. E. 2011/6913, K. 2011/7715, T. 29.06.2011, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 22.02.2021; “Yine mirasbırakanın amacı mirasçıdan mal kaçırmak olmayıp, kendisine bakan tüm sosyal ve ekonomik ihtiyaçlarını karşılayan davalıya karşılık olarak verildiğinden dava koşulları oluşmadığından davanın reddi gerekir.” Yargıtay 1. HD. E. 2014/1030, K. 2014/18181; “Miras bırakan on yıl kendisine bakan davalıya kendisine bakıp ilgilenmesi karşılığı verdiği ancak kaçırma amacı olmadığı belirlendiğinden davanın reddi gerekir.” Yargıtay 1. HD. E. 2013/1828, K. 2013/16961, T. 29.11.2013, (Özügür, a.g.e. , s. 551-552’den naklen).

³²³ Hatta bu tür durumlarda saklı payın zedelenmesi amacının bile bulunmadığı kabul edilmektedir. Fikret Eren, **Türk Medeni Hukukunda Tenkis Davası**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1973, s. 91; Şener, a.g.e. , s. 546; İmre, Erman, a.g.e. , s. 276; Dural, Öz, a.g.e. , s. 278; N. Yavuz, a.g.e. , s. 58-59.

³²⁴ “... Semen bir başka ifade ile malın bedelinin ise mutlaka para olması şart olmayıp, belirli bir hizmet ya da emek olabileceği kabul edilmelidir...” Yargıtay HGK. E. 2009/1-130, K. 2009/150, T. 29.04.2009, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 17.02.2021.

devrinin karşı ivazını oluşturur³²⁵. Murisin bağışlama sebebi olmaksızın ifa sebebiyle hareket ettiği bu muvazaalı işlemlerde, gizli bağışlamadan söz edilemez ve bu yüzden muris muvazaasına dayalı hak ileri sürülemez³²⁶.

Yargıtay, ivaz karşılığı devir şeklinde bahsettiği ahlaki bir ödevin ifasının amaçlandığı işlemler, eksik borç niteliğinde olup hem ifası hem de ifasının geçerli olarak vaadi mümkündür³²⁷. TBK m. 285/3'te açıkça yer verildiği üzere, ahlaki bir görevin yerine getirmek için bir şey verilmesi, bağışlama sayılmaz. Ancak buradaki zorluk, ahlaki görevin ifası niyetinin ortaya konmasıdır. Murisin iradesinin bu yönde olduğu tespit edilirse artık hem ortada gizli bağışlama işlemi olmadığı hem de murisin mal kaçırma amacı olmadığı için muris muvazaasına dayalı dava açılmasına olanak yoktur.

Muris tapulu taşınmazı devrederken karşılığında bir mal devralmışsa, ortada bir trampa sözleşmesi mevcuttur. Bu durumda da muvazaalı işlem den bahsedilemez. Fakat trampa sözleşmesi ile kararlaştırılan ivaz murisin devrettiği taşınmazın değerini karşılamıyorsa, yapılan devrin muris muvazaası nedeniyle geçersiz kılınması gündeme gelir³²⁸.

2. Paylaştırma İradesinin Varlığı Halinde Muris Muvazaası Hükümlerinin Uygulanmaması

Muris, tapuda satım olarak gösterdiği taşınmaz devirlerini mirasçılar arasında paylaştırma amacıyla yapmışsa, mirastan mal kaçırma niyeti taşımadığından

³²⁵ N. Yavuz, **a.g.e.**, s. 59; Uyar Hatipoğlu, **a.g.m.**, s. 133.

³²⁶ Honsell, **BT**, s. 197; Eren, **Borçlar Özel**, s. 289;

³²⁷ vonTuhr, **Edege**, s. 35.

³²⁸ "... mirasbırakan çekişme konusu 372 parsel sayılı taşınmazda ortak paydaş iken 11.09.1991 tarihinde payını davalılara ait 14 parsel sayılı taşınmazla trampa suretiyle davalılara intikal ettirildiği anlaşılmaktadır(...) Gerçekten de trampa konusu edilen ve miras bırakan tarafından davalılara intikal ettirilen taşınmazdaki miras bırakanın payı bedelinin, davalılara ait taşınmaz olduğu açıktır. Böyle bir işlemde de 1.4.1974 tarih, 1/2 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının uygulama yeri bulabileceği kuşkusuzdur(...) Hal böyle olunca; çekişme ve trampa konusu taşınmazların temlik tarihi itibarıyla nitelik ve değerlerinin açıkça saptanması, daha sonra yukarıda değinilen ilkeler gözetilerek, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken..."Yargıtay 1. HD.E. 2006/10914, K. 2006/12159, T. 05.12.2006; Aynı yönde karar için bkz. Yargıtay 1. HD. E. 2016/3733, K. 2019/1418, T. 28.02.2019, Kararlar için bkz. (Çevrimiçi) Yargıtay Bilgi Bankası, 20.02.2021; Ayrıca bkz. Acabey, **a.g.m.**, s. 474.

söz konusu işlem muris muvazaası nedeniyle geçersiz kılınmaz³²⁹. Bu tür muvazaalı işlemlerde mirastan mal kaçırmak değil, malları mirasçılar arasında paylaşırma niyeti vardır³³⁰. Bu durumda mirasta iade veya denkleştirme olarak nitelenen hukuki müessese devreye girer. Ancak muris, paylaşırma amacı gütmeksizin, mirasçılardan birine veya birkaçına diğerlerinin miras hakkını çığneyecek ve makul olmayacak ve hoşgörü sınırlarını aşacak şekilde kazandırmada bulunmuşsa, mirastan mal kaçırma amacı unsurunun gerçekleştiği kabul edilir³³¹. Bu durumda pay almayan veya daha az pay alan mirasçı, muris muvazaası nedenine dayanarak dava açabilir.

Paylaşırma kastının varlığının belirlenebilmesi için murisin tüm malvarlığı araştırılmalı, davalıların alım gücünün bulunmamasına veya murisin malını devretme ihtiyacı bulunmamasına rağmen murisin onlara muvazaalı temlik yapmak suretiyle aralarında miras paylaşımı yaptığı belirlenmelidir³³². Muris sağlığında hak dengesini gözetken, tam bir eşitlik sağlamasa da kabul edilebilir ölçüde ve tüm mirasçıları kapsayan paylaşırma yapılmalıdır³³³. Paylaşırma birkaç mirasçı arasında yapılmışsa ve paylaşırma makul ve hoşgörü sınırlarını aşan nitelikte bir eşitsizlik yapılmışsa, paylaşırma kastının olmadığı anlaşılır ve muvazaadan bahsedilebilir³³⁴. Tüm

³²⁹ Yargıtay 1. HD. E. 2018/3120, K. 2020/6063, T. 17.11.2020, (Çevrimiçi) Yargıtay Bilgi Bankası, 01.02.2021.

³³⁰ Özkaya, **a.g.e.**, s. 405; Özüğür, **a.g.e.**, s. 529; Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 83; Sevgi, **a.g.e.**, s. 39; Uyar Hatipoğlu, **a.g.m.**, s. 125.

³³¹ Özkaya, **a.g.e.**, s. 405; Özüğür, **a.g.e.**, s. 529; Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 83; Sevgi, **a.g.e.**, s. 39; Uyar Hatipoğlu, **a.g.m.**, s. 125.

³³² Yargıtay 1. HD. E. 2002/2505, K. 2002/3323, T. 14.03.2002, Yargıtay 1. HD. E. 2004/8243, K. 2004/9738, T. 23.09.2004, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 21.02.2021.

³³³ Yargıtay 1. HD. E. 2002/1690, K. 2002/3001, T. 07.03.2002, Yargıtay 1. HD. E. 2004/7005, K. 2004/7526, T. 21.06.2004, Yargıtay 1. HD. E. 2007/6777, K. 2007/7862, T. 11.07.2007, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 22.02.2021; Yargıtay 1. HD. E. 2014/14650, K. 2016/3057, T. 15.03.2016, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 22.02.2021; Yargıtay 1. HD. E. 2016/16532, K. 2020/1509, T. 04.03.2020; Yargıtay 1. HD. E. 2019/1906, K. 2020/4015, T. 10.09.2020; Yargıtay 1. HD. E. 2019/2055, K. 2020/6414, T. 02.12.2020, (Çevrimiçi) Yargıtay Bilgi Bankası, 22.02.2021.

³³⁴ “Davalıların savunmasından da anlaşıldığı üzere, çekişmeli taşınmazların temlik konusunda bir bedel ödenmediği sabittir. Gerçekten de miras bırakanın dışarıda mirasçı bırakmaksızın tüm mirasçılarını sağlığında mal varlığını paylaşırma amacıyla mali yönden yardım etmesi ve onlara da mal vermesi olanaklıdır. Böylesi bir durumda mal kaçırma kastının varlığından söz edilemez. Oysa, miras bırakan F. S.’nin kendisinden iki yıl sonra ölen eşi m.’e her hangi bir mal vermediği dosya kapsamı ile sabittir. Öyleyse, murisin denkleştirme amaçlı olduğu söylenemez.” Yargıtay 1. HD. E. 2010/1027, K. 2010/3706, T. 01.05.2010, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 22.02.2021. “...mirasbırakanın davalı oğlu Miraç ile yaşadığı sırada dava konusu taşınmazdaki yasal miras payının 1/2’sini Miraç’a devrettiği, davalının aşamalarda, mirasbırakana damadı tarafından gönderilen tehditkâr mesajlar neticesinde mirasbırakanın mal paylaşımı yaptığı savunmasında bulunduğu, davalı tanıklarından Osman’ın, mirasbırakanın damadının kızları geri göndereceğini söylemesi üzerine mirasbırakanın dava konusu taşınmazdaki payını erkeklere vermeyi kafasına

mirasçıları kapsar şekilde paylaşırma yapılmaması, tek başına, muris muvazaasını ispata yetmez³³⁵.

3. Evlenme Sırasında, Devamında veya Sona Ermesi Halinde Kocanın Bağış veya Bağış Vaadi

Yargıtay kararlarında mehir, kocanın evlenme sırasında veya devamında ya da sona ermesi halinde kadına belirli bir mal, para veya ekonomik değeri olan bir şeyi vermesi olarak tanımlanmıştır³³⁶. Türk Hukuku'nda mehre ilişkin herhangi düzenleme bulunmamakla birlikte MK ve TMK, evlenme sırasında eşlerden birinin diğerine bir mal veya para bağışlamasını veya yazılı olmak koşuluyla bağışlama vaadinde bulunmasını yasaklamamıştır³³⁷. Burada yola çıkılarak mehr-i muaccelin³³⁸

koyduğunu, iki erkek evladına ve ölen oğlundan olma erkek torunlarına bu yeri devretmeyi teklif ettiğini, ancak davalı dışındakilerin kabul etmediklerini ifade ettiği, davalı tanığı Osman'ın beyanlarından, mirasbırakanın aslında taşınmazı erkek evlatlarına ve torunlarına vermeyi arzu ettiğinin, davalı tanıkları Pembe ve Semra'nın beyanlarından ise temlikin bedelsiz olduğunun anlaşıldığı, satıştan kısa bir süre sonra mirasbırakanın dava konusu taşınmazla ilgili olarak diğer mirasçıları lehine vasiyette bulunduğu, bu suretle mirasbırakanın asıl amacının paylaşırma olmayıp kız çocuklarından mal kaçırmak olduğu sonucuna varılmaktadır.” Yargıtay 1. HD. E. 2018/1306, K. 2020/4573, T. 29.09.2020, (Çevrimiçi) Yargıtay Bilgi Bankası, 22.02.2021.

³³⁵ “Somut olayda, dosya içeriği, toplanan deliller ve özellikle tanık beyanlarından; mirasbırakan tarafından tüm mirasçıları kapsayan bir paylaşırma yapılmadığı ancak, mirasbırakanın davacı çocuklarından mal kaçırmayı gerektiren bir nedenin varlığı ortaya konulamadığı, ancak getirtilen kayıtlardan ve Uypap sisteminden temin edilen verilerden mirasbırakanın ölümü ile geriye mirasçılarına oniki parça daha taşınmaz bıraktığı, mirasbırakan mal kaçırmaya kastı ile hareket etseydi terekesindeki taşınmazları da davalıya temlik edebileceği sonucuna varılmaktadır.” Yargıtay 1. HD. E. 2016/3340, K. 2020/3624, T. 08.07.2020; “...mirasbırakan tarafından tüm mirasçıları kapsar şekilde bir paylaşırma yapılmadığı ancak muvazaası iddiasının TMK'nun 6. ve HMK'nın 190. maddesi gereğince ispatlanamadığı gözetilerek davanın reddine...” Yargıtay 1. HD. E. 2017/5492, K. 2020/3744, T. 14.07.2020, Kararlar için bkz. (Çevrimiçi) Yargıtay Bilgi Bankası, 22.02.2021.

³³⁶ Yargıtay 1. HD. E. 2014/4841, K. 2014/7106, T. 03.04.2014, (Çevrimiçi) Yargıtay Bilgi Bankası, 22.10.2021; Mehir kavramı ve daha geniş bilgi için bkz. Hatice Selin Pürselim-Arning, “Türk ve Alman Milletlerarası Özel Hukuklarında Mehir Kavramının Vasıflandırılması”, **Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl: 33, S. 2, 2013, s. 138 vd.

³³⁷ “İslam Hukuku'nda kocanın evlenme sözleşmesi anında ya da devamı sırasında bazen de sona ermesi halinde kadına belirli bir mal, para veya ekonomik değeri olan bir şey armağan etmesi gerekir, buna “mehir” denir... Mehrin borçlusu kural olarak kocadır. Fakat üçüncü bir kişinin koca adına ödemeyi yüklenmesi de mümkündür. Bu durumda mehrin borçlusu koca değil, taahhütte bulunan kişidir. Tediye taahhütte bulunan kişiden istenir. Üçüncü kişi kocanın haberi olmadan mehri ödemeyi yükümlenmişse, kocaya bir bağışta bulunmak istediği kabul edilir. Medeni Kanun, evlenme sözleşmesi sırasında karı kocadan birinin diğerine bir mal veya para vermesini ya da vermeyi vaad edip bir süre ertelemesini yasaklamamıştır. Bu nedenle eski hükümlere göre kurulmuş mehir, Medeni Kanun tarafından yasaklanmış bir hukuki ilişki olarak kabul edilemez.” Yargıtay İBK. E. 1959/14, K. 1959/30, T. 02.12.1959/14/30, Yargıtay 2. HD. E. 1965/4557, K. 1965/5028, T. 25.10.1965, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 27.02.2021; “Temlikteki amaç resmi evlilik birliğini sağlamaya yönelik ise, gayri ahlaki amaç taşımadığı için BK m. 65 uygulama yeri bulmaz.” Yargıtay

elden bağış, mehr-i müeccelin³³⁹ ise bağışlama vaadi olduğu kabul edilmektedir³⁴⁰. Ancak şu da göz ardı edilmemelidir ki, taşınmaz devri konu edinen bu tür bağışlama vaadi niteliğindeki sözleşmeler resmi yazılı şekilde akdedilmesi gerekir ve adi yazılı şekilde yapıldığı takdirde geçersiz kabul edilir³⁴¹.

Yargıtay verdiği çeşitli kararlarda, mehir sözleşmesinin varlığını kabul ederek somut olaya ilişkin uyuşmazlıkları buna göre çözümlemiştir³⁴². Murisin (özellikle ölen kocanın) evlenme sırasında eşine (kadına) taşınmaz mal bağışlaması veya ileriye dönük bağışlama vaadinde bulunması ve bu işlemi muvazaalı satış işleminin ardına gizlemesi halinde, burada devir amacının mehir olup olmadığı araştırılır. Devir amacının mehir olduğunun kabulü halinde, murisin mirastan mal kaçırma amacıyla hareket etmediği, dolayısıyla muris muvazaasının oluşmadığı sonucuna varılır³⁴³. Her ne kadar gizli işlem şekil şartına aykırı olsa da, muris

1. HD. E. 2009/12596, K. 2009/1026, T. 28.01.2009, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 27.02.2021.

³³⁸ İslam Hukukunda peşin ödenen mehir için mehr-i muaccel kavramı kullanılır. Pürselim-Arning, **a.g.m.**, s. 139, dn. 9.

³³⁹ İslam Hukukunda boşanma sırasında ödenmesi örneğinde olduğu gibi sonradan ödenmesi kararlaştırılan mehir için mehr-i müeccel kavramı kullanılır. **A.y.**

³⁴⁰ Ayşe Nur Kılınç, Ahmet Kılınç, "Mehrin Türk Pozitif Hukuk Açısından Yeniden Değerlendirilmesi Gerekliliği", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 10, S. 1, 2019, s. 108, DOI: 10.21492/inuhfd.497061; Tıpkı bağışlama vaadinde olduğu gibi ağır kusurlu olarak aile birliğine karşı önemli saygısızlık yapan eşe vaad edilen mehirden dönülebileceği yönünde karar için bkz. Yargıtay 4. HD. E. 1984/09153, K. 1985/01223, T. 18.02.1985, (Pürselim-Arning, **a.g.m.**, s. 145-146'dan naklen). Görüldüğü üzere, mehr-i müeccle ilişkin bağışlama vaaadinin hükümleri uygulanmaktadır. Pürselim-Arning, **a.g.m.**, s. 145-146.

³⁴¹ Yargıtay HGK, E. 2004/13-292, K. 2004/275, T. 12.05.2004, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 23.10.2021.

³⁴² "... Taraflar arasında muvazaalı işlem yoktur; mehir sözleşmeleri bu gün için de geçerlidir. Mehri müeccel, ileriye yönelik bir bağışlama vaadidir. Koca dışında üçüncü bir kişinin de bağışlama vaadi geçerlidir. Ancak, bu durum üçüncü kişi yararına borç altına girme olmayıp, bağışlama vaadidir. Bağışlama vaaadinin geçerliliği yazılı olma koşuluna bağlıdır. Taşınmazın sicil kaydı da davalıya intikal ettirilmiştir" Yargıtay 1. HD. E. 2011/8023, K. 2011/10250, T. 13.10.2011; "... Mehr-i müeccel, ileriye yönelik bir bağışlama vaadidir. Koca dışında üçüncü bir kişinin de bağışlama vaadi geçerlidir. Ancak, bu durum, Borçlar Kanununun 110. maddesinde yazılı üçüncü kişi yararına borç altına girme olmayıp, Borçlar Kanununun 238. Maddesinde düzenlenmiş bağışlama vaadidir. Bağışlama vaaadinin geçerliliği, yazılı olma koşuluna bağlıdır. Esasen taşınmazın mülkiyeti de davalıya intikal ettirilmiştir. (B.K. M. 238/1)... Bu açıklamalar karşısında temlikin gerçekleştirilme sebebinin mehir olduğu kabul edildiği takdirde murisin mirasçısından mal kaçırma iradesiyle hareket ettiği düşünülemez." Yargıtay 1. HD. E. 2011/8161, K. 2011/9851, T. 05.10.2011, Kararlar için bkz. (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 27.02.2021.

³⁴³ Aynı yönde kararlar için bkz. Yargıtay 1 HD. E. 2013/16526, K. 2013/816, (Özüğür, **a.g.e.**, s. 551'den naklen); Yargıtay 1. HD. E. 2014/15126, K. 2016/3079, T. 15.03.2016, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 28.02.2016; Ayrıca bkz. İnci, **a.g.e.**, s. 71-72; Arslantürk, **a.g.e.**, s. 79.

muvazaasının niteliği gereği murisin iradesine önem verilerek somut olay adaleti sağlanmaya çalışılır.

4. Karma Bağışlama

Bazı hallerde, bir mal değerinden daha az bir karşılık alınarak devredilir. Örneğin, A'nın malını, B'ye bağışlama niyetiyle değerinden çok aşağıya satması halinde, ortada bir karma bağışlama vardır³⁴⁴. Karma sözleşmenin³⁴⁵ bir türü olan karma bağışlamada satım ve bağışlama sözleşmeleri birbirine karışmıştır³⁴⁶. Hukuki işlemin bağışlama niteliği kazanması için tamamen karşılıksız olması şart değildir. Bazı durumlarda gerçekte bağışlama yapan kişiye kısmi ödemede bulunulmuş olabilir³⁴⁷. Bağışlama konusu malın değerinden çok aşağıda bir ödemede bulunulmuşsa, edimin karşı edimle karşılanamayan bölümü bağışlama olarak nitelendirilebilir³⁴⁸. Ancak tarafların aradaki farkın bağışlama kastıyla oluşturulduğu hususunda anlaşmaları gerekir³⁴⁹. Aksi takdirde bağışlama niyeti bulunmayan ve

³⁴⁴ Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.** , s. 352; Eren, **Borçlar Özel**, s. 958.

³⁴⁵ Karma sözleşme, kanunun çeşitli sözleşme tiplerinde öngördüğü unsurların kanunun öngörmediği biçimde bir araya getirilmesiyle oluşur. BK OR, Kramer, **a.g.e.** , § 19-20, Rn. 50; Erden Kuntalp, **Karışık Muhtevallı Akit**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1971, s. 102; Tandoğan, **I/1**, s. 12; Hatemi, Serozan, Arpacı, **Borçlar Özel**, s. 44; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.** , s. 25; Zevkililer, Gökyayla, **a.g.e.** , s. 18; Aral, Ayrancı, **a.g.e.** , s.57; Gümüş, **a.g.e.** , s.7; Eren, **Borçlar Özel**, s. 953; İstanbul Şerhi-Saibe Oktay Özdemir, "İsimsiz Sözleşmeler", **Türk Borçlar Kanunu, C. 4,5**, , Ed: M. Turgut Öz, Faruk Acar, Emre Gökyayla, H. Murat Develioğlu, 3. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019, Rn. 44.

³⁴⁶ Çeşitli tiplere ait unsurların birbirine karıştığı sözleşme çeşidi olan karma bağışlamada, bağışlama amacı ile karşı alacak edinme amacı bir arada yer alır. BK OR, Kramer, **a.g.e.** , § 19-20, Rn. 63; Tandoğan, **I/1**, s. 72; Hatemi, Serozan, Arpacı, **Borçlar Özel**, s. 48-49; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.** , s. 26; Aral, Ayrancı, **a.g.e.** , s. 59; Eren, **Borçlar Özel**, s. 958; İstŞ TBK, Oktay Özdemir, **C.4-5**, İsimsiz Sözleşmeler, Rn. 70; Karma bağışlamayı teknik anlamda karma sözleşme kabul etmeyen görüş için bkz. Kuntalp, **a.g.e.** , s. 118-119; Karma bağışlama, trampa ve bağışlama sözleşmelerinin birbirine karışmasıyla da oluşabilir. Palandt, Weidenkaff, **BGB**, § 516, Rn. 13.

³⁴⁷ Tarafların kazandırıcı işleminin bir bölümüyle karşılıksız kalması, yani kısmen ivazsız kısmen de ivazlı olması noktasında anlaşmaları halinde karma bağışlamadan söz edilir. Serozan, **Sağlararası**, s. 6.

³⁴⁸ Cem Akbıyık, **Karma Bağışlama Kavramı ve Miras Hukuku'ndaki Yeri**, İstanbul 1997, s. 7 vd. ; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.** , s. 352; Karşı görüş için bkz. Her ne kadar satım sözleşmesinin adı geçse de, karma bağışlama kural olarak, bir kimsenin başkasına bağışlama kastıyla malvarlığından temlikte bulunmasıdır. Burada veren ile alan arasında tek bir borç ilişkisi olup, bu ilişki bağış amacından doğar. Dolayısıyla ikiye bölünerek sözleşmeye hukuki sonuç bağlanmamalıdır. Kuntalp, **a.g.e.** , s. 112; Hatipoğlu, **a.g.e.** , s. 70-71; Bağışlama niyeti ağır basıyorsa, bağışlama, aksi takdirde, satım veya ölüncüye kadar bakma sözleşmesi hükümleri uygulanmalıdır. Tunçomağ, **II**, s. 411;

³⁴⁹ Guhl, Koller, Schnyder, Druet, **a.g.e.** , s. 400; BSK OR, Vogt, Vogt, **a.g.e.** , § 239, Rn. 5; Eren, **Borçlar Özel**, s. 287.

maddi yönden zor durumda olan satıcının değerinden az bir ivaz karşılığı yaptığı devirlerde, tamamen ifa sebebinin varlığından bahsedilir³⁵⁰.

Karma bağışlama ile muvazaa ardına gizlenen bağışlama birbirinden farklı kavramlardır. Muvazaa ardına gizlenen bağışlama işlemi, dış dünyaya satım işlemi gibi gösterilmeye çalışılmıştır. Oysa karma bağışlama, ciddi istenen bir işlem olup önüne muvazaa perdesi çekilmiş değildir. Dolayısıyla karma bağışlama, geçerli bir işlemdir.

Karma bağışlama şeklinde taşınmaz malların devrine ilişkin düzenlenen resmi senette satın bedelinin gerçek bedelden çok düşük gösterilmesi, karma bağışlamayı şekle aykırılık nedeniyle geçersiz kılmaz. Çünkü karma bağışlama, satım ve bağışlama iradelerinin bir arada olduğu bir sözleşme olup bağışlama dışında kalan satım bedeli resmi senette yer almaktadır. Bunun yanında resmi senette bağışlama sebebinin gösterilmemesi, yine sözleşmeyi şekle aykırı kılmaz. Çünkü TBK m. 19'da yer aldığı üzere, tarafların gerçek ve ortak iradesi esas alındığında tarafların yapmış oldukları karma bağışlamayı, satım sözleşmesi olarak nitelendirmesi sözleşmenin geçerliliğine hanel getirmez³⁵¹.

Sözleşmede kararlaştırılarak ödenen bedel ile satılan malın gerçek değeri arasındaki farkın çok fazla olması halinde, işlemin ciddi mi yoksa muvazaalı mı olduğunun tayini çok zordur³⁵². İşlemi gerçekleştiren murisin gerçek iradesi şüpheye yer bırakmayacak şekilde ortaya çıkarılmalı ve karma bağışlama iradesinin yan delillerle desteklenmesi halinde, muris muvazaasının oluşmadığı kabul edilmelidir. Şöyle ki, tapuda düşük bedel üzerinden yapılmış bir satım sözleşmesi gerçekleştirildiğinde, bedelin düşük gösterilmesi karma bağışlama şeklinde bir bağışlama iradesinden kaynaklanıyorsa ve tarafların iradeleri tam bir uyum içerisindeyse, ortada bir muvazaa hali yoktur. Çünkü ortada görünürdeki işlem şeklinde bir satım sözleşmesi ve gizli işlem şeklinde bir bağışlama sözleşmesi yoktur. Bu durumda murisin sağlararası tasarrufu ancak şartları var ise tenkise tabi

³⁵⁰ Jauerning, Mansel, **BGB**, § 516, Rn. 17; Becker, **a.g.e.**, § 239, Rn. 6; Serozan, **Sağlararası**, s. 6; Tunçomağ, **II**, s. 411; Eren, **Borçlar Özel**, s. 287.

³⁵¹ Akbıyık, **Karma Bağışlama**, s. 47.

³⁵² Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 71; Sert Sütçü, **a.g.e.**, s. 93, Akkök, **a.g.e.**, s. 100.

kılınmalıdır³⁵³. Saklı pay kurallarını etkisiz kılma amacı güden karma bağışlamalar, ancak tenkise tabi olur³⁵⁴. Burada ödenen bedel ile ödenmesi gereken bedel arasındaki farkın yani bağışlama amacı güdülen kısmın tenkisi göz önünde bulundurulmalıdır. Ancak tarafların iradeleri karma bağışlama üzerinde uyuşmamışsa, muris muvazaasından bahsedilebilir. Gerçek bedel ile resmi senetteki bedel arasındaki orantısızlık tek başına muvazaa için yeterli bir delil olmayıp murisin mirasçıları ile kişisel ilişkileri gibi diğer başka hususlarda muvazaayı destekleyici delillerin varlığı halinde murisin mirastan mal kaçırma amacından ve dolayısıyla muris muvazaasının ispatlandığından bahsedilebilir³⁵⁵.

5. Uygulamada Görülen Diğer Devirler

Somut olayların her birinde murisin iradesi açık bir şekilde ortaya konarak hangi amaçla devri gerçekleştirdiği tespit edilmelidir. Murisin mirastan mal kaçırma amacı taşımayıp başka özel sebeplerle tapulu taşınmazını satım gibi göstererek devrettiği anlaşılırsa muris muvazaası oluşmaz ve devir işlemi geçerli bir işlem kabul edilir.

Doktrinde eleştirilse de³⁵⁶ Yargıtay kararlarına bakıldığında, zihinsel engelli altsoyun geleceğini garanti alarak koruyup kollamak³⁵⁷, uzun yıllar birlikte yaşadığı

³⁵³ Sevgi, **a.g.e.** , s.35.

³⁵⁴ Bedeller arasındaki açık farkın murisin saklı payı çığneme kastının açık bir delili olduğu yönündeki Yargıtay nitelemesini doğru bulmayan görüş için bkz. Akbıyık, **Karma Bağışlama**, s. 81; Eren, Yücer Aktürk, **a.g.e.** , s. 315.

³⁵⁵ Kayhan, **a.g.m.** , s. 181; Eviz, **a.g.e.** , s. 77; Atamulu, **a.g.e.** , s. 263; Akkök, **a.g.e.** , s. 101; Bir başka görüşe göre, ölünceye kadar bakma sözleşmesinde bakım alacaklısının devrettiği mala karşı, bakım borçlusunun yerine getirmeyi üstlendiği hizmetleri arasında muvazaayı çağrıştıran eşitsizliğin bulunması halinde, karma bağışlama değil muvazaa söz konusu olur. Süleyman Sapanoğlu, **Muvazaa ve İnançlı İşlem Davaları**, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 225; Konu ile ilgili bkz. s. 150-151.

³⁵⁶ Özkaya, **a.g.e.** , s. 146 vd.

³⁵⁷ "... Somut olayda; çekişme konusu taşınmazdaki 190/322 payın muris tarafından down sendromlu oğlu Kemal'e her ne kadar tapuda satış şeklinde temlik yapılmış ise de hem hasta hem de 9-10 yaşında olan Kemal'in bu taşınmazı satın alamayacağı kuşkusuzdur. Ancak, tüm dosya kapsamı ve dinlenen tanık beyanlarından mirasbırakanın gerçek irade ve amacının mirasçılardan mal kaçırma olmayıp down sendromlu oğlunu korumak ve kollamak amacıyla hareket ettiği, sonucuna varılmaktadır. 01.04.1974 tarih 1/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının miras bırakanın diğer mirasçılardan mal kaçırma amacıyla devredilmediği açıktır." Yargıtay 1. HD.E. 2014/4772, K. 2015/5549, T. 15.04.2015; "... özellikle, 1.4.1974 tarih, ½ sayılı İBK'nın mirasbırakanın diğer mirasçılarından mal kaçırma amacıyla yaptığı temliklerde uygulanabileceği,

eşinin geleceğini garanti altına alarak koruyup kollamak³⁵⁸, çocuğu olmayan eşini korumaya almak³⁵⁹, evlilik birliğinin devamını sağlamak³⁶⁰, evlilik birliğinin kurulmasını sağlamak³⁶¹ gibi amaçlarla yapılan devirlerde murisin mirasçılardan mal kaçırma amacının bulunmadığı kabul edilmektedir. Bu kararlar, murisin iradesini ön plana çıkarttığı, saklı pay aleyhine ve tasarruf özgürlüğü lehine oluşan çağdaş eğilimlerle uyduğu için övülmeye değerdir.

somut olayda miras bırakanın gerçek amaç ve iradesinin diğer mirasçılardan mal kaçırma olmayıp %76 oranında özürlü olan davalı torununun geleceğini garanti altına almak olduğu saptanarak..." Yargıtay 1. HD. E. 2014/8055, K. 2015/7821 T. 28.05.2015, Kararlar için bkz. (Çevrimiçi) Yargıtay Bilgi Bankası, 20.02.2021.

³⁵⁸ Yargıtay Genel Kurulu'nda oldukça tartışılarak 10'a karşı 11 oyla alınmış karar şöyledir: "...Diğer yandan, devrin yapıldığı 02.10.2001 tarihinde 1915 doğumlu muris ...ile 1928 doğumlu eşi (davalı) ...'in yaşlarının oldukça ilerlediği açıktır. Bu nedenle murisin vefatını düşünerek, ölümü halinde 1950 yılından beri evli olduğu ve dava konusu taşınmazın edinilmesinde emek ve desteğinin bulunduğu kuşkusuz olan hayat arkadaşını koruma ve onu güvenceye alma düşüncesinin, ortak evlatları dışında başkaca mirasçılarının da bulunmadığı gözetildiğinde mal kaçırma kastı olarak değerlendirilmesi mümkün değildir." Yargıtay HGK. E. 2019/479, K. 2019/1178, T. 14.11.2019,(Çevrimiçi) Yargıtay Bilgi Bankası, 20.02.2021.

³⁵⁹ "... davacı tanıkları, murisin çocuğu olmadığı için ölümü halinde mirasçıların davalı eşini evden çıkaracakları endişesi ile temlik yaptığını bildirmişler, davalı tanıkları ise murisinden intikal eden taşınmazın satışından elde edilen paradan davalının miras payını aldığını, bu paranın murise verildiğini, karşılığında taşınmazın devredildiğini ifade etmişlerdir. ... murisin gerçek irade ve amacının diğer mirasçılardan mal kaçırmak olmayıp, çocukları olmadığından ölümü halinde eşini güvenceye almak olduğu sonucuna varılmaktadır." Yargıtay 1. HD. E. 2014/6857, K. 2016/4755, T. 12.05.2015,(Çevrimiçi) Yargıtay Bilgi Bankası, 27.02.2021.

³⁶⁰ "... temlikin bedelsiz yapıldığı sabit ise de mahkemece dinlenen tanıkların ortak beyanlarından, mirasbırakanın temlikteki gerçek amacının diğer mirasçılardan mal kaçırmak olmayıp 2. evliliğini davalı ile yapmış olan dava dışı kızı Sibel'in evliliğinin devam etmesini sağlamak olduğu sonucuna varılmaktadır. Bu durumda murisin temlikteki gerçek iradesinin mirasçıdan mal kaçırmak olduğu dolayısı ile temlikin muvazaalı yapıldığı söylenemez..." Yargıtay 1. HD. E. 2015/13736, K. 2016/638, T. 21.01.2016,(Çevrimiçi) Yargıtay Bilgi Bankası, 20.02.2021.

³⁶¹ "Somut olaya gelince; miras bırakanın kendisinden 15 yaş küçük olan davalı ile evlenebilmek amacıyla dava konusu taşınmazın çıplak mülkiyetini davalıya devrettiği, aynı gün de davalı ile evlendiği, esasen bu durumun davacılar ile mahkemenin de kabulünde olduğu, o halde, miras bırakanın diğer mirasçılardan mal kaçırma amacıyla değil, kendisinden küçük olan davalı ile evlenmek amacıyla temlik yaptığının kabulü gerektiği, bu durumda, somut olayda 1.4.1974 tarih 1/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının uygulama yerinin bulunmadığı açıktır..." Yargıtay 1. HD. E. 2014/5748, K. 2015/6462, T. 30.04.2015; "Somut olaya gelince, mirasbırakanın kendi beyanları ve dosya içeriğinden bu temlikin diğer mirasçılardan mal kaçırma amacı ile değil, evlenme amacı ile yapıldığı sonucuna varılmaktadır. Bu somut olgular, yukarıdaki ilkeler ile değerlendirildiğinde muris muvazaasından söz edilemez..." Yargıtay 1. HD. E. 2015/7581, K. 2018/965, T. 19.02.2018; "Somut olaya gelince, davalılar Mehmet ile Gülfidan'ın evlilik tarihi ile mirasbırakanın çekişme konusu taşınmazları temlik tarihinin aynı olduğu, tapu kayıtlarına göre mirasbırakan adına kayıtlı başkaca pek çok taşınmazın bulunduğu, mirasbırakanın asıl amaç ve iradesinin kızı Nazmiye'den mal kaçırmak olmayıp, davacı tanıkları M.T., Ü.B. ve özellikle davacı tanığı A. B.'nin beyanlarından da anlaşıldığı üzere davalı oğlu Mehmet ile davalı gelini Gülfidan'ın evliliği sırasında adetleri gereği altın ve ev yeri karşılığı hediye olarak verildiği mirasbırakanın mal kaçırma amacıyla hareket ettiğinin kanıtlanamadığı anlaşılmaktadır. " Yargıtay 1. HD. E. 2015/13521,K. 2018/11582, T.28.06.2018, Kararlar için bkz. (Çevrimiçi) Yargıtay Bilgi Bankası, 20.02.2021.

Uygulamada muris muvazaasına konu edilen taşınmazların hatırı sayılır bir kısmının tapulu tarım arazisi olduğu görülmektedir. Tapulu tarım arazilerinin ekonomik üretime imkân vermeyecek şekilde mirasçılar arasında bölünmesi, ciddi bir sosyal olaydır. Nitekim 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu³⁶²,nda 6537 sayılı Kanun’la³⁶³ yapılan değişikliklerle, tarım arazilerinin kullanılmasında ehil mirasçılara öncelik tanınması ve tarım arazilerinin bütünlüğünün korunmasına ilişkin emredici hükümler öngörülmüştür³⁶⁴. TKAKK gereği, muris, ölüme bağlı tasarruf yoluyla da ehil mirasçıyı kendisi belirleyebilir. Bu kanun hükmü, yeni bir yaklaşımı gündeme getirmiştir. Buna göre, murisin tapulu tarım arazisini muvazaalı işlemle devrettiği mirasçısının ehil olup olmaması, muris muvazaasının uygulanıp uygulanmayacağına etki edebilir. Zaten doktrinde daha önce ifade edildiği üzere, tarım arazilerinin bütünlüğünün tehlikeye düşmesi halinde muris muvazaasının ileri sürülmesi, hakkın kötüye kullanılması teşkil etmelidir³⁶⁵. TKAKK’nın emredici hükümleri ve doktrinde ileri sürülmüş fikirler birlikte değerlendirildiğinde, ehil sayılan mirasçılar lehine yapılan ve murisin iradesinin tapulu tarım arazisinin ehil mirasçı tarafından kullanılmasını sağlamak olduğu muvazaalı işlemlerde, muris muvazaası oluşmaz. Bu durumda şartları varsa, tenkis ve denkleştirme hükümleri uygulama alanı bulur. Fakat lehine muvazaalı işlem yapılan mirasçı tapulu tarım arazisini kullanmaya ehil değilse, murisin niyetinin mirastan mal kaçırmak olduğu kabul edilmelidir³⁶⁶. Muris, muvazaalı işlemle tarım arazisini ehil olmayan bir mirasçıya devretmişse ve diğer mirasçılar arasında ehil ve tarım arazisini işletmeye istekli bir veya birden fazla mirasçı varsa, tarım arazisinin

³⁶² Kanun No: 5403, Kabul Tarihi: 03.07.2005. Bundan sonra TKAKK olarak anılacaktır

³⁶³ Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu’nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Kanun No: 6537, Kabul Tarihi: 30.04.2014.

³⁶⁴ Ehil mirasçıdan kasıt, işletmenin idaresi için gerekli olan fiziki, fikri, ahlaki ve mesleki donanım ve yetenektir. Bunun yanında ehil olma kriteri incelenirken talep eden veya kendisine devir yapılan mirasçının kişisel durumu, yaşı, yaşayışı, alışkanlıkları, mesleki alandaki tecrübe ve yeteneği göz önünde bulundurulur. Ehil sayılabilmek için tarımsal işletmeyi bilfiil işletmek zorunda değildir. İpek Sağlam, “Tarımsal İşletmelerin Özgülenmesi Sorunu ve Bu Sorunun Tarım Reformu Açısından Değerlendirilmesi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 16, S. 1-2, 2010, s. 213-214, (Çevrimiçi) dergipark.org.tr/tr/pub/maruhad/issue/50633/659382, 08.03.2021.

³⁶⁵ İbrahim Kaplan, “Muris Muvazaası”, **Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan**, Cilt: II, Ed: Nihal Ural Çınar, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 368.

³⁶⁶ A. Nilay Şenol, Özge Uzun Kazmacı, “5430 Sayılı Kanun Çerçevesinde Terekedeki Tarım Arazilerinin Devredilmesi Karşısında Muris Muvazaası”, **İstanbul Hukuk Mecmuası**, C. 78, S. 1, 2020, s. 188-189,(Çevrimiçi) http://mecmua.istanbul.edu.tr/tr/_ , 11.02.2021.

ehil olmayan mirasçının elinde kalmasının önüne geçmek için muris muvazaasına dayalı tapu kaydının düzeltilmesi davası açılabilirdir³⁶⁷. TKAKK'nın amacı dikkat alındığında, kanaatimizce, bu görüş daha isabetlidir

B. Görünürdeki İşlemin Muris Muvazaasına Özgü Üç Şartı Taşımadığı Haller

Muris muvazaasına konu edilen görünürdeki işlem, murise ait tapulu bir taşınmazın murisin iradesi ile tapu memuru önünde bir başkasına devrine ilişkindir. Bu şartları taşımayan işlemler, muris muvazaasının uygulama alanına girmez. Yargıtay'ın muris muvazaasının uygulama alanına girmediğini kabul ettiği işlemleri, doktrindeki eleştiriler ve görüşlerimiz çerçevesinde aşağıda inceleyeceğiz.

1. Taşınır Mal Devirleri

Murisin mirastan mal kaçırmak amacıyla aslında bağışladığı taşınır malını muvazaalı satım sözleşmesi uyarınca devretmesi durumunda, görünürdeki işlem muvazaa nedeniyle geçersiz olmasına rağmen tarafların gerçek iradesini yansıtan gizli bağışlama sözleşmesi, TMK m. 763 ve TBK m. 289 gereğince sözleşme konusu taşınırın bağışlanana elden teslimi ile geçerli olarak kurulmuş olur. Dolayısıyla mirasçılar, gizli işlemin şekle aykırılığını ileri sürme imkânını elde edemez.

Ancak gizli bağışlama işlemine konu olan taşınır malın mülkiyetinin devri kanunen şekle tabi kılınmış olursa veya bahse konu taşınır malın teslimi gerçekleşmediğinden ortada yazılı şekle bağlı bağışlama vaadi bulunursa gizli işlemin şekle aykırılığından bahsedilebilir. Ancak Yargıtay, bu durumlarda da muris muvazaası hükümlerini uygulamaktan kaçınmaktadır.

Bu konuya araçların devri örnek olarak verilebilir. Muvazaalı işlemin konusunu otomobilin devri oluşturduğu hallerde muris muvazaası hükümleri yine uygulanmaz. Yargıtay verdiği bir kararında otomobillerin de bir taşınır olduğu, her ne kadar görünürdeki satım sözleşmesi muvazaa nedeniyle geçersiz olsa da

³⁶⁷ Şenol, Uzun Kazmacı, **a.g.m.** , s. 189.

taşınırların elden bağışlanmasına ilişkin herhangi bir şekil şartının olmadığı ve bu yüzden muvazaa hükümlerine başvurulamayacağı, ancak koşulları gerçekleşmişse tenkis hükümlerine başvurulabileceği sonucuna varmıştır³⁶⁸. Bilindiği üzere, tescilli motorlu araçların devrinin noter huzurunda yapılması gereklidir³⁶⁹. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 20/d maddesinde, tescil edilmiş araçların her çeşit satım ve devirlerinin noterlerce yapılacağı, noter tarafından yapılmayan satım ve devirlerin geçersiz olduğu belirtilmiştir³⁷⁰. Şu düzenlemeye göre aracın satış yoluyla mülkiyetinin geçmesi için noterlerce bir sözleşmenin yapılması gerektiği öngörülmüştür³⁷¹. Kendisine özgü şekil şartına sahip olan otomobillerin devrine ilişkin sözleşmelerde mirastan mal kaçırmaya yönelik muvazaanın varlığı halinde, görünürdeki satım sözleşmesi muvazaa nedeniyle, gizli işlem de şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olur. Ancak Yargıtay, bu durumda bile muris muvazaasına dair içtihadın uygulanamayacağı, buna karşılık TBK m. 19/1 uyarınca muvazaa hükümlerine başvurulmasının önünde engel olmadığı görüşündedir³⁷².

³⁶⁸ Yargıtay HGK. E. 2008/4-399, K. 2008/408, T. 28.05.2008, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 21.02.2021.

³⁶⁹ 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu m. 20/d, 04.06.2009 tarihli ve 5766 sayılı Kanun m. 18 uyarınca değiştirilmiştir. Buna göre, 31.12.2009 tarihinden itibaren tescilli araçları ilişkin her türlü satım, devir ve tescil işlemlerinin trafik tescil şube veya bürolarındaki ilgili memurlar tarafından trafik siciline işlenmek suretiyle yapılacağı öngörülmüştür. Ancak 31.12.2009 tarih ve 27449 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren kanun ile bahsi geçen madde tekrar değiştirilmiş ve son halini almıştır. Buna göre, satım veya devri yapılacak araçtan dolayı motorlu taşıtlar vergisi, gecikme faizi, gecikme zammı, vergi cezası ve trafik idari para cezası borcu bulunmadığının tespit edilmesi ve taşıt üzerinde satım ve/veya devri kısıtlayıcı herhangi bir tedbir veya kayıt bulunmaması halinde, tescilli araçların her çeşit satım ve devirleri, 01.05.2010 tarihinden itibaren, araç sahibi adına düzenlenmiş araç tescil belgesi veya trafik tescil kayıtları esas alınarak noterler tarafından elektronik ortamda yapılacağı düzenlenmiştir.

³⁷⁰ Satımın yanında her türlü devrin resmi şekle bağlanması, araçların bağışlama veya trampa yoluyla devrinin de resmi şekilde yapılmasının zorunlu olması anlamına gelir. Oğuzman, Öz, **Borçlar I**, s. 147, dn. 373; Trafik siciline kayıtlı olmayan araçlar, resmi şekle tabi değildir. Eren, **Borçlar Özel**, s. 39; Noterlerce yapılan işlemlerin geçerlilik şekli değil, düzen şekli olduğu yönünde görüş için bkz. Aybay, Hatemi, **a.g.e.**, s. 153; Hatemi, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 46.

³⁷¹ Madde metninin düzenlenmesinden anlaşılabileceği üzere, sadece borçlandırıcı işlem değil, tasarruf işlemi de resmi şekle tabidir. Oğuzman, Öz, **Borçlar I**, s. 147, dn. 373; Ayrıca taşınır mülkiyetinin devrine ilişkin TMK m. 763 hükmünden farklı olarak, noterde düzenlenen senedin imzalanması ile zilyetliğin devri aranmaksızın aracın mülkiyeti alıcıya geçer. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II**, 15. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020, s. 209, dn. 245.

³⁷² “Görüldüğü gibi trafikte kayıtlı araçlar, yapıları itibariyle taşınır mal da olsalar mülkiyetlerinin geçişi taşınır ve taşınmazlardan farklı olarak, özel ve kendine özgü bir düzenleme koşuluna bağlanmıştır. Bunun sonucu olarak, alıcı ancak satış senedinde belirtilen hukuki neden gereğince aracın mülkiyetini kazanabilecektir. O nedenle satış ise satış, bağış ise bağış gereğince gerçekleştirilebilir. Eğer bu konuda yanlar arasında bir danışıklık varsa, gerçekten bağış satış gibi

Yargıtay, önceki kararında otomobillerin devrini, diğer taşınırlarda olduğu gibi şekil şartından bağımsız düşünüp sadece tenkis hükümlerine tabi kılarak yerinde bir tutum sergilememiştir. Yargıtay sonraki kararlarında otomobillerin devrinin kendine özgü şekil şartına tabi olduğunu, muris muvazaasının ancak tapulu taşınmaz alanında oluşabileceğini, buna karşın genel hükümler uyarınca muvazaa iddiasında bulunulabileceğini vurgulamıştır³⁷³.

2. Tapusuz Taşınmazların Devri

Tapuya herhangi bir şekilde geçirilmemiş taşınmazlara tapusuz taşınmazlar denir³⁷⁴. Tapusuz taşınmazlar, hakkında hiçbir resmi kayıt bulunmayan taşınmazlar ile bugünkü hukukumuzda tapu kaydı sayılabilecek resmi kayıt olmamasına rağmen haklarında eski hukuktan birtakım belgelerin düzenlenmiş olduğu taşınmazlar şeklinde ikiye ayrılır³⁷⁵.

Muris muvazaası hükümlerinin uygulama alanına girip girmediğinin tespitinden önce tapusuz taşınmazların devirlerindeki hukuki düzen belirlenmelidir. Hukuki düzenin ne olduğu ise, doktrinde tartışmalı olup Yargıtay'ın istikrarlı kararları mevcuttur.

gösterilmişse, gerçek iradeleri resmi senette birleşmemiş olması nedeniyle mülkiyette geçmeyecektir. Yanların gerçek iradeleri ile senede yansıyan iradeleri birleşmediğinden, geçerli hukuki bir sonuç ortaya çıkmış sayılmayacak delillerin imkân vermesi koşulu ile danışıklı bir işlemin varlığının kabul edilmesi gündeme gelecektir. Bu sonuçta işlemin iptaline neden olacağı her türlü duraksamadan uzaktır. Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında, böyle bir uyumsuzluğun çözümüne, taşınmazlarla ilgili olan ve kendi alanı ile sınırlı bulunan 01.04.1974 tarih ve 1/2 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının uygulanması olanaklı değildir.” Yargıtay 1. HD. E. 2012/9957, K. 2012/12127, T. 01.11.2012, (Çevrimiçi) e-uyar.com, 30.01.2021; Aynı yönde kararlar için bkz. Yargıtay HGK. E. 2008/1-711, K. 2008/725, T. 03.12.2008, Yargıtay 1. HD. E. 2012/1481, K. 2012/6779, T. 07.06.2012, (Çevrimiçi) e-uyar.com, 30.01.2021; Yargıtay 1. HD. E. 2011/13807, K. 2012/1626, T. 20.02.2012, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 18.02.2021; Yargıtay HGK. E. 2012/3928, K. 2012/8344, T. 03.07.2012, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 18.02.2021.

³⁷³ Bkz. yukarıda bir önceki dn.

³⁷⁴ Acemoğlu, tapusuz taşınmaz ifadesinin kullanılmasını eleştirmiştir. Buna göre, “tapusuz taşınmaz” adı, eski hukukun açık etkisi altında bulunup “senetsiz tasarruf” ifadesinden esinlenilmiştir. Senetsiz tasarruflar ifadesinde bulunan “senet”, eski hukukta delil niteliğinde olan tapu senedini, “tasarruf” ise miri topraklar üzerindeki hakkı göstermektedir. “Tapu” ifadesi, “senet” gibi eski hukukun damgasını taşımakta, sanki her taşınmazın bir tapusu varmış da sadece bu taşınmazlar bundan mahrummuş gibi izlenim oluşturmaktadır. Halbuki bugünkü hukukumuzda bütün taşınmazların kayıtlı olmak zorunda olduğu bir tapu kütüğü mevcuttur. Bu yüzden “tapu kütüğüne kayıtlı olmayan taşınmaz (gayrimenkul)” ifadesi daha yerindedir. Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 1.

³⁷⁵ Saibe Oktay, **Türk Hukukunda Tapuya Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Zamanaşımı İle Kazanılması**, İstanbul, 1990, s. 12-13.

Tapusuz taşınmazlar üzerinde mülkiyet hakkının bulunamayacağını savunan görüşe göre, bir kimsenin tapusuz taşınmazını yazılı senetle satması halinde bu işlem geçersiz olur³⁷⁶. Çünkü hiç kimse üzerinde mülkiyet hakkı bulunmayan bir malı geçerli olarak satamaz. Taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkı kurulabilmesi için taşınmazın tapuya kaydedilmesi gerekir. Tapusuz taşınmazlar tapuya kayıtlı olmadıklarından mülkiyetin devrine konu olmaz. Buna karşın tapusuz taşınmazların zilyetliğin devri vaadi sayılarak geçerli hale getirilmesi mümkündür. Zilyetliğin devri vaadi de hiçbir şekle tabi değildir.

Tapusuz taşınmazlar üzerinde mülkiyet hakkının bulunabileceğini savunan görüşlerden birine göre, tapusuz taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkının bulunup bulunmamasına göre ayırım yapılarak bir sonuca varılmalıdır³⁷⁷. Üzerinde mülkiyet bulunan tapusuz taşınmazlar, ihya ve işgal yoluyla, kazandırıcı zamanaşımı yoluyla kazanılan tapusuz taşınmazlardır³⁷⁸. Bu şekilde kazanılmayan tapusuz taşınmazlar üzerinde ise, mülkiyet hakkı bulunmamaktadır. Ancak olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı yoluyla tapusuz taşınmaz mülkiyetinin kazanılacağı esası kabul edildiğinden, tapusuz taşınmazların çoğunluğu üzerinde mülkiyet hakkının var olduğu söylenebilir³⁷⁹. Üzerinde mülkiyet hakkı bulunan taşınmazların malikleri tarafından satılması halinde, bu satım işleminin resmi şekle uygun olarak yapılması gerekli olduğunu savunan görüşe göre, bu tür taşınmazlar tapuya kaydettirilmedikçe mülkiyet hakkı üzerinde tasarruf edilemez³⁸⁰. Bu taşınmazlarla ilgili olarak mülkiyeti devir borcu doğuran borçlandırıcı işlem yapılmasının önünde bir engel yoktur. Bu borçlandırıcı işlem, resmi şekilde yapılmalıdır. Tapusuz taşınmazın haricen satımı halinde, alıcının zilyet kılıp kılınmadığına göre tapulu taşınmazların satımındaki

³⁷⁶ Postacıoğlu, **Şekle Riayet**, s. 79-82.

³⁷⁷ İsmet Sungurbey, **Türk-İsviçre Hukukuna Göre İktisabi Müruruzzaman**, İstanbul, 1956, s. 72 vd. ; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.** , s. 461; Eren, **Borçlar Özel**, s. 176.

³⁷⁸ Muin M. Küley, **Medeni Kanunda ve Tatbikatta Müruruzzamanla İktisap**, İstanbul, Sermet Matbaası, 1957, s. 92; Oktay, **a.g.e.** , s. 195 vd. ; Önceki hukukumuzdaki miri araziden devletin elini çekmesi üzerine, bu arazinin zilyedi tarafından mülkiyet kazanılmış olabilir. Sungurbey, **İktisabi Müruruzzaman**, s. 81; Acemoğlu, **a.g.e.** , s. 26-29; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.** , s. 461.

³⁷⁹ Acemoğlu, **a.g.e.** , s. 32; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.** , s. 462.

³⁸⁰ Sungurbey, **İktisabi Müruruzzaman**, s. 80 vd. ; Küley, **a.g.e.** , s. 93; Acemoğlu, **a.g.e.** , s. 31 vd. ; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.** , s. 465; Ertas, **a.g.e.** , s. 302.

gibi şekle aykırılığın sonuçlarının doğması gerekir³⁸¹. Bu yönde bir görüşe göre, üzerinde mülkiyet hakkı bulunmayan taşınmazların zilyet tarafından satılması halinde, bu satım doğrudan doğruya geçerli olmasa da tahvil yoluyla özel bir şekil şartına tabi olmayan zilyetliğin devri vaadi olarak geçerli sayılabilir ve satıcı taşınmazı teslim zorlanabilir³⁸². Bu yönde başka bir görüş, üzerinde mülkiyet hakkı bulunmayan tapusuz taşınmazın zilyedinin zilyetliğini ve bu zilyetliğe dayanarak taşınmaz mülkiyetini kazanma olanağını başkasına devretmesinin şekle bağlı olmadığını, şekli gerektirecek kanun hükmünün bulunmadığını savunmuştur³⁸³.

Tapusuz taşınmazlar üzerinde mülkiyet hakkının bulunup bulunmamasına göre ayırım yapmayan görüşe göre, böyle bir ayırım, toplumun ekonomik gereksinimlerine uygun değildir³⁸⁴. Zira sade vatandaşın devre konu ettiği taşınmaz üzerinde zilyetlik mi, yoksa mülkiyet hakkı mı bulunduğunu tespit etmesi mümkün değildir. Bunun için tapusuz taşınmazlar üzerindeki mülkiyet hakkını zilyetliğe eşdeğer kabul etmek ve bunların zilyetliğin devri yoluyla devrini benimsemek gerekir³⁸⁵. Bu yönde başka bir görüşe göre, tapusuz taşınmazların devrini amaçlayan ve şekle aykırı sözleşmeler, geçersiz olmasına rağmen tapusuz taşınmaz teslim edilmişse iade davası açılamamalıdır³⁸⁶.

Tapusuz taşınmazlar üzerindeki mülkiyet hakkının devrine ilişkin sözleşmenin şekil şartı hususunda kanun boşluğu olduğunu savunan görüşe göre, bu boşluk, taşınır mülkiyetinin devrine ilişkin hükümlerin tapusuz taşınmazların

³⁸¹ Tandoğan, **I/1**, s. 268-269; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, s. 464; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 69; Eren, **Borçlar Özel**, s. 181; Eğer taşınmazın zilyetliği devredilmişse, taşınmazın iadesi talebi hakkın kötüye kullanılması teşkil eder. Tunçomağ, **II**, s. 264.

³⁸² Sungurbey, **İktisabi Müruruzzan**, s. 72 vd.

³⁸³ Tunçomağ, **II**, s. 265; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 463; Ertaş, **a.g.e.**, s. 302; Aksi görüşe göre, kanunda düzenlenmiş bir müessesenin anlam ve amacı şeklin bahsettiği korumayı gerekli kılıyorsa, kanunda açık bir hüküm bulunmasa bile, bu işlemin şekle tabi kılınması gerekir. Buna göre, önemli bir ekonomik varlık teşkil eden ve devredilmesi ile birlikte mülkiyetinin kazanılma olanağı da devredilen tapusuz taşınmaz üzerindeki zilyetliğin devri resmi şekle tabi kılınmalıdır. Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 55.

³⁸⁴ Cevdet Yavuz, “Tapusuz Gayrimenkullerin Devren Kazanılması”, **Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay’ın Anısına Armağan**, **C. 1**, İstanbul, 1982, s. 383 vd.

³⁸⁵ C. Yavuz, **Tapusuz Gayrimenkul**, s. 412-413; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 240.

³⁸⁶ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Eşya**, s. 686.

mahiyetine uygun düştüğü oranda uygulanması yoluyla doldurulmalıdır³⁸⁷. Bunun sonucunda tapusuz taşınmazların devrine ilişkin sözleşmeler, herhangi bir şekle tabi olmamalı; bu tür taşınmazlarda zilyetlik, mülkiyet karanesi teşkil etmeli ve taşınmazın teslimiyle mülkiyet alıcıya geçmelidir.

Yargıtay, 1944 yılındaki İBK'da tapusuz taşınmazların haricen satımını geçerli saymamıştır³⁸⁸. Ancak iki yıl sonraki İBK'da bu görüşünden dönmüş ve zilyetliği aynı hak olarak nitelendirerek her hak gibi zilyetliğin de devredilebileceğine ve bu devrin şekle tabi olmadığına karar vermiştir³⁸⁹. Yargıtay, daha sonraki yıllarda verdiği kararlarda tapusuz taşınmazların zilyetliğinin devrini, taşınır malların mülkiyetinin devri hükümlerine tabi tutmuş, devir sözleşmesinde şekil şartı aramamış, zilyetliğin devri ile birlikte mülkiyetin alıcıya geçtiğini kabul etmiş ve böylece bu tür taşınmazları bir çeşit taşınır mal saymıştır³⁹⁰. Bu görüş hâlâ kararlılıkla uygulanmaktadır³⁹¹.

Murisin tapusuz taşınmazını gerçekte bağışladığı halde mirastan mal kaçırmak amacıyla satmış gibi muvazaalı bir işlemle devretmesi halinde, gizli işlemin şekle aykırılık teşkil edip etmeyeceğinin cevaplandırılması, tapusuz taşınmazların devrinin muris muvazaasına konu olup olmayacağını belirler. Doktrindeki farklı görüşler dikkate alındığında, devir için şekil şartı aranan tapusuz taşınmazlar muris muvazaasına konu olabilir. Örneğin, tapusuz taşınmazlar üzerinde mülkiyet hakkının bulunup bulunmadığına göre ayırım yapan görüş kabul edilirse,

³⁸⁷ Akipek, Akıntürk, Ateş, **Eşya**, s. 474; Tapusuz taşınmazın taşınır hükmünde olduğu görüşüne tereddütle yaklaşmakta ve noterde düzenlenen satış vaadi sözleşmesi uyarınca kadastro işlemleri sırasında mülkiyetin kendi adına tespitinin istenebileceğini savunmakta olan görüş için bkz. Aybay, Hatemi, **a.g.e.**, s. 180.

³⁸⁸ Yargıtay İBK. E. 1944/27, K. 1944/32, T. 22.11.1944, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 18.02.2021.

³⁸⁹ Yargıtay İBK. E. 1946/6, K. 1946/12, T. 09.10.1946, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 18.02.2021.

³⁹⁰ *“Tapusuz taşınmaz mallar üzerindeki zilyetliğin para karşılığında devrine ilişkin akdin taşınabilir mal satımı olarak kabulü yasa gereğindedir. Çünkü satım akdi yalnız mülkiyet hakkının para karşılığında devrinde değil, herhangi bir hakkın veya hukuki durumun para karşılığında devri olaylarında da eğer özel hükümler yoksa, söz konusu olur.”* Yargıtay HGK. E. 1964/5, K. 1944/3-184, T. 11.03.1964, (Topdemir, **a.g.e.**, s. 41'den naklen).

³⁹¹ Yargıtay HGK. E. 2005/756, K. 2006/787, (Çevrimiçi) TBB İçtihat Bilgi Bankası, 19.02.2021; Yargıtay 8. HD. E. 2014/22878, K. 2015/16311, T. 14.05.2015, Yargıtay 16. HD. E. 2014/20082, K. 2015/8802, T. 22.06.2015, Yargıtay 8. HD. E. 2015/14794, K. 2016/5744, T. 29.03.2016, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 19.02.2021.

üzerinde mülkiyet hakkı bulunan tapusuz taşınmazların devri şekle tabi kılınması gerektiği için muris muvazaası söz konusu olabilirken; üzerinde mülkiyet hakkı bulunmayan tapusuz taşınmazların devri şekle tabi olmadığından muris muvazaası söz konusu olmaz.

Doktrindeki tartışmalara rağmen tapusuz taşınmazları taşınır mal statüsünde kabul eden Yargıtay kararları doğrultusunda denilebilir ki, tapusuz taşınmazların muvazaalı devrinde gizli işlem şekil şartına tabi olmadığından dolayı geçerli olur ve muris muvazaası hükümleri uygulama alanı bulmaz³⁹².

Doktrindeki bir görüşe göre, tapusuz taşınmazların muvazaalı devrinde şekle aykırılık nedeniyle geçersizliğe dayanılamaması, ekonomik değerleri bakımından tapulu taşınmazlardan geri kalmayan taşınmaz malların danişıklı işlemler yoluyla devrini yaptırımsız bırakmaktadır. Bu noktada ahlaka aykırılık nedeniyle geçersizliğe dayanılarak mirasçılarının hakları koruma altına alınmalı ve tapuya kayıtlı olan ve olmayan taşınmazlar arasında birbirine yakın hukuki rejim yaratılmalıdır³⁹³. Kanaatimizce, sorun olarak kabul edilen bu durumu aşmak için taşınır ve tapusuz taşınmazların muvazaalı devrinde ahlaka aykırılık iddiasının ileri sürülmesine olanak tanımak muris muvazaasının niteliği ile bağdaşmaz. Muris muvazaası, gizli işlemin şekle aykırılığına dayanmaktadır. Tapulu taşınmazların tabi kılındığı hukuki statü göz önüne alındığında, bu tür büyük ekonomik değerlerin devrinde satıcıyı düşünmeye sevk etme ve tapu sicili kaydını düzgün tutma kaygısı güdülmediği ortadadır. Yargıtay'ın tapusuz taşınmazlar ve taşınır mallar için kabul ettiği bu hukuk düzeninin sonucu olarak muris muvazaası ileri sürülemez. Kaldı ki,

³⁹² “Tapusuz taşınmazlar üzerindeki zilyetlikten ibaret olan hakkın devrine ilişkin gizli sözleşme hiçbir şekil şartına bağlı olmaksızın geçerlidir. O halde, tapusuz taşınmazların muvazaalı şekilde bağış yoluyla devir ve teslim edildiğine yönelik sözleşmenin iptal davasının dinlenmesine yasal olanak yoktur... Hal böyle olunca mirasçı olan davacıların ancak tenkis hükümlerine dayanarak davalının dayandığı adi satış sözleşmelerindeki tasarrufun tenkisini dava hakları vardır...” Yargıtay 4. HD. E. 10940, K. 11459, T. 14.12.1982, (E. Günay, **a.g.e.**, s. 145’ten naklen); Yargıtay 1. HD. E. 1992/8043, K. 1992/10713, T. 25.09.1992, Yargıtay 1. HD. E. 2015/17555, K. 2016/1099, T. 03.02.2016, Yargıtay 1. HD. E. 2014/14202, K. 2016/4881, T. 21.04.2016, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 19.02.2021.

³⁹³ Bu görüş, taşınırlar için de aynı düşüncelere sahiptir. Özellikle hisse senedi, tahvil ve diğer menkul kıymetlerin muvazaalı olarak devredilmesi suretiyle mirasçılarının miras haklarının kolaylıkla ihlal edilebildiği durumlarda mirasçılarının korumasız kaldığı ileri sürülmüştür. Topdemir, **a.g.e.**, s. 45; Sevgi, **a.g.e.**, s. 124; Balaban Evirgen, **a.g.e.**, s. 111; İnci, **a.g.e.**, s. 58; Akkök, **a.g.e.**, s. 150.

murisin iradesinin bağış yönünde olduğu taşınmaz devirlerinde bile şekle aykırılık nedeniyle geçersizliğin ileri sürülmesinin ne kadar adilane bir tutum olduğu tartışmalıdır. Hal böyle iken tapusuz taşınmaz ve taşınırlarda murisin iradesine uygun devir işlemlerinin ahlaka aykırı kabul edilmesi, miras hukukundaki murisin iradesini ön planda tutan günümüz çağdaş eğilimlerine tezat teşkil edecektir. Bu arada, her ne kadar tapusuz taşınmaz ve taşınır niteliğindeki tüm mallarının iadesinin talep edilmesi Yargıtay'ın yerleşik muris muvazaasına ilişkin uygulaması kapsamında mümkün olmasa da mirasçılarının tenkis hükümlerine dayalı dava açma haklarının saklı bulunduğu da unutulmamalıdır.

3. Kadastro Kanunda Öngörülen Haller

a. 10 Yıllık Hak Düşürücü Sürenin Geçmesi

Muris taşınmazını muvazaalı şekilde devretmiş, ölümünden sonra devredilen taşınmazın tapulama tespiti yapılarak taşınmazı devralan kişi üzerine tespit edilmiş ve tespit tutanağının kesinleşmesinden itibaren Kadastro Kanunu m. 12'de öngörülen on yıllık hak düşürücü süre geçmişse, mirasçılarının şekil eksikliğine dayanarak tapunun iptalini istemeleri mümkün değildir. Burada muvazaalı temlik, kadastro işleminden önce gerçekleşmiş, muris de tespitten önce ölmüş ve kadastro işlemi sırasında tapuda kayıt sahibi muvazaalı işlemin karşı tarafı zilyet gözükmüş, buna bağlı olarak mirasçılarının dava hakkı kadastro tutanağındaki tespitten önce doğmuş olduğundan tespit öncesi nedene dayanılmış demektir³⁹⁴. Kanun hükmü uyarınca, mirasçılar, kadastro tespit tutanağının kesinleşmesinden itibaren on yıllık hak düşürücü süre geçtikten sonra bahsi geçen işlemin şeklen geçersiz olduğunu ileri süremez³⁹⁵. Buna karşın muris, tapulama işleminden sonra ölmüşse, dava hakkı

³⁹⁴ Cem Akbıyık, “Yargıtay’ın 1.4.1974 Gün ve 1/2 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının Kadastro Kanunu Madde 13/B-a Uyarınca Yapılan Tespitlerde Uygulanamayacağı Yolundaki Görüşünün Eleştirisi”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 72, S. 4-5-6, 1998, s. 410.

³⁹⁵ Özkaya, **a.g.e.** , s. 413; Hatipoğlu, **a.g.e.** , s. 94; Yargıtay 1. HD. E. 2011/30, K. 2011/1234, T. 10.02.2011, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 22.01.2021.

kadastro tutanağındaki tespitten sonra doğmuş olacağından 10 yıllık hak düşürücü süreye tabi olmadan her zaman dava açılabilir³⁹⁶.

b. Murisin Kadastro Teknisyeni Huzurunda Zilyet Adına Tescile Muvafakat Vermesi

Kadastro Kanunum. 13'te daha önceden tapulanmış taşınmazların kadastro işlemi sırasında kimin adına düzenleneceği öngörülmüştür. Kadastro Kanunu m. 13/B-a'ya göre, muris, kadastro sırasında kadastro teknisyenini huzurunda taşınmazın zilyedi adına tespit ve tesciline ilişkin muvafakat verirse, taşınmaz zilyet adına tescil olunur. Bu durumda zilyetliğin devrine ilişkin muris muvazaasına konu görünürdeki işlemin ardındaki gizli işlemin şekle aykırılığı ileri sürülemez³⁹⁷.

Kadastro Kanunu m. 13/B maddesi bir tasfiye kuralı olduğu için taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin emredici hükümlere ayrı bir düzenleme getirmiştir. Bu ayrı düzenleme doğrultusunda taşınmazın devrine ilişkin şekil şartı gerçekleşmiş olur. Zaten kadastro işlemi ayrı bir hukuki işlem olup bu işlemin tabi olduğu şekil şartı yerine getirilerek şekil şartının amaçları doğrultusunda hareket edilmiştir. Yani hem hukuki düzenini korumak hem de tarafları düşünceye sevk etme gibi hususlar gözetilmiştir. Kısacası, temlik tasarrufa konu yapılan taşınmazın murisin tapulu malı olması halinde, tapu memuru önünde yapılan tescil işlemi ile Kadastro Kanunu'nun 13/B-a maddesi uyarınca kadastro teknisyenini huzurunda murisin bağış iradesi yönünde beyanda bulunması eşdeğer nitelikte görülmüştür³⁹⁸. Bunun yanında kadastro memuru önünde murisin verdiği beyan, muvazaalı işlemde var olan irade

³⁹⁶ Akbıyık, **Kadastro**, s. 410; Özkaya, **a.g.e.**, s. 443 "Dava konusu taşınmazların 1965 yılında miras bırakan t. Tarafından tapuda davalılara satış suretiyle temlik edildiği, satıştan 10 yıl sonra 1975 yılında başlanan tapulama sırasında bu yerlerin tapu kayıtlarına istinaden davalılar adına tesbit edildiği, murisin 1986 da öldüğü, temyize konu davanın ise 1988 yılında açıldığı, dosyaya getirilen kayıt ve belgelerden anlaşıldığı gibi, taraflar arasında da tartışma konusu değildir. Tüm dosya içeriğine göre, davalılar adına bulunan tapuların oluşmasının muvazaa ile ilgili bulunduğu ve ortada gerçek satış değil bağış olduğu, temlikin davacıları, miras haklarından mahrum bırakmak ve kendilerinden mal kaçırmak amacıyla yapıldığı kanıtlanabilmiş değildir." Yargıtay HGK. E. 1992/8-201, K. 1992/314, T. 06.05.1992, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 23.01.2021.

³⁹⁷ Özkaya, **a.g.e.**, s. 411; Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 94.

³⁹⁸ Yargıtay HGK. E. 1996/1-336, K. 1996/493, T. 19.06.1996, Yargıtay HGK. E. 2006/1-734, K. 2006/761, T. 29.11.2006, Yargıtay HGK. E. 2010/1-282, K. 2010/323, T. 16.06.2010, Yargıtay 1. HD. E. 2015/338, K. 2015/2240, T. 17.02.2015, Kararlar için bkz. (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 23.01.2021.

uyuşmazlığını ortadan da kaldırmıştır³⁹⁹. Dolayısıyla geçerli şekilde yapılmış bir devir, muris muvazaasına konu edilemez.

Yargıtay HGK, aynı olayda birden fazla taşınmaz arasında böyle bir ayırım yaparak kadastro işlemi sırasında yapılan bağışlama iradesinin murisin gerçek iradesini yansıttığı, fakat diğer tapulu taşınmazlara ilişkin muvazaalı işlemlerde görünürdeki işlemin arkasına gizlenen bağışlama işleminin şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olduğu sonucuna varmıştır⁴⁰⁰.

Doktrinde, Yargıtay'ın oy çokluğuyla benimsediği bu tutum eleştirilmiştir. Buna göre, kanun koyucu muvafakat bildirimini resmi şekil şartına eşdeğer tutmuş olduğundan murisin iradesinin resmi şekilde saptanması gereklidir. Aksi takdirde, muvafakat bildirisi, hukuksal değerden yoksundur⁴⁰¹. Ayrıca kadastro faaliyetlerinde en önemli ilkelerden birisi, doğru tespit ilkesidir. Kadastro işlemi sırasında murisin

³⁹⁹ Yargıtay 1. HD. E. 2008/4258, K. 2008/8845, T. 15.07.2008, (Çevrimiçi) Yargıtay Bilgi Bankası, 28.02.2021.

⁴⁰⁰ “Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında bir kısım üyelerce; Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının uygulanması için taşınmazın tapulu olmasının yeterli olduğu, tapulu taşınmazların ortak miras bırakanın tapulama sırasında tapulama teknisyenleri huzurunda verdiği ve imzası ile tapulama tutanağına bu yerleri haricen davalılara sattığına ilişkin muvafakat bildiriminin Kadastro Kanunu'nun 13/B-a maddesine göre resmi memur önünde serbest irade ile belirtilen tescil isteme beyanı olarak görüldüğünden murisin iradesinin resmi memura ulaştırılması ve bu iradenin tapudaki muvazaalı devir işlemine esas olmasının yeterli olduğundan kadastro tutanağına şerh verilmesi suretiyle yapılan bu işlemin 01.04.1974 tarih 1/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı kapsamında kaldığının kabulü gerektiği ileri sürülmüş ise de bu görüş kurul çoğunluğunca benimsenmemiştir.” Yargıtay HGK. E. 2014/52, K. 2015/1524, T. 10.06.2015, (Çevrimiçi) TBB İçtihat Bilgi Bankası, 23.01.2021; Aynı doğrultuda karar için bkz. “Hemen belirtilmelidir ki; davalıya kadastro sırasında hibe edilen 4439 parsel sayılı taşınmazın devrine dair işlemin murisin gerçek iradesini yansıttığı ve 1.4.1974 tarih 1/2 Sayılı Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kararının uygulama yeri bulunmadığı gözetilerek bu taşınmaza yönelik davanın reddedilmiş olması doğrudur. Asıl davada davacılar ve birleşen davada davacı vekilinin bu parsel ile temyiz itirazları yerinde değildir... Satış akti ile temlik edilen 2557, 4440 ve 4866 parsel sayılı taşınmazlara yönelik temyiz itirazlarına gelince: Bilindiği üzere; Uygulamada ve öğretide “muris muvazaası” olarak tanımlanan muvazaa, niteliği itibarıyla nisbi (mevsuf-vasıflı) muvazaa türüdür. Söz konusu muvazaada miras bırakan gerçekten sözleşme yapmak ve tapulu taşınmazını devretmek istemektedir. Ancak mirasçısını miras hakkından yoksun bırakmak için esas amacını gizleyerek, gerçekte bağışlamak istediği tapulu taşınmazını, tapuda yaptığı resmi sözleşmede iradesini satış veya ölüncüye kadar bakma sözleşmesi doğrultusunda açıklamak suretiyle devretmektedir. Bu durumda, yerleşmiş Yargıtay içtihatlarında ve 1.4.1974 tarih 1/2 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında açıklandığı üzere görünürdeki sözleşme tarafların gerçek iradelerine uymadığından, gizli bağış sözleşmesi de Türk Medeni Kanununun 706., Türk Borçlar Kanununun 237. (Borçlar Kanununun 213.) ve Tapu Kanununun 26. maddelerinde öngörülen şekil koşullarından yoksun bulunduğundan, saklı pay sahibi olsun veya olmasın miras hakkı çiğnenen tüm mirasçılar dava açarak resmi sözleşmenin muvazaa nedeni ile geçersizliğinin tespitini ve buna dayanılarak oluşturulan tapu kaydının iptalini isteyebilirler.” Yargıtay 1. HD. E. 2015/8291, K. 2015/8608, T. 16.06.2015, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 23.01.2021.

⁴⁰¹ Akbıyık, **Kadaastro**, s. 408-409; Eviz, **a.g.e.** , s. 88.

gerçek iradesini gizlemesi, kadastro kanunlarının amacına aykırılık teşkil eder⁴⁰². Tüm bu eleştiriler⁴⁰³, Kadastro Kanunu m. 13/B-a uyarınca yapılan tespitlerde muris muvazaası hükümlerinin uygulanması gerektiğini vurgulamaktadır. Ancak bu görüşe katılmamaktayız. Bahsi geçen kanunun tasfiye hükümleri içerdiği ve şekil eksikliğini giderici işlevi bulunduğu göz önünde tutulmalıdır. Görünürdeki işlemin ardındaki gizli işlemin şekle aykırılığının ileri sürülemediği hallerde muris muvazaası gündeme gelmez. Bu durumda hem zilyetliğin devrinde şekil eksikliği giderildiğinden hem devir işlemi tapu memuru önünde gerçekleşmediğinden hem de murisin tek taraflı irade beyanına dayanıldığından muris muvazaası ileri sürülemez⁴⁰⁴.

4. Uzun Süreli Kira Sözleşmeleri

Muris, mirastan mal kaçırmak amacıyla mirasçılardan biriyle veya üçüncü kişiyle kira bedeli almadan kira sözleşmesi yapabilir ve bunu tapu siciline şerh ettirebilir.

Taşınmazlara ilişkin kira sözleşmesi, TMK m. 1009 ve TBK m. 312 uyarınca tapu siciline şerh ettirilebilir. Özellikle, TBK’da çatılı işyeri ve konut kirasına ilişkin kira sözleşmesinin belirsiz veya belirli olmasına göre farklı fesih süreleri getirilerek şerhin süresi dolaylı olarak belirlenebilir olsa da, kiracıyı koruma amacı güden bu süreler nedeniyle uzun süre için kira hakkının tapuya şerh edilmiş halde kalması olasıdır⁴⁰⁵. Şerhin munzam etkisiyle kiracı, kira sözleşmesinden doğan kişisel hakkını, bu taşınmaz üzerinde muris öldükten sonra hak kazanan mirasçılara karşı ileri sürebilir. Şerhin eşyaya bağlı borç etkisi ile birlikte mirasçılar, kira sözleşmesiyle bağlı hale gelir. Kiracılık hakkının tapuya şerh edilmesi ve buna bağlı

⁴⁰² Akbıyık, **Kadaastro**, s. 409.

⁴⁰³ Yargıtay görüşünün aksi yönündeki diğer görüşler için bkz. Sert Sütçü, **a.g.e.** , s. 71; Eviz, **a.g.e.** , s. 88; Sun, **a.g.e.** , s. 72.

⁴⁰⁴ Aynı yönde görüş için bkz. Özkaya, **a.g.e.** , 412.

⁴⁰⁵ Kanunda şerh için süre belirtilmemiştir. Ancak bu süre ilke olarak kira sözleşmesinin süresi kadardır. Eren, **Borçlar Özel**, s. 358; Kira sözleşmesinde bir süre belirlenmemişse, tapu sicil müdürlüğünün şerh talebini reddetmesi gerekir. BSK OR, Weber, **a.g.e.** , § 261b, Rn. 2; Şerh, süresi yapılamaz. Şerh anlaşmasında tarafların süre konusunda da anlaşması gerekir. Faruk Acar, **Kira Hukuku Şerhi (TBK m. 299-332)**, 4. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, 2017, s. 267; Uygulamada, 1960’lı yıllarda, çok uzun süreli kira sözleşmelerinin tapuya şerhinin reddedildiği ve 10 yıl süre konulduğu vakidir. Somut olayın incelendiği dava için bkz. Yargıtay HGK. E. 2007/14-83, K. 2007/142, T. 14.03.2007, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 20.02.2021.

hususlar, mirasçıların taşınmazdan diledikleri gibi yararlanmalarını engellese bile muris muvazaasına konu olmazlar. Çünkü ortada geçersizliği ileri sürülebilecek şekilde aykırı bir gizli işlem bulunmamaktadır. Bunun yanında murisin ölümüne kadar geçen zaman diliminde ödenmesi gereken kira bedellerinin ödenmemesinin, terekede var olması gereken mal varlığının terekeden kaçırıldığı anlamına geldiği düşünülmemelidir. Çünkü görünürdeki işlem kira sözleşmesi olsa da gizli işlem, kurulma anında kira bedeli kararlaştırılmadığından ariyet (kullanım öduncü) sözleşmesi niteliğindedir⁴⁰⁶. Gizli işlem herhangi bir şekil şartına tabi olmadığından geçersizliğinin ileri sürülmesi ve bu işlem ivazsız olduğundan bedel talep edilmesi mümkün değildir. Bu yüzden gizli işlemin geçersizliği söz konusu değildir. Dolayısıyla sadece muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı olarak değil tenkis hükümlerine dayalı olarak da geçmiş kira bedelleri ile ilgili hak iddiasında bulunulamaz.

Doktrinde yer alan bir görüşte, uzun süreli kira sözleşmeleri meselesine mirasçıların taşınmazdan diledikleri gibi yararlanamaması açısından yaklaşılarak, her ne kadar mülkiyet diğer tarafa geçmemiş olsa da zarar gören mirasçıların muris muvazaası nedenine dayalı dava açabileceği iddia edilmiştir⁴⁰⁷. Bir başka görüşte, muris tarafından gerçekte herhangi bir kira bedeli alınmaksızın yapılan uzun süreli kira sözleşmeleri açısından muris muvazaasının oluşmayacağı savunulmuştur. Bu görüşe göre, görünüşteki kira ilişkisine dayanılarak verilen kira şerhinin terkinin muris muvazaası kapsamında talep edilemeye de bu işlemde zarar gören mirasçılar

⁴⁰⁶ Kira bedelinin bağışlandığı yönünde bkz. Özkaya, **a.g.e.** , s. 419; Özüğür, **a.g.e.** , s. 532; Sözleşme kurulma aşamasında herhangi bir ivaz belirlenmemişse, ortada kira sözleşmesi bulunmayıp ariyet sözleşmesi vardır. Bkz. Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Cilt I/2, 4. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 291; Palandt, Weidenkaff, **BGB**, § 516, Rn. 5, Einf v§ 535, Rn. 17, § 535, Rn. 70; Honsell, **BT**, s. 261; Tunçomağ, **II**, s. 761; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.** , s. 397; Acar, **a.g.e.** , s. 35; İstŞ TBK, Kahraman, **C. 4-5**, § 299 Rn. 17; Kullanma ve yararlanma hakları, ivazsız olduğu takdirde bunlar bağışlama değil, kullanma veya tüketim öduncüdür. Jauerning, Mansel, **BGB**, § 516, Rn. 15; Honsell, **BT**, s. 319; Eren, **Borçlar Özel**, s. 321; Kanunda özel olarak düzenlenmiş karşılıksız kazandırmalar bağışlama sayılmayıp kendileri ile ilgili özel kurallara tabi tutulur. Karşılıksız para kullandırma öduncüdür; karşılıksız (kirasız) eşya kullandırma ariyettir. Kaldı ki, karşılıksız kullandırma edimleri malvarlığının özünden gerçekleştirilmiş sayılmazlar. Hatemi, Serozan, Arpacı, **Borçlar Özel**, s. 139; Bu yüzden en doğru niteleme, görünürdeki işlemin kira, gizli işlemin ariyet sözleşmesi olduğudur.

⁴⁰⁷ Özüğür, **a.g.e.** , s. 532; Murisin mirasçılarını uzun süre malvarlığını kullanmaktan mahrum etmesinin ahlaka aykırılık oluşturduğu yönünde görüş için bkz. Akcan, **a.g.e.** , s. 43.

tarafından üçüncü kişi sıfatıyla kira sözleşmesinin TBK m. 19'a göre muvaza'a nedeniyle geçersiz olduğu ileri sürülerek kira şerhinin terkinini talep edilebilir⁴⁰⁸.

Sorunun çözümü adına şerh talebinin terkinini için gerekli şartların oluşup oluşmadığı yönünden bir inceleme yapılması gereklidir. Bilindiği üzere, kira hakkı, kişisel hak olup kira sözleşmesinden doğar. Ariyet sözleşmesinden doğan hak, kira hakkından başka bir hak olup, kanunda tapuya şerh edilmesi imkânı olmayan böyle bir hakkın tapuya şerhi mümkün değildir⁴⁰⁹. Bundan dolayı mirasçılar, tapu sicilindeki kira hakkı şerhinin terkinini muvazaayı ispatlamak suretiyle talep edebilir. Ancak burada mirasçılar, Yargıtay'ın sınırlarını çizdiği muris muvazaasına dayalı talepte bulunamazken genel hükümlere göre muvaza'a iddiasını ileri sürebilirler.

Somut olayda, sözleşme kurulurken gerçekten kira bedeli belirlenmiş ancak kira sözleşmesinin hükümleri doğduktan yani kira bedeli borcu doğduktan sonra kiralayan ibra suretiyle alacağından vazgeçmiş ise, kira bedeli borcunun bağışlama amacıyla sona erdirildiğinden bahsedilebilir. Bu durumda ortada muvazaalı bir işlemin ardına gizlenmiş gizli bir bağış mevcut olmadığından, yani nisbi muvaza'a hali bulunmadığından, muris muvazaasının varlığından bahsedilemez⁴¹⁰. Burada borcun kaynağı olan kira sözleşmesinin geçerliliği hakkında tartışmaya yer olmayıp bu durumda tapuya verilen şerhin terkinini muvaza'a hukuksal nedenine dayalı olarak da istenemez. Mirasçılar, ancak murisin ölümünden sonra doğan kira alacaklarını talep edebilir.

⁴⁰⁸ Sapanoğlu, **a.g.e.** , s. 436; Balaban Evirgen, **a.g.e.** , s. 103; Eviz, **a.g.e.** , s. 107; Sun, **a.g.e.** , s. 67; Atamulu, **a.g.e.** , s. 181; İnci, **a.g.e.** , s. 68.

⁴⁰⁹ Acar, **a.g.e.** , s. 36; Şerh verilebilecek nispi hakların sınırlı sayıda olduğunda dair bkz. BK ZGB, Homberger, **a.g.e.** , § 959, Rn. 1 vd. ; BSK ZGB, Schmid, **a.g.e.** , § 959, Rn. 1; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.** , s. 285; Akipek, Akıntürk, Ateş, **Eşya**, s. 314; Esener, Güven, **a.g.e.** , s. 181; Nomer, Ergüne, **a.g.e.** , s. 153.

⁴¹⁰ Aksi görüş için bkz. Özügür, **a.g.e.** , s. 532; Muris muvazaası değil, tenkis hükümlerine başvurulabileceği yönünde görüş için bkz. Özkaya, **a.g.e.** , s. 1032; Sert Sütçü, **a.g.e.** , s. 125; İncedal Denizhan, **a.g.e.** , s. 59.

5. İntifa Hakkı Tesisi

İntifa hakkı, hak sahibine bahse konu olan mal üzerinde tam yararlanma ve kullanma yetkisi verir⁴¹¹. Malik, mal üzerindeki öz değeri (çıplak mülkiyetini) kendisinde tutmakta, buna karşın malın kullanımı ve maldan yararlanmayı bir başkasına bırakmaktadır⁴¹². Taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin hükümler, TMK m. 795/2 uyarınca taşınmaz üzerinde intifa hakkı kurulmasında da uygulanır. İntifa hakkının kurulması için geçerli kazanma sebebi, malikin tescil talebi ve tescil gerekir⁴¹³. Kazanma sebebi, sözleşme ise⁴¹⁴, bu sözleşmenin tapu memuru önünde resmi şekilde yapılması gerekir⁴¹⁵.

Muris, sağlığında iken mirastan mal kaçırmak amacıyla mirasçılardan biri veya üçüncü kişiye taşınmaz üzerinde bedel almış gibi gösterdiği halde hiçbir bedel almadan uzun süreli veya yararlananın ömrü boyunca intifa hakkı tanıyabilir. Böylece, muris öldükten sonra mirasçılara intikal eden, taşınmazın çıplak mülkiyeti olur ve mirasçılar, taşınmazdan diledikleri gibi yararlanamazlar. Bunun yanında intifa bedeli, terekeye girmediği için bundan da mahrum kalırlar.

Yargıtay'a göre, mülkiyet hakkının devrine ilişkin işlemleri ilgilendiren muris muvazaası hükümlerinin muvazaalı intifa hakkı tesisinde uygulanması söz konusu değildir⁴¹⁶. Doktrindeki çoğunluk görüşe göre ise, murisin bedel almadığı

⁴¹¹ Palandt, Bassenge, **BGB**, § 1030, Rn. 4 vd. ; Jauerning, Chr. Berger, **BGB**, § 1030, Rn. 4; Tuor, Schnyder, Schmid, Jungo, **a.g.e.** , s. 1224; BSK ZGB, Müller, **a.g.e.** , § 745, Rn. 2; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.** , s. 952; Akipek, Akıntürk, Ateş, **Eşya**, s. 674; Aybay, Hatemi, **a.g.e.** , s. 258; Ertaş, **a.g.e.** , s. 519; Esener, Güven, **a.g.e.** , s. 457; Erman, **Eşya**, s. 165; Nomer, Ergüne, **a.g.e.** , s. 532.

⁴¹² Bu durum, murisin mirastan mal kaçırdığına dair bir olgu teşkil eden, intifa hakkını kendi üzerinde tuttuğu ve çıplak mülkiyeti mirasçıya veya üçüncü kişiye devrettiği işlemlerle karıştırılmamalıdır. Bkz. s. 133, dn. 240.

⁴¹³ Tuor, Schnyder, Schmid, Jungo, **a.g.e.** , s. 1209 vd. ; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.** , s. 827; Aybay, Hatemi, **a.g.e.** , s. 259; Nomer, Ergüne, **a.g.e.** , s. 538.

⁴¹⁴ Ölüme bağlı tasarrufla ve kanun gereği de kurulabilir. Tuor, Schnyder, Schmid, Jungo, **a.g.e.** , s. 1225; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, s. 954; Akipek, Akıntürk, Ateş, **Eşya**, s. 680; Aybay, Hatemi, **a.g.e.** , s. 259; Ertaş, **a.g.e.** , s. 522-523.

⁴¹⁵ Palandt, Bassenge, **BGB**, Einf v § 1030, Rn. 5; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.** , s. 953; Akipek, Akıntürk, Ateş, **Eşya**, s. 681; Ertaş, **a.g.e.** , s. 522; Esener, Güven, **a.g.e.** , s. 454 vd. ; Erman, **Eşya**, s. 165; Nomer, Ergüne, **a.g.e.** , s. 537.

⁴¹⁶ "... Muris muvazaası olgusunu etraflı olarak tanımlayıp, koşullarına açıklık getiren, 1.4.1974 gün 1/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının, mülkiyetin nakline ilişkin temlikî işlemleri kapsamına alıp, belli bir kişi yararına sınırlı bir süre için tesis edilen intifa hakkını içermediğinde hiçbir kuşku ve

halde almış gibi gösterdiği intifa sözleşmelerinin muvazaa, gizli işlemin ise şekil şartını taşımadığı nedeniyle geçersizliği, muris muvazaasının uygulama alanı içinde olmalıdır⁴¹⁷.

Yargıtay, murisin mirasçılardan biri veya üçüncü bir kişi lehine muvazaalı intifa hakkı tesis etmesi halinde, tenkis hükümlerinin uygulanabileceği görüşündedir. Karşıt görüşe göre, mülkiyetin devrine ilişkin bir sözleşme söz konusu olmadığı için muris muvazaası hükümleri ve bunun yanında intifa hakkı sözleşmesi, resmi şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olduğu için tenkis hükümleri de uygulanmamalıdır⁴¹⁸. Bu durumda mirasçılar, görünürdeki işlemin muvazaa, gizli işlemin resme şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olduğunu, taraf muvazaası kapsamında külli halef olarak ileri sürebilir ve intifa hakkının terkinini talep edebilir⁴¹⁹.

Kanaatimizce, muris muvazaasında görünürdeki işlemin taşınması gerekli şartlar, muvazaalı intifa hakkı tesis sözleşmesinde oluşmuştur. Taşınmaz mal, murisin tapulu malı olup işlem tapu memuru önünde yapılmıştır. Sırf muris muvazaasının mülkiyetin devrine ilişkin sözleşmelerde uygulanacağı şeklinde bir katı tutum nedeniyle böyle bir sonuca varmak yerinde değildir. İntifa hakkı tesis edilen taşınmazın kullanma ve yararlanma hakkına muris ile danışıklı işlem yapan tarafın sahip olması, mirasçılar açısından malın terekede olmamasıyla neredeyse

duraksama bulunmamaktadır. Bu bağlamda, içtihadı birleştirme kararlarının içerik ve kapsamının kıyas ve yorum yoluyla genişletilmesine olanak bulunmadığının da vurgulanması gerekir. O halde Özel Dairenin, intifa tesisine ilişkin miras bırakan işleminin 1.4.1974 gün ve 1/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı kapsamında bulunmadığına ilişkin saptama ve bozma kararı yasaya uygun bulunmaktadır.” Yargıtay HGK. E. 2003/1-458, K. 2003/470, T. 09.07.2003, (Çevrimiçi) Legalbank, 20.11.2016; Benzer karar için bkz. Yargıtay 1. HD. E. 2007/3249, K. 2007/5128, T. 08.05.2007; Yargıtay HGK, konunun tartışmalı olduğunu kabul etmiştir. Bu yüzden önüne gelen bir olayda konuya açıklık getirmekten kaçınmıştır. Bkz. “... vurgulamakta yarar vardır ki, miras bırakan tarafından taşınmazda intifa hakkının temlikinde muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı olarak istekte bulunulup bulunulamayacağı uygulama ve öğretide tartışmalı olup; bu konuda görüş birliğine varılmış değildir. Ne var ki somut olayda, mahkemece intifa hakkı tesisinde muris muvazaası hukuksal nedeninin uygulanacağı kabul edilmiş, özel dairece de intifa hakkının muris muvazaasına konu olamayacağına dair bozma yapılmadığından, eldeki davaya mahsus olmak üzere intifa hakkı tesisinde muris muvazaası uygulanacağı konusunda usuli kazanılmış hak gerçekleşmiştir.” Yargıtay HGK. E. 2010/14-599, K. 2011/178, T. 15.04.2011, (Çevrimiçi) www.kararara.com, 21.02.2021.

⁴¹⁷ Antalya, **a.g.e.** , s. 360; Özkaya, **a.g.e.** , s. 419; Özügür, **a.g.e.** , s. 532; Sapanoğlu, **a.g.e.** , s. 131; Balaban Evirgen, **a.g.e.** , s. 103; Murisin mirasçılarını uzun süre malvarlığını kullanmaktan mahrum etmesinin ahlaka aykırılık oluşturduğu yönünde görüş için bkz. Akcan, **a.g.e.** , s. 43.

⁴¹⁸ Eviz, **a.g.e.** , s. 105-106.

⁴¹⁹ Arslantürk, **a.g.e.** , s. 92.

eşdeğerdir. Bu yüzden muris muvazaası hükümleri uyarınca intifa hakkı sözleşmesinin geçersiz kılınması ve intifanın terkinin gerekir.

6. Elden Bağışlama

a. Elden Bağışlama Yerine Gizli Bağışlama Kavramının Kullanılması

Uygulamada karşılaşılan sorunlardan biri, gizli bağışlama ile elden bağışlamanın birbirine karıştırılmasıdır. Gizli bağışlama, daha önce bahsedildiği gibi muvazaalı işlemin ardına gizlenen işlemdir. Buna karşın elden bağışlama, taraflarca ciddi istenen işlem olup borç ilişkisiyle tasarruf işleminin aynı anda gerçekleşmesinden ibarettir.

Şekil şartına ve birçok başka formaliteye ihtiyaç duyulmaması, çoğu zaman, taraflardan başka herkesten elden bağışlamanın gizli kalmasına neden olur. Örneğin, zengin babanın elden para bağışlaması sayesinde alım gücü olmayan çocukları, birden taşınmaz sahibi veya şirkette kurucu pay sahibi olabilir. Devir işlemleri herkese ilan edilene kadar, bu malvarlığını edinmek için gerekli paranın muris tarafından verildiği olgusu gizli kalmaktadır. Ancak bu gizlilik muvazaadan kaynaklanan bir gizlilik değildir. Muris ve mirasçının gerçek iradesi, bağışlama yönündedir ve bu bağışlama yoluyla elde edilen para karşılığında bir başkasından taşınmaz veya hisse senedi alınmaktadır. Bazen yakınına yol göstermek ve onun için en iyisini sağlamak amacıyla muris de bu satım işlerine fiili anlamda katılmaktadır. Zarara uğradığını düşünen kimselerin iddia ettikleri muvazaanın varlığı için muris ile taşınmaz sahibinin veya hisse senedini devredenın görünürde karşılıklı ve ivazlı bir sözleşme ilişkisine girmesi gerekir. Oysa mevcut durumda, görünürde böyle bir işlem yoktur ki ardına gizlenmiş bir bağışlama işlemi olsun⁴²⁰. Yargıtay verdiği bir

⁴²⁰ “... davacı, murisin mirasçısı olup, davalılar Fehmi ve İbrahim’de aynı şekilde mirasçıdır. İlk muvazaalı işleminin muris tarafından bu mirasçılar lehine gerçekleştirildiği iddia olduğuna göre, öncelikle bu hukuki işlemler üzerinde durulmalıdır. Davalılardan Fehmi muris Mustafa’nın büyük oğlu olup, bu kişiye karşı murisin bir satış işlemi gerçekleştirdiği ileri sürülmüştür. Dava dışı anonim şirketin kuruluşunda murisin, bu davalının kurucu pay sahibi olması aşamasında pay bedellerinin gerçekte muris tarafından karşılandığı ileri sürülmektedir. Bir başka ifade ile bu davalının pay sahibi olabilmesi için gerekli paranın bağış olarak muris tarafından karşılandığı iddia

kararda, bu husus üzerinde durmuştur. Öncelikle olayda muvazaanın olmadığını, muvazaanın olduğu kabul edilse bile gizli işlemin şekle uygun olduğu için iptalinin mümkün olmadığını vurgulamıştır.

Yargıtay, taşınır ve tapusuz taşınmazların söz konusu edildiği davalarda elden bağışlama kavramını kullanmaktadır⁴²¹. Murisin başka kişiden parasını ödeyerek alıp mirasçıları veya üçüncü kişi adına kayıt ettirdiği taşınmaz ya da tescil ettirdiği hisse senetleri açısından para bağışı şeklinde bir taşınır devri söz konusudur. Dolayısıyla bu tür devirlerde gizli bağış değil elden bağış olgusunun varlığı kabul edilmelidir.

b. Elden Bağışlama Hakkında Yargıtay Görüşü

Murisin üçüncü kişiye bedelini ödeyerek satın aldığı tapulu taşınmazı mirasçılardan biri veya üçüncü kişi üzerine tapuda tescil ettirdiği işlemlerin muris muvazaası nedeniyle geçersiz kılınması ile tapu iptal ve tescil davasının açılıp açılmayacağı tartışmalıdır. Yargıtay daha önce verdiği kararlarında, böyle bir işlemde tarafta muvazaa olduğu, tapuda bir başkası satın almış gibi gösterilen işlemin gerçek tarafının muris olduğu, bu yüzden de tapu kaydının iptal edilerek taşınmazın mirasçılar adına tescil edilmesi gerektiği yönünde tutum sergilemiştir⁴²². Ancak

edilmektedir. Bu ilişkide, davalı İbrahim'in şirket ortağı olması muris ile bu davalı arasındaki bir sözleşmeye dayalı olmadığından bir başka deyişle görünürdeki ortaklık sözleşmesi muris ile bu davalı arasında olmadığından taraflar arasında nisbi (mevsuf) bir muvazaadan söz edilemez. Bir an için aksi kabul edilse bile, sorunun çözülmesi, asıl amaç olan bağışlamanın geçerli olup olmadığına toplanmaktadır. Davalı Fehmi'ye yapılan bağış ister para olarak teslimi kabul edilsin, ister pay teslimi şeklinde kabul edilsin şirket ana sözleşmenin usulüne uygun bir şekilde gerçekleştirilip, bu davalının da paydaş olarak tescil ve ilanı yapılmış bulunmaktadır. Bu şekilde paydaşlık şekli şartı gerçekleştiği gibi, paranın bağışlanmış olması halinde BK.nun 237 nci maddesi hükmü uyarınca geçerlidir ve bir şekle bağlı değildir. O halde, bu davalının, dava dışı Anonim şirketteki paydaşlığının muvazaa sebebiyle iptali mümkün değildir.” Yargıtay 1. HD. E. 1998/9242, K. 1998/4123, T. 18.05.1998, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 14.02.2021.

⁴²¹ Yargıtay 1. HD. E. 2019/104, K. 2019/418, T. 23.01.2019, (Çevrimiçi) Yargıtay Bilgi Bankası, 14.02.2021.

⁴²² “Dava, BK.nun 18. maddesine dayanan muvazaa hukuksal sebebiyle iptal isteğine ilişkindir. Tarafların ortak miras bırakanı Ahmet'in önceki karısından olma davacı evlatlarından mal kaçırmak için dava konusu taşınmazın tümünü üçüncü kişiden satın aldığı halde, tapuda 162 payı sonraki eşi Feride satın almış gibi işlem yaptırdığı, bundan bir süre sonra da aynı amaçla diğer 1/2 payın yarısını adı geçen karısına, diğer yarısını da oğlu davalı Nejat'a tapuda satış göstermek suretiyle temlik ettiği, bunu takiben Feride'nin ölümü ve yapılan temlikte taşınmazın 2/8 payının oğlu davalı Yusuf, 6/8 payının ise Nejat üzerine geçtiği, temliklerde güdülen amacın satış olmayıp bağış olduğu tanık sözleri ve diğer delillerden anlaşılmaktadır. Miras bırakanın sonradan yaptığı temliklerde

Yargıtay daha sonra verdiği kararlarında, önceki görüşünü değiştirmiş ve murisin yorum yoluyla taraf yapılamayacağı ve muvazaa nedeniyle geçersizliğe hükmedilemeyeceği sonucuna varmıştır⁴²³. Buna göre, muris, resmi memur önünde yapılan sözleşmenin tarafı değildir. Ayrıca muvazaaya konu olan taşınmaz, murisin tapulu malı değildir. Bu durumda mirasçılar, muris muvazaası hükümlerine değil, şartları oluşmuşsa tenkis hükümlerine dayanarak hak iddia edebilir.

Doktrinde bu yaklaşım eleştirilmiştir⁴²⁴. Murisin her zaman satım veya ölünceye kadar bakma sözleşmesi yoluyla kendi taşınmazını devretmeyi tercih etmediği, bazen de üçüncü kişilerden bizzat paralarını ödeyerek aldığı taşınmazı mirastan mal kaçırmak amacıyla kendi üzerine tescil ettirmeyip bağışta bulunduğu kişi üzerine tescil ettirdiği belirtilmiştir. Bu tür sözleşmelerde, üçüncü kişilerden taşınmaz satın alınırken murisin sözleşmenin tarafı imiş gibi hareket ettiği, alınan taşınmazın pazarlığını yaptığı, parasını murisin ödediği, buna rağmen tapuda gizli bağış yaparak mirastan mal kaçırdığı savunulmuştur. Aksi takdirde, mirastan mal kaçırmaya açık kapı bırakılacağı vurgulanmıştır.

olduğu gibi üçüncü kişiden eşi Feride adına satın alınan 162 payın satış bedelini ödemesinin de gizli bağış olduğu devamlılık kazanmış yargısal kararlar gereğidir. Hal böyle olunca üçüncü kişiden satın alınmak suretiyle ortak miras bırakan Ahmet'e geçerek adı geçen muris tarafından sonradan davalıların annesi Feride ile davalılardan Nejat'a temlik edilen 162 paya yönelik isteğin kabul edilmesinde bir isabetsizlik yoktur. Davalıların temyiz itirazları yerinde değildir, reddine. Ancak üçüncü kişiden satın alındığı sırada Feride adına işlem yapılan yarı paya ait satış bedelinin de ortak miras bırakan tarafından ödendiği ve bu işlemin mirastan mal kaçırmak amacı ile yapılmış gizli bağıştan kaynaklandığı anlaşıldığına göre, davanın tümüyle kabulü gerekirken aksi görüş ve düşünce ile bu yarı paya ait isteğin reddedilmesi isabetsizdir” Yargıtay HGK. E. 1985/9206, K. 1985/712551, T. 12.11.1985, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 14.02.2021.

⁴²³ “Görüleceği üzere butlan sonucunu doğurarak, murisin temlik tasarruflarının iptaline imkân tanıyan bu tevhide içtihat kararının uygulanabilmesi için, temlik tasarrufa konu yapılan taşınmazın murisin tapulu malı olması, gerçekte bağışlamak istediği bu malı ile ilgili olarak, resmi memur huzurunda, iradesini satış doğrultusunda açıklaması icap eder. Oysa somut olayda, miras bırakanın parasını ödeyerek üçüncü şahıstan 30 seneyi aşkın bir süre önce 1957 'de aldığı taşınmazların sicilini davalı erkek evlatları oluşturduğu ileri sürülmüştür. Bu ileri sürüşe göre; tapudaki temlikte üçüncü şahıs durumundaki murisi yorum yoluyla taraf durumuna getirmek suretiyle 1.4.1974 tarihli 1/2 sayılı Yargıtay İnançları Birleştirme Kararı 'nın uygulama yerinin bulunmadığının kabulü icap eder.” Yargıtay HGK. E. 1992/586, K. 1992/782, T. 30.12.1992, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 14.02.2021; Aynı yönde kararlar için bkz. Yargıtay HGK. E. 1994/248, K. 1994/538, T. 21.09.1994, Yargıtay HGK. E. 1994/473, K. 1994/637, T. 26.10.1994, Yargıtay HGK. E. 1994/667, K. 1994/856, T. 21.12.1994, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 14.02.2021; Yargıtay HGK. E. 2013/3-19381, K. 2014/7260, T. 07.04.2014, (Çevrimiçi) www.lexpera.com 14.02.2021; Yargıtay 1. HD. E. 2015/4241, K. 2015/3267, T. 04.03.2015, Yargıtay 1. HD. E. 2016/7271, K. 2016/6396, T. 25.05.2016, Yargıtay 1. HD. E. 2017/3694, K. 2018/1230, T. 13.09.2018, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 14.02.2021; Aynı yönde görüş için bkz. Balaban Evirgen, **a.g.e.**, s. 112-113.

⁴²⁴ Özkaya, **a.g.e.**, s. 417-418; Muvazaaya dayanmanın mümkün olmadığı ancak ahlaka aykırılığa dayanılabileceği yönünde görüş için bkz. Sevgi, **a.g.e.**, s. 126.

Kanaatimizce, burada muris muvazaası oluşmaz. Öncelikle bu tür bağışlamalarda murise ait tapulu taşınmaz devri söz konusu olmadığı gibi görünürde bir işlem de mevcut değildir. İkinci olarak, muris, taşınmazın satın alınması için uğraşmayıp veya parasını bizzat ödemeyip taşınmazın değerine karşılık gelen parayı yararına işlem yaptığı üçüncü kişi veya mirasçıya elden bağışlamış olsaydı, ortada geçerli bir bağış işleminin varlığından şüphe edilmezdi. Kaldı ki, muvazaa iddiası bir an için kabul edilse bile, gizli bağışın konusu taşınır olduğu için muris muvazaasından bahsedilemezdi. Murisin henüz mülkiyetinde bulunmayan ve öldüğü takdirde terekeye dâhil olmayan bir taşınmaz malın mirastan kaçırıldığı iddiası yerinde değildir⁴²⁵. Burada terekeden kaçırılan mal olsa olsa taşınır niteliğindeki paradır. Somut durumda, murisin elden bağışlama yapması ve bağışlananın lehtarının başka bir sözleşme ilişkisi uyarınca aktarmak zorunda olduğu bu elden bağışlanan miktarı satıcıya doğrudan teslimi söz konusudur. Burada muris muvazaası oluşmaz, ancak şartları varsa tenkis veya denkleştirme hükümleri uygulanır⁴²⁶.

7. Murisin Borç Senedi Düzenlemesi

Murisin sağlığında iken yaptığı muvazaalı işlemlerinden biri de, aslında borçlu olmadığı halde mirastan mal kaçırmak amacıyla mirasçılardan biri veya üçüncü kişi adına adi veya ticari borç senedi düzenlemesidir⁴²⁷.

Murisin muvazaalı şekilde düzenlediği borç senedi geçersizdir ve buradaki muvazaa, mutlak muvazaa niteliğindedir⁴²⁸. Muris muvazaası, nisbi muvazaa

⁴²⁵ Özkaya, söz konusu durumda murisin üçüncü kişiden aldığı taşınmazı kendi üzerine tescil ettirdikten sonra muvazaalı şekilde üçüncü kişiye veya mirasçıya devretmesi halinde, Yargıtay İBK uyarınca muris muvazaası hükümlerinin uygulanabileceğini, murisin bahsi geçen şekilde davranarak yani, sözleşmeye ismini yazdırmamak ve imzalamamak suretiyle işlemi geçersiz kılınmaktan kurtardığını, dolayısıyla kötü niyetli davrandığını ve kötü niyetli kişilerin davranışlarının hukuk sisteminde korunmaması gerektiğini savunmuştur. Özkaya, **a.g.e.** , s. 418; Burada somut duruma tersten yaklaşılmaktadır. Oysa murisin satın alıp terekeye dâhil ettiği bir mal söz konusu değildir. Murisin karşılıksız olarak elden bağışladığı bir miktarın terekeden çıkması söz konusudur.

⁴²⁶ Aynı yönde bkz. N. Yavuz, **a.g.e.** , s. 308; Uyar Hatipoğlu, **a.g.m.** , s. 122; Atamulu, **a.g.e.** , s. 41; Sert Sütçü, **a.g.e.** , s.102; Akcan, **a.g.e.** , s. 48.

⁴²⁷ Muris, borçlu olmadığı halde mirasçılarına zarar vermek için taşınmazın üzerine ipotek koymuş da olabilir. Özkaya, **a.g.e.** , s. 412.

⁴²⁸ Buradaki muvazaanın taraf muvazaası olduğu yönündeki görüş için bkz. Özkaya, **a.g.e.** , s. 413; Sert Sütçü, **a.g.e.** , s. 100; Akcan, **a.g.e.** , s. 43; Saklı pay kurallarını etkisiz kılmak amacıyla yapılsa bile bu işlemler muvazaalı olduğu içten tenkise tabi olmaz. Eren, Yücer Aktürk, **a.g.e.** , s. 317.

niteliğinde olduğundan yani görünürdeki işlemin arkasına gizlenen bir işlemin varlığı gerektiğinden murisin mirastan mal kaçırmak amacıyla düzenlediği senet hakkında muris muvazaası iddiası ileri sürülemez⁴²⁹.

Mirasçılar, murisin külli halefi olarak onun sahip olduğu imkânları dâhilinde muvazaayı ispat edebilir. Bunun yanında Yargıtay kararlarına göre, muris muvazaası hükümlerine göre olmamak üzere, muris ile mirasçıların çatışan menfaatleri doğrultusunda mirasçılar, muvazaalı borç senedinin hükümsüzlüğü nedeniyle açacakları davayı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu⁴³⁰ m. 203 /d uyarınca üçüncü kişi sıfatıyla her türlü delil ile ispat edebilir⁴³¹. Örneğin, mirastan mal kaçırmak amacıyla muvazaalı olarak düzenlenmiş senet nedeniyle mirasçıların borçlu olmadığının tespiti yönünde açılan menfi tespit davasında mirasçılar külli

⁴²⁹ Borç senetlerinin geçerli şekil şartlarını taşıdığını ve bu yüzden muvazaanın ileri sürülemeyeceğine dair görüş için bkz. İnci, **a.g.e.** , s. 69.

⁴³⁰ Kanun No: 6100, Kabul Tarihi: 12.01.2011. Bundan sonra “HMK” olarak anılacaktır.

⁴³¹ “Davacıların ve davalının müşterek murisi Nermin’i keşide ettiği, lehdarı davalı Fatih olan 31.12.2004 keşide tarihli çek davalı tarafından davacılar aleyhine takibe konulmuş, davacılar çekin mirasçı olan davacıları mirastan yoksun bırakmak amacıyla muvazaalı olarak keşide edildiğini ileri sürerek menfi tespit davası açmıştır. Senede karşı menfi tespit davası açıldığına göre HUMK’nun 290. Maddesi uyarınca senede bağlı olan her çeşit iddiaya karşı defî olarak ileri sürülen ve senedin hüküm ve kuvvetini kaldıracak veya azaltacak nitelikte bulunan hukuki işlemler, ispat sınırından az bir miktara ilişkin olsa bile ancak senetle ispat edilebilir. Hükümde öngörülen senede karşı senetle ispat kuralı senedin tarafları için geçerlidir. Senedin tarafları için geçerlidir. Senedin tarafları kavramına külli halefler yani mirasçılar da dahil olduğundan, mirasçıların külli halef sıfatıyla senede karşı dava açmaları halinde, iddialarını ancak senetle ispat edebilirler. Ancak, mirasçılar külli halef sıfatıyla değil de sadece kendi haklarına dayanarak dava açarlarsa, senede karşı olan iddialarını senet (kesin delil) ile ispat etmek zorunda olmayıp, tanıkla ispat edebilirler (...) Somut olayda davacılar (mirasçılar), senedin davacıları (mirasçıları) mirastan yoksun bırakmak amacıyla muvazaalı olarak düzenlendiğini iddia ettiklerine göre, burada halefiyete değil, mirasçı olan davacılar kendi haklarına dayanarak dava açtıklarından senede karşı senetle ispat kuralı burada uygulanmaz.” Yargıtay 19 HD. E. 2009/998, K. 2009/8386, T. 17.09.2009, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 25.02.2021; Benzer kararlar için bkz. Yargıtay HGK. E. 1978/13-3608, K. 1978/338, T. 21.04.1978, Yargıtay HGK. E. 1985/4-558, K. 1985/317, T. 12.04.1985, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 25.02.2021; Karşı yönde verilen bir kararda, davacı mirasçıların muris sağ olsaydı bu davayı nasıl açabilecek idiyse o şekilde ve onun haklarıyla sınırlı olarak halef sıfatıyla hareket edebilecekleri, ilişkiyi kuran murisin kendi düzenlediği yazılı belgenin karşılıksız olduğunu tanıkla ispatlayacağını nasıl ileri süremezse mirasçıların da ileri sürmeyeceği ve mirasçıların muristen daha geniş bir usulü hakka bu nitelikteki davada malik olmayacakları vurgulanmıştır. Bkz. Yargıtay 4. HD. E. 1976/12420, K. 1977/11027, T. 16.11.1977, (Sevgi, **a.g.e.** , s. 114’ten naklen); Bu kararı değerlendiren Sevgi, muris muvazaasına sadece şekil açısından yaklaşıldığında bu kararın hukuka uygun olduğunun düşünülebileceğini, buna karşın, murisin mirasçılarından mal kaçırmak amacıyla diğer taraf ile bir araya gelerek borç senedi düzenlemesinin ahlaka ve dürüstlük kurallarına aykırı bir işlem olduğunun kabul edilmesi gerektiğini savunmuştur. Sevgi, **a.g.e.** , s. 114; Yargıtay, daha sonraki kararlarında görüldüğü gibi, işlemlerin geçersiz olduğunu kabul etmektedir Hatta mirasçılar kendi haklarına dayanarak muvazaa nedeniyle dava bile açabilmektedir. Bundan dolayı ahlaka aykırılığa dayanmaya gerek yoktur.

halef sıfatıyla değil kendi miras haklarına dayanarak dava açabilir ve iddialarını her türlü delil ile ispat edebilir.

8. Miras Sözleşmeleri

Muris muvazaasında, murisin hayatta iken yaptığı muvazaalı işlemlerin arkasına gizlenen işlemler, sağlararası bağışlama niteliğini haiz olup, ölüme bağlı tasarruflar ile ilgisi yoktur. Murisin ediminin ölüme bağlı tasarruf gerçekleştirmek olduğu vasiyetnamelerde muris muvazaasından bahsedilemez. Zaten vasiyetnameler, varması gerekli olmayan beyanlardan oluştuğu için genel anlamda muvazaaya konu olmaz. Fakat miras sözleşmesi, iki taraflı ve şekli anlamda ölüme bağlı tasarruftur. Vasiyetnameden farklı olarak, murisin kanunda öngörülen haller hariç tek taraflı dönme imkânı yoktur ve sözleşme yapma ehliyeti aranır. Dolayısıyla muvazaaya konu olabilir. Ancak muvazaanın bir alt türü olan muris muvazaasına konu olmaz.

Miras sözleşmesi, resmi vasiyetname şeklinde sulh hâkimi veya noter önünde yapılmalıdır. Taşınmazları konu edinen miras sözleşmelerinin tapu memuru önünde yapılması mümkündür. Miras sözleşmeleri, olumlu ve olumsuz miras sözleşmeleri şeklinde ikiye ayrılır. Olumlu miras sözleşmelerinde muris, karşı tarafa maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufta bulunur. Olumsuz miras sözleşmelerinde ise, karşı taraf, mirastan feragat ederek mirasçılık hakkını kaybeder. Miras sözleşmelerinin ivazlı ve ivazsız yapılması mümkündür. İvazlı olumlu miras sözleşmelerinde muris, ölüme bağlı tasarrufta bulunmasına karşılık sağlararası bir ivaz elde ediyorken, ivazlı mirastan feragat sözleşmelerinde feragat eden mirasçı, buna karşılık sağlararası bir ivaz elde eder⁴³². Ölünceye kadar bakma edimi karşılığında mirasçı ataması şeklinde yapılan sözleşmeler, ivazlı ve olumlu miras sözleşmelerine bir örnektir.

⁴³² Miras sözleşmesinin türleri hakkında geniş bilgi için bkz. Escher, **a.g.e.** , s. 287 vd. ; Tuor, Schnyder, Schmid, Jungo, **a.g.e.** , s. 878-883; Druey, **a.g.e.** , s. 131-132; BK ZGB, Weimar, **a.g.e.** , Einl. Zum 14. Titel, Rn. 10-21; Brox, Walker, **ErBR**, Rn. 153-156; Ayiter, **a.g.e.** , s. 96-106; Gönensay, Birsan, **a.g.e.** , s. 117 vd. ; Kocayusufpaşaoğlu, **Miras**, s. 128 vd. ; Şener, **a.g.e.** , s. 318-320; İnan, Ertas, Albaş, **a.g.e.** , s. 279-289; İmre, Erman, **a.g.e.** , s. 185-187, 196 vd. ; Dural, Öz, **a.g.e.** , s. 100-102; Serozan, Engin, **a.g.e.** , s. 262 vd. ; Hatemi, **Miras**, s. 105-110; Ayan, **Miras**, s. 135-137; Antalya, Sağlam, **a.g.e.** , s. 186 vd.

Miras sözleşmelerinde mutlak ve nisbi muvazaa meydana gelebilir⁴³³. Taraflar, üçüncü kişileri aldatmak niyetiyle görünürde miras sözleşmesi yapmış iken aslında bunun sonuç doğurmamasını kararlaştırmış olabilir. Bu durumda mutlak muvazaa söz konusudur.

Nisbi muvazaanın görünürdeki işlemi olarak miras sözleşmesi incelenirken olumlu ve olumsuz miras (mirastan feragat) sözleşmeleri ayrı ayrı ele alınmalıdır. Olumlu miras sözleşmesinde muris, mirasçısı veya üçüncü kişiyi, görünürde sağlararası ivaz karşılığı mirasçı atamış fakat aslında ivazsız şekilde mirasçı atamış olabilir⁴³⁴. Bu durumda, sözleşmenin niteliğinde muvazaa türünde meydana gelen nisbi muvazaa söz konusudur. Miras hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmeleri de bir tür ivazlı olumlu miras sözleşmesidir. Burada murisin karşı edimi sağlararası bir işlem olmadığından bu sözleşme ivazsız yapılmış olsa da muris muvazaası hükümleri uygulanmaz.

Olumsuz miras (mirastan feragat) sözleşmeleri, görünürdeki sözleşmenin ivazlı veya ivazsız gösterilmesi ihtimalleri dâhilinde iki türlü muvazaaya konu olabilir. Birincisi, ivazlı feragat sözleşmesindeki ivazın miktarının resmi sözleşmede düşük gösterilmesi halinde bedelde muvazaa gündeme gelir⁴³⁵. Ancak muris muvazaasına ilişkin içtihadın uygulanabilmesi için bedelde muvazaa değil sözleşmenin niteliğinde muvazaa olmalı ve görünürdeki işlem satım veya ölünceye kadar bakma sözleşmesi, gizli işlem ise bağışlama sözleşmesi olmalıdır.

Olumsuz miras (mirastan feragat) sözleşmelerinde oluşabilecek bir diğer muvazaa ihtimalinde, muris muvazaasına benzeyen bir durum ortaya çıkarabilir. Örneğin, muris, mirasçılarında biri ile onun görünürde ivazsız şekilde mirastan feragat ettiği hususunda anlaşır. Ancak aslında mirasçı, taşınmaz konu edinen sağlararası ivaz karşılığında mirastan feragat etmiştir. Görünürdeki işlem muvazaa,

⁴³³ Genellikle mutlak muvazaa şeklinde karşımıza çıkar. N. Yavuz, **a.g.e.**, s. 83.

⁴³⁴ İvazlı olumlu miras sözleşmeleri, saklı paylı mirasçıların kolayca kanıtlamayacakları muvazaalı işlemlere konu edilebilir. Ayrıca ivazlı ölüme bağlı tasarrufların tenkisi hakkında açık hüküm de yoktur. Bundan yola çıkan görüşe göre, “ölünceye kadar bakma sözleşmesi hariç miras sözleşmeleriyle ivazlı ölüme bağlı kazandırma yapılamaz” şeklinde bir hüküm getirilmelidir. Hatemi, **Miras**, s. 106.

⁴³⁵ Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 109.

gizli işlem ise şekle aykırılık nedeniyle geçersizdir. Ancak bu ihtimalde muris muvazaasına ilişkin içtihadın uygulanması mümkün değildir. Muris muvazaasının oluşabilmesi için sağlararası ivaz teşkil eden edimin konusu murisin tapulu malı olmalıdır. Tapu memuru önünde devrinin gerçekleşmesi için kazanım sebebinde ivaz olarak bu tapulu taşınmazın belirtilmesi gerekir. Resmi şekilde yapılan sözleşmede ivaz olarak tescile konu taşınmazın belirtilmemesi üzerine tescil talebi reddedilmelidir. Görüldüğü üzere, burada muris muvazaasının görünürdeki işleminin şartlarının oluşma imkânı yoktur. Ancak özellikle taşınır ve tapusuz taşınmazları konu edinen gizli ivazlı mirastan feragat sözleşmelerinin, ivazsız mirastan feragat sözleşmesi gibi gösterilmesinde genel olarak nisbi (sözleşmenin niteliğinde) muvazaadan bahsedilebilir⁴³⁶.

9. Kooperatif veya Şirket Payı Devri

Kooperatif veya şirket payının devri, kişisel hakkın devri niteliğini taşır. Görünürdeki işlem, yani kooperatif veya şirket payı devri, muvazaa nedeniyle geçersiz olsa bile gizli işlem, yani bağışlama sözleşmesi, kanunlarda bu işlemler için gerekli kılınan şekil şartlarına uyularak gerçekleştirildiğinden dolayı geçerlidir. Bu yüzden, bu devirler yönünden muris muvazaası oluşmaz, fakat koşullarının varlığı halinde tenkis hükümleri uygulanır⁴³⁷.

Doktrinde bir görüş, kooperatif payının mirastan mal kaçırmak amaçlı devri durumunda kanuna karşı hile hukuki nedenine dayanmanın önünde bir engel olmadığını savunmaktadır⁴³⁸. Yargıtay vermiş olduğu bir kararında, kooperatif payının devri yönünden yapılan temliklere muris muvazaasına dair içtihadın uygulanamayacağını, fakat TBK m. 19 kapsamında muvazaa iddiasının ileri

⁴³⁶ Hatipoğlu, **a.g.e.** , s. 109; Burada görünürdeki işlem muvazaa, gizli işlem de şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olur. Çünkü ister taşınır ister tapulu taşınmaz olsun, miras sözleşmesi resmi şekilde yapılır ve ivazın belirtilmemesi halinde ivazlı mirastan feragat sözleşmesi şekle aykırı biçimde meydana gelmiş olur. N. Yavuz, **a.g.e.** , s. 83.

⁴³⁷ Yargıtay 1. HD. E. 2002/3947, K. 2002/6139, T. 14.05.2002, Benzer karar için bkz. Yargıtay 1. HD. E. 2016/18552, K. 2020/6288, T. 26.11.2020,(Çevrimiçi) Yargıtay Bilgi Bankası, 01.02.2021.

⁴³⁸ Sert Sütçü, **a.g.e.** , s. 127.

sürülmesinin mümkün olduğunu, bu durumda muvazaayı ileri süren tarafın yazılı delil getirmesinin zorunlu olduğunu vurgulamıştır⁴³⁹.

VII. MURİS MUVAZAASININ BAZI KAVRAMLAR İLE İLİŞKİSİ

Bu bölümde muris muvazaasının diğer muvazaa türlerinden farkları ve muris muvazaasının ahlaka aykırılık ile ilişkisi ele alınacaktır. Muris muvazaasının ahlaka aykırılık ile ilişkisi, muris muvazaasını ahlaka aykırı işlem kabul eden görüş incelenerek ele alınacaktır.

1. Muris Muvazaasının Diğer Muvazaa Türlerinden Farkları

Daha önce bahsedildiği üzere, muvazaa ikiye ayrılır. Mutlak muvazaa, tarafların görünürdeki işlemin hüküm doğurmayacağı hususunda anlaşmasıdır. Nisbi muvazaanın mutlak muvazaadan farkı ise, tarafların görünürdeki işlemin arkasına aslında hüküm doğurmasını istedikleri bir hukuki işlem gizlemeleridir. Nisbi muvazaa, sözleşmenin niteliğinde ve konusunda olabilir. Muris muvazaası, sözleşmenin niteliğinde muvazaa türüne dâhildir. Sadece Yargıtay kararları doğrultusunda çizilen sınırlar içerisinde uygulama alanı bulur. Bu yüzden nisbi muvazaanın bir alt türü olmakla birlikte, ondan önemli bir farkı vardır. Nisbi muvazaada aldatılması amaçlanan üçüncü kişiler, kendisinden mal kaçırılan alacaklı, vb. herkes olabilir. Ancak muris muvazaasında aldatılan sadece mirasçı olmalıdır.

Bazı hallerde muris, mirasçılardan değil de, alacaklısından mal kaçırmak amacıyla malını muvazaalı olarak bir başkasına devreder⁴⁴⁰. Külli halef sıfatıyla mirasçılar, muvazaalı işlem yoluyla taşınmazı devralan kişiye karşı TBK m. 19'a dayanarak dava açabilir. Bu durumda muris muvazaasından değil, taraf

⁴³⁹ Yargıtay 1. HD. E. 2012/3953, K. 2012/7046, T. 11.06.2012, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 22.02.2021; Aynı yönde görüş için bkz. Aykut Cura, "Muris Muvazaası", **Bursa Barosu Dergisi**, Yıl: 41, S. 97, Ağustos 2016, s. 172.

⁴⁴⁰ "Miras bırakanın mirasçılardan mal kaçırma kastıyla değil, aksine alacaklı üçüncü kişilerden mal kaçırmak amacıyla yönelik olarak taşınmazı oğluna devrettiği iddia edildiğinden, davada taraf muvazaasına dayanıldığı açıktır. Bilindiği ve 5.2.1947 gün, 20/6 sayılı yargıtay içtihadı birleştirme kararı'nda da belirtildiği üzere, taraf muvazaası ancak yazılı delille kanıtlanabilir." Yargıtay HGK. E. 2002/4-796, K. 2002/832, T. 16.10.2002, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 22.02.2021.

muvaazaasından bahsedilir⁴⁴¹. Aynı şekilde, muris, kiracısını kiralananndan tahliye ettirmek için muvazaalı işlem yaptığında, murisin amacı mirasçılarını aldatmak değil, kiracısını çıkarmaktır⁴⁴². Murisin kiracısı, mirasçı da olabilir. Muris, nafaka borcundan kurtulmak veya kiracısını tahliye ettirmek için tapulu taşınmazını muvazaalı şekilde devrederse, muris muvazaası hukuki sebebine dayalı olarak değil, taraf muvazaası hukuki sebebine dayalı olarak dava açılmalıdır. Davanın mirasçılar tarafından açılması, davaya muris muvazaası niteliği kazandırmaz⁴⁴³.

Muris muvazaası ile taraf muvazaasının hükümleri birbirinden farklıdır. Muris muvazaasında mirasçılar, üçüncü kişi olarak dava açabilirken, taraf muvazaasında aldatılan mirasçı olmadığından mirasçılar, ancak murisin külli halefi olarak dava açabilir⁴⁴⁴. Bunun sonucunda muvazaanın ispat şekli de değişmektedir. Çünkü taraf muvazaası, külli halef konumundaki mirasçılar tarafından yazılı delille ispatlanmalı iken, muris muvazaası, üçüncü kişi konumundaki mirasçılar tarafından yazılı delil ile ispatlanmalıdır⁴⁴⁵. Örneğin, kooperatif payının devrini konu edinen işlemlerde muris muvazaası hükümleri uygulanamaz⁴⁴⁶. Buna rağmen TBK m. 19 gereğince taraf muvazaasına dayanmanın önünde de bir engel yoktur. Fakat bu halde taraf muvazaası iddiasında bulunan kişi, iddiasını yazılı senetle ispatlamak zorundadır. Muris muvazaasında mirasçı, kendisi aleyhine yapılan işleme karşı iptal

⁴⁴¹ “Davacılar, miras bırakanın yapmış olduğu temlikin muvazaalı olduğunu ileri sürmüşler; yargılama sırasında dinlenen tüm tanıklar, temlikin altında yatan gerçek sebebin kök miras bırakan Ali'nin ahara borçlu bulunması olup, bu nedenle çekişmeli taşınmazını alacaklılarından mal kaçırmak amacıyla kendisine güvendiği davalıların murisi Fatma'ya temlik ettiğini bildirmişlerdir. Esasen bu husus davacıların da kabulündedir. O halde, dava dilekçesinin içeriği ve iddianın niteliğine göre, davada dayanan hukuki sebebin mirasçıdan mal kaçırmaya amaçlı muvazaalı işlem olmayıp, taraf muvazaası olduğu sabittir.” Yargıtay 1. HD. E. 2009/13637, K. 2010/489, T. 21.01.2010, (Çevrimiçi) İstanbul Barosu İçtihat Bilgi Bankası, 22.02.2021; Buradaki taraf muvazaası kavramı ile tarafta muvazaa kavramı birbirine karıştırılmamalıdır. Taraf muvazaasından kasıt, muvazaanın taraflarca ileri sürülmesinin ve ispatının gerekmesidir. Tarafta muvazaa ise, nisbi muvazaa türleri başlığı altında bahsedildiği gibi, sözleşmenin taraflarında muvazaa yapılmasıdır.

⁴⁴² Özkaya, **a.g.e.**, s. 1347; Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 82; Sevgi, **a.g.e.**, s. 38.

⁴⁴³ Yargıtay 1. HD. 2000/1418, K. 2000/1558, T. 16.02.2000, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 22.02.2021.

⁴⁴⁴ Özkaya, **a.g.e.**, s. 1347; Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 82; Sevgi, **a.g.e.**, s. 38.

⁴⁴⁵ Özkaya, **a.g.e.**, s. 1347; Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 82; Sevgi, **a.g.e.**, s. 38.

⁴⁴⁶ “Bilindiği üzere; kooperatif payının devri yönünden yapılan temliklere muris muvazaasına ilişkin 01/04/1974 tarih, 1/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının uygulama yeri yok ise de Borçlar Kanunu'nun 18. maddesinin uygulanmasına mani bir hal bulunmamaktadır. Diğer taraftan keyfiyetin Borçlar Kanunu'nun 18. maddesi kapsamında da değerlendirilmesi hususunda ise iddianın 05/02/1947 tarih, 20/6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı gereğince yazılı belge ile kanıtlanması zorunludur. Oysa iddiayı kanıtlayacak nitelikte böyle bir belge de ibraz edilmiş değildir.” Yargıtay 1. HD. E. 2012/3953, K. 2012/7046, T. 11.06.2012, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 22.02.2021.

davası açtığından miras payı oranında iptal ve tescil isteyebilirken, taraf muvazaasında mirasçı murise halef olarak dava açtığından TMK m. 640 gereği mirasçılar arasında iştirak sağlanmalıdır⁴⁴⁷.

Muris muvazaasının varlığı için görünürdeki işlemin taşınması gerekli şartlar mevcuttur. Muris, tapu memuru önünde tapulu taşınmazını devretmelidir. Yani muvazaanın görünürdeki işlemi sadece bu tür işlemlerle sınırlanmaktadır. Oysa genel anlamı ile muvazaa, daha geniş içeriklidir. Örneğin, kendine özgü şekil şartı bulunan otomobillerin devri, bahsettiğimiz şartları taşımadığından muris muvazaasının uygulama alanına girmezken, TBK m. 19'a dayalı dava açmanın önünde bir engel yoktur.

2. Muris Muvazaasının Ahlaka Aykırı İşlem Olduğunu Savunan Görüşün İncelenmesi

Bu başlık altında doktrinde yer alan muris muvazaasının ahlaka aykırı bir işlem olduğu görüşüne, bu görüşün muris muvazaasıyla benzerlik kurduğu çeşitli hukuk sistemlerindeki kavramlarla ilişkisine, tapulu taşınmazlar dışındaki malvarlığının ahlaka aykırılık yoluyla muris muvazaası korumasına alınması gerektiği görüşüne ve bu hususlardaki kişisel görüşlerimize yer verilecektir.

a. Muris Muvazaasının Ahlaka Aykırı İşlem Olduğunu Savunan Görüş

Muris muvazaasında görünürdeki işlemin muvazaa, gizli işlemin de şekle aykırılık nedeniyle geçersizliği üzerinde durulurken, Sungurbey meseleye farklı bir açıdan yaklaşmıştır. Sungurbey, murisin mirasçılarını miras hakkından yoksun kılmak amacıyla malını mirasçılardan biri veya üçüncü kişiye muvazaalı şekilde devretmesini hileli gizli anlaşma (kollusion) olarak değerlendirmiş ve gizli işlemin şekle aykırılığın yanında dürüstlük kuralı ve ahlaka aykırılık nedeniyle

⁴⁴⁷ Özkaya, **a.g.e.** , s. 1348.

geçersizliğinin tespitinin istenebileceğini savunmuştur⁴⁴⁸. Bu görüşe göre, saklı paylı olsun ve olmasın tüm mirasçılar, T.C. Anayasa m. 35'te koruma altına alınan miras hakkına sahiptir⁴⁴⁹ ve danışıklı işlemler yoluyla miras hakkı zedelenen tüm mirasçılar, kendi miras haklarına dayanarak üçüncü kişi konumunda bu davayı açıp iddiasını her türlü delille ispat edebilir⁴⁵⁰. Bunun yanında Sungurbey, muris muvazaasının miras düzenbazlığı teşkil ettiğini, bu yönden de ahlaka aykırı bir işlem olduğunu savunmuştur⁴⁵¹.

Aslında Sungurbey, 1974 tarih ve 1/2 sayılı İBK'yı hararetle savunmaktadır. Ancak bu savunmasını yaparken, bahsi geçen İBK'nın şekle aykırılık temeline dayandığını görmezden gelmiştir. Çünkü şekle aykırılık bir tarafa bırakılıp geçersizliğin nedeni ahlaka aykırılık sayılırsa, sadece şekle tabi tapulu taşınmazların değil, şekle tabi olmayan tapusuz taşınmaz ve taşınırın da muris muvazaasına konu edilmesi mümkün kılınır. Nitekim Sungurbey'in görüşünü savunan Sevgi, bahsi geçen İBK'yı bu noktadan eleştirmiş ve tapulu taşınmazlar kadar önemli malvarlığı değeri olabilecek taşınır ve tapusuz taşınmazlar açısından miras hakkının daha fazla korunması gerektiğini vurgulamıştır⁴⁵².

Tapulu taşınmazlara ilişkin muris muvazaasının külli halef sıfatıyla her türlü delille ispatlanabileceğini savunan Topdemir, taşınır ve tapusuz taşınmazlarda ahlaka aykırılık görüşüne tutunmuştur⁴⁵³. Buna göre, ekonomik değeri itibarıyla tapulu taşınmazlardan geri kalmayan tapusuz taşınmazların, hisse senetlerinin, tahvillerin ve diğer taşınır değerlerin mirastan mal kaçırmak amacıyla muvazaalı şekilde devredilmesi karşısında miras hakkı zedelenen mirasçıların korumasız bırakılması düşünülemez. Bu noktada ahlaka aykırılık nedeniyle geçersizlik devreye sokulmalı ve taşınmazlar ile taşınır arasında benzer hukuki rejimler yaratılmalıdır.

⁴⁴⁸ Sungurbey, **Danışıklı İşlemler**, s. 30, 90; Aynı yönde görüş için bkz. Sevgi, **a.g.e.**, s. 87; İncedal Denizhan, **a.g.e.**, s. 42.

⁴⁴⁹ Sungurbey, **Danışıklı İşlemler**, s. 29.

⁴⁵⁰ Sungurbey, **Danışıklı İşlemler**, s. 91-92; Aynı yönde görüş için bkz. Sevgi, **a.g.e.**, s. 89.

⁴⁵¹ Sungurbey, **Danışıklı İşlemler**, s. 30.

⁴⁵² Sevgi, **a.g.e.**, s. 96.

⁴⁵³ Topdemir, **a.g.e.**, s. 45; Benzer görüş için bkz. Sevgi, **a.g.e.**, s. 124; Balaban Evirgen, **a.g.e.**, s. 111.

b. Çeşitli Hukuk Sistemlerinde Yer Alan Bazı Kavramlarla Muris Muvazaası Arasında İlişki

Doktrinde özellikle Sungurbey tarafından dile getirilen muris muvazaasının ahlaka aykırılık nedeniyle geçersiz olduğu görüşü⁴⁵⁴, Alman, İsviçre ve Fransız hukuklarında var olan benzer kavramlara muris muvazaasının benzetilmesi suretiyle ortaya atılmıştır. Bu yüzden muris düzenbazlığı ve hileli gizli anlaşma (kollusion) kavramları mercek altına alınmalıdır.

Vasiyetnamelerde gündeme gelen miras düzenbazlığında, düzenbaz tıpkı bir tefeci gibi murisin fiziksel veya maddi zayıflığından ya da içinde bulunduğu zor durumdan ahlaka aykırı şekilde faydalanır ve mirasçılarının hakkı olan miras paylarını elde eder⁴⁵⁵. Muris ile arasında bir güven ilişkisi oluşturan kişi, eylemleriyle bu ilişkiyi istismar ederek murisin iradesini etkilemek veya zedelemek yoluyla kendisi ya da başkası adına murisin ölüme bağlı tasarrufta bulunmasını sağlar⁴⁵⁶. Bu kişiye miras düzenbazı⁴⁵⁷, bu olaya da miras düzenbazlığı⁴⁵⁸ denir.

Miras düzenbazlığında murisin fikirlerinin etkilenmesi ön plandadır. Murisin diğer insanlardan veya akrabalarından uzak ve izole bir yaşam tarzına sahip oluşu, onu bu etkiye daha açık hale getirir. Mesela, eşi vefat etmiş ve çocuklarından

⁴⁵⁴ Sungurbey, **Danışıklı İşlemler**, s. 30.

⁴⁵⁵ Kurt Schellhammer, **Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen samt BGB Allgemeiner Teil**, 7. Auflage, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2008, s. 1089.

⁴⁵⁶ Daniel Abt, **Die Ungültigkeitsklage im schweizerischen Erbrecht**, Basel, Helbing & Lichtenhahn Verlag, 2002, s. 125.

⁴⁵⁷ Ansay, Escher tercümesinde bu kişileri “*miras tilkileri*” olarak ifadelendirmiştir. Escher, **a.g.e.**, s. 114; Başoğlu, “*miras avcıları*” tabirini kullanmıştır. Başak Başoğlu, “*Miras Hukuku Özelinde Haksız Etkileme Kavramı ve Buna Bağlanabilecek Sonuçlar*”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 1, 2018, s. 416; Fakat Sungurbey tarafından kullanılan miras düzenbazı ifadesi tarafımızdan benimsenmiştir. Sungurbey, **Danışıklı İşlemler**, s. 30; “*Erbschleicher*”ın hukuki terim karşılığı olarak şöyle bir tanıma yer verilebilir: “*Sahtekârca ya da etik olmayan yollarla miras hukukuna ilişkin bir hakkı elde etmeye çalışan herkes, genellikle bu şekilde anılır*” Bkz. Peter Metzger, **Schweizerisches Juristisches Wörterbuch**, Basel, 2005, s. 178.

⁴⁵⁸ İsviçre ve Fransız Hukukunda miras düzenbazlığı (erbschleichei) terimi kullanılmasına rağmen Alman mahkeme kararlarında bu terime yer verilmemiştir. Fakat Alman Hukukunda bazı kanun hükümlerinde miras düzenbazlığına benzeyen durumlar göz önünde bulundurulmuştur. Tüm bu hukuk sistemlerinde miras düzenbazlığının etkisi ile yapılan ölüme bağlı tasarruflar hükümsüz kılınmaya çalışılmış ve murisin tasarruf özgürlüğü, onun ve ailesinin yararına kısıtlanmıştır. Bir başka deyişle, murisin mülkiyet hakkı koruma altına alınmıştır. Bkz. Staudinger, Otte, **BGB V**, Einl zu § 1922, Rn. 63.

uzak başka şehirde yaşayan murisi ziyaret eden veya ara sıra onun bakımını üstlenen bir akrabası, murise çocukları ve diğer akrabaları hakkında kötü hikâyeler anlatarak murisi onlardan soğutur ve kendisini mirasa değer kişi olarak aktarır kendisine ölüme bağlı tasarruf yapılmasını sağlar. Bir dizi psikolojik ve fiziksel etkiler sayesinde murisin üzerinde baskı kurabilir. Almanya gibi yaşlı nüfus oranının yüksek olduğu ülkelerde, özellikle bakıma muhtaç yaşlı kimseler, miras düzenbazlarının hedefindedir. Huzurevi gibi bakımevlerinde hayatlarının son anlarını huzur içinde ve iyi bakılarak geçirmek isteyen bu kimseler, kendisine hizmet vermekle yükümlü kurum veya kurum çalışanları tarafından baskı altına alınabilir. Mirasçılara karşı kalbi kırık olan veya mirasçılara karşı soğutulan muris, bahsi geçen kişiler lehine ölüme bağlı tasarrufta bulunabilir⁴⁵⁹.

⁴⁵⁹ Almanya’da Federal nitelikte bir reformla Yaşlı Bakımevi, Huzurevi ve Yetişkin Bakımevi Kanunu (HeimGesetz) kabul edilmiştir. Tam adı şu şekildedir: “Gesetzes über die Altenheime, Altenwohnheime und Pflegeheime für Volljährige”. Kanun 7 Ağustos 1974’te kabul edilmiş, 1 Ocak 1975’te yürürlüğe girmiş ve 5 Kasım 2001’de değiştirilerek yeni haliyle kabul edilmiştir. 2006 yılında kabul edilen bir reform ile eyaletler kendi içlerinde böyle bir yasa çıkarmadığı sürece, tüm eyaletlerde bu kanunun geçici olarak uygulanacağı açıklanmıştır. 2014 Haziran itibarıyla tüm eyaletler kendi yasalarını çıkarmıştır. HeimGesetz m. 14/1 uyarınca bakım evlerine ve çalışanlarına ölüme bağlı tasarrufta bulunmak yasaklanarak murisin tasarruf özgürlüğüne sınırlama getirilmiştir. Bu hükme göre, bir bakımevine desteğin yanı sıra bakımevi çalışanları yararına parasal edim sözü vermek ya da bağış yapmak yasaktır. Bu tür bağışlamalar, kanuna aykırı olduğundan BGB m. 134 gereği geçersizdir. Peter Limmer, **Testament und Erbvertrag**, (Herausgeber: Wolfgang Reimann, Manfred Bengel, Jörg Mayer), 6. Auflage, Carl Heymanns Verlag, 2015, s. 284; Palandt, Ellenberger, **BGB**, § 134, Rn. 19; Meyer-Pritzl, in: **Staudinger/Eckpfeiler (2014/2015)**, s. 1591; Schlüter, **a.g.e.**, s. 81; Brox, Walker, **ErbR**, Rn. 27; Kanun hükmünde parasal değer ifadesi geçse de, vasiyetname ve miras sözleşmelerinin bu kapsamda değerlendirileceği açıktır. Bu hükmün amacı, bakım görevlilerinin baskı uygulaması sonucunda murisin vasiyet iradesinin ve özgürlüğünün tehdit edilmesini ve ekonomik açıdan istismar edilmesini engellenmek ve bakımevi sakinlerinin çaresiz bırakılmayarak ev atmosferi içinde korunmasını sağlamaktır. Meyer-Pritzl, in: **Staudinger/Eckpfeiler (2014/2015)**, s. 1591; Limmer, in: **Testament und Erbvertrag**, s. 284; Schlüter, **a.g.e.**, s. 81; Brox, Walker, **ErbR**, Rn. 261; BverfG NJW 1998, 2964; BGHZ 110, 235; Bakımevi ve çalışanlarına yönelik yasağın uygulanması için murisin vaadi yanında bakımevi ve çalışanlarının bir şeyin vaat edilmesine veya verilmesine rıza vermesi gerekir. Genel görüşe göre, kişinin kendisine bir şeyin vaat edilmesine veya verilmesine izin verme özelliği, bakımevi ve çalışanlarının hiçbir bilgisinin olmadığı murisin ölümüne kadar sessiz kalan iradesi yönünden eksiktir. Böyle vasiyetnameler geçerli olmalıdır. BGH NJW 2012, 153. Bu karar, hiçbir zorlama ve tesir altında kalmaksızın bilerek ve isteyerek vasiyette bulunan murisin iradesinin ayakta tutulması yönünden de yerindedir. Kanun ile böyle bir yasak getirilmeden önce bu tür vasiyetnamelerin ahlaka aykırı olması nedeniyle geçersizliğine hükmedilmekteydi. Meyer-Pritzl, in: **Staudinger/Eckpfeiler (2014/2015)**, s. 1592. 28 Ağustos 1969’da kabul edilen ve 1 Ocak 1970’te yürürlüğe giren Noterlik Kanunu (Beurkundungsgesetz), m. 7’de de tasarruf özgürlüğüne ilişkin benzer kısıtlama getirilmişti. Theodor Kipp, Helmut Coing, **Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, V. Band, Erbrecht**, 13. Auflage, Tübingen, 1978, s. 483.

Fransız Medeni Kanunu’nda sistematik ve içerik açısından miras düzenbazlığına her türlü kapıyı kapayacak mantıklı düzenlemeler öngörülmüştür. Kanun koyucu, murise bazı kimseler lehine ölüme bağlı tasarruf yapmayı yasaklayarak, murisin tasarruf özgürlüğüne kısıtlama getirmiştir. Miras düzenbazlığı içeren bir ölüme bağlı tasarrufun, mirasbırakanın tasarruf özgürlüğü içerisindeki son arzu

Miras düzenbazlığı ile ilgili bu açıklamalardan sonra muris muvazaası ile farklara değinelim. Muris muvazaasının oluşması için muvazaa anlaşması yapılabilecek bir karşı tarafa ihtiyaç vardır. Buna karşın miras düzenbazlığında bir karşı tarafa ihtiyaç yoktur⁴⁶⁰. Vasiyetname yoluyla miras düzenbazlığı yapılabilir. Ancak vasiyetname yoluyla muris muvazaası oluşturulamaz.

Yukarıda bahsedildiği üzere miras düzenbazlığında murisin baskı altında kalarak vasiyette bulunması söz konusudur. Muris muvazaasında muris ile karşı taraf, irade ile beyan arasında kasıtlı bir uygunsuzluk yaratarak üçüncü kişileri aldatma hususunda anlaşır. Yani mevcut geçersizlik nedeni muvazaadır. Miras düzenbazlığında ise, irade ile beyan arasında kasıtlı uyumsuzluk yaratma hususunda bir anlaşma mevcut değildir. Eğer, miras düzenbazlığında olduğu gibi, murisin ekonomik ve kişisel durumunun istismar edilerek iradesinin etkilenmesi söz konusu ise, murisi muvazaaya iten saikler açısından benzerlik oluşsa da burada sözleşmenin

açıklaması sayılamayacağı Fransız hukukunda kabul edilmiştir. Wilhelm Thilo, Jean B. Sirey, L. M. Devilleneuve, **Französische Civilgesetzbuch und Handelsrecht, 2. Band von Art. 893-2281**, Karlsruhe, 1839, s. 33. Murisin lehine tasarrufta bulunamayacağı kimseler arasında, din adamları, eczacılar, sağlık kurumu çalışanları, doktorlar, huzur evi veya yoksul evi benzeri bakım evleri müdür ve çalışanları, noterler gibi profesyonellik çerçevesinde muris ile güven ilişkisi içerisinde olan kimseler mevcuttur. Bu kimselerin bu tür kazanımlar açısından ehliyetleri yoktur. Ayrıca bu hükümler kesin karine teşkil ettiğinden aksi ispat edilemez. Bu hükmün amacı, tasarruf edeni başkasının etkisine girerek karar vermekten, tasarruf edenin ailesini böyle bir tasarrufun olumsuz sonuçlarından ve profesyonelleri kendi kendisinden korumaktır. Abt, **a.g.e.**, s. 180 vd.

İsviçre Hukukunda, murisin iradesinin etki altına alınması suretiyle yapılan bu tür işlemler, Medeni Kanun m. 519 uyarınca hukuka ve ahlaka aykırıdır ve bu yüzden 540/1 b. 3 uyarınca mirastan yoksunluk ortaya çıkar. Görüldüğü gibi kanun hükümlerinde doğrudan miras düzenbazlığına ilişkin düzenlemeler olmasa da tasarrufların hükümsüzlüğüne ilişkin bu madde hükümlerinin miras düzenbazlığına karşı engel oluşturabileceği mahkeme kararlarında değinilmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi, miras düzenbazlığına ilişkin verdiği bir kararında, çocuksuz ve zengin bir dulun avukatını kendisine mirasçı atamasının nedenini avukatın murisin serbest iradesini hukuka aykırı şekilde etkilemesi olarak görmüştür ve atanmış mirasçı mirastan yoksun kılınmıştır. Bu kararda miras düzenbazlığı, sahtekârca, hile veya ahlaka aykırı şekilde her türlü yolla murisin iradesinin etkilenmesi anlamına gelir. BGE 132 III 305; Bu karar, doktrinde eleştirilere maruz kalmıştır. Özellikle avukatın mesleğini icra ederken uyması gereken iş ahlakı hususunda belirli kriterlerin getirilerek ahlaka aykırılık kontrolü yapılmasının sağlanması gerekip gerekmediği tartışılmaktadır. Bkz. Tobias Helms, “Testierfreiheit und ihre Grenzen im deutschen, österreichischen und schweizerischen Recht”, **Freedom of Testation/Testierfreiheit**, Ergebnisse der 33. Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung vom 15. Bis 17. September 2011 in Trier, Ed: Reinhard Zimmermann, Mohr Siebeck, 2012, s. 4 vd.

⁴⁶⁰ Schellhammer, **a.g.e.**, s. 1089.

kurulma tarzı nedeniyle ahlaka aykırılıktan değil⁴⁶¹, irade bozukluğundan bahsedilebilir⁴⁶².

⁴⁶¹ Uzun zamandır selam sabah etmeyen uzak akrabanın birden ortaya çıkarak murisi bakım ve gözetim altına alma görüntüsü altında mirasına göz dikerek kimsesiz, zayıf ve muhtaç durumdaki murisin tasarruf özgürlüğünü etkilemesi halinde ne yapılabilir? Burada, bir akrabaya mirastan pay vermek söz konusu olduğundan, konu itibarıyla ahlaka aykırılıktan bahsetmek güçtür. Amaç yönünden ahlaka aykırılıktan bahsedebilmemiz için, murisin bu düzenbazlığa alet olması değil, bunu bilip benimsemesi gerekir. Türk-İsviçre Hukukunda kabul görmeyen Alman Hukukundaki bir yaklaşıma göre, sözleşmenin konusu tek başına ahlaka aykırılık için yeterli değilse, sözleşmenin kurulma amacının “kınanabilir bir zihniyet” ürünü olması yeterlidir. MüKo BGB, Mayer-Maly, **a.g.e.**, s. § 138, Rn. 98; Jauerning, Mansel, **BGB**, § 138, Rn. 16; Bir başka deyişle, sadece sözleşmenin objektif içeriği dikkate alınmamalıdır. Tarafların sözleşmeyi kurmaya yönelik niyet veya saiklerine nasıl bir zihniyetin yön verdiği araştırılarak genel karakterinin ahlaka aykırılık denetiminden geçirilmesi gerekir. Palandt, Ellenberger, **BGB**, § 138, Rn. 8; Dolayısıyla uzak akrabanın aşağılık ve kınanabilir zihniyetinin sonucu ortaya çıkan bu işlem ahlaka aykırılık yaptırımına tabi kılınabilir. Tüm bunların dışında sözleşmenin kurulma tarzının ahlaka aykırılık teşkil ettiği de söylenebilir. Ancak daha önce dile getirdiğimiz üzere, Türk-İsviçre Hukuku’nda bu yaklaşım benimsenmemektedir. Ahlaka aykırılığın gerçekleşme biçimi olarak sözleşmenin kurulma tarzının ahlaka aykırı olması ile ilgili ayrıca bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 557 vd. ; Antalya, **a.g.e.**, s. 457; Doğrudan konunun ahlaka aykırı olması kapsamında değerlendiren görüş için bkz. Flume, **a.g.e.**, s. 371-372: Burada şöyle bir örnek verilmiştir: 23 yaşında kısıtlı murisin yasal temsilcisi konumundaki ablasıyla aralarındaki miras sözleşmesi, murisin tasarruflarının kapsamını değerlendiremeyeceği ve tecrübesizliği ile mental durumu kötüye kullanılarak akdedildiği için ahlaka aykırı kabul edilmiştir. Ahlaka aykırılığın sadece sözleşme konusunda veya amacında bulunabileceği, buna karşın sözleşmenin kurulma biçimine ilişkin hal ve şartların gabin veya irade bozuklukları hakkındaki hükümlere tabi olabileceği savunulmaktadır. von Tuhr, Peter, **a.g.e.**, s. 260; Gauch, Schleup, Schmid, Emmenegger, **a.g.e.**, Rn. 676; Bucher, **a.g.e.**, s. 258; BGE 67 II 128, 115 II 236.

⁴⁶² von Tuhr, Peter, **a.g.e.**, s. 260; Gauch, Schleup, Schmid, Emmenegger, **a.g.e.**, Rn. 676; Bucher, **a.g.e.**, s. 258; “Ülkede feodal zihniyetin hâkim olduğu, kız çocuklara, gerek murislerinin, gerek erkek kardeşlerinin eşit miras hakkı tanımadıkları, Medenî Kanunun sistemine karşı çıktıkları ve o nedenle bu muvazaalı işlemleri tercih ettikleri, ikinci eşin ya da yeğen vs. akrabaların baskısıyla bu işlemlerin yapıldığı, 01.04.1974 tarihli İçtihadî Birleştirme Kararının, bu gibi durumları önlemek için konulduğu yollu görüşlere de katılmak mümkün değildir. Zira feodal bir zihniyetin, kız çocukların evlâttan sayılmamasının, ülke çapında yaygın olduğu görüşünün hiçbir dayanağı yoktur. Murisin, baskıyla örtülü bağış yaptığı, genel bir olgu olarak sunulamaz. İstisnai olaylar, genel kuralların yaratıcısı olamaz. Böyle istisnai olaylar olsa bile, Medenî Kanunda bunların çözümü için davalar ve hukuki imkânlar öngörülmüştür. MK. 507 ve 499 ve irade sakatlığına ilişkin dava hakları her zaman kullanılabilir. Bütün bu hukuki imkânları görmezden gelinerek hayali ihtimallerle hukuka aykırı içtihatlar tesisi yeğlenemez.” 1990 tarihli Yargıtay İBK’deki Resul Arslanköylü ve Teoman Ozanoğlu’nun karşı oy yazısı; Burada belirtildiği gibi, muvazaalı işlemin hile veya korkutma nedeniyle sakatlığından da bahsedilebilir. Doktrinde Başoğlu tarafından dillendirildiği üzere, miras hukuku alanındaki tasarruflarda murisin haksız etkilenme sonucunda yaptığı tasarrufları irade sakatlığı nedeniyle iptal edilebilir. Ancak durumun özelliklerine göre, ehliyetsizlik hali de söz konusu olabilir. Başoğlu, **a.g.m.**, s. 401, 415; Kanaatimizce, Başoğlu’nun ölüme bağlı tasarruflar hakkında dile getirdiği bu görüşler mahiyetine uygun düştüğü oranda sağlararası işlem olan murisin muvazaalı işlemlerine de uygulanabilir. Yukarıdaki Yargıtay kararında belirtildiği üzere, murisin muvazaalı işleminin irade sakatlığı nedeniyle iptal edilmesinin önünde bir engel yoktur. Somut olay özelliklerine göre ehliyetsizlik hali de değerlendirilmelidir. Ayrıca İsviçre Hukukunda miras düzenbazlığı ile ilgili farklı bir yaklaşıma göz atmakta fayda vardır. Malumdur ki, murisin irade beyanının latife beyanı veya zihni kayıt şeklinde olması mümkündür. Bir görüşe göre, muris, miras düzenbazını teskin etmek için aldatmak niyetiyle son arzusunu onun istediği şekilde belirtmiş olabilir. Bu durumda irade beyanının ciddi şekilde istenmediği ortadadır. Bu durumda murisin iradesinin ciddi şekilde

Muris muvazaasının benzetilmeye çalışıldığı bir diğer kavram, kollusiondur. Kollusion, kelime karşılığı olarak hileli gizli anlaşmadır⁴⁶³. Hukuki terim karşılığı olarak, üçüncü kişinin malına zarar vermek için hileli yolla iki veya daha fazla kişinin gizlice anlaşmasıdır⁴⁶⁴.

Kollusion, dar anlamıyla özellikle temsil müessesini ilgilendiren bir kavramdır. Taraflardan birinin temsilcisinin karşı tarafla gizlice anlaşarak kendisinin ve karşı tarafın çıkarına ve temsil olunana zarar verecek şekilde yaptığı anlaşmalara kollusion denir⁴⁶⁵. Kollusion (hileli gizli anlaşma), temsilcinin temsil olunandan gizli, ona karşı giriştiği ihanet anlamını taşır⁴⁶⁶. Değişik eserlere bakıldığında kollusion örneklerinin daha çok temsilcinin temsil olunan aleyhine giriştiği hileli gizli anlaşmayı işaret ettiği görülebilir⁴⁶⁷. Aslında muris muvazaası iddiasının yanında vekâletin kötüye kullanıldığı iddiasının ileri sürüldüğü davalarda, murise

araştırılması gerekir. Escher, **a.g.e.** , s. 114; Escher'in görüşüne eleştiriler için bkz. BK ZGB, Weimar, **a.g.e.** , Einl. zum 14. Titel, Rn. 46 vd. Ancak murisin bu irade beyanını ciddi şekilde istemediğini belirlemek mümkün değildir. Bunun yanında latife beyanı ve zihni kayıttan muris öldükten sonra ileri sürülemeyeceği de savunulmaktadır. Hatemi, **Miras**, s. 91; İnan, Ertaş, Albaş, **a.g.e.** , s. 301; Kaldı ki, murisin gerçek iradesinin miras düzenbazının istediği şekilde oluşması durumunda diğer irade bozukluğu hallerine başvurulabilir. Bu durumda zihni kayıt veya latife beyanı hukuki nedenlerine dayanmaya gerek yoktur.

⁴⁶³ Kollusion kavramını ilk olarak kullanan yazar için bkz. Andreas von Tuhr, **Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Band II, 2**, Leipzig, Dunckler & Humblot, 1918, s. 400.

⁴⁶⁴ Değişik tanımlar için bkz. Karayalçın, **SSTH**, s. 356.

⁴⁶⁵ Şener Akyol, **Türk Medeni Hukukunda Temsil**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, s. 383; Gülşah Sinem Aydın, "Borçlar Hukukunda Temsil Yetkisinin Kötüye Kullanılması", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 148, 2020, s. 255.

⁴⁶⁶ Akyol, **Temsil**, s. 383.

⁴⁶⁷ Kramer, ahlaka aykırılık konusunu işlerken değindiği kollusionu, temsilcinin öbür tarafla uyuşarak dürüstlüğe aykırı bir yoldan kendi çıkarına ve temsil olunan zararına yaptığı sözleşme olarak tanımlamıştır. BK OR, Kramer, **a.g.e.** , § 19-20, Rn. 200; Muvazaa konusunda değindiği kollusion örneğinde, temsilcinin temsil olunanı aldatmak için karşı tarafla anlaşarak muvazaalı işleme başvurabileceğini belirtmiştir. BK OR, Kramer, Schmidlin, **a.g.e.** , § 18, Rn. 108; Diğerleri için bkz. Gauch, Schleup, Schmid, Emmenegger, **a.g.e.** , Rn. 158; Flume, **a.g.e.** , s. 788-789; Palandt, Ellenberger, **BGB**, § 117, Rn. 7, § 138, Rn. 62; Medicus, Petersen, **BürgerlR**, s. 55; Turhan Esener, **Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından Salahiyete Müstenit Temsil**, Ankara, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, Ajans Türe Matbaası, 1961, s. 87; Murat İnceoğlu, **Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2009, s. 333 vd. ; Antalya, **a.g.e.** , s. 625; Yargıtay kararlarında bu durum kollusion kavramı kullanılmadan TMK m. 2'ye aykırılık olarak değerlendirilmektedir. Yargıtay 1. HD. E. 8139, K. 9816, T. 13.09.1996, Yargıtay 1. HD. E. 11443, K. 12592, T. 02.10.1995, Yargıtay HGK E. 1973/T-523, K. 1973/102, T. 13.02.1974, (Uyar, **Dürüstlük Kuralı**, s. 448-449'dan naklen); Yargıtay 1. HD. E. 2014/14142, K. 2016/9310, T. 11.10.2016,(Çevrimiçi) Legalbank, 20.02.2021.

ihanet eden vekilin üçüncü kişi ile işbirliği içerisine girmesi, kollusiona güzel bir örnektir⁴⁶⁸.

Kollusion geniş anlamıyla, başkasının hakkına zarar vermek ortak amacıyla yapılan tüm hileli anlaşmalar için de kullanılmaktadır. Örneğin, ikinci alıcının mülkiyeti sırf nisbi hak sahibi birinci alıcıya zarar vermek amacıyla iktisap etmesi halinde kollusion mevcuttur⁴⁶⁹. Bir diğer örnek olarak, tenkis hükümlerinden kaçmak amacıyla kendisine bağışlanan bir taşınmazı üçüncü kişilere devredilmesi işlemi, saklı pay sahibi mirasçılara zarar verme kastı taşıdığı için kollusion kabul edilir⁴⁷⁰. Alacaklı ile alacağı devralan yeni alacaklı arasındaki ilişkinin sakatlığını bilmesine rağmen sırf alacaklıya zarar vermek için borçlunun yeni alacaklı ile ödeme yapma hususunda anlaşması da kollusiona bir örnektir⁴⁷¹.

Kollusion, ahlaka aykırılık yaptırımına tabidir⁴⁷². Hileli gizli anlaşma, ahlaka aykırı olduğu için kesin hükümsüzdür⁴⁷³. Taraflar ve üçüncü kişiler tarafından hükümsüzlük ileri sürülebilir. Böylelikle üçüncü kişilere zarar veren işlem ortadan kaldırılmış olur. Özellikle üçüncü kişiler, sözleşmenin geçersiz kılınmasına rağmen yine de zarara uğramışlarsa bunu ayrıca TBK m. 49/2'ye göre talep edebilir⁴⁷⁴.

⁴⁶⁸ Bkz. s. 254 vd.

⁴⁶⁹ Sungurbey, **Danışıklı İşlemler**, s. 57.

⁴⁷⁰ İmre, Erman, **a.g.e.**, s. 295.

⁴⁷¹ P. Engel, **Traité des obligations en droit suisse**, Neuchâté I, 1973, s. 593, (Karayalçın, **SSTH**, s. 356'dan naklen).

⁴⁷² Temsil yetkisini kötüye kullanmak için yapılan hileli anlaşmanın TBK m. 27 kapsamında ahlaka aykırı içerik taşıyan bir sözleşme niteliğinde olduğuna dair bkz. G. S. Aydın, **a.g.m.**, s. 257; Temsil yetkisinin dışında şu örnek de verilebilir. BGE 66 II 256'da anılan kararda, karı-koca ile avukat arasında yapılan sözleşmenin konusu, yaşlı bir kimseye ahlaka aykırı bir şekilde ölüme bağlı tasarrufta bulundurmaktır. Bu sözleşmeden doğan borcun ifası sırasında, ölüme bağlı tasarruf, muris etki altına alınarak sahtekârlıkla elde edilmiştir. Murisin karı-kocaya yaptığı ölüme bağlı tasarruflar ise, miras düzenbazlığı nedeniyle ahlaka aykırı kabul edilmiş ve geçersiz kılınmıştır. Dolayısıyla karı-koca ve avukat arasındaki sözleşmenin içeriği miras düzenbazlığı olup, muris aleyhine gizli hileli anlaşmanın yani kollusionun var olduğu söylenebilir.

⁴⁷³ Temsilcinin gizli ihanet anlaşmasının TBK m. 27 uyarınca geçersiz kılınması gerektiğine ilişkin bkz. Arsebük, **a.g.e.**, s. 477, dn. 90; Esener, **Temsil**, s. 87; Akyol, **Temsil**, s. 383.

⁴⁷⁴ Akyol, **Temsil**, s. 398; İkinci alıcı ile satıcı arasındaki kollusion örneğindeki gibi bir olayda ikinci satım işlemin geçerli olduğuna fakat birinci alıcıya verilen zararın haksız fiil hükümleri uyarınca yani TBK m. 49/2 uyarınca giderileceği savunulmaktadır. Oğuzman, Öz, **Borçlar II**, s. 18; Hileli gizli anlaşmanın hedefindeki kişi, haksız fiil hükümlerine göre tazminat talep etmelidir. Karayalçın, **SSTH**, s. 356; Oysa burada var olan işlemin TBK m. 27 uyarınca ahlaka aykırılık nedeniyle iptaline karar verilmelidir. Ayrıca bkz. Sungurbey, **Danışıklı İşlemler**, s. 57.

Kollusion geniş anlamda muvazaayı da kapsayan tüm hileli işlemler için de kullanılmaktadır. Ancak muvazaa hakkında kanunen getirilmiş ayrıca hükümler vardır. Bundan dolayı, muvazaaya bağlanan sonuçlar, ahlaka aykırılık müessesine bağlanan sonuçlardan bağımsızdır. Bu muris muvazaası açısından da böyledir.

Doktrinde muris muvazaasının kollusion olduğunu savunan görüş, murisin taşınmazını satmış gibi göstermesinin dürüstlük kuralına aykırı olduğunu ve ahlaka aykırılığın yaptırımına çarptırılması gerektiğini savunmaktadır⁴⁷⁵. Bu görüşe göre, muris, tasarruf özgürlüğü içerisinde böyle bir danışıklı işlem yapsa bile, aslında caiz olan işlem sonucuna hileli veya dürüst olmayan yoldan erişilmesi nedeniyle “moral” çığnemiştir ve bu yüzden yapılan işlem ahlaka aykırılık gerekçesiyle kesin hükümsüzdür.

Bu görüş, muris muvazaasında görünürdeki işlemin muvazaa, gizli işlemin şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olduğunu dikkate almadığı ve muvazaada geçersizliğin sanki ahlaka aykırılıktan kaynaklandığı şeklinde izlenim oluşturduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir⁴⁷⁶. Murisin tasarruf özgürlüğü içerisinde yapabileceği bir bağışlama işleminin sırf tapuda satış şeklinde gösterilmesinin ahlaka aykırı sayılamayacağı ve düzenbazlıktan başka saiklerle bu yola başvurulduğu belirtilmiştir⁴⁷⁷.

c. Çeşitli Hukuk Sistemlerinde Yer Alan Bazı Kavramlarla Muris Muvazaası Arasında İlişkiye Dair Kişisel Görüşümüz

Öncelikle iki önemli hususun incelenmesi gereklidir. Birincisi, muvazaalı işlemde muvazaanın başlı başına bir hükümsüzlük nedeni olup olmadığıdır. İkincisi

⁴⁷⁵ Sungurbey, **Danışıklı İşlemler**, s. 30; Sungurbey tarafından ortaya atılan bu görüş, muris muvazaasına ilişkin yazılan tezlerden bazılarında kabul görmüştür. Bkz. Sevgi, **a.g.e.**, s. 65; Kocayusufoğlu, murisin mirasçısı aleyhine yapmış olduğu muvazaalı işlemdeki kastında ahlaka aykırı bir amaç bulunduğunun söylenebileceğini, bu amacın karşı tarafça (hakkı kazananca) da benimsenip paylaşıldığı durumlarda, devir sözleşmesinin TBK m. 27 anlamında ahlaka aykırı sayılabileceği görüşünü dile getirmektedir. Kocayusufoğlu, **Miras**, s. 33.

⁴⁷⁶ Oğuzman, Öz, **Borçlar I**, s. 136, dn. 324; Karayalçın, **SSTH**, s. 364; Aynı yönde görüş için bkz. Akcan, **a.g.e.**, s. 35; Görünürdeki işlemin muvazaa, gizli işlemin şekle aykırılık nedeniyle geçersizliği, ahlaka aykırılık nedeniyle geçersizliğin ileri sürülmesine ihtiyaç bırakmaz. Sert Sütçü, **a.g.e.**, s. 156; Akkök, **a.g.e.**, s. 150.

⁴⁷⁷ Karayalçın, **SSTH**, s. 365.

ise, ahlaka aykırılık ile olan ilişkisidir. Bu incelemelerden sonra çeşitli hukuk sistemlerinde var olan kavramlardan yola çıkılarak ortaya atılan muris muvazaasının ahlaka aykırılığı iddiası karşısındaki görüşlerimiz daha iyi anlaşılabilir.

Daha önce belirtildiği üzere, muvazaanın üçüncü kişileri aldatma niyeti unsuruna bakılarak bu kurumun hukuka veya ahlaka aykırı işlem olduğu zannedilmemelidir. Murisin mirasçıları aldatmak kastı ile hareket etmesi, muris muvazaasını ahlaka aykırı işlem haline getirmez. Bu yüzden murisin mirasçıları aleyhine yaptığı danişıklı işlemleri ahlaka aykırılık yaptırımına tabi kılan görüşe katılmamaktayız. Doktrinde, muvazaalı işlemlerin zaten başlı başına dürüstlük kuralına aykırı işlemler olduğu belirtilmiştir⁴⁷⁸. Ancak dürüstlük kuralına aykırılık, her zaman ahlaki nitelik taşımaz⁴⁷⁹. Muvazaa, ahlaki niteliğe dayanmadığından kanunen ahlaka aykırılıktan farklı olarak düzenlenmiştir. Muvazaa, başlı başına bir hükümsüzlüktür ve kanun koyucu, görünürdeki işlemi geçersiz kılarak zaten yaptırımını uygulamaktadır⁴⁸⁰.

Muvazaalı işlem ile ahlaka aykırılık arasında var olan ilişki karmaşıktır. Her ne kadar muvazaa başlı başına bir yaptırım içerse de, muvazaa sebebi ve ahlaka aykırılık sebebi aynı olayda birlikte var olabilir. Tarafların muvazaa hususundaki ortak amacının ahlaka aykırılık kriterleri açısından ayrıca incelenmesinin ardından böyle bir sonuca varılabilir⁴⁸¹. Burada mutlak muvazaa ile nisbi muvazaa arasında

⁴⁷⁸ Berki, **a.g.e.** , s. 26; Alman Hukukunda, muvazaanın iyiniyet kurallarına aykırılık teşkil etmediği kabul edilir. Jauerning, Mansel, **BGB**, § 117, Rn. 4.

⁴⁷⁹ Velidedeoğlu, **a.g.e.** , s. 326; Dürüstlük kuralını daha çok hukuk kuralı –belki bir ilke demek daha doğru olur- olarak değerlendirmek gereklidir. Dürüstlük kuralı emredici nitelikte olmayıp, taraflar, somut olayda uygulanmayacağına karar verebilir. Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 7; Uyar, **Dürüstlük Kuralı**, s. 440; Derya Ateş, “Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 72, 2007, s. 85; Tabi ki bu yaklaşım, kendi aralarındaki ilişki açısından geçerlidir. Üçüncü kişilerin hedefe konduğu ilişkilerde dürüstlük kuralının göz ardı edilmesi kabul edilemez.

⁴⁸⁰ Hâkim, önüne gelen uyumsuzlukta önce uygulanması mümkün bir kanun hükmünün varlığını araştırmalı ve bu kanun hükmünün uygulanması ve sonuçlarının etkisi açısından dürüstlük kuralına başvurmalıdır. Velidedeoğlu, **a.g.e.** , s. 328; TBK m.26-27 bir sözleşmenin ahlaka aykırı olamayacağını, ahlaka aykırı olması halinde batıl olduğunu düzenlemekle birlikte bu iki hüküm sözleşmenin sınırlandırılması niteliğindedir ve sözleşmenin içeriğini kontrol etme amacı güder. Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı ile ilgili kurallar ise, sözleşmenin kuruluşunda onun içeriğini denetlemek gibi fonksiyona sahip değildir. Bu kurallar tarafların hakkını kullanırken ve borcunu ifa ederken nasıl davranması gerektiğini belirler. Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 14.

⁴⁸¹ Hüseyin Hatemi, **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1976, s. 550; Derya Ateş, **Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2007, s. 202.

önemli bir farklılık oluşur. Şöyle ki, mutlak muvazaalı işlemlerde ortak amaç ortaya geçerli bir işlem çıkarmadığı için üçüncü kişilere ayrıca zarar verme kastının varlığı halinde, TBK m. 49/2 uyarınca haksız fiil hükümlerine göre tazminat talebi doğabilir⁴⁸². Bir hakkı dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanarak bir başkasına zarar verme kastı taşıyan kişi, ahlaka aykırılık nedeniyle verdiği zararı tazmin etmelidir. Eğer, muvazaa yaptırımı ile yetinilemeyecek şekilde üçüncü kişinin zarara uğraması amaçlanmışsa, burada ahlaka aykırı fiil nedeniyle zararın tazmini talep edilebilir. Nisbi muvazaada muvazaalı işlemin arkasına gizlenen işlemin kaderinin bağımsızlığı nedeniyle ahlaka aykırılığından ayrıca bahsedilebilir. Tarafların ortak amacı, görünürdeki işlemin arkasına gerçekten istedikleri başka bir işlem gizlemek olduğundan gizlenen işlemin ahlaka aykırılık taşıyıp taşımadığı ayrıca incelenmeli ve eğer metrese yapılan bağışlamada olduğu gibi ahlaka aykırı amaç taşıyan bir işlem⁴⁸³ söz konusu ise işlemin TBK m. 27 gereğince hükümsüz varsayılması gerekir⁴⁸⁴. Ancak muris muvazaasında mirastan mal kaçırma amacının ahlaka aykırı bir amaç

⁴⁸² Hukuk, eğer mutlak muvazaadan beklenen amaç bir görevden kaçmak ise, o görevin yapılmasını emretmekle yetinir. Bu kaçınmadan bir zarar doğmuşsa, o zarar da tazmin ettirilebilir. Şu halde, TBK m. 27 anlamında ahlaka aykırılık olmaz ama TBK m. 49/2 kapsamında ahlaka aykırılık olur. Yani, mutlak muvazaa ile bir hukuki işlem yapanlar aslında hukuki işlem alanında bir şey yapmış değildir. Burada hukuki sonuç doğurmasını istedikleri tek bir işlem vardır: Muvazaa anlaşması. Onun doğuracağı hukuki sonuç ise, yapılan işlemin hukuki sonuç doğurmamasıdır. Şu halde, hiçbir hukuki sonuç doğmaz, dolayısıyla TBK m. 27 anlamında ahlaka aykırılık nedeniyle geçersiz bir işlemden bahsedilemez. Oysa TBK 49/2, sadece bir şey yaparak değil, bir şey yapmayarak da zarar verilmesini tazminata mahkûm edebilen bir maddedir. Hatemi, **Ahlaka Aykırılık**, s. 550, dn. 5; Yargıtay verdiği bir kararında alacaklının takibine maruz kalan davacının mücerret alacaklılara zarar vermek kastı ile karısına borç ikrarında bulunması ve taşınmazlarını ipotek etmesi ahlaka aykırı bulunmuştur. Ortada muvazaalı bir borç ikrarı var iken Yargıtay, muvazaalı işlemin ahlaka aykırı işlem olması nedeniyle geçersiz olduğunu karara bağlamıştır. Yargıtay 4. HD. E. 2056, K. 2430, T. 14.11.940, (Hatemi, **Ahlaka Aykırılık**, s. 550 ve Esener, **Muvazaa**, s. 52'den naklen); Esener, bu karardan yola çıkarak muvazaalı işlemin ayrıca ahlaka aykırı işlem olabileceğini, her iki hükümsüzlük nedeninin aynı işlemde var olması halinde muvazaa yerine daha dar ve objektif olan ahlaka aykırılık nedenine dayanılabileceğini savunmuştur. Esener, **Muvazaa**, s. 52; Bu kararın tüm muvazaalı işlemleri, ahlaka aykırı işlem yerine koyduğu anlamına geleceği şeklinde eleştiriler için bkz. Kayaoğlu, **a.g.m.**, s. 160-161; Yargıtay'ın vermiş olduğu bu karar sonucunda ahlaka aykırı amaç için verilen şeylerin iadesi yasağı devreye girmiş ve muvazaalı işleme dayanan ipoteğin çözülmesi engellenmiştir. Bu alacaklılar için istenmeyen bir sonuçtur. Bunun yanında borç ikrarı muvazaalı olduğu için alacak hakkı elde edilmemiştir ki, ipotek kurulmuş olsun ve çözülmesi istenmesin. Hatemi, **Ahlaka Aykırılık**, s. 551 vd. ; Belirtmek gerekir ki, muvazaalı işlemlerle bir üçüncü kişiye zarar vermek, tek başına tazminat ödemeyi gerektirmez. Ayrıca o kişinin ahlaka aykırı surette kasten zarara uğratılması gerekir. N. Yavuz, **a.g.e.**, s. 168.

⁴⁸³ Bkz. s. 256 vd.

⁴⁸⁴ Karayalçın, hileli anlaşmanın özelliğinden bahsederken, sadece mutlak muvazaalı işlemlerin üçüncü kişilere zarar verme kastı taşıdığı ihtimali üzerinde durmuştur. Bu yüzden de Sungurbey'in görüşünü eksik şekilde eleştirmiştir. Bkz. Karayalçın, **SSTH**, s. 356-357.

olduğundan ve bu yüzden gizli bağışlama işleminin ahlaka aykırılık nedeniyle geçersiz kılınmasından bahsetmek, kanaatimizce, doğru bir yaklaşım değildir.

Bu açıklamalardan sonra şunu diyebiliriz ki, doktrinde çeşitli hukuk sistemlerindeki bazı kavramlarla ilişki kurarak muris muvazaasının ahlaka aykırı işlem olduğu görüşüne katılmıyoruz. Muris muvazaasının ortaya çıktığı hallerde, kollusionun (hileli gizli işlem) var olduğu söylenemez. Bunun yanında murisin zayıf tarafı oluşturması, etki altına alınması ve baskı altında kalması nedeniyle gerçekleştirdiği muvazaalı devirlerde ahlaka aykırılık değil irade bozukluğu halleri gündeme gelir.

Mirasçıların birbirlerine karşı dürüstlük kuralına uygun davranış yükümlülükleri bulunmaktadır. Dolayısıyla birbirlerinin miras payına göz dikerek her türlü hileli yolla amaçlarına erişme çabaları, dürüstlük kuralına aykırı hareket ettiklerine işaret eder. Fakat bu durum tek başına muris muvazaasını ahlaka aykırı hale getirmeye yetmez. Çünkü murisin tasarruf özgürlüğünün murise mallarını üzerinde tasarruf etme hakkı tanıdığı açıktır. Ancak her hak gibi bu da kanuni sınırlar çerçevesinde kullanılmalıdır. Burada kanuni sınırlar muvazaa yoluyla aşılmıştır. Muvazaanın yaptırımı ise, görünürdeki işlemin geçersizliğidir. Dolayısıyla gerçek iradenin ortaya çıkarılmasıyla birlikte mirasçılar, haklarını bu gizli işleme karşı arayabilir. Örneğin; iş kurabilmek için babasının miras payından önemli bir kısmını kendisine devretmesini isteyen müstakbel mirasçının diğer mirasçılara karşı dürüst davranmadığı söylenilemez. Baba ise, oğlunun bu isteğini düşünür ve kabul ederse, tasarruf özgürlüğü sınırları içerisinde temlik yapabilir. Ancak sınırı aşan temliklerin tenkis ile karşılaşmaması için muvazaalı devre başvurursa, muris ile mirasçı kanuni geçerlilik şartlarına aykırı davranmış olur. Bu aykırılığın yaptırımı muvazaa nedeniyle görünürdeki işlemin geçersizliğidir.

Muris muvazaasının ardında yatan saikin verdiğimiz örnekteki gibi olduğu hallerde kollusiondan bahsedilemez. Kollusionun ağırlıkla görüldüğü hallerde, temsilcinin temsil olunana karşı ihanet anlaşması mevcuttur. Muris muvazaası bakımından değerlendirildiğinde, muris, mirasçının temsilcisi değildir ki temsil yetkisini kullanırken ona ihanet etmiş olsun. Fakat muris hayattayken ondan hile

veya başka yollarla aldığı vekâlet ile murisin iradesi dışında ve diğer mirasçılarının aleyhine, kendisi veya başkası üzerine murisin malvarlığından muvazaalı devirler gerçekleştiren mirasçının yaptığı bu devir işlemleri, kollusion nedeniyle ahlaka aykırı ve kesin hükümsüz kabul edilebilir.

Kollusionun geniş anlamda kullanıldığı hallerde ise, muvazaaya başvuran kişinin ileride bir nedenden dolayı elinden çıkacak malını kaybetmemek veya haksız şekilde elde edilen mallarını korumak amacı güdülmektedir. Muris muvazaasında ise, mirastan kaçırılan mal, murisin mülkiyet hakkının parçasıdır. Murisin bu tür muvazaalı işlemlerini, iflas eden kimsenin mallarını kaçırma çabasına veya haksız şekilde mal edinen kişinin başkasıyla anlaşarak malını koruma altına alma gayretlerine benzetmemek gerekir.

Kollusion ihtimalinin dışında, muris muvazaasının ahlaka aykırı olduğu iddiası miras düzenbazlığı kavramına dayanılarak da ileri sürülmektedir. Yani, murisin muvazaalı işleme girdiği diğer tarafın dürüstlük kuralına aykırı davranışının diğer mirasçılara zarar verme amacı taşıması, başka şekilde ortaya çıkmış olabilir. Diğer taraf, murise nazaran üstün konumuna dayanarak, daha zayıf konumdaki murisin tasarruf özgürlüğü üzerinde etkide bulunmuşsa, murisin ve dolayısıyla mirasçılarının menfaatlerine ters düşecek bağışlamalar içeren işlemin yapılmasını sağlamışsa, bu gizli işlemin ahlaka aykırılık teşkil ettiği ileri sürülmektedir. İsviçre ve Alman Hukukunda var olan miras düzenbazlığına yol açan nedenler ile muris muvazaasına iten saiklerin benzer olduğu bu gibi hallerde, ahlaka aykırılıktan ziyade irade bozukluğu hallerinden bahsedilebilir. Ancak bahsettiğimiz bu durum istisnai nitelikte olup muris muvazaasına yönelten saikler için genel kural teşkil edemez. Örneğin; ülkemizde murisin baskı altında ve çaresiz bırakılarak muvazaaya itilmiş olduğu bu gibi haller istisnai olup böyle bir durumun varlığı her olayda ayrıca incelenerek hâkim tarafından tespit edilirse, irade bozukluğu nedeniyle devir işleminin iptali tüm mirasçılar tarafından talep edilebilir. Fakat çocuklar arasında yapılan kayırmalar veyahut mirasçılardan birine karşı söz konusu olan kırgınlık,

murisin muvazaalı işlemlerinin ahlaka aykırı olduğu şeklinde düşünülemez⁴⁸⁵ ve dolayısıyla ülkemizde var olan muris muvazaası hallerinin ezici çoğunluğunu oluşturan bu durumlarda tenkis hükümlerinden kaçınmanın varlığından şüphe edilemez⁴⁸⁶.

d. Taşınır ve Tapusuz Taşınmazların Muvazaalı Devirlerini Ahlaka Aykırılık Yoluyla Muris Muvazaası Kapsamına Alma Hakkındaki Kişisel Görüşümüz

Doktrinde bazı yazarlar, taşınır ve tapusuz taşınmazların mevcut muris muvazaası uygulamasında korumadan yoksun kaldığını ve ahlaka aykırılık yoluyla en az tapusuz taşınmazlar kadar ekonomik değeri bulunan malvarlıkları için koruma sağlanması gerektiğini ifade etmektedir⁴⁸⁷. Bu görüşü savunanlar, tapulu taşınmazlar açısından dile getirmedikleri ahlaka aykırılığı, taşınırılar açısından dile getirmekte ve ahlaka aykırılığı denkleştirici işlev gören bir yama gibi değerlendirmektedir. Taşınırılar için ahlaka aykırılıktan söz ediliyorsa, tapulu taşınmazlar için de ahlaka aykırılıktan bahsedilmelidir⁴⁸⁸. Ancak muris muvazaası ahlaka aykırılık barındırmadığından şekle aykırılık dışında başka bir geçersizlik nedeni ortaya koyup taşınırılar ve tapusuz taşınmazları da muris muvazaasının kapsamına alınması gerektiği görüşüne katılmıyoruz. Tasarruf özgürlüğünü önceleyen günümüz eğilimleri doğrultusunda tapulu taşınmazlar yönünden bile tüm miras payı için

⁴⁸⁵ Alman Federal Mahkemesi'nin verdiği bir kararda, sözleşmesel mirasçılara zarar vermek için bilinçli şekilde yapılan malvarlığı temlikinin ahlaka aykırı olduğu vurgulanmıştır. BGHZ 59, 343 (Sungurbey, **Danışıklı İşlemler**, s. 61'den naklen); Bu durum sözleşilen mirasçılara karşı ahlaka aykırı bir yaklaşım olabilir. Buna karşın muris, dilediği kadar yasal mirasçılarının aleyhine başkasının lehine malvarlığı temlik yapabilir ve bunun karşısında mirasçıların elinde tenkis imkânından başka bir yol yoktur. Bkz. Palandt, Ellenberger, **BGB**, § 138, Rn. 49; BGH NJW 99, 566.

⁴⁸⁶ Saklı paylı olmayan mirasçıların muris muvazaasına dayanan dava açma hakkı bulunduğunu kabul etmeyen görüşler açısından değerlendirdiğimizde, irade bozukluğu halleri ile kollusion halinde, ortada muris muvazaası incelemesi bulunmadığından, saklı paylı olmayan mirasçılar, saklı paylı mirasçılarla birlikte irade bozukluğu veya ahlaka aykırılık iddiasını ileri sürebilir ve miras paylarına erişebilir. Bu görüşe göre, saklı paylı mirasçılar, muvazaa iddiasında bulunarak sadece saklı paylarını elde edebilecekken, saklı paylı olmayan mirasçılar ile birlikte hareket ederek taşınmaz veya taşınırın terekeye dönmesini sağlayabilir. Mirasçılara muris muvazaasına ilişkin dava açma hakkı tanımayan görüş açısından değerlendirildiğinde, taşınmazlara ilişkin gizli işlem şekle uygun kabul edilse bile, irade bozukluğu veya ahlaka aykırılık nedeniyle dava açmanın önünde engel olmasa gerekir.

⁴⁸⁷ Topdemir, **a.g.e.**, s. 45; Sevgi, **a.g.e.**, s. 124; Balaban Evirgen, **a.g.e.**, s. 111.

⁴⁸⁸ Tapulu taşınmazları konu edinen muris muvazaasında, ahlaka aykırılık, her somut olayda ayrıca incelenmelidir. Her muvazaalı işlemde hileli gizli anlaşma olduğu söylenemez. Sert Sütçü, **a.g.e.**, s. 157; Akkök, **a.g.e.**, s. 150.

geçersizliğin ileri sürülemeyeceği görüşünün ortaya atıldığı ve mirastan mal kaçırma amacının olmadığı murisin muvazaalı işlemlerinde bile tapu iptal kararlarının verilmediği göz önüne alındığında, taşınır ve tapusuz taşınmazlar yönünden geçersizliğin ileri sürülmesini sağlayacak bir geçersizlik nedeni üretmeye gerek yoktur.

Muvazaalı işlemin arkasındaki gizli işlemin ahlaka aykırı olması halinde, şekil şartı gerçekleşsin veya gerçekleşmesin kesin hükümsüzlük ileri sürülebilir. Doktrindeki tüm muris muvazaası hallerini kollusion olarak kabul eden görüş benimsenirse, taşınır ve tapuya kayıtlı olmayan taşınmazların da muris muvazaasına konu olması mümkün kılınır⁴⁸⁹. Ancak Yargıtay muris muvazaası kapsamına

⁴⁸⁹ Sungurbey, **Danışıklı İşlemler** s. 65; Topdemir, **a.g.e.** , s. 45; Sevgi, **a.g.e.** , s. 95; İncedal Denizhan, **a.g.e.** , s. 42; Taşınır mülkiyetinin ve tapusuz taşınmazların devrini amaçlayan borçlandırıcı işlemlerin ahlaka aykırılık nedeniyle kesin hükümsüz olması, sebepten soyutluk ilkesi gereği tasarruf işleminin geçerliliğine etki etmediğinden mülkiyet karşı tarafa geçer. Taşınırlara ilişkin tasarruf işleminin sebebe bağlı veya sebepten soyut olduğuna dair hem Türk hem İsviçre Borçlar Kanunu'nda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak doktrindeki ağırlıklı görüş ve İsviçre Federal Mahkemesi, taşınırlara ilişkin tasarruf işlemlerinin illi olduğunu ve borçlandırıcı işlemin geçersiz olmasının tasarruf işlemini de geçersiz kıldığını benimsemiştir. BK ZGB, Meier-Hayoz, **a.g.e.** , System. Teil, Rn. 42; BSK OR, Schwander, **a.g.e.** , § 714, Rn. 3; Tuor, Schnyder, Schmid, Jungo, **a.g.e.** , s. 1177; Schwarz, **a.g.e.** , s. 283; Akipek, Akıntürk, Ateş, **Eşya**, s. 583-584; Aybay, Hatemi, **a.g.e.** , s. 151; Tandoğan, **I/1**, s. 95 vd. ; Aral, Ayrancı, **a.g.e.** , s. 72; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.** , s. 33; Eren, **Borçlar Özel**, s. 30-31; Esener, Güven, **a.g.e.** , s. 369; Erman, **Medeni**, s. 73; İsviçre Federal Mahkemesi, 1929 yılına kadar taşınır mülkiyetinin devri işlemlerinin sebepten soyut olduğu kabul etmiş olmasına rağmen 1929 yılında verdiği bir kararda bu görüşünü değiştirmiştir. BGE 65 II 62, 96 II 145, 119 II 328; Buna karşın bahsi geçen işlemlerin sebepten soyut olduğu görüşünü kabul edenler çoğalmaktadır. Andreas von Tuhr, "İsviçre Hukukuna Göre Mülkiyetin Devri" Çev: Kudret Ayiter, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 3, S. 2-4, 1946, s. 633 vd. ; C. 5, S. 1-4, 1948, s. 154 vd. ; Arsebük, **a.g.e.** , s. 293; Hatemi, Serozan, Arpacı, **Eşya**, s. 311; Oğuzman, Öz, **Borçlar II**, s. 353; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.** , s. 855-856; Turgut Öz, **Öğretide ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme**, İstanbul, 1990, s. 188 vd. ; Kanaatimizce, sebepten soyutluk daha kabul edilebilir bir yaklaşımdır. Bu sayede taşınır mülkiyetinin devrine ilişkin borçlandırıcı işlem şeklen geçersiz olsa bile, tasarruf işlemi geçerli şekilde meydana geldikten sonra mülkiyet karşı tarafa devredilmiş olur. Hukukumuzda taşınırlara ilişkin satım sözleşmeleri, istisnalar hariç, şekle tabi değildir. İstisnai durumlarda ise, hem tasarruf hem borçlandırıcı işlem şekle tabi kılınmaktadır. Zaten bu durumda şekle aykırılık nedeniyle geçersizlik hem tasarruf hem borçlandırıcı işlem için söz konusu olmaktadır.

Burada sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade söz konusu olup iade yasağı açısından bir değerlendirme yapılmalıdır. Ahlaka aykırılık görüşü kabul edildiğinde, mirasçılardan ahlaka aykırı amaç için verilen şeylerin iadesi yasağına takılıp takılmayacağı gündeme gelir. Doktrinde muris muvazaasının ahlaka aykırılığını savunan görüşlerden birine göre, TMK m. 2 denetimine gerek duymadan iade yasağı, var olan geçersizlik nedeninin koruma amacıyla sınırlı tutulmalı ve mirasçılardan mal kaçırma amacıyla verilen edimin iadesi istenebilmelidir. Mirasçılardan mal kaçırma için verilen edimin iadesinin engellenmesi, işlemin geçersiz kılınmasının amacıyla uyumsuz ve haklı görülmez. Mirastan mal kaçırma amacıyla verilen edimin iadesi istemine ilişkin bkz. Rona Serozan (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı), **Borçlar Hukuku Genel Bölüm Cilt III: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, 7. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016, s. 340; Bu görüşten

kesinlikle taşınır ve tapuya kayıtlı olmayan taşınmazları almamaktadır. Bunun nedeni, Yargıtay'ın muris muvazaasını ahlaka aykırılık nedeniyle değil muvazaalı işlemin ardındaki gizli işlemin şekle aykırı olması nedeniyle geçersiz olduğunu kabul etmesidir. Fakat bazı davalarda verilen kararlarda bu husus göz ardı edilerek hileli gizli anlaşmadan bahsedilmektedir⁴⁹⁰. Oysa hileli gizli anlaşma görüşü kabul edildiğinde, şekli açıdan geçerlilik şartı yerine getirilmiş olsa da, ahlaka aykırılık nedeniyle geçersizlik gündeme gelmelidir. Bu durumda bahsi geçen kararlar hem kendi içinde hem de Yargıtay'ın muris muvazaasına yönelik uygulaması ile çelişmektedir.

bağımsız olarak belirtmek gerekir ki, mirasçılar, ahlaka aykırılığı üçüncü kişi konumunda ileri sürecekleri için sözleşmenin tarafları arasında var olan iade yasağına takılmazlar.

Kollusionun temsil ilişkisindeki görünümünde, temsilcinin temsil olunan aleyhine üçüncü kişi ile uyusharak yaptığı hileli anlaşmanın ahlaka aykırılık nedeniyle geçersiz kılınmasının iade yasağının uygulanmasını gerektirdiği yönünde görüş mevcuttur. Ancak bu görüş aktarılırken sadece iade yasağının temsil olunan yararına olan hususlarına değinilmiştir. Mesela üçüncü kişinin temsilciyi ifaya zorlayamayacağı, temsilciye ödediği bedeli talep edemeyeceği belirtilmiştir. Bkz. Akyol, **Temsil**, s. 383.

⁴⁹⁰ “Diğer bir anlatımla 1.4.1974 tarih ½ sayılı Yargıtay İnançları Birleştirme kararının uygulanmasını zorunlu kılan işlemlerde miras bırakanla gerçekte kendisine bağış yapılan kişi, öğretide “kollusion” denilen hileli anlaşma yoluna başvurmak ta, bağışı satış gibi göstermektedirler. Bütün hukuk sistemlerinin benimsendiği temel ilke uyarınca hiç kimse kendi yaptığı hileli anlaşmadan ve haksızlıktan kısmen de olsa kendisi ne çıkar sağlayamaz (Nullus Commodum Capere Potest ex sus Insuria propria).” Kararda şu ifadeler de geçmektedir: “Taraflar ister yalnız bir görünüş yaratmayı, ister ikinci bir işlem yapmayı arzu etmiş olsunlar; görünüşteki işlem tarafların gerçek iradelerini yansıtmadığından ötürü her hangi bir sonuç doğurmadığı gibi, gizli işlem (bağış) dahi şekle aykırılıktan dolayı geçersizdir.” Yargıtay HGK. E. 1996/1-596, K. 1996/737, T. 06.11.1996, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 23.02.2021. Şimdi, hileli gizli anlaşmanın hükmü ile muvazaalı işlemin hükmü arasındaki farkları dikkate almadan kaleme alınan bu ifadeler çelişki ortaya çıkarmaktadır. Doktrindeki eleştiriler kapsamında denilebilir ki, hileli gizli anlaşma varsa sadece tapulu taşınmazlarda muris muvazaasının var olduğu kabul edilemez. Şekle bağlı olmayan işlemler için de muris muvazaası söz konusu olmalıdır. Görüldüğü gibi, karar, hem kendi içinde, hem de sıklıkla andığı 1974 tarihli Yargıtay İBK ile çelişmektedir. Benzer eleştiriler için bkz. Cura, **a.g.m.**, s. 152-153.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MURİS MUVAZAASINA İLİŞKİN DAVA VE MURİSİN SAĞLARARASI İŞLEMLERİ KARŞISINDA YASAL MİRASÇILARIN SAHİP OLDUĞU DİĞER HAKLAR

I. MURİS MUVAZAASI NEDENİYLE TAPU KAYDININ DÜZELTİLMESİ (TAPU İPTAL VE TESCİL) DAVASI

Uygulamada muris muvazaasına ilişkin dava, denkleştirme hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığı, saklı paylı mirasçının da tenkis ile yetinmek istemediği durumlarda muvazaalı işlemde kaynaklanan tapu kaydının iptal edilerek mirasçılara pay oranında veya terekeye tamamen iade edilmesi imkânı sunan bir dava görevi görmektedir. Ancak bu husus, tüm mirasçılarının muvazaayı ileri sürmekte hukuki yararının bulunup bulunmadığı yönünden tartışmalıdır.

Muris muvazaasına ilişkin dava, bir tespit davası niteliğindedir¹. Bu dava ile birlikte, mirasçılar, tapudaki kaydın hukuki sebebinin geçersiz olduğunu tespit ettirmektedir. Murisin mirasçılarının birine veya üçüncü kişiye yapmış olduğu tapulu taşınmazları konu edinen muvazaalı kazandırmalar, görünürdeki işlem muvazaa, gizli işlem de şekle aykırı olduğundan dolayı geçersizdir. O halde, miras hakkı (savunduğumuz görüşe göre saklı payı) zedelenen mirasçılar, bu kazandırmaların geçersizliğini iddia ederek tapudaki kaydın gerçeğe uygun hale getirilmesini isteyebilir.

Uygulamada muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı tapu iptal ve tescil davası olarak da anılan bu dava, aslında tapu kaydının düzeltilmesi davasıdır. Çünkü söz konusu muvazaalı kazandırmalar geçersiz olduğundan mülkiyet karşı tarafa geçmemekte, taşınmazın maliki olan mirasçılar ise tapu kaydında malik

¹ Homberger, **a.g.e.** , § 975, Rn. 4; BK ZGB, Meier-Hayoz, **a.g.e.** , § 641, Rn. 155; BSK ZGB, Schmid, **a.g.e.** , § 975, Rn. 6; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.** , s. 298; Akipek, Akıntürk, Ateş, **Eşya**, s. 352; Aybay, Hatemi, **a.g.e.** , s. 113; Tapu kütüğünün düzeltilmesi ile birlikte taşınmazın iadesi de talep edilmişse, bu dava aynı zamanda eda davası niteliğindedir. Ertaş, **a.g.e.**, s. 188; Tapu kütüğünün düzeltilmesi davasının edim davası olduğu yönünde görüş için bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Eşya**, s. 416.

gözükmemektedir². İşte, burada yapılması gereken tapu kaydının gerçeğe uygun şekilde düzeltilmesidir.

Bu başlık altında, Yargıtay uygulaması çerçevesinde maddi ve usuli yönleri ile muris muvazaasına dayalı davaya ilişkin meseleler ele alınacak ve özellikle davacı ile ilgili hususlarda, sırası geldiğinde, doktrindeki eleştiriler ışığında tartışılmalı konular üzerinde detaylı şekilde durulacaktır.

A. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Görevli mahkeme, belirli bir davanın o yerdeki hukuk mahkemelerinden hangisi tarafından bakılacağını belirtir³. HMK m. 2’de dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına ilişkin davalarda görevli mahkemenin, aksine bir düzenleme bulunmadıkça, asliye hukuk mahkemesi olduğu düzenlenmiştir. Muris muvazaasına dayalı davaların konusu, malvarlığı haklarına ilişkindir. Dolayısıyla muris muvazaasına dayalı tapu iptal ve tescil davalarında, dava konusu taşınmaz veya taşınmazların değer ve miktarına bakılmaksızın görevli mahkeme, asliye hukuk mahkemesidir.

Göreve ilişkin kurallar kamu düzeninden olup taraflar aksini kararlaştıramaz ve hâkim görevli olup olmadığını kendiliğinden inceler⁴. Görevsizlik, ilk derece mahkemesi tarafından fark edilemezse, üst derece mahkemesi bu durumu kendiliğinden dikkate alır. Taraflar, yargılamanın her aşamasında hüküm kesinleşinceye kadar mahkemenin görevsiz olduğunu ileri sürebilir⁵. HMK m. 408’e

² Muvazaa nedeniyle geçersiz olan borçlandırıcı işleme dayanan taşınmaz devri, illilik prensibi sonucunda yolsuz tescile vücut verir, tapuda malik gözükken kimse mülkiyet hakkını kazanamaz. Aynı hak sahibi kimse, bu durumda, tapu tescilinin düzeltilmesi davası açarak tapuda kendisinin malik olarak kaydedilmesini sağlar. Etem Saba Özmen, Gülşah Sinem Aydın, “Tapu İptal Davası Olarak Yanlış Adlandırma ile Açılan Davalar (Tescili İsteme Davası/Yolsuz Tescilin Düzeltilmesi Davası)”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 88, S. 6, 2014, s. 209-210; Muvazaalı işlem konusu taşınmaz mal, terekeye dâhil bir mal niteliğindedir. Ayan, **Borçlar**, s. 241.

³ Kuru, **Medeni Usul**, s. 33.

⁴ Kuru, **Medeni Usul**, s. 42; Karşı, **Muhakeme**, s. 157 vd. ; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.** , s. 66-67.

⁵ “Muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı tapu iptal ve tescil davasında; görev kamu düzenine ilişkin bulunduğundan, Yerel Mahkemenin davanın kabulüne yönelik önceki kararının esaslan bozulmasına ilişkin Özel Daire bozmasına uymuş olması, bı yönden taraflardan biri yararına usulü kazanılmış hak doğurmaz; uyulan bozmadan sonra dahi uyuşmazlığın görev yönünden

göre, taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan kaynaklanan uyuşmazlıklar, tapu iptal ve tescile yönelik olduğundan kamu düzenini ilgilendirir ve bu yüzden tahkime elverişli değildir⁶.

Muris muvazaasına dayalı davalarda görevli mahkeme, asliye hukuk mahkemesi olmasına karşın, Kadastro Kanunu'nda belirtilen özel hallerde, Kadastro Mahkemesi görevli hale gelir. Kadastro Kanunu m. 27 uyarınca, genel mahkemelerde görülmekte olan kadastro ile ilgili ve taşınmazlara ilişkin henüz kesinleşmemiş davalar hakkında o taşınmaz için kadastro tespit tutanağı düzenlendiği tarihte asliye hukuk mahkemesinin görevi sona erer ve davalara ait dosyalar kendiliğinden Kadastro Mahkemesi'ne devrolunur. Buna göre, muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı olarak açılan davanın konusunu teşkil eden tapulu taşınmaz üzerinde dava sırasında kadastro çalışmaları başlatılması ve tespit tutanağı düzenlenmesi durumunda artık görevli mahkeme, Kadastro Mahkemesi olur. Kadastro Mahkemesi'nin verdiği hüküm, açıklayıcı nitelikte olduğundan açıklayıcı nitelikte hüküm doğuran muris muvazaası davasına bakan mahkemenin görevi kadastro tutanağının düzenlenmesiyle sona erer. Yani, Kadastro Mahkemesi'ne devrolunacak davalardaki maddi hukuki sebep, tasarrufun bağlı olduğu işlemin geçersizliğinin tespitine ilişkindir. Buna karşılık, muris muvazaası nedeninin yanında tenkis talebiyle açılan davalarda, Kadastro Mahkemesi görevli olmaz. Çünkü burada geçerli bir işlemin varlığı tespit edilmiş ve buna dayanılarak yapılan tasarruf da geçerli şekilde tapuya kaydedilmiştir. Geçerli tasarrufun tenkis yoluyla yasal sınırlara çekilmesi halinde verilen hüküm yenilik doğurucu nitelikte olur. Bu durumda Kadastro Mahkemesi'nin tapudaki kaydı iptal etmek gibi asliye hukuk mahkemesinin görev alanına giren hüküm vermesi mümkün değildir⁷.

değerlendirilmesi usulen olanaklıdır.” Yargıtay HGK. E. 2010/1-55, K. 2010/64, T. 10.02.2010, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 01.02.2021.

⁶ Yargıtay 15. HD. E. 2007/2680, K. 2007/4137, T. 18.06.2007, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 01.02.2021.

⁷ Konu ile ilgili bkz. Eviz, **a.g.e.** , s. 122 vd.

Yetki, bir davaya hangi yerdeki görevli mahkemenin bakacağına ilişkin olup yer bakımından bir davanın hangi yerdeki mahkemede görüleceğini belirler⁸. Muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı tapu iptal ve tescil davaları, taşınmaz üzerindeki aynı hakka ilişkin olduğundan HMK m. 12 uyarınca, dava konusu taşınmazın bulunduğu yerde açılır. Bu maddede bulunan yetki kuralı, kamu düzenine ilişkin olup resen nazara alınır ve taraflarca aksine yetki sözleşmesi yapılamaz.

Muris muvazaasına konu taşınmazın birden fazla ilçe sınırı içinde kalması halinde, uygulamada, taşınmazın büyük kısmının bulunduğu yer mahkemesi yetkili kabul edilmektedir⁹. Taşınmaz, ayrı yargı çevrelerindeyse, HMK m. 12/3 uyarınca davacı, tercih hakkını kullanarak davayı herhangi birinin bulunduğu yer mahkemesinde açabilir. Taşınmaza ilişkin davaya bakmaya yetkili mahkemenin belirlenmesinde önemli olan, taşınmazın gerçekte bulunduğu yer olup tapu kaydının önemi yoktur¹⁰.

Tenkis davasında yetkili mahkeme, TMK m. 576 uyarınca murisin son yerleşim yeri mahkemesidir. Muris muvazaasına dayalı tapu iptal ve tescil davası ile tenkis davası kademeli olarak açıldığı ve murisin son yerleşim yeri mahkemesi ile taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi aynı ilçe sınırları içerisinde olduğu takdirde, yetkili mahkeme, daha geniş kapsamlı muvazaa davasına göre belirlenir¹¹.

⁸ Kuru, **Medeni Usul**, s. 48; Karslı, **Muhakeme**, s. 197; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 71; Her mahkemenin yargı yetkisi belirli bir coğrafi bölge ile sınırlı olup bu yargı çevresi 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun m. 7’de şu şekilde düzenlenmiştir: “*Hukuk mahkemelerinin yargı çevresi, bulundukları il merkezi ve ilçeler ile bunlara adli yönden bağlanan ilçelerin idarî sınırlarıdır. Büyükşehir belediyesi bulunan illerde, büyükşehir belediyesi sınırları içindeki il ve ilçelerin adı ile anılan sulh veya asliye hukuk mahkemelerinin yargı çevresi, il ve ilçe sınırlarına bakılmaksızın Adalet Bakanlığının önerisi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenir.*”

⁹ Özkaya, **a.g.e.**, s. 426; Özüğür, **a.g.e.**, s. 537.

¹⁰ Özkaya, **a.g.e.**, s. 426; Özüğür, **a.g.e.**, s. 537; E. Günay, **a.g.e.**, s. 34.

¹¹ Aydın Tekdoğan, “Muris Muvazaası Nedeniyle Tapu İptali ve Tescil, Terditli Tenkis İstemli Davalarda Yetkili Mahkeme” **Leges Hukuk Dergisi**, S. 115, Temmuz 2019, s. 58; Özkaya, **a.g.e.**, s. 426; Özüğür, **a.g.e.**, s. 537; E. Günay, **a.g.e.**, s. 34.

B. Davacı

1. Yasal Mirasçıların Muris Muvazaasına Dayalı Hak İleri Sürüp Süremeyeceğine Dair Görüşler ve Kişisel Görüşümüz

Muris muvazaasına ilişkin davayı kimlerin hangi sıfatla açabileceği Yargıtay'ın istikrar kazanmış kararlarına rağmen doktrinde hâlâ tartışılmaktadır. Kimlerin dava açma hakkı olduğuna dair farklı görüşler, ayrı başlıklar altında incelenecektir.

a. Tüm Mirasçılara Dava Hakkı Tanıyan Görüş

Tüm mirasçıların bir şekilde muris muvazaasına ilişkin dava açabileceği yönündeki bu görüş, davacının müstakil hakkının olup olmadığı hususundaki görüş ayrılığı nedeniyle kendi içerisinde ikiye ayrılmaktadır. Bu ayrım davadaki ispat rejimini de etkilemektedir.

(1) Tüm Mirasçılara Üçüncü Kişi Konumunda Müstakil Dava Hakkı Tanıyan ve Şekle Aykırılığa Dayanan Yargıtay Görüşü Bakımından

Murisin mirastan mal kaçırmak amacıyla yaptığı muvazaalı taşınmaz satım işlemlerinden doğan uyuşmazlıklar değişik kararlara konu olmuş ve Yargıtay kararları arasına büyük çelişkiler doğmuştur. Bunun üzerine 1974 tarih ve 1/2 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile uygulamadaki görüş ayrılıkları giderilmeye çalışılmıştır¹². Fakat doktrindeki ve uygulamadaki görüş aykırılıklarının varlığının devam etmesi ve eleştirilerin dozunun yükselmesiyle birlikte bu İBK'nın değiştirilmesi istemi gündeme gelmiş, ancak 1990 tarih ve 1/2 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile 1974 tarih ve 1/2 sayılı İBK'nın değiştirilmesine gerek görülmemiştir¹³.

¹² Yargıtay İBK. E. 1974/1, K. 1974/2, T. 01.04.1974, (Çevrimiçi) www.e-uyar.com, 28.02.2021.

¹³ Yargıtay İBK. E. 1989/1, K. 1990/2, T. 16.03.1990, (Çevrimiçi) www.e-uyar.com, 28.02.2021.

1974 tarihli 1/2 sayılı İctihadı Birleştirme Kararı'nda, bir kimsenin mirasçısını miras hakkından yoksun etmek amacıyla gerçekte bağışlamak istediği tapu siciline kayıtlı taşınmaz hakkında tapu memuru önünde iradesini satış doğrultusunda açıklaması halinde, saklı pay sahibi olsun veya olmasın miras hakkı çığnenen tüm mirasçılarının görünürdeki işlemi olduğunu ve gizli işlem olan bağışlama sözleşmesinin de şekil koşulundan yoksun bulunduğunu ileri sürerek dava açmasının mümkün olduğu vurgulanmıştır. Bu kararda, miras hukukunda murisin iptali mümkün ölüme bağlı tasarruflarında onun son arzusuna değer verilmediği, aynı doğrultuda murisin son arzularına saygı ilkesinin ancak onun hukuka uygun tasarrufları için söz konusu olduğu belirtilmiştir. Ayrıca MK m. 507/4'de (TMK m. 565/4) tanınan dava hakkının aslında geçerli işlemler için tanındığı ve muris muvazaasına dayalı davanın konusunun geçersiz işlemler olduğu üzerinde durulmuştur.

1990 tarihli 1/2 sayılı İctihadı Birleştirme Kararı'nda, 1974 tarihli 1/2 sayılı İctihadı Birleştirme Kararı'nın toplumun özel koşul ve gereksinimleri göz önüne alınarak çıkarıldığı, özellikle kırsal bölgelerde kız çocuklarını ya da sonraki eşin etkisiyle önceki eşten olma çocukları ımarstan mahrum etmek amacıyla muris muvazaasına başvurulduğu, bunların önüne geçen ve hukuk önünde eşitliği sağlamak amacı taşıyan bu kararda benimsenen çözüm tarzının değiştirilmesini haklı kılacak bir neden olmadığı vurgulanmıştır.

Nihat Yavuz, 1990 tarih ve 1/2 sayılı İBK'nın muris muvazaası ile ilgili içtihadın değiştirilmemesine ilişkin kararını yerinde bulurken, kusursuz olmayan hukuki işlemlerin hükümsüz sayılmasının hukuk güvenliğinin gereksinimi olduğunu vurgulamıştır¹⁴. Buna göre, tarafların amacı mirasçılarını aldatmak ise, bunun ortaya çıkarılması ve kendisini hukuk düzeninin dışına çıkaran muris ve karşı tarafın hukuk düzeni tarafından himayeden yoksun bırakılması gerekir¹⁵.

Yargıtay, tapulu taşınmaza ilişkin gizli bağışlama işleminin şekle aykırı olduğu, murisin danışıklı işlemleri nedeniyle miras hakkı zedelenen saklı paylı olsun

¹⁴ N. Yavuz, **a.g.e.** , s. 226.

¹⁵ **A.e.** , s. 219.

veya olmasın tüm mirasçılarının bu şekilde aykırılığı ileri sürmelerinde hukuki yararının olduğu, murisin tasarruf oranı çerçevesinde tasarruf özgürlüğü bulunsa da bu özgürlüğünü kanunen aranan şartlara uyarak kullanması gerektiği, muris muvazaası iddiasının tenkis hükümlerine etkisi olmadığı sonucuna varmıştır. Varılan bu sonuç doğrultusunda Yargıtay, muris muvazaasına ilişkin davada tüm mirasçılarının üçüncü kişi konumunda olduğunu ve iddialarını tanık dâhil her türlü delil ile ispatlayabileceğini savunmuştur¹⁶. Doktrinde bu kararı destekleyen görüşler, mirastan mal kaçırma amacı taşıyan devirler nedeniyle tüm mirasçılarının miras hakkının zarara uğratıldığını ve mirasçılar aleyhine bir tür haksız fiil işlendiği nedeniyle mirasçılarının kendisinin taraf olmadığı sözleşmenin iptalini isteyebileceğini ileri sürmüşlerdir¹⁷.

Özkaya'ya göre, mirasçı, muvazaalı sözleşmenin dışındadır ve kanunen korunan miras hakkının kendisine intikalini engelleyen sözleşmeye karşı koymakta ve onun geçersizliğini istemektedir¹⁸. Burada murisin iradesi ile mirasçının yararı çatışmakta olup mirasçı, murisin istediği davayı açan bir külli halef gibi değil murisin iradesine karşı koyan ve kendi hakkını savunan üçüncü kişi gibi kabul edilmelidir. Dolayısıyla mirasçı, muvazaayı üçüncü kişi olarak tanık dâhil her türlü delil ile ispatlayarak şekilde aykırı gizli bağışlama işlemini geçersiz kılabilir¹⁹.

Hatipoğlu, şekilde aykırılık iddiasında bulunan üçüncü kişi konumundaki mirasçının, hakkın kötüye kullanılması yasağına takılmayacağını, çünkü bu iddianın sözleşmenin taraflarını bağlayacağını belirtmiştir²⁰. Mirasta koruyucu sistemler arasında Yargıtay'ın aileyi koruyucu sistemi benimsediği yönünden de meseleyi inceleyen Hatipoğlu, söz konusu İBK'nın bu kabule uygun düştüğünü aktarmıştır. Bunun yanında murisin tasarruf özgürlüğünün sınırlarından birinin de muvazaalı işleme girmemek olduğunu vurgulamıştır. Ayrıca muris muvazaasına ilişkin açılan

¹⁶ Yargıtay HGK. E. 1988/1-232, K. 1988/421, T. 25.05.1988, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 02.03.2016; “*Muris muvazaası nedenine dayalı davaların her tür delille kanıtlanabileceği kararlılık kazanmış yasal ve yargısal uygulamalar gereğidir.*” Yargıtay 1. HD. E. 2000/16316, K. 2001/319, T. 18.01.2001, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 02.03.2021.

¹⁷ N. Yavuz, **a.g.e.**, s. 187; Özüğür, **a.g.e.**, s. 529-530.

¹⁸ Özkaya, **a.g.e.**, s. 414-415.

¹⁹ Aynı yönde görüş için bkz. Atamulu, **a.g.e.**, s. 260; Akkök, **a.g.e.**, s. 168; Evirgen, **a.g.e.**, s. 83; Eviz, **a.g.e.**, s. 128; İncedal Denizhan, **a.g.e.**, s. 72; İnci, **a.g.e.**, s. 43; Sun, **a.g.e.**, s. 72.

²⁰ Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 144.

davanın tenkis ve denkleştirme hükümlerinin uygulanmasına engel olmayacağını savunmuştur²¹.

(2) Tüm Mirasçıları Külli Halef Konumunda Kabul Eden Görüş Bakımından

Oğuzman'a göre, murisin tasarruflarına karşı saklı paylı olmayan mirasçıların herhangi bir talep hakkı olamaz²². O halde saklı paylı olmayan mirasçının murisin muvazaalı temlikine karşı şahsına tanınan müstakil bir dava hakkı yoktur. Aynı şey saklı payları oranında kendilerine üçüncü kişi konumunda tenkis davası açma hakkı tanınan saklı paylı mirasçıların saklı payını aşan kısmı için de söylenebilir. Saklı payı aşan kısım için saklı paylı mirasçılar ve saklı paylı olmayan mirasçılar, murisin külli halefi olarak kendilerine intikal eden muvazaa davası açma hakkını kullanarak tapu kaydının düzeltilmesini talep edebilir²³. Buradaki talep TMK m. 1025 hükmüne dayanmaktadır. Buna göre, yolsuz tescil sonucunda oluşmuş tapu kaydı nedeniyle aynı hakkı zedelenen kimseler tapu kaydının düzeltilmesini isteyebilir. Bahsi geçen yolsuz tescil olmasaydı taşınmazın mülkiyetini külli halefiyet uyarınca elde edebilecek mirasçılar, külli halef konumunda tapu kaydının düzeltilmesi davası açabilirler²⁴. Mirasçılar, murisin külli halefi olarak hareket

²¹ Hatipoğlu, **a.g.e.** , s. 146-150.

²² M. Kemal Oğuzman, "Miras Bırakanın Gayrimenkule İlişkin Muvazaalı İşlemleri Bakımından Tenkis Davası ve Tapu Kaydının Tashihi Davası", **İlhan Postacıoğlu'na Armağan**, İstanbul, 1990, s. 196.

²³ Oğuzman, **Muvazaa**, s. 197; Aynı yönde görüş için bkz. Aday, **a.g.e.** , s. 68; İmre, Erman, **a.g.e.** , s. 295 vd. ; İnan, Ertaş, Albaş, **a.g.e.** , s. 448 vd. ; Dural, Öz, **a.g.e.** , s. 266; Sevtap Yücel, "Vasiyet Alacaklısı Açısından Muris Muvazaası Nedeniyle Tapu İptal Davası Açma Sorunu (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 21.11.2001 Tarihli 958/1035 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi)", **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XII, S. 3-4, 2008, s. 398; Demirkol, **a.g.m.** , s. 3066; Kaplan, **a.g.m.** , s. 363; Topuz, **a.g.m.** , s. 717.

²⁴ 1974 tarih ve 1/2 sayılı Yargıtay İBK Karşı Oy Yazısı'nda Feridun Müderrisoğlu benzer düşüncelerle çoğunluğa karşı çıkmıştır: "Miras bırakan sağlığında gerçekten saklı pay tutarını aşan veya aşmayan bir muvazaalı sözleşme yapmıştır ve mirasçıları arasında saklı pay hakkı bulunan derecede mirasçı vardır veya yoktur. Bu durumda miras bırakan yaptığı bu sözleşmeden nasıl cayarak ve aradaki muvazaayı ileri sürerek iptal davası açabilirse, onun külli halefi olan mirasçıları da aynen miras bırakan gibi iptal davası açabilirler. Miras bırakanın sağlığında açabileceği bu dava ile ölümünden sonra mirasçıların açabilecekleri bu konudaki dava ne esas hukuku ne de usul hukuku yönünden özellikle ispat biçimi yönünden hiçbir farklılık göstermez."

Benzer düşünceler, Yargıtay kararlarının karşı oy yazılarında hâlâ belirtilmektedir: "Elbirliği mülkiyetinde mirasçıların tereke malları üzerinde belli pay veya paylan olmayıp hakları taşınmazın tamamı üzerine yayılmış olup, terekenin tamamını kapsar. Aynı Kanun'un 702. maddesinde topluluk devam ettiği sürece tasarrufi işlemlerde tüm ortakların oybirliğiyle karar vermeleri gerektiği

ettiklerinden HMK m. 201 uyarınca sadece yazılı delille muvazaayı ispat edebilirler²⁵. Muvazaanın yazılı delille ispatı mirasçı açısından güçlük doğuracağından saklı paylı mirasçıların tapu kaydının düzeltilmesi davası açmak yerine kanunen kendilerine tanınan saklı paylarına dayanarak tek başlarına tenkis davası açmaları yararlarıdır²⁶. Çünkü tenkis davasında üçüncü kişi konumunda muvazaayı tanık dâhil her türlü delil ile ispat edebilirler²⁷. Saklı paylı mirasçılar, murisin muvazaalı olsun veya olmasın sağlararası işlemlerine karşı dava açarak saklı payı ihlal eden kısım için tapu kaydının iptalini talep eder. Burada, murisin mirastan mal kaçırma amacı, saklı payı ihlal kastının da açık göstergesidir²⁸.

Kayhan'a göre, mirasçıların murisin sağlararası işlemlerine karşı üçüncü kişi konumunda kabul edilmesi sadece geçerli bağışlamalarda mümkündür²⁹. Geçersiz bağışlamalarda tenkis hükümleri uygulanmayacağından mirasçı üçüncü kişi konumunda kabul edilemez³⁰. O, sadece külli halef olarak murisin terekesine dâhil

belirtilmiştir. Dava açmak da tasarrufları bir işlem olduğuna göre, mirasçılardan birisinin kendi payını ileri sürerek dava açması mümkün değildir. Başka bir anlatımla, bir mirasçının elbirliği mülkiyet hükümlerine tabi bir taşınmaz üzerinde tasarrufları bulunma yetkisi yoktur. Mirasçılardan birisinin kendi payı hakkında açtığı dava diğer mirasçıların paylarını kapsamadığından ve aynı zamanda onlar adına da dava açılmadığından, davaya diğer mirasçıların katılması (olurlarının alınması) veya TMK'nın 640. maddesi uyarınca miras ortaklığına temsilci tayin edilmek suretiyle davaya devam edilmesi de mümkün değildir. Mirasçılardan birinin hangi nedene dayanırsa dayansın (muvazaa, hile, gabin vs.) terekeye ait bir taşınmazın tapu kaydının iptali ve tescili için, kendi payına hasren dava açma yetkisi bulunmadığından davanın dinlenme olanağı yoktur.” Yargıtay HGK. E. 2009/1-458, K. 2009/498, T. 11.11.2009, Karşı Oy Yazısı, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 02.03.2021.

²⁵ “Usulün 290. maddesi dışında mirasçılara miras bırakanın başka bir ispat biçimi tanımak dayanaksız olur. Bu esasa göre başka bir ispat yolunu tanınması ancak miras bırakanın salt tasarrufları hakkını kısıtlayan saklı payı aşan tutardaki tasarruflarda olanak sağlamak gerekir. Çünkü saklı pay sınırına kadar muvazaalı veya muvazaasız her türlü işlem miras bırakanın salt hakkıdır. O sınır aşıldıkça artık muvazaaya dayanabilme genellikle yetersizdir. Çünkü muvazaa çok kez mirasçılar tarafından miras bırakanın delilleri düzenleyip hazırlanmış olması itibarıyla ispatlanamayacaktır. Böylece miras bırakanın salt tasarrufları hak ve iradesine saygı sağlanır. Mirasçılar, şayet saklı pay hakları varsa tenkis davası yoluna giderler.” 1974 tarih ve 1/2 sayılı Yargıtay İBK Feridun Müderrisoğlu'nun Karşı Oy Yazısı; Oğuzman, **Muvazaa**, s.197; Aday, **a.g.e.**, s. 87; Ertaş, **a.g.e.**, s. 283; Kuru, **Medeni Usul**, s. 276; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 390; Murat Yavaş, **Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları ile Bu Kuralların İstisnaları**, İstanbul, Turhan Kitabevi, 2009, s. 377; Demirkol, **a.g.m.**, s. 3064.

²⁶ Esener, **Muvazaa**, s. 111; Oğuzman, **Muvazaa**, s. 197; Dural, Öz, **a.g.e.**, s. 266; Aday, **a.g.e.**, s. 87; Kuru, **Medeni Usul**, s. 276; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 395; Yavaş, **a.g.e.**, s. 378; Demirkol, **a.g.m.**, s. 3066.

²⁷ Esener, **Muvazaa**, s. 111; Oğuzman, **Muvazaa**, s. 197; Dural, Öz, **a.g.e.**, s. 266; Aday, **a.g.e.**, s. 87; Kuru, **Medeni Usul**, s. 276; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 395; Yavaş, **a.g.e.**, s. 378; Demirkol, **a.g.m.**, s. 3066.

²⁸ Dural, Öz, **a.g.e.**, s. 270; Serozan, Engin, **a.g.e.**, s. 221.

²⁹ Kayhan, **a.g.m.**, s. 190;

³⁰ Kayhan, **a.g.m.**, s. 190; Benzer görüş için bkz. Topdemir, **a.g.e.**, s.34.

haklarına sahip olur. Bu durumda muvazaa nedeniyle geçersizliğin ileri sürülmesi hakkını, muristen külli halefiyet kuralları uyarınca iktisap eder. Bu durumda yapılması gereken, murisin külli halefi olarak tapu kaydının düzeltilmesi davası açmaktır. Bu davada ise, yazılı delil getirme zorunluluğunun bulunup bulunmadığı her somut olayda ayrıca değerlendirilmelidir³¹.

Topdemir'e göre, mirasçılar külli halef sıfatıyla dava açsalar bile, iddialarını yazılı delil ile ispatlamak zorunda bırakılamaz³². Çünkü bu tür muvazaalı işlemi yapanlar, mirasçılara bu işlemin muvazaalı olduğunu gösteren bir belge vermek bir yana, mirasçıların eline belge geçmemesi için gereken azami özeni gösterir. Şu halde davacı bakımından yazılı delil getirmede bir imkânsızlık olduğunun kabulü ve tanık dâhil her türlü delil ile muvazaanın ispatı yolunun açılması gerekir. Topdemir, saklı paylı olsun veya olmasın tüm mirasçıların üçüncü kişi konumunda kabul edilemeyeceklerini ve külli halef olarak açılan davanın hakkın kötüye kullanılması yasağına veya senede karşı senet kuralına takılmaması gerektiği görüşündedir³³.

Külli halef sıfatıyla açılan davada terekeye elbirliği ile malik olan mirasçıların kural olarak birlikte hareket etmeleri gerekir. Ancak bir görüşe göre, TMK m. 640/4'te yer alan "*Mirasçılardan her biri, terekedeki hakların korunmasını isteyebilir. Sağlanan korumadan mirasçıların hepsi yararlanır.*" hükmü uyarınca sadece bir mirasçı tapu sicilinin düzeltilmesi davası açabilir ve sicilin tüm mirasçılar lehine düzeltilmesini isteyebilir³⁴.

³¹ Kayhan, **a.g.m.** , s. 190; Aday, **a.g.e.** , s. 65.

³² Topdemir, **a.g.e.** , s. 36; Topdemir'in görüşünün temelini Üstündağ oluşturmaktadır. Bkz. Saim Üstündağ, **Medeni Yargılama Hukuku**, 7. Bası, İstanbul, Nesil Matbaacılık, 2000, s. 672.

³³ Topdemir, **a.g.e.** , s. 34.

³⁴ Dural, Öz, **a.g.e.** , s. 266; Sevgi, **a.g.e.** , s. 88; TMK m. 640 hükmü mevcut değilken sorunun çözümü için şöyle bir yaklaşım getirilmiştir ki uygulamada terekeye iade istemli davalarda hâlâ bu yola başvurulmaktadır. Birden çok mirasçıdan sadece birisi muvazaa iddiasına dayanan tapu kaydının düzeltilmesi davası açtığı takdirde, bu dava hemen reddedilmemeli, hâkimin vereceği süre içinde davacıdan, diğer mirasçıların davaya katılımının sağlanması veya terekeye temsilci atanması istenmelidir. Mirasçı bu şartları yerine getirmezse davası reddedilmelidir. Aday, **a.g.e.** , s. 87; Topdemir, **a.g.e.** , s. 37-38.

b. Mirasçılara Dava Hakkı Tanımayan (Sadece Saklı Paylı Mirasçılara Tenkis Talebi Tanıyan) Görüş

Bu görüşü savunanlar, saklı paylı olsun veya olmasın mirasçılarının muris muvazaasına ilişkin dava açamayacağını ve sadece saklı pay ihlaline karşı saklı paylı mirasçılarının tenkis davası açabileceğini düşünmektedir.

Postacıoğlu'na göre, resmi memur önünde yapılmış muvazaalı satım sözleşmesi ile birlikte şeklin koruma amacı gerçekleşmiş olup gizli bağışlama işlemi için ayrıca şekil şartının aranmasına gerek yoktur³⁵. Dolayısıyla gizli işleme karşı mirasçılar tarafından iptal davası açılmaz. Mirasçılar, murisin bu tür işlemlerine karşı saklı payı ihlal ettiği iddiasıyla saklı paylı mirasçı olarak üçüncü kişi konumunda dava açabilir. Bu durumda saklı paylı mirasçılara ait müstakil bir hakkın ihlali söz konusudur³⁶. Bu yüzden saklı paylı mirasçılar, üçüncü kişi olarak muvazaa perdesini kaldırıp bağışlama işlemini ortaya çıkarmak için tanık dâhil her türlü delil getirebilir³⁷.

Karayalçın'a göre, murisin gerçek iradesini yansıtmayan muvazaalı işlem, ardında murisin gerçek iradesini gizler. Gizli bağışlama işleminin şekil yönünden geçersizliğinin ileri sürülmesi, murisin gerçek ve samimi iradesine aykırı düşer. Bunun yanında muris, tasarruf oranı çerçevesinde serbestçe tasarruflarda bulunabileceğinden muvazaalı bile olsa tasarruf oranı içerisinde kalan tasarrufların iptaline imkân yoktur³⁸. Tasarruf oranını aşan ve saklı payı ihlal eden tasarruflar ancak şartları varsa tenkise tabidir. Borçlar hukuku yönünden de meseleyi ele alan Karayalçın, gizli bağışlama işlemini, görünürdeki işlemin gerekli şekle uyularak kurulması nedeniyle geçerli kabul etmiştir³⁹. Kaldı ki Karayalçın, şekle aykırılığın klasik kesin hükümsüzlüğe değil, kendine özgü geçersizliğe tabi olduğunu

³⁵ İlhan Postacıoğlu, *Şehadetle İspat Memnuiyeti ve Hududları*, 2. Bası, İstanbul, 1964, s. 229.

³⁶ Postacıoğlu, *Şehadetle İspat Memnuiyeti*, s. 226.

³⁷ *A.e.*, s. 225.

³⁸ Karayalçın, *YD*, s. 328.

³⁹ *A.e.*, s. 333.

savunmaktadır⁴⁰. Bu yönden Oğuzman'ın tüm mirasçılarının birlikte hareket ederek tapu kaydının düzeltilmesi davası açabileceği görüşünü eleştirmiştir⁴¹. Bu eleştirisinde, Oğuzman'ın klasik kesin hükümsüzlük görüşünün etkisinde olduğunu açıkça belirtmiştir. Tüm bu anlatılanlar ışığında Karayalçın, geçerli bir bağışlama işleminin ancak tenkis hükümlerine tabi olduğunu savunmuştur.

c. Sadece Saklı Paylı Mirasçılara Dava Hakkı Tanıyan Görüş

Eren, 1973 tarihli “*Türk Medeni Hukukunda Tenkis Davası*” adlı eserinde şekle aykırı gizli bağışlama işlemine karşı tenkis davasının açılmayacağını, tenkise tabi kazandırmaların geçerli işlemler olması gerektiğini, gizli bağışlamaya konu olan taşınmaz üzerindeki aynı hak tapuya tescil edilmiş olmasına rağmen tescil geçerli bir hukuki işleme dayanmadığından söz konusu aynı hakkın bağışlanana geçmediğini, bundan dolayı tüm mirasçılarının yapacağı işin tapu kütüğünün düzeltilmesi davası açmak olduğunu belirtmiştir⁴². Eren, “*Borçlar Hukuku Genel Hükümler*” kitabının son baskılarında meseleye borçlar ve miras hukukunun güncel kabulleriyle tartışmaya farklı boyuttan yaklaşmıştır⁴³. Buna göre, muris muvazaasında mirasçıları zarara sokan murisin muvazaalı işleminin ardındaki gizli bağışlama işlemidir ve bu işlem şekle aykırılık nedeniyle geçersizdir. Şekle aykırılığın yaptırımı kendine özgü geçersizlik olduğundan, bu yalnızca taraflarca ileri sürülebildiğinden, tarafların bilerek ve isteyerek ifa ettiği hallerde sözleşme sıhhat kazandığından ve saklı paylı olmayan mirasçılar ancak külli halef olarak sözleşmenin tarafı olduğundan, saklı paylı olmayan mirasçılar, şeklin koruma amacına aykırı olacak biçimde sözleşmenin geçersizliğini ileri süremez. Aynı şekilde saklı paylı mirasçıların, saklı payı aşan miras payları açısından da külli halef olarak dava açmaları mümkün değildir. Eren, klasik kesin hükümsüzlük yönünden de meseleyi ele alarak, bilerek ve isteyerek yapılan ifa sonrası şekle aykırılığın ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması anlamına geldiğini ve külli halef olarak dava açan saklı paylı olsun (saklı payı aşan

⁴⁰ Şekle aykırılığın ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması anlamına gelip gelmediğini araştırmaya gerek yoktur. Şeklin koruma amacı ile sınırlandırılması çerçevesinde artık ifa ile birlikte işlem sıhhat kazanmıştır. Karayalçın, *YD*, s. 337.

⁴¹ Karayalçın, *SSTH*, s. 369.

⁴² Fikret Eren, *Türk Medeni Hukukunda Tenkis Davası*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1973, s. 95-97.

⁴³ Eren, *Borçlar Genel*, s. 410.

miras payı açısından) veya olmasın mirasçılarının hakkın kötüye kullanılması yasağına takılması gerektiğini savunmuştur. Çünkü muris sağılığında şeklen geçersiz bir işlem den doğan borcunu bilerek ve isteyerek ifa etmiştir. Muris, hayatta olsaydı, şekle aykırılığı ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması teşkil ederdi. Saklı paylı olmayan mirasçılar, külli halef konumunda olduklarından murisin sahip olduğu haktan fazlasını iktisap edemez ve bu yüzden saklı paylı olmayan mirasçılar da gizli bağışlama işleminin geçersizliğini ileri süremez. Saklı paylı mirasçılar ise, saklı payları oranında TBK m. 27/2 uyarınca şekle aykırılığı her zaman ileri sürebilir. Saklı payı düzenleyen kurallar emredici nitelikte olduğundan, tenkis davasından ayrı olarak kısmi geçersizlik kuralları içerisinde şekle aykırılığın ileri sürülmesi mümkündür.

Hatemi'ye göre, saklı paylı mirasçı, miras muvazaasını da tenkis davasını da ileri sürebilmelidir⁴⁴. Saklı paylı mirasçı, kendisinden mal kaçırma amacıyla yapılmış murisin muvazaalı işlemlerine karşı üçüncü kişi konumunda dava açabilmelidir. Buna karşın, saklı paylı olmayan mirasçılar, muris muvazaasını ileri sürememeli, külli halef sıfatıyla ehliyetsizlik veya irade bozukluğu hallerini ileri sürebilmelidir. Hatemi, üstün hak sahibi kabul ettiği saklı paylı mirasçının muris muvazaası iddiasını ileri sürmesinin miras sebebiyle istihkak davası süreleri ile sınırlandırılması kanaatindedir.

d. Konu ile İlgili Değerlendirilmesi Gereken Sorunlar ve Kişisel Görüşümüz

(1) Aileyi ve Bireyi Koruyan Sistemlerden Hangisinin Benimsenmesi Gerektiği Sorunu

Yargıtay'ın muris muvazaasına ilişkin dava açma hakkını tüm mirasçılara tanınması, aslında miras hukukunda aileyi koruyan sistemi öncelemesinden de kaynaklanmaktadır⁴⁵. Burada miras hukukunda koruyucu sistemlerin kısaca ele

⁴⁴ Hatemi, **Miras**, s. 61.

⁴⁵ Hatipoğlu, **a.g.e.** , s. 147.

alınmasının ve diğer koruyucu sistemlerin Türk miras hukuku açısından gözden geçirilmesinin, muris muvazaasına farklı bir bakış açısı getireceği kanaatindeyiz.

Miras hakkının varlığını kabul eden sistemlerde miras hakkı, mülkiyet hakkının doğal bir uzantısı kabul edilmiştir. Miras hakkının tanınması ile birlikte mülkiyet hakkının bir anlamı olmaktadır. Aksi takdirde mülkiyet hakkı, kişiye hayatı boyunca faydalanma hakkı veren bir hakka dönüşürdü⁴⁶. Sadece mülkiyet hakkı açısından değil kişinin borçları açısından da baktığımızda, örneğin bir kredi alacaklısı, miras hakkı olmasaydı, adeta geri alınamaz bir bağışlama yapmış gibi olurdu. Özellikle liberal ve kapitalist sistemin oluşturduğu ekonomik düzende malların ve borçların sahibi olmazsa, ekonomik sistem işleyemezdi⁴⁷.

Meselenin bir diğer yönü ise, kişinin sağlığında çabalayarak elde ettiği malvarlığının ailesine kalmasının veya istediği bir üçüncü kişiye kendisi tarafından devredilmesinin, onu mülkiyet edinme yönünde teşvik etmesidir⁴⁸. Yakınlarına bir şeyler bırakmanın insan doğasında var olduğu düşünüldüğünde, insan sadece kendisi adına değil hayatta bıraktıkları adına da üretken olur. Bu üretkenliği artırmak için miras hakkının tanınması gereklidir⁴⁹. Bu yüzden toplumda şöyle bir özdeyiş yer edinmiştir: “Ölüm hak, miras helal”. Fakat bu noktada ölenin mallarının devredileceği kişilerin nasıl belirleneceği sorunu karşımıza çıkmaktadır.

Miras hakkını kabul ve ret eden sistemler ışığında, muristen geriye kalan mallardan oluşan terekenin akıbetinin ne olacağı konusundaki yaklaşımları üç sınıfta toplayabiliriz. Bunlardan ilki, bireyi koruyucu sistem⁵⁰, ikincisi aileyi koruyucu

⁴⁶ Ayiter, **a.g.e.** , s. 3; İmre, Erman, **a.g.e.** , s. 2; Dural, Öz, **a.g.e.** , s. 1; Serozan, Engin, **a.g.e.** , s. 37.

⁴⁷ Dural, Öz, **a.g.e.** , s. 2; Serozan, Engin, **a.g.e.** , s. 37.

⁴⁸ Dural, Öz, **a.g.e.** , s. 2; Kılıçoğlu, **Miras**, s. 10.

⁴⁹ Piotet, , **a.g.e.** , § 1, Rn. I; Dural, Öz, **a.g.e.** , s. 2.

⁵⁰ Bu sisteme göre, kişi sağlığında emeğiyle kazandığı malvarlığının ölümünden sonra geleceğinin ne olacağını kendisi belirlemelidir. Bu mülkiyet hakkının gereğidir. Kişi, edindiği malları dilediği kişilere bırakması hakkının kendisine tanınması sayesinde sağlığında mal edinme çabası içine girecek ve bu çabanın sonucu olarak malları üzerinde serbestçe tasarrufta bulunması, ona mutluluk getirecektir. Bu sistemde murisin iradesi olmaksızın kimse mirasçılık hakkı kazanamaz. Murisin malvarlığı üzerinde tasarruf özgürlüğü bulunur. Malvarlığının ne kadarının kime devrolunacağına muris karar verir. Şener, **a.g.e.** , s. 36; İnan, Ertaş, Albaş, **a.g.e.** , s. 46; İmre, Erman, **a.g.e.** , s. 4; Antalya, Sağlam, **a.g.e.** , s. 44. Roma Hukuku kaynaklı bu sistemde vasiyetname geniş yer tutar. Muris tarafından vasiyetname yapılmadığı veya yapılan vasiyetname geçersiz olduğu ya da atanan mirasçılar, mirasçı sıfatını kaybettiği takdirde, yasal mirasçılara geçiş mümkün olur. Roma

sistem⁵¹, üçüncüsü ise toplumu koruyucu sistemdir⁵². Türk Medeni Kanunu'nun yaklaşımı ise, karma bir sistem yönündedir.

Günümüzde miras hukuku sistemleri, kabul ettikleri temel koruyucu sistemin yanında diğer koruyucu sistemleri de göz önünde bulundurarak karma sistem uygulamaktadır⁵³. Kıta Avrupa'sında, Avusturya Hukukunda, bireyi koruyan

Hukukunda iradi mirasçılık ile yasal mirasçılığın yan yana bulunması söz konusu değildir. Honig, **a.g.e.** , s. 383; Di Marzo, **a.g.e.** , s. 504; Koschaker, **Roma**, s. 373; Umur, **a.g.e.** , s. 523; Ayrıca bkz. Meyer-Pritzl, **in: Staudinger/Eckpfeiler (2014/2015)**, s. 1564; Olzen, **a.g.e.** , s. 16; Şener, **a.g.e.** , s. 36; Antalya, Sağlam, **a.g.e.** , s. 44.

⁵¹ Toplumun temelini teşkil eden ailenin ekonomik bakımdan güçlendirilmesi amacını taşıyan bu sisteme göre, murisin tasarruf özgürlüğü yoktur. Malvarlığı, doğrudan doğruya ve kanunla belirlenen aile fertlerine geçer. Zaten kişinin kendisinden geriye kalanlara ve özellikle eş ve evlatlarına olan sevgi ve bağımlılığın belirtisi olarak hayatta iken edindiklerini onlara bırakması en doğal olanıdır. Ayiter, **a.g.e.** , s. 3; Şener, **a.g.e.** , s. 36; Kocayusufpaşaoğlu, **Miras**, s. 15 vd. ; İmre, Erman, **a.g.e.** , s. 4; İnan, Ertaş, Albaş, **a.g.e.** , s. 45; Hatemi, **Miras**, s. 1; Kılıçoğlu, **Miras**, s. 10; Antalya, Sağlam, **a.g.e.** , s. 44. Aileyi koruyan sistem, Cermen Hukuku kaynaklıdır. Tanrının ve toplumun koyduğu kurallara göre mirasın geçişini kabul eder. Aslında insanlığın ilk dönemlerinde mal varlığı, ailenin ortak mülkiyetinde olup aile reisi bu mallar üzerinde intifa hakkı sahibiydi. Aile reisinin ölümü halinde mal varlığı üzerinde bir değişiklik meydana gelmezdi ve ölenin ailesi mülkiyet hakkına sahip olmaya devam ederdi. Zamanla kişisel mülkiyet kavramının yerleşmesi ile birlikte yasal mirasçılık doğmuş ve murisin mal varlığının kanunla belirlenen aile fertlerine doğrudan doğruya geçeceği kabul edilmiştir. Paul Koschaker, **Modern Hususi Hukuka Giriş-Kitap VI. Miras Hukuku**, çev. Kudret Ayiter, Ankara, 1950, s. 303; Şener, **a.g.e.** , s. 37; İnan, Ertaş, Albaş, **a.g.e.** , s. 46; Olzen, **a.g.e.** , s. 15; İmre, Erman, **a.g.e.** , s. 4. Aileyi koruyan sisteme getirilen en büyük eleştiri, aile fidekomisi hakkındadır. Ailenin ekonomik açıdan güçlenmesinin, servetin dolaşımını engelleyecek şekilde aile içinde kalmasına yol açmaması için modern hukuk sistemlerinde aile fidekomisi yasağı getirilmektedir. Meyer-Pritzl, **in: Staudinger/Eckpfeiler (2014/2015)**, s. 1565; Ayiter, **a.g.e.** , s. 4; Hatemi, **Miras**, s. 2; Ömer Uğur Gençcan, **Miras Hukuku**, 4. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, s. 115.

⁵² Kişisel mülkiyeti tanımayan ve miras hakkına karşı çıkanların savunduğu bu sisteme göre, kişinin ölümü üzerine mal varlığı devlete geçmeli ve toplum yararına tasfiye edilmelidir. Özellikle aşırı sosyalistler, kişisel mülkiyeti hırsızlık, miras hakkını da en büyük kötülük gördükleri için böyle bir sistemi benimsemiştir. Bilgi için bkz. Kipp, Coing, **a.g.e.** , s. 2 vd. ; Meyer-Pritzl, **in: Staudinger/Eckpfeiler (2014/2015)**, s. 1565. 1918 yılında Sovyetler Birliği, miras hakkını ortadan kaldırmış fakat 1922 tarihli Anayasa ile miras hakkını tekrar tanımış ve 1936 tarihli Anayasa ile kişisel mülkiyet garanti altına alınmıştır. Bunun yanında veraset vergisi yoluyla devletin mirasçılığı bir şekilde sürdürülmüş, 1943 tarihinde bu vergi kaldırılmış ve sonunda 1961 tarihli Anayasa ile toplumu koruyan sistemden dönülmüştür. Sovyetler Birliği'nde miras hukuku gelişmeleri için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **Miras**, s. 23; Ayiter, **a.g.e.** , s. 4; Şener, **a.g.e.** , s. 37; Antalya, Sağlam, **a.g.e.** , s. 44. Aslında devletin sosyal devlet politikası kapsamında toplum yararına tasfiye edilen malları toplum arasında paylaşması zordur. Ayrıca ölenin ailesi mirastan yoksun kalacağı için maddi zorluklar çekeceğinden devlet aldığı malların hiç olmazsa bir kısmını ölenin ailesine sosyal yardım olarak geri vermek zorundadır. Tüm bunlar düşünüldüğünde miras hakkının kaldırılması, sosyal devlet önünde de büyük engel teşkil eder. Hatemi, **Miras**, s. 1. Bunun yerine veraset vergisi yoluyla hem servetin belirli ailelerde toplanmasının önüne geçilmiş, hem de devlet tarafından ölenin malvarlığının bir kısmının toplum yararına sunulması amaçlanmıştır. Ayiter, **a.g.e.** , s. 4; Hatemi, **Miras**, s. 2; İmre, Erman, **a.g.e.** , s. 5; Oğuzman, **Miras**, s. 10.

⁵³ Kocayusufpaşaoğlu, **Miras**, s. 22; İnan, Ertaş, Albaş, **a.g.e.** , s. 47; İmre, Erman, **a.g.e.** , s. 4; Kılıçoğlu, **Miras**, s. 10.

sistem ön plandadır⁵⁴. Avusturya Medeni Kanunu, ölüme bağlı tasarrufa ilişkin hükümler ile başlar. Asıl olan murisin mirasçısı tayin etmesidir. Böyle bir tasarruf yok ise, yasal mirasçılık söz konusu olur. Alman ve İsviçre Hukukunda ise, aileyi koruyan sistem ön planda olup kan bağına dayalı yasal mirasçılık benimsenmiştir⁵⁵. Bunun yanında murise belirli ölçüde tasarruf özgürlüğü tanınmıştır.

Türk Medeni Kanunu'nda, kan bağı hısımlarından ve eşten oluşan yasal mirasçılık ön planda tutularak aileyi koruyucu sistem kabul edilirken, bir yandan da murise ölümünden sonraya etkili olmak üzere belirli ölçüde mal varlığı üzerinde tasarruf özgürlüğü tanınmıştır⁵⁶. Ayrıca TMK'da belirtilen yasal mirasçıların hiçbirisinin hayatta olmaması ve murisin ölüme bağlı tasarrufta bulunmaması halinde, devletin yasal mirasçı olması; bunun yanında miras geçişi işlemleri sırasında mal varlığının değerine oranla belirlenmiş veraset vergisinin alınması sayesinde sosyal adaleti sağlamak için toplumu koruyan sistem göz önünde bulundurulmuştur⁵⁷. Görüldüğü üzere, TMK, aile ile birlikte murisin ve toplumun yararlarını dikkate alarak karma sistem uygulamaktadır⁵⁸.

Kanaatimizce, hangi sistemin ön planda tutulması gerektiğini toplumdaki sosyo-ekonomik yapı belirler. Bu hususta Roma Hukukundaki gelişmeleri ele alalım. Roma Hukukunda pater familiasın aile malvarlığı üzerindeki etkisi, onu neredeyse tek söz sahibi yapmakta ve dilediğini mirasçı atayabilme gibi geniş bir tasarruf özgürlüğü sunmaktaydı. Fakat bazen muris, belirli mal bırakma içeren ölüme bağlı tasarruf şeklinde bütün malvarlığını bir başkasına ve atanmış mirasçıya sadece mirasçı ismini bırakmaktaydı⁵⁹. Eski Hukuk döneminde bu tür vasiyetnamelerin

⁵⁴ Kılıçoğlu, **Miras**, s. 11.

⁵⁵ Kılıçoğlu, **Miras**, s. 11; Alman hukuku için bkz. Meyer-Pritzl, in: **Staudinger/Eckpfeiler (2014/2015)**, s. 1566.

⁵⁶ Ayiter, **a.g.e.**, s. 6; Şener, **a.g.e.**, s. 38; İmre, Erman, **a.g.e.**, s. 5; Oğuzman, **Miras**, s. 9; Kılıçoğlu, **Miras**, s. 11; Antalya, Sağlam, **a.g.e.**, s. 45.

⁵⁷ Ayiter, **a.g.e.**, s. 6; İmre, Erman, **a.g.e.**, s. 5; Oğuzman, **Miras**, s. 10; Kılıçoğlu, **Miras**, s. 11; Antalya, Sağlam, **a.g.e.**, s. 45.

⁵⁸ İmre, Erman, **a.g.e.**, s. 5; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 11; Yasal mirasçılık sistemi içinde irade muhtariyetine imkân tanıyan, tipe bağlı özellik arz eden bir sistem uygulanmaktadır. Antalya, Sağlam, **a.g.e.**, s. 44.

⁵⁹ Romalıların düşüncesine göre, maddi mal iktisabı başka şey, murisin kişiliğine halef olmak başka şeydi. Çoğu zaman mirasçı çok az mal iktisap etse de, murisin kişiliğine halef olmayı şeref sayardı. Umur, **a.g.e.**, s. 522.

ahlaka ve hakkaniyete aykırı olduğuna dair bir dava gelişmiş ve özellikle dikkate alınmayan erkek çocuklar açısından uygulanmıştı⁶⁰. İşte, pater familiasın atanmış mirasçıları bile zor duruma sokacak ve terekeyi değersizleştirecek belirli mal bırakma içeren ölüme bağlı tasarruflarına M.Ö. II yüzyılın ilk yarısında Lex Furia Testamentaria ile 1.000 As'lık sınırlama getirilmişti⁶¹. Böylelikle değişen aile değer yargıları neticesinde mal iktisap etmeyi murisin kişiliğine halef olmaktan üstün tutanların mirası reddetmesinin ve ret ile beraber belirli mal bırakma içeren ölüme bağlı tasarrufların da hükümsüz kalmasının önüne geçilmeye çalışılmıştı⁶². Daha sonra Lex Voconia ile mirasçıların iktisap ettiğinden daha fazlasının belirli mal bırakmaya konu edilemeyeceği düzenlenmişti⁶³. Fakat ilkel Roma aile yapısının değişmesi ile birlikte⁶⁴, Cumhuriyet döneminin sonlarına doğru ticaret yoluyla ucuz tarım ürünlerinin elde edilebilmesi, bu nedenle tarım üretiminin karlılığının düşmesi, bunun sonucunda köylerin terk edilerek Roma'ya yerleşimin artması⁶⁵, Roma toplumunun sosyo-ekonomik yapısını değişime uğratmıştı. Bu değişim atanmış mirasçılığa karşı belirli mal bırakma şeklindeki ölüme bağlı tasarruflara serbestlik tanınmasını ve mirasçıların hakları arasında denge kurulmasını gerektirmişti. M.Ö. 40 yılında çıkarılan Lex Falcidia ile Roma vatandaşları hakkında belirli mal bırakma içeren ölüme bağlı tasarruflara ilişkin sınırlandırmalar kaldırılmıştı⁶⁶. Murise terekenin dörtte üçünü belirli mal bırakma içeren ölüme bağlı tasarruflara konu etme imkânı tanınırken atanmış mirasçılara terekenin dörtte birinin geçmesi temin edilmişti⁶⁷. Böylelikle vasiyet hilafına yasal mirasçılık anlayışı gelişmeye başlamıştır. Roma toplumunun sosyo-ekonomik yapısının ikinci imparatorluk döneminde köy hayatına doğru kayması⁶⁸ ile birlikte yasal mirasçılık müessesesi kuvvetlenmiş ve Iustinianus döneminde üst soyun ve alt soyun mirasçı tayin edilmesi

⁶⁰ Koschaker, **Roma**, s. 388-389.

⁶¹ Lex Furia Testamentaria, Lex quam minus perfecta niteliğinde kanundu. Yani, bu kanunla getirilen düzenleme, yapılan işlemi geçersiz kılmaz ancak işlemin gerçekleştirilmesi halinde ceza öngörürdü. Tahiroğlu, Erdoğan, **a.g.e.**, s. 16.

⁶² Umur, **a.g.e.**, s. 522.

⁶³ Di Marzo, **a.g.e.**, s. 582; Umur, **a.g.e.**, s. 522.

⁶⁴ Di Marzo, **a.g.e.**, s. 548.

⁶⁵ Tahiroğlu, Erdoğan, **a.g.e.**, s. 20.

⁶⁶ Di Marzo, **a.g.e.**, s. 582; Umur, **a.g.e.**, s. 522; Daha öncesinde çıkarılan senatus consultum Neronianum ile belirli mal bırakmanın geçerliliği tanınmıştı. Tahiroğlu, Erdoğan, **a.g.e.**, s. 65.

⁶⁷ Di Marzo, **a.g.e.**, s. 582; Koschaker, **Roma**, s. 390; Umur, **a.g.e.**, s. 522; Honsell, **RR**, s. 195.

⁶⁸ Son imparatorluk dönemindeki bürokratik zorlamalar ve mali baskılar geçimi yerinde aileleri bile çiftliklere sığınmaya yöneltmiş ve şehirler boşalmıştır. Tahiroğlu, Erdoğan, **a.g.e.**, s. 35.

zorunluluğu getirilmişti⁶⁹. Yine de bahsi geçen zorunlu mirasçılarının muris iradesi ile tayin edilmesi gerekiyordu. Bunun yanında yasal mirasçılarının sayısı dört veya daha az olduğu takdirde terekenin üçte birine, dörtten daha fazla oldukları takdirde terekenin yarısına mirasçı yapılmaları zorunluluğu getirilmişti⁷⁰. Görüldüğü üzere, bireyi koruyan sistemin uygulandığı Roma’da aile yapısının tarihi devirlere göre gösterdiği değişkenlik, aileyi koruyan sistemin de uygulama alanı bulmasına olanak sunmuştur. Her iki sistem arasındaki denge de mirasçılara bırakılması zorunlu pay ve murise tanınan tasarruf oranı ile kurulmuştur.

Yukarıda anlattığımız gelişmeler sonucunda oluşan sisteme günümüzde saklı pay sistemi denmektedir. Bunun tam tersine, Cermen hukuku kaynaklı tasarruf oranı sistemi gelişmiştir. Bilindiği üzere, Cermen Hukukunda murisin malvarlığı üzerinde tasarruf özgürlüğü olmayıp ölümü ile birlikte tüm mallar aile bireylerine geçmekteydi. 14. yüzyıldan itibaren Roma ve Kilise Hukukunun etkisi ile murise tasarrufta bulunabileceği bir kısım oluşturulmuş ve yeni oluşan sisteme tasarruf oranı sistemi denilmiştir. Doktrinde ağırlıklı görüş, İsviçre-Türk Hukukunun tasarruf oranı sistemini benimsediğini, çünkü saklı payın esas, tasarruf oranının istisna olduğunu, saklı payın mirasçılara aynı hak sağladığını savunmaktadır⁷¹.

TMK da, aileyi koruyan sistemin yanında murisin tasarruf özgürlüğüne yer verilerek denge kurulmaya çalışılmıştır. Her ne kadar İsviçre ve Türk Hukukunda son değişikliklerde, ölüme bağlı tasarruf özgürlüğünü genişleten düzenlemelere yer verilse de aileyi koruyan yaklaşım da hala etkilidir. TMK m. 497 düzenlemesi ile kanun koyucu, yasal mirasçılar arasına üçüncü zümre kapsamında amca, hala, teyze, dayı gibi aile fertlerini de alarak malvarlığının ölenin ailesinde kalmasını sağlamaya çalışmıştır⁷². Bu düzenlemenin gerekçesi şu şekilde belirtilmiştir: “*Tasarının 497 nci*

⁶⁹ Di Marzo, **a.g.e.** , s. 554-555; Umur, **a.g.e.** , s. 525; Honsell, **RR**, s. 195.

⁷⁰ Di Marzo, **a.g.e.** , s. 554-555; Saklı pay olarak adlandırdığımız bu müessese günümüzde de bazı yönleri benzer olmakla birlikte farklı şekillerde uygulanmaktadır. Bkz. Koschaker, **Roma**, s. 391; Honsell, **RR**, s. 195.

⁷¹ Paragrafta aktarılanlar ile ilgili daha geniş bilgi için bkz. Eren, **Tenkis Davası**, s. 2-8.

⁷² Yeğen ile amca, dayı, hala, teyze arasındaki karşılıklı bakma ve gözetme borcundan müteşkil ahlaki bir borcun ivazı olarak bu yasal miras payının tanındığını kabul eden görüşe göre, bu ivaz, ölene bahsi geçen yakınlarından daha yakın olan sağ kalan eşinin aleyhine verilmiştir. Sağ kalan eşin korunmasına yönelik miras hukuku düzenlemelerin getirdiği olumlu havanın aksine böyle bir düzenleme kabul edilemezdir. Dural, Öz, **a.g.e.** , s. 42; Murisin tasarruf özgürlüğünün

maddesine eklenen yeni bir hükümle, büyük analar ve büyük babaların kendi çocukları yani mirasbırakanın amcası, halası, dayısı veya teyzesi hayatta iseler, mirasbırakandan önce ölmüş olan büyük analar ve büyük babalara düşen miras paylarının onların çocuklarına, yani yukarıda sayılan kişilere geçmesi imkânı sağlanmıştır. Yürürlükteki Kanunun 441 inci maddesinde 14.11.1990 tarihli ve 3678 sayılı Kanunla yapılmış olan değişiklik, söz konusu miras paylarının bu kişilere geçmesini önlemektedir. Bu ise, Türk toplumunun aile yapısı ve amca, hala, dayı ve teyze ile yeğenleri arasındaki aile bağlarına ters düşmektedir. Bu sebeple, yapılan değişiklik sayesinde sağ kalan eş varsa, büyük analar ve büyük babalardan birinin mirasbırakandan önce ölmüş olması hâlinde, ona düşen pay kendi çocuğuna, yani mirasbırakanın amca, hala, dayı veya teyzesine geçecektir.”⁷³

Bu düzenleme aileyi koruyan sistemin hâlâ etkili olduğunu gösterir. Buna rağmen yukarıda anlatılanlar ışığında şunu diyebiliriz. Roma Hukuku üzerinden verdiğimiz toplumun anlayışına göre değişen miras hukuku yaklaşımı ve Türk Hukukunda kabul edilen tasarruf oranı sisteminin tarihteki gelişiminin tasarruf oranını saklı pay aleyhine geliştirme yaklaşımı, murisin malvarlığı üzerindeki tasarruf özgürlüğünün genişletilmesi yönündeki eğilimleri desteklemektedir. Miras hukukunun tarihi gelişim seyri ve son eğilimleri doğrultusunda, tasarruf özgürlüğünün genişletildiği kabul edilmektedir⁷⁴. İngiltere’de saklı paylı mirasçılığın tamamen kaldırıldığı, İspanya’da murisin saklı paylı mirasçılar arasında dilediği kayırmaları yaptığı örnek gösterilerek bu yönde bir gelişimin takip edilmesi ve murisin iradesinin incelenmesi gerektiği savunulmuştur⁷⁵. Dolayısıyla aileyi koruyan sistemi diğer sistemlere göre incelemek, çağdaş eğilimlerle çelişir.

genişletilmesini savunan görüş de, bu düzenlemeyi olumsuz bulmuştur. Serozan, Engin, **a.g.e.** , s. 44-45.

⁷³ Ayrıca bkz. “Yasa koyucu Türk toplumundaki aile ilişkilerini göz önünde bulundurarak üçüncü zümrede sağ kalan eşle birlikte kimlerin miras hakkına saip olması gerektiğini değerlendirmiş ve sonuçta itiraz konusu Yasa kuralları ile mirasbırakanla yakın aile bağı bulunan büyük ana ve büyük babalar ile bunların mirasbırakandan önce ölmeleri halinde çocuklarının miras hakkına sahip olması gerektiğine karar vermiştir.” Anayasa Mahkemesi, E. 2008/46, K. 2008/163, T. 13.11.2008, (Çevrimiçi), Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 23.02.2021.

⁷⁴ Kılıçoğlu, **Miras**, s. 18; Serozan, Engin, **a.g.e.** , s. 41.

⁷⁵ Serozan, Engin, **a.g.e.** , s. 41 vd. ; Avusturya’da muris, mirasçı hayatının hiçbir döneminde kendisi ile yakın ilişki içerisinde olmamışsa saklı payın yarıya indirilmesini isteyebilirken; Fransa’da üvey çocukları, torunları ve torunlarının torunları lehine saklı payı aşan tasarruflarda bulunabilmektedir.

Gelişmiş toplumlarda var olan ve sanayileşme sonucunda oluşan kent nüfusunun benimsediği aile köklerinden bağımsız yaşam tarzı, ülkemizde, geniş kitlelere yayılmaktadır. Bu yüzden ölüme bağlı tasarrufların yorumunda olduğu gibi muris muvazaasında da murisin iradesinin ne yönde olduğu yorumlanırken bu açıdan bir değerlendirme yapmak gerektiğini söyleyebiliriz.

Ölüme bağlı tasarruflardan farklı bir hukuki rejime tabi olan murisin sağlararası hukuki işlemlerini konu edinen muris muvazaasında, saklı pay sahibi olmayan yasal mirasçıların muris muvazaasına dayalı dava açıp açamayacağı hususu, somut olaydaki veriler ışığında, muris dava açmak isteyen yasal mirasçı arasındaki sıkı yakınlık ilişkisi değerlendirilerek sonuca bağlanabilir. Ancak hâkimlere yüklenecek böyle bir araştırma yükümlülüğü⁷⁶ somut olay uygulamalarında farklılıklara ve toplum nezdinde adaletsizlik algısına yol açabilir. Bu yüzden murisin sağlararası muvazaalı işlemlerinde, aileyi veya bireyi koruyan sistem arasındaki dengenin saklı pay üzerinden kurulması en uygun çözüm olur. Böylelikle muris ile sıkı bir yakınlık içerisinde bulunmayan üçüncü parantelden gelen bir mirasçının (her ne kadar üçüncü parantelden gelen mirasçı aksini düşünse de muvazaalı işleme başvuran muris böyle düşünmüyor demek) muvazaaya dayanarak murisin sağlığında yaptığı işlemi geçersiz kılmasının önüne geçilmiş ve murisin dilediği şekilde malvarlığında tasarruf etmesi sağlanmış olur.

Rona Serozan, “Miras Hukukunun Gelişim Süreci: Sosyo-Ekonomik Planda ve Hukuk Politikasında Yaşanan Değişiklikler ve Bu Değişikliklerin Miras Hukukunun Gelişimi Üzerindeki Etkileri”, Çev: Meliha Sermin Paksoy, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXXIII, S. 1, 2015, s. 537.

⁷⁶ Yükümlülükten kasıt, murisin iradesinin muvazaa yönünde olup olmadığının araştırılması ile ilgili olmayıp, saklı paylı olmayan mirasçıların muvazaa davası açabilmesinin mümkün olup olmadığı ile ilgilidir. Murisin bir yeğenine muris muvazaasına ilişkin dava açma hakkı tanınıp tanınmayacağına ilişkin sorun, muris ile yeğeni arasındaki sıkı yaşam ilişkilerinin araştırılması ile çözülmesi sağlanabilir.

(2) Ölenin Son Arzusuna Saygı Gösterilmesi yani Favor Testamendi İlkesinin Konu ile İlgisinin Bulunup Bulunmadığı Sorunu

1974 tarih ve 1/2 sayılı Yargıtay İBK'da TMK m. 565/4'ün dayanağının ölenin son arzularına saygı ilkesi olduğu iddiası karşısında ölenin son arzularına saygı duyulması için onun hukuka uygun tasarruflarda bulunması gerektiği dile getirilmiştir. Yani, murisin muvazaalı işleme girişerek yaptığı temliklere karşı öldükten sonra mirasçılarının saygı duymamak için haklı gerekçeleri vardır ve muris, muvazaalı işleme girişirken bunun yaptırımına da katlanmalıdır⁷⁷.

Tartışmanın favor testamendi⁷⁸ çerçevesinde yapılması, aslında konunun dışına çıkılması anlamına gelmektedir⁷⁹. Çünkü favor testamendi ilkesinin uygulanması için ortada ölüme bağlı tasarruf bulunmalıdır⁸⁰. Ancak muris

⁷⁷ Hatipoğlu, **a.g.e.** , s. 150; Sevgi, **a.g.e.** , s. 90-91.

⁷⁸ Kökeni Roma Hukukuna dayanan favor testamenti ilkesi, Türk-İsviçre Medeni Hukukunda açıkça düzenlenmemekle birlikte, doktrin ve uygulamada çokça başvurulan bir yorum kuralıdır. Stefan Grundmann, “Favor Testamenti: Zu Formfreiheit Und Formzwang Bei Privatschriftlichen Testamenten”, **Archiv für die civilistische Praxis**, 187 4/5, 1987, s. 429; 429–476; Kipp-Coing, **a.g.e.** , s. 83; Piconi, **a.g.e.** , s. 59; BK ZGB, Weimar, **a.g.e.** , Einl. Zum 14. Titel, Rn. 94; Gönensay, Birsan, **a.g.e.** , s. 176; Ayiter, **a.g.e.** , s. 109; Kocayusufpaşaoğlu, **Miras**, s. 323; Oğuzman, **Miras**, s. 172; Hatemi, **Miras**, s. 133; İnan, Ertaş, Albaş, **a.g.e.** , s. 295; Kılıçoğlu, **Miras**, s. 191; İmre, Erman, **a.g.e.** , s. 118; Ayan, **Miras**, s. 177; Dural, Öz, **a.g.e.** , s. 221; Antalya, Sağlam, **a.g.e.** , s. 288; Ergüne, **a.g.e.** , s. 42; Baygın, **Yorum**, s. 574; Demir, **a.g.m.** , s. 1163. Alman Medeni Kanunu (BGB) m. 2084'te favor testamenti açıkça düzenlenmiştir. Eğer ölüme bağlı tasarrufun içeriği birden fazla anlama geliyor ve farklı şekilde yoruma yol açıyorsa, o zaman tereddüt halinde tasarrufu ayakta tutan yorum tercih edilmelidir. D 34, 5, 24: “*cum in testamento ambiguit aut etiam perperam scriptum est, benigne interpretari et secundum id quod credibile est cogitatum, credendum est.*” “Benigna interpretatio” (Favor testamenti) Roma hukukundan günümüze kadar uzanmıştır. Meyer-Pritzl, in: **Staudinger/Eckpfeiler (2014/2015)**, s. 1590; Ergüne, **a.g.e.** , s. 75; Vasiyetnamenin yerine getirilmesi talebi karşısında hâkim murisin iradesini ayakta tutacak bir yol izlemeli, azami biçimde murisin iradesini yerine getirmeye imkân sağlamalıdır. Örneğin, muris, 4000 metrekare taşınmazının 2000 metrekaresini bir kimseye vasiyet etmiş olmasına rağmen gerçekte bu kadar metrekare taşınmaza sahip bulunmadığı takdirde mevcut taşınmazın yarısının vasiyet edildiği kabul edilmelidir. Yargıtay HGK. E. 1966/738, K. 1966/309, T. 07.06.1966, Yargıtay 2. HD. E. 2002/551, K. 2002/5020, T. 09.04.2002, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası 04.03.2021.

⁷⁹ Oğuzman, **Muvazaa**, s. 196.

⁸⁰ Favor testamenti, murisin son arzusuna saygının göstergesidir. Ölüme bağlı tasarrufun ayakta tutulması ilkesi, ölüme bağlı tasarrufların iptalinden önce yorum yoluyla geçerli sayılmalarını sağlayan genel bir kuraldır. Bu genel kural sayesinde ölüme bağlı tasarrufun tamamının veya bir kısmının hem geçerli hem geçersiz olacak şekilde yorumlanması mümkünse, onu geçerli yani ayakta tutan yorum tercih edilir. Buradaki amaç, şekle uygun yapılmış fakat eksik ya da açık olmayan irade beyanını düzelterek hatalı tasarrufu ayakta tutabilmektir. Bu amaçla çevirici, düzeltici ve budayıcı yorum yapılabilir. Escher, **a.g.e.** , s. 92; BK ZGB, Weimar, **a.g.e.** , Einl. Zum 14. Titel, Rn. 93-94; Gönensay, Birsan, **a.g.e.** , s. 178; Ayiter, **a.g.e.** , s. 109; Kocayusufpaşaoğlu, **Miras**, s. 323; Oğuzman,

muvazaasının konusu sağlararası tasarruflardır. Murisin sağlararası tasarrufları, onun son istek ve arzuları değildir ki favor testamendi ilkesi çerçevesinde tartışma yapıp murisin son arzusunun ayakta tutulup tutulmayacağına karar verilsin.

Aslında tartışmanın bu açıdan yapılmasının arkasında yatan sebep, murisin tasarruf özgürlüğünün sınırlarının çizilmesi gayretidir⁸¹. Türk-İsviçre Hukukunda murisin tasarruf özgürlüğünün sınırları, saklı pay ve ölüme bağlı tasarrufların hükümsüzlük halleri ile çizilmiştir⁸². Sağlararası tasarruflar ile ilgili hükümsüzlük hallerinde muris öldükten sonra mirasçılarının ne tür haklara sahip olduğu öncelikle sağlararası işlemin hukuki mahiyeti gereği borçlar hukuku açısından incelenmeli ve varsa miras hukuku açısından eldeki hukuki imkânlar kullanılmalıdır. Dolayısıyla öncelikle murisin saklı pay dışında dilediği gibi tasarruf özgürlüğünün bulunup bulunmadığı, ardından sağlararası işlemin borçlar hukuku açısından hüküm ve sonuçları ve sonunda mirasçılarının miras hukukuna ilişkin imkânları değerlendirilmelidir.

(3) Sözleşmeye Taraf Olmayan Mirasçılarının Müstakil Dava Açma Hakkının Bulunup Bulunmadığı Sorunu

Türk Hukukunda miras hakkı, mülkiyet hakkı ile yakın ilişki içinde olduğundan 1982 Anayasası m. 35'te "*Herkes, mülkiyet ve miras hakkına sahiptir. Bunlar ancak kanunla kamu yararına sınırlandırılabilir.*" denilerek aynı madde içinde mülkiyet hakkı ile birlikte garanti altına alınmıştır. Bu hükümle, yasal mirasçılara veya murisin tasarruf özgürlüğü içerisinde belirlenen kişilere malvarlığının geçmesi garanti altına alınırken, devletin mirasa el koymasının veya

Miras, s. 173; İnan, Ertaş, Albaş, **a.g.e.** , s. 294; Kılıçoğlu, **Miras**, s. 191; İmre, Erman, **a.g.e.** , s. 118; Serozan, Engin, **a.g.e.** s. 281 vd. ; Antalya, Sağlam, **a.g.e.** , s. 289; Ergüne, **a.g.e.** , s. 77; Baygın, **Yorum**, s. 574; Aksoy Dursun, **Yorum**, s. 312; Demir, **a.g.m.** , s. 1164. Favor Testamenti prensibini, ölüme bağlı tasarrufu ayakta tutmak amaçlı yumuşatıcı bir yorum kuralı olarak değerlendirmelidir. Bu prensibin uygulanması için geçerli bir ölüme bağlı tasarruf metninin bulunması gereklidir. Ayiter, **a.g.e.** , s. 110.

⁸¹ Bkz. Oğuzman, **Muvazaa**, s. 196.

⁸² Bkz. Ömer Arbek, **Miras Hukukunda Ölüme Bağlı İşlemlerde İrade Serbestisi Sınırları ve Müeyyidesi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013, s. 24.

kendini bütün mirasçılarının önünde mirasçı tayin etmesinin ya da müsadere derecesine varan veraset vergisi getirmesinin önüne geçilmiştir⁸³.

Murise tasarruf imkânı tanımak için yasal mirasçılar iki sınıfa ayrılmıştır. Saklı paylı mirasçılar, murisin dışlayamadığı yasal mirasçılardır. Muris, saklı paylı mirasçılarının saklı payı dışında kalan yasal miras payları üzerinde serbestçe tasarruf edebilir. Murisin saklı paylı olmayan yasal mirasçılarının tüm payları üzerinde serbestçe tasarruf hakkı vardır. Bu düzenleme, saklı paylı olmayan mirasçılarının korunmasında yararı olmayan bir hakları olduğu anlamına gelmez. Saklı paylı olmayan mirasçılar da anayasal korumadan yararlanır. Fakat saklı paylı olmayan mirasçılarının payı üzerinde murise tanınan tasarruf özgürlüğü de, anayasal koruma altındadır⁸⁴. Burada, yasal miras hakkı ile murisin ölüme bağlı tasarrufta bulunma hakkının dengelenmesi önem arz eder. TMK açısından bu dengeyi kurarken kanun koyucunun yasal mirasçılığı öncelikli koruma kapsamında tuttuğu, murisin tasarruf özgürlüğünü ikinci planda tuttuğu dikkate alınmakla birlikte, yasal mirasçılara saklı payları oranınca ayrı bir koruma sağladığı ve saklı pay dışındaki miras payını murisin iradesine sunduğu gözden kaçırılmamalıdır⁸⁵.

Doktrinde, tüm mirasçılarının külli halef olarak tapu kaydının düzeltilmesi davası açmasını öngören görüşün miras hukuku için kanunda öngörülen sisteme daha uygun olduğu dile getirilmiştir⁸⁶. Buna göre, Yargıtay'ın tüm mirasçılara müstakilen dava açma hakkı tanınması, adalet duygusuna ve ahlaki duyarlılığa daha uygun

⁸³ Ancak uygun oranlarda belirlenmiş veraset ve intikal vergisi alınmasında kamu yararı olduğu söylenebilir. Schlüter, **a.g.e.** , 4; Kocayusufpaşaoğlu, **Miras**, s. 9 vd. ; Kipp, Coing, **a.g.e.** , s. 2; İnan, Ertaş, Albaş, **a.g.e.** , s. 58; Dural, Öz, **a.g.e.** , s. 3; Antalya, Sağlam, **a.g.e.** , s. 63.

⁸⁴ Schlüter, **a.g.e.** , 4.

⁸⁵ “Öte yandan, bilindiği gibi, Medenî Kanun, ferdiyetçi tasarruf ehliyetine, mülkiyet hakkına, murisin son arzularına saygılı bir kanundur. Bu düşünceler paralelinde, bir miras sistemi kurmuştur. Buna göre, sınırlı sayıda mirasçılar, mahfuz hisseleridirler. Bunların da, normal miras paylarının bir kısmı mahfuzdur. Mahfuz hisseli mirasçılarının, mahfuz hisseleri dışında kalan mutasevver miras paylarında ve mahfuz hisseli olmayan mirasçılarının tüm miras paylarında, murisin serbest tasarruf hakkı vardır. Diğer bir deyimle, murisin tasarruf nisabına giren konularda, mirasçılarının korunmuş bir menfaati yoktur. Bu nedenle, gizli hibe, bu tasarruf nisabına giren tapulu taşınmazlara ilişkin ise, mirasçılarının esasen bir dava hakları olamaz. Çünkü kanunen korunmuş bir menfaatleri yoktur. Bu nedenle, mahfuz hisseli olmayan mirasçılar ile, mahfuz hisseli mirasçılarının mahfuz hisselerini ilgilendirmeyen bağışlamalara karşı, bunların böyle hallerde dava hakları bulunduğunu öngören 01.04.1974 T. ve 1/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı temelden hatalıdır.” Yargıtay İBK. E. 1974/1, K. 1974/2, T. 01.04.1974, Teoman Ozanoğlu-Resul Arslanköylü’nün Karşı Oy Yazısı.

⁸⁶ Dural, Öz, **a.g.e.** , s. 266.

gözükse de, tam aksine muris ile saklı paylı olmayan mirasçılarını muvazaayı ileri sürme bakımından aynı konumda gören ve saklı paylı mirasçılarını özel olarak koruyan görüş, kanun sistematığını yansıtır. Özellikle muris, muvazaaya başvurmazaydı, hiçbir hakka sahip olmayan mirasçılar ile saklı payın dışındaki miras payını talep edemeyen saklı paylı mirasçılarının sırf muris muvazaaya başvurdu diye fazladan hakka sahip olmaları Yargıtay'ın görüşünü tereddütlerle karşılamaya yeterlidir.

Bu görüşü destekleyen başka bir yazar, tüm mirasçılara gizli bağışlamanın şekle aykırılığını tek başına ileri sürme hakkının tanınmasını, eşya hukukuna hâkim, tapu sicilinin menfi ve müspet etkileri ile miras hukukundaki saklı pay ile ilgili kurallara ve murisin tasarruf özgürlüğüne aykırı düştüğünü savunmuştur⁸⁷.

Kanaatimizce, yukarıda verilen bilgilerde ve doktrindeki haklı eleştirilerde belirtildiği üzere, saklı paylı olsun veya olmasın tüm yasal mirasçılara muris muvazaasına ilişkin dava açma hakkı vermek ve hepsini üçüncü kişi konumunda kabul etmek doğru değildir. Kural, mirasçılarının murisin halefi olarak davranmalarındır. Özellikle, murisin tasarruf özgürlüğü içerisinde kalan sağlararası tasarrufları ile ilgili mirasçılarının murisin halefi olmaktan öteye geçmeleri mümkün değildir. Söz konusu sağlararası tasarruflar, muvazaalı işlemler olsa bile bu mümkün değildir. Şöyle ki, farklı saikler nedeniyle bağışlamasını gizlemek ihtiyacı hisseden ve muvazaaya başvuran muris bunun yerine hukuken geçerliliği tartışmasız bir irade beyanı açıklamış veya sözleşme yapmış olsaydı, saklı pay sahibi olmayan mirasçılar hiçbir hakka sahip olmayacaktı. Demek ki, saklı pay sahibi olmayan mirasçılarının payı üzerinde serbestçe tasarruf etme hakkı olan murisin yaptığı işlemlerin sırf muvazaalı diye hükümsüz kılınması imkânını saklı pay sahibi olmayan mirasçılara tanımak, anayasada koruma altına alınan saklı pay ve tasarruf oranı arasında TMK'da kurulan dengenin göz ardı edilmesi anlamını taşır. Gerçekten, muvazaalı işlem yaptığı için murisi cezalandırmak amacıyla kanunun tanımadığı bir hakkı saklı pay sahibi olmayan mirasçılara tanımak, yanlış bir tutumdur⁸⁸.

⁸⁷ Kaplan, **a.g.m.** , s. 363.

⁸⁸ Dural, Öz, **a.g.e.** , s. 266; TMK'nın korumak istemediğı saklı pay dışındaki miras payını, yargı organının korumaya çalışması, murisin tasarruf özgürlüğünün kanun koyucunun yetki alanına girerek

Anayasa ve TMK’da kurulan denge gereği, muvazaalı işlemin hedefindeki kimseler olarak saklı pay oranında saklı paylı mirasçılara muris muvazaasına ilişkin dava açma hakkı tanımak, miras hukuku sistemi ile uyumludur. Tenkis davasında üçüncü kişi olarak saklı payını ihlal eden kazandırmalardan oluşan tapu kaydını iptal etme imkânı tanınan saklı paylı mirasçılara, saklı pay oranında zedelenen aynı hakkı nedeniyle üçüncü kişi konumunda tapu kütüğünün düzeltilmesi davası açma hakkını da tanımak mümkün olmalıdır.

(4) Gizli Bağışlama İşleminin Geçerli Olup Olmadığı Sorunu

Doktrinde ve 1990 tarih ve 1/2 sayılı Yargıtay İBK Karşı Oy Yazısı’nda gizli bağışlama işleminin geçerli olduğuna dair görüşler bulunmaktadır. Bu görüşlerin kabulleri doğrultusunda, artık murisin bağışlama işleminden kaynaklanan tapu kaydının düzeltilmesi imkânı kalmamaktadır. Bu geçerli sağlararası bağışlamalara karşı saklı paylı mirasçılar, saklı payları zedelendiği takdirde tenkis davası açabilir.

Bağışlama işleminin geçerli olduğu görüşü üç farklı gerekçeye dayanmaktadır⁸⁹. Birinci gerekçe, görünürdeki işlemin şekle uygun yapılmasıyla birlikte şeklin koruma amacının gerçekleştiği ve bu yüzden gizli işlemin şekil şartına aykırılık teşkil etmediği yönündedir. Bu görüş, Türk-İsviçre doktrin ve uygulamasında genel olarak kabul görmemiştir. İkinci gerekçe, şekle aykırılık nedeniyle hükümsüzlüğün kendine özgü olduğu, sadece taraflarca ileri sürülebileceği ve borcun ifasıyla işlemin sıhhat kazandığı yönündedir. İsviçre doktrininde ağırlıkla benimsenen bu görüş, Türk doktrininde taraftar bulmakla birlikte baskın değildir. Üçüncü gerekçe ise, şekle aykırı işlemde doğan borcun bilerek ve isteyerek ifasının ardından şekle aykırılığın ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil etmesidir. Türk-İsviçre mahkeme kararları bu görüşü

sınırlandırmak anlamına geleceğinden kabul edilemez. Ertaş, **a.g.e.** , s. 283; Saklı pay sahibi olan olmayan tüm mirasçılar miras hukuku hükümleri ile yeterince korunmaktadır. Bu korumanın ötesinde muris muvazaası ile koruma sağlanmasına gerek yoktur. Muris muvazaası kurumu bu haliyle miadını doldurmuştur. Acabey, **a.g.m.** , s. 487.

⁸⁹ Bahsi geçen gerekçeler, gizli işlemin şekle aykırılık nedeniyle geçersizliği konusu anlatılırken ayrıntılı şekilde ele alındığından burada kısaca verilecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. s. 117 vd.

benimsemektedir. Dolayısıyla muris muvazaasında muris açısından hakkın kötüye kullanılması teşkil eden iddianın üçüncü kişi konumunda değil de külli halef konumunda olan mirasçılar tarafından da ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması teşkil etmelidir.

1974 tarihli ve 1/2 sayılı Yargıtay İBK'nın Karşı Oy Yazısı'nda, külli halef olarak açılan davada geçersizliğin ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği ve artık işlemin geçerli hale geldiği savunulmuştur⁹⁰. Kanaatimizce, külli

⁹⁰ Önemine binaen aynen yer verilmiştir: "Bir defa, kararın özetinin son cümlesinde ve genel gerekçesinde «...Medenî Kanun 507/4'deki dava hakkı aslında geçerli işlemler için tanınmış bir dava hakkıdır. Borçlar Kanunu m.18'e dayanan dava hakkı ise işlemin aslında geçersizliği nedenine dayanır...» denilerek, bir genel ve özel hüküm çatışması olmadığını, muvazaa ile örtülü hibe MK.m.507/4'ün değil, MK. m.5 delaletiyle BK. m.18'in ve BK. m.11/2'nin uygulanacağı tezini savunmakta ve hibenin de geçersiz olduğu sonucuna varmaktadır.

Oysa, İçtihadı Birleştirme Kararının konusu olan olay şudur; muris, mirasçıdan mal kaçırmak maksadıyla, aslında bağışladığı, tapuda kayıtlı bir taşınmazını, tapuda satış gibi gösterip bağışladığı kişi adına tescil ettirmektedir.

Bu işlem, muvazaanın bir örneğidir.

Böyle bir hukuki ilişkide, 2 işlem vardır. Birincisi görünen işlem olan satış aktidir. Tapuya tescil edilmiştir. Fakat tarafların gerçek iradeleri satış olmadığı ve taraflar satış aktinde iradelerini birleştirmedikleri için, bu satış akti, BK. m.18 uyarınca muvazaa nedeniyle geçersizdir. Bu konuda doktrin ve uygulamada bir uyumsuzluk yoktur. Ve görüliyor ki, burada MK. m.5 delâletiyle BK. m.18 uygulanarak sonuca varılmaktadır. İkincisi bağış aktidir. Diğer bir deyimle, muvazaalı satış akti ile örtülen gizli hibe akti, işbu örtülü, gizli hibe aktinin aslında geçerli bulunduğu da tartışmasıdır. 01.04.1974 tarih ve 1/2 sayılı kararı da bunu böyle kabul ediyor. Zira, gerek bağışlayan muris, gerekse bağışlanan kişinin iradeleri, hibe konusunda birleşmiştir. İlke olarak, bu hibe, geçerli bir akitir. Nitekim, bu bağış, tapusuz bir taşınmaza veya menkul bir mala ilişkin bulunsu hiçbir sorun yoktur. Hibe akti, geçerli olacaktır. Fakat, hibe, bir tapulu taşınmaza ilişkin ise, 2644 sayılı Tapu Kanunu m.26 ve Borçlar Kanunu m.237 uyarınca, hibe aktinin resmi şekilde yapılması arandığından, hibenin bu şekle uyulmaması nedeniyle, BK. m.11/2 uyarınca geçerli olup olmadığı sorunu gündeme gelmektedir.

BK. m.11/2 uyarınca bağışlama akti, tapulu taşınmaza taalluk edip kanuni şekle uyulmamış olması nedeniyle, geçersizdir. Yani bağış akti vardır, fakat, biçim eksikliği nedeniyle geçersizdir. Demek ki, burada geçersizlik sorunu, muvazaa nedeniyle değil, şekle aykırılık nedeniyle ortaya çıkmaktadır. İşin bu noktasında, şekle aykırılık nedeniyle geçersizliğin, ne anlama geldiği konusu üzerinde durmak gerekir. 01.04.1974 T. ve 1/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında «...gizli aktin geçerli sayılabilmesi için, gizli akit, biçim koşuluna (şekil şartına) bağlı ise, biçim koşulunun da gerçekleşmiş olmasında zorunluk vardır. Aksi durumda hibe sözleşmesinin varlığından sözedilemez...» denilmiştir. Böylece, bu kararda, şekle aykırılık nedeniyle geçersizlik konusunda yokluk görüşü kabul edilmiş olmaktadır. Açıktır ki «varlığından sözedilemez» demek «yok» demektir. Böylece, şekil, geçerlik şartı değil, adeta aktin kuruluşuna ilişkin bir şart olarak kabul edilmiş ve kanunun öngördüğü şekilde yapılmamış bir aktin, meydana gelmediği, kurulmadığı ilkesi benimsenmiş olmaktadır.

Oysa, BK. m.11/2'deki «geçerli olmaz» sözleri, şekil şartını «kurucu unsur» olarak değil, «geçerlik unsuru» olarak kabul etmektedir. Geçerli olmaz sözcüklerini, kurulmuş olmaz, yoktur şeklinde anlamak olanaksızdır. Bu görüş, Türk Yargıtay'ının bazı kararlarında benimsediği klâsik butlan görüşünden dahi ağır bir görüştür. Bilindiği gibi, klâsik butlan görüşünde, resmi şekil yoksa, işlem de yok sayılır. Diğer bir deyimle, işlem vardır. Fakat şekil eksikliğinin yaptırımı olarak yok sayılmaktadır. Klâsik butlan görüşünü uzun süre uygulayan İsviçre Federal Mahkemesi, bu görüşün, işlemi oluşturan hukuki irade ile, şekli karıştırdığını ve fiilen var olan iradeleri sonuçta yok sayarak

halef konumundaki mirasçılarının geçersizliği ileri sürememesi, işlemin geçerli hale geldiği anlamına gelmez. Kaldı ki, doktrinde Eren, saklı pay kurallarının emredici nitelikte olmasından dolayı saklı pay oranında geçersizliğin ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması anlamına gelmediğini vurgulamıştır⁹¹. Eren, kendine özgü geçersizlik görüşünü benimsediğinden saklı paylı mirasçıyı külli halef konumunda

yanılığa düştüğünü farketmiş ve görüşünü yumuşatarak 2 halde akte geçerlilik tanımıştır. Bunlardan biri, aktin tümüyle ifa edilmesi halidir. Burada da taşınmaz tapuya bağışlanan adına tescil edilmekle, akit ifa edilmiştir. Aktin tümüyle ifa edilmesi halinde, aktin geçersizliğini istemenin, dürüstlük kuralına ters düşeceği, ifanın akte sağlık kazandıracağı kabul edilmiştir. Diğer, şekil noksanlığına bilereksebeb olan kişinin, aktin butlanını ileri sürmesinin, hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilmesidir (B.G.E. 104-11-101, 112 II-III).

İsviçre Federal Mahkemesi'nin, yukarıdaki hallerde aştığı butlan teorisini, Türk Yargıtay'ının bu olayda aşmamış olması, bir yanılığdır. Öte yandan, bir çelişkidir. Çünkü 30.09.1988 T. ve 1987/2-1988/2 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararında «Tapuda kayıtlı bir taşınmazın mülkiyetini devir borcu doğuran ve ancak yasanın öngördüğü biçim koşullarına uygun olarak yapılmadığından geçersiz bulunan sözleşmelerin ifa edilmesi ve özellikle bağımsız bölümün teslimi ve alıcının da bütün borçlarını eda etmesi halinde, tapu kaydını devretmeyen satıcıya karşı, alıcının cebri tescil davası açabileceğine ve hâkimin MK. m.2'ye göre bu davayı kabul edebileceği» kabul edilmiş böylece, o olayda şeklin hiç mevcut olmamasına rağmen, MK. m.2 ile işleme sağlık kazandırılmıştır. 01.04.1974 T. 2/2 sayılı İç. B. Kararına konu olayda ise, ifa, daha değişik boyuttadır. Sadece taşınmazın teslimiyle kalmıyor, üstelik tapuda bağışlanan adına tescil de vaki oluyor. Böyle bir ifa, daha ileri, tam ve kâmil anlamda bir ifadır. Burada, aynı çözümün benimsememesi açık bir çelişkidir.

Kaldı ki, zaman içerisinde, şekle aykırılık konusunda «kendisine özgü geçersizlik görüşü» ortaya atılmıştır (F.Eren, Borçlar Hukuku 1989 s. 358-359, Guhl-Merz-Kummer, s.108, Merier Hayoz Art.-657 N. 130, Gauh/Schluep N. 456 Bucher 169, Von Büren s. 154, Schönenberger Jöggi N: 73, Schmidlin N.117). Bu görüşe göre, şekil eksikliğinin yaptırımı, mutlak butlan değil, kendine özgü bir geçersizliktir: Şu anlamda ki, şekil eksikliği, herkes tarafından ileri sürülemez, sadece taraflar def'i olarak ileri sürebilir. Hâkim re'sen gözönünde tutamaz. Aktin sürekli olarak geçersizliğini gerektirmez. Bilerek isteyerek ifa, akte sıhhat kazandırır. Şekil kuralının amacı, tarafları korumaktır. Şekil eksikliği yönünden aktin butlanı, şeklin amacına ve tarafların menfaatlerine ters düşer. Akti bilerek, isteyerek ifa eden taraf şeklin korumasından vazgeçmiş sayılır. Akit sağlık kazanır (Merz OR II s.214, von Tuhr-Peter s. 238, Volken OR II s. 214, Keller, Schâbi s.25). Böylece Federal Mahkeme, ifa halinde aktin geçersizliğinin ileri sürülmesini, hakkın kötüye kullanılması ilkesine göre reddederken, bu görüş şekli gayesine göre yorumlayarak, sonuçta birleşmektedir.

01.04.1974 T. ve 2/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına konu olayda da, tapuda kayıtlı taşınmaz, bağışlanan adına tescil ve hatta teslim edildiğine göre, şeklin himayesinde olan bağışlayan, yani muris tarafından bağışlama aktinden doğan borç, bilerek, isteyerek ve tamamen ifa edilmiştir. Artık, burada, hibeyi şekil eksikliği nedeniyle yok saymak, şeklin gayesine ve tarafların menfaatine aykırıdır. Öte yandan, muris sağlığında hibe aktinin şekilden geçersizliği hakkında bir dava açmazdı. Açsaydı, bu dava İsviçre Federal Mahkemesinin çözümüyle çelişkili davranış, dürüstlük kurallarına uymama nedeniyle, MK. m.2 uyarınca reddedildi.

Böyle olunca, artık, geçersiz sayılmaması gereken gizli, örtülü hibe akti nedeniyle, o taşınmazda murisin bir hakkı kalmamış demektir. Tescil ve ifa vaki olmuştur. Mülkiyet hakkı bağışlanana geçmiştir. Böyle olunca, mirasçıya intikal eden bir hak yoktur ve mirasçı murisin sahip olmadığı bir hakka sahip olamaz. Bu yön, açık ve seçiktir.

O halde, 01.04.1974 T. ve 2/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının şekil eksikliği nedeniyle, tarafların uygun iradeleriyle oluşan gizli örtülü hibeyi yok sayması ve bu yokluk yaptırımına bağlı olarak da mülkiyetin muriste kaldığını farzederek, sonuca ulaşması, yukarıdan beri açıklanan modern hukuki görüşlere ve uygulamalara ters düşmekte ve hukuki yanlışlığı oluşturmaktadır.” Yargıtay İBK. E. 1974/1, K. 1974/2, T. 01.04.1974, Teoman Ozanköylü-Resul Arslanköylü'nün Karşı Oy Yazısı.

⁹¹ Eren, **Borçlar Genel**, s. 409.

değerlendirerek şeklin koruma amacı dışında tutmuştur. Klasik kesin hükümsüzlük uyarınca da, hakkın kötüye kullanılması yasağının saklı paylı mirasçılar için uygulanamayacağını ama saklı paylı olmayan mirasçılar için uygulanabileceğini belirtmiştir. Kanaatimizce, şekle aykırılık için klasik kesin hükümsüzlük yaklaşımından vazgeçmeye herhangi bir neden olmamakla birlikte saklı paylı mirasçıların saklı pay oranında şekle aykırılığı ileri sürmelerinde bir mahzur yoktur. İster külli halef konumunda ister üçüncü kişi konumunda kabul edilsin, saklı paylı mirasçılar, hakkın kötüye kullanılması yasağına takılmadan şekle aykırılığı ileri sürebilir. Ancak saklı pay dışındaki miras payları açısından mirasçılar, şekle aykırılığı ileri sürdüğü takdirde, hakkın kötüye kullanılması yasağına takılmalıdır. Çünkü mirasçılar murisin külli halefidir ve murisin ileri sürmesi halinde kötüye kullanmış olacağı hakkı mirasçıların da ileri sürememesi gerekir.

(5) Ara Sonuç

Anayasa m. 35'te bahsedilen miras hakkının korunması kapsamına tüm mirasçıların miras hakkının korunmasının yanında, murisin tasarruf özgürlüğü de girmektedir. Bu iki hak arasındaki denge de yukarıda bahsedildiği gibi saklı pay üzerinden kurulmuştur.

Denilmektedir ki, aileyi koruyan sistemi öncelediğimiz için murisin muvazaalı işlemlerine karşı tüm mirasçılar dava açabilir. Kanunumuz aileyi korumakla beraber, bireyi de korumaktadır. Bireye malvarlığı üzerinde tasarruf özgürlüğü tanımıştır. Fakat bunun sınırını saklı pay ve hükümsüzlük ile çizmiştir. Yani saklı paylı mirasçıların saklı payları üzerinde tasarrufta bulunulamaz. Kanunumuzda bu kural hem ölüme bağlı tasarruflar hem sağlararası bağışlamalar için geçerlidir. Miras hukukumuzda hükümsüzlük halleri sadece ölüme bağlı tasarruflara ilişkin sınırlamalar getirmekte ve bu halde tüm mirasçılar hükümsüz kılınan ölüme bağlı tasarrufa konu edilen malı aralarında paylaşmaktadır. Sağlararası bir tasarrufun hükümsüz kılınması nedenleriyle ölüme bağlı tasarrufun hükümsüz kılınması nedenleri birbirinden farklıdır. Murisin muvazaa ardına gizlenen sağlararası işleminin bağışlama kastı taşıdığı açık ise, saklı paylı mirasçıların buna

ilişkin menfaatleri bulunmakta iken, diğer mirasçılarının şekle aykırılık iddiasından doğan menfaatleri bulunmamaktadır.

Murisin sağlararası işlemlerinden korunması gayesiyle tüm mirasçılara değil sadece saklı paylı mirasçılara hak tanınmıştır. Bu kapsamda murisin saklı payı ihlal etmek amacıyla yaptığı sağlararası geçerli bağışlama işlemleri tenkise tabi kılınmıştır. Bu yüzden muris, tenkis hükümlerinden kurtulmak için sağığında muvazaalı işleme başvurmuştur. O halde tüm mirasçılara değil sadece saklı paylı mirasçılara dava hakkı tanınmalıdır. Böylece saklı paylı mirasçılar, murisin muvazaalı işlemlerinin geçersizliğini ileri sürerek, muris geçerli bir bağışlama işlemi yapsaydı ne elde edecekler idiyse onu elde edebileceklerdir. Aksi yönde bir kabul, miras hukukunda saklı paylı mirasçılara tanınmayan bir hakkın uygulama yoluyla mirasçılara verilmesi anlamına gelir.

Dolayısıyla murisin muvazaa ardına gizlenmiş gizli işlemi aleyhine üçüncü kişi sıfatıyla dava açabilecek kişiler, saklı paylı mirasçılardır. Diğer mirasçılar, ancak külli halef sıfatıyla tapu kütüğünün düzeltilmesi davası açabilir ki, bu halde şekle aykırılığın ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması teşkil eder. Çünkü külli halef, murisin tüm hak ve borçlarını bir bütün olarak devralır. Murisin ileri sürmesi halinde hakkın kötüye kullanılması teşkil eden hususlar, külli halefleri de bağlar. Doktrinde, hakkın kötüye kullanılması iddiasında bulunan kişinin ellerinin temiz olması gerektiğinden bahsedilerek, muris ile danışıklı işleme giren kişinin hakkın kötüye kullanılması iddiasını ileri süremeyeceği iddia edilmiştir⁹². Kanaatimizce, muvazaalı işlemin geçersizliği ile beraber karşı tarafın elleri temizlenmiştir. Ortaya çıkan gizli bağış işlemine karşı da saklı paylı mirasçılar, kendilerine tanınan saklı payı talep edebilir. Miras hukuku anlamında saklı paylı olmayan mirasçılarının hukuki yararları mevcut değildir. Borçlar hukuku anlamında ise, her ne kadar gizli işlem şekle aykırı olsa da murisin külli halefi konumundaki mirasçılarının geçersizliği ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması teşkil eder. Saklı paylı mirasçılarının saklı pay oranında talepte bulunmaları ise, külli halef konumunda kabul edilseler bile, hakkın kötüye kullanılması teşkil etmez.

⁹² Sungurbey, **Danışıklı İşlemler**, s. 20.

Tüm bunların yanında, gizli işlemde murisin ortaya koyduğu bağış iradesinin şekle aykırı olduğu gerekçesiyle tapu sicilinin düzeltilmesi, hem şekil kuralının konma amacı hem miras hukukunda sağlararası işlemlere ilişkin getirilen ilkeler ile bağdaşmaz. Ancak üçüncü kişi konumunda tenkis davası açarak saklı payını elde etme imkânına sahip olan saklı paylı mirasçılar, üçüncü kişi konumunda tapu kütüğünün düzeltilmesi davası açıp saklı pay oranında geçersizliği ileri sürmesinde engel bulunmamaktadır.

Son olarak şunu da belirtmeliyiz ki, muris muvazaası eski hukukumuzdan intikal eden bir müessesedir⁹³. Aslında günümüzde hakkın kötüye kullanılması yasağı ile aşılabilecek meseleler barındırmaktadır. Yargıtay, üçüncü kişi konumunda kabul ettiği saklı paylı olsun veya olmasın tüm mirasçılar açısından murisin mirastan mal kaçırmaya amacının olmadığı işlemleri geçersiz kılmayarak bir şekilde hakkın kötüye kullanılması yasağını uygulamaktadır. Böylelikle hem murisin iradesine önem vermeyi hem eski hukukumuzdan intikal eden muris muvazaası müessesini sürdürmeyi amaçlamıştır. Ancak bu müessesenin günümüz borçlar hukuku ve miras hukuku gelişmeleri doğrultusunda ele alınması gereklidir. Tarım toplumundan sanayi toplumuna geçiş ile birlikte büyüyen kent nüfusu doğrultusunda değişen sosyo-ekonomik yapı, murisin elde ettiği serveti muvazaalı da olsa devretmesine imkân tanır. Tarım toplumundaki gibi murise atasından intikal etmiş topraklar üzerinde bir emanetçiymiş gibi davranılması ve murisin sanki hakkı olmayan bir şeyi mirasçılarından gizleyerek devretmesi şeklinde meselenin ele alınması, günümüz kent toplumunun sosyo-ekonomik yapısı ile çelişir. Muvazaa perdesi kaldırıldığında gizli işlemin şekle aykırılığını ileri sürebilecek kişilerin sadece saklı paylı mirasçılar olması, tasarruf özgürlüğü ile saklı pay arasındaki kanunen kurulan dengenin bir tezahürüdür. Dolayısıyla saklı paylı olmayan mirasçılar, tenkis davasındaki gibi üçüncü kişi konumunda kabul edilen saklı paylı mirasçılar gibi muris muvazaasına dayalı davada üçüncü kişi konumunda yer almamalıdır. Saklı paylı olmayan mirasçılar, murisin külli halefidir ve murisin mirastan mal kaçırmaya amacı olsun veya

⁹³ Ali Haydar Efendi, Mecelle m. 79'da muvazaalı satımın tarafların ölümüyle sıhhat kazanamayacağına dair hükme Ebussuud Efendi'nin verdiği bir fetvayı örnek olarak vermiştir. Buna göre, bir kimse sağlığında bütün malını muvazaa yoluyla varislerinden birine sattıktan sonra ölse o kimsenin varisleri muvazaayı ispat ettikleri durumda söz konusu malları miras hisselerine göre paylaşır. Ali Haydar Efendi, **a.g.m.** , s.284.

olmasının muvazaalı işlemin tarafı gibi muamele görmelidir. Murisin külli halefi olarak murisin takılacağı hakkın kötüye kullanılması yasağına takılırlar. Saklı paylı mirasçılar ise, tenkis davası ile de elde edebilecekleri saklı paylarını muris muvazaası davası ile elde edebilmelidirler. Bunun yanında murisin iradesinin mal kaçırma amacı taşımadığı hallerde, saklı paylı mirasçı için de saklı paylı olmayan mirasçı için de hakkın kötüye kullanılması yasağı gündeme gelir.

2. Davacı Sifatına İlişkin Diğer Hususlar

Bu başlık altında saklı paylı mirasçıların mı yoksa tüm yasal mirasçıların mı davacı sıfatını haiz olduğu tartışılmayacak olup davacı sıfatına ilişkin diğer meseleler ele alınacaktır.

A. Genel Olarak

Kural olarak, muvazaa iddiası görünürdeki işlemin taraflarınca ve külli haleflerince ileri sürülebilir. Tarafların muvazaa iddiasını birbirlerine ve üçüncü kişilere karşı ileri sürmelerine engel yoktur. Bunun yanında üçüncü kişilerin de muvazaa iddiasını ileri sürmesi mümkündür. Bunun için üçüncü kişilerin doğrudan veya dolaylı bir menfaatlerinin bulunması gerekir⁹⁴. Zaten hukuki yararın varlığı, dava koşuludur⁹⁵.

Uygulamada, miras hakkının ihlali nedeniyle muris muvazaasına ilişkin dava ve el atmanın önlenmesi davasının her bir mirasçı tarafından tek başına açılabileceği kabul görmektedir. Muris muvazaasına konu hak, halefiyet yoluyla muristen gelse de dava açma hakkı halefiyete dayanmayıp bizzat mirasçının

⁹⁴ Jäggi, Gauch, Hartmann, **a.g.e.** , § 18, Rn. 147-148; BK OR, Kramer, Schmidlin, **a.g.e.** , § 18, Rn. 164; Esener, **Muvazaa**, s. 71; Reisoğlu, **a.g.e.** , s. 105; İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, hukuki yararı yeterli görmeyip muvazaalı işlemin ilgili üçüncü kişinin durumunu kötüleştirmeye yönelmesi gerektiğini dile getirmiştir. BGE 31 II 112.

⁹⁵ BGE 101 II 187; BK OR, Kramer, Schmidlin, **a.g.e.** , § 18, Rn. 164; Aday, **a.g.e.** , s. 71.

kendisine ait hak olarak görülmektedir⁹⁶. Kanaatimizce dava açma hakkı sadece saklı pay sahibi mirasçılara ait bir hak olarak görülmelidir.

Murisin ölümü anında birden fazla mirasçı bulunursa, mirasçılarının tereke üzerinde mülkiyet hakkı, elbirliği mülkiyet şeklindedir. Bu yüzden mirasçılar, kendilerine tanınan muris muvazaasına ilişkin dava hakkı ve el atmanın önlenmesi davası hariç terekeye ait bütün haklar üzerinde birlikte hareket etmek zorundadır. Diğer mirasçılarının muvafakatının alınması veya miras şirketine atanan temsilci aracılığıyla mirasçılardan biri tek başına dava açabilir. Bunun yanında vekâletin kötüye kullanılması ve ehliyetsizlik nedeniyle açılan davalarda mirasçılarının birlikte hareket etmeleri gerekir⁹⁷.

b. Mirasçı Sıfatı

Muris muvazaasına ilişkin davada, davacı olabilmek için mirasın açıldığı anda mirasçı sıfatını taşımak gerekir. Muvazaalı temlikin yapıldığı sırada beklenen miras hakkına sahip olmamak önemli değildir. Muvazaalı temlikten sonra evlenen, doğan, evlat edinilen kimseler, mirasın açıldığı anda mirasçı sıfatına sahip olduklarından davada taraf sıfatını taşıyabilirler. Ancak mirastan yoksun olan, feragat eden, haklı nedenle çıkarılan⁹⁸ veya mirası ret eden kişiler, mirasçılık sıfatını kaybederler ve dava açmada hukuki yararları bulunmadığından muris muvazaasını

⁹⁶ Özkaya, **a.g.e.** , s. 427; Özüğür, **a.g.e.** , s. 537; N. Yavuz, **a.g.e.** , s. 287; Hatipoğlu, **a.g.e.** , s. 152; Mirasçılarının külli halef konumunda dava açabileceğini savunan karşı görüşe göre, mirasçılarının tek başına muris muvazaasına ilişkin davayı açmaları mümkün olmayıp tereke üzerinde elbirliği mülkiyet çerçevesinde hep birlikte hareket etmeleri gerekir. Aday, **a.g.e.** , s. 68; Oğuzman, **Muvazaa**, s. 198.

⁹⁷ Bkz. s. 253-256.

⁹⁸ “... dosya içerisinde bulunan İstanbul 18. noterliğinde düzenlenen 24.2.2000 tarih 79711 sayılı vasiyetname ile muris tarafından davacının mirastan ıskat edildiği sabittir. Ancak, davacı dosya içinde bulunan Fatih 3.Sulh Hukuk Mahkemesinin 18.3.2004 tarih 2004/220 Esas – 2004/256 Karar sayılı mirasçılık belgesi ile murisin mirasçısı olarak gösterilmiştir. 4721 Sayılı T.M.K nun 510 ve devam eden maddeleri uyarınca ıskat edilen mirasçının miras bırakanın terekesinden hak elde etme olanağı yoksa da anılan veraset belgesinde davacının halen murisin mirasçısı olarak gözüktüğü anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca, davacının davada aktif dava ehliyetinin bulunup bulunmadığının tespiti önem ifade eder. O halde, davanın neticesine etkili olduğu gözetilerek, davalılara yukarıda belirtilen gerekçelerle hasımlı açılacak davada davacının mirasçı olarak gösterildiği mirasçılık belgesinin, vasiyet yolu ile mirasçılıktan çıkartıldığı da öne sürülmek suretiyle iptali ve yeni mirasçılık durumunu belirleyen kararın alınması için önel verilmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, bu husus gözardı edilerek davacının davada sıfatı bulunmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmesi doğru değildir.” Yargıtay 1. HD. E. 20008/6198, K. 2008/7959, T. 25.06.2008, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 05.03.2021.

ileri süremezler⁹⁹. Ancak bu mirasçılarının yerine geçen altsoyları, dava açma hakkını iktisap ederler.

c. Ara Murisin Mirasçıları

Ara muris sağlığında muris muvazaasını ileri sürmese bile ölümünden sonra mirasçıları ileri sürebilir¹⁰⁰. Kök murisin muvazaalı işlemine karşı ara murisin dava açmamış olması, dava hakkından feragat ettiği anlamına gelmez. Böyle bir feragat açıkça verilmemişse, bu hakkı halefiyet yoluyla edinen ara murisin mirasçıları, zamanaşımı veya hak düşürücü gibi herhangi süreye tabi olmayan muvazaa iddiasını ileri sürebilir¹⁰¹. Tabi ki, ara murisin mirasçıları, ara murisin mirasından yoksun olmamalı, feragat etmiş olmamalı veya ara murisin mirasını ret etmiş olmamalıdır¹⁰².

d. İradi Mirasçılar

Vasiyet alacaklısının veya atanmış mirasçının muris muvazaasına ilişkin dava açma hakkının bulunup bulunmadığı tartışmalıdır. Yargıtay'a göre, vasiyetname ile kendisine belirli bir taşınmaz bırakılan kişi, murisin bu taşınmazı daha sonra muvazaalı şekilde yasal mirasçısına satması halinde, muris muvazaasına ilişkin dava açabilir¹⁰³. Çünkü vasiyet edenin ölüme bağlı tasarrufla bağdaşmayan

⁹⁹ Bu paragraftaki hususlara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. s. 81 vd.

¹⁰⁰ Yargıtay 1. HD. E. 2010/1445, K. 2010/3898, T. 06.04.2010, (Çevrimiçi) Legalbank, 05.03.2021.

¹⁰¹ Özkaya, **a.g.e.**, s. 431; Özügür, **a.g.e.**, s. 539; Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 153.

¹⁰² "Öte yandan, davacılar Y... ve E... mirasbırakan R...'den önce ölen oğlu T...'den olan torunlarıdır. Bunlar babaları T...'in mirasını usulü dairesinde reddetmiştir. Her ne kadar Türk Medeni Kanununun 611.maddesi hükmü gereğince yasal mirasçılardan biri mirası reddederse onun payı miras açıldığı zamanı kendisi sağ değilmiş gibi hak sahiplerine geçerse de somut olayda T... kendi murisine ait mirası reddetmemiş Y... ve E.... T....'den gelen mirası reddetmişlerdir. O halde kendi murisine ait mirası reddeden bu kişilerin muris muvazaasına dayalı olarak açtıkları davanın dinlenilmesine yasal açıdan olanak bulunmamaktadır." Yargıtay 1. HD. E. 2009/3989, K. 2009/7600, T. 30.06.2009, (Çevrimiçi) www.kararara.com, 06.03.2021.

¹⁰³ "Vasiyetçi her ne kadar vasiyetnameden, vasiyetname ile bağdaşmayan bir hukuki tasarrufla rücu edebilirse de o tasarrufla hukuki sonuç doğurabilmesi daha açık bir anlatımla vasiyetnameyi ortadan kaldırabilmesi için sonradan yaptığı hukuki tasarrufla geçerli olması gerekir. Öyleyse lehine muayyen mal vasiyetinde bulunulan davalı ve karşı davacı meral gaspralı vasiyetnameden kaynaklanan kişisel hakkına dayanarak vasiyetçinin daha sonra yaptığı satışın muvazaa nedeniyle hüküm ve sonuç doğurmayacağını ileri sürüp iptal ve vasiyetçi adına tescilli yönünde dava açmakta hukuki yararı ve hakkı bulunduğunun kabulü gerekir. Böylece, lehine muayyen mal vasiyetinde bulunulan kişi vasiyetnameden doğan kişisel hakkını medeni kanunun 541. maddesine göre vasiyetçinin mirasçılarına karşı ileri sürme, hakkına kavuşmuş olacaktır. Somut olayda, yararına vasiyette bulunulan meral gaspralı'nın muvazaa nedeniyle iptal ve tescil davası açmakta hukuki

tasarruflarla vasiyetnameyi ortadan kaldırabilmesi için sonraki tasarrufu geçerli olmalıdır. Yargıtay’a göre, bu nedenle vasiyet alacaklısının dava açmada hukuki yararı bulunmaktadır. Bu karar, kendisine belirli mal bırakılanın, mirasçı sıfatı taşımadığı ve murisin muvazaalı işlem yoluyla vasiyet alacaklısının kişisel hakkını ortadan kaldırmasının mümkün olduğu gerekçesiyle doktrinde eleştirilmiştir¹⁰⁴.

Kanaatimizce, vasiyetnamesinden istediği zaman dönebilmek için muvazaalı işlem yapmaya ihtiyacı olmayan murisin, sırf muvazaalı işlem yapması nedeniyle vasiyetnameden dönme iradesi yok sayılamaz. Bunun yanında doktrinde de belirtildiği gibi, vasiyet alacaklısı, dava açmada hukuki yararı bulunduğu kabul edilen her bir mirasçı gibi bir mirasçı değildir ve taraf sıfatı yoktur. Vasiyetname yoluyla atanmış mirasçı açısından da aynı sonucu benimsemek gerekir¹⁰⁵. Kaldı ki, sadece saklı paylı mirasçılara dava hakkı tanıyan görüş açısından, saklı payı bulunmayan atanmış mirasçıların muris muvazaasına ilişkin dava açması mümkün değildir.

Mirasçı atanması, miras sözleşmesi yoluyla gerçekleşmiş olursa, durum değişebilir. Miras sözleşmesinden tek taraflı dönmek mümkün olmadığından-her bir mirasçıya dava hakkı tanıyan Yargıtay görüşü dikkate alındığında- muristen aynı hak kazanan atanmış mirasçının muris muvazaasına ilişkin dava açmasında diğer yasal mirasçılar gibi hukuki yararı bulunur¹⁰⁶. Benimsediğimiz sadece saklı paylı mirasçıların dava hakkı olduğu görüşüne göre, atanmış mirasçı saklı payı olmadığından muris muvazaası iddiasında bulunamaz. Ancak mirasçı atama veya belirli mal bırakma hususunda sözleştiği mirasçısı aleyhine murisin bu şekilde hareket etmesi ahlaka aykırılık teşkil etmelidir¹⁰⁷.

yararının bulunduğu yönünde mahkemenin kabulü doğrudur.” Yargıtay HGK. E. 2001/1-958, K. 2001/1035, T. 21.11.2001, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 07.03.2021.

¹⁰⁴ İmre, Erman, **a.g.e.**, s. 106, dn. 6; Özkaya, **a.g.e.**, s. 434; Yücel, **a.g.m.**, s. 403; Eviz, **a.g.e.**, s. 139; Sert Sütçü, **a.g.e.**, s. 106, Akkök, **a.g.e.**, s. 170; Her ne kadar vasiyet alacaklısı böyle bir dava açma hakkını haiz olmasa da vasiyet borçlusundan dava açmasını talep edebilir. Aday, **a.g.e.**, s. 69

¹⁰⁵ Aksi görüş için bkz. Aday, **a.g.e.**, s. 69.

¹⁰⁶ Tüm mirasçıların külli halef sıfatıyla dava açabileceğini savunan görüş açısından değerlendirildiğinde, atanmış mirasçıların yasal mirasçılarla birlikte hareket etmesinde yine sakınca yoktur. Aday, **a.g.e.**, s. 69.

¹⁰⁷ Bkz. MüKo BGB, Mayer-Maly, **a.g.e.**, s. § 138, Rn. 97.

e. Dava Hakkından Feragat ve Beklenen Miras Hakkının Devri

Mirasçı, murisin ölümünden sonra, muvazaalı işleme yönelik muris muvazaasına ilişkin dava açmayacağına dair yazılı taahhütname vermiş olabilir. Bu taahhütname, mirasçının miras hakkı üzerinde tasarrufta bulunduğu ve miras payını başkasına devrettiği anlamına gelir¹⁰⁸. Bu sözleşme mirasçılar arasında ise TMK m. 677/1 uyarınca adi yazılı, mirasçı ile üçüncü kişi arasında ise, TMK m. 677/2 uyarınca resmi yazılı şekilde yapılmalıdır.

Mirasçı, muris ölmeden önce, böyle bir taahhütname imzalamışsa, beklenen miras hakkını lehine temlik yapılan kişiye devrettiği sonucuna varılmalıdır. Beklenen miras hakkının devri için murisin sözleşme tarafı olmaksızın izni yeterlidir. Aksi takdirde, mirasçı ile lehine temlik yapılan arasındaki bu taahhütname geçersiz olur. Her ne kadar kanun metninde yer almasa da, murisin izni ile yapılan beklenen miras hakkının devri sözleşmesinin doğmuş miras hakkı payının devri sözleşmesinin şekil şartını taşıması gerektiği, doktrinde ifade edilmektedir¹⁰⁹. Bu taahhütname, lehine temlik yapılan kişiyi terekeye karşı alacaklı hale getirir ki¹¹⁰, bu da mirasçının muvazaa davası açma hakkını kullanması halinde, alacaklının uğradığı zararın tazminini gündeme getirir.

¹⁰⁸ “Esasen, derecattan geçen dava dosyalarında ifadesine başvurulmuş Ş...’in beyanına itibar edilmeyerek miras bırakanın temlikinin muvazaalı olduğu kabul edilmiştir. Öyleyse, Ş...’in önceki davalardaki beyanı eldeki davaya mani teşkil edeceği söylenemez. Bu sebeple davanın reddi doğru değildir. Ancak, dosyaya ibraz edilen 19.2.2001 tarihli taahhütname başlığını taşıyan belgede davacı Ş..., taşınmaz kendisine temlik edilen A...’ye karşı bir dava açmayacağını ve dava açma hakkından vazgeçtiğini taahhüt etmiştir. Murisin ölümünden sonra davacı Ş...’in, miras bırakanın yapmış olduğu temlik işlemine karşı bu şekilde yapmış olduğu taahhüdün miras hakkı üzerinde gerçekleştirilen bir sözleşme niteliği taşıdığı ve Şakir’i bağlayacağı tartışmasızdır. Zira, TMK’nun 677. maddesi hükmü uyarınca mirasçıların terekeden gelen miras payları üzerinde yapacakları tasarrufların yazılı olması kaydıyla geçerli olacağı açıktır.” Yargıtay 1. HD. E. 2010/11765, K. 2010/12656, T. 01.12.2010, (Çevrimiçi) www.kararara.com, 06.03.2021.

¹⁰⁹ Kanun koyucunun doğmuş miras hakkı payının devrini şekle bağlamasını gerekli kılan düşünce ve mülahazalar, fazlasıyla beklenen miras hakkının devri için de mevcuttur. Mustafa Fadıl Yıldırım, “Beklenen Miras Hakkının Devri Sözleşmesi Konusunda İki Gelişme”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 53, S. 1, 2004, s. 120, dn. 9; Ayrıca bkz. Escher, **a.g.e.**, § 636, Rn. 10; Peter Tuor, Vito Piconi, **Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band III: Das Erbrecht, 2. Abteilung: Der Erbgang (Art. 537–640 ZGB)**, 2. Auflage, Bern, 1964, § 636, Rn. 11; İmre, Erman, **a.g.e.**, s. 556; Antalya, Sağlam **a.g.e.**, s. 504.

¹¹⁰ Murisin katılmadığı, sadece izninin olduğu beklenen miras hakkının devri sözleşmesinde mirasçı, mirasçılık sıfatını kaybetmezken, lehine temlik yapılan terekeye karşı alacaklı konuma gelir. Kocayusufpaşaoğlu, **Miras**, s. 545; Şener, **a.g.e.**, s. 865.

Beklenen miras hakkının devri sözleşmesine murisin katılması söz konusu ise, ortada üçlü bir sözleşme vardır. Buna göre, mirasçı, murise karşı mirastan feragat eder ve muris, onun yerine lehine devir yapılan kişiyi mirasçı olarak atar¹¹¹. Murisin katılımı ile yapılan beklenen miras hakkının devri sözleşmesi, lehine temlik yapılan ister mirasçı ister üçüncü kişi olsun miras sözleşmesinin şekil şartına tabidir¹¹². Bu durumda kısmi feragatte bulunmuş olan mirasçı, mirasçılık sıfatını kaybettiği için muvazaalı temlike yönelik muvazaa iddiasını dava edemez¹¹³. Buna karşılık murisin atadığı mirasçı ise, Yargıtay görüşü doğrultusunda diğer yasal mirasçılar gibi muris muvazaası davası açabilecekken, sadece saklı paylı mirasçıların dava hakkı olduğunu savunan görüş doğrultusunda muris muvazaasına ilişkin dava açamaz.

C. Davalı

Muris muvazaasına ilişkin dava, murisin muvazaalı sözleşme ile taşınmazı devrettiği kişiye, mirasçılarına ve kötü niyetli olarak taşınmazı devralan üçüncü kişiye karşı açılır¹¹⁴.

Murisin muvazaalı sözleşme ile tapulu taşınmazını devrettiği kişi görünürdeki işleme göre belirlenir. Görünürdeki işlem satım sözleşmesi ise, alıcı; ölünceye kadar bakma sözleşmesi ise, bakım borçlusu aleyhine dava açılır¹¹⁵. Yargıtay tarafından kabul edilmese de, mirasçısının uzun süreli tapulu taşınmazından yararlanmasını önlemek amacıyla murisin muvazaalı olarak intifa veya oturma hakkı tesis etmesi durumunda, yararına sınırlı ayni hak tesis edilen kişi aleyhine dava açılır¹¹⁶. Muris, mirastan mal kaçırmak amacıyla bağışta bulunduğu kişi adına şirket

¹¹¹ BK ZGB, Tuor, Picononi, **a.g.e.** , § 636, Rn. 6-8; Gönensay, Birsen, **a.g.e.** , s. 367; İmre, Erman, **a.g.e.** , s. 555; Serozan, Engin, **a.g.e.** , s. 71; Antalya, Sağlam **a.g.e.** , s. 505; Yıldırım, **a.g.m.** , s. 120, dn. 8.

¹¹² Şener, **a.g.e.** , s. 865.

¹¹³ Burada ivazsız feragatin alt soya etkili olduğu kabul edilmelidir.

¹¹⁴ Özkaya, **a.g.e.** , s. 434; Özüğür, **a.g.e.** , s. 540; N. Yavuz, **a.g.e.** , s. 309; Ahlaka aykırılığı savunan görüş doğrultusunda, murisin muvazaalı sözleşmelerle taşınır ve tapusuz taşınmaz devrettiği kişiye, onun mirasçılarına ve kötüniyetli olarak bu malları devralan üçüncü kişiye karşı dava açılabilir. Sevgi, **a.g.e.** , s. 96-97.

¹¹⁵ Özkaya, **a.g.e.** , s. 434; Özüğür, **a.g.e.** , s. 540; N. Yavuz, **a.g.e.** , s. 309.

¹¹⁶ Özkaya, **a.g.e.** , s. 435; Özüğür, **a.g.e.** , s. 540.

kurup tapulu taşınmazını bu şirkete satmış gibi göstermişse, dava bu şirkete karşı açılır¹¹⁷.

Taşınmazı sonradan devralan kişi, önceki temlikin muvazaalı olduğunu biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, kötüniyetli kabul edilir. Bu halde TMK m. 1023'ün koruyuculuğundan yararlanamayarak taşınmazın mülkiyetini kazanamayan kötüniyetli üçüncü kişi konumundaki son kayıt maliki gözüken karşı mirasçılar, muris muvazaası iddiasını yöneltebilir¹¹⁸.

D. Davanın İspatı

1. İspat Yüğü

Bir kimsenin iddiasında veya savunmasında haklı olması, davayı kazanmasına yetmez. İddia ve savunmalar, ispat edilmedikçe dava sonucuna etki etmez. TMK m. 6 uyarınca taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguları ispat ile yükümlüdür. Davacı, davayı açmakla harekete geçen ve hak iddia eden ilk taraf olduğundan davasının doğruluğunu ispat etmelidir¹¹⁹. Davanın üçüncü kişiye açılması halinde, üçüncü kişinin kötü niyetli olduğunun ispat edilmesi gerekir. İyi niyet, karine olduğundan ispat yükü aksini iddia eden davacıdadır¹²⁰.

2. İspat Edilmesi Gerekli Olgular

İspat yükü kendisinde olan taraf, hukuk kurallarını değil hakkını dayandırdığı maddi ve fiili olguları ispatlamalıdır. İspat yükü kendisinde olan tarafın hangi olguları ispat etmesi gerektiğinin tayini, davanın kaderini belirler.

¹¹⁷ Özkaya, **a.g.e.** , s. 435; Özüğür, **a.g.e.** , s. 540.

¹¹⁸ Ayrıca bkz. s. 99-101.

¹¹⁹ Velidedeoğlu, **a.g.e.** , s. 369; Köprülü, **a.g.e.** , s. 127; Oğuzman, Barlas, **a.g.e.** , s. 337; Akipek, Akıntürk, Ateş, **Kişiler**, s. 201; “... temlikin mirasçılardan mal kaçırma amaçlı olduğunu ispat külfeti davacı tarafa aittir. Somut olaya gelince, davacının tanık bildirmediği gibi, davalı yanın tanıklarının beyanlarıyla da temliklerin muvazaalı olduğu sonucuna varılamadığı, mirasbırakanın gerçek iradesinin mirastan mal kaçırma olduğu yönünde somut bir olgunun ortaya konulamadığı açıktır.” Yargıtay 1. HD. E. 2018/4233, K. 2020/6737, T. 15.12.2020, (Çevrimiçi) Yargıtay Bilgi Bankası, 31.01.2021.

¹²⁰ Tuor, Schnyder, Schmid, Jungo, **a.g.e.** , s. 62-63; Oğuzman, Barlas, **a.g.e.** , s. 345.

Yargıtay uygulamasına göre, davacı, murisin kendisini miras hakkından yoksun bırakmak amacıyla gerçekte bağışlamak istediği taşınmazını, tapu sicil memuru önünde iradesini satım veya ölünceye kadar bakma sözleşmesi doğrultusunda açıklayarak temlik ettiğini kanıtlamalıdır. Aksi takdirde, açılan muris muvazaasına ilişkin dava reddolunur.

Bilindiği üzere, mirasçılar aldatma niyetinin yokluğu muvazaaa nedenini ortadan kaldırır. Aldatma niyetinin olmadığı bazı hallerde paylaşırma veya karşı ivazda bulunma niyeti bulunabilir. Dolayısıyla başka hukuki sonuçlar doğar. Bu yüzden aldatma niyetinin tayini davanın kaderini belirler. Muvazaalı işlemin tarafı olmayan tüm mirasçıların dinlenmesi, tapu sicili müdürlüğü ve diğer resmi dairelerden getirilecek kayıtlar, uzman bilirkişi aracılığıyla yaptırılacak kazandırma konusu malın değer tespiti, murisin aldatma niyetinin varlığının tayininde önemli rol oynar¹²¹. Daha önce üzerinde durduğumuz gibi, satım bedeli ile gerçek değer arasındaki fark, tek başına muvazaanın kanıtı olmaya yeterli değildir. Bu yüzden başka olgularla desteklenmesi gerekir. Aldatma niyetinin varlığını ispata yönelik olgular şöyle sıralanabilir: Murisin asıl amacının satış değil bağış olması, murisin mallarını satma ihtiyacının olmaması¹²², davalının alım gücünün bulunmaması, murisin ölümüne çok yakın sürelerde taşınmazlarını elden çıkarması için makul neden bulunmaması, ikinci evlilik, erkek çocuk etkeni, küsme, kızma, konuşmama, tarafların özel durumları, bölgenin gelenek ve görenekleri, toplumun eğilimleri, taşınmazın çok yakın zamanda satılmasına rağmen satım bedelinin terekede bulunmaması, az mal satarak çok para elde etmek varken çok mal satarak az para elde edilmesi¹²³...

¹²¹ “Muris muvazaası iddiasında tüm mirasçılara intikal eden taşınır ve taşınmaz mallar ve haklar araştırılmalı, tapu kayıtları ve varsa öteki delil ve belgeler mercilerinden getirilmeli, her bir mirasçıya intikal ettirilen malların ve hakların nitelikleri ve değerleri hakkında uzman bilirkişiden rapor alınmalı ve miras bırakanın paylaşırma kasdının olup olmadığı açıklığa kavuşturulmalıdır.” Yargıtay 1. HD. E. 2009/8280, K. 2009/10263, T. 15.10.2009, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 31.01.2021; Özüğür, **a.g.e.**, s. 529; Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 84.

¹²² Yargıtay 1. HD. E. 2019/4025, K. 2020/6725, T. 14.12.2020, (Çevrimiçi) Yargıtay Bilgi Bankası, 31.01.2021.

¹²³ Özüğür, **a.g.e.**, s. 541; N. Yavuz, **a.g.e.**, s. 312 vd. ; E. Günay, **a.g.e.**, s. 58; Topuz, **a.g.m.**, s. 726.

Aldatma unsurunun tespiti uzun yargılama süreci gerektirebilir¹²⁴. Bu yüzden mahkeme kesin mehil yoluna başvurmakta acele etmemeli, kesin mehil verilmeden önce bu delillerin ikamesini beklemeli ve hatta kesin mehil verilen tarafa şartları oluştuğunda eski hale getirme hakkının bulunduğunu açıklamalıdır¹²⁵. Bunun yanında kesin mehil içerisinde sunulmayan tanık listesindeki tanıkların mahkeme veya keşif mahalline getirilmesi halinde, yargılamanın uzamasına neden olunmadığı için tanıklar dinlenilmelidir¹²⁶.

3. İspat Şekli

Muris muvazaasının tabi olduğu ispat şeklini açıklamadan önce genel olarak muvazaanın taraflar ve üçüncü kişiler bakımından ispat şeklini incelemekte fayda vardır.

Genellikle kabul edildiği üzere, geçerliliği ve ispatı herhangi şekle bağlı olmayan hukuki işlemlerde muvazaa iddiası taraflarca HMK’da öngörülen ve her türlü delille ispatlanabilir¹²⁷. Geçerliliği şekle bağlı hukuki işlemlerde, geçerlilik şekli ister adi ister resmi yazılı şekil olsun, muvazaa iddiasının yazılı kanıt ile ispatlanması gerekir. Yazılı şekilde yapılan hukuki işlem senede bağlı olduğundan taraflar, iddialarını senetle ispatlamalıdır¹²⁸. Resmi yazılı şekilde yapılmış bir işlemin muvazaalı olduğu adi senetle ispatlanabilir¹²⁹. Belirli bir miktarın üzerindeki hukuki işlemlerin senetle ispatlanması zorunlu olduğu gibi, senede bağlı her türlü iddia da senetle ispatlanmalıdır¹³⁰.

¹²⁴ Davacıya iddiasını ispat etmesi için imkân tanınmalıdır. Bkz. Yargıtay 1. HD. E. 2014/13197, K. 2016/6824, T. 02.06.2016, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 03.03.2021.

¹²⁵ Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 84.

¹²⁶ Yargıtay 1. HD. E. 2020/3156, K. 2020/6724, T. 14.12.2020, (Çevrimiçi) Yargıtay Bilgi Bankası, 31.01.2021.

¹²⁷ Esener, **a.g.e.**, s. 89; Üstündağ, **a.g.e.**, s. 666; Bilge Umar, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2011, s. 558; İnan, **a.g.e.**, s. 178.

¹²⁸ Muvazaa bu yoldan ispatlanamazsa, taraflardan birinin teklifi ile karşı tarafa yemin verdirilmek suretiyle sorun halledilebilir. İnan, **a.g.e.**, s. 178.

¹²⁹ Esener, **a.g.e.**, s. 88; Kuru, **Medeni Usul**, s. 275; Üstündağ, **a.g.e.**, s. 661; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 395; Karlı, **Muhakeme**, s. 563; Umar, **a.g.e.**, s. 602; Yavaş, **a.g.e.**, s. 372; Eren, **Borçlar Genel**, s. 410; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 112; Nomer, **Borçlar**, s. 108.

¹³⁰ Kuru, **Medeni Usul**, s. 275; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 394; Umar, **a.g.e.**, s. 602; Demirkol, **a.g.e.**, s. 3061.

Senet alınmasının madden veya manen imkânsız olduğu hallerde senetle ispat zorunluluğuna istisna getirilmiştir¹³¹. Bu istisnalardan biri de, üçüncü kişinin muvazaa iddiasıdır¹³². Senede karşı senetle ispat kuralı, sadece senedin tarafları için geçerlidir¹³³. Yapılan muvazaalı işlemin yazılı delilini düzenlenmesi imkânsız olduğu kabul edilen üçüncü kişi konumundaki alacaklılar, önalım hakkı sahipleri, kendisine temlik vaadinde bulunanlar, muvazaa iddiasını her türlü delille ispat edebilirler¹³⁴.

Yargıtay'ın kabul ettiği görüş doğrultusunda yasal mirasçılar, muris muvazaası iddiasını üçüncü kişi sıfatıyla ileri sürdüğünden senetle ispat kuralına tabi olmayıp her türlü delille ispatlayabilir. Tapusuz taşınmazlar ve taşınırlarda muris muvazaası hükümleri uygulanmadığından murisin düzenlediği satım sözleşmesinin muvazaa nedeniyle iptali için açılan davada üçüncü kişi değil külli halef konumunda olan mirasçıların tanık dinletemeyeceklerini vurgulamak gerekir¹³⁵. Umar'a göre, mirasçı, muvazaanın tespiti ile birlikte üçüncü kişi üzerinde görünen tapu kaydının iptali için dava açabilir ve muris ile üçüncü kişi arasındaki muvazaalı işlemin tarafı olmadığından ve yazılı delil düzenlenmesi imkânsız olduğundan tanık dâhil her türlü delilden yararlanabilir¹³⁶.

Üstündağ ise, tıpkı Umar gibi, yasal mirasçıların bu şekilde muvazaa iddiasını ispatlamalarının imkânsızlığı yönünden meseleye yaklaşmıştır¹³⁷. Buna göre, muris, karşı taraf ile yaptığı muvazaalı işlemi yasal mirasçılarından gizlemektedir. Bu doğrultuda muvazaanın ispatını sağlayacak yazılı delillerin yasal

¹³¹ Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.** , s. 394; Yavaş, **a.g.e.** , s. 372; HMK'ya konulan hükümle muvazaanın üçüncü kişi tarafından ispatının senetle ispat kuralının istisnası olduğu açıkça düzenlenmiştir. HMUK döneminde açık düzenleme olmadığından madden imkânsızlık kapsamında değerlendirilmekteydi. Demirkol, **a.g.m.** , s. 3061.

¹³² Kuru, **Medeni Usul**, s. 276; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.** , s. 395; Umar, **a.g.e.** , s. 633; Yavaş, **a.g.e.** , s. 376.

¹³³ Kuru, **Medeni Usul**, s. 275; Üstündağ, **a.g.e.** , s. 671; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.** , s. 395; Umar, **a.g.e.** , s. 633; Yavaş, **a.g.e.** , s. 375; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar**, s. 418; İnan, **a.g.e.** , s. 179.

¹³⁴ Esener, **a.g.e.** , s. 109; Kuru, **Medeni Usul**, s. 268; Üstündağ, **a.g.e.** , s. 672; Karlı, **Muhakeme**, s. 563; Umar, **a.g.e.** , s. 644; Yavaş, **a.g.e.** , s. 376; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar**, s. 419; İnan, **a.g.e.** , s. 179; Eren, **Borçlar Genel**, s. 410; Reisoğlu, **a.g.e.** , s. 114; Antalya, **a.g.e.** , s. 359; Nomer, **Borçlar**, s. 111.

¹³⁵ Yargıtay, 2. HD. E. 1976/4080, K. 1976/5275, T. 21.06.1976, (Uyar, **Muris Muvazaası**, s. 392'den naklen).

¹³⁶ Umar, **a.g.e.** , s. 597.

¹³⁷ Üstündağ, **a.g.e.** , s. 672; Aynı yönde görüş için bkz. Atamulu, **a.g.e.** , s. 260; Akkök, **a.g.e.** , s. 185.

mirasçılarının eline geçmesini engellemek için gerekli özeni göstermektedir. Dolayısıyla yasal mirasçılara senetle ispat yükümlülüğü getirmek TMK m. 2'ye aykırılık teşkil etmelidir.

Muris muvazaasına ilişkin davanın yasal mirasçılar tarafından murisin külli halefi sıfatıyla açabileceğini iddia eden Oğuzman görüşü doğrultusunda yasal mirasçılar senedin tarafı olduklarından dolayı senetle ispat kuralına dâhildir¹³⁸. Fakat saklı paylı mirasçılar, tenkis davasında saklı paylarına dayanarak iddiada bulunursa, üçüncü kişi kabul edileceğinden iddiasını senetle ispat etmek zorunda değildir.

Kuru'ya göre, saklı paylı mirasçılar, üçüncü kişi konumunda saklı paylarının ihlal edildiği gerekçesiyle muris muvazaasına ilişkin dava açabilir ve iddiasını tanık dâhil her türlü delille ispat edebilir¹³⁹. Buna karşın, saklı pay ihlali gerçekleşmemişse, muvazaalı işleme karşı külli halef sıfatıyla dava açabilir ve iddiasını yazılı delille ispatlamalıdır.

Kanaatimizce, Oğuzman'ın muris muvazaası ile tenkis davasına ilişkin yaptığı ayırım, miras ve eşya hukuku ilkeleri ile bağdaşmaktadır. Tüm mirasçılarının üçüncü kişi konumunda kabul edilmeleri mümkün değildir. Yasal miras hakkına dayanan tüm mirasçılar, murisin birer külli halefidir. Külli halef olarak iddialarını yazılı delil ile ispatlamak zorundadırlar. Bu görüş, mirasçılarının muris muvazaasına dayalı dava açmasını kısıtlayan ve böylelikle dolaylı olarak murisin tasarruf özgürlüğünü önceleyen bir görüştür. Bu yönüyle çağdaş eğilimleri de yansıtmaktadır. Ancak saklı payı nedeniyle kendisine tenkis davası açma hakkı tanınan mirasçılarının muris muvazaasına dayalı davadaki konumları ayrı değerlendirmeyi hak etmektedir. Tenkis davasında üçüncü kişi olduğu için iddiasını her türlü delil ile ispatlayabilen saklı paylı mirasçılarının muris muvazaasına ilişkin davada yazılı delil yükümlülüğüne tabi tutulması, TMK m. 2 ile çelişir. Çünkü murisin saklı payı zedeleme kastıyla yaptığı devirlerde ve saklı paylı mirasçılardan mal kaçırmaya yönelik yaptığı devirlerde saklı paylı mirasçılar açısından yazılı delil ile ispat edebilme zorluğu aynı şekilde bulunmaktadır. Hatta bu zorluğun muris muvazaası davasında imkânsızlık

¹³⁸ Oğuzman, **Muvazaa**, s.197; Benzer yönde görüşte olan yazarlar için bkz. s. 214, dn. 23.

¹³⁹ Kuru, **Medeni Usul**, s. 276; Aynı yönde bkz. Yavaş, **a.g.e.** , s. 378-379.

teşkil ettiği de söylenebilir. Bu yüzden saklı paylı mirasçılar, tıpkı tenkis davasındaki gibi her türlü delil ile iddialarını ispatlamalıdır. Saklı paylı olmayan mirasçılar ve saklı payı aşan oranda saklı paylı mirasçılar ise, muvazaa iddialarını murisin külli halefi olarak yazılı delil ile ispatlamalıdır. Kaldı ki, saklı pay kurallarından kurtulmak için gerçekleştirilen devirlere karşı saklı paylı mirasçılar üçüncü kişi konumundadır. Dolayısıyla külli halef konumunda dava açanların tabi olduğu yazılı delil ile ispat zorunluluğuna tabi olmadan iddialarını her türlü delil ile ispatlama imkânına sahiptir.

E. Talep Kapsamı

1. Pay Oranında Tapu Kaydının Düzeltilmesi veya Terekeye İade Talebi

Belirli bir sağlararası işlemin geçersizliğı tespit edildikten sonra tapuda tescilin düzeltilmesi gerekir. Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatları doğrultusunda hakkı çığnemen tüm mirasçılar, TBK m. 19 uyarınca yasal miras payı oranında tapu kaydının düzeltilmesini (iptali ve tescilini) veya taşınmazın terekeye iadesini isteyebilir.

Muris muvazaasına ilişkin davada miras payı oranında tescil talep edilirse, istekle bağılı kalınmak suretiyle davacıların miras payları oranında tapu kaydının düzeltilmesi gerekir¹⁴⁰. Davada taraf olmayan mirasçılara pay verilecek şekilde taşınmazın terekeye dönmesi kararı verilemez veya dava dışı mirasçıya pay verilmek suretiyle hüküm kurulamaz¹⁴¹.

Bu davalarda yargılama giderlerinin belirlenmesine ilişkin hatalı kararlar verilmektedir. Dava harcı ve avukatlık ücreti belirlenirken taşınmazın tümünün

¹⁴⁰ “Mirastan mal kaçırma kastı ile yapılan satışlara dayanan muvazaa sebebi ile tapu iptali davalarında, davanın davacının miras payı oranında kabulü gerekirken tamamı üzerinden kabule karar verilmesi isabetsizdir.” Yargıtay HGK. E. 1991/2-63, K. 1991/180, T. 03.04.1991, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 10.03.2021.

¹⁴¹ Yargıtay 1. HD. E. 2002/13756, K. 2002/148, T. 14.01.2002, Yargıtay 1. HD. E. 2005/471, K. 2005/419, T. 02.02.2005, Yargıtay 1. HD. E. 2005/4445, K. 2005/5094, T. 25.04.2005, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 10.03.2021.

değeri değil dava açan mirasçılarının payı oranındaki değeri dikkate alınmalıdır¹⁴². Pay oranında tapu kaydının düzeltilmesi talebi içeren davaların kabul edilmesi halinde dava tamamen kabul edilmiş olur. Dava kısmen kabul edilmiş gibi davalı yararında yargılama gideri ve avukatlık ücreti belirlenmemelidir¹⁴³.

Terekeye iade istemli muris muvazaasına ilişkin davada, tüm mirasçılar adına tapu kaydının düzeltilmesi konu edildiğinden elbirliği mülkiyet kuralları çerçevesinde tüm mirasçılarının muvafakati alınarak katılımı sağlanmalı veya terekeye atanan temsilci aracılığıyla dava açılmalıdır. Tapuda tescilin artık hayatta olmayan muris adına değil, mirasçılar adına yapılması gerekir¹⁴⁴. Mirasçılar adına tapu kaydı düzeltilirken, mirasçılık belgesinde belirlenen miras pay oranlarına göre hüküm kurulmalıdır.

Daha önce sonuçlanmış pay oranında muris muvazaasına ilişkin davadan sonra, diğer dava açmamış kişinin davalı üzerinde kalan payı hakkında, dava açmamış kişinin ölümünden sonra kök muris muvazaası nedeniyle daha önceden dava açmış mirasçılarının, tekrar aynı muvazaalı temlike karşı yeni bir dava açmaları mümkündür¹⁴⁵. Örneğin, babanın ölümünden sonra muris muvazaası nedenine dayanarak payı oranında tapu kaydının düzeltilmesini isteyen çocuk, muris muvazaası nedeniyle dava açmamış annenin ölümünden sonra bu kez onun mirasçısı olarak yeni bir dava açma imkânını elde eder. Çünkü babanın temlikine karşı muvazaa iddiasında bulunmayan anne, kendi malvarlığındaki dava açma hakkından

¹⁴² Yargıtay 1. HD. E. 2013/1778, K. 2013/5751, T. 17.04.2013, Yargıtay 1. HD. E. 2014/5734, K. 2014/6816, T. 01.04.2014, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 05.03.2021; Yargıtay 1. HD. E. 2020/3511, K. 2020/6519, T. 07.12.2020, (Çevrimiçi) Yargıtay Bilgi Bankası, 31.01.2021.

¹⁴³ Yargıtay 1. HD. E. 2013/12662, K. 2013/16024, T. 18.11.2013, (Çevrimiçi) Legalbank, 05.03.2021.

¹⁴⁴ “Dava, muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı tapu iptal ve tescil ya da tenkis isteklerine ilişkindir. Mahkemece, tüm mirasçılarının yasal payları oranında adlarına tescil kararı verilmesi gerekirken, Türk Medeni Kanunu’nun 28. maddesi hükmü uyarınca ölümle şahsiyetin son bulacağı kuralı gözardı edilmek suretiyle ölü kişi adına tescil kararı verilmesinin doğru olduğu söylenemez.” Yargıtay 1. HD. E. 2010/11633, K. 2011/2543, T. 04.03.2011, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 05.03.2021.

¹⁴⁵ Yargıtay 1. HD. E. 1997/10570, K. 1997/11956, T. 08.10.1997, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 05.03.2021; Karşı oy yazısında çoğunluğun görüşüne şu gerekçelerle katılmadığı belirtilmiştir: “Somut olayda davacı, müstakbel miras haklarını da düşünerek önceden açtığı davada tereke adına istekte bulunabilecek iken, kendi miras payına hasren iptal istemiş; böylece dava ve talep hakkına miras payı ile sınırlanmıştır. O halde, önceki davadan dolayı kurulan ve hakkı, talebi bağlı kalarak belli bir oranda sağlıyan kesinleşmiş hüküm karşısında, aynı temlik işleme yönelik sonradan yeni bir davanın dinlenemeyeceği gerekçesiyle reddine karar verilmesi gerekir.”

feragat etmiş sayılmaz ve bu hakkı halefiyet ilkesince çocuğuna geçer. Ayrıca çocuğun daha önceki davada taşınmazın terekeye iadesini değil de payı oranında tescilini talep etmesi, daha sonra ölen annesinin payı oranında dava açmasını engellemez.

Taşınmaz el değiştirmişse, devralan kişinin iyiniyetli olup olmadığı araştırılmalıdır¹⁴⁶. İyiniyetli üçüncü kişi malik sıfatını kazanacağından, mirasçıların taşınmazın mülkiyetinin kendi üzerine tescil edilmesi mümkün olmayıp, bu durumda davalıdan tazminat talebinde bulunmaları gerekir¹⁴⁷. Tapu iptal ve tescil istemi ile açılmış dava sırasında taşınmaz iyiniyetli üçüncü kişiye devredilmişse, ıslah dilekçesi ile tazminat talebinde bulunulabilir¹⁴⁸.

2. Sadece İptal veya Tescil Talebi

Bazen uygulamada, muris muvazaasına ilişkin davanın sadece tapu kaydının iptali istemiyle açıldığı görülür. Mahkeme, taleple bağıllık ilkesine aykırı şekilde talep dışına çıkarak karar veremez. Sadece iptal talebinde bulunulması ise, davanın reddini gerektirmez. Bu durumda mahkeme, davacıya tescil davası açma imkânı tanımalı ve dava açılması halinde her iki davayı birleştirerek karara bağlamalıdır¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Yargıtay 1. HD. E. 2004/12482, K. 2005/992, T. 08.02.2005, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 05.03.2021.

¹⁴⁷ Yargıtay 1. HD. E. 2011/104, K. 2011/3031, T. 16.03.2011, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 05.03.2021; Buradaki tazminat talebi, sebepsiz zenginleşmeye dayanır. Artık mirasçıların talebi alacak hakkına dönüştüğünden, zamanaşımı devreye girer. Sebepsiz zenginleşmede zamanaşımı, öğrenme tarihinden itibaren 1 yıl, her halde 10 yıldır. Yargıtay verdiği bir kararında, 10 yıllık zamanaşımı süresinin muvazaa yoluyla temlik edilen malın iyiniyetli üçüncü kişiye devredildiği tarihten itibaren başlaması gerektiğini kabul etmiştir. Bkz. Yargıtay 4. HD. E. 2003/14343, K. 2004/3876, T. 29.03.2004, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 06.03.2021; Bu durumda iyiniyetli üçüncü kişiye yapılan temlik, muris ölmeden 10 yıl önceye tekabül ediyorsa, mirasçıların tazminat talebinin zamanaşımına uğradığı anlamı doğar. Ancak böyle bir kabul, mirasçıların muris muvazaasına ilişkin dava hakkının murisin ölüm tarihiyle doğduğu hususuyla çelişir. O halde, sebepsiz zenginleşmeye dayanan tazminat talebinin tabi olduğu 10 yıllık zamanaşımı süresi, murisin ölüm tarihinden itibaren işlemelidir. İyiniyetli üçüncü kişilere yapılan devir nedeniyle taşınmazın mülkiyetini kaybeden mirasçıların tazminat talebinin sebepsiz zenginleşmeye değil de ahlaka aykırılık (TBK m. 49/2) hukuksal nedenine dayandığını ileri süren görüş için bkz. Nomer, **Borçlar**, s. 109.

¹⁴⁸ Yargıtay 1. HD. E. 2014/3936, K. 2014/8035, T. 17.04.2014, (Çevrimiçi) www.kararara.com, 08.03.2021.

¹⁴⁹ “Bu durumda mahkemece yapılacak iş, iptal isteminin tescili kapsamadığı gözetilerek davacıya, ayrıca tescil davası açması için imkân tanımak ve dava açılması halinde her iki dava birleştirilerek karara bağlanmaktan ibarettir. Değişik anlatımla, sadece iptal davasının kabulüne ve tapunun iptaline karar verilmesi, tapulu bir taşınmazın sicil dışı (kayıtsız) kalması sonucunu doğurur ki, böyle

Davacı iptal değil, sadece tescil talebinde bulunduğu takdirde, tescil isteğinin tapu sicilinde mevcut eski kaydın iptalini de kapsadığı gözetilerek ayrıca tapu kaydının iptalinin dava edilmesine gerek yoktur¹⁵⁰.

Muris muvazaasına ilişkin davanın iptal ve tescil istemli açılması usul ekonomisi bakımından önemlidir¹⁵¹. Bunun yanında muris muvazaası sonucunda verilen kararın niteliğine uygun düşecek şekilde tapu kaydının düzeltilmesi isteminde bulunulması, en uygun olan çözümdür.

3. Ecrimisil Talebi

Davacılar, tapu kaydının düzeltilmesinin yanında ecrimisil isteyebilir. Ecrimisil, uygulama ve doktrinde, haksız işgal tazminatı olarak da anılmakta olup taşınmaz üzerinde zilyetliği bulunmayan malikin taşınmaza haklı bir sebep olmaksızın zilyet olan kötüniyetli kimseye karşı yöneltebileceği bir talep ve dava türüdür¹⁵². Ecrimisilin hukuki niteliği, Yargıtay kararlarında önceden kira benzeri olarak kabul edilmesine rağmen sonradan haksız fiil olarak kabul edilmiştir¹⁵³. Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarına göre, bir kimsenin kiraya verdiği veya verebileceği bir taşınmazını başka kimse işgal eder ve kullanırsa, bu kimse haksız fiil niteliğinde bir tazminat ödemeye mahkûm edilir¹⁵⁴. Miktarının en azı kira geliri

bir uygulama, devletin bütün taşınmazların hukuki ve geometrik durumlarını belirleyerek sicile bağlama yolunda benimsediği -dolu pafta sistemi- genel ilke ile bağdaşmaz.” Yargıtay 1. HD. E. 2006/11989, K. 2006/13071, T. 13.12.2006, (Çevrimiçi) www.kararara.com, 10.03.2021; Benzer kararlar için bkz. Yargıtay 1. HD. E. 2011/10709, K. 2012/212, T. 17.01.2012, Yargıtay 1. HD. E. 2013/19645, K. 2014/13899, T. 09.09.2014, Yargıtay 1. HD. E. 2014/4319, K. 2015/3851, T. 19.03.2015, (Çevrimiçi) www.kararara.com, 10.03.2021.

¹⁵⁰ Yargıtay HGK. E. 1983/8-80, K. 1983/1162, T. 11.11.1983, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 10.03.2021.

¹⁵¹ E. Günay, **a.g.e.**, s. 68.

¹⁵² Benzer tanımlar için bkz. Yargıtay HGK. E. 2000/3-1341, K. 2000/1584, T. 01.11.2000, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 10.03.2021; Yargıtay HGK. E. 2011/3-553, K. 2011/679, T. 02.11.2011, Yargıtay HGK. E. 2013/1835, K. 2015/1061, T. 18.03.2015, (Çevrimiçi) www.kararara.com, 10.03.2021; Akipek, Akıntürk, Ateş, **Eşya**, s. 220; Esener, Güven, **a.g.e.**, s. 126.

¹⁵³ Ecrimisil, 25.05.1938 tarih ve 37/29-38/10 sayılı Yargıtay İBK’da kiraya benzetilmiştir. Ancak bu görüşten dönülmüş ve 08.03.1950 tarih ve 22/4 sayılı Yargıtay İBK’da haksız fiilde karar kılınmıştır. Buna rağmen uygulamada, hâlâ ecrimisilden doğan tazminat istemi haksız fiilde olduğu gibi 10 yıllık değil, kira bedelindeki gibi 5 yıllık zamanaşımına tabi tutulmaktadır. Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 144-145; Esener, Güven, **a.g.e.**, s. 126.

¹⁵⁴ Malik, taşınmazını kiraya vermemiş ve vermeyecekse, ortada herhangi bir zarar olmadığından tazminata hükmedilemez. Yargıtay’ın bu görüşü doktrinde eleştirilmektedir. Burada araştırılması gereken hususun malikin taşınmazı kiraya verip vermeyeceği değil, taşınmazın kiraya verilebilir mal

karşılığı olmak üzere, ecrimisilin kapsamı, kullanmadan doğan olumlu zarar ve mahrum kalınan kazançtır¹⁵⁵.

Muris muvazaasına ilişkin dava kabul edildiği takdirde, şartları varsa ecrimisil de talep edilebilir. Murisin ölümüyle birlikte mirasçılar hak sahibi olduğundan davalının taşınmazı haksız işgali bu andan itibaren başlar. Bu yüzden davacı, murisin ölümünden itibaren dava tarihine kadar geçen süre için 5 yıllık zamanaşımı süresi dikkate alınmak kaydıyla ecrimisil isteyebilir¹⁵⁶. Dava tarihine kadar gerçekleşmiş zararın istenebileceği kuralı nedeniyle dava tarihinden sonra gerçekleşmesi muhtemel zararlar istenemez. Bu zararlar ancak sonradan açılacak başka bir davanın konusunu oluşturur.¹⁵⁷

Ecrimisil, davacının payı oranında belirlenir¹⁵⁸. Muvazaalı temlike konu taşınmazdan mirasçıların yararlanması çoğunlukla engellendiği için uygulamada intifadan men şartının gerçekleştiği söylenebilir¹⁵⁹. Ecrimisil için bedel belirlenirken murisin hayatta iken taşınmazı değerlendirme şekli de dikkate alınmalıdır¹⁶⁰.

olup olmadığıdır. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Eşya**, s. 217 vd. ; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.** , s. 146; Esener, Güven, **a.g.e.** , s. 128.

¹⁵⁵ Yargıtay, haksız fiil olarak nitelediği ecrimisil için söz konusu taşınmazın kiraya verilmiş veya verilecek olmasını aradığından haksız işgal nedeniyle elde edilemeyen kira bedelini zarar olarak nitelemiştir. Doktrinde, bir görüşe göre, ecrimisil, haksız fiil olarak nitelendirilemeyeceğinden ve taşınmazın kiraya verilebilir olması yeterli olduğundan, kötüniyetli zilyedin taşınmazı kiraya vermemesi, elde etmeyi ihmal eylediği üründen TMK m. 995 uyarınca sorumlu tutulmasına yol açar. Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.** , s. 146; Başka bir görüşe göre, kötüniyetli zilyedin taşınmazı bizzat kullanarak kira bedeli kadar sağladığı yarardan dolayı tazminat vermesi gerekir. Akipek, Akıntürk, Ateş, **Eşya**, s. 221.

¹⁵⁶ Yargıtay 3. HD. E. 2006/1828, K. 2006/3598, T. 04.04.2006, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 11.03.2021; Yargıtay 1. HD. E. 2014/16533, K. 2015/1221, T. 27.01.2015, (Çevrimiçi) www.kararara.com, 11.03.2021; Taşınmaz, murisin ölümünden sonra iyiniyetli üçüncü kişiye devredilmişse, ecrimisil hesabı, murisin ölümünden dava dışı kimseye temlik anına kadar geçen süre yönünden yapılmalıdır. Bkz. Yargıtay 1. HD. E. 2014/627, K. 2014/17557, T. 13.11.2014, (Çevrimiçi) www.kararara.com, 11.03.2021.

¹⁵⁷ Yargıtay 1. HD. E. 2015/7808, K. 2015/9070, T. 17.06.2015, (Çevrimiçi) Yargıtay Bilgi Bankası, 09.02.2021.

¹⁵⁸ Yargıtay 1. HD. E. 2007/10432, K. 2008/1335, T. 25.12.2008, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 11.03.2021.

¹⁵⁹ “Davalının, yargılama süresince bildirdiği beyanlarında, muris muvazaası davası sonuçlanıncaya kadar davacının taşınmazlardaki hakkını reddettiği dikkate alındığında, miras bırakanın ölüm tarihinden itibaren muvazaa davasının kesinleşmesine kadar ki dönemde taşınmazlardan yararlanmayı engellediğinin, başka bir ifade ile intifadan men olgusunun gerçekleştiğinin kabulünde zorunluluk vardır.” Yargıtay 1. HD. E. 2007/11011, K. 2008/985, T. 30.01.2008, (Çevrimiçi) www.kararara.com, 12.03.2021; “Bu durumda, taşınmazın tamamının davalı tarafından kullanıldığının ya da, tasarruf edildiğinin, diğer bir deyişle davacının intifadan (yararlanmaktan) men

4. Muris Muvazaasının Yanında Ehliyetsizlik

Muris muvazaasına ilişkin davalarda murisin muvazaalı işlem yaptığı iddiasının yanında işlem sırasında ehliyetsiz olduğunun ileri sürüldüğü gözlemlenmektedir. Birbiriyle çelişmediği sürece davada değişik hukuki nedenlere dayanılabilir¹⁶¹. Mahkeme, ileri sürülen hukuki nedenleri önem derecesine göre araştırıp değerlendirmelidir.

Murisin muvazaalı temlik tarihinde ehliyetsiz olduğunun iddia edilmesi halinde, kamu düzenini ilgilendirdiği için araştırma ve incelemenin öncelikle ehliyet yönünden yapılması gerekir¹⁶². Murisin ehliyetli olduğu saptanırsa, muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı talep yönünden incelemeye geçilir. Muvazaalı temlik tarihinde murisin ehliyetsiz olduğu anlaşılırsa, muris muvazaası yönünden

edildiğinin anlaşılması halinde, pay oranında ecrimisil isteği yönünden hüküm kurulması gereklidir. Ecrimisil, kötü niyetli şağilin malike ödemekle yükümlü olduğu tazminat olup en azı kira geliri en çoğu ise tam gelir yoksunluğudur. Somut olayda, davalı, çekişmeli taşınmazı kullanmadığını ve kiraya vermediğini savunmuş ise de çekişmeli taşınmazın anahtarının davalıda olduğu ve davalının anahtarı yargılama sırasında 17.09.2011 tarihinde kargo ile davacıya gönderdiği sabittir.” Yargıtay 1. HD. E. 2013/3580, K. 2013/6557, T. 30.04.2013, (Çevrimiçi) www.kararara.com, 13.01.2021; Benzer kararlar için bkz. Yargıtay 1. HD. E. 2013/16151, K. 2014/23, T. 13.01.2013, Yargıtay 1. HD. E. 2010/10578, K. 2010/12076, T. 06.07.2010, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 13.03.2021.

¹⁶⁰ *“Tapudaki tescilin geçerliliği için, hukuken geçerli bir sebebe dayanması gerekir. Temliki sağlayan satış sözleşmesinin muvazaa sebebiyle geçersizliği gözetilerek miras bırakanın ölüm tarihinden itibaren davalıların ecrimisille sorumlu tutulmaları doğrudur. Ancak, ecrimisil istenilen taşınmazın, murisin sağlığından beri kirada bulunduğu ve bu yerden kira parası alındığı anlaşılmaktadır. Taşınmaza ilişkin kira sözleşmesinin davacının zararına ve muvazaalı olarak düzenlendiği ileri sürülmediği gibi bu husus kanıtlanmış da değildir. Ecrimisili bir yerde en az kira bedeli olarak anlamak gerekir. Bu itibarla taşınmazdan elde edilen kira geliri gözetilerek davacı yararına payı oranında ecrimisile hükmedilmesi gerekirken taşınmaz boş vaziyette kabul edilip, emsalleri gözetilerek getirebileceği gelirin hesaplanması suretiyle tayin edilmesi isabetsizdir.” Yargıtay HGK. E. 1990/3-645, K. 1991/75, T. 13.02.1991, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 13.03.2021.*

¹⁶¹ Yargıtay HGK. E. 1990/1-152, K. 1990/236, T. 11.04.1990, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 13.03.2021.

¹⁶² *“Ehliyetsizlik kamu düzenini ilgilendirdiğinden gerektiğinde hâkim tarafından resen de gözetilmesi gereken, iradeyi ortadan kaldıran bir nedendir. Hukuksal ehliyetten yoksun bulunan bir kişinin yaptığı tüm işlemler yok hükmünde olacağı gibi, böyle bir kişinin bizzat dava açmasına ve yargılamayı yürütmesine yasal olanak da yoktur.” Yargıtay 1. HD. E. 2011/32, K. 2011/1232, T. 10.02.2011, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 13.03.2021; Benzer kararlar için bkz. Yargıtay 1. HD. E. 2018/141, K. 2020/3343, T. 01.07.2020, Yargıtay 1. HD. E. 2018/1458, K. 2020/6738, T. 16.12.2020, (Çevrimiçi) Yargıtay Bilgi Bankası, 13.03.2021.*

incelemeye girilmeksizin ehliyetsizlik nedeniyle işlemin geçersizliğine karar verilir¹⁶³.

Ancak muris muvazaasına ilişkin davanın pay oranında açılması halinde, tüm işlemi geçersiz kılan ehliyetsizlik iddiasının reddi gerekir¹⁶⁴. Burada muvazaalı temlik için dava açma hakkını bünyesinde bulunduran terekeye elbirliği ile malik olan tüm mirasçılarının, terekeye iade talebiyle ehliyetsizlik iddiasında bulunması veya davaya dâhil edilmesi gerekir; aksi takdirde, terekeye temsilci atanarak davanın görülebilirlik koşulunun sağlanması gerekir¹⁶⁵.

5. Muris Muvazaasının Yanında Vekâlet Görevinin Kötüye Kullanılması

Birden fazla hukuksal nedene dayanılarak açılan böyle bir davada önce vekâlet görevinin kötüye kullanıldığı iddiası incelenmelidir. Vekâlet görevinin kötüye kullanıldığının tespiti halinde muris muvazaası iddiası araştırılmaksızın davanın kabulüne karar verilmelidir¹⁶⁶.

Murisin vekil aracılığıyla yaptığı muvazaalı işlemler, murisin vekile verdiği talimata uygun şekilde yerine getirilmişse, her ne kadar ortada muvazaalı işlem olsa da vekâlet görevinin kötüye kullanılması şeklinde değerlendirilemez. Bu durumda muris, muvazaalı işlemi bizzat yapmış gibi muvazaalı işlemin tarafı olur ve vekâlet görevinin kötüye kullanıldığı iddiası reddedilerek muris muvazaası açısından araştırma yapılır¹⁶⁷.

¹⁶³ “Mahkemenin ehliyetsizlik iddiası bakımından yaptığı araştırma sonucunda miras bırakanın akit tarihi itibarıyla ehliyetsiz olduğu tesbit edilmiştir. Bu belirlemeye göre miras bırakanın tarafı bulunduğu akit yönünden temlikin geçersizliği tartışmasıdır.” Yargıtay 1. HD. E. 2004/12482, K. 2005/992, T. 08.02.2005, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 13.03.2021.

¹⁶⁴ Yargıtay HGK. E. 2012/1-1808, K. 2013/699, T. 15.03.2013, (Çevrimiçi) www.kararara.com, 12.03.2021; Yargıtay 1. HD. E. 2012/14661, K. 2013/3144, T. 04.03.2013, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 12.03.2021.

¹⁶⁵ Yargıtay HGK. E. 2015/1-1730, K. 2015/2656, T. 18.11.2015, Yargıtay 1. HD. E. 2015/78, K. 2017/3185, T. 05.06.2017, (Çevrimiçi) Yargıtay Bilgi Bankası, 01.02.2021.

¹⁶⁶ Yargıtay 1. HD. E. 2015/16194, K. 2018/12762, T. 09.12.2018, (Çevrimiçi) Yargıtay Bilgi Bankası, 01.02.2021.

¹⁶⁷ “Mirasbırakan ...'nin, 319 parsel sayılı taşınmazını vekil kıldığı davalı oğlu İbrahim aracılığıyla 20.06.2011 tarihinde diğer davalı ...'ye tapuda satış göstermek suretiyle temlik ettiği, murisin

Vekâlet görevinin kötüye kullanıldığı anlaşılırsa, burada ikili ayırım yapmak gerekir. Eğer muvazaalı işlemin karşı tarafı vekâlet görevinin kötüye kullanıldığını bilmiyor veya kendisinden beklenen özeni göstermesine rağmen bilmesi gerekmiyorsa, muvazaa yönü bir tarafta saklı kalmak kaydıyla vekil ile yapılan işlem geçerlidir ve murisi bağlar. Bu ihtimalde vekâlet görevinin kötüye kullanması, bir iç sorun olarak kalır¹⁶⁸. Eğer muvazaalı işlemin karşı tarafı, vekil ile çıkar ilişkisi ve işbirliği içerisinde ise, murisin bu sözleşme ile bağlı olması düşünülemez¹⁶⁹. Bu durumda vekilin müvekkile ihanet anlaşması olarak adlandırılan hileli gizli anlaşmasından bahsedilebilir. Uygulamada bu tür davalar, TMK m. 2'ye aykırılık nedeniyle kabul edilmekle birlikte, daha önce yer verdiğimiz doktrindeki görüşler

ölümüyle geriye mirasçı olarak davacı oğulları ve ile davalı ... ve dava dışı çocuğu 'in kaldıkları kayden sabittir. Toplanan deliller ve tüm dosya içeriğine göre vekâlet görevinin kötüye kullanılması hukuksal nedeni yönünden; temlikin murisin iredesine uygun olarak yapıldığı, temlikin yapıldığı gün murisin hesabına davalı ... tarafından 34.430,00-TL paranın yatırıldığı, vekâlet görevinin kötüye kullanıldığı iddasının kanıtlanamadığı açıktır." Yargıtay 1. HD. E. 2014/18073, K. 2016/6802, T. 02.06.2016, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 31.01.2021; Benzer karar için bkz. Yargıtay 1. HD. E. 2007/3107, K. 2007/5014, T. 07.05.2007, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 31.01.2021; Yargıtay 1. HD. E. 2018/1069, K. 2020/6568, T. 09.12.2020, (Çevrimiçi) Yargıtay Bilgi Bankası, 31.01.2021.

¹⁶⁸ 5 yıllık zamanaşımı süresine dikkat edilmelidir. Bkz. Yargıtay 1. HD. E. 2012/15731, K. 2013/5820, T. 17.04.2013, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 31.01.2021; Tapu iptal ve tescil talebinin reddi kararının kesinleşmesi ile 5 yıllık zamanaşımı süresi başlar. Yargıtay 1. HD. E. 2010/9891, K. 2011/1400, T. 11.02.2011, (Çevrimiçi) www.kararara.com, 31.01.2021; 5 yıllık zamanaşımı süresi, vekil ile müvekkil arasındaki iç ilişkiden kaynaklanan borçlar açısından uygulanır. Dış ilişkide sözleşmeyle bağlı olunmadığına dair meselelerde zamanaşımı süresi uygulanmaz. Yargıtay 1. HD. E. 2013/12957, K. 2014/14678, T. 23.09.2014, (Çevrimiçi) www.kararara.com, 31.01.2021.

¹⁶⁹ "... Üçüncü kişi vekil ile çıkar ve işbirliği içerisinde ise veya kötü niyetli olup vekilin vekâlet görevini kötüye kullandığını biliyor veya bilmesi gerekiyorsa vekil edenin sözleşme ile bağlı sayılmaması, Medeni Kanunun 2. maddesinde yazılı dürüstlük kuralının doğal bir sonucu olarak kabul edilmelidir. Söz konusu yasa maddesi buyurucu nitelik taşıdığından hakim tarafından kendiliğinden (resen) göz önünde tutulması zorunludur. Aksine düşünce kötü niyeti teşvik etmek en azından ona göz yummak olur. Oysa bütün çağdaş hukuk sistemlerinde kötü niyet korunmamış daima mahkum edilmiştir. Nitekim uygulama ve bilimsel görüşler bu yönde gelişmiş ve kararlılık kazanmıştır. Somut olaya gelince, vekil eden F.. 'nın temlike konu edilen taşınmazların dışında başkaca bir mal varlığının bulunmadığı dosya kapsamı ile sabit olup bir kimsenin sahip olduğu tüm malvarlığını bir anda elinden çıkartmasının hayatın olağan akışına uygun düştüğü söylenemez. Öte yandan, vekil kılınan D.., mirasbırakan F.. 'dan sonra ölen kızı N.. 'nin damadı olup taşınmazlar kendisine hibe edilen M.. ise N.. 'nin kızı ve D.. 'un da eşidir. Kök mirasbırakanın ve ondan sonra da ara murisin dava açmamış olması vekalet görevinin kötüye kullanılmadığını göstermez. Ayrıca, vekil kullanılmak suretiyle taşınmazların muris tarafından M.. 'ye bağış yoluyla temlikini gerektiren bir olgu ve bulguya da rastlanmamıştır. Hal böyle olunca, somut bu hususlar yukarıda değinilen ilkeler çerçevesinde değerlendirildiğinde vekalet görevinin kötüye kullanıldığının kabulü zorunludur." Yargıtay 1. HD. E. 2013/290, K. 2013/607, T. 23.01.2013, Yargıtay 1. HD. E. 2014/1602, K. 2015/3526, T. 10.03.2015, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 01.02.2021.

uyarınca, vekil ile üçüncü kişi arasındaki bu işlem kollusion olarak adlandırılmalı ve davalar ahlaka aykırılık nedeniyle kabul edilmelidir¹⁷⁰.

Vekâletnamenin hile yoluyla alınması halinde mirasçılar, hem hile hem de muris muvazaası iddiasını ileri sürebilir. Hile ile murisin iradesi sakatlandığında, önce hile yönünden inceleme yapılarak vekâlet sözleşmesi iptal edilmeden muvazaa yönünden araştırmaya girilmemelidir. Ancak hile nedeniyle vekâlet sözleşmesinin iptal edilmesi için bir yıl içinde dava açılması gerekir¹⁷¹. Hak düşürücü süreyi geçiren muris veya külli halefi konumundaki mirasçılar, artık vekâlet sözleşmesini iptal edemez. Ancak vekâletnamenin hile ile alındığı iddiası vekâlet görevinin kötüye kullanılması iddiasını da içerdiğinden mahkemece bu bakımından inceleme yapılmalıdır¹⁷². Böylelikle herhangi bir hak düşürücü süre gündeme gelmez¹⁷³.

Somut duruma uygun düşmesinden dolayı kullandığımız kollusion terimine karşılık gelen vekâlet görevinin kötüye kullanılması hukuksal nedenine dayalı davalar, murisin külli halefi olarak açılan davalardandır. Bu yüzden miras payı oranında değil, tüm mirasçılar tarafından birlikte veya terekeye temsilci atanarak açılmalıdır¹⁷⁴.

6. Ahlaka Aykırı Amaç İçin Verilen Şeylerin İadesi Yasağı ve Muris Muvazaası İlişkisi

Muris muvazaasında ahlaka aykırı bir menfaatin elde edilmesi uğruna bir kazandırmaya gizli işlemin konu edilmiş olması halinde gizli işlemin hem şekle

¹⁷⁰ Yargıtay kararlarında kollusion ifadesi geçmese de, kollusionu işaret edecek şekilde “davalıların el ve işbirliği içinde hareket etmesi” ifadesi kullanılmaktadır. Bkz. Yargıtay HGK. E. 2008/7-699, K. 2008/714, T. 26.11.2008, Yargıtay 1. HD. E. 2018/1898, K. 2019/104, T. 15.01.2019 (Çevrimiçi) Yargıtay Bilgi Bankası, 01.03.2021.

¹⁷¹ Yargıtay 1. HD. E. 2016/2468, K. 2019/3641, T. 11.06.2019, (Çevrimiçi) Yargıtay Bilgi Bankası, 01.03.2021.

¹⁷² Yargıtay 1. HD. E. 2005/837, K. 2005/1805, T. 23.02.2005, Yargıtay 1. HD. E. 2010/106, K. 2010/2876, T. 15.03.2010, (Çevrimiçi) www.kararara.com, 01.02.2021; Yargıtay 1. HD. E. 2014/8229, K. 2015/7977, T. 01.06.2015, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 01.02.2021.

¹⁷³ Yargıtay 1. HD. E. 2017/1641, K. 2020/1287, T. 25.02.2020, (Çevrimiçi) Yargıtay Bilgi Bankası, 01.02.2021.

¹⁷⁴ Yargıtay 1. HD. E. 2004/12798, K. 2004/13505, T. 08.12.2004, Yargıtay 1. HD. E. 2014/19452, K. 2014/980, T. 23.01.2014, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 01.02.2021; Yargıtay 1. HD. E. 2014/5144, K. 2015/5837, T. 20.04.2015, (Çevrimiçi) Yargıtay Bilgi Bankası, 01.02.2021.

aykırılık hem de ahlaka aykırılık taşıması gündeme gelir. Ahlaka aykırı amaç niteliği taşımayan mirastan mal kaçırmak amacının yanında ahlaka aykırı amaç niteliği taşıyan nikâhsız yaşadığı kişiyle birleşmeyi sürdürmek uğruna murisin muvazaalı işlem yoluyla gizli bağış yapması halinde, gizli bağış şekle aykırılığın yanında konusu ve amacı itibarıyla ahlaka aykırıdır. Bu durumda murisin muvazaalı işlem ile devrettiği taşınmazın iade talebinin ahlaka aykırı amaç için verilen şeylerin iadesi yasağına takılıp takılmadığı incelenmelidir.

a. İade Yasağına Genel Bakış

Kural olarak, kesin hükümsüz olan sözleşmeden doğan edimler ifa edildiği takdirde ya sebepsiz zenginleşme ya da istihkak davasına göre geri istenebilir. Ancak kanun koyucu bu kurala bir istisna getirmiştir. Ahlaka aykırı bir amaç elde etmek kastıyla verilen şeylerin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iadesi TBK m. 81¹⁷⁵ uyarınca yasaklanmıştır.

Bahsedilen iade yasağının sebepsiz zenginleşme alanında mutlak surette uygulanması tatmin edici sonuçlar doğurmaz. Bu yüzden dürüstlük kuralı ile denetim altına alınmalıdır¹⁷⁶. İade yasağının amacı, ahlaka aykırı bir amaç elde etme hususunda anlaşılan tarafların birbirlerine verdiklerinin iadesini talep etmelerini engelleyerek bir tür müeyyide uygulamaktır¹⁷⁷. Zira iadenin talep edilememesi bir ceza niteliğinde olduğundan, kötü niyetli zenginleşeni koruma pahasına iadenin talep edilememesine karar vermek, söz konusu düzenlemenin amacıyla bağdaşmaz¹⁷⁸.

¹⁷⁵ TBK m. 81: “Hukuka veya ahlaka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla verilen şey geri istenemez. Ancak, açılan davada hâkim, bu şeyin Devlete mal edilmesine karar verebilir.”

¹⁷⁶ Hatemi, **Ahlaka Aykırılık**, s. 585; Hatemi, Serozan, Arpacı, **Eşya**, s. 523; Bir başka görüşe göre, iade yasağının uygulama alanı, geçersizliği öngören yasaklayıcı normun koruma amacı ile sınırlı tutulmalıdır. Serozan, **İfa**, s. 340; Palandt, Sprau, **BGB**, § 817, Rn. 18; İsviçre Federal Mahkemesi, ahlaka aykırı amaç için verilenlerin iadesinin hiçbir şekilde talep edilemeyeceği yönündeki tutumundan vazgeçmiş ve TMK m. 2’ye başvurmak suretiyle bu sertliği kırmıştır. Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, s. 630 ve orada anılan kararlar.

¹⁷⁷ von Tuhr, Peter, **a.g.e.**, s. 491; von Büren, **a.g.e.**, s. 301 vd. ; Bucher, **a.g.e.**, s. 678; BSK OR, Schuln, § 66, Rn. 1; İnan, **a.g.e.**, s. 356; BGHZ 63, 369; Eleştiriler için bkz. Medicus, Petersen, **BürgerlR**, s. 366; Serozan, **İfa**, s. 340.

¹⁷⁸ “Evlenme işlemine aracılık yapmak yasa ve ahlak kurallarına aykırı değildir. Ancak davacının iyi niyetinden yararlanmaya yönelik dolandırıcılık suçunu oluşturan davalıların eylemi hukuken himaye edilemez. Bu nedenle evlenme işlemine aracılık yapanla evlenecek kadına verilecek paranın, evlenme gerçekleşmediğinden iadesi gerekir... davacının evlenmek amacıyla ve iyi niyetle hareket etmesine karşın davalıların tamamen kötüniyetli oldukları dosya kapsamından açıkça anlaşılmaktadır... sözü

Yani iade yasağının uygulanması dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ederse, sözleşmenin tarafı iade talep edebilmelidir.

Belirtilmesi gereken diğer bir husus, iade yasağı kuralının sadece sözleşme tarafları için uygulanması gerektiğidir. Bu yüzden gizli işlemin konusunun bizatihi ahlaka aykırılığında, mirastan mal kaçırmak kastıyla yapılan ve ahlaka aykırı amaç elde etmek için verilen bu tür edimlerin iadesi dürüstlük kuralı gereği mümkün kılınarak müeyyidenin muhatabı kişilerden başkalarının zarar görmesi engellenmelidir¹⁷⁹. Böylelikle iadeye konu olan malların bahsi geçen kişiler tarafından elde edilmesi sağlanmış olur.

b. Tapulu Taşınmaz İçeren Murisin Muvazaalı Devri ile İade Yasağı İlişkisi

Taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan borçlandırıcı işlemin ahlaka aykırılık nedeniyle kesin hükümsüz olması, sebebe bağlılık ilkesi gereği tasarruf işlemini de geçersiz kılacağından istihkak davası niteliğinde bir işlem ile iade mümkündür¹⁸⁰. Dolayısıyla sebepsiz zenginleşme hükümlerinde yer alan ahlaka aykırı amaç için verilenlerin iadesi yasağı burada uygulanamaz¹⁸¹. Fakat doktrinde taşınmazlar için de iade yasağının kıyasen uygulanacağı kabul görmektedir¹⁸².

Tapulu taşınmazların muvazaalı devrinin ardında gizlenen işlemin ayrıca ahlaka aykırı olması halinde, 1974 tarihli Yargıtay İBK doğrultusunda sınırları çizilen muris muvazaası hükümlerinin bu iade yasağı karşısında uygulanacağı kabul

edilen parayı davalı Ahmet'e veren davacının amacı (temel saiki) ahlaka aykırı sayılamayacağından ...iade talebine BKnun ne 62 ve ne de 65. madde hükümleri engel olamamalıdır.” Yargıtay 13. HD. E. 1999/504, K. 1999/627, T. 04.02.1999, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 22.02.2021.

¹⁷⁹ Bkz. Hatemi, **Ahlaka Aykırılık**, s. 594 vd.

¹⁸⁰ Rona Serozan, “Geçersiz Satım Sözleşmesinin Karşılıklı İfa Sonrası Çözülmesi”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Yıl: 2, S. 4'den ayrı basım, İstanbul, Garanti Matbaası, 1969, s. 8; Bu konuda geniş bilgi için bkz. Hatemi, **Ahlaka Aykırılık**, s. 417 vd.

¹⁸¹ Gauch, Schleup, Schmid, Emmenegger, **a.g.e.** , Rn. 1554; Hatemi, **Ahlaka Aykırılık**, s. 470; Hatemi, Serozan, Arpacı, **Eşya**, s. 523; Serozan, **Satım Sözleşmesi**, s. 9; Oğuzman, Öz, **Borçlar II**, s. 353; Öz, **a.g.e.** , s. 116-117.

¹⁸² TBK m. 81'in kıyasen istihkak davasında da uygulanması gerektiğine dair görüş için bkz. von Tuhr, Peter, **a.g.e.** , s.521; Schwenger, **a.g.e.** , Rn. 56.13; İsmet Sungurbey, “Borçlar Yasası md. 65'teki Kuralın Uygulama Alanı Üstüne”, **Medeni Hukuk Eleştirileri**, Cilt: 3, 1971, s. 140 vd. İsviçre Federal Mahkemesi, sorunun çözümünü açık bırakmıştır. BGE 37 II 68.

görmektedir. İade yasağı ve muris muvazaası ilişkisine dair Yargıtay'ın verdiği bir kararda, nikâhsız ilişkisini sürdürmek amacıyla bağışlama yapmak isteyen ama bunu tapuda satış göstererek mirasçılarında mal kaçırmaya amacını da güden murisin muvazaalı işlemleri hakkında muris muvazaası hükümlerinin yanında iade yasağının uygulanıp uygulanmayacağı hususları incelenmiştir¹⁸³. Davacılar, muris muvazaasına dayanarak işlemin geçersizliğine hükmedilmesini talep ederken davalı, ahlaka aykırı amaç için verilenlerin iade yasağı kuralına tabi olduğunu ileri sürmüştür. Yargıtay, iade yasağı hükümlerinin sözleşme tarafları veya sözleşme taraflarının külli haleflerinin külli halefiyet gereğince açtığı davada söz konusu olabileceğini vurgulamıştır¹⁸⁴. Söz konusu davada Yargıtay, mirasçılarının üçüncü kişi sıfatıyla hareket ettiğine, gizli işlemin şekle aykırı olduğu için geçersiz olduğuna, ahlaka aykırı amaç için verilen şeylerin iadesi yasağının üçüncü kişiler açısından uygulanamayacağına karar vermiştir¹⁸⁵. Sonraki yıllarda verilen kararlar bu yöndedir¹⁸⁶.

Yargıtay, tapulu taşınmazı konu edinen muris muvazaasında üçüncü kişi konumunda hareket eden mirasçılarının talebi üzerine şekle aykırılık nedeniyle geçersizliğe hükmettiğinden burada iade yasağının uygulanmasına yer

¹⁸³ Yargıtay HGK. E. 1979/14464, K. 1982/77, T. 03.02.1982, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 22.02.2021.

¹⁸⁴ Bkz. Hatemi, **Ahlaka Aykırılık**, s. 594 vd.

¹⁸⁵ Tarafların ahlaka aykırılık iddiası bulunmasaydı bile, hâkim ahlaka aykırılığın ve dolayısıyla iade yasağının varlığını kendiliğinden araştırmalıdır.

¹⁸⁶ “Dava, BK.nun 18. maddesinden kaynaklanan muvazaa hukuksal nedenine dayalı iptal ve tescil isteğine ilişkindir. Davacı, miras bırakanın kendi miras payını ortadan kaldırmak amacı ile hareket ettiğini ileri sürdüğüne göre, miras bırakanına halef olarak değil, kendi miras payına hasren hareket etmektedir. Hal böyle olunca, ancak iptale konu akdın tarafları veya bunlardan birinin mirasçılarının halefiyet esasına dayanarak açtıkları davalarda söz konusu olabilecek BK.nun 65. maddesinin olayımızda uygulama yeri yoktur. Uyuşmazlığa 1.4.1974 tarih 1-2 sayılı İnançları Birleştirme Kararı doğrultusunda çözüm getirmek gerekirken, yasal olmayan görüş ve düşünce ile davanın reddine karar verilmesi doğru değildir.” Yargıtay 1. HD. E. 1985/6609, K. 1985/9475, T. 17.09.1985, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 23.02.2021; “Davacılar, miras bırakanları A. M. 'nin maliki bulunduğu 25 nolu parseli birlikte yaşadığı davalı H. Uluğ 'a bağışladığı halde işlemin satış şeklinde yapıldığını, bütün yapılan bu işlemlerin mal kaçırmaya yönelik, bedelsiz ve muvazaalı olduğunu iddia edip taşınmazın tapusunun iptali ile adlarına tesciline karar verilmesini istemişlerdir. Davalı vekili, davalının davacıların murisi A. 'le 25 yıl birlikte yaşadıklarını, A. M. 'nin davalının kendisini terk etmemesi, birlikteliğini sürdürülebilmesi için taşınmazı tapuda temlik ettiğini, B. Kanununun 65. maddesi gereğince evlilik birliğini devam ettirmek için verilen şeylerin geri istenemeyeceğini bildirip davanın reddini savunmuştur. Mahkemece, temlikin aslında satış olmayıp bağış olduğu, mal kaçırmaya yönelik bulunduğu gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.” Yargıtay 1. HD. E. 2003/12854, K. 2004/1162, T. 17.02.2004, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 23.02.2021.

görmemektedir¹⁸⁷. Bunun nedeni, aslında iade yasağı kurumunu TMK m. 2 denetimi altında tutması ve genişletilmesine gerek duymamasıdır¹⁸⁸. Ancak mirasçılar, külli halef olarak açtıkları başka tür muvazaaya ilişkin davada sözleşme tarafı olan murisin yerine geçtiklerinden karşı tarafın murise karşı ileri sürebileceği tüm savunma ve haklara muhatap olabilir. Bu yüzden iade yasağı mirasçılar hakkında da gündeme gelebilir¹⁸⁹. Ancak Yargıtay, saklı paylı olsun veya olmasın tüm mirasçıları yasal miras hakkına dayanan üçüncü kişi kabul ettiğinden, tapulu taşınmazlara ilişkin böyle bir davada muris muvazaası iddiasının dinleneceği ve TBK m. 81'deki iade yasağının sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişilere uygulanamayacağı sonucuna varmıştır.

Kabul ettiğimiz görüş doğrultusunda, her ne kadar uygulamada kıyasen iade yasağı devreye sokulsa da tapulu taşınmazların konu edildiği ahlaka aykırı işlemlerde istihkak talebi vardır ve iadenin yasaklanması düşünülemez. Kaldı ki, taşınmazlar için kıyasen iade yasağını uygulanmasını bir an için kabul etsek bile, iade yasağının konuluş amacı göz önüne alındığında kötü niyetle zenginleşeni korumak pahasına saklı paylı mirasçılar taşınmazdaki paylarından mahrum etmek TMK m. 2 ile çelişir.

¹⁸⁷ Ayrıca bkz. N. Yavuz, **a.g.e.**, s. 60.

¹⁸⁸ Hatemi, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 221.

¹⁸⁹ “Miras bırakanın geri almak imkânına sahip olmadığı bir şeyi, mirasçıların muvazaadan söz ederek davaya konu yapmaları takdirinde yukarıda sözü edilen madde hükmü ortadan kaldırılmış olur. 65. maddenin miras bırakan kadar mirasçılar hakkında da uygulanması gereklidir. Olayda bu durumun tersini düşünmek mümkün değildir.” Yargıtay 1. HD. E. 1976/4722, K. 1976/4164, T. 20.04.1976, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 23.02.2021; “Temellük gayrimeşru birleşmeyi sağlamak ve sürdürmek amacıyla yapıldığından verilenin geri alınamayacağına ilişkin kural ancak sözleşenler ya da onların ardılları (halefleri) arasında ardıllık esaslarına göre açılan davalarda uygulanır.” Yargıtay 1. HD. E. 1982/5854, K. 1983/673, T. 07.06.1983, (Özügür, **a.g.e.**, s. 73'den naklen); “Dava, muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı tapu iptali ve tescil isteğine ilişkindir. Davacılar miras bırakanın 81 parsel sayılı taşınmazı 19.1.1995 tarihinde 5 milyar bedelle daha önce evlenip boşandığı nikâhsız eşi davalıya temlik ettiğini, temlikin aslında bedelsiz olduğunu, mirasçılardan mal kaçırmak amacıyla hareket edildiğini ileri sürerek dava açmışlardır. Mahkemeye, davanın kabulüne karar verilmiştir. Ancak, miras bırakan 9.10.1995 tarihinde taraf muvazaası nedeniyle iptal davası açmış; yargılama sırasında vefatı nedeniyle (eldeki davanın davacıları) mirasçılarının davaya katıldıkları, davanın Borçlar Kanunu'nun 65. maddesinden bahisle reddedilerek kararın kesinleştiği anlaşılmaktadır... Somut olayda, miras bırakanın mirastan mal kaçırmak amacıyla değil de zaman zaman anlaşmazlık nedeniyle ayrıldığı, zaman zamanda birleştiği davalıya evlilik birliğinin devamını sağlamak için çekişmeli taşınmazı temlik ettiği önceki davadaki beyanlardan anlaşılmaktadır. Davacıların da murisin ölümü üzerine davayı devam ettirmeleri, aynı iddiayı benimsediklerini ve paylaştıklarını göstermektedir. Bu durumda, davada 1.4.1974 tarih 3/4 sayılı İnançları Birleştirme Kararı'nın uygulama yeri yoktur.” Yargıtay 1. HD. E. 2000/5770, K. 2000/7760, T. 13.06.2000, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 23.02.2021.

II. MURİS MUVAZAASI VE TENKİS DAVASI

Murisin malvarlığı üzerinde tasarruf özgürlüğü bulunmaktadır. Ancak mirasçılarının beklenen hakkı karşısında murisin tasarruf özgürlüğü kısıtlanmıştır. TMK, murisin iradesi ile aile bireylerinden oluşan mirasçılarının menfaatlerini dengeleyen bir yol seçerek, murisin terekesini iki kısma ayırmıştır. Birinci kısımda saklı pay, ikinci kısımda tasarruf oranı bulunmaktadır¹⁹⁰. Böylelikle muris, saklı pay üzerinde tasarrufta bulunamaz, buna karşın kendisine tanınan tasarruf oranı üzerinde özgürce hareket edebilir.

Saklı pay, murisin üzerinde tasarruf edemediği miras payıdır. Bazı hallerde muris, sağlararası veya ölüme bağlı tasarruflar yoluyla tereke üzerinde kendisine tanınan tasarruf oranını aşan kazandırmalarda bulunarak saklı pay sınırlarını ihlal edebilir. Bu durumda saklı paylı mirasçılarının saklı paylarını koruyan dava hakkı mevcuttur. Buna tenkis davası denir.

A. Tenkis Davasına Genel Bakış

1. Özellikleri

TMK m. 560'da belirtildiği üzere, tenkis davasının konusu, saklı paylarının karşılığını alamayan mirasçılarının murisin tasarruf oranını aşan kazandırmalarının yasal sınıra indirilmesi talebidir. Yani, tenkis, saklı payın müeyyidesidir.

Tenkis talebi hakkı, yenilik doğuran hak olup tenkis davası, yenilik doğuran davadır¹⁹¹. Tenkis kararı, mirasın açıldığı andan itibaren hüküm doğurmak üzere geçmişe etkili olarak saklı payı ihlal eden kısmı geçersiz kılar¹⁹². Bu şekilde saklı payın tamamlanması için bazı malların veya belirli miktar paranın saklı paylı

¹⁹⁰ Tasarruf oranı sistemi ve saklı pay sistemi hakkında açıklamalar ve bu sistemlerin gelişimi hakkında bilgiler için bkz. s. 222 vd.

¹⁹¹ Piotet, **a.g.e.**, s. 456; Eren, **Tenkis Davası**, s. 147; İmre, Erman, **a.g.e.**, s. 261; İnan, Ertaş, Albaş, **a.g.e.**, s. 387; Dural, Öz, **a.g.e.**, s. 276; Hatemi, **Miras**, s. 53; Antalya, Sağlam, **a.g.e.**, s. 345; Gençcan, **a.g.e.**, s. 568.

¹⁹² Eren, **Tenkis Davası**, s. 148; Kocayusufoğlu, **Miras**, s. 411; Oğuzman, **Miras**, s. 246; İmre, Erman, **a.g.e.**, s. 261; İnan, Ertaş, Albaş, **a.g.e.**, s. 387; Dural, Öz, **a.g.e.**, s. 276; Antalya, Sağlam, **a.g.e.**, s. 345.

mirasçıya verilmesi hüküm altına alınmış olur. Bu yönüyle tenkis davası, miras hukukuna özgü bir iptal davasıdır¹⁹³.

Tenkis talebi hakkı, saklı paylı mirasçının sahsına bağlı hak olduğundan bu hak başkasına devir ve temlik edilemez¹⁹⁴.

Tenkis talebi hakkından feragat edilebilir. Böyle bir feragat, murisin ölümünden sonra yapılırsa, geçerli olur. Çünkü muris ölmeden miras hakkı ve dolayısıyla saklı pay hakkı doğmaz¹⁹⁵.

Tenkis davası, saklı payı ihlal edilen davacının tasarruftan yararlanana karşı açtığı ve ona verilmiş malın iadesini konu edinen nisbi nitelikte bir hakkı korur. Tenkis davası, aynı hakka yönelik değildir.

2. Davada Taraflar

Tenkis davasında davacı, saklı payı ihlal edilen saklı paylı mirasçılardır. Saklı paylı mirasçıların ne oranda kimler olduğu TMK m. 506'da düzenlemiştir. Buna göre, altsoyun yasal miras payının yarısı, anne ve babanın yasal miras payının dörtte biri saklı paydır. Sağ kalan eş, altsoy ve anne-baba zümresi ile birlikte mirasçı olursa yasal miras payının tamamı, diğer hallerde yasal miras payının dörtte üçü saklı paydır.

Saklı paylı mirasçılar, tenkis davasını hep birlikte açabilecekleri gibi, birbirlerinden bağımsız olarak da açabilir¹⁹⁶. Bağımsız açılan davada verilen tenkis hükmünden diğer saklı paylı mirasçılar yararlanamaz¹⁹⁷.

¹⁹³ Kocayusufpaşaoğlu, **Miras**, s. 407; Dural, Öz, **a.g.e.**, s. 276; Antalya, Sağlam, **a.g.e.**, s. 345.

¹⁹⁴ Oğuzman, **Miras**, s. 249-250; İmre, Erman, **a.g.e.**, s. 262; Antalya, Sağlam, **a.g.e.**, s. 345; Gençcan, **a.g.e.**, s. 690.

¹⁹⁵ İmre, Erman, **a.g.e.**, s. 261; Dural, Öz, **a.g.e.**, s. 277; Gençcan, **a.g.e.**, s. 679.

¹⁹⁶ Eren, **Tenkis Davası**, s. 122; Tunçomağ, **Ölünceye Kadar Bakma Akdi**, s. 160; Gönensay, Birsen, **a.g.e.**, s. 76; İmre, Erman, **a.g.e.**, s. 264; İnan, Ertas, Albaş, **a.g.e.**, s. 391; Dural, Öz, **a.g.e.**, s. 278; Antalya, Sağlam, **a.g.e.**, s. 345; Gençcan, **a.g.e.**, s. 680.

¹⁹⁷ İnan, Ertas, Albaş, **a.g.e.**, s. 391; Dural, Öz, **a.g.e.**, s. 278; Gençcan, **a.g.e.**, s. 680.

Dava hakkı doğduktan sonra daha davayı açmadan ölen saklı paylı mirasçının mirasçılar tenkis davası açabilir¹⁹⁸. Miras yoluyla tenkis davası açma hakkını elde eden kişinin murise karşı saklı payının olması gerekmez¹⁹⁹.

Saklı paylı mirasçı, mirastan feragat sözleşmesi yapmışsa, mirası ret etmişse, mirastan çıkarılmışsa veya mirastan yoksun olmuşsa, artık dava hakkı yoktur²⁰⁰. Mirasçının saklı payını devir etmesi, devralana tenkis davası açma hakkı vermez²⁰¹.

TMK m. 563 uyarınca tenkis davası açma yetkisi, saklı paylı mirasçıların mirasın geçtiği tarihte elinde ödemedi aciz belgesi bulunan alacaklılarına veya iflas dairesine de tanınmıştır²⁰². Bu kimselerin öncelikle tenkis davası açmak için mirasçıya ihtarda bulunması gerekir.

Tenkis davasında davalı, saklı payı ihlal eden kazandırmaların lehine yapıldığı kimselerdir. Davalı, kendisine belirli bir mal bırakılan olabileceği gibi, yasal veya atanmış mirasçı ya da kendisine sağlararası kazandırma yapılmış kimse de olabilir²⁰³.

Saklı payı ihlal eden sağlararası kazandırmanın yapıldığı kimseler, kazandırma konusu malı, tenkis hükümlerinden kaçmak için bu durumu bilen üçüncü

¹⁹⁸ Eren, **Tenkis Davası**, s. 122; Tunçomağ, **Ölünceye Kadar Bakma Akdi**, s. 160; İmre, Erman, **a.g.e.**, s. 264; İnan, Ertaş, Albaş, **a.g.e.**, s. 391; Kılıçoğlu, **Miras**, s. 261; Antalya, Sağlam, **a.g.e.**, s. 346; Gençcan, **a.g.e.**, s. 680.

¹⁹⁹ Murisin oğlu A, tenkis davası açmadan ölmüş ve geriye sadece yeğeni B'yi bırakmışsa, B, A'ya karşı saklı paylı olmasa da A'nın murise karşı sahip olduğu saklı payın ihlalden doğan tenkis davası açma hakkını miras yoluyla kazanmıştır. Eren, **Tenkis Davası**, s. 122.

²⁰⁰ Eren, **Tenkis Davası**, s. 119-120; Tunçomağ, **Ölünceye Kadar Bakma Akdi**, s. 153; İmre, Erman, **a.g.e.**, s. 263; Kılıçoğlu, **Miras**, s. 261; Kısmi feragat edenin ve koruyucu iskat nedeniyle miras payını kaybedenin saklı payı ortadan kalkmadığı için gerektiğinde tenkis davası açabilir. Escher, **a.g.e.**, s. 204.

²⁰¹ Antalya, Sağlam, **a.g.e.**, s. 346.

²⁰² Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, **Tenkis Davası**, s. 127-130; Cem Baygın, **Türk Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005, s. 154 vd.

²⁰³ Eren, **Tenkis Davası**, s. 135; Gönensay, Birsen, **a.g.e.**, s. 77; İmre, Erman, **a.g.e.**, s. 265; Dural, Öz, **a.g.e.**, s. 282; Kılıçoğlu, **Miras**, s. 262.

kişilere devretmişse, 13.01.1975 tarih ve 7/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca, tenkis davası bu amaçla malı devralan kişiye karşı da açılabilir²⁰⁴.

3. Tenkise Tabi Tasarruflar

Murisin tenkise tabi tasarruflarından ilk akla gelen ölüme bağlı tasarruflarıdır. Ancak sadece ölüme bağlı tasarrufların tenkise tabi kılınması saklı payın korunmasına yetmeyebilir. Murisin sağlararası karşılıksız kazandırmaları da tenkis edilebilir. Tenkise tabi sağlararası kazandırmalar, TMK m. 565'te şöyle düzenlenmiştir: *“1. Mirasbırakanın, mirasçılık sıfatını kaybeden yasal mirasçıya miras payına mahsuben yapmış olduğu sağlararası kazandırmalar, geri verilmemek kaydıyla altsoyuna malvarlığı devri veya borçtan kurtarma yoluyla yaptığı kazandırmalar ya da alışılmışın dışında verilen çeyiz ve kuruluş sermayesi, 2. Miras haklarının ölümden önce tasfiyesi maksadıyla yapılan kazandırmalar, 3. Mirasbırakanın serbestçe dönme hakkını saklı tutarak yaptığı bağışlamalar ve ölümünden önceki bir yıl içinde âdet üzere verilen hediyeler dışında yapmış olduğu bağışlamalar, 4. Mirasbırakanın saklı pay kurallarını etkisiz kılmak amacıyla yaptığı açık olan kazandırmalar.”*

Murisin sağlığında iken mirastan mal kaçırmak amacıyla yaptığı muvazaalı taşınır ve tapusuz taşınmaz devirlerinin ardında gizlenen bağışlama işlemi geçerli olduğundan bu karşılıksız kazandırmanın saklı payı tecavüz eden kısmı TMK m. 565/4 uyarınca tenkise tabi olabilir. Bu karşılıksız kazandırmaların tenkise tabi olması için murisin mirasçıları aldatmak için muvazaa yaptığı ispatlanmalıdır²⁰⁵. Bu şekilde murisin saklı payı bertaraf etme kastının varlığı da ispatlanmış olur ve saklı paylı mirasçıların tenkis davası açma imkânını ortadan kaldırmak isteyen murisin bu emeline ulaşması engellenmiş olur²⁰⁶. Eğer bahsi geçen kazandırma muris ölmeden 1 yıl içinde yapılmışsa, artık saklı payı zedeleme kastına bakılmaksızın TMK m. 565/3 uyarınca tenkis edilebilir. Muris muvazaasına konu taşınmaz

²⁰⁴ Bu kararı kanuna karşı hile, dürüstlük kuralı veya ahlaka aykırılık temeline dayandıran görüşler ve açıklamalar için bkz. s. 64, dn. 310.

²⁰⁵ Muvazaa, mirasçıları aldatmak niyetiyle yapılmamışsa, saklı payı zedeleme kastından bahsedilemez. Dural, Öz, **a.g.e.**, s. 270.

²⁰⁶ Dural, Öz, **a.g.e.**, s. 270; Serozan, Engin, **a.g.e.**, s. 221.

devirlerinin ardına gizlenen bağışlama işlemi şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olup tenkis davası açmaya gerek yoktur²⁰⁷.

4. Yetki, Görev ve Süre

Tenkis davası malvarlığına ilişkin olduğundan görevli mahkeme, HMK m. 2/1 uyarınca asliye hukuk mahkemesidir. Tenkis davasında, yetkili mahkeme, TMK m. 576/2 uyarınca murisin son yerleşim yeri mahkemesidir.

Tenkis davasının açılmasına ilişkin bir ve on yıl olmak üzere iki farklı süre TMK m. 571’de öngörülmüştür. Buna göre, tenkis davası hakkı, mirasçının saklı payının ihlal edildiğini öğrendiği günden itibaren bir yıl, her halde mirasın açılmasından ve vasiyetnamelerde vasiyetname açıldıktan itibaren on yıl geçmekle düşer.

Bir yıllık sürenin başlayabilmesi için mirasçı, öncelikle murisin ölümünü, ardından saklı payının zedelendiğini öğrenmelidir²⁰⁸. Bu şartlar, her mirasçı açısından farklı zamanlarda gerçekleşebileceğinden bir yıllık sürenin başlangıç anı, her mirasçı için ayrı ayrı hesaplanmalıdır²⁰⁹.

On yıllık sürenin başlaması için mirasçının saklı payının ihlal edildiğini öğrenmesine gerek yoktur. Bu süre mirasın açılmasıyla başlar ve herhalde on yılın bitiminde sona erer. Sağlararası kazandırmalar ve miras sözleşmesi yoluyla yapılan ölüme bağlı tasarrufların tenkisine ilişkin dava açma hakkı, herhalde mirasın açılmasından itibaren on yıl içinde düşer. Buna karşın, vasiyetname ile yapılan tasarruflar için vasiyetnamenin açıldığı tarih göz önünde bulundurulur.

TMK m. 571/2’de bir ve on yıllık sürelerin başlangıç anı için özel bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre, mahkeme kararı ile iptal edilen bir tasarruf

²⁰⁷ Eren, **Tenkis Davası**, s. 96; İmre, Erman, **a.g.e.**, s. 296; Tenkis davası ile tenkis sonucuna ulaşılabilir. Dural, Öz, **a.g.e.**, s. 269; 1974 tarih ve 1/2 sayılı İBK’da muris muvazaasına ilişkin dava açma hakkının tenkis hükümlerinin uygulanmasına engel olmadığı belirtilmiştir.

²⁰⁸ BK ZGB, Tuor, Piconi, **a.g.e.**, § 633, Rn. 5; Eren, **Tenkis Davası**, s. 142; İmre, Erman, **a.g.e.**, s. 266; Dural, Öz, **a.g.e.**, s. 285; Kılıçoğlu, **Miras**, s. 264; Gençcan, **a.g.e.**, s. 670-671.

²⁰⁹ Eren, **Tenkis Davası**, s. 143; Oğuzman, **Miras**, s. 253; İnan, Ertas, Albas, **a.g.e.**, s. 399; İmre, Erman, **a.g.e.**, s. 266; Dural, Öz, **a.g.e.**, s. 285; Gençcan, **a.g.e.**, s. 671.

nedeniyle ihya olunan başka bir tasarruf saklı payı ihlal ediyorsa, dava açma süresi, iptal kararının verildiği tarihten başlar²¹⁰.

Bu sürelerin konulmasındaki amaç, taraflardan ziyade üçüncü kişileri korumaktır²¹¹. Tenkis davasının dayanağı olan tenkis talebi, yenilik doğurucu hak olduğundan tenkis davasının tabi olduğu süreler, hak düşürücü süredir. MK'da bu süreler için zamanaşımı ifadesi kullanıldığından bir kavram kargaşası yaşanmaktaydı²¹². TMK 571/2 düzenlemesi ile bu kavram kargaşası son bulmuştur.

B. Muris Muvazaasına İlişkin Dava ile Tenkis Davası Arasındaki Benzerlikler ve Farklılıklar

Muris muvazaası ile tenkis davası iki yönden birbirine benzerdir²¹³. Her ikisi de mirasçılar tarafından açılır. Her iki davada muris tarafından yapılan tasarruf ve devirler konu edildiğinden terekeyi ilgilendirir.

Bu iki davanın koruduğu haklar, birbiriyle yarışan haklar değildir. Aynı talebin birden fazla hukuki sebebe dayanmasına hakların yarışması denir. Oysa muris muvazaası ile tenkis talebi hakkında netice-i talep aynı değildir. Yargıtay görüşüne göre, muris muvazaası kazandırmayı tamamen hükümsüz kılarken, tenkis talebi kazandırmayı kısmen iptal etmektedir.

Bu iki dava arasında nitelik, hüküm, kapsam ve sonuç bakımından birçok farklılıklar vardır²¹⁴.

²¹⁰ Mirasçılıktan çıkarılma isteminin iptaline ilişkin davanın ret olunması halinde de kararın kesinleşmesi tarihinden itibaren 1 yıl içinde saklı payı ihlal edilen mirasçıların tenkis davası açabileceğine dair oy çokluğu ile alınan karar için bkz. Yargıtay 1. HD. E. 2018/554, K. 2019/4361, T. 04.07.2019, (Çevrimiçi) TBB İçtihat Bilgi Bankası, 30.01.2021.

²¹¹ Druey, **a.g.e.**, s. 77; Antalya, Sağlam, **a.g.e.**, s. 361.

²¹² Buradaki sürenin hak düşürücü süre olduğunu savunanlar için bkz. Tuor, Schnyder, Schmid, Jungo, **a.g.e.**, s. 837; Druey, **a.g.e.**, s. 77; BSK ZGB, Forni, Piatti, **a.g.e.**, § 633, Rn. 1; İmre, Erman, **a.g.e.**, s. 266; Dural, Öz, **a.g.e.**, s. 285; Tenkisin def'i olarak ileri sürülebilmesi gösterir ki, kanun koyucu, yenilik doğurucu bir hakkı istisnaen zamanaşımına tabi tutmuştur. Eren, **Tenkis Davası**, s. 141; Gönensay, Birsen, **a.g.e.**, s. 93-94; Ayiter, **a.g.e.**, s. 142; Şener, **a.g.e.**, s. 603; Kocayusufpaşaoğlu, **Miras**, s. 418.

²¹³ Özkaya, **a.g.e.**, s. 437; Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 156; Sevgi, **a.g.e.**, s. 97.

Tenkis davasını açma hakkının kanuni dayanağı, TMK m. 560 ve devamı maddelerinde mevcut iken, muris muvazaasının dayanağı TBK m. 19'dur.

Tenkis davası yenilik doğuran bir davadır. Oysa muris muvazaasına ilişkin dava, muvazaanın tespitini içeren bir davadır. Tenkis davasında verilen karar, tapuda devri gerçekleştirilmiş kazandırmalar açısından kurucu nitelikte iken, muris muvazaasına ilişkin davada verilen karar açıklayıcı niteliktedir.

Tenkis davasında murisin sağlararası kazandırmaları veya ölüme bağlı tasarrufları konu edilebilirken, muris muvazaasına ilişkin davada sadece murisin muvazaalı sağlararası kazandırmaları konu edilir. Tenkis davasının konusu, saklı payı ihlal eden kazandırmaların yasal hadde indirilmesi iken, muris muvazaasına ilişkin davasının konusu, tapulu taşınmazı konu edinen görünürdeki işlemin muvazaa, gizli işlemin ise şekle aykırılık nedeniyle geçersizliğin tespitidir. Görüldüğü üzere, tenkis davası, tapuya kayıtlı taşınmaz üzerindeki başkasının hakkını saklı paylı mirasçı lehine yasal hadde indirmeye yönelikken, diğer dava, bahsi geçen taşınmazı tamamen terekeye iade etmeye veya aynı hakkı zedelenen mirasçı adına tescile yöneliktir. Bu yüzden muris muvazaasına ilişkin dava, tenkis davasından daha kapsamlıdır.

Tenkis davası, sadece saklı paylı mirasçılar tarafından açılabilirken, muris muvazaasında ilişkin dava, Yargıtay görüşü doğrultusunda, tüm mirasçılar tarafından açılabilir.

Tenkis davası, geçerli sağlararası karşılıksız kazandırmalar hakkında açılırken, muris muvazaasına ilişkin dava, geçersiz sözleşmeler hakkında açılır.

Tenkis davası, nisbi hak niteliğinde iken, muris muvazaasına ilişkin dava, davacıya aynı hak sağlar. Bu yüzden bakıldığında iki davanın eşya hukuku anlamında dayanakları da farklıdır. Tenkis davası, TMK m. 716 hükmünde dayanır. Yani, malikten geçerli hukuki sebebe dayanarak taşınmaz mülkiyetinin kendi adına

²¹⁴ Muris muvazaasına ilişkin dava ile tenkis davası arasındaki farklar için bkz. Özkaya, **a.g.e.** , s. 438-442; N. Yavuz, **a.g.e.** , s. 352; Hatipoğlu, **a.g.e.** , s. 158-162; Sevgi, **a.g.e.** , s. 97-98; Eviz, **a.g.e.** , s. 166-169.

tescili hususunda kişisel hak kazanan kimse tapu iptal ve tescil davası açabilir. Muris muvazaasına ilişkin dava ise, temelde TMK m. 1025'e dayanır. Buna göre, geçersiz hukuki sebebe dayanan yolsuz tescil nedeniyle aynı hakkı zedelenen kimse, tapu kaydının düzeltilmesini talep edebilir.

Muris muvazaasına ilişkin dava, davacılar dilerse, tapunun tamamen düzeltilerek terekeye döndürülmesi talebiyle miras şirketi temsilcisi tarafından açılabilirken, tenkis davası, kural olarak, sadece saklı pay sahipleri tarafından açılabilir.

Tenkis davası, bir ve on yıllık hak düşürücü süreye tabi iken, muris muvazaası iddiası herhangi bir hak düşürücü süreye veya zamanaşımı süresine bağlı değildir.

Muris muvazaasına ilişkin dava, dava konusu taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde açılmalıyken, tenkis davası murisin son yerleşim yeri mahkemesinde açılmalıdır.

C. Muris Muvazaasına İlişkin Dava ile Tenkis Davasının Ayrı Dilekçeyle Açılabilmesi ve Kademelendirilmesi

Muris muvazaasına ilişkin davanın tüm mirasçılar tarafından kendi miras haklarına dayanılarak açılabileceği şeklindeki Yargıtay görüşü, tenkis talebi ile ilişkisini daha ilginç hale getirmektedir. Yargıtay'a göre, bu iki dava, tek başlarına ayrı ayrı açılabileceği gibi aynı dava içerisinde kademeli olarak da ileri sürülebilir²¹⁵.

²¹⁵ “Birinci Hukuk Dairesi kararlarında, hukuksal tasarrufun kısmen iptalini hedef tutan başka bir anlatımla tenkis isteğini kapsayan davanın açılmasının, tasarrufun tümüyle ortadan kaldırılmasını hedef tutan muvazaa davasının reddini gerektirmeyeceği, ancak tenkis davasında muvazaa davasının sonucunun beklenmesi, muvazaa davasının tenkis davası yönünden bekletici mesele oluşturacağı; birbirinden farklı dava türü olan bu isteklerin ayrı bir davaya konu olabilecekleri gibi kademeli olarak da ortaya konulabilecekleri, biri hakkında verilecek kararın diğeri için kesin hüküm oluşturmayaacağı esasları benimsenmiştir.

Ondördüncü Hukuk Dairesi kararında ise, mirasçının. tasarruf nisabının lehine tasarrufta bulunulanda kalmasını kabul ederek, tasarruf nisabını aştığı ölçüde tasarrufun tenkisini isteme hakkını kullanma yolunu seçmekle karşı tarafta uyandırdığı irade beyanıyla, tasarruf nisabı sınır içinde kalan hakkından vazgeçmiş sayılacağı bu sebeple de tenkis davası açan kişinin sonradan tasarrufun geçersizliğini iddia ile tamamının iptalini isteyemeyeceği sonucuna varılmıştır.

Yargıtay'ın bu kararı, davaların ayrı ayrı açılabilceğı ve kademeli olarak açılabilceğı²¹⁶ şeklinde iki farklı açıdan ele alınabilir.

Yargıtay'ın bu davaların ayrı ayrı açılabilceğine dair tutumu, doktrinde, ilk başlarda eleştirilmiştir²¹⁷. Çünkü tenkis talebine ilişkin dava açıldıktan sonra muris muvazaası talebiyle ayrı bir dava açılabilceğı kabul edilerek tasarrufun tümünün iptal edilebileceğı izlenimi oluşturulmuştur. Bundan dolayı Karşı Oy Yazısı'nda mirasçının tenkis davası açmakla murisin muvazaalı tasarrufuna geçerlilik tanımak istediğı²¹⁸, mirasçının tenkis kararı aldıktan sonra ayrı bir dava ile tasarrufun geri

Hukuk Genel Kurulu'nun 16.10.1957 gün ve 50/47 sayılı kararında, davacı iptal ve tenkis isteklerinde bulunmakla, davanın terditli sayılacağı iptali gerektiren nedenlerle, tenkisi gerektiren nedenlerin farklı bulunduğı, isteğın tavih ettirilerek hangisine dayanıldığıının belirlenmesi gereğine değinilmiş; gene Hukuk Genel Kurulu'nun 8.1.1964 gün ve 15/3 sayılı kararında ise, daha önce tenkis davası açılmakla, tasarrufu kabul etme durumuna girildiğı, tenkis davalarının özünde geçerli olan işlemler için açılabilceğı benimsenmiştir.

Gerçekten, tenkis davaları ile muvazaaya dayalı iptal davaları; ileri sürölüş biçimleri, hukuksal esaslar, kapsamları ve nihayet tenkis ve iptal nedenleri birbirinden farklı nitelikte davalardır. İlk bakışta tenkis davası açan kişinin tasarrufun geçerli bulunduğunu zımnen benimsediğı düşüncesi akla gelebilirse de, kendi yararına bir hukuki sonuç elde etmek isteyen ve kapsamları farklı hukuki sonuçlar doğurabilecek birden fazla dava açma durumunda bulunan bir kimse, bu davalardan birini diğere tercih etmeye zorlanamayacağı gibi, yasaların uygulanmasında, hakların korunması doğrultusunda hareket etme gereğı karşısında bu davalardan birini açmakla, açık bir irade beyanı olmadan diğlerinden feragat edildiğinin kabulü de uygun bulunmamıştır.

Bu nedenlerle, miras bırakanın yaptığı temlik tasarruflardan zarar gören mirasçılardan tenkis davası ile birlikte kademeli olarak veya tenkis davası açtıktan sonra ayrı bir dilekçe ile Borçlar Kanununun 18. maddesine dayalı muvazaa nedeniyle iptal-tescil davası açabileceklerinin kabulü ile içtihat aykırılığının bu suretle giderilmesi gerektiğı sonucuna varılmıştır. "Yargıtay İBK. E. 1986/4, K. 1987/5, T. 22.05.1987, (Çevrimiçi) www.kararara.com, 01.02.2021.

²¹⁶ Teorik olarak bu iki davanın yığılması mümkün değildir. Çünkü davacının birden çok bağımsız istemi mevcut olmayıp ortada tek bir netice-i talep vardır. Bkz. Hatemi, **Miras**, s. 54.

²¹⁷ Sungurbey, kararı aynen şu sözlerle eleştirmiştir: "Bu adam ne yapmış? Bana malı bağışlamış, satış gibi gösterilmiş. Muris ifa etmiş. Aslında, muris mezarından çıksa benden geri alamaz. Bu tutmuş tapu iptali davası, bu tutmuş önceden tenkis davası açmış. Sadece ve işte tenkis davasıyla bir kısmını elimden almış. Ondan sonra seneler geçmiş. Ben artık diyorum ki, mahkum olduk, bu kadar güveniyorum. Artık bana karşı bir dava açmayacak diye. Son tevhibi içtihat kararıyla hayır! Bir dava daha açar, senin elinde ne kalmışsa geridekileri de alır.

Bu, vatandaşı çok güç duruma koydurmak, çok acı bir çorba içirtmektir ona; şaşırtıcı bir sürprizle karşılaştırmaktır. Onun için bu karar eski kararlara rahmet okutmuştur. Çok can yakıcı bir karar olmuştur..." Sözler Sungurbey'e ait olmak üzere alıntı yapılan yer için bkz. Yargıtay İBK E. 1989/1, K. 1990/2, T. 16.03.1990, Teoman Ozanoğlu-Resul Arslanköylü'nün Karşı Oy Yazısı.

²¹⁸ "Muris muvazaasına dayanan iptal davası açabilecek iken, tenkis davası açan mirasçının bu davranışı, murisin muvazaalı tasarrufuna geçerlik tanımak anlamına geldikten başka, murisin iradesine, yani tasarruf nisabını kullanma iradesine, mirasçının saygı gösterdiği ve binaenaleyh tasarruf nisabının öteki mirasçılara veya kişilere intikalini de kabul ettiğı anlamına da gelir. Artık bu zımni kabulünden de dönemez. Zira, Medeni Kanun irade serbestisine önem veren, onu temel alan bir kanundur. Murisin mallarına ilişkin iradesi, sadece saklı payla sınırlanmıştır. Bakiye kısım üzerinde murise serbesti tanınmıştır. İşte, sırf tenkis isteyerek, bu kısma ilişkin serbest iradeyi, önce tenkis davası açarak, mirasçıda tanımıştır. Artık bundan dönüp, tasarrufun tümüyle iptalini istemesi, hukuki

kalanını da talep etmesinin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiği²¹⁹, fazlaya ilişkin hakların saklı tutulmaması halinde talebin davada artırılmayacağı²²⁰ hususunda eleştiriler getirilmiştir. Karşı Oy Yazısı'nda getirilen eleştiriler, üç başlıkta incelenmelidir. Birincisi, tenkis davası sırasında veya tenkis davasında karar alındıktan hemen sonra muris muvazaasına ilişkin dava açılması; ikincisi, tenkis davası kararı alındıktan çok sonra veya başka nedenlerle muris muvazaasına ilişkin dava açılması; üçüncüsü, tenkis davasının devam ederken muris muvazaasına ilişkin davaya dönüştürülmesidir.

Yargıtay, daha sonraki kararlarında ilk başlıkta dile getirilen husus ile 1987 tarihli İBK'nın ilgisinin olmadığını, tenkis davasında karar alındıktan sonra açılan muris muvazaasına ilişkin davanın reddedilmesi gerektiğini vurgulamıştır²²¹. Tenkis

istikrara, işlemlerin güvenliği ilkesine ters düşer." 1987 tarihli Yargıtay İBK'na ilişkin Teoman Ozanoğlu'nun Karşı Oy Yazısı.

²¹⁹ "Bir de işin yoruma etkili sosyal yönü var: Tenkis davası açıp karar alanlar, aradan uzun yıllar geçip taşınmaz kıymetlenince, iptal davası için bir zamanaşımı bulunmamasından da yararlanıp iptal davası açıyorlar. Temlik tasarruf tenkis edildiği halde, uzun süre sonra iptal davası açılması çelişkili davranış, MK. m. 2'deki dürüstlük kurallarına aykırı davranış sayılmalı ve kabul edilmemelidir. Çünkü hukuk, toplumda düzeni sağlar. Bir hukuki işlemin sonuçlan, uzun süre askıda bırakılamaz. Aradan bir tenkis davası da geçmiş, tasarruf tenkis edilmiş ve bu karar infaz edilmiş, murisin tasarrufunun lehdarı taşınmazı onarmış, imar etmiş ve aradan yıllar geçmiş, hatta 30-40 yıl sonra, muvazaa varmış, bu sefer tümünden iptal istiyorum diye dava açması, MK. m. 2'ye tamamen aykırıdır. Toplumsal düzeni bozar istikrar ve güven bırakmaz. Böyle bir sonucun içtihadı birleştirme yoluyla kabulü, sosyal gerekçelere de aykırı düşer." 1987 tarih ve 4/5 sayılı Yargıtay İBK'na ilişkin Teoman Ozanoğlu'nun Karşı Oy Yazısı; Benzer görüş için bkz. Karayalçın, **YD**, s. 330.

²²⁰ "Yukarıdaki iki sebep, mirasçının davranışının, maddi hukuka ilişkin sonuçlarını oluşturur. Bir de işin usul hukukunu ilgilendiren sonucu vardır:

Tam dava niteliğindeki, yani alacağın tümüne ilişkin ve tasarrufun tümüyle iptaline yol açabilecek vasıftaki iptal davasını açabilecekken, açmayan ve fazlaya ilişkin hakkını saklı da tutmayan mirasçı, sadece tasarruf nisabını temin edebilmesi itibarıyla kısmi dava niteliğindeki tenkis davasını açmakla, artık iptal davası açmak hakkından feragat etmiş sayılır ve usuli açıdan, iptal davası açamaz. Öte yandan, önceden açılmış tenkis davasının, müddeabihin artırılması, yani kısmi davanın tam davaya dönüştürülmesi sonucunu yaratması itibarıyla, HUMK. m. 87'ye göre ıslahı yoluyla iptal davasına çevrilmesi de mümkün olmaz. HUMK. m. 74 uyarınca, taleple bağlılık ilkesi çevresinde tenkis davasında iptale karar vermek de olanaksızdır.

O halde, usuli açıdan da tenkis davası açmakla ve iptal davası açmak hakkını saklı tutmamakla vazgeçilmiş bulunan iptal davasının, sonradan açılmış olması mümkün olmaz. Evvelce vazgeçilmiş bulunan dava hakkı, sonradan kullanılamaz. Aksi görüş hukukta istikrar ve güveni kaldırır. Hele tenkis davasındaki karar kesinleşmiş ise, durum daha çarpıcı bir hal alır, kesin hüküm durumu da ortaya çıkar." 1987 tarihli Yargıtay İBK'na ilişkin Teoman Ozanoğlu'nun Karşı Oy Yazısı.

²²¹ "Somut olayda ise önce tenkis davası açılmış aynı taraflar arasında, aynı taşınmaz hakkında daha sonra açılan muvazaa davası görülmekte iken temlik tasarrufun geçerliliği kabul edilmek suretiyle tenkise hükmedilmiş temyiz itirazı üzerine "murisin davalı tarafından bakılıp gözetildiği, minnet duygusu altında temlikte bulunduğu, miras yoluyla kendisine intikal eden taşınmazları da davacılara verdiği, mahfuz hisseyi ihlal kastının bulunmadığı" gerekçesi ile verilen hüküm bozulmuş bozmaya uyularak verilen davanın reddine ilişkin karar kesinleşmiştir. Açıklandığı üzere tenkis davasında

davası olumlu sonuçlanmış ve karar kesinleşmişse, artık muris muvazaasına ilişkin dava açılmaz. Çünkü tenkis davası kabul edilmekle birlikte tapudaki kaydın geçerliliği kabul edilmiştir²²². Yani, işlemin geçerliliğini gösteren kesin hüküm varken işlemin geçersizliği dava edilemez²²³. Tenkis davası olumsuz sonuçlanmış ve karar kesinleşmişse, yine muris muvazaasına ilişkin dava reddedilir. Çünkü tenkisi istenen kazandırmanın tasarruf oranı içerisinde kaldığı veya saklı payı zedeleme kastı içermediği kesin hükme bağlanmıştır.

Tenkis davası açan mirasçı, muvazaa davasını kazanma olanağını elde ettiğini düşünerek sonradan muris muvazaasına ilişkin dava açtığı takdirde, bu dava, tenkis davası için bekletici mesele yapılmalıdır²²⁴. Muris muvazaasına ilişkin dava, olumlu sonuçlanırsa, artık tenkis davasına devam edilemez²²⁵.

Mirasçı, muris muvazaasına ilişkin dava açtıktan sonra tenkis davası açabilir. Bu durum tek başına mirasçının muris muvazaasına ilişkin davadan feragat ettiği anlamına gelmez. Çünkü mirasçının her iki davayı ayrı ayrı açmaya hakkı vardır ve birinin varlığı diğeri için derdestlik itirazının ileri sürülmesine imkân tanımaz. Hâkim, davacıya iptal davasından vazgeçip vazgeçmediğini sorabilir²²⁶.

temlik tasarrufun geçerli olduğu, bozmadan sonra tenkise dahi karar verilemeyeceği kabul edilip dava reddedildiğine göre, kesin hükümle belirlenen bu olgu muvazaa davasında tarafları bağlar. Başka bir anlatımla sözleşmenin geçerli olduğuna ilişkin belirlenen bu olgudan sonra temlik tasarrufun geçersizliği ileri sürülemez.” Yargıtay HGK. E. 1998/1-860, K. 1998/894, T. 09.12.1998, (Çevrimiçi) www.kararara.com, 01.02.2021.

²²² Özkaya, **a.g.e.**, s. 436; Topdemir, **a.g.e.**, s. 86.

²²³ Karşı görüşe göre, Yargıtay’ın “*tarafların aynı olmasından*” yola çıkarak muvazaaya dayalı iptal davasının açılmayacağı yönündeki görüşü kabul edilemez. Buna göre, muris muvazaasına ilişkin dava ile tenkis davasının netice-i talepleri farklıdır. Tenkis davasıyla mirasçı, murisin saklı payını etkisiz kılan ve zedeleyen ölüme bağlı veya sağlararası karşılıksız kazandırmalarını yasal tasarruf edilebilir sınıra çekilmesini amaçlar. Muris muvazaasına ilişkin davayla ise, mirasçı tasarrufa konu mal veya hakkın, miras payı oranında iptalini veya terekeye döndürülmesini ister. Görüldüğü üzere, her iki davanın netice-i talepleri farklıdır. Mirasçı murisin yapmış olduğu işlemin geçerli olduğu düşüncesiyle, işleme güvenerek tenkis davası açmış ve mahkeme tarafından talebi kabul edilerek saklı payına tecavüz edildiği kısım oranında hakkını almıştır. Fakat daha sonra yapılan işlemin, tamamen kendi miras hakkını ortadan kaldırmak amacıyla yapılmış olduğunu öğrenerek, işlemin miras payı oranında iptalini talep etmiştir. Bu durumda işlemin geçerli olduğunun tespit edildiği farklı bir netice-i talebe yönelik tenkis davasının kesin hüküm teşkil etmesi düşünülemez. Sevgi, **a.g.e.**, s. 103-104.

²²⁴ Topdemir, **a.g.e.**, s. 84; Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 161.

²²⁵ Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 161.

²²⁶ Yargıtay 1. HD. E. 1979/2021, K. 1979/1851, T. 22.02.1979, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 02.02.2021.

Daha kapsamlı muris muvazaasına ilişkin dava olumlu sonuçlanmışsa, artık tenkis davası için hüküm kurulmasına gerek kalmaz²²⁷.

1987 tarihli İBK'nın ikinci başlıkta ele alınan hususla çelişmemektedir. Tenkis davasında karar alındıktan çok sonra veya konu edilen taşınmazın çok değerlendirilmesi gibi başka nedenlerle muris muvazaasına ilişkin dava açılması, Yargıtay'ın sonraki kararları doğrultusunda imkân dâhilinden çıkmıştır. Bunun yanında muvazaalı olduğu tespit edilmiş bir kazandırmanın tenkis edilmesini isteyen ve kararın kesinleşmesine engel olmayan kişinin daha sonradan muvazaa iddiasında bulunması, başlı başına hakkın kötüye kullanılmasıdır²²⁸. Bunun nedeni şöyle açıklanabilir: Tenkis talebiyle açılan davada hâkim, dava konusu kazandırmanın muvazaalı olduğunu tespit etmişse, muvazaa değil tenkis kararı vermelidir²²⁹. Çünkü tenkis talebini içeren davada hâkimin talepten fazlaya hüküm vermesi mümkün değildir. Olaya farklı bir açıdan yaklaşılsa, Yargıtay görüşü doğrultusunda tüm miras payını talep edebilen kimsenin sadece saklı payını talep etmesi, hâkimi bağlar. Mirasçı, dava sırasında işlemin muvazaalı olduğunu öğrenir veya ispatlayabilirse, ayrı dava açarak muris muvazaasına dayalı talep ileri sürmelidir²³⁰. Aksi takdirde, elde edebileceği şeyden daha azını istediği düşünülerek saklı pay oranında indirim kararı verilmelidir²³¹. Tüm bu nedenlerle, tenkis kararından sonra muris muvazaasına dayalı dava açmak, kesin hüküm engeline takılmasaydı bile hakkın kötüye kullanılması yasağına takılırdı.

²²⁷ Konusu olmadığından, karar verilmesine yer olmadığı sonucuna varılmalıdır. Özkaya, **a.g.e.**, s. 437.

²²⁸ Topdemir, **a.g.e.**, s. 86; Karşı görüş için bkz. İşlemin tarafı, muris ile eylem birliği içinde mirasçılara zarara uğratmak amacıyla muvazaalı işlem yapmıştır. Yapılan işlem, TBK m.27 uyarınca hükümsüzdür. Hiç kimse kendi kınanacak, utanılacak davranışına dayanamaz. Sevgi, **a.g.e.**, s. 104.

²²⁹ “Gerçekten de herhangi bir davacı, mirasbırakanın iradesine de bir dereceye kadar saygı göstermek düşüncesiyle yahut bu konuda kanıt bulamayacağını hesaba katarak aslında (somut olayda olduğu gibi) karşılıksız (muvazaalı) bir sözleşme olduğu halde karşılıklı bir sözleşme şeklinde yapılmış bulunan işlemin, saklı pay kuralının çiğnenmesi amacıyla yapıldığını ileri sürerek tenkisini isteyebilir. Bu takdirde davaya bakan hakimin, az yukarıda anılan gerekçe ile ve özellikle HUMK.'nun 74. maddesi hükmünce artık işlemin tamamının iptaline karar vermesi düşünülemez” Yargıtay HGK. E. 1979/1-464, K. 1982/77 T. 03.02.1982, (Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 82'den naklen).

²³⁰ Aşağıda açıklandığı üzere, mirasçı, islah suretiyle tenkis davasını muris muvazaasına ilişkin davaya dönüştürebilir. Dava sırasında ıslaha başvurmayıp tenkis hükmüne engel olmayan mirasçının daha sonradan muvazaa iddiasında bulunması hakkın kötüye kullanılması teşkil eder.

²³¹ Hatemi, **Miras**, s. 54.

Üçüncü başlıkta ele alınan hususta, dava sırasında talebin artırılmasının mümkün olmadığı dile getirilmek suretiyle fazlaya ilişkin hakkını saklı tutmayarak bundan vazgeçen kişinin sonradan muris muvazaasına ilişkin davayı açamayacağı belirtilmiştir. Gerçekten 1987 tarihinde 1086 sayılı HMUK m. 87/3'te yer alan *"Müddei ıslah suretiyle müddeabihi tezyit edemez."* hükmü nedeniyle, davacı ıslah suretiyle bile talebin artırılmasına isteyemezdi. Ancak daha sonradan Anayasa Mahkemesi tarafından verilen karar doğrultusunda bu hüküm iptal edilmiştir²³². Kararda özetle, ıslah yoluyla talebin artırılması isteminin reddedilmesinin tarafları ikinci bir dava açmaya zorladığı, mahkemelerin iş yükünü artırdığı ve en az gider ve en kısa sürede davaların sonuçlandırılmasını engellediği nedeniyle hak arama hürriyetinin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. İptal kararından ve HMK'nın bu iptal kararına uyan düzenlemesinden sonra oluşan durumda ıslah yoluyla talebin

²³² "Anayasa'nın 141. maddesinin usûl ekonomisini düzenleyen son fıkrasında, "dâvâların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir" denilmektedir. Taraflardan birinin yapmış olduğu bir usûl işleminin tamamen veya kısmen düzeltilmesi "ıslah" olarak tanımlanmaktadır. HUMK'nun 84. maddesine göre ıslah, tahkikata tâbi olan dâvâlarda tahkikat bitinceye kadar ve tâbi olmayanlarla mahkemenin sonuna kadar yapılabilir. İtiraz konusu kuralla müddeabihin ıslah suretiyle artırılmasına olanak tanınmaması dâvâların en az giderle ve olabildiğince hızlı biçimde sonuçlandırılmasına engel olacağından, Anayasa'nın 141. maddesine aykırıdır. Kuralın iptali gerekir (...) Çağdaş demokratik rejimlerin temel ilkelerinden biri olan "hukuk devleti" Anayasa'nın 2. maddesinde "Cumhuriyetin nitelikleri" arasında sayılmıştır. Kişilerin devlete güven duymaları, maddî ve manevî varlıklarını geliştirebilmeleri, temel hak ve özgürlüklerden yararlanabilmeleri ancak hukuk güvenliği ve üstünlüğünün sağlandığı bir hukuk devletinde gerçekleşebilir. Bu nedenle, hukuk devleti temel hak ve özgürlüklere saygı gösteren, onların korunup güçlenmelerine olanak sağlayan, adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açık olan devlettir. Hukuk devletinin sağlamakta yükümlü olduğu hukuk güvenliği, kişilerin, hukuk düzeninin koruması altındaki haklarını elde edebilmeleri için her türlü önlemin alınmasını zorunlu kılar. Dava açıldıktan sonra davacının müddeabihi "ıslah" yoluyla artırmasını önleyen itiraz konusu kural, bir hakkın elde edilmesini zorlaştırdığından, "hukuk devleti" ilkesine aykırıdır. Ayrıca, Anayasa'nın "hak arama hürriyeti" başlıklı 36. maddesinde, herkesin gerekli araç ve yollardan yararlanarak yargı organları önünde davacı ya da davalı olarak sav ve savunma hakkına sahip olduğu belirtilmektedir. Buna göre, hak arama özgürlüğünün en önemli iki ögesini oluşturan sav ve savunma haklarının kısıtlanması, bu hakların noksansız kullanımının ve âdil yargılanmanın engellenmesi Anayasa'nın 36. maddesine aykırılık oluşturur. İtiraz konusu kural, davacıyı ikinci kez dava açmaya zorlaması nedeniyle hak arama özgürlüğünü sınırlamaktadır (...) İtiraz konusu kural, davacıların haklarını en kısa sürede ve en az giderle almalarını engelleyerek hak arama özgürlüğünü önemli ölçüde zorlaştırması nedeniyle demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmadığından Anayasa'nın 13. maddesine uygun bir sınırlama olarak kabul edilemez. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2. , 13. ve 36. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir." Anayasa Mahkemesi, E. 1999/1, K. 1999/3, T. 20.07.1999, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 01.02.2021.

artırılması mümkün hale gelmiştir²³³. Anılan iptal kararı doğrultusunda tenkis davası, ıslah yoluyla muris muvazaasına ilişkin davaya dönüştürülebilir²³⁴. Ayrıca muvazaa davası daha geniş kapsamlı olduğu için her zaman tenkis davasına dönüştürülebilir. Bunun için ayrıca ıslah yoluna başvurmaya gerek yoktur²³⁵. Özetle, tenkis talebiyle dava açan mirasçı, dava devam ederken ıslah yoluyla muris muvazaasına dayalı talepte bulunabilirken, muris muvazaasına dayalı taleple dava açan mirasçı, dava devam ederken ıslaha gerek duymadan tenkis talebinde bulunabilir.

1987 tarihli İBK'nın vurguladığı diğer husus, her iki davanın kademeli açılabilirliği üzerinedir. Kademeli davada davacı, talebini dayandığı olguların ispat edilebilirliğinden şüphe duyduğu için davasını çeşitli ihtimallere göre açarak iki ihtimalli talepte bulunur ve bu taleplerden daha kapsamlı olanının reddedilmesi halinde diğer talebinin karara bağlanmasını ister²³⁶. HMUK'ta davaların kademelendirilmesine ilişkin hüküm yoktu ve Yargıtay da önceleri davaların kademelendirilmesine sıcak bakmıyordu²³⁷. Ancak daha sonraları uygulamada duyulan ihtiyaç ve usul ekonomisi nedeniyle kademeli davalar kabul görmüş²³⁸ ve HMK m. 111'de düzenlenmiştir²³⁹. Gerçekten de, deliller birlikte daha iyi

²³³ Kısmi davaya ilişkin kararlarda ıslah için iki şart getirilmektedir. Birinci şart, kısmi dava açılmış olmalı, ikinci şart ise, fazlaya ilişkin hak saklı tutulmuş olmalıdır. Bkz. Yargıtay 3. HD. E. 2009/2070, K. 2009/3584, T. 09.03.2009, (Çevrimiçi) www.hukukturk.com, 01.02.2021.

²³⁴ Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 157; Yargıtay 1. HD. E. 2013/9676, K. 2013/13987, T. 03.10.2013, (Çevrimiçi) www.kararara.com, 01.12.2016; Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararına rağmen aksi görüşte bkz. Özkaya, **a.g.e.**, s. 440.

²³⁵ Özkaya, **a.g.e.**, s. 440; Islah yoluyla da dönüştürülebilir. Ancak tahkikat bittikten sonra iptal davası, ıslah yoluyla tenkis davasına dönüştürülemez. Özüğür, **a.g.e.**, s. 544; Topdemir, **a.g.e.**, s. 85; Davanın tamamen ıslah edilmesi halinde ıslah olunan dava, ilk dava tarihinde açılmış sayılacağından ve hak düşürücü süre de bu tarihte kesilmiş olacağından, dava açma süresi ilk dava ile korunmuş olur. Bu durumda hak düşürücü sürenin hesabında ıslah tarihi değil, ilk dava tarihi esas alınır. O halde, tenkis davasının tabi olduğu hak düşürücü süre, muris muvazaasına ilişkin davanın açıldığı tarihte kesilmiş olur. Dava devam ettiği için davanın açıldığı tarihten itibaren ne kadar süre geçerse geçsin tenkis talebi düşmez. Bkz. Yargıtay 1. HD. E. 2013/754, K. 2013/5575, T. 16.04.2013, (Çevrimiçi) www.kararara.com, 01.02.2021.

²³⁶ Üstündağ, **a.g.e.**, s. 341; Umar, **a.g.e.**, s. 313.

²³⁷ “Başka başka hukuki sebepleri ihtiva eden iptal ve tenkis talepleri aynı dava dilekçesinde birleştirilemez. Böyle hallerde davacıya dayandığı hukuki sebebin ne olduğu tasrih ettirilerek terdidin izalesi ve davaya dayanılan hukuki sebep istikametinde bakılması icab eder.” Yargıtay HGK. E. 2, K. 50, 16.10.1967, (Üstündağ, **a.g.e.**, s. 338'den naklen); “Terditli davanın tetkikine imkan yoktur.” Yargıtay 5. HD. E. 1950/3553, K. 1950/3424, T. 23.10.1950, (Umar, **a.g.e.**, s. 313'den naklen).

²³⁸ Yargıtay HGK. E. 1964/1-256, K. 1964/546, T. 09.09.1964, (Topdemir, **a.g.e.**, s. 79'dan naklen).

²³⁹ Yeni düzenleme ile ilgili bkz. Umar, **a.g.e.**, s. 313-314.

değerlendirildiği ve böylelikle çelişkili kararların verilmesinin önüne geçildiği için davanın kademeli olarak açılması daha yararlıdır²⁴⁰.

Davanın kademeli olarak açılması halinde, öncelikle daha kapsamlı olan muris muvazaası iddiası incelenmelidir. Muvazaanın sabit olması halinde, tenkis talebinin incelenmesine gerek kalmaksızın tasarrufun iptaline karar verilmelidir. Muvazaanın sabit olmasına rağmen dava konusu işlemin geçersizliği ileri sürülemiyorsa, tenkis talebinin incelenmesine geçilebilir. Muvazaanın sabit olmaması halinde, tenkis talebi yönünden inceleme yapılmalı ve tenkis şartlarının oluşup oluşmadığı araştırılmalıdır²⁴¹.

1987 tarihli İBK, muris muvazaasına ilişkin davanın külli halef sıfatıyla tüm mirasçılar adına açılabileceğini kabul eden görüş tarafından eleştirilmiştir²⁴². Buna göre, bir mirasçının tek başına dava açamayacağı ve şahitle ispat edemeyeceği bir husus, tenkis davasında kademeli olarak veya tenkis davasından sonra ayrı dava ile hâkim tarafından resen karara bağlanamaz²⁴³. 1987 tarihli İBK'nın temelinde 1974 tarih ve 1/2 sayılı İBK yattığı için Yargıtay'ın bu yaklaşımı kendi içerisinde tutarlı görülmektedir. Zaten Karşı Oy Yazısı'nda bu husus dile getirilmiş ve yanlıştın sürdürüldüğüne işaret edilmiştir²⁴⁴.

²⁴⁰ Hatipoğlu, **a.g.e.** , s. 156.

²⁴¹ Sevgi, **a.g.e.** , s. 102; Tenkis talebinin de reddedilmesi gerektiği yönünde bkz. Topdemir, **a.g.e.** , s. 83; Oysa davacının kademeli isteklerinden ilki olan tapu iptal ve tescilin reddi halinin tenkis talebinin reddini gerektirmediği yönünde kararlar mevcuttur. Yargıtay 1. HD. E. 1992/8043, K. 1992/10713, T. 25.09.1992, E. Günay, **a.g.e.** , s. 72'den naklen); Yargıtay 1. HD. E. 2011/9925, K. 2011/11723, T. 23.11.2011, (Çevrimiçi) www.kararara.com, 02.02.2021.

²⁴² Oğuzman, **Muvazaa**, s. 198.

²⁴³ Birden çok mirasçının bir tanesi saklı paylı mirasçı ise, tenkis davası ile birlikte veya tenkis davasından sonra tapu kaydının düzeltilmesini tek başına dava edemez. Murisin sadece saklı paylı tek mirasçısı var ise, tapu kaydının düzeltilmesini tenkis davası ile birlikte veya tenkis davasından sonra dava edebilir. Eğer birden fazla mirasçının hepsi saklı paylı ise, hep beraber hareket etmek kaydıyla tenkis davası ile birlikte veya tenkis davasından sonra tapu kaydının düzeltilmesini dava edebilirler. Ancak tek başına hareket ederek tenkis davası açan saklı paylı mirasçı, tek başına açamayacağı tapu kaydının düzeltilmesi davasını tenkis davası ile birlikte veya tenkis davasından sonra dava edemez. **A.e.** , s. 198.

²⁴⁴ "İşte bu nedenle, mirasçının hem MK. m. 507/4'e dayanan tenkis, hem de BK. m. 18'e göre muris muvazaasına dayalı iptal davası açabileceğini öngören 1.4.1974 tarih ve 1/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı hatalıdır ve uygulamada birçok sıkıntılara yol açmıştır. Hukukta, hatada ısrar etmemek, hatayı sürdürmemek maruf bir kuraldır. Bu kural, günlük hayatta bile geçerlidir. "Kişi hatasını bilmek kadar irfan olamaz" ve "zararın neresinden dönülse kardır" atasözleriyle

Kanaatimizce, savunduğumuz görüş uyarınca kademeli veya ayrı dava açma halinde talep miktarında değişim meydana gelmez. Yani, davacı muvazaaya dayansa da, tenkis davası açsa da eline geçen saklı pay haddini aşmayacağından elindeki dava ile yetinmelidir.

III. MURİS MUVAZAASI VE DENKLEŞTİRME TALEBİ

Muris sağlıklı iken mirasçılar arasında paylaşırma amacı güden muvazaalı temlikler yapmışsa, muris muvazaası hükümleri uygulanmaz. Murisin mirasçıları arasında yaptığı paylaşırmanın ne anlama geldiği ve denkleştirme ile olan ilişkisi bu aşamada incelemeye değerdir.

Tapulu taşınmazlara ilişkin muvazaalı temliklerde mirastan mal kaçırma amacı tespit edildiği takdirde, murisin tasarrufu iptal edileceğinden denkleştirme hükümleri uygulanmaz²⁴⁵. Taşınırlara ve tapusuz taşınmazlara ilişkin muvazaalı devirler geçerli kabul edildiğinden bu açıdan denkleştirme hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı ayrıca incelenmelidir.

Bunun yanında muris muvazaası hükümlerinin dışında geçerli işlem olarak kabul edilen muris tarafından parası ödenerek üçüncü kişiden alınıp mirasçılar adına kaydedilen tapulu taşınmazlara ilişkin işlemler bakımından denkleştirme hükümlerinin uygulama alanı bulduğu haller mevcut olabilir. Tüm bu konuları ele almadan önce denkleştirme müessesesine göz atacağız.

kurumlaşmıştır.” 1987 tarih ve 4/5 sayılı Yargıtay İBK’na ilişkin Teoman Ozanoğlu’nun Karşı Oy Yazısı.

²⁴⁵ Yargıtay HGK. E. 1966/2-1510, K. 1968/99, T. 21.02.1968, (Ayiter, **a.g.e.** , s. 235, dn. 10’dan naklen).

A. Denkleştirmeye Genel Bakış

1. Kavram ve Özellikleri

Muris, sağlığında mirasçılarında bir takım kazandırmalarda bulunabilir. Örneğin muris sağlığında iken bir çocuğuna karşılıksız olarak çeyiz veya kuruluş sermayesi verebilir, bir malvarlığını devredebilir veya başka bir çocuğuna ekonomik durumunu düzeltebilmesi için onu borçtan kurtarabilir. Muris, bu kazandırmalarla mirasçılarının bazılarında miras paylarına mahsuben kazandırmada bulunmuş olur. Ancak mirasçılardan bazılarında yapılan bu kazandırmalar, miras paylarına mahsuben olduğu için miras payları arasında denkleştirme yapılması gereklidir. Bu yüzden öncelikle altsoy arasında olmak üzere mirasçılar arasında eşitliği sağlamak için murisin sağlararası kazandırmaları mirasın paylaşılmasında dikkate alınır²⁴⁶.

Mirasta denkleştirme, mirasın paylaşılmasına girer ve TMK’da mirasın paylaşılması içinde yer alır. Mirasta denkleştirme hükümleri uyarınca mirasçının terekeye iade yükümlülüğü doğar. Bu iade yükümlülüğünden dolayı bu müesseseye mirasta iade denilse de, iade ifadesi başka taleplerle karıştırılabileceğinden denkleştirme daha uygun bir ifadedir²⁴⁷.

Denkleştirmeye ilişkin hükümler, tamamlayıcı hukuk kuralı olup mirasçı aksini emredebilir²⁴⁸. Mirasta denkleştirme yasal mirasçılarında miras paylarına bağlıdır. Yasal mirasçı sıfatı elde edemeyenler veya herhangi bir sebeple yasal mirasçı sıfatını kaybedenler, denkleştirme alacaklısı veya borçlusu olamaz. Denkleştirme yükümlülüğü mirasın açılmasıyla doğar. Mirasın paylaşılması sona erdikten sonra denkleştirme talebinde bulunulamaz.

²⁴⁶ Paul Eitel, **Berner Kommentar, Band III: Das Erbrecht. 2. Abteilung: Der Erbgang. 3. Teilband: Die Ausgleichung Art. 626-632**, Bern, Stämpfli, 2004, Vorbem § 626, Rn. 12; Şener, **a.g.e.**, s. 626; Kocayusufopaşaoğlu, **Miras**, s. 441; İmre, Erman, **a.g.e.**, s. 512; Antalya, Sağlam, **a.g.e.**, s. 546.

²⁴⁷ Aynı şekilde bkz. İmre, Erman, **a.g.e.**, s. 512; Dural, Öz, **a.g.e.**, s. 319; Kılıçoğlu, **Miras**, s. 482; Ayan, **Miras**, s. 367; Antalya, Sağlam, **a.g.e.**, s. 537; Gençcan, **a.g.e.**, s. 1301; İade etmek, denkleştirme işlemini gerçekleştirmek için yapılan bir fiilden ibarettir. Dolayısıyla iade kelimesi tek başına bu kurumu ifade etmekte yetersiz kalmaktadır. Bedia Güleş, “Türk Miras Hukukunda Denkleştirme”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2018, S. 134, s. 360.

²⁴⁸ İmre, Erman, **a.g.e.**, s. 516; Antalya, Sağlam, **a.g.e.**, s. 537.

2. Denkleştirme Borçlusu ve Alacaklısı

Denkleştirme borçlusu olabilmenin şartları, mirasın açılması anında yasal mirasçı sıfatına sahip olma ve mirisin sağlığında ondan denkleştirmeye tabi kazandırma almış olmaktır²⁴⁹. Denkleştirme borçlusu olma yönünden altsoy ve diğer mirasçılar arasında ayırım yapılmıştır²⁵⁰. Bunun nedeni, denkleştirmenin öncelikle altsoy mirasçılar arasında eşitliğin sağlanmasına yönelik oluşudur. Buna göre, altsoy, ekonomik bağımsızlığını kazanması ve geliştirmesi amacıyla kendisine yapılan tüm kazandırmalar açısından kural olarak denkleştirme yükümlüsüdür. Diğer mirasçılar ise, kural olarak denkleştirme borçlusu olmayıp ancak miris aksini dilemişse, bu kazandırmaları terekeye iade ile yükümlüdür. Bahsi geçen amacı gütmeyen sağlararası kazandırmalar açısından altsoy ve diğer mirasçılar kural olarak denkleştirme borçlusu değildir²⁵¹.

Kanunda “*birbirlerine karşı*” demek suretiyle, miras açıldığında denkleştirme borçlusu olanların diğer mirasçılara yapılan denkleştirmeye tabi kazandırmalara karşı denkleştirme alacaklısı olduğuna işaret edilmiştir. Bu yüzden birinci zümre ile beraber mirasçı olan eş, denkleştirme borçlusu olmadıkça, denkleştirme alacaklısı da olmaz²⁵².

²⁴⁹ İmre, Erman, **a.g.e.** , s. 517.

²⁵⁰ Altsoy ve diğer mirasçıların iade yükümlülüğü için bkz. BK ZGB, Tuor, Piconi, **a.g.e.** , § 627, Rn. 5, 26; Tuor, Schnyder, Schmid, Jungo, **a.g.e.** , s. 975; Druey, **a.g.e.** , s. 84; BSK ZGB, Forni, Piatti, **a.g.e.** , § 626, Rn. 3 vd. ; Ayiter, **a.g.e.** , s. 234-236; Şener, **a.g.e.** , s. 631-632; Kocayusufpaşaoğlu, **Miras**, s. 442 vd. ; İnan, Ertaş, Albaş, **a.g.e.** , s. 589; İmre, Erman, **a.g.e.** , s. 517-524; Dural, Öz, **a.g.e.** , s. 323-327; Kılıçoğlu, **Miras**, s. 484; Ayan, **Miras**, s. 370-371; Antalya, Sağlam, **a.g.e.** , s. 538-540; Gençcan, **a.g.e.** , s. 1306-1313.

²⁵¹ Dural, Öz, **a.g.e.** , s. 324.

²⁵² Arnold Escher, **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), III. Band: Erbrecht, 2. Abteilung: Der Erbgang (Art. 537–640 ZGB)**, 3. Auflage, Zürich, 1960, § 627, Rn. 1; BK ZGB, Tuor, Piconi, **a.g.e.** , § 626, Rn. 35, § 627, Rn. 15; Antalya, Sağlam, **a.g.e.** , s. 541; Aksi görüş için bkz. Druey, **a.g.e.** , s. 85; BSK ZGB, Forni, Piatti, **a.g.e.** , § 626, Rn. 6; Kocayusufpaşaoğlu, **Miras**, s. 454; Oğuzman, **Miras**, s. 328, dn. 310; Dural, Öz, **a.g.e.** , s. 327; Sağ kalan eşe daha güçlü bir konum yaratılmak istenmektedir. İmre, Erman, **a.g.e.** , s. 521; Tartışmalar için bkz. BK ZGB, Eitel, **a.g.e.** , § 626, Rn. 146 vd. Alman hukukunda eş, kural olarak denkleştirme borçlusu veya alacaklısı değildir. Palandt, Ellenberger, **BGB**, § 2050, Rn. 1; Brox, **ErbR**, s. 529; Eşin, denkleştirme alacaklısı ve borçlusu olması gerektiği yönünde görüş için bkz. Özügür, **a.g.e.** , s. 319.

3. Denkleştirmenin Konusu

Denkleştirmeye tabi kazandırmalar, iradi ve kanuni olmak üzere ikiye ayrılır. İradi denkleştirmeye tabi kazandırmalar, TMK m. 669/1’de düzenlenmiştir. Buna göre, bir kazandırmanın denkleştirmeye tabi olması için sağlararası ivazsız kazandırmanın miras payına mahsuben yapıldığının muris tarafından belirtilmesi gerekir. İvazlı kazandırmalar, terekeyi azaltmadığı için, ölüme bağlı tasarruflar da henüz terekeden ayrılmadığı için denkleştirmeye tabi değildir. Karma bağışlamaların ivazsız kısmı ve ahlaki görevin ifası için verilenler, denkleştirmeye tabidir²⁵³.

TMK m. 669/2’deki “*Mirasbırakanın çeyiz veya kuruluş sermayesi vermek ya da bir malvarlığını devretmek veya borçtan kurtarmak ve benzerleri gibi karşılık almaksızın altsoyuna yapmış olduğu kazandırmalar, aksi mirasbırakan tarafından açıkça belirtilmiş olmadıkça, denkleştirmeye tâbidir.*” denilerek kanuni denkleştirmeye tabi kazandırmalar düzenlenmiştir. Bir görüşe göre, hükümde sayılan kazandırmalar amaca göre yorumlanmalıdır. Buna göre, altsoyun ekonomik bağımsızlığını kazanması, devam ettirmesi veya geliştirmesini sağlayan bu tür kazandırmalar kanunen ve karine olarak denkleştirmeye tabidir²⁵⁴. Zaten madde metninde “*ve benzerleri*” denilerek bu amaca hizmet eden kazandırmalar kastedilmiştir²⁵⁵. Yargıtay ise, TMK m. 669/2’deki sayılan kazandırmaları şekli anlamda bir ayırım vesilesi kılarak bu sayılan kazandırmalar kapsamında yer almayan kazandırmaların miras payına mahsuben yapılmış olduklarının kanıtlanması gerektiği, bu husus kanıtlanmadığı müddetçe altsoya yapılan kazandırmanın denkleştirmeye tabi olmayacağı görüşündedir²⁵⁶. Kanaatimizce, bahsi geçen kazandırmalar sadece şekli anlamda değerlendirilmemeli ve benzeri amacı güden

²⁵³ BK ZGB, Eitel, **a.g.e.**, § 626, Rn. 112 vd. ; BSK ZGB, Forni, Piatti, **a.g.e.**, § 626, Rn. 9; Antalya, Sağlam, **a.g.e.**, s. 544.

²⁵⁴ Kocayusufpaşaoğlu, **Miras**, s. 472-474; Oğuzman, **Miras**, s. 329-330; Dural, Öz, **a.g.e.**, s. 338; Antalya, Sağlam, **a.g.e.**, s. 544; Emrehan İnal, “Denkleştirme ve Tenkis Davalarında Parası Mirasbırakan Tarafından Ödenerek Mirasçılardan Biri Adına Alınan Taşınmazların Durumu”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXV, S. 2, 2007, s. 279-280; İsviçre Federal Mahkemesi’nin görüşü bu yöndedir. BGE 76 II 212.

²⁵⁵ Madde metninde yazılı olanlar tahdidi değildir. Örnek olarak verilmiştir. Şener, **a.g.e.**, s. 641; İmre, Erman, **a.g.e.**, s. 527; Gençcan, **a.g.e.**, s. 1312.

²⁵⁶ Yargıtay HGK. E. 1990/2-534, K. 1990/648, T. 19.12.1990, Yargıtay HGK. E. 1992/2-536, K. 1992/620, T. 21.10.1992, Yargıtay HGK. E. 2005/2-457, K. 2005/512, T. 21.09.2005, (Çevrimiçi) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 17.03.2016.

diğer kazandırmalar da denkleştirmeye tabi kılınmalıdır. Tabi unutulmamalıdır ki, denkleştirme hükümleri tamamlayıcı hukuk kuralları olup muris, bunun aksini emrederek bu kazandırmaları denkleştirmeye tabi kılmayabilir.

Eğitim ve öğretim masrafları ile olağan hediyeler ve evlenme giderleri kanun tarafından denkleştirme dışı tutulmuştur. Ancak olağan giderleri aşan masraflar denkleştirmeye tabi kılınabilir.

4. Denkleştirme Davası

Denkleştirmede iade ile yükümlü mirasçı dilerse, aldığını aynen geri verir, dilerse payından fazla bile olsa değerini miras payına mahsup ettirir. Örneğin, taksicilik yapması için muris tarafından kendisine araç verilen mirasçı, dilerse malı terekeye iade ederek paylaşımından eşit pay alır, dilerse aracı elinde tutarak bunun değeri kadar miras payının azalmasına razı olur²⁵⁷.

TMK'da denkleştirme davasından bahsedilmese de, denkleştirme yükümlülüğünün ve miktarının tespiti için paylaştırmadan önce tespit davası açılabilir²⁵⁸. Mirasın paylaşılması sırasında ise, terekeye iade borcunun yerine getirilmesinin konu edildiği eda davasında yükümlülük ve miktarın tespiti yapılabilir²⁵⁹. Denkleştirme davası, ne kadar süre geçerse geçsin mirasın paylaşılmasının sonuna kadar açılmalıdır²⁶⁰.

²⁵⁷ Dural, Öz, **a.g.e.** , s. 345.

²⁵⁸ Mirasın paylaşılmasından önce eda davası açılmayacağı gibi tespit davası da açılmamalıdır. İmre, Erman, **a.g.e.** , s. 529; Özügür, **a.g.e.** , s. 320.

²⁵⁹ Piotet, **a.g.e.** , s. 350; Kocayusufpaşaoğlu, **Miras**, s. 484; Oğuzman, **Miras**, s. 328; Dural, Öz, **a.g.e.** , s. 342-343; Antalya, Sağlam, **a.g.e.** , s. 546.

²⁶⁰ Escher, **a.g.e.** , Vorbem § 626, Rn. 20; BK ZGB, Tuor, Picononi, **a.g.e.** , Vorbem § 626, Rn. 7; Kocayusufpaşaoğlu, **Miras**, s. 484; Oğuzman, **Miras**, s. 328; Dural, Öz, **a.g.e.** , s. 343; Antalya, Sağlam, **a.g.e.** , s. 547.

5. Denkleştirme ile Tenkisin Karşılaştırılması

Denkleştirme ile tenkis birbirine karıştırılan kavramlardır. Aralarında önemli farklılıklar bulunmaktadır²⁶¹.

Öncelikle denkleştirme tamamlayıcı nitelikte iken, tenkis hükümleri emredici niteliktedir. Denkleştirmede muris, kanun hükmünün aksini emredebilir. Muris, denkleştirmeye tabi mirasçısını denkleştirme dışında tutabilir veya denkleştirmeye tabi olmayan bir mirasçısını denkleştirmeye tabi tutabilir. Bunun aksine muris, tenkis talebi hakkını ortadan kaldıramaz. Muris, tasarruf özgürlüğü ve saklı pay hakkındaki kanun hükümlerine uymalıdır.

Denkleştirme davasında, yasal mirasçılar arasında murisin iradesi olmaksızın bozulan eşitliğin sağlanması amaçlanır. Oysa tenkis davasında, murisin iradesi doğrultusundaki tasarrufları nedeniyle saklı paya yönelik tecavüzün giderilmesi amaçlanır.

Denkleştirmenin konusunu murisin sağlararası tasarrufları oluştururken, tenkisin konusunu sağlararası veya ölüme bağlı tasarruflar oluşturur.

Her iki davada, taraf ehliyeti açısından da önemli farklar vardır. Denkleştirme davasını tüm yasal mirasçılar açabilir. Oysa tenkis davasını açma hakkı, sadece saklı paylı mirasçılara tanınmıştır. Bunun yanında denkleştirme davasında davalı, daima yasal mirasçıdır. Oysa tenkis davasında davalı, kendisine lehine tasarruf yapılmış yasal veya iradi mirasçı olabileceği gibi bu sıfatı taşımayan üçüncü kişi de olabilir.

²⁶¹ Denkleştirme ile tenkis arasındaki farklara ilişkin verilen bilgiler için bkz. Paul Eitel, “Die erbrechtliche Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendung im Spannungsfeld zwischen Ausgleichung und Herabsetzung”, **Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins**, Herausgeber: Heinz Hausheer, Jörg Schmid, 142/2006, Bern, Stämpfli Verlag AG, s. 461-463; Escher, **a.g.e.**, s. 169-170; Tuor, Schnyder, Schmid, Jungo, **a.g.e.**, s. 986; Druey, **a.g.e.**, s. 79; Gönensay, Birsén, **a.g.e.**, s. 301 vd. ; Şener, **a.g.e.**, s. 627-628; İmre, Erman, **a.g.e.**, s. 514-517; Dural, Öz, **a.g.e.**, s. 320-321; Kılıçoğlu, **Miras**, s. 485-488; Antalya, Sağlam, **a.g.e.**, s. 461.

Denkleştirme talebi, mirasın paylaşılması tamamlanana kadar istenebilir. Oysa tenkis talebi, TMK m. 571'deki zamanaşımı süreleri içinde kalmak kaydıyla paylaştırmadan önce veya sonra istenebilir²⁶².

Her iki hususta açılan davaların kapsamaları farklıdır. Denkleştirme davası sonucunda denkleştirmeye tabi kazandırmaların tamamı terekeye iade edilirken, tenkise tabi kazandırmalar, saklı payı aşan oranda indirilir. Bu farkın bir anlamı daha vardır. Islah yoluyla talep olunan şey artırılmayacağından tenkis davası denkleştirme davasına dönüştürülemezken, denkleştirme davası tenkise dönüştürülebilir²⁶³.

Her iki hususta açılan davaların nitelikleri de farklıdır. Denkleştirme doğrudan doğruya bir eda davası iken, tenkis davası yenilik doğuran bir davadır. Bu yüzden bir kazandırma hem denkleştirmeye hem tenkise tabi tutulamaz²⁶⁴.

B. Paylaştırma İradesinin Varlığı Halinde Kazandırmanın Denkleştirmeye Tabi Tutulması

Yargıtay, paylaştırma amacının tespit edildiği muvazaalı temliklerde muris muvazaası iddiasını reddetmektedir. Bu durumda denkleştirme hükümlerinin uygulanması gündeme gelir²⁶⁵.

Paylaştırmaya dayalı temliklerden dolayı mal kaçırma iradesinin bertaraf edilmesi durumu, sadece mirasçılardan birbirleri aleyhine açtıkları iptal davaları için söz konusudur²⁶⁶. Üçüncü kişilere yapılan temlikler, mirasın paylaşılması ile ilgili

²⁶² Zamanaşımına uğramış tenkis davaları, bazen bilgisizlik bazen büyük ustalıklarla denkleştirme kalıbına sokulmakta, gerçek anlaşılınca kadar mirasçılar arasındaki kin duyguları canlı tutulmaktadır. Şener, **a.g.e.**, s. 625.

²⁶³ **A.e.**, s. 626.

²⁶⁴ Denkleştirmeye tabi olmayan sağlararası tasarrufun tenkisi mümkündür. BSK ZGB, Staehelin, **a.g.e.**, § 475, Rn. 4.

²⁶⁵ Yargıtay HGK E. 2010/1-295, K. 2010/333, T. 16.06.2010, (Çevrimiçi) Yargıtay Bilgi Bankası, 27.02.2021; Acabey, **a.g.m.**, s. 484.

²⁶⁶ “Dava konusu taşınmazın davalıya temlik edildiği tarihte davalının annesi ve murisin kızı H.İ.K. sağdır. Davalı torun, murisin mirasçısı durumuna geçememiştir, üçüncü şahıs durumundadır. Bu nedenle muris tarafından kendisine (torununa) yapılan temlik, mirasçılar arasında malların paylaşılması amacına yönelik bir tasarruf olarak değerlendirilemez.” Yargıtay HGK. E. 1992/1, K. 1993/44, T. 10.02.1993, (Özuğur, **a.g.e.**, s.560-561’den naklen); Sevgi, **a.g.e.**, s. 39.

değildir. Uygulamada bu tür paylaştırmalar, denkleştirme olarak anılsa da, burada kastedilen mirasçılarının terekeye karşı iade yükümlülüğü değil, sağlararası kazandırma yoluyla mirasçılar arasında paylaşırma yapılmasıdır.

Mirasçılardan biri lehine yapılan sağlararası tasarrufun miras hukuku açısından kanuni dayanağı belirlenmelidir. TMK m. 647/3 uyarınca “*Aksini arzu ettiği tasarruftan anlaşılmadığı, mirasbırakanın tereke malını bir mirasçıya özgülemesi, vasiyet olmayıp sadece paylaşırma kuralı sayılır.*” Muris, muvazaalı temlikin arkasına sakladığı bağışlama yoluyla mirasçılardan birine mal özgülediği takdirde, bunun vasiyet anlamına gelmediği ve bir paylaşırma kuralının konulduğu varsayılmalıdır.

Paylaştırma kuralı koymanın amacı, miras paylarını değiştirmeden hangi mirasçının neyi alacağının tespit edilmesidir. Murisin muvazaalı temlikler yoluyla koyduğu paylaşırma kuralında makul denebilen ve hoşgörölür eşitsizlik mevcutsa, paylaşırma amacının varlığı inkâr edilemez. Bu durumda uygulamada denkleştirme parası denilen bedel ödenerek miras payları arasındaki denge sađlanır²⁶⁷. Muris tarafından muvazaalı temlik yoluyla konulan paylaşırma kuralı, mirasçılar açısından bağlayıcı olsa da, mirasçılarının denkleştirme talebi ileri sürmesi gündeme gelir²⁶⁸. Denkleştirmedeki amaç ise, murisin sağlığında mirasçının ekonomik bağımsızlığını kazanması için verdiklerinin diğer mirasçılar için oluşturduğu eşitsizliğin ortadan kaldırılmasıdır. Altsoy mirasçılardan biri lehine yapılmış taşınmaz içeren bu tür kazandırmalar, paylaşırma kastı ile yapılmış temlikler olmadığından muvazaa perdesi ardında yapılırsa muris muvazaası hükümlerine tabi olur. Ancak altsoy mirasçılarının tümüne paylaşırma amaçlı yapılmış taşınmaz içeren bu tür kazandırmalarda aksi ispat edilmedikçe denkleştirme talebinde bulunulabilir.

TMK 672’ye göre, muris tarafından miras payını aşan kazandırma yapılan mirasçı, murisin bunu kendisine bırakmak istediğini ispat ederse, denkleştirmeye tabi olmaktan kurtulur. Bu hükümde yer alan miras payını aşan kazandırma, murisin

²⁶⁷ Dural, Öz, **a.g.e.**, s. 279.

²⁶⁸ Pınar Veliöğlü Ardıç, “Miras Bırakanın Sağlararası Muvazaalı İşlemleri”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Kırıkkale, 2011, s. 32.

muvaazalı temlikini geçersiz olmaktan kurtaran murisin paylaşırma iradesiyle örtüşmemektedir. Çünkü mirasçının söz konusu malın miras payını aşmasına rağmen kendisine bırakıldığını iddia etmesi, murisin mirasçılardan mal kaçırmak amacıyla hareket ettiğı anlamına gelir. Bu durumda muvaazalı işleminin geçersizliğinin tespiti, tapu kaydının ise düzeltilmesi gerekir. Murisin gerçek iradesinin paylaşırma amacı olduğunun tespiti halinde ise, zaten denkleştirme (iade) hükümlerini uygulama ihtiyacı kalmaz.

C. Murisin Taşınır ve Tapusuz Taşınmazlara İlişkin Sağlararası Muvazaalı Temlikleri ile Denkleştirme Arasındaki İlişki

Tapusuz taşınmaz ve taşınırlara ilişkin muvaazalı temlikler, muris paylaşırma amacı gütsün veya gütmesin geçerli olduğundan denkleştirme gündeme gelebilir²⁶⁹. Murisin ölümünden önceki 1 yıldan önce yapılan, saklı payı zedelemeyen ve altsoya yapılan bir karşılıksız kazandırmanın, miras payına mahsuben yapıldığı gerekçesiyle denkleştirmeye tabi kılınması söz konusu olabilir. Ancak TMK m. 669/1 uyarınca kazandırmanın miras payına mahsuben yapıldığı kanıtlanamazsa malın terekeye iadesi talep edilemez.

Paylaşırma amacı güdülen muvaazalı taşınır ve tapusuz taşınmazlara ilişkin temliklerde muris, mirasçılar arasında dengeli bir paylaşırma yapmış ise, denkleştirmeden bahsetmek mümkün değildir.

Kural olarak, denkleştirmeye tabi sağlararası kazandırmaların yani TMK m. 669/2’da sayılan veya altsoyun ekonomik bağımsızlığını kazanması, devam ettirmesi veya geliştirmesini amaçlayan ve benzeri kazandırmaların, paylaşırma amacı güdülmeyen taşınır veya tapusuz taşınmaza ilişkin muvaazalı işlemler yoluyla altsoya temlik edilmesi halinde, murisin kuralın aksini emrettiğini söylemek

²⁶⁹ Şekle aykırı olmadığı gerekçesiyle terekeye döndürülmeyen tüm taşınır ve tapusuz taşınmaz malların denkleştirmeye tabi tutularak terekeye iadesinin istenebileceğı görüşü için bkz. Sevgi, **a.g.e.** , s. 69, dn. 360.

mümkündür²⁷⁰. Yani muris muvazaaya başvurarak yaptığı temlikin arkasına gizlediği bağışlama işleminde, bahsi geçen temliklerin denkleştirmeye tabi kılınmaması yönünde bir irade göstermiştir.

D. Muris Tarafından Ödenerek Altsoy Adına Alınan Taşınmaz Bedelinin Denkleştirmeye Tabi Tutulup Tutulamayacağına Dair

Daha önce bahsedildiği üzere, murisin sağlığında parasını ödeyerek üçüncü kişiden satın aldığı fakat bir başkası veya mirasçılardan biri adına tapuya kayıt yaptırdığı işlemlerde, muris muvazaası hükümleri uygulanmaz. Bu işlemler geçerli işlemler olmakla birlikte, tenkise mi yoksa denkleştirmeye mi tabi oldukları tartışmalıdır.

Doktrinde bir görüşe göre, muris, altsoyunun ekonomik bağımsızlığını kazanması, devam ettirmesi veya geliştirmesi amaçlarından biri için üçüncü kişiye parasını ödeyerek altsoyuna taşınmaz almışsa, bu taşınmazın bedeli kanunen denkleştirmeye tabi tutulmalıdır²⁷¹. Yargıtay'ın taşınmaz bedelini denkleştirmeye tabi tutmadığı söylenebilir. Bu görüşün temelinde yatan neden, Yargıtay'ın, şekli anlamda TMK m. 669/2 kapsamında yer almayan kazandırmaların miras payına mahsuben yapılmış olduklarının kanıtlanması gerektiği ve bu husus kanıtlanmadığı müddetçe altsoya yapılan kazandırmanın denkleştirmeye tabi olmayacağı yönündeki kararlarıdır²⁷². Kanaatimizce, bahsi geçen kazandırmaları sadece şekli anlamda değerlendirmemeli ve murisin bu amacı güttüğü kazandırmalarda kanunen denkleştirmenin varlığı kabul edilmelidir. Muris, üçüncü kişiden parasını ödeyerek taşınmaz satın alıp altsoyuna adına kaydettirmekle altsoyunu ekonomik açıdan

²⁷⁰ Bir görüşe göre, muris muvazaasına dayanan geçersizliğin ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği hallerde, bağışlama işlemi hüküm doğurmaya devam ettiği için işleme konu taşınmazın iadesi istenemez. Çünkü burada muris, gizli bağışlama yapma yoluyla bu işleme konu taşınmazı denkleştirmeye tabi tutmamıştır. Kocayusufpaşaoğlu, **Miras**, s. 457; Topdemir, **a.g.e.**, s. 50-51. Bu görüşten yola çıkıldığında, gizli bağışlamaya konu edilen taşınır ve tapusuz taşınmazların muris tarafından denkleştirmeye tabi tutulmadığı söylenebilir.

²⁷¹ İnal, **a.g.m.**, s. 286.

²⁷² Kararlar için bkz. s. 279, dn. 256.

kalkındırmayı düşünmüşse, taşınmaz bedeli denkleştirmeye tabi tutularak terekeye iade edilmelidir.

Denkleştirmeye ilişkin hükümler emredici nitelikte olmadığından muris aksini emredebilir. O halde denkleştirmeye tabi olmaktan kurtulan altsoya mirasçılar, TMK m. 565/1 uyarınca tenkis talebi ileri sürebilir. Bahsi geçen amaç güdülmeden böyle bir işlem gerçekleştirilmişse, artık kanunen denkleştirmeden bahsedilemez. Bu durumda kazandırmanın miras payına mahsuben yapıldığı kanıtlanarak denkleştirme sağlanabilir. Denkleştirmeye tabi olmayan sağlararası kazandırmanın TMK m. 565/3-4 gereği tenkisi mümkündür. Muris, bu türden amaç güderek altsoy dışında bir mirasçısına veya üçüncü kişiye kazandırma yapmışsa, , saklı paylı mirasçılar, TMK m. 565/3-4 gereği tenkis talep edebilir²⁷³.

²⁷³ İnal, **a.g.m.** , s. 286.

SONUÇ

1- Muris muvazaası, mirastan mal kaçırmak amacıyla üçüncü kişiye veya mirasçılardan birine tapulu taşınmazını muvazaalı satım veya ölünceye kadar bakma sözleşmesiyle devretmiş gibi göstererek aslında bağışlamasıdır. Murisi muvazaalı işlem yapmaya iten başlıca saikler şöyle sıralanabilir: Erkek çocuklarının kız çocuklarından üstün tutulması, ikinci eşlere veya ikiden fazla evlenilmişse son eşlere ve onlardan olma çocuklara ayrıcalık tanınması, diğer mirasçılara nispeten maddi açıdan zayıf konumdaki mirasçıya iltimas gösterilmesi, yaşlı, hasta ve bakıma muhtaç murisin telkin ve zorlamalara maruz bırakılması, diğer psikolojik sebeplerle muris tarafından mirasçılardan istenmeleri...

2- Muris muvazaasının dört unsuru bulunmaktadır.

a) Birinci unsur, muris ile üçüncü kişi veya mirasçılardan biri arasında muvazaa anlaşması bulunmasıdır. Bu anlaşma sonucunda muris ve karşı taraf, irade ile beyan arasında kasıtlı uygunsuzluk yaratır.

b) İkinci unsur, mirastan mal kaçırmak amacıdır. Muris muvazaasında, aldatılan üçüncü kişi konumunda mirasçılar yer alır. Burada önemli olan, mirasçılardan aldatılmaktan ziyade tapulu taşınmazın terekeye dâhil olmasını engelleyerek mirastan mal kaçırmaktır.

c) Üçüncü unsur, görünürdeki işlemdir. Muris muvazaasında görünürdeki işlem, tarafların iradesini yansıtmadığı yani muvazaa nedeniyle geçersizdir. Buradaki geçersizlik, kesin hükümsüzlük niteliğindedir.

d) Dördüncü unsur, gizli işlem olup daima bağışlama sözleşmesidir. Resmi şekil şartına uygun yapılmış muvazaalı işlem gerçek iradeyi yansıtmadığı için geçersiz iken, muvazaalı işlemin ardına gizlenmiş bağışlama sözleşmesi, resmi şekil şartına uyulmadığından geçersizdir. Buradaki geçersizlik, kesin hükümsüzlük niteliğindedir.

3- Yargıtay, muris muvazaasına ilişkin 1974 yılında içtihat geliştirmiş ve 1990 yılında verdiği bir başka İçtihadı Birleştirme Kararı ile bu yöndeki görüşünü korumuştur. Buna göre, muris muvazaasında görünürdeki işlemin muvazaa nedeniyle geçersiz oluşu ve gizli bağışlama sözleşmesinin resmi şekle aykırılık nedeniyle geçersiz oluşu iddiası, tüm yasal mirasçılar tarafından ileri sürülebilir. Yasal mirasçılar, miras haklarını zedeleyen muvazaalı temlike karşı üçüncü kişi konumunda tapu kaydının düzeltilmesi davası açabilir ve muvazaa iddiasını tanık dâhil her türlü delil ile ispatlayabilir. Kanaatimizce, Yargıtay'ın bu görüşü isabetsizdir. Muvazaalı işleme başvuran muris doğrudan bağış işlemi gerçekleştirmiş olsaydı, mirasçılar ancak tenkis hükümlerine göre hak iddia edebilirdi. Bağış işleminin önüne muvazaa perdesi çekilince, mirasçılar bu imkândan yoksun kalmıştır. Yapılması gereken, muvazaa perdesinin ortadan kaldırılmasıdır. Ardından gizli bağışlama işlemi karşısında eldeki hukuki imkânları kullanmaktır. Muvazaaya başvurulmamış olsaydı, bağışlama işlemine karşı tenkis davası açabilecek mirasçılar, saklı paylı mirasçılar olduğuna göre, aslında murisin aldatmayı amaçladığı mirasçılarının sadece saklı paylı mirasçılar olduğu apaçıktır. Muvazaanın ardındaki gizli işlemin geçersizliğini de ancak saklı paylı mirasçılar ileri sürebilmelidir. Yani, muris muvazaasında aldatılan üçüncü kişi konumunda saklı paylı mirasçılar bulunurlar ve iddialarını her türlü delil ile ispatlayabilirler. Saklı pay sahibi olmayan mirasçılar ve saklı payı aşan kısmıyla saklı paylı mirasçılar, murisin külli halefi sıfatıyla ancak muvazaalı işlemin tarafı olarak hak iddia edebilirler. Fakat murise saklı pay dışındaki miras payı üzerinde tanınan tasarruf özgürlüğü ile irade teorisi ve borçlar hukukunun şekil hususundaki güncel yaklaşımları bir arada değerlendirildiğinde, murisin sağlığında bilerek ve isteyerek ifa ettiği borcun kaynağı sözleşmenin şekle aykırılık nedeniyle geçersizliğinin murisin külli halefi konumundaki saklı paylı olmayan ve saklı payı aşan kısmıyla saklı paylı mirasçılar tarafından ileri sürülmesi, hakkın kötüye kullanılması teşkil eder.

Kısacası, tüm mirasçılara tek başına dava açma hakkı verilmesi, hem miras hukuku açısından saklı pay dışındaki miras payı sahiplerine tanınmayan bir hakkın verilmesi hem de borçlar ve eşya hukuku prensiplerine aykırı hareket edilmesi anlamına gelir. Saklı pay dışındaki kısım üzerinde murisin tasarruf özgürlüğü

bulunmakta olup, bu kısma ilişkin tasarruflara karşı mirasçılar, üçüncü kişi konumunda dava açamaz. Çünkü TMK, saklı pay için sağladığı korumanın benzerini diğer miras paylarına tanımamıştır. Son olarak, saklı paylı mirasçılar, muvazaaya ilişkin senetle ispat getirmeleri imkânsız olduğundan dolayı tanık dâhil her türlü delil ile iddialarını ispatlayabilirler.

4- 1974 tarihli ve 1/2 sayılı Yargıtay İBK'ya göre, murisin iradesi mal kaçırma amacı taşııyorsa muris muvazaası meydana gelmez. Murisin iradesinin mirastan mal kaçırma amacı taşıdığı hiçbir duraksamaya yer bırakmayacak şekilde ortaya konmalıdır. Ülke ve yörenin gelenek ve görenekleri, toplumsal eğilimler, olayların akışı, murisin sözleşmeyi yapmakta haklı ve makul nedeninin bulunup bulunmadığı, davalının alım gücü, davalı ile muris arasındaki beşeri ilişkiler, satım bedeli ile işlem tarihindeki gerçek değer arasındaki fahiş fark, satım bedelinin terekeden çıkmaması, yaşam boyunca malını satmamasına rağmen ölümüne yakın zamanda satması, satım ile birlikte intifa hakkının muris üzerinde bırakılması gibi hususlar hep birlikte değerlendirilerek murisin gerçek iradesi tespit edilmelidir.

Murisin yaptığı işlemin gerçek irade ve amacının ivaz karşılığı veya mirasçılar arasında paylaşırma olduğu anlaşılırsa, bu işlemler geçerli bir işlem olarak kabul edilir. Muris, mali sıkıntıları nedeniyle taşınmazını çok az bedelle satmışsa, kendisine normal bakım ötesinde bakan bir kimseye minnet borcu ödemek amacı gütmüşse, ahlaki bir ödevin ifası amaçlamışsa, evlenme sırasında kocanın eşine mehir amacıyla mal bağışlamışsa veya ileriye dönük bağışlama vaadinde bulunmuşsa, ortada muvazaalı işlem bulunmayıp ifa amacıyla yapılmış bir temlik vardır. Muris, sağlığında iken tüm malvarlığı üzerinde hak dengesini gözetken, tam bir eşitlik sağlamasa da kabul edilebilir ölçüde ve tüm mirasçılarını kapsayan paylaşırma amaçlı muvazaalı temlikler yapmışsa, muris muvazaasından değil murisin koyduğu paylaşırma kuralından bahsedilir. Bu durumda denkleştirme hükümleri devreye sokulabilir. Son olarak, muris, mirasçılardan birine veya üçüncü kişiye karma bağışlama yapmışsa, ortada muvazaalı işlem bulunmayıp, aksine geçerli bir işlem bulunmaktadır. Uygulamada, murisin iradesinin dayandığı ve mal kaçırma niyeti

taşınmayan pek çok farklı amaç bulunmakta olup burada saydıklarımız sınır teşkil etmemektedir.

5- 1974 tarihli ve 1/2 sayılı İBK'ya göre, görünürdeki işlem için öngörülen üç şart mevcut ise, muris muvazaası meydana gelir. Görünürdeki işlemin üç şartı, tapulu taşınmazın varlığı, bu taşınmazın murise ait olması ve tapu memuru önünde sözleşmeye dayalı devir iradesinin varlığıdır. Satım sözleşmesi ve ölünceye kadar bakma sözleşmesine dayalı tapulu taşınmaz devirlerinde bu şartlar gerçekleşmektedir.

a) Muris muvazaasının tipik örneği, görünürdeki işlemin satım sözleşmesi, gizli işlemin bağışlama sözleşmesi olduğu hallerdir. Satımın mirasçılardan birine veya üçüncü kişiye yapılması fark oluşturmaz. Ara malik aracılığıyla veya ticari şirkete satım gibi gösterme hallerinde de muris muvazaası hükümleri uygulanır. Muvazaalı şekilde haricen satılan veya taşınmaz satım vaadine konu edilen tapulu taşınmazın mahkeme kararıyla tescil ettirildiği hallerde, muris muvazaası hükümlerinin uygulanması gerektiği Yargıtay tarafından benimsenmiştir. Kanaatimizce, ortada tapu memuru önünde yapılmış irade beyanı olmadığından muris muvazaası oluşmaz. Bu nedenle, kanuna karşı hile doğrultusunda hareket edilerek kaçınılan içtihat hükümlerinin müeyyidesi uygulanmalıdır.

b) Ölünceye kadar bakma sözleşmesi yoluyla gerçekleştirilen muris muvazaasında murisin iradesinin tespitinde, sözleşmenin yapıldığı tarihte murisin yaşı, fiziki ve genel sağlık durumu, aile koşulları ve ilişkileri, devredilen malvarlığı değerinin tüm malvarlığı içerisindeki oranı ve bakım borcuna ivaz teşkil edecek boyutta olup olmadığı değerlendirilmelidir. Murisin özel bakıma ihtiyacının olmaması, sözleşmenin muvazaalı olduğu anlamına gelmez. Buna karşın, eşler arasındaki temliklerde özel bakım unsuru aranmalıdır. Fiili evlilik ilişkisinde, evliliğe ilişkin kanuni yükümlülüklerin doğmaması ve bunun yanında miras hakkının bulunmaması nedeniyle, özel bakım ihtiyacı bulunmasa da diğer kişiyi bakıp gözetme karşılığında birlikte yaşanan kişinin ivaz ile motive edilmesi makul karşılanabilir.

6- Uygulamada görülen birçok devir işlemi, görünürdeki işlemin üç şartını taşımamaktadır. Bu yüzden muris muvazaası, murisin sağılığında gerçekleştirdiğı her türlü muvazaalı işlen için söz konusu olmaz.

a) Taşınır ve tapusuz taşınmazların devri herhangi bir şekil şartına tabi olmadığından mirasçılarının muvazaa iddiasını ileri sürmelerinde hukuki yararları yoktur. Şartları oluşmuşsa, tenkis davası açılabilir.

b) Murisin kadastro memuru önünde zilyet lehine tescile muvafakat vermesi, hem gizli işlemdeki şekil eksikliği giderildiğinden hem devir işlemi tapu memuru önünde gerçekleştirilmediğinden hem de murisin tek taraflı irade beyanına dayanıldığından muris muvazaasına konu olmaz.

c) Uzun süreli kira sözleşmeleri muris muvazaası oluşmaz. Tapu sicilindeki kira hakkı şerhinin terkinini mirasçılar, külli halef sıfatıyla muvazaayı ispatlamak suretiyle talep edebilirler. Doğmuş kira bedeli borçlarının ibra edilmesi halinde, borcun kaynağı olan kira sözleşmesinin varlığı hakkında tartışma yapmaya gerek yoktur. Bu durumda tapuya verilen şerhin terkinini muvazaa hukuksal nedenine dayalı olarak istenemez, fakat mirasçılar, murisin ölümünden sonra doğmuş kira alacaklarını talep edebilir.

d) Murisin muvazaalı işlem yoluyla intifa hakkı tesisi bakımından Yargıtay, ortada mülkiyet devri olmadığından muris muvazaasının oluşmadığını kabul etmektedir. Buna göre, mirasçılar, külli halef olarak intifa sözleşmesinin muvazaa nedeniyle geçersizliğini ve intifa hakkının terkinini talep edebilir. Kanaatimizce, mirasçılarının tapulu taşınmazdan yararlanmalarını engelleyen böyle bir muvazaalı işlemde mirasçılar, üçüncü kişi konumunda tanık dâhil her türlü delille muvazaa iddiasını ispatlayabilmelidir. Sırf muris muvazaanın mülkiyetin devrine ilişkin sözleşmelerde uygulanacağı şeklinde bir katı tutum nedeniyle böyle bir sonuca varmak yerinde değildir. İntifa hakkı tesis edilen taşınmazın kullanma ve yararlanma hakkına muris ile danışıklı işlem yapan tarafın sahip olması, mirasçılar açısından malın terekede olmamasıyla neredeyse eşdeğerdir. Bu yüzden muris muvazaası

hükümleri uyarınca intifa hakkı sözleşmesinin geçersiz kılınması ve intifanın terkinini gerekir.

e) Murisin parasını üçüncü kişiye elden ödeyerek mirasçısı adına kayıt ettirdiği tapulu taşınmazlar açısından, murise ait bir tapulu taşınmazın devri söz konusu olmadığı ve elden bağışlama işlemi geçerli olduğu için muris muvazaası oluşmaz. Muris, üçüncü kişiden parasını ödeyerek taşınmaz satın alıp altsoyu adına kaydettirmekle altsoyunu ekonomik açıdan kalkındırmayı düşünmüşse, taşınmaz bedeli denkleştirmeye tabi tutularak terekeye iade edilmelidir. Muris, bu türden amaç güderek altsoy dışında bir mirasçısına veya üçüncü kişiye kazandırma yapmışsa, saklı paylı mirasçılar, TMK m. 565/3-4 gereği tenkis talep edebilir

f) Murisin muvazaalı şekilde düzenlediği borç senedi geçersizdir ve buradaki muvazaa mutlak muvazaa niteliğindedir. Muris muvazaası, nisbi muvazaa niteliğinde olduğundan yani görünürdeki işlemin ardına gizle nen bir işlemin varlığı gerektiğinden murisin mirastan mal kaçırmak amacıyla düzenlediği senet hakkında muris muvazaası iddiası ileri sürülemez.

g) Muris muvazaasının konusunu murisin sağlararası işlemleri oluşturur. Vasiyetname ve miras sözleşmesi, ölüme bağlı tasarruf olduğundan muris muvazaasına konu edilemez.

h) Kooperatif veya şirket payının devri, kişisel hakkın devri niteliği taşıdığından muris muvazaasına konu edilemez.

7- Muris muvazaası ile kollusion diye bahsedilen hileli gizli anlaşma birbirinden farklı kavramlardır. Kollusion, ahlaka aykırılık nedeniyle geçersizdir. Oysa muris, muvazaaya başvurdu diye muvazaanın yaptırımından vazgeçmek kabul edilebilir değildir. Muvazaa ile hedeflenen, tarafların gerçek iradesinin ortaya konulması ve geçerli şekilde kurulduğu takdirde gizli işlemin ayakta tutulmasıdır. Ahlaka aykırılık yaptırımının uygulanması, muris muvazaasının dayandığı gizli işlemin şekle uygun olması halinin göz ardı edilerek geçersiz kılınması anlamına gelir. Kaldı ki, doktrinde, kollusion, geniş anlamı ile muvazaa için kullanılsa da, bu

yönüyle muvazaalı işlemin kendine özgü yapısını değiştirmeyen bir anlam taşır. Dar anlamıyla kullanımında ise, temsilcinin üçüncü kişi ile işbirliğine girerek temsil olunan aleyhine gizli ihanet anlaşması yapması biçiminde tanımlanmıştır. Bu bilgiler ışığında, mirasçılardan biri veya üçüncü kişi ile işbirliğine girip murise ihanet etmek suretiyle vekâlet görevini kötüye kullanan temsilcinin yaptığı muvazaalı temlikler, muvazaa incelemesine girilmeden kollusion ve dolayısıyla ahlaka aykırılık nedeniyle geçersiz kabul edilebilir. Ancak murisin bilerek ve isteyerek gerçekleştirdiği muvazaalı işlemler açısından böyle bir sonuç öngörmek mümkün değildir. Muris muvazaasında, mirastan kaçırıldığı iddia edilen mal, murisin mülkiyet hakkının parçasıdır. Kaldı ki, mirasçıları muris sağlığında iken bağışta bulunsaydı, şartları varsa tenkis yoluyla haklarını arayabilecekken tenkis davası açmazlarsa bağış işlemi geçerli bir işlem gibi var olmaya devam edecektir. Dolayısıyla muris muvazaasını, iflas eden kimsenin mallarını kaçırma çabasına veya haksız şekilde mal edinen kişinin başkasıyla anlaşarak malını koruma altına alma gayretlerine benzetmemek gerekir

Yaşlı, hasta, bakıma muhtaç, yakınlarından uzak ve izole bir yaşam tarzına sahip murisin bu zor durumundan faydalanan akrabası, doktoru veya bakımevi çalışanı gibi kimselerin ona nazaran üstün konumunu kullanıp murisi bu tür muvazaalı işlemlere itmesi, İsviçre hukukunda dile getirilen miras düzenbazlığı kavramı ile örtüşür ve muris muvazaası hükümlerinden ayrı sonuçlar doğurur. Miras düzenbazı, muris ile arasında bir güven ilişkisi oluşturur ve eylemleriyle bu ilişkiyi istismar ederek murisin ölüme bağlı tasarrufta bulunmasını sağlar. Bu durumda murisin iradesinde sakatlık meydana gelir. Mirasçılar, irade bozukluğu haline dayanarak taşınmaz devir işleminin iptalini talep edebilir.

8- Muris muvazaasına dayalı dava açan kimse, öncelikle mirasçı sıfatına sahip olmalıdır. Dolayısıyla murisin ölümü anında sağ olmalı, mirasçı olma ehliyeti bulunmalı ve mirastan yoksun olmamalıdır.

Mirasçılık sıfatı ölümle kazanıldığı için murisin muvazaalı temlik yaptığı tarihte mirasçı olma şartı aranmamalıdır. Muvazaalı temlik sırasında mirasçı olmayıp sonradan evlat edinilen kimse, evlenilen kimse, cenin ve çocuk, murisin ölümü ile

birlikte mirasçı sıfatı kazandığından muris muvazaasına dayalı dava açmada hukuki yarara sahiptirler. Muvazaalı işlemin yapıldığı tarihte mirasçısı olmadığı için murisin henüz aldatma niyetinde olduğu bir mirasçıdan bahsedilemezse, sonradan mirasçı olan kişinin muvazaa davası açamayacağı kabul edilebilir. Ancak ileride saklı paylı mirasçı olma ihtimali bulunan nişanlının varlığı halinde, muris muvazaasından bahsedilebilir.

Muris muvazaasına dayalı dava açabilmek için miras açıldığı anda mirasçı sıfatını taşımak gerekir. Yani, muvazaalı temlikin yapıldığı anda mirasçı olsa dahi, kişi, mirasın açıldığı anda mirasçı sıfatı taşımıyorsa, muvazaa nedeniyle dava hakkı bulunmaz. Mirastan feragat sözleşmesi yapmış olan mirasçı, miras hakkından feragat ettiği için buna dayalı olarak muvazaa davasının açma hakkını kaybeder ve ivazsız feragat halinde alt soy dava hakkına sahip olur. Haklı nedenle mirastan çıkarılan veya mirası reddeden mirasçı da dava açma hakkını kaybeder ve yerine geçen alt soyu dava hakkına sahip olur.

Kök murisin muvazaalı işlemine karşı ara murisin dava açmamış olması, dava hakkından feragat ettiği anlamına gelmez. Böyle bir feragat açıkça verilmemişse, bu hakkı halefiyet yoluyla edinen ara murisin mirasçıları, zamanaşımı veya hak düşürücü süre gibi herhangi bir süreye tabi olmayan muvazaa iddiasının ileri sürebilir.

Yargıtay farklı görüşte olsa da, vasiyet alacaklısının muris muvazaasına ilişkin dava açma hakkı bulunmamaktadır. Çünkü vasiyetnamesinden istediği zaman dönebilmek için muvazaalı işlem yapmaya ihtiyacı bulunmayan murisin, sırf muvazaalı işlem yapması nedeniyle vasiyetnameden dönme iradesi yok sayılamaz. Bunun yanında vasiyet alacaklısı, dava açmada hukuki yararı bulunduğu kabul edilen her bir mirasçı gibi bir mirasçı değildir ve taraf sıfatı yoktur. Vasiyetname yoluyla atanmış mirasçı açısından da aynı sonucu benimsemek gerekir. Yargıtay uygulaması göz önüne alındığında miras sözleşmesi yoluyla atanan mirasçının muris muvazaasına dayalı dava açma hakkı vardır. Ancak savunduğumuz görüş doğrultusunda saklı paylı mirasçı olmadığından atanmış mirasçıya da dava açma hakkı verilmemelidir.

Mirasçı, murisin ölümünden sonra murisin bir başka bir mirasçı veya üçüncü kişi lehine yaptığı muvazaalı temlike yönelik muris muvazaasına dayalı dava açmayacağına dair yazılı taahhütname vermiş olabilir. Bu taahhütname, mirasçının miras hakkı üzerinde tasarrufta bulunduğu ve miras payını başkasına devrettiği anlamına gelir. Bu durumda mirasçı, muris muvazaası davası açarsa beklenen miras hakkını devralan kişi, ancak uğradığı zararın tazminini talep edebilir. Beklenen miras hakkının devri sözleşmesine murisin katılması söz konusu ise, ortada üçlü sözleşme vardır. Buna göre, mirasçı, murise karşı mirastan feragat eder ve muris, onun yerine lehine temlik yaptığı kişiyi mirasçı olarak atar. Bu durumda mirasçı, altsoya etki edecek şekilde mirastan feragat etmiş sayılır ve muris muvazaasına dayalı dava açamaz. Lehine temlik yapılan ise, atanmış mirasçı olduğu ama saklı paylı mirasçı olmadığı için, katıldığımız görüşe göre, muris muvazaasına dayalı dava açma hakkını elde edemez.

9- Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatları doğrultusunda hakkı çiğnenen tüm mirasçılar, yasal miras payı oranında tapu kaydının düzeltilmesini (uygulamadaki hatalı adlandırmaya göre tapu iptal ve tescilini) veya taşınmazın terekeye iadesini isteyebilir. Muris muvazaasına dayalı davada miras payı oranında tescil talep edilirse, istekle bağlı kalınmak suretiyle davacıların miras payları oranında tapu kaydının düzeltilmesi gerekir. Terekeye iade istemli muris muvazaasına dayalı davada, tüm mirasçılar adına tapu kaydının düzeltilmesi konu edildiğinden elbirliği mülkiyet kuralları çerçevesinde tüm mirasçıların muvafakati alınarak davaya katılım sağlanmalı veya terekeye atanan temsilci aracılığıyla dava açılmalıdır.

Muris muvazaasına dayalı dava kabul edildiği takdirde, şartları varsa ecrimisil de talep edilebilir. Murisin ölümüyle birlikte mirasçılar hak sahibi olduğundan davalının taşınmazı haksız işgali bu andan itibaren başlar. Bu yüzden davacı, murisin ölümünden itibaren dava tarihine kadar geçen süre için 5 yıllık zamanaşımı süresi dikkate alınmak kaydıyla ecrimisil isteyebilir. Ecrimisil, davacının payı oranında belirlenir.

Birbiriyle çelişmediği sürece davada değişik hukuki nedenlere dayanılabilir. Ehliyetsizlik, vekâlet görevinin kötüye kullanılması, hile gibi nedenlere

dayanıldığında, önce bu nedenlere ilişkin iddia incelenir. Bu iddialar ispatlandığında ayrıca muris muvazaasının incelenmesine gerek kalmaz. Fakat bu iddialar ispatlanamazsa, muris muvazaasına ilişkin iddiaların incelenmesine geçilir. Muris muvazaasına ilişkin davayı tek başına açabilen mirasçı, bu iddiaları da ileri sürüyorsa, tüm mirasçıların muvafakatini alarak davaya katılımlarını sağlamalı veya terekeye temsilci atanması yoluna başvurmalıdır.

Muris, sağlığında aralarındaki münasebet karşılığında metresine yaptığı tapulu taşınmaz konu edinen bağışlamayı, mirasçılardan mal kaçırmak amacıyla muvazaa perdesi arkasına gizlemiş olabilir. Muris muvazaasında ahlaka aykırı bir menfaatin elde edilmesi uğruna bir kazandırmaya gizli işlemin konu edilmiş olması halinde, gizli işlemin hem şekle aykırılık hem de ahlaka aykırılık taşıması gündeme gelir. Ahlaka aykırı amaç için verilenlerin iadesi yasaktır. Ancak bu yasağın sözleşmenin tarafları ile sınırlı olarak uygulanması gerekir. Yargıtay, tüm mirasçıları üçüncü kişi konumunda kabul ettiğinden iade yasağının uygulanmayacağı sonucuna varmıştır. Kanaatimizce burada istihkak talebi söz konusu olduğundan iade yasağı gündeme gelmez. Kaldı ki, taşınmazlar için kıyasen iade yasağını uygulanmasını bir an için kabul etsek bile, iade yasağının konuluş amacı göz önüne alındığında kötü niyetle zenginleşeni korumak pahasına saklı paylı mirasçıları taşınmazdaki paylarından mahrum etmek TMK m. 2 ile çelişir.

10- Uygulamada, tenkis davası ile birlikte veya ayrı dilekçeyle muris muvazaasına dayalı dava açılabilir. Muris muvazaasına ilişkin iddia öncelikle değerlendirildikten sonra muvazaa sabit görülürse, artık tenkis iddiası dinlenilmez. Muvazaa sabit görülmezse, tenkis şartları değerlendirilir. Ancak önce tenkis davasında kesin hüküm verilmişse, artık muvazaaya dayalı davanın açılmayacağı kabul edilmektedir. Kanaatimizce, hem tenkis davasını hem muvazaa davasını üçüncü kişi konumunda tek başına açması mümkün olan saklı paylı mirasçının, uygulamanın kabul ettiğinin aksine, muvazaa davasında eline sadece saklı payı geçer. Buna rağmen saklı paylı mirasçı, muris muvazaasına dayalı dava açmayıp tek başına tenkis davası açabilir. Bu durumda gizli bağışlama işleminin geçerliliğini

kabul ettiği varsayılır ve sonradan şekil eksikliğini ileri sürmesi, hakkın kötüye kullanılması teşkil eder.

Tenkis davasında muvazaanın ispatlanması halinde iki ihtimal ortaya çıkar. Tapulu taşınmaz muris ölmeden önceki bir yıl içerisinde bağışlanmışsa TMK m. 565/3, muris ölmeden önceki 1 yıldan önce bağışlanmışsa TMK m. 565/4 hükmüne göre tenkis uygulanır. TMK m. 565/3'e göre, muris ölmeden 1 yıl içerisinde yapılan bağışlamalar her ne olursa olsun tenkise tabidir. TMK m. 565/4'e göre, süre sınırı olmaksızın murisin sağlararası tasarrufları, saklı payı ihlal etme kastıyla yapılmışsa tenkise tabi olur. Muvazaanın ispatı, saklı payı ihlal kastının da ispatı kabul edilir.

11- Esasen günümüz toplumunun sosyo-ekonomik yapısı göz önünde bulundurulduğunda murisin tasarruf özgürlüğüne öncelik tanınması yolunda düzenlemeler yapılması gerektiği aşikârdır. Sosyo-ekonomik yapının murisin tasarruf özgürlüğüne etkisi Roma Hukukunda gelişmelerden anlaşılabilir. Roma Hukukunda murisin tasarruf özgürlüğüne getirilen kısıtlamalar, kent yaşamının yoğunlaştığı dönemlerde azalma eğilimi göstermektedir. Günümüzde kent yaşamının yaygınlaştığı, kişilerin yaşamları boyunca sıfırdan başlayarak servet elde edebildiği ve artık atalarından kalmış malların üzerinde emanetçiymiş gibi muamele görmedikleri bir dönemde murisin malları üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunması gerektiği kanaatindeyiz. Ancak bu husus, başka bir tezin çalışma konusu olabilir. Saklı pay müessesesi bulunduğu sürece tüm mirasçılara tanınmasa da, sadece saklı paylı mirasçılara üçüncü kişi konumunda muris muvazaası davası açma hakkı tanınması gereklidir. Muris muvazaasına dayalı davada saklı paylı mirasçılar, tenkis davasında olduğu gibi iddialarını her türlü delil ile ispatlayabilir. Saklı pay müessesesi ortadan kalkarsa o zaman mallarının tamamı üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunma özgürlüğüne sahip olacak murisin sağlararası muvazaalı işlemlerine yönelik saklı paylı mirasçıların muris muvazaasına dayalı dava açma hakkı da ortadan kalkacaktır.

KAYNAKÇA

- Abt, Daniel: **Die Ungültigkeitsklage im schweizerischen Erbrecht**, Basel, Helbing & Lichtenhahn Verlag, 2002.
- Acabey, Mehmet Beşir: “Yargıtay Kararları Işığında Muris Muvazaası”, **Yargıtay Kararları Işığında Güncel Medeni Hukuk Problemleri Sempozyumu Bildirileri 8-9 Kasım 2018**, Ed: Tuğçe Tuzcuoğlu, A. Hulki Cihan, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 471-487.
- Acar, Faruk: **Kira Hukuku Şerhi (TBK m. 299-322)**, 4. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, 2017.
- Acemoğlu, Kevork: **Türk Hukukunda Tapu Kütüğüne Kayıtlı Olmayan Gayrimenkullerin Hukuki Durumu**, İstanbul, 1965.
- Aday, Nejat: **Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muvazaa**, İstanbul, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş. , 1992.
- Akartepe, Alparslan: **Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi**, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010.
- Akbıyık, Cem: **Karma Bağışlama Kavramı ve Miras Hukuku’ndaki Yeri**, İstanbul, Alfa Yayınları, 1997, (Karma Bağışlama).
- Akbıyık, Cem: “Yargıtay’ın 1.4.1974 Gün ve ½ Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının Kadastro Kanunu Madde 13/B-a Uyarınca Yapılan Tespitlerde Uygulanamayacağı Yolundaki Görüşünün Eleştirisi”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 72, S. 4-5-6, 1998, s. 400-410, (Kadastro).
- Akbıyık, Cem: “Fransız Hukukunda İnançlı İşlemlerin Genel Anlamda Düzenlenmesi”, **Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, C.I**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2016, s. 111-122, (İnançlı İşlem).
- Akbulut, Pakize Ezgi: **Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama**

(Teolojik Redüksiyon) Yöntemi ile Daraltılması, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016.

Akcan, Gözde:

“Muris Muvazaası”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2019.

Akipek, Jale, Turgut Akıntürk,

Derya Ateş:

Eşya Hukuku, İstanbul, 2. Bası, Beta Yayınevi, 2018, (Eşya).

Akipek, Jale, Turgut Akıntürk,

Derya Ateş:

Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, İstanbul, 16. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2020, (Kişiler).

Akıntürk, Turgut, Derya Ateş:

Türk Medeni Hukuku-Aile Hukuku, 23. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, 2021.

Akkök, Semih:

“Türk Hukukunda Miras Bırakanın Muvazaalı İşlemleri ve Buna Bağlanan Hukuki Sonuçlar”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Özyeğin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2019.

Aksoy Dursun, Sanem:

“Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumuna Dair Bazı Düşünceler”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXVI, S. 2, 2008, s. 211-327, (Yorum).

Aksoy Dursun, Sanem:

“Sözleşmenin İçeriği; Sözleşmenin Yorumu, Muvazaalı İşlemler”, **Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Konfereansları I**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2014, s. 104-108.

Akyol, Şener:

Türk Medeni Hukukunda Temsil, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, (Temsil).

- Akyol, Şener: **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006, (Dürüstlük).
- Ali Haydar Efendi: “Muvazaa ve İstiğlal”, Sadeleştiren: Sabri Erturhan, **İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi**, S: 5, 2005, s. 267-296.
- Altaş, Hüseyin: **Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi**, Anlara, Yetkin Yayınları, 1998.
- Altaş, Hüseyin, Leyla Müjde Kurt: “İnançlı İşlemler”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2, S. 2, 2011, s. 1-28.
- Antalya, O. Gökhan: **Marmara Hukuk Yorumu: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1, 1, 2. Baskı**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Antalya, O. Gökhan, İpek Sağlam: **Marmara Hukuk Yorumu C. III: Miras Hukuku**, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Aral, Fahrettin, Hasan Ayrancı: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 13. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020.
- Arbek, Ömer: **Miras Hukukunda Ölümüne Bağlı İşlemlerde İrade Serbestisi Sınırları ve Müeyyidesi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013.
- Arsebük, Esat: **Borçlar Hukuku**, 3. Bası, Ankara, 1950.
- Arslantürk, Merve: “Muris Muvazaası” Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, 2019.
- Atamulu, İsmail: **Türk Borçlar Hukukunda Muvazaa**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017.
- Ateş, Derya: **Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2007.
- Ateş, Derya: “Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 72, 2007, s. 75-93.

- Ayan, Mehmet: “Nam-ı Müstear ve Hukuki Niteliği”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 2, 1984, s. 377-394, (Nam-ı Müstear).
- Ayan, Mehmet: **Miras Hukuku**, 10. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2020, (Miras).
- Ayan, Mehmet: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 12. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2020, (Borçlar).
- Ayanoğlu Moralı, Ahu: “Mülkiyet Hakkının Teminat Amaçlı Devrine Yönelik İnançlı İşlemler”, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2006.
- Aybay, Aydın, Hüseyin Hatemi: **Eşya Hukuku**, 4. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014.
- Aydın, Gülşah Sinem: “Borçlar Hukukunda Temsil Yetkisinin Kötüye Kullanılması”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 148, 2020, s. 235-290.
- Aydın, Öztürk: “Homolog Döllenme Yoluyla Elde Edilen Tüpteki Embriyonun Yasal Mirasçılığı”, **Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, C. I**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2016, s. 349-375.
- Aydın Ünver, Tülay: **Cenin Hukuki Konumu**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011.
- Ayiter, Nûşin: **Miras Hukuku**, 2. Bası, Ankara, Sevinç Matbaası, 1971.
- Bahadır, Senem: “Taşınmaz Mülkiyetinin Devrinde Muvazaa”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2012.
- Balaban Evirgen, Manolya: “Taşınmaz Mülkiyetinin Devrinde Miras Bırakanın Muvazaası”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı, İstanbul, 2014.

- Basler Kommentar: **Obligationenrecht I, Art. 1-159 OR**, (Herausgeber: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand), 6. Auflage, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2011, (BSK OR, Yazar).
- Basler Kommentar: **Zivilgesetzbuch II, Art 457-977 ZGB und Art 1-61 SchlT ZGB**, (Herausgeber: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Thomas Geiser), 4. Auflage, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2011, (BSK ZGB, Yazar).
- Başoğlu, Başak: “Miras Hukuku Özelinde Haksız Etkileme Kavramı ve Buna Bağlanabilecek Sonuçlar”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 1, 2018, s. 387-419.
- Baygın, Cem: **Türk Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005.
- Baygın, Cem: “Ölüme Bağlı Tasarruflarda Yorum”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. IV, S. 1-2, 2009, s. 567-595, (Yorum).
- Becker, Herman: **İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi: İkinci Bölüm: Çeşitli Sözleşme İlişkileri: Madde 184-551**, Çev: A. Suat Dura, Ankara, Yargıtay Yayınları, 1993.
- Berki, Şakir: **Medeni Hukuk: Umumi Esaslar, Şahıs Hukuku ve Aile Hukuku**, 1969.
- Bucher, Eugen: **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil**, 2.Auflage, Zürich, 1988.
- Brox, Hans, Wolf-Dietrich Walker: **Allgemeiner Teil des BGB**, 40. Auflage, München, Verlag Franz Vahlen, 2016, (BGB AT).
- Brox, Hans, Wolf-Dietrich Walker: **Erbrecht**, 27. Auflage, München, Verlag Franz Vahlen, 2016, (ErbR).
- Burcuoğlu, Haluk, Nami Barlas: “İsviçre Federal Mahkemesi’nin Açık Artırma İle Satım ve Danışıklı (Muvazaalı) İşlem Hakkındaki

- 04.11.1986 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi”, **Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, N. 17, İstanbul, 1988, s. 65-78.
- Büyükcay, Yusuf: **Roma Borçlar Hukukunda Hata**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007.
- Cura, Aykut: “Muris Muvazaası”, **Bursa Barosu Dergisi**, Yıl: 41, S. 97, Ağustos 2016, s. 148-192.
- Çavuşoğlu, Erhan: “Taşınmazlar Üzerinde Mülkiyeti Devir Amacı Güden İşlemlerde Muvazaa” Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, 2006.
- Demir, Şamil: “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumu”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl: 4, S. 14, Temmuz 2013, s. 1151-1175.
- Demirkol, Berk: “Muvazaa ile Muvazaaya Benzer Kurumlar ve Senetle İspat Kurallarının Bu Kurumlardaki Uygulaması”, **Sarper Süzek’e Armağan**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011.
- Demirsatan, Barış: “İrade Beyanlarının Yorumlanması Bakımından Muvazaa”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 26, S. 2, Aralık 2020, s. 1220-1241, (Çevrimiçi) DOI: 10.33433/maruhad.746430, 07.03.2021.
- Develioğlu, Ferit: **Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat**, Ankara, Aydın Kitabevi, 2002.
- Di Marzo, Salvatore: **Roma Hukuku**, Çev: Ziya Umur, 2. Baskı, İstanbul, Sulh Garan Matbaası, 1959.
- Dural, Mustafa, Turgut Öz: **Türk Özel Hukuku, Cilt IV, Miras Hukuku**, 15. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2020.
- Druey, Jean Nicholas: **Grundriss des Erbrecht**, 5. Auflage, Bern, 2002.
- Dündar, Mustafa: “Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara

Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, 2006.

Eccher, Bernhard:

Bürgerliches Recht, Band IV: Erbrecht, (Herausgeber: Peter Apathy), 4. Auflage, Wien, Springer Verlag, 2010.

Edis, Seyfullah:

“Türk Medeni Hukukunda İyiniyet (Subjektif Hüsnüniyet)”, **Prof. Dr. Hüseyin Cahit Oğuzoğlu’na Armağan**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Sevinç Matbaası, 1972, s. 135-166.

Egger, August:

İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Giriş ve Kişinin Hukuku, Çev: Volf Çernis, 2. Bası, Ankara, Adliye Vekaleti Yayınları, 1947.

Eitel, Paul:

Berner Kommentar, Band III: Das Erbrecht. 2. Abteilung: Der Erbgang. 3. Teilband: Die Ausgleichung Art. 626-632, Bern, Stämpfli, 2004, (BK ZGB, Eitel).

Eitel, Paul:

“Die erbrechtliche Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendung im Spannungsfeld zwischen Ausgleichung und Herabsetzung”, **Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins**, Herausgeber: Heinz Hausheer, Jörg Schmid, 142/2006, Bern, Stämpfli Verlag AG, s. 457-494.

Eren, Fikret:

Türk Medeni Hukukunda Tenkis Davası, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1973, (Tenkis Davası).

Eren, Fikret:

“Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XII, S. 1-2, 2008, s. 103-126.

Eren, Fikret:

Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, (Borçlar Genel).

Eren, Fikret:

Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021, (Borçlar Özel).

Eren, Fikret, İpek Yücer Aktürk:

Türk Miras Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020.

- Ergüne, M. Serkan: **Vasiyetnamenin Yorumu**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011.
- Erman, Hasan: **Medeni Hukuk Dersleri: Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku**, 7. Basım, İstanbul, Der Yayınları, 2020, (Medeni).
- Erman, Hasan: **Eşya Hukuku Dersleri**, 9. Basım, İstanbul, Der Yayınları, 2020, (Eşya).
- Erman, Walter: **Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Band**, Aschendorff-Münster, 1975, (Erman, Yazar).
- Ertaş, Şeref: **Eşya Hukuku**, 14. Baskı, İzmir, Barış Yayınları, Fakülteler Kitabevi, 2018.
- Escher, Arnold: **Medeni Kanun Şerhi, 3. Cilt, Miras Hukuku**, Çev: Sabri Şakir Ansay, Ankara, 1953.
- Escher, Arnold: **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), III. Band: Erbrecht, 2. Abteilung: Der Erbgang (Art. 537-640 ZGB)**, 3. Auflage, Zürich, 1960.
- Esener, Turhan: “Borçlar Hukuku Sistemimize Göre Akitlerin İnikadında İtimat Prensibinin Ehemmiyeti”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 9, S. 3, 1952, s. 166-197, (İtimat).
- Esener, Turhan: **Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1956, (Muvazaa).
- Esener, Turhan: **Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından Salahiyete Müstenit Temsil**, Ankara, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, Ajans Türe Matbaası, 1961, (Temsil).
- Esener, Turhan, Kudret Güven: **Eşya Hukuku**, 8. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019.
- Eviz, Esra: **Muris Muvazaası**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019.

- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, 2. Bası, İstanbul, 1976.**
- Flume, Werner: **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band 2: Das Rechtsgeschäft, 4. Auflage, 1992.**
- Gauch, Peter: “Vertrag und Parteiwille”, **Hundert Jahre Schweizerische Obligationenrecht, Le Centenaire du Code des Obligations**, Freiburg, 1982, s. 343-367.
- Gauch, Peter, Walter R. Schleup, Jörg Schmid, Susan Emmenegger: **Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, zwei Bände, 10. Auflage, Zürich, Schulthess, 2014.**
- Gençcan, Ömer Uğur: **Miras Hukuku, 4. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020.**
- Giger, Hans: **Berner Kommentar, Band VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband: Kauf und Tausch, 3. Abschnitt: Der Grundstückkauf, Art. 216-221 OR, Bern, Stämpfli, 1997, (BK OR, Giger).**
- Gönensay, Samim,
- Kemalettin Birsan: **Miras Hukuku, 2. Bası, İstanbul, Ahmet Sait Matbaası, 1963.**
- Grundmann, Stefan: “Favor Testamenti: Zu Formfreiheit Und Formzwang Bei Privatschriftlichen Testamenten”, **Archiv für die civilistische Praxis**, 187 4/5, 1987, s. 429-476.
- Guhl, Theo, Alfred Koller, Anton Schnyder,
- Jean Nicolas Druey: **Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Auflage, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 2000.**

- Güleş, Bedia: “Türk Miras Hukukunda Denkleştirme”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 134, 2018, s. 355-430.
- Gümüş, Mustafa Alper: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt I**, 3. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013.
- Günay, Erhan: **Mirastan Mal Kaçırma**, 8. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Günay, Meryem: “Roma Hukukundan Günümüze Muvazaa Kavramı”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2007.
- Güneren, Ali: **Tasarrufun İptali Davaları**, 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012.
- Güral, Jale: **Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medeni Kanunun Sistemi**, Ankara, 1953.
- Hatemi, Hüseyin: **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1976, (Ahlaka Aykırılık).
- Hatemi, Hüseyin: “Nam-ı Müstear Kavramı ve Vekâlet İlişkisi”, **Temsil ve Vekâlete İlişkin Sorunlar Sempozyumu**, 14-16 Haziran 1976, İstanbul, 1977, s. 127-146, (Nam-ı Müstear).
- Hatemi, Hüseyin: **Miras Hukuku**, 9. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021, (Miras).
- Hatemi, Hüseyin, Rona Serozan, Abdülkadir Arpacı: **Eşya Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1991, (Eşya).
- Hatemi, Hüseyin, Rona Serozan, Abdülkadir Arpacı: **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992, (Borçlar Özel).
- Hatemi, Hüseyin,

- Emre K. Gökyayla: **Borçlar Hukuku Genel** Bölüm, 4. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017.
- Hatipoğlu, Cihan Yüksel: **Murisin Mirasçılar Aleyhine Yaptığı Sağlararası Muvazaalı Muamelelerin Hukuki Sonuçları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2004.
- Helms, Tobias: “Testierfreiheit und ihre Grenzen im deutschen, österreichischen und schweizerischen Recht”, **Freedom of Testation/Testierfreiheit**, Ergebnisse der 33. Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung vom 15. Bis 17. September 2011 in Trier, Ed: Reinhard Zimmermann, Mohr Siebeck, 2012.
- Homberger, Arthur: **Zürcher Kommentar zum ZGB, IV: Band: Das Sachenrecht, Dritte Abteilung: Besitz und Grundbuch, Art. 919-977**, 2. Auflage, Zürich, Schulthess Verlag, 1938.
- Honig, Richard: **Roma Hukuku**, Çev: Şemseddin Talip, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 72, Matbaai Ebuzziya, 1938.
- Honsell, Heinrich: **Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil**, 9. Auflage, Bern, Stämpfli Verlag, 2010, (BT).
- Honsell, Heinrich: **Römisches Recht**, 8. Auflage, Berlin, Springer-Verlag, 2015, (RR).
- Honsell, Heinrich, Theo Mayer-Maly, Walter Selb: **Römisches Recht**, Aufgrund des Werkes von Paul Jörs, Wolfgang Kunkel und Leopold Wenger, 4. Auflage, Berlin, Springer Verlag, 1987.
- Huguenin, Claire: **Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil**, 3. Auflage, Zürich, Schulthess Verlag, 2019.
- İmre, Zahit, Hasan Erman: **Miras Hukuku**, 15. Basım, İstanbul, Der Yayınları, 2021.

- İnal, Emrehan: “Denkleştirme ve Tenkis Davalarında Parası Mirasbırakan tarafından Ödenerek Mirasçılardan Biri Adına Alınan Taşınmazların Durumu”, **İstanbul Üniverisitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXV, S. 2, 2007, s. 275-298.
- İnan, Ali Naim: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı**, 3. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1984.
- İnan, Ali Naim, Şeref Ertaş, Hakan Albaş: **Türk Medeni Hukuku, Miras Hukuku**, 10. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- İncedal Denizhan, Sıddıka: “Miras Hukukunda Muvazaalı İşlemler ve Tabi Olduğu Hükümler”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2019.
- İnceoğlu, Murat: **Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2009.
- İnci, Onur: “Yargıtay Uygulamasında Muris Muvazaası”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2019.
- İstanbul Şerhi: **Türk Borçlar Kanunu C. 1 (Madde 1-82)**, Ed: M. Turgut Öz, Faruk Acar, Emre Gökyayla, H. Murat Develioğlu, 3. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019, (İstŞ TBK, Yazar, C. 1).
- İstanbul Şerhi: **Türk Borçlar Kanunu C. 4-5 (Madde 207-392)**, Ed: M. Turgut Öz, Faruk Acar, Emre Gökyayla, H. Murat Develioğlu, 3. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019, (İstŞ TBK, Yazar, C. 4-5).
- Jauerning, Othmar: **Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar**, 16. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2015, (Jauerning, Yazar, BGB).

- Jäggi, Peter: “Vertrauensprinzip und Gesetz”, **Aequitas und Bona Fides, Festgabe zum 70. Geburtstag von August Simmonius**, Basel, 1955, s. 145-159.
- Jäggi, Peter, Peter Gauch, Stephan Hartmann: **Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Art. 18 OR, Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge; Simulation**, 4. Auflage, Zürich, Schulthess, 2014.
- Kalkan Oğuztürk, Burcu: **Güven Sorumluluğu**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008.
- Kaplan, İbrahim: “Muris Muvazaası”, **Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, Cilt: II**, Ed: Nihal Ural Çınar, Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Karadeniz-Çelebican, Özcan: **Roma Hukuku: Tarihi - Kaynaklar - Genel Kavramlar - Kişiler Hukuku - Hakların Korunması**, 14. Basım, Ankara, Turhan Kitabevi, 2014.
- Karayalçın, Yaşar: “Tapulama ve Kadastro İşlerinde On Yıllık Hak Düşürücü Süre, 8.5.1987 Tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı-23.11.1988 Tarihli Hukuk Genel Kurulu Kararı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 1990/1, s. 46-48.
- Karayalçın, Yaşar: “Muvazaa (Danışık) – Hileli Anlaşma – Miras Bırakanın Muvazaası”, **Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay’ın Hatırasına Armağan**, İstanbul, 1999, s. 343-375, (SSTH).
- Karayalçın, Yaşar: “Mirasçının Muvazaa Nedeniyle İptal Davası Açma Hakkı Var mıdır?” **Yargıtay Dergisi Özel Sayı**, C. 15, S. 1-4, s. 323-337, (YD).
- Karayalçın, Yaşar: **Mirasbırakanın Muvazaası mı? Tasarruf Özgürlüğü ve Saklı Payın Korunması mı?**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2004.
- Karlı, Abdurrahim: **Medeni Muhakeme Hukuku**, 5. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2020, (Muhakeme).

- Karlı, Abdurrahim: **İcra İflas Hukuku Ders Kitabı**, İstanbul, Alternatif Yayınları, 2010, (İcra İflas).
- Kayaoğlu, Ahmet Ziya: “Muvazaa Akitleri ve Tatbikatı”, **Adalet Dergisi**, S. 19, 1953, s. 91-104.
- Kayhan, Fahrettin: “Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muvazaa”, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 3, 2000, s. 177-198.
- Keller, Max, Christian Schöbi: **Das Schweizerische Obligationenrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrecht**, 3. Auflage, Basel, Helbing&Lichtenhahn Verlag, 1988.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.: “Taşınmaz Satımında Şekil ve Hakkın Kötüye Kullanılması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 38, S. 1-4, 1981, s. 209-222, (Şekil).
- Kılıçoğlu, Ahmet M.: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 24. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2020, (Borçlar).
- Kılıçoğlu, Ahmet M.: **Miras Hukuku**, 10. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2019, (Miras).
- Kılınç, Ayşe Nur, Ahmet Kılınç: “Mehrin Türk Pozitif Hukuk Açısından Yeniden Değerlendirilmesi Gerekliliği”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 10, S. 1, 2019, s. 103-118, DOI: 10.21492/inuhfd.497061.
- Kiper, Osman: **Muvazaa (Mirasçıdan Satış Görünümüyle Mal Kaçırma), Tenkis, Mirasta Geri Verme, Mirasta Hak Ediş (İstihkak) Davaları**, Ankara, 1995.
- Kipp, Theodor, Helmut Coing: **Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, V. Band, Erbrecht**, 13. Auflage, Tübingen, 1978.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip: **Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı**, İstanbul, 1968, (Hata).
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip: **Miras Hukuku**, 3. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1987, (Miras).

Kocayusufpaşaoğlu, Necip,

(Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/

Serozan/Arpacı):

Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 7. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017, (Borçlar).

Koschaker, Paul:

Modern Hususi Hukuka Giriş-Kitap VI. Miras Hukuku, Çev: Kudret Ayiter, Ankara, 1950, (Miras).

Koschaker, Paul:

Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Çev: Kudret Ayiter, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara, 1983, (Roma).

Köprülü, Bülent:

Medeni Hukuk: Genel Prensipler, Kişinin Hukuku, Aile Hukuku, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1970-1971.

Kramer, Ernst A., Bruno Schmidlin: **Berner Kommentar, Band VI: Obligationenrecht. 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen. 1. Teilband: Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR**, Bern, Stämpfli, 1986, (BK OR, Kramer, Schmidlin).

Kramer, Ernst A.:

Berner Kommentar, Band VI: Obligationenrecht. 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen. 1. Teilband: Inhalt des Vertrages Art. 19-22 OR, Bern, Stämpfli, 1986, (BK OR, Kramer).

Kuntalp, Erden:

Karışık Muhtevalı Akit, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1971.

Kurşat, Zekeriya:

Borçlar Hukukunda Hile Kavramı, İstanbul, 2003.

- Kurt, Leyla Müjde: “Ceninin Mal Varlığı Hakları”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2, S. 1, 2011, s. 177-207.
- Kuru, Baki: **İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2016, (İcra).
- Kuru, Baki: **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2015, (Medeni Usul).
- Küley, Muin M. : **Medeni Kanunda ve Tatbikatta Müruruzzamanla İktisap**, İstanbul, Sermet Matbaası, 1957.
- Limmer, Peter: **Testament und Erbvertrag**, (Herausgeber: Wolfgang Reimann, Manfred Bengel, Jörg Mayer), 6. Auflage, Carl Heymans Verlag, 2015, (Limmer, in: Testament und Erbvertrag).
- Medicus, Dieter, Jens Petersen: **Allgemeiner Teil des BGB**, 11. Auflage, Heidelberg, C.F. Müller, 2016, (AT BGB).
- Medicus, Dieter, Jens Petersen: **Bürgerliches Recht – Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung**, 25. Auflage, München, Verlag Franz Vahlen, 2015, (BürgerIR).
- Meier-Hayoz, Arthur: **Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschlusses**, Aarau, Zürich, 1948, (Vertrauenprinzip).
- Meier-Hayoz, Arthur: **Berner Kommentar, Band IV, Das Sachenrecht, Abteilung 1, Das Eigentum, Teilband 1: Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen, Art. 641-654 ZGB**, 5. Auflage, Bern, Verlag Stämpfli, 19981, (BK ZGB, Meier-Hayoz).
- Metzger, Peter: **Schweizerisches Juristisches Wörterbuch**, Basel, 2005.
- Muşul, Timuçin: **İcra ve İflas Hukuku, Cilt: II**, 6. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, (İcra ve İflas).

- Muşul, Timuçin: **İcra ve İflas Hukukunda: Tasarrufun İptali Davaları**, 3. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2021, (Tasarrufun İptali).
- Münchener Kommentar: **BGB Band 1: Allgemeiner Teil (§§ 1-240), ProstG, AGG**, (Herausgeber: Jürgen Sacker, Arnold Armbrüster, et al.) 3. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2013, (MüKo BGB, Yazar).
- Münchener Kommentar: **BGB Band 9: Erbrecht (§§ 1922-2385), BeurkG, (§§ 27-35)**, (Herausgeber: Sybille Kessal-Wulf, Christoph Ann, Thomas Gergen, et al.) 6. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2013, (MüKo BGB, Yazar).
- Nomer, Haluk Nami: “Sunî Döllenme Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri”, **M. Kemal Oğuzman Anısına Armağan**, İstanbul, 2000, s. 545-594.
- Nomer, Haluk Nami: Borçlar Hukuku Genel **Hükümler**, 17. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, 2020, (Borçlar).
- Nomer, Haluk Nami: “Teminat Amaçlı Vefalı Satışlar ile İnanç Sözleşmeleri ve Lex Commissoria Yasağı”, **Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, C. II**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2016, s. 2007-2016, (İnanç Sözleşmeleri).
- Nomer, Haluk Nami,
- Mehmet Serkan Ergüne: Eşya Hukuku: Zilyetlik, Tapu Sicili, Mülkiyetin Genel Hükümleri, Taşınır Mülkiyeti, Rehin Hakları, Taşınmaz İrtifakı, İntifa Hakkı, 8. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Oğuz, Arzu: “Roma ve Türk Hukukunda İnançlı İşlem ve Vekâlet Sözleşmelerinin Karşılaştırılması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 41, S. 1-4, Ankara, 1990, s. 233-281, (İnançlı İşlem).
- Oğuz, Arzu: “Muvazaa Kuramının Instinianus’tan Günümüz Modern Kanunlaştırma Hareketlerine Kadar Gelişim Çizgisi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk**

- Fakültesi Dergisi**, C. 45, S. 1-4, Ankara, 1996, s. 453-481, (Muvazaa).
- Oğuzman, M. Kemal: “Mirasbırakanın Gayrimenkule İlişkin Muvazaalı İşlemleri Bakımından Tenkis Davası ve Tapu Kaydının Tashihi Davası”, **İlhan Postacıoğlu’na Armağan**, İstanbul, 1990, (Muvazaa).
- Oğuzman, M. Kemal: **Miras Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1995, (Miras).
- Oğuzman, M. Kemal, Nami Barlas: **Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**, 26. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020.
- Oğuzman, M. Kemal, M. Turgut Öz: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I**, 18. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020, (Borçlar I).
- Oğuzman, M. Kemal, M. Turgut Öz: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II**, 15. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020, (Borçlar II).
- Oğuzman, M. Kemal, Özer Seliçi,
- Saibe Oktay-Özdemir: **Eşya Hukuku**, 22. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2020.
- Oktay, Saibe: **Türk Hukukunda Tapuya Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Zamanaşımı İle Kazanılması**, İstanbul, 1990.
- Olzen, Dirk: **Erbrecht**, 4. Auflage, Berlin, de Gruyter Stadium, 2013.
- Oser, Hugo,
- Wilhelm Schönenberger: **Borçlar Hukuku: Birinci Kısım**, Çev: Recai Seçkin, Ankara, Adalet Bakanlığı, 1947, (Seçkin).
- Oser, Hugo,
- Wilhelm Schönenberger: **İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi: Eski Kefillik, Yeni Kefillik; Kumar, Bahis; Sağlığınca Gelir, Sağlığınca Bakma Sözleşmeleri, İBK 492/529-**

- TBK 483/519**, Çev: İsmet Sungurbey, Ankara, Yargıtay Yayınları, 1964, (Sungurbey).
- Öz, Turgut: **Öğretide ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme**, İstanbul, 1990.
- Özkaya, Eraslan: **İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları**, 8. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Özmen, Etem Saba,
Gülşah Sinem Aydın: “Tapu İptal Davası Olarak Yanlış Adlandırma ile Açılan Davalar (Tescili İsteme Davası/Yolsuz Tescilin Düzeltilmesi Davası)”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 88, S. 6, 2014, s. 179-216.
- Özsunay, Ergun: **Türk Hukuku’nda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler**, İstanbul, 1968, (İnançlı Muamele).
- Özsunay, Ergun: “Rights of Embryo and Foetus in Private Law”, **Convergence of Legal Systems in the 21st Century, General Reports Delivered at the XVIth International Congress of Comparative Law**, Brisbane, Australia, 14-21 July 2002, Extrait, Bruxelles 2006, s. 1274-1413, (Embryo).
- Özüğür, Ali İhsan: **Açıklamalı-İçtihatlı Tenkis, Mirasta Denkleştirme ve Muvazaa Davaları**, 5. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015.
- Palandt, Otto: **Beck’sche Kurz Kommentare, Band 7, Bürgerliches Gesetzbuch**, 72. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2013, (Palandt, Yazar, BGB).
- Pekcanitez, Hakan, Oğuz Atalay,
Muhammet Özekes: **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, 8. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Pekcanitez, Hakan, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan,
Muhammed Özekes: **İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı**, 7. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020.

- Picenoni, Vito: **Die Auslegung von Testament und Erbvertrag**, Zürich, Polygraphischer Verlag AG, 1955.
- Piotet, Paul: **Erbrecht, Schweizerisches Privatrecht (SPR), Vierter Band, (1. Halbband)**, Basel und Stuttgart, 1978.
- Postacıoğlu, İlhan: **Gayrimenkullerin Ferağına Müteallik Akitlerde Şekle Riayet Mecburiyeti**, İstanbul, 1945, (Şekle Riayet).
- Postacıoğlu, İlhan: **Şehadetle İspat Memnuiyeti ve Hududları**, 2. Bası, İstanbul, 1964, (Şehadetle İspat Memnuiyeti).
- Postacıoğlu, İlhan: “Nam-ı Müstear Meselesi: Vekâlet ve İtimat Mukaveleleri ile Muvazaanın Karşılıklı Münasebetleri”, **Makaleler ve Karar İncelemeleri**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011, s. 789-818, (Nam-ı Müstear Meselesi).
- Postacıoğlu, İlhan: “Nam-ı Müstear ve Muvazaa Meseleleri Hakkında Yeni Görüşler”, **Makaleler ve Karar İncelemeleri**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011, s. 819-850, (Nam-ı Müstear ve Muvazaa).
- Postacıoğlu, İlhan: “Nam-ı Müstear Meselesi”, **Makaleler ve Karar İncelemeleri**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011, s. 851-856, (Nam-ı Müstear).
- Pürselim-Arning, Hatice Selin: “Türk ve Alman Milletlerarası Özel Hukuklarında Mehîr Kavramının Vasıflandırılması”, **Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl: 33, S. 2, 2013, s. 137-151.
- Reisoğlu, Safa: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 23. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, 2012.
- Sağlam, İpek: “Tarımsal İşletmelerin Özgülenmesi Sorunu ve Bu Sorunun Tarım Reformu Açısından Değerlendirilmesi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 16, S. 1-2, 2010, s. 201-231,

(Çevrimiçi) dergipark.org.tr/tr/pub/maruhad/
issue/50633/659382, 08.03.2021.

- Sağlam, İpek: “Devletin Yasal Mirasçılığı”, **Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, C. III**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2016, s. 2473-2496.
- Sapanoğlu, Süleyman: **Muvazaa ve İnançlı İşlem Davaları**, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Sarıgöllü, Ersin: “Muvazaa”, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 4, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Saymen, Ferit Hakkı: “Kanuna Karşı Hile İstimali”, **İstanbul Barosu Mecmuası**, 1940, s. 476-492.
- Schellhammer, Kurt: **Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen samt BGB Allgemeiner Teil**, 7. Auflage, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2008.
- Schlütter, Wilfried: **Erbrecht**, 16. Auflage, München, 2007.
- Schmid, Jörg, Hubert Stöckli, Frederic Krauskopf: **Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil**, 2. Auflage, Zürich, Schulthess Verlag, 2016.
- Schwarz, Andreas B. : **Borçlar Hukuku Dersleri**, Çev: Dr. Bülent Davran, İstanbul, 1948.
- Schwenzer, Ingeborg: **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil**, 7. Auflage, Bern, Stämpfli Verlag, 2014.
- Serozan, Rona: **Die Überwindung der Rechtsfolgen des Formmangels im Rechtsgeschäft nach deutschem, schweizerischem und türkischem Recht**, Tübingen Mohr, 1968.
- Serozan, Rona: “Geçersiz Satım Sözleşmesinin Karşılıklı İfa Sonrası Çözülmesi”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Yıl: 2, S.4’den ayrı basım, İstanbul, Garanti Matbaası, 1969, (Satım Sözleşmesi).

- Serozan, Rona: **Sağlararası İşlem Yoluyla Ölüme Bağlı Kazandırma**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1979, (Sağlararası).
- Serozan, Rona: “Taşınır Eşya Mülkiyetinin Devrinin Aynı Tasarruf Sözleşmesinin Borçlanma Sözleşmesinden Ayrılığı ve Soyutluğu”, **Prof. Dr. Tahir Çağa’nın Anısına Armağan**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2000, s. 397-412, (Taşınır).
- Serozan, Rona (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/
Serozan/Arpacı): **Borçlar Hukuku Genel Bölüm Cilt III: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, 7. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016, (İfa).
- Serozan, Rona: **Medeni Hukuk, Genel Bölüm-Kişiler Hukuku**, 6. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015, (Medeni).
- Serozan, Rona: “Miras Hukukunun Gelişim Süreci: Sosyo-Ekonomik Planda ve Hukuk Politikasında Yaşanan Değişiklikler ve Bu Değişikliklerin Miras Hukukunun Gelişimi Üzerindeki Etkileri”, Çev: Meliha Sermin Paksoy, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXXIII, S. 1, 2015, s. 531-560.
- Serozan, Rona, Baki İlkay Engin: **Miras Hukuku**, 6. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Sert Sütçü, Selin: **Miras Birakanın Muvazaalı Hukuki İşlemleri ve Sonuçları**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Sevgi, Emre: “Miras Birakanın Muvazaalı İşlemleri”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2008.
- Sieker, Susanne: **Umgehungsgeschäfte: typische Strukturen und Mechanismen ihrer Bekämpfung**, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001.

- Stark, Emil W. : **Berner Kommentar, Zivilgesetzbuch, Der Besitz, Art. 919-941 ZGB**, 3. Auflage, Bern, Stämpfli, 2001, (BK ZGB, Stark).
- Sun, Nuran: “Muris Muvazaası”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Gaziantep, 2019.
- Sungurbey, İsmet: **Türk-İsviçre Hukukuna Göre İktisabi Müruruzzaman**, İstanbul, 1956, (İktisabi Müruruzzaman).
- Sungurbey, İsmet: “Borçlar Yasası md. 65’teki Kuralın Uygulama Alanı Üstüne”, **Medeni Hukuk Eleştirileri**, Cilt: 3, 1971, s. 137-150.
- Sungurbey, İsmet: “İğreti Ad (Nam-ı Müstear) Sorunu”, **Halil Arslanlı’nın Anısına Armağan**, İstanbul, 1978, s. 153-185, (Nam-ı Müstear).
- Sungurbey, İsmet: **Mirasbırakanın Danışıklı İşlemleri, Dürüstlük Kurallarının Uygulama Alanı, Çifte Satış Sözleşmeleri**, İstanbul, 1992, (Danışıklı İşlemler).
- Şahin, Ayşenur: “Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesinin Hükümleri”, **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, Cilt II**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, s. 1447-1495.
- Şener, Esat: **Miras Hukuku, Birinci Kitap**, Ankara, Olgaç Matbaası, 1977.
- Şenol, A. Nilay,
- Özge Uzun Kazmacı: “5430 Sayılı Kanun Çerçevesinde Terekedeki Tarım Arazilerinin Devredilmesi Karşısında Muris Muvazaası”, **İstanbul Hukuk Mecmuası**, C. 78, S. 1, 2020, s. 161-192, (Çevrimiçi), http://mecmua.istanbul.edu.tr/tr/_, 11.02.2021.
- Tahiroğlu, Bülent, Belgin Erdoğan: **Roma Hukuku Dersleri**, 14. Basım, İstanbul, Der Yayınları, 2020.

- Tandoğan, Haluk: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1**, 6. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, (I/1).
- Tandoğan, Haluk: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/2**, 4. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, (I/2).
- Tandoğan, Haluk: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt II**, 5. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, (II).
- TBMM: **Tutanak Dergisi**, C. 43, 21.6.1987 tarihli birleşim eki S: 590.
- Tekdoğan, Aydın: “Muris Muvazaası Nedeniyle Tapu İptali ve Tescil, Terditli Tenkis İstemli Davalarda Yetkili Mahkeme”, **Leges Hukuk Dergisi**, S. 115, Temmuz 2019, s. 43-60.
- Tekinay, Selahattin Sulhi, Sermet Akman,
- Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993.
- Tekinay, Selahattin Sulhi, Sermet Akman,
- Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop: **Eşya Hukuku, C. I**, 5. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1989.
- Tercier, Pierre, Pascal Pichonnaz,
- Murat Develioğlu: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 2. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Thilo, Wilhelm, Jean B. Sirey,
- L. M. Devilleneuve: **Französische Civilgesetzbuch und Handelsrecht, 2. Band von Art. 893-2281**, Karlsruhe, 1839.
- Topçuoğlu, Hamide: “Kanuna Karşı Hile (Kanundan Kaçınma Yolları)”, Ankara Hukuk Fakültesi Doktora Tezi, Ankara, 1950.
- Topdemir, Fuat: “Miras Bırakanın Mirasçıdan Mal Kaçırma Amacıyla Yaptığı Muvazaalı İşlemlere Karşı Başvuru Yolları” Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler

Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 1995.

Topuz, Murat:

“Yargıtay Kararları Işığında Muris Muvazaasının Varlığını Gösteren Emareler”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. İlhan Ulusan’a Armağan Özel Sayı Cilt II, C. 15, S. 2, Temmuz 2016, s. 709-728.

Tunçomağ, Kenan:

Türk Borçlar Hukuku 1. Cilt – Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul, Sermet Matbaası, 1976, (I).

Tunçomağ, Kenan:

Türk Borçlar Hukuku 2. Cilt – Özel Borç İlişkileri, 3. Bası, İstanbul, Sermet Matbaası, 1977, (II).

Tunçomağ, Kenan:

Ölünceye Kadar Bakma Akdi, Ankara, Ayyıldız Matbaası, 1959, (Ölünceye Kadar Bakma Akdi).

Tuor, Peter, Vito Picenoni:

Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band III: Das Erbrecht, 2. Abteilung: Der Erbgang (Art. 537-640 ZGB), 2. Auflage, Bern, 1964, (BK ZGB, Tuor, Picenoni).

Tuor, Picenoni, Bernhard Schnyder,

Jörg Schmid, Alexandra Jungo: **Das Schweizerische Zivilgesetzbuch**, 14. Auflage, Zürich, Schulthess Verlag, 2015.

Türk Hukuk Kurumu:

Türk Hukuk Lügatı, 3. Baskı, Ankara, Başbakanlık Basımevi, 1991.

Umar, Bilge:

Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011.

Umur, Ziya:

Roma Hukuku Ders Notları, 2. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2010.

Uyar, Talih:

“Yargıtay Kararlarında Dürüstlük (Objektif İyiniyet) Kuralı (MK. 2/1) ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı (MK. 2/2)”, **Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan**, İzmir, Dokuz Eylül

- Üniversitesi Yayınları, 2000, s. 439-465, (Dürüstlük Kuralı).
- Uyar, Talih: “Yargıtay Kararlarında Muris Muvazaası”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 73, S. 4-5-6, 1999, s. 387-396, (Muris Muvazaası).
- Uyar Hatipoğlu, Zeynep: “Yargıtay İçtihatlarına Göre Muris Muvazaasında Miras Bırakanın Asıl İradesinin Tayini”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 22, S. 36, 2017, s. 109-135.
- Üstündağ, Saim: Medeni Yargılama Hukuku, 7. Bası, İstanbul, Nesil Matbaacılık, 2000.
- Wendehorst, Christiane: “Intestate Succession in Austria”, **Comparative Succession Law, Volume II: Intestate Succession**, Ed: Kenneth G. C. Reid, Marius J. De Waal, Reinhard Zimmermann, Oxford University Press, 2015, s. 160 vd.
- Weimar, Peter: **Berner Kommentar, Band III: Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben, 1. Teilband: Die Gesetzlichen Erben, Die Verfügungen von Todes wegen, Art. 457-516 ZGB**, Bern, Stämpfli, 2000, (BK ZGB, Weimar).
- Wolf, Manfred, Jörg Neuner: **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**, 11. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2016.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet: **Türk Medeni Hukuku, Cilt I-Cüz I, Umumi Esaslar**, Altıncı Bası, İstanbul Matbaacılık, İstanbul, 1959.
- Velioğlu Ardiç, Pınar: “Miras Bırakanın Sağlararası Muvazaalı İşlemleri”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Kırıkkale, 2011.
- von Büren, Bruno: **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil**, Zürich, 1964.
- von Staudinger, Julius: **Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 5. Erbrecht, Einleitung § 1922-1966**,

- Neuarbeitung von Wolfgang Marotzke, Gerhard Otte, Olaf Werner, Berlin, Sellier-de Gruyter, 2000, (Staudinger, Otte, BGB V).
- von Staudinger, Julius: **Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch: Staudinger BGB-Ergänzungsbände+ Einstiegspakete Ergänzungsband: Eckpfeiler des Zivilrechts 2014/2015**, Berlin, Sellier de Gruyter, Neuarbeitung 2014, (Yazar, in: Staudinger/Eckpfeiler (2014/2015)).
- von Tuhr, Andreas: **Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Band II, 2**, Leipzig, Dunckler&Humblot, 1918.
- von Tuhr, Andreas: “İradenin Medeni Hukuktaki Rolü”, Çev: S. Ş. Ansay, **Adalet Dergisi**, 1938, s. 1282-1295.
- von Tuhr, Andreas: “İsviçre Hukukuna Göre Mülkiyetin Devri”, Çev: Kudret Ayiter, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 3, S. 2-4, 1946, s. 633-646; C. 5, S.1-4, 1948, s. 154-166.
- von Tuhr, Andreas: **Borçlar Hukukunun Umumi Kısım, C. 1-2**, Çev: Cevat Edege, Ankara, Olgaç Matbaası, 1983, (Edege).
- von Tuhr, Andreas, Hans Peter: **Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Band I**, 3. Auflage, Zürich, 1979.
- Yavaş, Murat: **Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları ile Bu Kuralların İstisnaları**, İstanbul, Turhan Kitabevi, 2009.
- Yavuz, Cevdet: “Tapusuz Gayrimenkullerin Devren Kazanılması”, **Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay’ın Anısına Armağan**, C. I, İstanbul, 1982, s. 383-422.
- Yavuz, Cevdet: **Türk İsviçre ve Fransız Hukuklarında Dolaylı Temsil**, İstanbul, 1983, (Temsil).
- Yavuz, Cevdet,

Burak Özen, Faruk Acar:

Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2014.

Yavuz, Nihat:

Uygulamada ve Öğretide Muvazaa, İnançlı İşlem, Namı Müstear ve Kanuna Karşı Hile Davaları, 4. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015.

Yazarsız:

“(Nam-ı Müstear Meselesi Hakkındaki) Raporun Görüşülmesi”, **Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 1958, II/2.

Yıldırım, Mustafa Fadıl:

“Beklenen Miras Hakkının Devri Sözleşmesi Konusunda İki Gelişme”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 53, S. 1, 2004, s. 117-130.

Yücel, Sevtap:

“Vasiyet Alacaklısı Açısından Muris Muvazaası Nedeniyle Tapu İptal Davası Açma Sorunu (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 21.11.2001 Tarihli 958/1035 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi)”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XII, S. 3-4, 2008, s. 381-405.

Zevkliler, Aydın,

K. Emre Gökyayla:

Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 20. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020.

İNTERNET KAYNAKLARI

Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

www.hukukturk.com

www.e-uyar.com

www.lexpera.com

Legalbank

İstanbul Barosu İçtihat Bilgi Bankası

www.kararara.com

Yargıtay Bilgi Bankası

TBB İçtihat Bilgi Bankası

ÖZGEÇMİŞ

Öztürk Aydın, Bafra Anadolu Lisesi'nden mezun olduktan sonra 2003 yılında girdiği İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 2008 yılında bitirdi. Mezuniyetten sonra avukatlık stajını yaptı ve İstanbul Barosu'na kayıt oldu. 2011 yılında İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bölümü'nde yüksek lisans eğitimine başladı. “Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemlerinden Doğan Hukuki Sorumluluk” adlı teziyle 2013 yılında yüksek lisans derecesi elde etti. 2013 yılında yine aynı bölümde doktora eğitimine başladı.

2011 yılında Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Bölümü'nde araştırma görevlisi olarak çalışmaya başladı. 2016 yılında Kanun Hükmünde Kararname uyarınca Fatih Üniversitesi kapatılınca halen icra etmekte olduğu serbest avukatlık mesleğine başladı.