

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (ROMA HUKUKU) ANABİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

“ROMA HUKUKUNDAN GÜNÜMÜZE MUVAZAA
KAVRAMI”

Yüksek Lisans Tezi

Danışman

Doç. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR

Hazırlayan

Meryem GÜNAY
(04911942)

ANKARA-2007

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	II
KAYNAKÇA	VI
KISALTMALAR.....	XI

GİRİŞ	1
-------------	---

BİRİNCİ BÖLÜM

ROMA HUKUKUNDA HUKUKİ İŞLEM, HUKUKİ İŞLEMİN GEÇERLİK KOŞULLARI VE HÜKÜMSÜZLÜK SEBEPLERİ

§ 1. HUKUKİ İŞLEM VE HUKUKİ İŞLEMİN GEÇERLİK KOŞULLARI	4
I. GENEL OLARAK.....	4
II. HUKUKİ İŞLEM YAPMA İRADESİNİN İZHARI (İRRADE BEYANI).....	6
A. YÖNELTİLMESİ GEREKMEYEN İRADE BEYANLARI.....	6
B. YÖNELTİLMESİ GEREKEN İRADE BEYANLARI.....	6
III. İRADENİN BEYAN ŞEKİLLERİ.....	7
A. ŞEKLE BAĞLI İRADE BEYANLARI.....	7
B. ŞEKLE BAĞLI OLMAYAN İRADE BEYANLARI.....	8
1. Sarih İrade Beyanı.....	9
2. Zımnî İrade Beyanı.....	9
IV. İRADENİN BEYANI İLE İRADENİN MUHTEVASININ BİRBİRİNE UYGUN OLMASI.....	10
A. İRADE İLE BU İRADENİN BEYANI ARASINDA İSTENEREK YARATILAN UYGUNSUZLUKLAR.....	12
1. Bir Tarafın İsteği İle Yaratılan UygunSUZLUKLAR	12
a. Zihni Kayıt (<i>Reservatio Mentalis</i>).....	12
b. Latife Beyanı (<i>Iocandi Causua</i>).....	13
2. İki Tarafın İsteğiyle Yaratılan UygunSUZLUKLAR (<i>Muvazaa=Simulatio</i>).....	14
a. Mutlak Muvazaa.....	15
b. Nisbi Muvazaa.....	15

B. İRADE İLE BEYAN ARASINDA İSTENMEDEN ORTAYA ÇIKAN UYGUNSUZLUKLAR (HATA, <i>ERROR</i>)	16
§ 2. HUKUKİ İŞLEMİN HÜKÜMSÜZLÜK SEBEPLERİ	19
I. GENEL OLARAK.....	19
II. HÜKÜM DOĞURMAYAN MUAMELELER	20
III. BATIL VE İPTALİ KABİL MUAMELELER.....	21

İKİNCİ BÖLÜM

MUVAZAA KURAMININ GELİŞİM ÇİZGİSİ

§ 3. ROMA HUKUKUNDA MUVAZAA KURAMI	25
§ 4. <i>GLOSSATORLAR'DA VE COMMENTATORLAR'DA MUVAZAA KURAMI</i>	29
§ 5. HÜMANİST OKUL UYGULAMASINDA MUVAZAA KURAMI.....	36
§ 6. ORTAK HUKUK BİLİMİ VE DOĞAL HUKUK KURAMINDA MUVAZAA	39

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK BORÇLAR HUKUKUNDA MUVAZAA

§ 7. MUVAZAANIN TANIMI VE UNSURLARI.....	45
I. TANIMI.....	45
II. UNSURLARI.....	46
A. GÖRÜNÜRDEKİ İŞLEM.....	46
B. MUVAZAA ANLAŞMASI	47
C. ALDATMA KASTI	49
D. GİZLİ İŞLEM.....	49
§ 8. MUVAZAANIN TÜRLERİ	50
I. MUTLAK (OLAĞAN) MUVAZAA	50
II. NİSBİ (NİTELİKLİ) MUVAZAA	51
A. GENEL OLARAK	51
B. NİSBİ MUVAZAANIN ÇEŞİTLERİ	53
1. Sözleşmenin Niteliği İle İlgili Muvazaa.....	53
2. Sözleşmenin Konusunda veya Şartlarında Yapılan Muvazaa	54

3. Tarafların Şahsında Muvazaa.....	55
§ 9. MUVAZAANIN HÜKÜM VE SONUÇLARI	56
I. GÖRÜNÜRDEKİ İŞLEM BAKIMINDAN MUVAZAANIN SONUÇLARI	56
A. GENEL OLARAK	56
B. GEÇERSİZLİĞE İLİŞKİN GÖRÜŞLER	57
C. MUVAZAALI İŞLEMİN BATIL SAYILMASININ SONUÇLARI	59
1. Taraflar Arasında Alacak ve Borç İlişkisi Doğmaz	59
2. Muvazaanın Varlığı Her Zaman İddia ve İspat Edilebilir.....	60
3. Muvazaa Re'sen Göz Önünde Tutulur.....	61
4. Belirli Bir Zamanın Geçmesi, Muvazaa Sebebinin Ortadan Kalkması veya Tarafların Olur Vermesi ile Muvazaalı İşlem Geçerli Hale Gelmez.....	61
5. Muvazaa Menfi Tespit Davasına Konu Olabilir	62
6. Muvazaa Taraflar ve 3. Kişilerce İleri Sürülebilir	62
7. Muvazaanın Kimlere Karşı İleri Sürüleceği.....	62
D. GÖRÜNÜRDEKİ İŞLEMİN GEÇERLİ OLDUĞU DURUMLAR.....	63
1. Yazılı Borç İkrarı	63
2. Tapu Kütüğüne Güvenin Korunması	64
3. Dürüstlük Kuralı.....	66
II. GİZLİ İŞLEM BAKIMINDAN MUVAZAANIN SONUÇLARI	67
A. GENEL OLARAK	67
B. GİZLİ İŞLEMİN GEÇERLİLİK ŞARTLARI	67
1. Gizli İşlem Geçerli Olarak Kurulmuş Bulunmalıdır	68
2. Gizli İşlemin Konusu İmkânsız, Hukuka ve Ahlaka Aykırı Olmamalıdır	69
3. Gizli İşlem Kanununun Öngördüğü Şekil Şartlarını Taşımalıdır.....	70
a. Şeklin Amacı	71
b. Şekle Aykırılık Nedeniyle Geçersizliğe İlişkin Görüşler.....	72
c. Şekle Bağlı Olan Görünürdeki İşlem ve Gizli İşlemin İlişkileri	73
d. Şekle Aykırı Olarak Yapılan Gizli İşlemin Geçersizliğinin İleri Sürülemeyeceği Haller	74
aa. Bedelde Muvazaa.....	74
bb. Dürüstlük Kuralı.....	75
§ 10. MUVAZAAYA KONU OLAN İŞLEMLER VE MUVAZAANIN MÜMKÜN OLMADIĞI İŞLEMLER	77

I. GENEL OLARAK.....	77
II. TEK TARAFLI HUKUKİ İŞLEMLERDE MUVAZAA.....	83
III. MUVAZAAANIN MÜMKÜN OLMADIĞI İŞLEMLER.....	83
§ 11. MUVAZAAANIN İLERİ SÜRÜLMESİ VE İSPATI.....	85
I. TARAFLAR YÖNÜNDEN	85
II. ÜÇÜNCÜ KİŞİLER YÖNÜNDEN.....	88
§ 12. MUVAZAAANIN BENZER HUKUKİ MUAMELELERDEN FARKI.....	89
I. GENEL OLARAK.....	89
II. BENZER HUKUKİ MUAMELELERDEN FARKI.....	89
A. NAMI MÜSTEAR	89
B. İNANÇLI İŞLEM.....	92
C. KANUNA KARŞI HİLE.....	96
SONUÇ.....	99
ÖZET.....	102
ABSTRACT	106

KAYNAKÇA

ADAY, N.: Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muvazaa, Yüksek Lisans Tezi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul Üniversitesi, İstanbul 1991.

AKINTÜRK, T.: Borçlar Hukuku, Ankara 1998.

AKİPEK, J.: Türk Eşya Hukuku, 2. Kitap, Ankara 1973.

ALTAŞ, H.: Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Doktora Tezi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara Üniversitesi, Ankara 1998.

ARAL, F.: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara 1999.

ARIK, K. F.: Borçlar Hukuku Umumi Hükümleri, Ankara 1964.

AYAN, M.: Nam'ı Müstear Kavramı ve Hukuki Niteliği, DÜHFD, 1984, S. 2, s. 379-380.

AYBAY, A.: Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 1983.

AYİTER, K./

KOSCHAKER, P.: Modern Hususi Hukuka Giriş Olarak Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları, İzmir 1993.

BİNATLI, Y. Z.: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1966.

BİRSEN, K.: Borçlar Hukuku Dersleri 1. Kitap, Borçların Umumi Hükümleri, İstanbul 1954.

DALAMANLI, L.: Aktin Feshi ve İptali Davaları, Ankara 1971.

DALAMANLI, L./

KAZANCI, F./

KAZANCI, M.: İlmî ve Kazai İçtihatlarla Açıklamalı Borçlar Kanunu, C.1, İstanbul 1990.

EDEGE, C.: “Muvazaa ve İnançlı Muamele”, İstanbul Barosu Dergisi, 1968, C.42, S. 9-10, s.565-583.

ERDOĞMUŞ, B./

TAHİROĞLU, B.: Roma Hukuku Dersleri, İstanbul 2000.

EREN, F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2006.

ESENER, T.: Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler, İstanbul 1956.

FEYZİOĞLU, F.N.: Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri, C. 1, İstanbul 1980.

GÖNENSAY, A. S.: Borçlar Hukuku, İstanbul 1948.

GÜRSOY, K. T./ EREN, F./ CANSEL, E.: Türk Eşya Hukuku, Ankara 1984.

İNAN, A. N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1. Kitap, Ankara 1971.

KANIK, T.: “Muvazaa ve İsbati”, Adalet Dergisi, 1952, S. 5, s.637-649.

KARADENİZ ÇELEBİCAN Ö.: Roma Hukuku, Ankara 1989.

KARAGÖZ, V.: Roma Hukukunda Hukuki İşlemlerin Hükümsüzlüğü, Yüksek Lisans Tezi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Marmara Üniversitesi, İstanbul 1996.

KARAHASAN, M. R.: Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.1, İstanbul 1992.

KARAYALÇIN, Y.: Muvazaa (Danışık) Hileli Anlaşma-Miras Birakanın Muvazaası, Prof. Dr.Selahattin Sulhi Tekinay’ın Hatırasına Armağan, s. 343-371, İstanbul 1999.

KAYHAN, F.: “Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muris Muvazaası”, Ankara Barosu Dergisi, 2000, S. 3. s. 177-197.

KILIÇOĞLU, A.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2004.

KİPER, O.: “Öğretide ve Uygulamada Muvazaa (Mirasçıdan Satış Görünümüyle Mal Kaçırma), Tenkis, Mirasta Geri Verme, Mirasta hak ediş (İstihkak) Davaları, Ankara 1995.

KURU, B./ASLAN, R./YILMAZ, E.: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2001.

OĞUZ, A.: “Muvazaa Kuramının Iustinianus’tan Günümüz Modern Kanunlaştırma Hareketlerine Kadar Gelişim Çizgisi, AÜHFD., 1996, C.45, S.4, s. 453-481.

OĞUZMAN, K.: Miras Bırakanın Gayrimenkule İlişkin Muvazaalı İşlemleri Bakımından Tenkis Davası ve Tapu Kaydının Tashihi Davası, Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu’na Armağan, İstanbul 1990.

OĞUZMAN, M. K. / ÖZ, M.T.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2000.

OĞUZMAN, K./ ÖZER, S.: Eşya Hukuku, İstanbul 1988.

OĞUZMAN, K./SELİÇİ, Ö.: Eşya Hukuku, İstanbul 1988.

OĞUZOĞLU, C.: Roma Hukuku, Ankara 1956.

ÖNEN, T.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1999.

ÖZDEMİR, E.: Türk Borçlar Hukukunda Muvazaa, Yüksek Lisans Tezi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara Üniversitesi, Ankara 2002.

ÖZKAYA, E.: İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları, Ankara 1999.

ÖZMEN, İ./

ÖZKAYA, E.: Muvazaa Davaları, Ankara 1993.

ÖZSUNAY, E.: Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler, İstanbul 1968

ÖZTÜRK, G.: İnançlı İşlemler, Ankara 1998.

ÖZUĞUR, A. İ.: Açıklamalı-İçtihatlı Tenkis-Muvazaa-Mirasta İade Davaları, Ankara 1999.

POSTACIOĞLU, İ.: “Nam-ı Müstear Meselesi”, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1958, C.2, S.2, s. 109-116.

RADO, T.: Gaius, Institutiones, İstanbul 1968.

RADO, T.: Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, İstanbul 1997.

SCHWARZ, A. B./

Çev: **RADO, T.:** Roma Hukuku Dersleri, 1. Cilt, İstanbul 1945.

REİSOĞLU, S.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2006.

RENDA, N. /ONURSAN, G.: Borçlar Hukuku, 4. Hukuk Dairesinin Emsal Kararlarıyla, Ankara 1973.

SARIGÖLLÜ, E.: “Muvazaa”, Ankara Barosu Dergisi, 1989, C. 46, S.4, s.665-678.

SEROZAN, R.: Medeni Hukuka Giriş, İstanbul 1997.

TAHİROĞLU, B.: Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2000.

HONIG, R./

Çev: **TALİP, Ş.:** Roma Hukuku, İstanbul 1938.

TEKİNAY, S. S.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, İstanbul 1988.

TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993.

TUNÇOMAĞ, K.: Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Hükümler, 1. Cilt, İstanbul 1965.

Türk Hukuk Kurumu, Türk Hukuk Lügatı, 4. Baskı, Ankara 1998.

UMUR, Z.: Roma Hukuku Lügatı, İstanbul 1975.

UMUR, Z.: Iustinianus, Institutiones, İstanbul 1968.

UMUR, Z.: Roma Hukuku (Umumi Mefhumlar-Hakların Himayesi), İstanbul 1967.

UYGUR, T.: Açıklamalı İctihatlı Borçlar Kanunu Genel Hükümler, C. 1, Ankara 1990

VELİDEDEOĞLU, H. V./

ÖZDEMİR, R.: Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 1987.

YAVUZ, C.: Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, C. 2, İstanbul 1989.

YILMAZ, E.: Hukuk Sözlüğü, 6. Baskı, Ankara 2001.

YUNG, W. (Çev: REİSOĞLU, S.): “Muvazaa, İnançlı Muamele ve Kanuna Karşı Hile”, Adliye Dergisi, 1959, C.50, S.3, s.326-344.

KISALTMALAR

ABGB	: Avusturya Medeni Kanunu
AD	: Adalet Dergisi
ALR	: Prusya Medeni Kanunu
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
bkz.	: bakınız
BK.	: Borçlar Kanunu
C	: cilt
C.I.C.	: Corpus Iuris Civilis
Cod.	: Codexa
Çev.	: çeviren
D.	: Digesta
Diocl.	: Diocletianus
dn.	: Dipnot
E	: Esas
f.	: fıkra
Gaius, Ins.	: Gaius Institutiones
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
Iust., Ins.	: Iustinianus Institutiones
K	: Karar
m.	: madde
MK	: Medeni Kanun
S.	: sayı
s.	: sayfa
T	: Tarih
vd.	: ve devamı
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi

GİRİŞ

Hukuki işlem kavramı, XIX. Asırda *Pandekt* ilmi denilen Alman romanist ilmi tarafından ortaya çıkarılmıştır. Hukuki sonuçlara yöneltilmiş irade beyanı olarak ifade edilen hukuki işlem, Romalılardan gelme bir kavram olmamasına rağmen, Romalılar hukuki işlem kavramının esas içeriğini hissetmiş ve bütünüyle modernleşmiş bir şekilde bugünkü hukuk sistemlerinde, özellikle Borçlar Kanunumuzda yaşamakta olan ilkelerin ilk taslağını kurmuşlardır.

Hukuki işlemin en önemli ögesi irade beyanı olmakla beraber, bu iradenin; anlayarak, geçerli bir biçimde iradesini beyan etme gücüne sahip bir kimsenin iradesinin olması gerekir. Genel olarak, bir hukuki işlem yapmak konusunda iradesini beyan eden kimsenin, iç dünyasında oluşan istemi ile açığa vurduğu iradesi birbirine uyar. Ancak bazı durumlarda, gerçek irade ile beyan edilen irade birbirine uygun olmayabilir. Gerçek irade ile beyan edilen iradenin birbirine uymadığı durumlarda, hukuki bakımdan beyan edilen iradenin mi önem taşıyacağı yoksa gerçek iradenin mi araştırılmasının gerekeceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Roma Hukukunda *Ius Civile* devrinde önemli olan şekil olduğu için, işlemin şekil şartlarının yerine getirilmesi, geçerli sonuç doğurması için yeterli idi. Yani yapılan hukuki işlemlerde hukukun öngördüğü biçimlerde beyan edilen iradeler, gerçek iradeye uymasa da hukuki sonuç doğuruyor, yapılan hukuki işlemler geçerli oluyordu. Ancak zamanla iradeye önem verilmiş ve irade bozuklukları hukuki işlemlerde göz önüne alınmaya başlanmıştır. Bunun sonucu olarak da irade ile beyan bir bütün olarak kabul edilmiş ve iradeye uygun olmayan beyanların hükümsüz olacağı sonucuna ulaşılmıştır.

Çağdaş hukuklarda ise, kural olarak, gerçek iradenin hukuki sonuç doğuracağı kabul edilmiştir. Bununla birlikte, bir takım özel durumlarda sadece irade beyanının hukuki sonuç doğuracağı da kabul edilmektedir.

Kişiler çeşitli nedenlerle oluşan iradelerini dışa beyan etmekte ve bu beyana hukuk düzeni çeşitli sonuçlar bağlamaktadır. Beyan edilen irade ile asıl iradenin birbirine uygun olmaması mümkündür. Bu uygunsuzluk bilerek yapılmış olabileceği gibi, istenmeden de ortaya çıkabilir. İki tarafın isteği ile meydana getirilmiş olan uygunsuzluk hali muvazaadır.

Roma Hukuku kökenli modern hukuklardaki düzenlemelerden yola çıkarak, muvazaayı kısaca, iki taraflı hukuki bir işlemde tarafların dışarıya karşı yapmış olarak gösterdikleri işlemde başka bir hukuki işlem yapmaları ya da hiçbir işlem yapmamaları olarak tanımlamak mümkündür. Çağımız hukuklarında, tarafların dışarıya karşı yapmış gibi gösterdikleri hukuki işlemin, tarafların gerçek iradelerini yansıtmadığından geçersiz olduğu, ancak gerçekten yapmış olmayı istedikleri hukuki işlemin kanunda o işlem için öngörülen koşulların yerine getirilmiş olması koşuluyla geçerli olduğu genel kuralı yerleşmiştir. Bu kurala çok uzun bir gelişim sürecinden geçilerek ulaşılabilmektedir.

Muvazaa, irade teorisi, iradenin açıklanması teorisi ve güven ilkeleri açısından çok büyük bir öneme sahip dogmatik bir konudur. Tez konusu olarak muvazaayı seçmekteki amacımız, günümüz hukukunda çok önemli bir yere ve geniş bir uygulama alanına sahip olan muvazaa kavramının Roma Hukuku'nda ilk ortaya çıkışından itibaren günümüze kadar gösterdiği gelişim çizgisini incelemek ve Türk Borçlar Hukuku'ndaki muvazaa kavramını, unsurlarını ve türlerini içtihatlar ve doktrindeki farklı görüşler doğrultusunda derinlemesine irdelemektir.

Çalışmamız bu giriş kısmından sonra üç ana bölüm, sonuç ve özet kısmından oluşmaktadır.

Birinci bölümde, Roma hukukunda hukuki işlem, geçerlik koşulları incelendikten sonra hukuki işlem yapma iradesinin beyanı ve iradenin beyan şekillerine değinilecek, iradenin beyanı ile muhtevasının birbirine uygun olması başlığı altında irade ile bu iradenin beyanı arasında istenerek yaratılan uygunsuzluklar (muvazaa kavramı)

ayrıntılıyla ele alındıktan sonra hukuki işlemin hükümsüzlüğü sebepleri başlığı altında hüküm doğurmayan muameleler ve batıl ve iptali kabil muameleler incelenecektir.

İkinci bölümde, muvazaa kavramının günümüz modern kanunlaştırma hareketlerine kadar gelişim çizgisi incelenirken öncelikle Roma Hukukunda Klasik Hukuk Dönemi'ndeki daha sonra *Iustinianus* Dönemindeki durum irdelenecek, günümüze ulaşan kaynaklardan örnekler verilecek ve akabinde sırasıyla *Glossatorlar'da* ve *Commentatorlar'da*, Hümanist Okul uygulamasında ve Ortak Hukuk Bilimi ve Doğal Hukuk kuramında muvazaa ele alınacaktır.

Üçüncü bölümde ise doktrindeki görüşler ve Yargıtay uygulaması ışığı altında Türk Borçlar Hukuku'nda muvazaanın tanımı ve unsurlarından sonra türleri olan “ adi (olağan) muvazaa” ve “nitelikli (mevsuf) muvazaa” incelenecek, muvazaanın hüküm ve sonuçları ardından muvazaaya konu olan işlemler ele alınacak, akabinde muvazaanın ileri sürülmesi ve ispatı kategorileri araştırma soruları olarak belirlenecek son olarak da muvazaanın namı müstear ve inançlı işlem gibi benzer kavramalardan farkına değinilecektir.

Son olarak genel bir değerlendirme niteliği taşıyan sonuç bölümü ve tezimizin özeti ile çalışmamız tamamlanmış olacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ROMA HUKUKUNDA HUKUKİ İŞLEM, HUKUKİ İŞLEMİN GEÇERLİK KOŞULLARI VE HÜKÜMSÜZLÜK SEBEPLERİ

§ 1. HUKUKİ İŞLEM VE HUKUKİ İŞLEMİN GEÇERLİK KOŞULLARI

I. GENEL OLARAK

Özel Hukuk alanındaki hukuki olaylar arasında en önemli yeri işgal eden, hukuki işlemlerdir. Hukuki işlem kavramı, XIX. Asırda Pandekt ilmi denilen Alman romanist ilmi tarafından ortaya çıkarılmıştır. Bu kavram Romalılardan gelme bir kavram olmamasına rağmen, Romalılar hukuki işlem kavramının esas içeriğini hissetmiş ve bütünüyle modernleşmiş bir şekilde bugünkü hukuk sistemlerinde, özellikle Borçlar Kanunumuzda yaşamakta olan ilkelerin ilk taslağını kurmuşlardır. Bununla beraber, bugün hukuki işlem dediğimiz kavram Romalılar tarafından açık ve net bir şekilde ifade edilmemiştir. Çünkü Romalılar kavramların teori boyutundan çok uygulama boyutu ile ilgilenmekte idiler. İşte bu nedenledir ki; Latin hukuk lisanı bugünkü modern lisanda kullandığımız hukuki işlem tabirini karşılayacak bir kelime tanımamaktadır. Bunun sonucu olarak, modern doktrin, hukuki işlem den bahsettiği zaman genellikle Latince olan “*negotium*” kelimesini kullanmaktadır¹.

Hukuki işlemin esası, işlemi yapan tarafından istenilen hukuki neticenin doğmasıdır. Örneğin; taraflar istedikleri için, alım-satım ilişkisinde, şeyi teslim etmek, semeni ödemek borçları doğarken; kira ilişkisinde, bir şeyin kullanılmasını temin etmek,

¹ SCHWARZ, A. B. (Çev: RADO, T.): Roma Hukuku Dersleri, 1. Cilt, İstanbul 1945, s. 256 vd.

kira bedelini ödemek borçları ortaya çıkmaktadır. Özetle, hukuki işlemin özü, “hukuki sonuçlara yöneltilmiş irade beyanı” olmasıdır. Fakat sadece istek, iç irade tek başına yeterli değildir, bu iradenin bir şekilde dışa karşı beyan edilmesi gerekir².

Herhangi bir hukuki işlemde iradesini beyan eden tarafın bir takım hukuki neticeler takip ettiği hususu eleştirilmiş ve hukuki işlemleri ifa eden tarafların, bunları yaptıkları zaman elde edecekleri maddi menfaatleri (mesela kira ilişkisinde, kiralanan şeyden yararlanmayı) düşündükleri ve hukuki neticeler hakkında çok zayıf bir fikre sahip oldukları ileri sürülmüştür. Oysa tarafların bir şey hususunda iradelerinin mevcut olması, o arzularının hukuk nazarında hüküm ifade etmesi için yeterlidir ve tarafların, hukukun bu hususta yürürlüğe koyacağı hükümleri açık olarak bilmelerine gerek yoktur. Tarafların yaptıkları hukuki muamelenin neticeleri hakkındaki düşünceleri olaydan olaya daha az veya çok açık olabilir. Örneğin; bir gayrimenkul satımında, satıcı tarafın malının mülkiyetini karşı tarafa geçirme konusunda açık ve net bir düşünce ve iradesi vardır. Oysa aynı kişi lokantada bir şey yediği zaman, açlığını gidermeyi düşünür. Buna rağmen, her zaman yapılan bu fiilin bir hukuki karakter olduğu ve bir tarafın da kendisine düşen edimi ifaya mecbur olduğu konusunda açık genel bir kanaat vardır.

Hukuki işlemlerin en önemli öğelerinden birisi irade beyanı olmakla beraber, bu iradenin; anlayarak, geçerli bir biçimde iradesini beyan etme gücüne sahip bir kimsenin iradesinin olması gerekir. Başka bir deyişle, bir hukuki işlemin geçerli olabilmesi için, hukuki işlem ehliyetine sahip bir kimse tarafından yapılması gerekir³. Dolayısıyla, hukuki işlemin ilk geçerlik koşulu, hukuki işlem ehliyetine sahip bir kimse tarafından yapılmasıdır.

² “Hukuki muamele (işlem) esas itibarıyla hukuki neticeler tevliidine matuf irade beyanına dayanan bir hadise- dir; hukuk nizamı mevzu bahis neticeleri bu iradeye uygun olarak tevliit eyler.” SCHWARZ, (Çev: RADO), s. 256.

³ KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Ö.: Roma Hukuku, Ankara 1989, s. 215 vd.

İkinci geçerlik koşulu ise, hukuki işlem yapma iradesinin varlığıdır. Yani, hukuki işlemi yapan kişi ya da kişilerin o işlemi istemesi gerekir⁴.

II. HUKUKİ İŞLEM YAPMA İRADESİNİN İZHARI (İRRADE BEYANI)

Bir hukuki işlem yapmak konusundaki iradenin oluşması, kişilerin iç dünyalarına ilişkin bir olaydır. Ancak, bu iradenin hukuki bakımdan bir sonuç doğurabilmesi için dışa yansımış olması, açığa vurulması, başkaları tarafından bilinecek bir duruma gelmiş olması, yani iradenin beyanı gereklidir. İradenin açığa vurulma derecesi bakımından da bir ayırım yaparak, bu bakımdan hukuki işlemleri ikiye ayırmak mümkündür⁵.

A. YÖNELTİLMESİ GEREKMEYEN İRADE BEYANLARI

Bazı hukuki işlemlerde, iradenin kimseyi muhatap almadan, belli bir kimseye yöneltilmeden, sadece açığa vurulması ve anlaşılabilir olması yeterlidir. Örneğin; bir malın mülkiyetinin sahipliğinden vazgeçmek amacıyla malı terk etme veya vasiyetname düzenlemede, irade beyanının belli bir muhataba yöneltilmesi gerekli değildir⁶.

B. YÖNELTİLMESİ GEREKEN İRADE BEYANLARI

Bazı hukuki işlemlerin geçerli olabilmesi için, iradenin, belli bir kişiyi ya da kişileri muhatap alması, belli bir kişiye ya da kişilere yöneltilmesi gereklidir. Örneğin, bir hizmet

⁴ OĞUZOĞLU, C.: Roma Hukuku, Ankara 1956, s. 216.

⁵ KARADENİZ-ÇELEBİCAN, s. 218.

⁶ Yöneltilmesi gerekli olmayan irade beyanları sadece bazı tek taraflı hukuki işlemlerde mevcut olur. En tipik örnekleri, vakıf kurma beyanı, ilan suretiyle vaad vs. dir. Ayrıntılı bilgi için bkz. EREN, F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2006, s. 129.

sözleşmesinin feshinde, karşı tarafa beyanda bulunmanın gerekli olması nedeniyle bu durumda, yöneltilmesi gereken irade beyanından söz edilir.

III. İRADENİN BEYAN ŞEKİLLERİ

A. ŞEKLE BAĞLI İRADE BEYANLARI

Bazı hukuki işlemlerin yapılması için hukuk düzeni özel bir şekil şartı (örneğin yazılı şekilde yapılmasının şart koşulması gibi) öngörmüş ise ‘şekle bağlı irade beyanı’ndan söz edilir. Bu durumda irade beyanlarının şart koşulan biçimlere uyulmaksızın yapılması durumunda, beyanların amaçladığı hukuki işlemler geçerli olamayacaktır⁷.

Eski Hukuklarda, hukuki işlemlerin geçerliliğini şekil şartına bağlama eğilimine çokça rastlanmaktadır. Roma Hukukunun ilk çağlarında da şekle bağlı işlemler çok fazladır⁸. Bilhassa, *Ius Civile*’ye göre, sosyal ve ekonomik açıdan önemli görülen hukuki işlemler için, bir takım sembolik davranışlara bağlanmış törenler gerekiyordu. Bunlara örnek olarak mülkiyetin nakli, azat etme, vasiyetname tanzimi ve borç tevhit eden eski akitler gösterilebilir⁹. Ayrıca, bazı hukuki işlemlerde, kalıplaşmış bazı sözcüklerin¹⁰

⁷ Borçlar Kanunu 11. maddeye göre; hukuki işlemlerin geçerliliği, ancak kanunda gösterilen hallerde bir şekle tabidir. Yani, Borçlar Kanunumuza göre, şekil hususunda serbesti ana ilkeyi, şekil ise istisnayı teşkil eder.

⁸ HONIG, R. (Çev: Şemseddin T.): Roma Hukuku, İstanbul 1938, s. 205.

⁹ SCHWARZ, (Çev: RADO), s. 259.

¹⁰ (Çev: RADO, T.): *Gaius, Institutiones* Borçlar Kısmı, İstanbul 1968, s. 65-67. 169, 1. “Nitekim, sözlü bir borç münasebeti neticesi sana borçlu olduğumdan sen beni ibra etmek istersen, şöyle yapılır, benim şu sözleri söylememi kabul edersen: “Sana vaad etmiş olduğumu alınmış olarak kabul ediyor musun? (*Quod tibi ego promisi, habesne acceptum?*) ve sen de “aldığımı kabul ediyorum” (*habeo*) diye cevap verirsin. 170. Bu bahsettiğimiz usul ile yalnız sözlerle teşekkül etmiş olan borç münasebetleri ortadan kalkar, fakat diğerleri değil; filhakika sözlerle meydana gelen borç münasebetinin yine başka sözlerle ortadan kalkması uygun görülmüştür. Fakat başka bir sebepten dolayı ifası lazım gelen, *stipulatio* şekline irca ettirilebilir ve *acceptilatio* ile de ortadan kalkabilir.

söylenmesi şartı vardı¹¹. Giderek bu katı kurallar yumuşatılarak, yazılı şekil diğer şekil şartlarının yerini almaya başlamıştır¹².

B. ŞEKLE BAĞLI OLMAYAN İRADE BEYANLARI

Hukuki işleme yönelik irade beyanı, istenilen herhangi bir biçimde yapılabilirse ‘şekle bağlı olmayan irade beyanı’ndan söz edilir. Roma’da şekle bağlı olmayan irade beyanlarının da geçerli hukuki işlemler oluşturabileceği fikri ilk olarak *Ius Gentium*’da ortaya çıkmış ve *Praetor*’ların faaliyetleri sonucu giderek *Ius Civile*’yi de etkilemiştir¹³. Klasik Hukuk Dönemi *Ius Civile*’sinde, alım-satım, kira, şirket ve vekalet sözleşmeleri gibi şekle bağlı irade beyanını gerektirmeyen hukuki işlem tiplerine rastlanmaktadır¹⁴.

Şekle bağlı olmayan hukuki işlemlerde irade beyanı iki şekilde karşımıza çıkmaktadır¹⁵.

¹¹ OĞUZOĞLU, s. 217.

¹² Eski *Ius Civile*’de, mülkiyet nakli, azat etme, vasiyetname tanzimi gibi işlemler resmi şekle tabi işlemlerdir. Bütün bu işlemlerde, yazılı şekil yerine sözlü şekle önem verilmiştir. Zira özellikle ilk devirlerde Romalılar tarafından yazılı şekil çok az kullanılmıştır.

¹³ Ayrıca, uluslararası ticari ilişkiler yolu ile gelişen hukuk ilkelerinin bir sonucu olarak hiçbir şekle tabi olmayan hukuki işlemler tanınmıştır. Eski hukukun şekilciliğini hafifletmek isteyen *praetorlar*, iradenin hiçbir şekle bağlı olmaksızın beyan edilmesi halinde de hukuki işlemlerin geçerli olabileceğini kabul etmişlerdir. Böylece, yalnızca tarafların rızaları ile oluşan hukuki işlemler tanınmış olmuştur. Giderek Klasik hukuk ve özellikle *Justinianus* hukuku şekle bağlı işlemler alanını daraltmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. RADO, s. 259 vd.

¹⁴ (Çev: RADO): *Gaius, Institutiones*, s. 41-43. 135 “Borç münasebeti, alım satımda, *locatio conductio*’da, şirket ve vekalette rıza ile (*consensu*) teşekkül eder. 136. Bu hallerde borç münasebetinin yalnız rıza ile (*consensu*) akdedildiğini söyleriz, zira ne sözlere ne yazıyı ne de mülkiyetin nakline lüzum vardır, muameleyi yapanların anlaşması kafidir. Dolayısıyla bu gibi muameleler gaipler arasında da, mesela mektupla veya haberci ile akdedilebilirler, halbuki sözlü borç münasebeti gaipler arasında teşekkül edemez.”

¹⁵ KARADENİZ-ÇELEBİCAN, s. 220.

1. Sarih İrade Beyanı

İrade, üçüncü şahıslar tarafından doğrudan doğruya anlaşılacak şekil ve vasıtalarla beyan edilmiş ise burada ‘sarih beyan’ söz konusu olur¹⁶. Örneğin, bir kimsenin belli bir bedel karşılığında bir malı almak konusundaki iradesini sözle, yazı ya da imza ile, bir baş hareketi yahut bir el işareti ile göstermesi, ‘sarih irade beyanı’ sayılır.

2. Zımni İrade Beyanı

Belli bir iradeyi beyan etmeyen, ama örf ve adetlerin veya içinde bulunulan koşulların belli bir hukuki işlemi yapmak isteğinden başka türlü yorumlanmasına olanak bırakmayan davranışlar ‘zımni irade beyanı’dır. Örneğin, kendisine bir dolap sipariş edilen bir marangoz doğrudan doğruya bir cevap vermeden, dolabı yapmaya başlarsa, bu hareketi yapılan teklifi kabul etmiş olduğunu gösterir. Akdın kurulması için gereken kabul burada zımni şekilde yapılmıştır. Örneğin, satılmak üzere sergilenmiş kitaplardan birisini alarak üzerine isim yazmak o kitabı satın alma konusunda zımni iradeyi ortaya koyar.

Susmak, karşı çıkmamak, kural olarak, olumlu veya olumsuz bir irade beyanı olarak kabul edilemez. Ancak, bazı koşullar altında susmak, kabule yönelik sayılabilir¹⁷. Örneğin, bir kira sözleşmesinin süresinin bitmiş olmasına rağmen kiracı kiralanan taşınmazda

¹⁶ İradenin hukukun ya da örf ve adetlerin, iradenin doğrudan doğruya belirtilmesine yaradığını kabul ettiği usullerden biriyle beyan edilmesi, ‘sarih (açık) irade beyanı’dır.

¹⁷ “... davacı şirket 19.11.1980 tarihli sipariş teyit yazısında davalı şirkete açıkca "ödemelerin gecikmesi halinde fatura tarihinden itibaren aylık % 4 vade farkı tahakkuk ettirileceğini" bildirmiş, davalı şirket de buna süküt ile muvafakat etmiş, süküt ile iradesini açıklamıştır. Özellikle sükütun karşı tarafa hukuki sonuçlar doğuracak olan belli bir iradeyi açıklamak amacıyla ihtiyar edilmiş olması halinde, süküt açık bir irade beyanı gibi hüküm ifade eder. Medeni Kanununun 2. maddesinde yazılı objektif iyi niyet kuralları gereği olarak cevap verme veya reddetme mükellefiyeti bulunan hallerde sükütun tercih edilmiş olması onun irade açıklaması biçiminde yerine geçmesini zorunlu kılar. Taraflar arasında devamlı ticari ilişkiler sürdürülmektedir. Belli bir harekette bulunmanın gerekli olduğu anda, bu hareketin yerine getirilmesi kendisinden beklenen taraf hiç bir harekette bulunmazsa, bu sükutu iş ve hukuki muamele hayatındaki hakim telakkiler icabı olarak bu hareketsizliği, bu sükuta verilecek mana süküt ile irade izhar olunmuş demektir...” Yargıtay 15.HD., 1984/310E., 1984/1083K., T: 29.03.1984.

oturmakta devam ediyor, kiralayan da bu duruma ses çıkarmıyorsa, buradaki susuş, akdin yenilenmesi yönündeki zımni iradeyi ifade eder.

Modern Kanun ve doktrinlerin kullandıkları zımni rıza beyanı kavramına¹⁸ aynı anlamda Romalı hukukçularda da rastlanmaktadır:

D. 2, 14, 2, pr. 1 (Paulus):

“Labeo ait convenire posse vel re vel per epistulam vel per nuntium inter absentes quoque posse. Sed etiam tacite consensu convenire intelligitur: Et ideo si debitori meo reddiderim cautionem, videtur inter nos convenisse ne peterem, profuturamque ei conventionis exceptionem placuit”

“Labeo gaipler arasında ya bir şeyle (*res*) ya bir mektupla veyahut bir vasıta ile akit yapılabileceği gibi zımni rıza ile de anlaşmanın mümkün olduğunu söylüyor: Mesela borçluma borç senedini geri verirsem, bu; aramızda bir talepte bulunmayacağıma dair bir anlaşmanın yapıldığına delalet eder ve bilahare böyle bir anlaşmanın yapılmış olduğuna dair *exceptio* dermeyan olunabilir¹⁹.

IV. İRADENİN BEYANI İLE İRADENİN MUHTEVASININ BİRBİRİNE UYGUN OLMASI

Genel olarak, bir hukuki işlem yapmak konusunda iradesini beyan eden kimsenin, iç dünyasında oluşan istemi ile açığa vurduğu iradesi birbirine uyar. Ancak bazı durumlarda,

¹⁸ B.K. madde 1 “İki taraf karşılıklı ve birbirine uygun surette rızalarını beyan ettikleri takdirde, akit tamam olur.

Rızanın beyanı sarıh olabileceği gibi zımni dahi olabilir.”

“...Borçlar Kanununun 1 nci maddesince iki taraf karşılıklı ve birbirine uygun surette rızalarını beyan ettikleri takdirde akit tamam olur.

Rızanın beyanı sarıh olabileceği gibi zımni dahi olması mümkündür. İki taraf akdin esaslı noktalarında uyuşurlar ise ikinci derecedeki noktalar sukutla gecilmiş olsa bile akde münakit olmuş nazarıyla bakılmalıdır. Umumiyetle sükut kast ve iradenin zımni bir surette beyanı sayılmaz ise de öyle ahval vardır ki; bunlar da sükutun bir teklife muvafakat addolunması mahiyetinde kabulü icap eder...” Yargıtay 15. HD., 1984/310E., 1984/1083K., T: 29.03.1984.

¹⁹ SCHWARZ, (Çev: RADO), s. 258.

gerçek irade ile beyan edilen irade birbirine uygun olmayabilir. Bu durum pek çok nedenlerden ileri gelebilir.

Gerçek irade ile beyan edilen iradenin birbirine uymadığı durumlarda, hukuki bakımdan beyan edilen iradenin mi önem taşıyacağı yoksa gerçek iradenin mi araştırılmasının gerekeceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Roma Hukukunda *Ius Civile* devrinde önemli olan şekil olduğu için, işlemin şekil şartlarının yerine getirilmesi geçerli sonuç doğurması için yeterli idi²⁰. Yani yapılan hukuki işlemlerde hukukun öngördüğü biçimlerde beyan edilen iradeler, gerçek iradeye uymasa da hukuki sonuç doğuruyor, yapılan hukuki işlemler geçerli oluyordu. Ancak zamanla iradeye önem verilmiş ve irade bozuklukları hukuki işlemlerde göz önüne alınmaya başlanmıştır. Bunun sonucu olarak da irade ile beyan bir bütün olarak kabul edilmiş ve iradeye uygun olmayan beyanların hükümsüz olacağı sonucuna ulaşılmıştır²¹.

Çağdaş hukuklarda ise, kural olarak, gerçek iradenin hukuki sonuç doğuracağı kabul edilmiştir. Bununla birlikte, bir takım özel durumlarda sadece irade beyanının hukuki sonuç doğuracağı da kabul edilmektedir. Çağdaş hukuk öğretisinde hukuki bakımdan gerçek iradenin önem taşıması gerektiği görüşü, ‘irade nazariyesi’; irade beyanının hukuki sonuç doğurması gerektiği görüşü ise, ‘beyan nazariyesi’ olarak tanımlanır²².

Kişiler çeşitli nedenlerle oluşan iradelerini dışa beyan etmekte ve bu beyana hukuk düzeni çeşitli sonuçlar bağlamaktadır. Beyan edilen irade ile asıl iradenin birbirine uygun olmaması mümkündür. Bu uygunsuzluk bilerek yapılmış olabileceği gibi, istenmeden de ortaya çıkabilir.

²⁰ OĞUZOĞLU, s. 217.

²¹ ERDOĞMUŞ, B.-TAHİROĞLU, B.: Roma Hukuku Dersleri, İstanbul 2000, s. 154; KARAGÖZ, V.: Roma Hukukunda Hukuki İşlemlerin Hükümsüzlüğü (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 1996, s. 58.

²² İrade teorisi, özellikle 19. yüzyılda Ortak Hukukta Pandektistler tarafından savunulmuştur. İrade teorisini savunan yazarlara göre, beyan yorumlanırken, beyan sahibinin iradesi esas alınmalı, bu irade araştırılarak bunun gerçek anlamı bulunmalıdır. İrade beyanının esasını, beyan sahibinin gerçek iradesi oluşturur. Beyan bu iradeyi muhataba bildiren bir araçtır. Bu itibarla, beyan, ancak bunun gerçek iradeye uygun olması halinde mevcut ve geçerli olabilir. Beyan teorisi ilkel hukuk sistemlerinde hakim olan teoridir. Bu teoriye göre, beyan sahibinin gerçek iradesi değil, beyanı esas alınır, beyanın kapsadığı söz ve deyimler göz önünde tutulur. Ayrıntılı bilgi için bkz. EREN, s. 136-137.

A. İRADE İLE BU İRADENİN BEYANI ARASINDA İSTENEREK YARATILAN UYGUNSUZLUKLAR

Bu uygunsuzluklar ya bir tarafın isteği ile ya da iki tarafın isteği ile meydana getirilmiş olabilir²³.

1. Bir Tarafın İsteği İle Yaratılan Uygunsuzluklar

a. Zihni Kayıt (*Reservatio Mentalis*)

Zihni kayıt durumunda aslında istenmeyen bir hukuki işlem bilerek istenmiş gibi gsterilmektedir. Burada bilinçli olarak gerçek irade ile beyan edilen irade arasında uygunsuzluk meydana getirilmektedir. Bu şekilde irade beyanı kendisine yneltilen kimse bu beyanın gerçek iradeye uygun olmadığını anlayabilecek durumda değil ise yapılan işlem geçerlidir. Eğer irade beyanı kendisine yneltilen taraf, bu beyanın gerçek iradeye uygun olmadığını anlayabilecek durumda ise yapılan hukuki işlem geçersizdir²⁴.

Örneğin, bir kimse, bir arkadaşına çok değerli saatini çok düşük bir fiyatla satacağını söyler, ama esasında bunu istemezse, arkadaşı da, gerçekte saatin satılmak istenmediğini anladığı halde, saatin kendisine satımını kabul ederse, yapılan alım-satım geçerli olmaz. Yani, zihni kayıt, hukuki işlemin geçerli olmasını önler. Ancak saatin kendisine satıldığı kişi, gerçekte saatin satılmak istenmediğini anlayacak durumda değilse, yapılan alım-satım sözleşmesi geçerli olur²⁵. Yani, zihni kaydın varlığı bu durumda hukuki

²³ KARADENİZ-ÇELEBİCAN, s. 222.

²⁴ UMUR, Z.: Roma Hukuku (Umumi Mefhumlar - Hakların Himayesi), İstanbul 1967, s. 487; KOSCHAKER, P./AYİTER, K.: Modern Hususi Hukuka Giriş Olarak Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları, İzmir 1993, s. 59; KARADENİZ-ÇELEBİCAN, s. 222.

²⁵ Zihni kayıtla ilgili bazı özdeyişler: “*Intentio in metne retenta nihil operatur*” zihinde kalmış olan niyet hiç bir sonuç doğurmaz.”

işlemin geçerliliğini etkilemez²⁶.

Türk Borçlar Kanununda zihni kayıt ile ilgili hüküm mevcut değildir, ancak güven teorisi uygulama alanı bulabilir. Bu nedenle dürüstlük kuralına göre, muhatap zihni kaydı biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, beyan bir değer taşımaz. Çünkü gerçek irade beyandan önce değer taşır. Buna karşılık muhatap, güven teorisine göre zihni kaydı bilmiyor ve bilmesi de gerekmiyorsa, beyan, sahibini bağlar ve yapılan işlem geçerli olur.

b. Latife Beyanı (*Iocandi Causua*)

Latife beyanında, bir kimse karşı tarafın gerçeği anlayacağını düşünerek ciddi olmayan bir beyanda bulunmakta ve taraflar göstermelik bir işlem yapmaktadırlar. Kendisine irade beyanı yöneltilen kimse beyanın ciddi olmadığını anlamış ise işlem hükümsüzdür. Eğer karşı taraf beyanın ciddi olduğunu düşünmüş ise yapılan işlem geçerlidir. Örneğin; sınav sırasında bir öğretmen, öğrencisine, “Bu soruyu bilersen, sana bir ev vereceğim” derse, öğrenci bu beyanın şaka olduğunu anlayacağından, bu beyan bir hukuki sonuç doğurmaz. Çünkü bu beyanını şaka olduğu açıktır ve bu vaad hükümsüzdür.

D. 44,7,3,2 Paulus:...nec enim si peri ocum puta vel demonstrandi intellectus causa ego tibi dixero “spondes?” et tu responderis “spondeo” nascetus obligatio. “örneğin şaka olsun diye veya *stipulatio*’nun nasıl yapıldığını göstermek için sana, ‘taahhüt ediyor musun?’ diye sorsam ve sen taahhüt ediyorum’ diye cevap versen, borç doğmaz”²⁷.

Borçlar Kanunumuz latife beyanı ile ilgili bir hüküm ihtiva etmemektedir. Latife beyanının hüküm ve sonuçları, özellikle bunun beyan sahibini bağlayıp bağlamayacağı,

“*Voluntas in metne retenta nil efficit*” zihinde kalmış iradenin hiçbir tesiri yoktur.

ERDOĞMUŞ/TAHİROĞLU, s. 149, dn. 148.

²⁶ Zihni kaydın hukuki sonuçları hakkındaki yapılan açıklamalar hem Roma Hukuku hem de çağdaş medeni hukukumuz için geçerlidir. KARADENİZ,-ÇELEBİCAN, s. 222-223.

²⁷ Latife beyanı ile ilgili özdeyişler: “*locus consensui adversatur* (şaka rıza ile kabili teklif değildir) *Qui Rocatur non mentitur* (şaka yapan kandırmış olmaz).

UMUR, s. 162; KARAGÖZ, s. 60; ERDOĞMUŞ/TAHİROĞLU, s. 149, dn. 149.

muhatabın durumuna, hukuki işlemin türüne göre ele alınıp incelenmelidir. Güven teorisine göre beyan, karşı tarafça makul ve dürüst bir muhatap olarak bildiği veya bilmesi gereken durumlar da gözönünde tutularak ciddiye alınmışsa, sahibini bağlar. Buna karşılık muhatap bu durumu fiilen biliyor veya gerekli özeni göstermiş olsaydı bilecek durumda bulunuyorsa, beyan, sahibini bağlamaz. Çünkü bu durumda beyanın ciddi olmadığı anlaşılmıştır²⁸.

2. İki Tarafın İsteğiyle Yaratılan Uygunsuzluklar (Muvazaa=*Simulatio*)

Muvazaa, tarafların gerçek iradelerine uygun olmayan bir işlem yapmaları, fakat görünürdeki bu işlemin kendi aralarında geçerli olmayacağı hususunda anlaşmalarıdır²⁹. Burada işlemin tarafları beyan edilen iradenin gerçek iradeye uygun olmadığını bilmekte ve genellikle üçüncü kişileri aldatmak amacıyla hareket etmektedirler³⁰.

Muvazaa, mutlak muvazaa ve nisbi muvazaa olmak üzere ikiye ayrılmaktadır³¹.

²⁸ EREN, s. 137 vd.

²⁹ DALAMANLI, L.: Akdin Feshi ve İptali Davaları, Ankara 1971, s. 83 vd; EREN, s. 324; KARAYALÇIN, Y.: Muvazaa (Danışık) Hileli Anlaşma - Miras Bırakanın Muvazaası, Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan, İstanbul 1999, s. 343 vd.; KILIÇOĞLU, A.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2004, s. 115 vd.; ÖZDEMİR, E.: Türk Borçlar Hukukunda Muvazaa, (Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2002, s. 5 vd.; ÖZUĞUR, A. İ.: Tenkis-Muvazaa Mirasta İade Davaları, Ankara 1999, s. 835 vd.; REİSOĞLU, S.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2006, s. 75 vd.

³⁰ "Muvazaa" iki taraf arasında (tek taraflı muamelelerde muvazaa olamaz), istenildiğine şüphe olmayan bir muamelenin yapılmasıdır; ancak, hakikatte arzu edilen neticeler, üçüncü şahıslardan saklanmak istendiği için, sureta yapılan muamelenin doğuracağı neticelerden farklıdır". Ayrıntılı bilgi için bkz. UMUR, s. 162 vd.; Karşı fikir için bkz. İNAN, A. N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1. Kitap, Ankara 1971, s. 248.

³¹ KARAGÖZ, s. 101; KARADENİZ-ÇELEBİCAN, s. 224; UMUR, s. 164.

a. Mutlak Muvazaa

Hukuki işlemin taraflarının, hiçbir hukuki işlem yapmak istemedikleri halde, üçüncü kişileri aldatmak amacıyla sadece görünüşte bir işlem yapmaları durumunda “mutlak muvazaa” söz konusu olur. Böyle bir durumda, dışa karşı bir hukuki işlem yapmış gibi görünmek isteyen kişiler, gerçekte bu işlemi yapmak istemediklerinden yapılan hukuki işlem hükümsüzdür. Örneğin, alacaklılarından mal kaçırmak isteyen bir borçlunun, bir arkadaşıyla anlaşarak sahibi bulunduğu bir evin ona satmış gibi göstermesi durumunda ‘mutlak muvazaa’ söz konusudur³² ve bu alım-satım sözleşmesi, gerçekte taraflarca istenmediğinden yani tarafların bu yolda bir iradeleri olmadığından çağdaş medeni hukukumuzda göre, geçerli değildir³³.

b. Nisbi Muvazaa

Üçüncü kişileri aldatmak amacıyla görünüşte bir işlem yapan tarafların, bu işlemi gerçek iradelerine uygun olan hukuki işlemi gizlemek maksadıyla yapmaları durumunda “nisbi muvazaa” söz konusu olur³⁴.

³² D. 44,7,54 Modestinus: “Contractusimaginarij etiam in emtionibus uris vinculum non obtinet, cum fides facti simulatur non intercedente veritate. (Muvazaalı akitler alım satımda da bir hukuki bağ meydana getirmezler, zira gerçeğe uymayan sözünü tutma vakası sadece görünüşte mevcuttur)” ERDOĞMUŞ/TAHİROĞLU, s.166, dn.130.

³³ Muvazaalı işlemlerin kural olarak hükümsüz sayılmalarına rağmen, Medeni Kanunumuzda iyi niyetli üçüncü kişileri korumak amacıyla bu kuralın istisnaları öngörülmüştür. Ayrıntılı bilgi için bkz. REİSOĞLU, s.50 vd.

³⁴ “... 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 sözleşme ile gizlemektedirler (nisbi muvazaa)Yanlar, ister salt bir görünüş yaratmak için, ister başka bir sözleşmeyi gizlemek amacıyla, sözleşme yapınlar görünüşteki sözleşme gerçek iradelerine uymadığından, tabandaki sözleşmede tapulu taşınmazlarda şekil koşullarını taşımadığından geçersizdir...” Yargıtay 1. HD., 1996/14548 E., 1996/14984K., T: 11.12.1996.

Mutlak muvazaada, bir tane iki taraflı hukuki işlem söz konusudur ve bu hukuki işlem kendisini yapanlar tarafından gerçekte istenmemektedirler. Oysa nisbi muvazaada iki tane iki taraflı hukuki işlem söz konusudur³⁵. Bunlardan biri, gerçekte istenen, ama herhangi bir nedenle dışa karşı gizlenen işlemdir. Diğer ise, taraflarca gerçekte istenmemekle birlikte, üçüncü şahıslara karşı asıl yapılmak istenen işlemi gizlemek için yapılmaktadır.

Örneğin; bir kimse ölümünden sonra bir oğlunun diğer çocuklarıyla eşit miras hissesi almasını istemediğinden, sağlığında ona bağış yapmak dileğinde olsa, ancak bu dileğini öteki çocuklarından saklamak istese, bu bağışı dışa karşı bir alım-satım sözleşmesi olarak gösterilebilir. Böylece, oğluya anlaşılan kişi, gerçekte her ikisinin de yapmak istedikleri bağış olduğu halde, üçüncü şahıslara karşı bunu bir alım-satım sözleşmesi gibi gösterirse, burada bir ‘nisbi muvazaa’ söz konusu olur. Çünkü gerçekte taraflar arasında, biri asıl yapılmak istenen bağış, öteki bunu dışa karşı saklamak için yapılan alım-satım olmak üzere iki hukuki işlem söz konusudur³⁶.

B. İRADE İLE BEYAN ARASINDA İSTENMEDEN ORTAYA ÇIKAN UYGUNSUZLUKLAR (HATA, *ERROR*)

İrade ile beyan arasında istenmeden meydana gelen uygunsuzluk halinde ‘hata’ söz konusudur³⁷. Bilinçsiz olarak veya dalgınlıkla yapılan bir hareket, bir baş sallaması, bir onay beyanı gibi görünebildiği halde, böyle bir şey asla düşünülmemiş olabilir. Ayrıca bir kimsenin elini zorla tutarak ona bir borç senedi imzalatırmak gibi, maddi bir zorlama ile

³⁵ AYBAY, A.: Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 1983, s. 47; DALAMANLI, L./KAZANCI, F./KAZANCI M.: İlmî ve Kazai İçtihatlarla Açıklamalı Borçlar Kanunu, C.1, İstanbul 1990, s. 112; SARIGÖLLÜ, E.: “Muvazaa” Ankara Barosu Dergisi, C. 46, S. 4, Ankara 1989, s. 667-668.

³⁶ Çağdaş medeni hukukumuzda ‘nisbi muvazaa’da muvazaalı işlem hükümsüz sayılmakta, buna karşılık gerçekte istenen ve gizlenen işlem, kanunun saptadığı koşullara uygun olarak yapılmışsa geçerli sayılmaktadır.

³⁷ ERDOĞMUŞ/TAHİROĞLU, s. 151.

elde edilmiş bir beyan halinde de irade yoktur. Bazen belli bir amaçla yapılan bir hareket veya bir beyan, başka bir amaçla yapılmış hissini de uyandırabilir. Örneğin, birisini selamlamak için yapılan bir el hareketi, bir onay beyanı olarak anlaşılabilir. Bu gibi durumlarda bir irade beyanı ve ondan doğan bir hukuki işlem bulunmadığına şüphe olmadığı halde, karşı taraf irade beyanını var zannettiği için hukuki işlemin varlığına hükmedebilir. Bu takdirde, nadiren de olsa, şahsın ihmalinden bahsedilebilir. Örneğin bir açık arttırmada, dalgınlıkla veya bir arkadaşına işaret etmek için elini kaldırmak, öyle bir yerde gerekli dikkat ve özeni göstermemiş olmak gibi algılanabilir; bu kimse işlemin neticeleriyle bağlanamazsa da, ortaya çıkmış olan zararı gidermeye zorlanabilir, ancak unutulmamalıdır ki hukuki işlem oluşmamıştır³⁸.

Hataların bir kısmı “esaslı” olur ve hukuki işlemi batıl kılabilir³⁹.

İki taraflı işlemlerde, taraflardan her biri, diğerinin arzu ettiği farklı bir işlem yapmak isteyerek yanıldığı zaman işlemin mahiyetinde hata (*Error in negotio*) ortaya çıkar. Örneğin, bir malınızı satmak arzusunda olduğunuzu bildirdiğiniz bir kimseye, yanlışlıkla, o malı bağışlamak niyetinde olduğunuz intibainı uyandıracak şekilde beyanda bulunursanız, işlemin bütününde hata vardır. Bu tür bir hata esaslı sayılır ve yapılan işlem batıl olur⁴⁰.

Hukuki işlemin muhatabı olan kimsenin şahsı üzerinde hataya düşülmesi halinde “şahısta hata” (*error in persona*) ortaya çıkar. Şahısta hata her zaman esaslı hata olmayabileceği için, işlem bazen batıl, bazen geçerli olur. Örneğin, bir kişi ölüme bağlı tasarrufla, A’yı mirasçı yapmak isterken, yanlışlıkla B’yi mirasçı olarak atamışsa, şahısta hatanın esaslı olduğu ve işlemin iptal edilmesi gerektiğinde şüphe yoktur. Benzer şekilde evlenme akdinde de tarafların şahsında yanılmak esaslı bir hatadır ve işlemin iptal edilmesini gerektirir. Örneğin, herhangi bir büfeden gazete alınmasında, şahsın bir önemi

³⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. UMUR, s. 162 vd.

³⁹ OĞUZOĞLU, s. 218.

⁴⁰ OĞUZOĞLU, s. 217-218.

olmadığı için A yerine B şahsından gazete alınması halinde alım-satım akdi geçerli sayılacaktır.

Beyanın yöneldiği malın konusu başka bir konu ile karıştırılmışsa “şeyde (mevzuda) hata” (*error in corpore*) ortaya çıkar. Örneğin, bir malı alırken başka bir malı gösterme halinde şeyde hata söz konusu olur ve işlem batıl hale gelir⁴¹.

İrade ile beyan arasında tam bir uygunsuzluğa sebebiyet vermeyen hatalar esaslı sayılmazlar⁴². Örneğin, işlemin konusu veya muhatabı; istenen mal veya şahıs oldukları halde yanlış tarif edilmiş veya yanlış bir isimle gösterilmişse, işleme tesir etmezler⁴³. Benzer şekilde, miktar üzerinde yapılan hata da işlemin tamamını bozamaz, istenenle söylenen arasında tereddüt olmadığı nispette işlem geçerli olarak kalır.

Modern hukuk teorisi irade ile beyanı birbirinden ayırmakta, hukuk hayatında bulunması gereken güvene önem vererek bir sözleşmenin meydana gelmesi için irade beyanlarının uygunluğunu aramakta, bu uygunluk varsa, anlaşma nedeniyle sözleşmenin oluştuğu sonucuna varmaktadır. Özellikle irade beyanının yöneldiği muhatabın, beyana verdiği anlama bakılmaktadır. Taraflardan birinin yanlılığı yüzünden iradesinden farklı beyanda bulunması halinde, gereğinde karşı tarafın zararını tazmin suretiyle işlemin iptaline izin verilmektedir.

Roma Hukukunda Klasik Dönemden itibaren, irade şeklin önünde gelmeye başlamıştır. Roma’da hukuki işlemler için gerekli irade ile beyan bir bütün olarak

⁴¹ *D. 18,1,9, pr. Si igitur ego me fundum emere putarem Cornelianum, tu mihi te vendere Sempronianum putasti, quia in corpore dissensimus, emptio nulla est* = Şayet ben *Cornelius* arazisini satın aldığımı zannederken, sen bana *Sempronius* arazisini sattığını zannetmişsen, muameleninin mevzuu üzerinde uyuşmuş olmamızdan, alım satım batıldır. UMUR, s. 165.

⁴² BK. m. 23’e göre, sözleşmelerde sadece esaslı hata önem ifade eder. Buna karşılık esaslı olmayan hata, sözleşmenin geçerliliği üzerinde bir etkiye sahip değildir. BK. m. 24/I’de 4 bent halinde esaslı hata teşkil eden haller sayılmıştır. BK. m. 24/I’in ilk üç bendinde esaslı beyan hataları sayılmıştır. Ancak, sayma sınırlayıcı nitelikte değildir, bunlara benzer durumlar da esaslı beyan hatası olarak kabul edilebilir. BK. m. 24/I. bent 4’te ise, beyan hatası değil, esaslı saik hatası, sözleşmenin iptaline imkan veren bir temel hatası olarak düzenlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. EREN, s. 340-341.

⁴³ *D. 18, 1, 9, 1.Plane si in nomine dissentiamus, verum de corpore constete, nulla dubitatio est, quin valeat emptio et venditio: nihil enim facit error nominis, cum de corpore constat*= Mevzu aynı olduğu halde isim üzerinde mutabık değilsek, alım satımın muteber olduğundan şüphe edilemez: mal üzerinde uyuşulduktan sonra isim üzerindeki hatanın önemi yoktur. UMUR, s. 166.

düşünölmüş, beyan iradenin açıklanmasına, anlaşılmasına yarayan bir araç olarak görölerek, iradeye üstönlük tanınmıştır⁴⁴. Klasik hukukçuların bu görüşü müşterek hukukta ‘irade teorisi’ denilen öğretinin temelini teşkil etmiş ve bu öğreti XIX. Yüzyıla kadar hâkim kalmıştır.

§ 2. HUKUKİ İŞLEMİN HÜKÜMSÜZLÜK SEBEPLERİ

I. GENEL OLARAK

Hukuki işlemleri hükümsüz hale getiren sakatlık sebepleri, ehliyetteki bir noksanlık, şekil şart koşulmuşsa şekil noksanı, hukuki muamelenin sebebi, irade ve iradenin beyanındaki bozukluklardır.

Fiil ehliyetine sahip olmayan kimselerin yaptığı hukuki işlemlerin geçerli olmadığı⁴⁵ gibi, hak ehliyetinde noksanlık bulunan kimselerin yaptığı hukuki işlemler de sahih olmazlar⁴⁶. Örneğin, kölenin kendi hesabına yaptığı muameleler geçerli değildir⁴⁷. Bazı durumlarda fiil ve hak ehliyetlerine sahip olduğu halde bir kimse, hukuki işlemin konusu olan mal üzerinde tasarrufta bulunma ehliyetine sahip olmayabilir. Örneğin, koca,

⁴⁴ “...Romalılara göre beyanlar değil, iradeler uyuştuğu zaman *consensus* vardır, hukuki muamele meydana gelmiştir. *Consensus*’un oluşup oluşmadığı muamelenin yorumu yoluyla saptanır. Yorum sonunda iradelerin uyuşmadığı anlaşılırsa *dissensus* (irade uyuşmazlığı) söz konusudur, muamele geçersizdir. Bugün Borçlar Kanunu’nda hata halleri olarak düzenlenmiş bulunan olgular (BK 24) Roma hukukunda İrade uyuşmazlığı kategorisine sokulmakta ve batıl kabul edilmekteydi. ERDOĞMUŞ/TAHİROĞLU, s. 151.

⁴⁵ Ancak bazı hallerde, fiil ehliyetine sahip olan kimseler de, hukuki işlemleri yapamazlar; örneğin, fiil ehliyeti olan bir yabancı, Romalılara has *mancipatio, in iure cessio* gibi muameleleri yaparsa, bunlar batıldır.

⁴⁶ (Çev: RADO): *Gaius, Institutiones*, s. 23. 106. Akıl hastası yaptığını idrak edemediği için hiçbir hukuki muamelede bulunamaz.

⁴⁷ (Çev: UMUR): *Iustinianus, Institutiones*, İstanbul 1968, s. 249. 3,16,1- 3,17,3 Kölelerin *Stipulatio*’ları Hakkında Esasen köle, *stipulatio*’yu ister maliki için, ister kendisi için, ister kendisi ile birlikte köle olan birisi için, isterse de belirtmediği bir kimse için yapsın, daima maliki hesabına iktisap etmiş olur.”; (Çev: RADO): *Gaius, Institutiones*, s. 20. 104. “Ezcümle bir köle, *in mancipio* bir kimse, bir aile kızı ve *manus* altında bulunan bir kadın yalnız hakimiyetine tabi oldukları kimseye karşı değil fakat başkalarına karşı da borçlanamazlar.

mülkiyeti kendisine ait olduğu halde, karısının getirdiği çeyiz malları üzerinde, karısının izni olmaksızın bazı tasarrufları muameleleri yapamaz.

Şekle bağlı hukuki işlemlerin şekil şartının yerine getirilmemesi de hükümsüzlük sebebidir⁴⁸. Örneğin, *mancipatio*'da şahit bulunmaması veya gerekli sözlerin söylenmemesi, mülkiyetin geçmemesine sebep olacaktır.

Hukuki işlemin sebebinin hukuka veya ahlaka aykırı olması veya hukuki sebebin hiç bulunmaması da işlemin hükümsüzlüğünü doğurur. Eğer hukuki işlemin takip ettiği amaç, hukukun kabul etmediği bir şeyse, o zaman sebep hukuka aykırıdır. Örneğin Roma hukukunda eşlerin birbirlerine bağıştta bulunmaları yasaklanmış olduğu için bu sebep tahtında yapılan işlemler hükümsüzdür⁴⁹.

II. HÜKÜM DOĞURMAYAN MUAMELELER

Bazen bir hukuki işlem geçerli olarak kurulmuş olduğu halde fiilen hüküm ifade etmeyen bir hale gelmiş olabilir. Bu durumda Romalılara göre işlem, faydasız veya hükümsüzdür. Örneğin, mirasçı nasp edilmiş bir şahsın, mirası kabul etmemesi, vasiyetnamenin geçerli olmadığı anlamına gelmez, ancak onu, içinde bulunan muayyen mal vasiyetleri ve bütün tasarruflarıyla birlikte, tahakkuk edemeyecek hale getirir.

Bazen ise tamamen geçerli ve neticelerini doğurmaya elverişli bulunan bir hukuki işlem, feshedildiği veya ondan rücu edildiği zaman hüküm doğurmaz hale gelir. Örneğin, Roma Hukukunda, yirmi beş yaşından küçük balıklar, kendi kendine yaptığı işlemden,

⁴⁸ (Çev: RADO): *Gaius, Institutiones*, s. 21. 105. “Dilsizin *stipulatio* ile taahhüt yaptırılmayacağı gibi vaat edemeyeceği de aşıkardır; aynı esas sağır için de caridir; zira *stipulatio* yaptıran vaat edenin sözlerini, vaat eden de *stipulatio* yaptıranın sözlerini duymalıdır.”

⁴⁹ “...Burada dikkat edilmesi gereken bir husus şudur ki, yalnız kanunun sarahaten yasak ettiği (*contra legem* = kanuna aykırı) hukuki sebebe dayanarak yapılan muamele değil, kanunun ruhunu ihlal eden sebebe müstenit muamele de sakat olur, yani bir takım değişik ve zahiren meşru yollarla (*in fraudem legis* = kanunu aldatarak) hukukun yasak etmek istediği bir takım neticelere götüren hukuki muamele de muteber olmaz. *Contra legem facit, quid id facit quod lex prohibet in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit* = Hukukun men ettiğini yapan, hukuk hilafına hareket eder; lafzına sadık kalarak ruhuna tecavüz eden, hukuka hile katar. (*D. 1, 3, 29*)” UMUR, s. 160.

alacaklı borçlusunun tasarruflarından, zarar gördükleri için, hukuk düzeni kendilerine, işlemi feshetmek imkânını vermektedir. Verilen örneklerde, hukuki işlem, kendi başına sakat veya bozuk değildir, fakat oluşumunun dışında kalan bir menfaat sebebiyle işlemez ve netice doğurmaz hale gelmektedir⁵⁰.

Klasik Roma Hukuku devrinde, hüküm doğurmayan muamelelerden dönmek veya onları feshetmek bazen *Ius Civile* ve hukuken (*ipso iure*) bazen de *praetor* hukuku aracılığıyla ve def'i yoluyla (*ope exceptionis*)⁵¹ mümkün olabilmekte idi. *Iustinianus* devrinde ise, *Ius Civile* ile *Ius Honorarium* birleşmiş olduğundan, hepsinin mahiyeti aynı (*ipso iure*) olmuştur.

III. BATIL VE İPTALİ KABİL MUAMELELER

Hukuki işlemin esas unsurlarından bir tanesi noksan olursa işlemin 'batıl' olduğu, esas unsurlarından bir tanesinde bozukluk veya fesat bulunursa 'iptali kabil' olduğu söylenebilir.

Esas unsurlarından birisinin noksanlığı nedeniyle batıl olan işlem, hiçbir suretle ve kendiliğinden, hüküm ifade etmez, yani kendisine has olan hukuki sonuçları doğurmaz. Klasik Roma hukukunda, gerek *Ius Civile*'nin gerekse *praetor* hukukunun işlemleri, esas unsurların yokluğu halinde batıl oldukları gibi, *Ius Civile*'nin geçerli saydığı bir hukuki işlemin, *praetor* tarafından batıl hale getirilmesi de mümkün olmaktadır⁵².

Bazı durumlarda batıl işlem kendine has sonuçları doğurmamakla beraber, başka neviden sonuçlar doğurabilir. Örneğin işlemi yapanın kusuru olduğu için işlem batıl

⁵⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. UMUR, s.156 vd.

⁵¹ UMUR, Z.: Roma Hukuku Lügati, İstanbul 1975.

⁵² *Praetor, Ius Civile'nin* kabul ettiği bir hukuki işlemi haksız görür veya himayeye layık görmezse, bu işleme dayanarak dava açmak isteyen tarafa, dava hakkını vermezdi; bu şekilde *praetor, Ius Civile* işleminin geçerliliğini inkar etmiş olmaz, fakat himaye vasıtasını vermemek suretiyle onu netice doğuramayacak hale getirmiş olurdu.

olabilir; fakat işlemi yaparken kusuru yüzünden neden olduğu zararı tazmin etme borcu doğabilir. Burada doğan tazminat borcu, akdin içeriği ile ilgili değildir ancak işlemin batıl olması nedeniyle ortaya çıkmaktadır.

Hukuki işlemlerin batıllığı genellikle işlemin tümüne etki etmekle beraber bazı hallerde butlan kısmi olabilir. Bu halde işlem bazı yerlerde hüküm ifade ettiği halde, bazı yerlerde sonuç doğurmayabilir. Örneğin, küçüğün vasisi olmadan işlem yapması halinde, küçüğün lehine olan neticeler hüküm ifade ettiği halde, onu borçlandıran sonuçlar batıl olacaktır⁵³.

Hukuki işlemin esas unsurlarından hiç birisi eksik olmadığı için işlem geçerli olmakla beraber, unsurlardan bir tanesinde sakatlık var ise iptali kabil işlemde söz edilebilir. Bu kategoriye giren hukuki işlemlerin hükümsüzlüğü veya geçerliliği askıdadır ve ortadan kaldırılabilir. Örneğin hile veya ikrah etkisi altında yaptırılmış bir işlemde hal böyledir. Bu durumda, hukuk düzeni, hukuki işlemin tarafına, sonuçlar henüz ortaya çıkmadan onları bir def'i yoluyla önlemek ve sonuçlar ortaya çıkmışsa, fesih yoluyla onları geçmişe etkili olacak şekilde ortadan kaldırma imkânı verir. Yani Müşterek Hukuk Doktrininin Roma kaynaklarına dayanarak geliştirdiği bu sakatlıklarda, işlemin kaderi, taraflardan birinin kararına bağlıdır. Bu kimse işlemi onaylayabilir, işlem geçerli bir işlemin sonuçlarını doğurabilir.

Roma Hukukunda iptal edilebilir işlemlere bir örnek; borçlunun, alacaklılarını zarara sokmak için hileli olarak mallarını kaçırmasıdır (*fraus creditorum*)⁵⁴. Borçlunun alacaklı zararına hileli şekilde mal kaçırmayı, *praetor* tarafından haksız fiil olarak kabul ediliyordu. Günümüzde İcra İflas hukukunda düzenlenen bu durum için, *praetor*'lar Klasik

⁵³ (Çev: RADO): *Gaius, Institutiones*, s. 23. 107. Vesayet altındaki küçük (*pupillus*) bütün muameleleri muteber olarak yapabilir, ancak vasinin (*tutor*) müdahalesinin (*auctoritas*) zaruri olduğu yerlerde bunun bulunması şartıyla, ezcümle kendisinin borç altına girmesi halinde; zira vasinin müdahalesi olmadan başkasını kendisine karşı borçlandırabilir. 108. Vesayet altındaki kadınlar için de aynı hükümler caridir.

⁵⁴ RADO, T.: *Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku*, İstanbul 1997, s. 202-203; TAHİROĞLU, B.: *Roma Borçlar Hukuku*, İstanbul 2000, s. 252-253.

Hukukta, iki himaye vasıtası tanınmışlardı. Zarar görenler ya itiraz ederek yapılmış olan muamelelerin eski hale iadesini *in integrum restitutio* yoluyla talep ederlerdi veyahut da alacaklılardan her biri *interdictum* yoluyla yapılmış olan muamelelerin iptalini ve kaçırılan malların iadesini isteyebilirdi. *Iustinianus* hukukunda, bu iki himaye vasıtası *actio Pauliana*⁵⁵ diye anılan meşhur bir dava şeklinde toplandı. Hangi *praetor* tarafından oluşturulduğu bilinmeyen bu dava ile alacaklıların zararına yapılmış olan bütün muamelelerin iptali ve bu yüzden uğranılan zararların tazmini istenirdi. Bu dava, hileli şekilde mal kaçıran borçluya karşı, mesela, alacaklıdan kaçırmak için kölelerini azat eden, mallarını bağışlayan veya muvazaalı şekilde satarak devreden kimseye karşı açılabilirdi gibi, bu muamelelerden yararlanan kişilere de açılabilirdi. Davanın açılabilmesi için, alacaklının fiilen zarar görmesi, borçlunun bu muameleleri yaparken aciz haline düşeceğini veya aciz halinde olduğunu bilmesi (*consilium fraudis*) ve iktisap edenin de, borçlunun içinde bulunduğu durumu (*scientia fraudis*) bilmesi gerekirdi⁵⁶.

Klasik Dönemde, iptali kabil işlemlerden söz etmek pek mümkün değildir. Çünkü o devirde, hukuki işlemler esaslı unsurlarını ihtiva ettikleri için *Ius Civile* tarafından geçerli sayılırlardı. Dolayısıyla, belirli şekil ve şartlara uyularak yapılmış olan bir *Ius Civile* işleminin doğurduğu sonuçlar, sonradan ortaya çıkan bir irade fesadı veya bazı şartların eksikliği dolayısıyla ortadan kaldırılamazdı. Yani eski *Ius Civile*'ye göre hukuki işlem ya tüm unsurlarıyla birlikte tam olur ve hükümlerini icra eder veya unsurlarından birisi eksik olduğu için esasından doğmamış olur ve tarafların iradeleri hiçbir hüküm ifade etmezdi. Tüm bu anlatılanlardan anlaşılacağı üzere, Klasik Roma Hukukuna göre, bizim bugün batıl dediğimiz muameleler mevcut olduğu halde, iptali kabil dediğimiz muameleler mevcut değildi. Fakat şekil unsuru zayıflayıp, *causa* unsuru kuvvetlenince, durum değişti ve bu

⁵⁵ UMUR, Z.: Roma Hukuku Lugatı, İstanbul 1975.

⁵⁶ *Iustinianus* (I. 4,6,6) Borçlu malını üçüncü bir kişiye alacaklının aleyhine ve hileli olarak devretmişse bu teslim iptal edilmiş ve borçlunun malvarlığından kalmış addolunarak alacaklının malı talep edebileceğini ifade etmektedir. ERDOĞMUŞ/TAHİROĞLU, s.147, dn.142.

gibi muamelelerin sonuçlarını önlemek veya ortadan kaldırmak için, def'i, eski hale iade (*exceptio, in integrum restitutio*) gibi *praetor* vasıtalarına başvurulmaya başlandı⁵⁷.

Iustinianus Hukukunda ise, iptali kabil işlemlerin durumu, bugünkü hukukumuzdaki duruma çok benziyordu, O devirde bu tür işlemler *ope exceptionis*, yani def'i yoluyla batıl hale geliyordu. Bugünkü hukukumuzda ise hâkim iptal sebeplerini re'sen nazara almaz, taraflardan birinin bozukluk sebebini ileri sürmesi ve ona göre hâkimin bir iptal kararı vermesi gerekir.

⁵⁷ *Praetor, Ius Civile*'yi doğrudan doğruya lağvedemediği gibi, *Ius Civile*'nin geçerli saydığı fesatlı bir işlemi iptal de edemez, ancak söz konusu usul hukuku araçlarıyla, sonuçların fiilen doğmamasını temin edebilirdi. Bir işlemde fesat bulunduğunu ileri sürmek isteyen tarafın, işlemi iptal etmek için aktif bir aracı yoktu. Sadece, karşı tarafın kendisine dava açmasını bekler ve o zaman, ya davanın *praetor* tarafından reddedilmesini (*denegatio actionis*) veyahut *formula*'ya, işlemde bir fesat bulunduğu müteallik *exceptio*'yu nazarı itibara almak mecburiyetinde olduğundan fesatlı işlem yüzünden davaya maruz kalmış olan davalıyı beraat ettirirdi. Bazı hallerde ise, *praetor, in integrum restitutio*'yu tanımak suretiyle, tarafları, işlemin yapılmasından önceki hale koyar ve bu suretle işlemin sonuçlarını önlediği gibi, tahakkuk etmiş sonuçlar varsa, onları da izale etmiş olurdu. UMUR, s 158-159.

İKİNCİ BÖLÜM

MUVAZAA KURAMININ GELİŞİM ÇİZGİSİ

Muvazaa kuramının temelleri, Roma Hukukunda ortaya çıktıktan sonra, Orta çağ hukuk bilimi, özellikle İtalyan *Commentatorlar*'ı tarafından geliştirilmiş ve 17. ve 18. yüzyılın doğal hukuk kuramı ise buna güvenin korunması ilkesini katmıştır. Aşağıdaki bölümlerde sırasıyla muvazaa kuramının Roma Hukukundan günümüz modern kanunlaştırma hareketlerine kadar gelişim çizgisini inceleyeceğiz.

§ 3. ROMA HUKUKUNDA MUVAZAA KURAMI

Roma Hukuku kökenli modern hukuklardaki düzenlemelerden yola çıkarak, muvazaayı kısaca, iki taraflı hukuki bir işlemde tarafların dışarıya karşı yapmış gibi gösterdikleri işlemde başka bir hukuki işlem yapmaları ya da hiçbir işlem yapmamaları olarak tanımlamak mümkündür⁵⁸.

Muvazaa, mutlak muvazaa ve nisbi muvazaa olmak üzere ikiye ayrılmaktadır⁵⁹. Üçüncü kişileri aldatmak amacıyla hukuki işlemin taraflarının, herhangi bir işlem yapmak istemedikleri halde sadece görünüşte bir işlem yapmaları durumunda mutlak muvazaa söz konusu olur. Örneğin, alacaklıların takibinden kurtulmak isteyen borçlunun anlaşarak

⁵⁸ AKINTÜRK, T.: Borçlar Hukuku, Ankara 1998, s. 36; AYBAY, s. 45; BİNATLI, Y. Z.: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1966, s. 80; BİRSEN, K.: Borçlar Hukuku Dersleri, 1. Kitap, Borçların Umumi Hükümleri, İstanbul 1954, s. 87; KANIK, T.: "Muvazaa ve İsbatı", Adalet Dergisi, 1952, S. 5, s. 637; KARADENİZ-ÇELEBİCAN, s. 222; ERDOĞMUŞ/TAHİROĞLU, s. 150; UMUR, s. 162.

⁵⁹ KARAGÖZ, s. 62 vd.; ERDOĞMUŞ/TAHİROĞLU, s. 148 vd.; UMUR, s. 163; KARADENİZ-ÇELEBİCAN, s. 224 vd.

mallarını bir başka kimseye satmış gibi göstermesi durumunda mutlak muvazaadan söz edilir⁶⁰.

Üçüncü kişileri aldatmak amacıyla görünüşte bir işlem yapan tarafların, bu işlemi gerçek iradelerine uygun olan bir işlemi gizlemek amacıyla yapmaları durumunda nisbi muvazaa söz konusu olur. Örneğin, bir malını üçüncü bir kimseye bağışlamak isteyen bir kimsenin, mirasçılarında çekinmesi nedeniyle, bu bağış işlemini anlaşılarak satış olarak göstermesi durumunda nisbi muvazaadan söz edilir. Bu durumda, görünüşteki muvazaalı işlem ve tarafların gerçekten istemiş oldukları gizli işlem olmak üzere iki işlem vardır⁶¹.

Modern hukuklarda, tarafların dışarıya karşı yapmış gibi gösterdikleri hukuki işlemin geçersiz olduğu, ancak gerçekten yapmış olmayı istedikleri hukuki işlemin, kanunda o işlem için öngörülen koşullara uyulmuş olması şartıyla geçerli olduğu genel kuralı yerleşmiştir. Bu kurala çok uzun bir gelişim sürecinden geçilerek ulaşılabilmektedir. Genellikle kabul edilen görüşe göre, Klasik Dönemde muvazaalı işlemler konusunda kesin ve genel bir kural yoktur⁶². Klasik Dönem hukukçuları her olayı kendi şartları içerisinde değerlendirerek çözüme kavuşturmuşlardır. Eski hukuk anlayışında, şekil zorunluluğu olan işlemlerde, tarafların gerçekte istememelerine rağmen yapmış oldukları işlem, tarafların iradelerine rağmen bağlayıcı kabul edilirdi. Çünkü *Ius Civile*'ye göre bir işlemin geçerli olabilmesi için sadece şekil şartının sağlanmış olması yeterli idi ve şekil daima iradeden

⁶⁰ RADO, s. 202; TAHİROĞLU, s. 252.

⁶¹ *D. 18. 1. 36*'da *Ulpianus* bir kimsenin bir alım-satım akdinde bağışlama nedeniyle talep etmeyeceği bir Semen kararlaştırması halinde, alım-satım akdinin varlığının kabul edilmeyeceğini öne sürmektedir. Bunun gibi aynı hukukçu *D. 19. 2.46*'da sembolik ücret karşılığında yapılan kira akdinin geçerli olmaya-cağını, çünkü bu muamelenin bağışlamaya benzediğini belirtmektedir. Buna karşılık *D. 50. 17. 16*'da *Ulpianus*, bir semen söz konusu olduğu takdirde muvazaalı satımdan bahsedilemez demektir. Semen çok düşük tutulduğu hallerde bir *negotium mixtum cum dontione* yani bağışlama gayesiyle yapılmış alım-satım mevcuttur. ERDOĞMUŞ/TAHİROĞLU, s. 150, dn. 151.

⁶² "Roma Hukukunda, Klasik Dönem'de muvazaa konusunda kesin ve genel bir kurala rastlanmamaktadır. Bir takım 'muvazaa' hallerinde, gerçekte istenmemiş olmakla birlikte, istendiği beyan edilen işlem, hukuki bakımdan irade beyanının önem taşıdığı görüşünden hareketle geçerli sayılmaktadır. Buna karşın, bir takım muvazaa hallerinde ise, gerçekte istenmediği halde, istenmiş görünen işlemin, gerçek iradenin bu yolda olmadığı gerekçesiyle geçerli olamayacağı düşüncesinin ağır bastığını görüyoruz." Ayrıntılı bilgi için bkz., KARADENİZ-ÇELEBİCAN, s. 225 vd.

üstün tutulurdu⁶³. Örneğin mülkiyetin nakli, azat etme, vasiyetname düzenlenmesi ve borç doğuran eski akitler resmi şekle tabi idiler ve tabi oldukları resmi şekle uygun olarak yapıldıkça geçerli kabul edilirdiler. Hukuki işlemlerin, kişisel iradeye göre değerlendirilmeye başlanmasından sonra, dışarıya karşı isteniliyormuş gibi gösterildikleri halde aslında istenmedikleri dikkate alınmaya başlandı. Ancak Klasik Hukuk Dönemi'nde henüz tümüyle bu aşamaya ulaşılamamıştır⁶⁴.

Muvazaanın geçersiz sayıldığı durumlar ilk olarak klasik sonrası dönemde değil, M.S. 2.yüzyıldan itibaren kaynaklarda karşımıza çıkmaktadır. “Gerçekten kararlaştırılan, yalnızca görünüşe yönelik olarak yazılana göre geçerlidir⁶⁵.” şeklindeki temel prensip ilk kez *Diocletianus* zamanında ortaya konmuştur. *Diocletianus*'un sayısız *rescriptumlarında* satış sözleşmesi ve birçok başka sözleşme muvazaa nedeniyle geçersiz sayılmıştır. Bunlara aşağıdaki örnekler verilebilir.

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...

⁶³ “..*Gaius*, klasik hukukta sadece muvazaalı evliliklerin hükümsüz olduğunu belirtmektedir.” Ayrıntılı bilgi için bkz. KARAGÖZ, s. 62.

⁶⁴ “...Bir görüşe göre ise, bu anlayış artık geçersizdir. Bu görüşe göre, Romalı Hukukçuların, günümüz hukuklarında olduğu gibi, muvazaanın geçersiz olacağına ilişkin genel bir kurala sahip olamadıklarını ve “muvazaa”lı ismi verilen bir hukuki işlem kategorisine sahip olamadıklarının kabul edilmesi gerekir. Romalı Hukukçular, bir hukuki sorundan diğerine geçerek kazuistik yöntemle karar vermişlerdir. Böylece Romalı hukukçular konular arasında bağlantılar kurarak, belli hukuki işlem kategorileri yaratamamışlardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZ, A.: “Muvazaa Kuramının *Iustinianus'tan* Günümüz Modern Kanunlaştırma Hareketlerine Kadar Gelişim Çizgisi, A.Ü.H.F.D., C. 45, S.4, Ankara 1996., s. 454.

⁶⁵ *Cod. Iust. 4.22* Başlık. “*Plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur.*” OĞUZ, s. 456.

Iustinianus, muvazaalı hukuki işlemleri geçersiz sayarak, Diocletianus'un eğilimini devam ettirmiştir. *Iustinianus* Hukukuna göre, genel olarak irade nazariyesi benimsendiğinden “bilfiil istenen (yapılan) şey, zahiren istenmiş (yapılmış) gibi görünen şeyden üstündür” kuralı egemen olduğundan, dışa karşı yapılmış gibi gösterilen işlem yani muvazaalı işlem gerçekte istenmediğinden geçerli sayılmamıştır. (D. 18. 2, 4. 5) de verilen örneğe göre; eğer, daha uygun bir fiyat verildiği takdirde feshedilmesi şartıyla bir alım satım yapılmış ve satıcı malı ikinci bir defa, fakat muvazaalı bir şekilde, satmışsa, bu satış hüküm ifade etmez.

Nisbi muvazaada ise, gerçekte istenmiş, fakat dışarıya karşı saklanmış olan işlem, eğer hukuka aykırı değilse ve gerekli şekillere uygun olarak yapılmışsa, tarafların iradeleri bu yolda olduğundan, geçerli sayılmıştır⁶⁶. Nisbi muvazaa konusunda *Iustinianus* hukukunda yukarıda da değindiğimiz “*plus valera quod agitur quam quod simulate concipitur*” (C. 4, 22, rubr) “ fiilen yapılan şey zahiren (muvazaalı olarak) yapılmış görünen şeyden üstündür” prensibi geçerlidir. Bu kural gereği, tarafların gerçek iradelerine uygun olmayan görünüşteki muvazaalı işlem, tarafların iradeleri söz konusu işlemin geçerli olmaması yönünde olduğu için hükümsüzdür⁶⁷. Örneğin, hibede bulunamayacağı bir kimseye mal bağışlamak istediği için ona malını satmış gibi gösteren bir kimsenin durumunu ele alırsak, muvazaalı, zahiri olan muamele yani bağışlamayı gizleyen alım-satım batıldır, çünkü taraflar onu, sadece hayali bir işlem olarak yapmışlardır. Buna karşılık, saklanmış olan muamele yani alım-satım arkasına gizlenmiş olan bağış geçerlidir, çünkü tarafların hakikatte istedikleri odur. Yalnız bu gizlenmiş işlemin hukuka aykırı bir sebebe dayanmaması gerekmektedir. Örneğin, gizli işlem olan bağışlama eşler arasında

⁶⁶ “İradenin tamamen vurgulayıcı olduğu post klasik devirde harici iradenin gerçek iradeye uymadığı için batıl olduğu, bunun arkasına gizlenmiş olan, tarafların gerçek iradelerine uyan muamelenin geçerli olabileceği, bunun için gizlenmiş muamelenin hukuk düzeninin aradığı unsurları (örneğin şekle uygunluk) taşıması gerektiği kabul edilmiştir.” ERDOĞMUŞ/TAHIROĞLU, s. 151.

⁶⁷ Muvazaaya ilişkin bazı özdeyişler şunlardır: *Actus simulatus nullius est momenti* (muvazaalı muamele geçersizdir). *Plus valet quod actum quam simulatum* (gerçekte yapılan muvazaalı olandan daha geçerlidir) *Quae simulate gerentur pro infectis habentur* (zahiren yapılan şey batıldır) ERDOĞMUŞ/TAHIROĞLU, s. 150, dn. 153.

yapılmış ise Roma Hukuku'na göre, eşler arasında bağışlamalar yasak edildiğinden hükümsüz olacaktır.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, rızai akitlerin kabul edilmesiyle başlayan ve *Iustinianus* Hukukunda da kabul edilen muvazaaya ilişkin hükümler ile bugünkü hukukumuz arasında benzer noktalar oldukça fazladır.

§ 4. GLOSSATORLAR'DA VE COMMENTATORLAR'DA MUVAZAA

KURAMI

Muvazaa teorisinin dogmatik temelleri *Glossatorlar*⁶⁸ ve *Commentatorlar*⁶⁹ (*Postglossatorlar*) tarafından belirlenmiştir. *Commentatorlar* mektebinin önemli iki temsilcisi olan *Bartolus* ve *Baldus*⁷⁰, da muvazaanın niteliğine ilişkin bilgiler az olduğu gibi, çoğu kez *Glossatorlar*'ın yorumlarının tekrarından ibarettir.

Glossa ordinaria'da muvazaanın, gerçekte var olmayan bir konuda yanılma olduğu belirtilmektedir. “*Quod non est simulo*” (Muvazaa gerçekte olmayan bir şeydir.” (*Glossa i.v. D. 25.4.1.1.*) Muvazaalı işlem sonucunda, tarafların aslında yapmayı istemedikleri

⁶⁸ İtalya'nın Bologna şehrinde XI. Yüzyılda ünü kısa sürede Avrupa'ya yayılan bir üniversite kurulmuştur. Hukuk alanındaki bu ünün sebebi, Hukukun Işığ (Lucerna Iuris) diye anılan *Irnerius* isimli hukukçunun (ölümü 1125) kurucusu olduğu *glossatorlar* akımının Roma hukuku üzerinde başlattığı bilimsel çalışmadır. Mektebe bu adın verilmesinin nedeni bu hukuk hocalarının *Corpus Iuris Civilis*'i *glossa* denilen notlarla açıklamalarıdır. *Glossalar* ya metnin kenarına (*glossae marginales*) ya da satırların aralarına (*glossae interlineares*) yazılıyordu. *Glossatorlar Iustinianus* kanunnamesinin ruhuna erişmeyi başaran ve çalışmalarıyla bu eserin sonraki yüzyıllarda da anlaşılmasını sağlayan bilim adamlarıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz., KOSCHAKER / AYİTER, s. 36; ERDOĞMUŞ / TAHİROĞLU, s. 70; KARADENİZ-ÇELEBİCAN, s. 76; TAHİROĞLU, s. 5 vd.,

⁶⁹ XII. ila XV.yüzyıllarda yaşamış olan *postglossatorlar*'ın metodu *glossatorlar*'ın metodundan farklı değildi. Ancak, bunlar *glossatorların* aksine *C.I.C.* ile meşgul olurken uygulamanın ihtiyaçlarını dikkate almışlardır. *Iustinianus* derlemesinin bütün bölümlerini ayrıntılı olarak açıklayıcı nitelikte büyük sistematik eserler yazan *commentatorlar* mektebinin önemli iki temsilcisi *Bartolus* ve *Baldus*'tur Bu akımı temsil eden hukukçular Ortaçağ'da önem kazanan örf ve adet hukuku da dahil olmak üzere yerel hukukları da dikkate alarak uygulama için gerekli yeni prensiplere, kavramlara ve müesseselere ulaşmışlardır. *Postglossatorlar glossa*'yı şerh etmişlerdir ve çalışmaları ilmi yönden kısa izahlardan değil, geniş şerhlerden oluşmaktadır. Bu suretle de sistematik bir hukuk ilminin kurucuları olmuşlardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. AYİTER, s. 70; KARADENİZ-ÇELEBİCAN, s. 78; RADO, s. 10.

⁷⁰ *Kommentatorlar* hukuk mektebinin temsilcisi olan ve Avrupa çapında ilmi otoriteler olarak sayılan *Bartolus* ve *Baldus* hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KOSCHAKER/AYİTER, s. 37.

ancak dışa karşı yapmış gözükükleri bir işlem ortaya çıkar ki, bu halde, sözleşmede tarafların aslında sahip olmadıkları bir irade varmış gibi gösterilmektedir. “*Fingat vendere cum non vendat*” (Satış yapılmadığı halde, satılmış gibi gösterilmiştir.) (D. 18.1.55) “*Emere sibi nollet, simulabat tamen*” (Aslında kendisi için satın almak istememektedir, öyle göstermektedir.) (D.18.2.4.5 (eğer alıcı sahte ise))

“*Plus valera quod agitur quam quod simulate concipitur*” (C. 4, 22, rubr) “ fiilen yapılan şey zahiren (muvazaalı olarak) yapılmış görünen şeyden üstündür.” Ancak *Glossa*'ya göre, söz konusu muvazaada, istenmeyen şeyler var olamayacağı için, gerçek davranıştan (*veritas actus*) oluşan asıl anlaşma ve gerçek (*substantia*) yoktur.

Animus simulandi (muvazaa niyeti) kendilerine yabancı olan *Bartolus* ve *Baldus*, *Glossa*'ların genel teorisine dayanmakta idiler ve muvazaa anlaşmasının bulunmasının gerekliliği sorusunu ele almışlardır⁷¹. *Baldus*'un C. 4.22.1 için yaptığı tanım şöyledir: Eğer araçlar, muvazaa amacıyla yalan içeriyorsa⁷², muvazaa vardır. *Baldus*, “gerçekten kararlaştırılan, yalnızca görüşe yönelik olarak yazılan şeyden daha değerlidir” kuralının uygulanmaması gereken durumları kesin olarak ayırt etmek istemiştir. Burada *Baldus* üç tipten söz etmektedir. Sözleşmenin tarafları dışarıya karşı bir şey gösteriyorlar, ancak bunu niyet ettiklerinden farklı yapıyorlar, sözleşmenin tarafları dışarıya karşı bir şey gösteriyorlar, fakat bunu niyet ettiklerinden başka bir zamanda yapıyorlar, sözleşmenin tarafları dışarıya karşı bir kişi gösteriyorlar, ancak başka bir kişiyle sözleşmeyi yapıyorlar⁷³.

⁷¹ “...si inter nos agitur quod contractus sit simulatus et sic deficiat substantia” (...eğer aramızda bir sözleşmenin muvazaalı olacağını kararlaştırmışsak, sözleşmenin özünde bir eksiklik var demektir). *Bartolus*, D. 30. 55. Nr. 11. “...contractus est simulatus quando praetextu unius causae celebratur figuraliter, sed non essentialiter” (...sözleşme muvazaalıdır çünkü bir şey saklanmıştır. Sözleşme biçim olarak açıklanmış, ancak gerçekte istenmemiştir:C.2.6.3. “... donatio simulata dicitur colorata seu depicta extrinsecus, sed intrinsecus non habet substantiam” (... muvazaalı olarak yapılan bağışta, dışa karşı yansıyanın istenmediği, gerçek iradenin saklandığı söylenir: C. 4. 35. 23. “...ex ipsa voluntate insurgit veritas” (... bizzat iradeden gerçek doğar) *Consilia*, 3.464.4. ERDOĞMUŞ/TAHİROĞLU, s. 72.

⁷² “Instrumentum continet mendacium propter simulationem.” OĞUZ, s. 457.

⁷³ “Contrahens ostendere nititur id quod facere alias intendit ,contrahens ostendere nititur id quod facere alias intendit, ostendere nititur id quod facere in alia persona itendit.” OĞUZ, s. 457.

Glossatorlar'da olduğu gibi *Bartolus* ve *Baldus* hayali sözleşmeleri (*contractus imaginarii*) muvazaalı sözleşmelerin özel bir türü saymışlar ve geçersiz ilan etmişlerdir.

Bartolus ve *Baldus*'a göre muvazaalı işlem hiçbir biçimde geçerlilik taşımazdı ve muvazaalı işlem yok sayılırdı. Muvazaalı bir işlemde hukuki sonuçların doğması mümkün değildi. *D.39.3.12*'ye göre muvazaalı olarak mirasçılık sıfatı olan kişiden mirasçı olarak söz edilemez⁷⁴. Benzer şekilde, muvazaalı satış (*venditio simulata*) mülkiyetin geçmesi için bir neden oluşturamazdı⁷⁵. Zilyetliğin geçmiş olması durumunda, temel işlemdeki muvazaanın, teslimi kapsayıp kapsamadığı önem taşırdı. Eğer kapsıyorsa zilyetlik geçmezdi, aksi halde zilyetlik kime verilir ise o zilyet olurdu.

Bartolus ve *Baldus*, nisbi muvazaa ve mutlak muvazaa ayrımını yapmışlardır ve gizli işlemde neyin gizli olduğunu da belirtmişlerdir⁷⁶. Eğer nisbi muvazaa söz konusu ise yani, muvazaalı işlemin arkasına başka bir işlem gizlenmişse, *C. 4.22*'deki temel kural gereğince, başka bir kural bunu engellemediği sürece ve gizli işlemdeki özel şekil şartı yerine getirildiği sürece gizli işlem geçerli olurdu. *Baldus*'un *C.2.4.21* için yazdığı yoruma göre “mülkiyetin geçirilmesi muvazaalı alım-satım sözleşmesine dayanıyor ise, bu durumda mülkiyetin geçmesi ve muvazaalı sözleşme geçersiz sayılır⁷⁷.”

Muvazaanın varlığı, taraflarca dava veya def'i yoluyla ileri sürülebilirdi. Dava, bir geçersizlik davası idi (*actio de nullitate*) ve 30 yıl içinde açılabilirdi. Buna uygun olarak da muvazaa def'i her zaman ileri sürülebilirdi ve ileri sürülen muvazaa def'inden vazgeçilemiyordu⁷⁸.

⁷⁴ “non dicitur successor qui habet titulum simulatum.” UMUR, s. 163.

⁷⁵ “Simulata venditio non est venditio” (Muvazaalı satış satış sayılmaz) *D. 18.1.55*. UMUR, s. 163.

⁷⁶ “de persona in personam” (başka bir şahıs) ve “a causa in causam” (başka bir sözleşme tipi). Bununla birlikte bu konularda kesin bir şemanın varlığı gözlenmemektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZ, s. 458.

⁷⁷ “ubi est vera transactio et simulata emptio, statur transactioni et contractus simulatus nihil operatur.”

⁷⁸ “...Bu def'i metinlerde *exceptio doli* (hile def'i)'ye kıyasen uygulanmak suretiyle kabul edilmiştir. Bu durum, *exceptio simulationis*'in olduğu durumların, *exceptio non numeratae pecuniae*'nin (bir dava ile iadesi talep olunan bir paranın verilmemiş olduğunu beyan ederek ileri sürülen ve imparatorlar tarafından tanınmış def'i) gerekli olduğu olaylardan ayırt edilmesini sağlıyordu. Böylece, *exceptio simulationis* yoluyla, *exceptio nun numeratae pecuniae* için öngörülmuş olan iki yıllık sürenin uygulanarak, yasanın

Bartolus ve *Baldus* muvazaayı, kanuna karşı hileden (*agere in fraudem*) kesin çizgilerle ayırmış ve muvazaa ile aldatmanın (*fraus*) tipik görünümelerini bir araya toplamışlardır. Kanuna karşı hilede gerçek davranış bulunmasına rağmen bu davranış hukuka aykırıdır. Muvazaada ise gerçek davranış olmadığı için geçersizlik söz konusu olur. Kanuna karşı hilenin, kanuna karşı yapılması durumunda hukuki işlemin geçersiz olmasına rağmen, kanuna karşı hile, bir kimsenin çıkarının zedelenmesi amacıyla yapılmışsa, işlem bu kişi tarafından geriye etkili olarak ortadan kaldırılabılır. Muvazaa ile aldatmanın karşılaştırılması sonucu aldatma halinde hukuki işlemi yapmış olan tarafların aldatmaya dayalı dava açamayacakları; oysa bu durumun zarar gören üçüncü kişiler için geçerli olmayacağı ortaya çıkmıştır.

Commentatorlar'ın eserleri sayesinde⁷⁹, Ortaçağın sonlarında ve yakın çağın başlarında muvazaa geliştirilmiştir. Muvazaa teorisinin ele alındığı eserler; *Bartholomaeus Caepolla*'nın 1335 ya da 1338 yılları arasında yazdığı *Dictionarium Juris* adlı eseri, *Albericus de Rosciate (Rosate)*, *Repertorium Juris* adlı eserinde, *Johannes Bertachinus* ve *Jason de Mayno*'nun yorumları ve öneriler ve *Pavia, Padua* ve *Pisa*'daki hukuk öğretmenlerinin eserlerinde, 16.yüzyılda yaşayan İtalyan hukukçu *Petrus Nicolaus Mozzius (Maceratensis)*, *Tractatus de contractibus* adlı eseridir.

Bartholomeus Caepolla, Tractatus cautelarum, Cautela 308 [243]'de De simulatis contractibus (muvazaalı sözleşmeler hakkında) başlığı altında, muvazaa hakkındaki

dolanılması önlenmiş oluyordu. Ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZ, a.g.m., s. 460 vd.

⁷⁹ *Commentatorlar*'ın Roma hukukuna pratik alandaki hizmetleri çok daha büyük olmuştur. Çünkü, bu mektep mensupları, *glossatorlar*'dan farklı olarak, çalışmalarında pratik amaçlara daha çok ağırlık vermişler, Roma hukukunun uygulamada yeniden geçerli kılınmasını sağlama yolunda çaba harcamışlardır. Ancak yine de *Commentatorlar*'ın çalışmalarının, *C.I.C.*'de derlenmiş olan Roma hukukunu çağlarının koşullarına uydurarak yeniden geçerli kılmak gibi pratik amaçlara yönelik olması, onları *Iustinianus*'un bu derlemesini mutlak otorite saymaktan alıkoyamamıştır. Roma hukuku kurallarını, içinde yaşadıkları ortamın ve çağın hukuki sorunlarına uygulanabilme açısından inceleyen ve değerlendiren *Commentatorlar*, bu hukuku, çağlarının toplumsal yaşamını düzenleyecek bir sistem haline getirmeye çalışmışlardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. KARADENİZ-ÇELEBİCAN, s. 78-79.

kuramının kısa bir özetini vermiştir. *Caepolla* muvazaanın, gizli anlaşma durumunu⁸⁰, muvazaalı işlemin arkasında hiçbir anlaşmanın gizlenmemiş olması durumunu⁸¹ ve tarafların bir hukuki işlemi gerçekten yapmak istemeleri, ancak sözleşmenin kısa bir süre geçerli olmasını kararlaştırmaları durumunu⁸² birbirinden ayırmaktadır. *Caepolla Nr.3'*de konu ile ilgili şu örneği vermektedir: Savaş zamanı kişiliğinden ve malvarlığından emin olduğum bir kimseye kitaplarımı bağışlıyorum. Amacım o kişinin, bu kitapları *Bologna*'dan *Ferrara*'ya taşıdığı sıra, kitapların kendisine ait olduğu konusunda yemin edebilmesini sağlamaktır. *Ferrara*'da kitapları bana geri vermekle yükümlüdür. Böyle bir sözleşmenin muvazaalı olduğu kabul edilir. Muvazaanın bu üçüncü türü için, *Nr. 4'*de başka bir örnek daha gösterilmektedir: *Verona*'da geçerli olan bir kurala göre; diğer koşulların yanı sıra *Suma Azonis* veya *Bartolus*'un bütün yazılarına sahip olmayan kişiler Doktorlar *Collecium*'una giremezlerdi. Bu eserlere sahip olmayan birisi, bir arkadaşından kendisine bu eserleri, *Collecium*'a kabul ediliş tarihinde bir gün için bağışlamasını isteyebilirdi, böylece bu eserlere sahip olduğu konusunda yemin etmesi mümkün olabilirdi. Daha sonra bu eserleri arkadaşına geri verebilirdi⁸³. Ayrıca *Caepolla* muvazaanın üçüncü türüne örnek olarak *Nr. 6'*dan bahsetmektedir. Buna göre; "...ki o caiz bir sözleşme üzerinden başka bir caiz sözleşmeye izin verilme şeklinde yapılır". Burada yapılan işlemler muvazaa nedeniyle geçersiz sayılmazdı: (*Nr. 6*) Kesinlikle caiz bir sözleşme üzerinden, başka bir sözleşme yapılması şeklindeki bir muvazaa caizdir⁸⁴. Örneğin, ödünç veren bir

⁸⁰ (*Nr. 1: Una, quando unum agitur tacite inter contrahentes, et aliud exprimitur*) İlk olarak, sözleşmenin taraflarınca bir şeyin gizlice kararlaştırıldığı, ancak dışarıya karşı bir şeyin açıklanması söz konusudur. OĞUZ, s. 461.

⁸¹ (*Nr. 2: secunda species est, quando aliquid simulate exprimitur, et nihil in effectu agitur inter partes*) İkinci olarak, bir şey muvazaalı olarak açıklanmış, ancak taraflar arasında bunun herhangi bir geçerliğinin olmayacağı kararlaştırılmış olabilir. OĞUZ, s. 461.

⁸² (*Nr.3: Tertia species est, quadao partes intendunt vere aliquid agere sed contractus modico tempore est duraturus; et propterea praesumitur simulatus*). Üçüncü olarak, taraflar gerçekten bir şey yapma niyetindedirler, fakat sözleşmenin zamanı sınırlandırılmıştır ve bundan bir muvazaanın olduğu sonucu çıkarılmaktadır. OĞUZ, s. 461.

⁸³ Muvazaanın bu üç türü için de yasaklanan bir davranış izin verilen bir davranışa dönüştürülmektedir ve yukarıda söylenenlerden de çıkarılabileceği gibi, bunlar kanun gereği dönüştürülmektedir.

⁸⁴ (*Nr.6) Certa talis simulatio est licita, ex quo fit de permissio ad permissum*. OĞUZ, s. 462.

kimse, geri isteme talebini daha kolay ileri sürebilmek amacıyla, ödünç sözleşmesine ilişkin bir belge düzenlettiriyor. Böyle bir olgunun gizli işlemi konu edinen durumlara girmesi mümkündür. Bununla birlikte, gizli işlem (ödünç işlemi) caiz ve geçerli sayılıyordu.

Jason de Mayno, Consilia (öneriler) adlı eserinde muvazaayı şöyle tanımlamaktadır: “Muvazaanın, bir şeyin sessizce yapıldığı, başka bir şeyin açıklandığı bir durum olmadığı söylenir: C.4.22’nin tüm başlığı “gerçekten karalaştırılan şey, yalnızca görünüşe yönelik olarak yazılan şeyden daha değerlidir.” Aynı şeyi *Baldus*’ta C.4.22’nin tüm başlığını açıklarken söylemektedir. Bundan dolayı araçlar muvazaalıdır, tıpkı ruhsuz bir vücut gibi, çünkü iradelerin uyuşması senden çok uzaktır. *Baldus C.8.27.10.* dolayısıyla bunu başka yerde söylemiştir. Gördüğümüz şey yüzeydeki gerçektir, ancak yürekten istenmediği durumlarda muvazaanın olduğu söylenir ve aslında bundan dolayı muvazaa gizli bir anlaşma olarak nitelendirilir. *Baldus’ta C.4.35.23*’te aynı şeyi söylemiştir. Muvazaalı sözleşme olarak, peçelenmiş ya da gerçek olmayan, dışarıya karşı başka bir şey gösterildiği, fakat iç ilişkide bu şeyin yürekten istenmediği durumlar gösterilebilir⁸⁵.

Jeson De Mayno, muvazaanın, hile ile yapılmış sözleşmeden farkını da ortaya koymuştur. Buna göre, muvazaalı ve hayali devir işlemi hukuk gereği batıldır; fakat hileli bir devir işlemi geçerlidir ve ayakta kalır ve bu nedenle bir *actio revocatoriae* (eski hale getirme davası) gereklidir⁸⁶.

Bertachinus muvazaayı, *Baldus*’a atıf yaparak büyük ölçüde yalancılık ya da gizli anlaşma olarak tanımlamaktadır⁸⁷. Muvazaalı bir sözleşme kendiliğinden (*ipso iure*)

⁸⁵ (II 170, nr. 3) *Simulatio enim dicitur quando unum tacite agitur, et aliud exprimitur: toto titu. C. Plus val. Quod agi. (C.4.22), hine, dixit Baldus in 1.1 in d. Tutu. C. Plus val. Quod agitur (C.22), quod instrumentum siulatum est tanquam corpus sine spiritu quia consensus est remotus abtu. Alibi dicit idem Baldus in 1. ei qui C. De distrac pigno (C:8.27.10), quod simulatio appellatur imago quae habet superficiem veri sed non medullam: et ideo secundum eum simulatio collusio appellatur. Alibi dicit Baldus in 1.ab Anastasio. Per illum tex C. Mand. (C.4.35.23) quod simulatus contractus dicitur coloratus seu depictus, qui extrinsecus apparet aliquid, sed intrinsecus non habet medullam. OĞUZ, s. 462.*

⁸⁶ OĞUZ, s. 462.

⁸⁷ C.4.35.23 “Muvazaalı bağışlamanın bir dış görünüş ve gerçek olmayan bir şey olduğu söylenir.”

geçersizdir. Muvazaalı sözleşmenin yapılmamış olduğu farz edilir ve muvazaalı bir olay, kusurlu olarak nitelendirilmelidir. Muvazaa ve hile ile yapılmış sözleşme karşılaştırıldığında, hayali bir sözleşmenin, sözleşme olmadığı kabul edilir. Muvazaalı bir sözleşme hukuk gereği geçersizdir ve hilelidir. Fakat kanuna karşı hileli olarak yapılmış bir sözleşme geçerlidir, bir def'i yardımıyla ortadan kaldırılabılır ve bir yeminle geçerli kılınabilir. Buna karşılık, muvazaalı sözleşmenin bir yeminle geçerli kılınması mümkün değildir. Yani muvazaalı sözleşmelerin aksine; hileli sözleşmeler geçerli iken bir def'i ile geçersiz hale getirilebilirlerdi.

Bertachinus, Reportorium Juris adlı eserinde, bir kısmı muvazaalı yapılmış işlemlerle ilgili olarak, “bir bölümü ile muvazaalı, bir bölümü ile gerçek bir sözleşmenin gerçek bölümü geçerli, diğer bölümü yani muvazaalı bölümü geçersizdir” demektedir.

Muvazaalı hukuki işlemlerin ispat edilmesi güç olduğundan genel olarak “iç ilişkide gizli olarak kararlaştırılan şeye aykırı olarak dışarıya karşı gösterilen şey muvazaalı sayılır⁸⁸” kuralı geçerli kabul edilmekteydi. Bir alacağın şartsız satılması veya herhangi bir satış fiyatının belirlenmemiş olması durumunda da muvazaa olduğu kabul ediliyordu.

Geçerliliği kabul edilen kurallar dışında, muvazaanın ispatı daha çok emareler ve tahminler⁸⁹ aracılığı ile yapılıyordu. Sözleşmelerin muvazaalı olup olmadığının büyük ölçüde tahminlerle yorumlanacağı ve büyük ölçüde yemin olmadığı zaman muvazaanın olduğuna karar verileceği kabul ediliyordu⁹⁰.

⁸⁸ (C.4.35.23.) “*Contractus in dubio preasumitur verus est non simulatus. Simulatum praesumitur id, quod expressim factum repetitur, contra id, quod factum est occulte*” KARAGÖZ, s. 61.

⁸⁹ (D. 45. 1. 137. 2) “Tahmin yarı ispat sayılmakta ve yemin için tam bir ispatın kabul edilmesinde yeterli olmakta idi. Tahminler adet olduğu üzere gizlilik içinde gerçekleştirilen şeyler için yeterli idi.” KARAGÖZ, s. 61.

⁹⁰ OĞUZ, s. 466.

§ 5. HÜMANİST OKUL UYGULAMASINDA MUVAZAA KURAMI

Hümanist okul uygulamasında muvazaa kavramı çok fazla gelişme göstermemiştir⁹¹. *Duarenus, Commentarii* (Yorumlar) eserinde sözleşme ile ilgili muvazaa (*simulatio causa in causam*) ve bir kişi ile ilgili muvazaa (*simulation de persona in personam*) arasında bir ayırım yapmıştır. Muvazaa ile ilgili bazı tespitlerini şöyle sıralayabiliriz:

Sık sık bir sözleşme yerine başka bir sözleşmenin dile getirilmesi biçiminde ortaya çıkan muvazaa tipine rastlanır. Bunun için bir örnek, *C.4.22.3*'te bulunmaktadır. Bir alım-satım sözleşmesi, rehin verilmesine ya da borç verilmesi amaçlarıyla yapılır ve buna bizde sıkça rastlanır⁹²...

Ancak bizim söylediğimiz, gerçekten istenen şeyin geçerli olduğu, (daha önce de fark ettiğimiz gibi), eğer istenen şey ortaya çıkmışsa geçerlidir şeklinde anlaşılmalıdır. Burada *D.4.22.5*'te olduğu gibi hiçbir şey istenmemektedir⁹³.

Bu nedenle belirtilmelidir ki, eğer taraflar bir sözleşmeyi bir başka sözleşmeye dönüştürmek niyetindelerse ve yaptıkları işlem, bir sözleşmeyi diğerine çevirmeye uygun

⁹¹ XV-XVII. yüzyılda özellikle Fransa'da kendisini gösteren Hümanizm akımı *Corpus Iuris Civilis*'e tarihi açıdan yaklaşmıştır. Hümanistler, Roma hukukunun tatbikat için kullanılmasını benimsememişler, hatta reddetmişlerdir. Her ülkenin kendi hukukunu uygulaması gerektiğini savunan bu akım mensupları, *postglossatorlar* tarafından bozulmuş olduğunu düşündükleri *C.I.C*'i filolojik ve tarihi bilim yöntemleriyle incelemişlerdir. *Iustinianus* derlemesinin *postglossatorlar*'dan önceki biçimini tanımaya çalışmışlar, öte yandan da *Iustinianus* derlemesi içindeki değiştirilmiş biçimlerinden, Klasik dönem hukukçularına ait metinlerin asıllarını saptayabilmek için *Iustinianus* derleyicilerinin yaptıkları değişiklik (*interpolatio*)'leri araştırmışlardır. Hümanist doktrin Roma hukukunu tatbikattan koparan teorik bir akım mahiyetindedir. Filolojik araştırmalarda aşırılığa gidilmiş, konudan uzaklaşmıştır. Bu akımın en büyük temsilcisi *Jacobus Cuiacius*'tur. Ayrıntılı bilgi için bkz. AYİTER, s. 36 vd; ERDOĞMUŞ/TAHİROĞLU, s. 71 vd.; KARADENİZ-ÇELEBİCAN, s. 80 vd.

⁹² ...*Saepe accidit ut simulatio respiciat contractum ut pro uno contractu alius contractus exprimatur. Unum exemplum est in 1.3 (Cod. 4. 22). Emptio fit aliquando pignoris causa vel mutui causa: et hoc frequentissimum est apud nos...* OĞUZ, s. 464.

⁹³ ...*Quod autem diximus id valere quod agitur, ita est intelligendum (ut admonuimus) si appareat quid actum sit. Aliquando nihil omnino agitur, sicut in exemplo 1. ultimae (Cod. 4.22.5)...* OĞUZ, s. 464.

ise bu gerçek anlamıyla bir muvazaa değildir ve aynı zamanda, muvazaa hakkında söylediklerimiz burada uygulama alanı bulmaz⁹⁴.

Cujacius sözleşme yapma iradesinin önemini vurgulamıştır. (*Dig.50.16*) *In hac lege proponitur primum, in contractibus spectandam esse potius contrahentium voluntatem, quam verba... ex quo intelligimus fieri nonnumquam ex metne contrahentium, üt contra consuetudine sermonis significatio perducatur...*Bu metinde, sözleşmelerde, tarafların seçtikleri sözlerden önce, iradelerine önem verileceği belirtilmiştir. Yani sözcüklerin alışılmış anlamlarından başka anlamlarda değerlendirilmelerinin, tarafların gerçek iradelerine daha uygun olacağı sonucu çıkarılabilir.

Hugo Donellus, Commentarii in Codicem adlı eserinde, *C.4.22*'nin başlığını ele alarak incelemiştir. “*Codex* başlığının (*C.4.22*) belirttiği gibidir. “Gerçekte yapılan, dışarıya karşı gösterilen şeyden daha değerlidir.” “İstenen şey” gerçekten gerçekleşen ya da ifa edilen şey anlamına gelir, yoksa “dışarıya yönelik olarak bildirilen şey” değil. Bu da belgeye yazılan sözcüklerin içerdiği, tarafların kandırmak, gizlemek ve sözcüklerle saklamak istedikleri gerçekte istenen şeydir. Bu açıklamanın iki kısmı vardır. Yani bu görüş iki özel düşünceyi içerir. İlkine göre, eğer belgede bir şeyler gizlenmiş ise, yazılan şey geçerli değildir. Haklı olarak, yazılanın yanlış olduğu söylenir⁹⁵. İkinci açıklama şöyledir: Her ne kadar elimizde bulunan yazılı belge geçersiz ise de, istenen ve ifa edilen şey daha geçerlidir. Öyle ki, bir taşınmaz satılmıştır. Belgede taşınmazın bağışlandığı yazılmıştır. Bağışlama yoktur. Yazılı belge geçerli değildir. Satış geçerlidir, çünkü o

⁹⁴ ...*Deinde dicendum est, si voluerint contrahentes alium contractum in alium transferre, et modus sit idoneus ad transferendum unum contractum in alium: non proprie simulationem esse, nec locum habere, quae hic dicimus de simulatione.* OĞUZ, s. 464.

⁹⁵ “*Item, ut titulus inscriptus est: plus valere, quod aitur, quam quod simulate concipitur Quod agitur, id est, quod fit et geritur revera, non quod simulate concipitur, id est, non quod concipitur verbis in instrumento, dum contrahentes dissimulare volunt et tegere, quod actum est, et verbis aliud simulare, Haec sententia duas partes continet, seu duas sententias particulares. Prior haec est: cum quid simulatum est in instrumento, scriptum non valere. Hoc merito constituitur, quia scriptum falsum est...*” OĞUZ, s. 464.

gerçekten yapılmıştır⁹⁶. O halde şu görüş kesindir: Eğer bir şey yapılmışsa, ancak başka bir şey yazılmışsa, yapılan şey yazılmış şeyden daha değerlidir⁹⁷.”

Johannes Brunnemann'ın (*Frankfurt an der Oder*'da profesör) *Commentarii in XII Libros Codicis Justiniani* adlı eserinde, *movazaa a persona ad personam* ve *movazaa a contractu ad contractum* şeklinde bir ayrıma rastlanmaktadır.

Tübingen'den profesör olan *Wolfgang Adam Lauterbach Collegium theoretico-practicum ad L Pandectarum libros, Pars I (1726)*'da *movazaa* konusunu ele almıştır: “Bir *movazaa* yapmakla, bir şey benzeriyle değiştirmek de kastedilir. *Movazaalı* bir işlem yapan kişi, kendisinden bir şey gizlemek istediği kişiye, gizlemek istediği işleme benzeyen bir işlem göstermektedir⁹⁸. Yalnızca görünüşte, yalnızca bir sözleşmenin sözcüklerine sahip olan, ancak tarafların kafalarından ve her türlü anlaşmanın anası kabul edilen taraf iradelerinin uyuşmasından kaynaklanmayan işlemler, hiçbir şey ya da başka bir şey isteniyor olmadıkça, genel olarak, geçersiz olarak görülürler⁹⁹.” :*auterbach*, *movazaanın Bartolus ve Baldus*'ta görülen iki türünü; hiçbir şey ya da başka bir şey istenmesi (*ut nihil vel aliud agatur*) incelemiş ve Ortaçağ'daki hukukçular tarafından ruhsuz bir vücut ve cansız bir kadavra (*corpora sine spiritu, et cadavera sine anima*) olarak tanımlandığını bildirmiştir.

Movazaa def'isi ile ilgili olarak *Lauterbach* tarafından yapılan araştırmaya göre; *movazaalı* işlemin taraflarından birisi veya zarar gören bir üçüncü kişi, davalı tarafından bir

⁹⁶ “*Altera sententia est:tametsi in proposito scriptum non valeat: tamen nihilominus id quod actum et gestum est, potius valere. Ut fundus emptus est. Placuit in instrumento scribi, fundum donatum esse. Donatio non erit, quia scriptum falsum non valet: sed erit valebit emptio, quae revera gestum est.*” OĞUZ, s. 464.

⁹⁷ “*Est igitur certissima haec sententia: cum aliud actum est, et aliud scriptum, semper plus valere, quod actum est quam quod scriptum est.*” OĞUZ, s. 465.

⁹⁸ *Lib. 18, tit. 1, nr. 115... Simulare vero dicitur, quasi aliquid rei simile permutare, qui enim simul, objicit oculis aut metni ejus, quem, quid agatur, latere vult, sile ejus, quod tacite repudiat...*” OĞUZ, s. 465.

⁹⁹ *Nr. 116... Simulate enim gesta, cum sola contractuum verba habeant, nihil autem ex contrahentium metne et consensu, qui tamen omnium conventionum mater est, nisi in hoc, ut nihil vel aliud agatur, proinde in genere por infectis habentur...* OĞUZ, s. 465.

şekilde davranılıp, başka bir şeyin gösterildiğini iddia ederek muvazaa def'isini ileri sürebilirlerdi.

Augustin von Leyser, muvazaanın, sözleşmenin her iki tarafına da etki etmesi gereğine işaret etmektedir: “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.¹⁰⁰”

Muvazaanın ispatı ile ilgili olarak, *Brunnemann*, *Alderano Mascardus*, *Jacobus Menochius* ve *Prosper Farinacius* 16. yüzyıl hukukçularına gönderme yapıyorlardı¹⁰¹.

§ 6. ORTAK HUKUK BİLİMİ VE DOĞAL HUKUK KURAMINDA

MUVAZAA

Ortak hukuk bilimi¹⁰² ve doğal hukuk kuramında irade bozuklukları ile ilgili konularda farklı görüşler hâkimdi. Örneğin, ortak hukuk bilimi “hata” konusunda belirgin

¹⁰⁰ “*Simulatio est actus, qui non potest proficisci ab uno solo, sed requirit consensum utrisque partis, 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.*” Ayrıca *Leyser* tarafından savunulan görüşe göre, yasal faiz sınırının aşılması amacıyla yapılabilen, bağış, şuf'a, sulh ve cezai şart gibi birtakım sözleşmeler geçersizdi. OĞUZ, s. 471.

¹⁰¹ İster ikrarla, ister tanıkla, ister tahminlerle ve isterse karinelerle muvazaanın ispat edilebileceği söyleniyordu.

¹⁰² Roma hukuku, *Iustinianus* Derlemesi'nde yani *C.I.C*'de saptanmış olan biçimiyle uygulanıyordu; bu nedenle de, *C.I.C*'in en önemli bölümünün adını (*Pandekt* hukuku) almıştır. (*Digesta: pandectae*). *Pandekt* hukuku, imparatorluk hukuku olarak en geniş uygulama alanına sahip hukuk sistemiydi. Birçok devletin ortak hukukuydu. Bu nedenle, '*Ius Commune*' (Ortak Hukuk) adı da verilen Roma hukuku, bu ülkelerde tamamlayıcı olarak uygulanmaktaydı. Ortak hukukun çeşitli bölgesel hukuklarla ilişkisinde, şehir hukukunun ülke hukukuna, ülke hukukunun Ortak Hukukuna göre önceliği vardır kuralına uyuluyordu. Ancak; bu bölgesel ve ulusal hukuklarda boşluklar olduğunda, bu boşluklar Roma Hukuku kuralları ile dolduruluyordu. Roma hukukunun iktibas, 13. yüzyıldan başlayarak, 19. yüzyılda, her ülkede birbirini izleyen kanunlaştırma hareketlerine kadar sürmüştür. İtalya'dan sonra Fransa, İspanya, Hollanda ve diğer Avrupa ülkelerine yayılan ve son olarak da Alman devletlerince Ortak Hukuk olarak benimsenen Roma

bir biçimde irade kuramını savunurken doğal hukuk kuramı¹⁰³ bu konuda açık bir çözüme ulaşamamıştır.

Grotius ve *Christian Wolf*, ortak hukuka çok yaklaşan bir irade teorisini savunmaktaydılar ve hataya düşenin iradesine önem vermekteydiler.

Karşılıklı anlaşma ile kurulan muvazaa, doğal hukuk kuramı tarafından çok sınırlı bir biçimde ele alınmıştır.

Simulatio daha çok yalancılık olarak görülürken, *dissimulatio* gerçeğin söylenmemesi olarak görülmektedir. Thomasius'da *Institutiones Jurisprudentia Divinia* *Lib. II cap. 8* adlı eserinde, *simulatio* ve *dissimulatio* sözcüklerini genel anlamlarıyla kullanmış, muvazaa ve gizli işlem teknik anlamlarında kullanmamıştır: “Bunun için de her ikisi de yanlış beyanda bulunarak, hem görünen işlemde hem de gizli işlemde bir başkasını hataya düşürmeyi ya da kandırmayı amaçlamışlardır¹⁰⁴. Muvazaa ve gizli işlem birbirlerinden şu şekilde ayrılırlar: Birincisi, tıpkı susmada olduğu gibi, bir yapmama şeklinde ortaya çıktığı halde, ikincisi olumlu bir davranıştır. Bununla birlikte, bu işlemlerin yapanların iradeleri ile uyuşmaması gibi başka kıstaslar da uygulanabilir¹⁰⁵.”

Christian Wolff'un iradelerin uyuşması kuramına göre, iradelerin uyuşması, işsel davranışlara ait sayılır ve bir başkasının da olmasını ya da olmamasını istediği bir şeyin olmasını ya da olmamasını istemek olarak açıklanır. *Wolff*, dürüstlük konusunu ele almış

Hukukunun uygulama alanı her ülkede farklı olduğu gibi, içeriği de her ülkenin ulusal hukuklarının ve Kilise Hukukunun etkisiyle değişikliklere uğramıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. KARADENİZ-ÇELEBİCAN s. 82 vd.

¹⁰³ Doğal Hukuk Kuramı 17. ve 18. yüzyıllarda Almanya'da doğmuştur. Tabii hukuk mektebi, *Ius Commune* (müşterek hukuk) niteliğini alan Roma hukukuna karşı çıkmıştır. 18. yüzyılın bu ekolü, hukuk kurallarının akıldan ve eşyanın tabiatından çıkmasını savunmaktaydı. Tarihi olgulardan arındırılmış bir hukuk düzeni isteyen tabii hukuk görüşü, müsbet hukuk olan Roma Hukukuna da karşıydı. Ancak bu akım, savlarını açıklamak için Roma Hukukunu malzeme olarak kullanmak zorunda kalmıştır. *Hugo Grotius*, *Thomasius*, *Christian Wolff* gibi temsilcileri olan bu akım teorik açıklamalarla hayattan uzaklaşmış, teoriyi uygulamadan iyice ayırmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. ERDOĞMUŞ/TAHIROĞLU, s. 72 vd.; KARADENİZ-ÇELEBİCAN, s. 82 vd.; KOSCHAKER/AYİTER, s. 38.

¹⁰⁴ “*In eo vero itraque conveynt cum falsiloquiuo, quod in simulatione et dissimulatione intendam alterum fallere et decipere.*” KARAGÖZ, s. 64.

¹⁰⁵ “*Differunt autem simulatio et dissimulatio inter se, quod haec constat in facto omissionis, quale etiam est taciturnita, haec in facto positivo, adhibendo nempe signa reliqua praeter sermonem, ita, ut non convenient cum animo utentis.*” KARAGÖZ, s. 64.

ancak *simulatio* kavramının altında Ortak Hukukun kabul ettiği biçimiyle teknik anlamda muvazaayı anlamamıştır. Doğal Hukuk III c.3, &314: Dışarıya yansıttığı davranışları ile iç iradesi birbirine uygun kişi dürüst olarak nitelendirilir. Bundan dolayı düşüncenin dürüstlüğü dışarıya karşı yöneltilen davranışların iç isteklerle uyumlu hale getirilmesi alışkanlığıdır¹⁰⁶. *Wolff*'a göre, dürüstlük (*sinceritas*) her türlü *simulatio* ve *dissimulatio*'yu olanaksız kılar. Çünkü hem, bir kişiyi herhangi bir şey yapma yükümlülüğü altına sokan olumlu davranış hem de bir kimseyi bir şey yapmamama yükümlülüğü altına sokan olumsuz davranış dürüst, hilesiz olmalıdır.

Doğal Hukuk III c. 3, &326 “Ne yapılması ile yükümlü olduğumuz olumlu davranış, ne de yapılmaması ile yükümlü olduğumuz olumsuz davranış bir muvazaaya izin verir¹⁰⁷.”

Doğal Hukuk III c. 3, &327 “Muvazaada, dışarıya yöneltilen davranış, davranışta bulunanın iradesinden tamamen farklı bir iradeyi ifade eder¹⁰⁸.”

Wolff, muvazaanın, başkasını aldatmak amacıyla yaptığımız iş, fiil olduğunu buna karşılık yalanın ise sözlü olarak başkasını kandırmayı ifade ettiğini; dolayısıyla yalanın sözlü muvazaa olduğunu belirterek, yalan ile muvazaayı birbirinden ayırmıştır.

Wolff, Doğal Hukuk'da caiz olan ve olmayan muvazaayı birbirinden ayırmıştır: Doğal Hukuk III c.3, &338 “Eğer muvazaa sana karşı, başkalarına karşı ya da sözleşmelerden doğan borçlara karşı, senin özel olarak saptadığın yükümlülüklerle ya da *Ius Prefectum*'a (dava ile koruna hak) veya *Ius Imprefectum*'a (dava ile korunmayan hak) karşı

¹⁰⁶ *Jus Naturae* III c. 3 314. *Sincerus dicitur, cujus actiones externae cum internis consentiunt. Unde sinceritas animi est habitus actiones externas cum internis conformandi.* KARAGÖZ, s. 64.

¹⁰⁷ *Jus Naturae* III c.3, 326. *Nec actio positiva, ad quam committendum obligamur, nec negativa seu privativa, ad quam omittendam obligamur, simulationem admitti.* KARAGÖZ, s. 65.

¹⁰⁸ *Jus Naturae* III c.3, 327. *In simulatione actio externa prae se fert animum ab eo, quem agens habet, prorsus diversum.* KARAGÖZ, s. 65.

ise caiz değildir¹⁰⁹. Doğal Hukuk III c.3, &345 “Eğer bir başkasına irademizi açıklamaksızın yükümlülük üstlenirsek, muvazaa caiz değildir¹¹⁰.”

Wolff’un öğrencilerinden olan J.G. Darjes *Institutiones Jurisprudentia Universalis* adlı eserinde *simulatio*’yu şu şekilde tanımlamaktadır: İç iradeye aykırı olan dış davranışlara *simulatio* denir. İyi niyetle yapılan, iyilik amacıyla yapılan muvazaa caizdir¹¹¹.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı ve daha önce de belirtildiği üzere, doğal hukuk kuramında muvazaa teknik anlamıyla ele alınmamıştır. Doğal Hukuk Kuramında, muvazaanın gerçekten istenmemesi nedeni ile taraflar arasında geçersiz olduğu sonucuna varılmıştır¹¹².

Franz v. Zeiller’e göre, bir sözleşmeyi yapanların veya birbirine uygun irade açıklamasında bulunanların iradelerinde uyuma yoksa sözleşme geçerli olamayacaktır ve muvazaadan söz edilebilecektir. Zeiller, açıklamanın, iradeyle eş değer tutulabilmesi için, gerçek iradenin açıkça ifade edilmesi gerektiğini ya da açıkça şaka yapmak amacıyla yapılan açıklamaların, tamamen anlaşılması mümkün olmayan açıklamaların veya görünüşe yönelik davranışların herhangi bir hukuki sonuç doğurmayacağını belirtmiştir.

Doğal Hukuk kanunlaştırma hareketlerinde muvazaa, ayrıntılı olarak düzenlenmiştir ve ilke olarak geçersiz sayılmıştır.

Codex Maximilaneus Bavaricus Civilis, muvazaalı satışları konu edinmiştir. Buna göre, bir sözleşmenin geçerli olabilmesi için sözleşmeye taraf olanların gerçek, ciddi, özgür

¹⁰⁹ *Jus Naturae III c.3, 338 Si simulatio pugnat cum officio quodam erga te ipsum, vel erga alior, aut Obligatione quadam contracta, qja alteri in singulari teneris, seu si fuerit contre jus prefectum aut imprefectum alterius: illicita est.* ERDOĞMUŞ/TAHİROĞLU, s. 151.

¹¹⁰ *Jus Naturae III c.3, &345 Quando alteri ad animi nostri sensa indicanda obligamur, simulatio illicita est.*

¹¹¹ *Actus externus internis contradicens vocatur simulatio, simulatio finis cuisusdam non illiciti gratia facta dicitur dolus bonus.* ERDOĞMUŞ/TAHİROĞLU, s. 151.

¹¹² En eski doğal hukukçu olarak nitelendirilen *Ludwig J. Fr. Höpfner* (1743-1797), bir sözleşmenin gerçek bir sözleşme olmasını ve anlaşmanın taraflar arasında gerçekten bulunması gerektiğini, geçerli bir sözleşmenin varlığı için gerekli koşulların bulunduğunu söylemektedir.

iradelerinin varlığı ve iradelerinde uyuşmanın olması gereklidir. Kişilerin, yalnızca gösterişe yönelik olarak yapmış oldukları söz ve davranışları bağlayıcı değildir¹¹³.

*Codex Theresianus*¹¹⁴, da muvazaanın tanımına yer verilmesiyle, ilk kez bir kanunda muvazaanın tanımı yer almıştır. *Codex Theresianus*'da, görünen işlem olsun, gizli işlem olsun tüm muvazaalı davranışların tümüyle etkisiz, geçersiz ve yok hükmünde oldukları açıklanmıştır. Buna göre, sözleşmenin taraflarının dışı yansıyan davranışlarıyla, bir başka işlemin görünüşte yapılması durumunda, sözleşme hiç yapılmamış kabul edilecektir. Muvazaa taraflar arasında geçersiz kabul edildiği gibi üçüncü kişilere karşı da geçersizdir. Yapılan muvazaalı işlem nedeniyle zarar gören üçüncü kişiler, tazminat talep edebileceklerdir.

İlk olarak ABGB (Avusturya Medeni Kanunu)'nin, Franz v. Zeiller danışmanlığındaki, batı Galiçya Kanunu'nun eski bir tasarı olarak temel alındığı redaksiyon çalışmalarında tekrar muvazaa hakkındaki düzenlemelere temel teşkil eden anlayış kabul edilmiştir. Buna göre, herhangi bir karşılıksız devir ve temlik işleminde, görünüşte bir karşılık kararlaştırılırsa, işlem karşılıksız sözleşmelerden sayılır ve bunun geçerliği veya geçersizliği için, diğer sonuçların yanı sıra, bu karşılıksız sözleşmeler hakkında belirlenmiş kurallara göre karar verilir. Eğer belirli türden bir işlem yalnızca görünüşte yapılırsa, bu işlem, kanunda kendisi için düzenlenmiş asıl işlemin tabi olduğu hükümlere göre değerlendirilir¹¹⁵.

1916 yılında ABGB & 916 yeniden yazılarak, birinci paragrafta muvazaanın geçersizliği açıkça belirtilmiş, ikinci paragrafta ise, üçüncü kişilerin güveni koruma altına

¹¹³ *Kreittmayr*, bir sözleşme için iradelerin gerçekten uyuşmasını şart koşmaktadır. Bu gereklilik Prusya Medeni Kanunu (ALR)'ndaki ve Avusturya Medeni Kanunu (ABGB)'ndaki irade açıklamasındaki ciddiye paralellik oluşturmaktadır. ALR I 4 && 4'e göre, bir irade açıklaması, "özgür, ciddi ve kesin ya da güvenilir olmalıdır."

¹¹⁴ *Codex Theresianus*, tüm Avusturya Medeni Hukuk Kanunlaştırmalarıyla ilgili ilk tasarıdır ve tasarıda muvazaalı davranışlara karşı çok sert bir tutum sergilenmiştir.

¹¹⁵ ABGB (III. 6) &18 ve & 916 (eski metin). Ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZ, s. 479 vd.

alınmıştır. Buna göre, irade açıklamasına göre haklar kazanmış olan üçüncü kişiye karşı, muvazaalı iddiasında bulunulamayacaktır¹¹⁶.

BGB & 117'de, "bir başkasına yöneltilmesi gereken bir irade beyanı, o kişinin rızasıyla muvazaalı olarak beyan ediliyorsa, geçersizdir. Muvazaalı bir hukuki işlemle bir başka işlem gizleniyorsa, gizli işlem için geçerli olan hükümler uygulama alanı bulur." düzenlemeleri yer almaktadır. Görüldüğü üzere, BGB'de muvazaanın geçersizliği açıkça belirtilmiştir. Bu geçersizlik taraflar arasında ve üçüncü kişiler tarafından üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilecektir. İyi niyetli üçüncü kişiye karşı muvazaanın ileri sürülemeyeceği kuralı BGB'de düzenlenmemiştir.

¹¹⁶ Bir başkasına karşı onun anlaşmasıyla, muvazaalı olarak bulunulan bir irade beyanı geçersizdir. Eğer bir başka işlem gizleniyor ise bu işlem, o işlemin kendi geçerlilik koşullarına göre değerlendirilir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK BORÇLAR HUKUKUNDA MUVAZAA NIN TANIMI, UNSURLARI VE TÜRLERİ

§ 7. MUVAZAA NIN TANIMI VE UNSURLARI

I. TANIMI

Muvazaa, tarafların gerçekte istemedikleri bir sözleşmeyi üçüncü kişileri aldatmak amacıyla yapmalarıdır¹¹⁷. Tarafların, üçüncü kişileri aldatmak amacı ile ve fakat kendi gerçek iradelerine uymayan ve aralarında hüküm ve sonuç meydana getirmeyen bir görünüş yaratmak hususunda anlaşmalarına “muvazaa” denir¹¹⁸. Örneğin, üçüncü kişilere olan borcu nedeniyle mallarının haczedilmesini istemeyen B'nin mallarını alacaklılarını

¹¹⁷ “...Genellikle muvazaa, ortada görünen bir durumun gerçeğe uymaması anlamına gelir. Dilin "ikrar ettiğini" kalbin "tasdik etmediği" 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 koğuşturmalarını 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., 1978/10321E., 1978/11567K., T:02.11.1978.

¹¹⁸ Muvazaa, iki tarafın iradesiyle beyanları arasında istenerek meydana getirilen bir uygunsuzluk halidir.BK. Mad. 18/1'e göre, bir sözleşmenin şekli ve şartlarını tayinde, iki tarafın sözleşmenin gerçek niteliğini gizlemek için kullandıkları isim ve deyimlere bakılmayarak onların birbirine uygun gerçek iradelerini aramak gerekir. Muvazaa konusunda ayrıntılı tanımlar için bkz. DALAMANLI, s. 83 vd.; EREN, s. 315; YILMAZ, E.: Hukuk Sözlüğü, Ankara 2001, s. 617; ESENER, T.: Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler, İstanbul 1956, s. 7 vd.; İNAN, s. 247 vd.; KARAYALÇIN, s. 43 vd.; KILIÇOĞLU, s. 115 vd.; ÖNEN, T.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1999, s. 49 vd.; ÖZDEMİR, s. 5 vd.; ÖZUĞUR, s. 835 vd.; Türk Hukuk Kurumu: Türk Hukuk Lugatı, Ankara 1998, s. 502.

aldatmak için arkadaşı A'ya temlik etmesi, muvazaalı bir işlemdir¹¹⁹. Çünkü burada taraflar arasında bu malların gerçek bir devri asla söz konusu değildir.

II. UNSURLARI

Muvazaa, aşağıda inceleyeceğimiz gibi mutlak (olağan) ve nisbi (nitelikli) muvazaa olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Mutlak muvazaa, üç unsurdan oluşmaktadır. Bunlar; görünürdeki işlem, muvazaa anlaşması ve aldatma kastıdır. Nisbi muvazaada, bu üç şarta ilave olarak gizli işlem unsuru vardır¹²⁰.

A. GÖRÜNÜRDEKİ İŞLEM

Görünürdeki işlem, tarafların, üçüncü kişilere yanlış kanaat ve fikir vermek ve onları aldatmak, onlara kendi gerçek iradelerine uygun olmayan bir hususu varmış gibi göstermek amacıyla yaptıkları işlemdir¹²¹. Örneğin, borçlu B'nin alacaklılarının takibinden kurtulmak için mallarını A'ya devretmesi halinde bu devri sağlayan işlem, görünürdeki

¹¹⁹ EREN, s. 318; KİPER, O.: Öğretide ve Uygulamada Muvazaa (Mirasçıdan Satış Görünümüyle Mal Kaçırma), Tenkis, Mirasta Geri Verme, Mirasta Hakediş (İstihkak) Davaları, Ankara 1995, s. 17 vd.; REİSOĞLU, s. 85 vd.

¹²⁰ "...Muvazaanın çeşidi ne olursa olsun olayda üç unsurun nisbi muvazaada ise bunlara ek olarak dördüncü bir unsurun gerçekleşmesi gerekir.

1- Muvazaa Anlaşması: Tarafların muvazaalı işlemi sırf üçüncü şahısları aldatma için yaptıklarına ve kendi aralarında hüküm ifade etmeyeceğine dair anlaşma yapmaları gerekir. Muvazaa anlaşması netice itibariyle bir sözleşmedir; görünüşteki muvazaalı muameleden ayrı olup onunla birlikte veya daha önce yapılabilir. Muvazaa işleminin bir sözleşmeye dayanması nedeniyle tek taraflı işlemler ile irade sakatlığı oluşturan durumlardan (hata-hile-gabin) farklı niteliktedir.

2- Görünüşteki İşlem: Tarafların kişileri aldatmak için yapmış oldukları işleme görünüşteki işlem denir. Taraflar burada hukuki işlemi sırf görünüşte yapmakta, bu sebeple kendileri hakkında hiç bir hüküm ve sonuç doğurmayacağı hususunda anlaşmış bulunmalıdırlar. Burada devir sağlayan görünüşteki işlem, hukuki niteliği itibariyle muvazaalı işlemin kendisidir.

3- Gizli işlem: Nisbi muvazaada söz konusu olan bir unsurdur. Tarafların görünüşteki işlemin altında gerçek iradelerine uygun ve gerçekten arzu ettikleri bir işlem yaptıkları zaman söz konusu olur.

4- Aldatma kastı: Borçlar Kanunu'nun 18/1'de tarafların sözleşmenin gerçek niteliğini gizledikleri niyetinden söz edilmektedir. Gizleme niyeti, ancak üçüncü kişilerin aldatılması yoluyla gerçekleştirilebileceğinden aldatma kastı muvazaanın içeriğine dahil zorunlu şarttır. Aldatma kastındaki amaç, tarafların harice karşı aldatıcı durum yaratmak hususundaki niyetidir. (Esener, Muvazaalı muameleler sh. 12)..." Yargıtay HGK., 1991/14-369E., 1991/562K., T: 06.11.1991.

¹²¹ İNAN, s. 249 vd.

işlemdir. Burada devri sağlayan görünürdeki işlem, aynı zamanda hukuki niteliği itibariyle muvazaalı işlemi de oluşturmaktadır¹²².

Borçlar Kanununda görünürdeki (muvazaalı) işlemin hüküm ve sonuçlarını düzenleyen bir madde bulunmamaktadır. Ancak Borçlar Kanununun 18. maddesi “bir akdin şekil ve şartlarını tayinde iki tarafın gerek sehven, gerek akitteki hakiki maksatlarını gizlemek için kullandıkları tabirlere ve isimlere bakılmayarak onların hakiki ve müşterek maksatlarını aramak lazımdır” hükmü ile irade teorisini kabul etmiş görünmektedir¹²³.

Görünürdeki işlem, bir akit olabileceği gibi varması gerekli tek taraflı bir irade beyanı ile de kurulabilir¹²⁴. Ayrıca görünürdeki işlemin kanunen öngörülen şekilde yapılması gerekmektedir. Örneğin görünürdeki işlemi taşınmaz mülkiyetinin devri oluşturuyorsa, bu işlem, MK. M. 706 ve BK m. 213 uyarınca resmi şekilde yapılacaktır.

B. MUVAZAA ANLAŞMASI

Tarafların, görünürdeki (muvazaalı) işlemi sırf üçüncü kişileri aldatmak için yaptıklarına ve kendi aralarında hüküm ifade etmeyeceğine dair yaptıkları anlaşmaya “muvazaa anlaşması” denir¹²⁵. Örneğin, borçlu B'nin alacaklılarının takibinden kurtulmak için mallarını A'ya satması halinde bu satış sözleşmesinin sırf alacaklıların takibinden kurtulmak için yapıldığına, bu itibarla kendi aralarında hüküm ifade etmeyeceğine dair

¹²² ÖNEN, s. 48 vd.

¹²³ İrade teorisini destekler nitelikte olan Yargıtay içtihatları ve doktrindeki genel kabule göre, işlem kuran tarafların beyanları gerçek iradelerine uymadığı için görünürdeki işlem geçersizdir. Görünürdeki işlemi muvazaa nedeniyle yok ya da geçersiz kabul edenler olduğu gibi batıl olarak kabul edenler de vardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. ESENER, s. 52; OĞUZMAN, M. K. / ÖZ, M.T.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2000, s. 109; ÖZDEMİR, s.13 vd.; ÖZKAYA, E.: İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları, Ankara 1999, s.108; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 411.

¹²⁴ ADAY, N.: Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muvazaa, Yüksek Lisans Tezi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul Üniversitesi, İstanbul 1991, s. 8 vd.; GÖNENSAY, A.S.: Borçlar Hukuku, İstanbul 1948, s. 90; KARAHASAN, M. R.: Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.1, İstanbul 1992, s. 225; RENDA, N. /ONURSAN, G.: Borçlar Hukuku, 4. Hukuk Dairesinin Emsal Kararlarıyla, Ankara 1973, s. 71.

¹²⁵ İNAN, s. 249 vd.; ÖNEN, s. 48 vd.

yapılan anlaşma muvazaa anlaşmasıdır. Muvazaa anlaşmasının tarafları, görünürdeki (muvazaalı) işlemin taraflarıdır. Muvazaa anlaşması, tarafların görünürdeki işlemi istemediklerini ifade eder¹²⁶.

Muvazaa anlaşması, görünürdeki işlemin tamamını konu edinebileceği gibi, bir kısmını da konu edinebilir. Birinci halde “tam muvazaa” ikinci halde ise “kısmi muvazaa” söz konusu olur¹²⁷.

Muvazaa anlaşması, BK m. 11 uyarınca herhangi bir şekil şartına uyulmaksızın gerçekleştirilebilmektedir. Muvazaa anlaşması, yazılı ya da sözlü herhangi bir şekilde yapılabilir. Resmi şekle tabi bir sözleşmede, muvazaa anlaşmasının da resmi şekilde yapılması şart değildir¹²⁸.

Muvazaa anlaşması, görünürdeki işlemden önce ya da en geç görünürdeki işlemle aynı anda yapılabilir. Görünürdeki işlemden daha sonra yapılacak akit, bir muvazaa anlaşması olmayıp, BK. m. 12 uyarınca görünürdeki akdi ortadan kaldıran veya değiştiren bir akit olacaktır¹²⁹.

Muvazaa anlaşması niteliği itibariyle bir sözleşmedir. Bununla taraflar muvazaa konusunda birbiriyle anlaşmaktadırlar. Muvazaa anlaşmasının akdi niteliği sebebiyle tek taraflı hukuki işlemlerde (vasiyetname, vakıf kurma gibi) muvazaa söz konusu olamaz¹³⁰.

¹²⁶ ÖZMEN, İ.-ÖZKAYA, E.: Muvazaa Davaları, Ankara 1993, s. 6-7.

¹²⁷ EREN, s. 317.

¹²⁸ EREN, s. 318 vd.; ÖZKAYA, s. 108.

¹²⁹ İlk akitten sonra yapılacak ve ilk akdi değiştirecek ya da ortadan kaldıracak olan akdin BK. m.12 uyarınca ilk akdin yapıldığı şekle uygun olarak yapılması gerekir. EREN, s. 316; ESENER, s. 22.

¹³⁰ Muvazaa anlaşmasının akdi niteliği onu, zihni kayıt ve latife beyanından ayırmaktadır. Zihni kayıt ve latife beyanı, sözleşme niteliğinde değil, tek taraflı hukuki işlem niteliğindedirler. Hatta istisnai olarak sözleşmenin her iki taraf da birbirinden habersiz ve bağımsız olarak zihni kayıt ile beyanda bulunsalar bile, muvazaa söz konusu olamaz. Çünkü zihni kayıt hiçbir zaman muvazaa teşkil etmez.

C. ALDATMA KASTI

BK. m. 81/1'de, tarafların sözleşmenin gerçek niteliğini gizlemeleri niyetinden söz edilmektedir. Gizleme niyeti, ancak üçüncü kişilerin aldatılması yoluyla gerçekleşebileceğinden, aldatma kastı muvazaanın içeriğine dahil zorunlu bir şarttır¹³¹.

D. GİZLİ İŞLEM

Tarafların gerçek iradelerine uygun, başka bir deyişle gerçekte ciddi olarak istedikleri ve fakat çok çeşitli nedenlerle görünen işlem arkasına sakladıkları işleme “gizli işlem” denmektedir¹³². Gizli işlem, sadece nisbi muvazaada söz konusu olmaktadır. Örneğin, A, mahfuz hisseli mirasçılarının tenkis davası açmalarını önlemek amacıyla, mallarını B'ye bağışladığı halde, satmış gibi gözükmek için B ile satım sözleşmesi yapmış olabilir. Bu takdirde A ile B arasında biri bağışlama, diğeri de satım sözleşmesi olmak üzere iki sözleşme yapılmıştır. Bunlardan bağışlama sözleşmesi, gizli sözleşmeyi, satım sözleşmesi ise muvazaalı, yani görünürdeki sözleşmeyi oluşturur. Nisbi muvazaada, muvazaa anlaşması gizli işlem ile birlikte bulunurken, mutlak muvazaada taraflar aralarında bir hukuki işlem yapmak istemediklerinden gizli işlem yoktur. Bu nedenle, burada muvazaa anlaşması, gizli muameleden farklı olup, ondan bağımsız olarak mevcuttur¹³³.

Muvazaa anlaşması hiçbir şekilde tabi değilken, gizli işlemin yasaların öngördüğü şekilde yapılması zorunludur¹³⁴.

¹³¹ ÖZMEN/ÖZKAYA, s. 8; İNAN, s.249.

¹³² ESENER, s. 59; ÖZKAYA, s. 110; REİSOĞLU, s. 83; TUNÇOMAĞ, K.: Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Hükümler, I. C., İstanbul 1965, s. 190.

¹³³ EREN, s. 316; İNAN, s. 249; ÖNEN, s.50.

¹³⁴ Muvazaa anlaşmasının geçerliliği hiçbir şekilde şartına tabi olmamakla birlikte, şekle bağlı olarak yapılan akitler hakkında ileri sürülen muvazaa iddiasının ispatı bakımından muvazaa anlaşmasının

§ 8. MUVAZAAANIN TÜRLERİ

Muvazaa, mutlak (olağan) ve nisbi (nitelikli) muvazaa olmak üzere ikiye ayrılmaktadır¹³⁵.

I. MUTLAK (OLAĞAN) MUVAZAA

Tarafların, gerçekte herhangi bir işlem yapmayı düşünmedikleri halde, sırf üçüncü kişilere karşı onları aldatmak amacıyla bir işlem yapmış gibi gözükmek için görünüşte bir işlem yapmalarına “mutlak muvazaa” adı verilir¹³⁶.

Mutlak muvazaada, görünürdeki işlem, muvazaa anlaşması ve aldatma kastı mevcut olup gizli işlem yoktur. Bu muvazaada taraflar hiçbir sözleşme yapmak istemedikleri halde üçüncü kişileri aldatmak için sözleşme yapmış görüntüsü vermek istemekte, muvazaa anlaşması ile de görünürdeki sözleşmenin kendilerini bağlamayacağını kararlaştırmaktadırlar¹³⁷. Örneğin, alacaklısı tarafından takip edilen borçlunun hacizden kurtulmak için mallarını, yapacakları satış sözleşmesinin gerçekte hüküm doğurmayacağı

yazılı olması şartı aranmaktadır. Burada aranan şekil şartı geçerlilik şartı olmayıp ispat şartını oluşturur. Oysa gizli işlemler, tarafların gerçek iradesini yansıttığı ve aslında tarafların geçerli olmasını istedikleri işlemler olması sebebiyle kanunların öngördüğü şekilde yapılmaları gerekmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZÜĞÜR, s. 837; ÖZDEMİR, s. 19 vd.

¹³⁵ Hukuk literatürümüzde mutlak ve nispi muvazaa kavramları kabul görmektedir. Yargıtay da kararlarında iki tür muvazaa olduğuna değinmiş, kimi kararlarında yalnızca bu iki türü tanımlamakla yetinmiş, kimilerinde ise, terimlere de yer vererek konuya açıklık getirmiştir. “...Muvazaa, iki türlü olabilir; taraflar herhangi bir hukuki işlemi yapmayı istemezler, yalnız görünürde bir hukuki işlem için gerekli irade açıklamasında bulunurlar; ya da taraflar gerçekten belli bir hukuki işlemi yapmak isterler, ancak onu saklamak amacıyla, bir başka işlemin kurulduğu görüşünü yaratmak üzere irade açıklamasında bulunurlar...” (HGK. 22.12.1982 T., 979/13-1905 E., 966 K.), KARAHASAN, s. 502;

“...Muvazaa, mutlak (adi) muvazaa, nisbi (nitelikli) muvazaa olmak üzere ikiye ayrılır. Mutlak muvazaada taraflar, gerçekte herhangi bir muamele yapmayı düşünmedikleri halde, sırf üçüncü şahıslara karşı onları aldatmak amacıyla bir muameleyi yapmış gibi gözükmek için görünürde bir muamele yapmaktadırlar. Nisbi (nitelikli) muvazaada ise, tarafların aralarında akdettikleri bir mukaveleyi kendi iradelerine uymayan ve dışa karşı yaptıkları başka bir muamele ile gizleme durumu söz konusudur...” (4. HD., 27.5.1988 T., 2718 E., 2900 K.,) Uygur, T.: Açıklamalı, İçtihatlı Borçlar Kanunu Genel Hükümler, C.1, Ankara 1990, s.125.

¹³⁶ GÜRSOY, K. T./ EREN, F./ CANSEL, E.: Türk Eşya Hukuku, Ankara 1984, s. 485; ÖZÜĞÜR, s.838.

¹³⁷ ESENER, s. 41; OĞUZMAN, K/ ÖZER, S.: Eşya Hukuku, İstanbul 1988, s. 328.

hususunda anlaşığı bir kimseye devretmesi halinde mutlak muvazaa söz konusu olur. Yine bir malikin, taşınmazından çıkaramadığı kiracılarını yeni malik sıfatıyla tahliye etmesi hususunda anlaşığı bir kimseye taşınmazını satması ve fakat tarafların, satış sözleşmesinin gerçekte hüküm doğurmayacağı hususunda anlaşmış olmaları halinde de mutlak muvazaa söz konusu olur.

II. NİSBI (NİTELİKLİ) MUVAZAA

A. GENEL OLARAK

Tarafların, kendi aralarında yaptıkları bir işlemi, kendi gerçek amaç ve iradelerine uymayan sırf üçüncü şahısları aldatmak için yaptıkları başka bir işlemle gizlemelerine “nisbi muvazaa” adı verilir¹³⁸.

Nisbi muvazaada, mutlak muvazaa aksine taraflar bir sözleşme yapmak istemekte ancak bu sözleşmeyi başka bir sözleşme altına gizleme gereği duymaktadırlar. Görünürdeki işlem arkasında bulunan bu işleme gizli işlem denir¹³⁹. Böylece nisbi muvazaa, görünürdeki işlem, muvazaa anlaşması, aldatma kastı ve gizli işlem olmak üzere dört unsurdan oluşmaktadır¹⁴⁰.

¹³⁸ ADAY, s. 13; EREN, s. 327; ÖZÜĞÜR, s. 839; REİSOĞLU, s. 86; UYGUR, T.: Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Kanunu Genel Hükümler, C. 1, Ankara 1990, s. 125.

¹³⁹ KARAYALÇIN, s. 349; KILIÇOĞLU, s. 117.

¹⁴⁰ “... Olayımızda nisbi muvazaa halinin varlığı iddia olunmaktadır. Nisbi muvazaanın unsurları a) Görünüştaki muamele b) Muvazaa anlaşması c) Gizli anlaşma d) 3. şahısları aldatma kastı olarak belirlenir. Bu unsurlara göre tarafların 3. kişileri aldatmak için görünüşte bir muamele yapmak, bu görünüşteki anlaşmanın kendi aralarında hüküm ifade etmeyeceği hususunda anlaşmak, görünüşteki muamele arkasına gizlenmiş olan taraflarca istenen gerçek iradelerine uygun gizli muamele yapmak ve 3. kişileri aldatma kastının bulunması gerekir. Somut olayda davacı ve gizli bağış yapılmak istenen kişiler miras bırakanın oğulları; temlik yapılan kişi ise mirisin damadıdır. Dava açıldıktan kısa bir süre sonra taşınmaz davalının baldızının oğlu olan 3. kişi Veli Ş.'e satılmıştır. Tanık sözlerinden miras bırakana ait taşınmazın satışını haklı gösterecek ciddi, zorunlu ve makul bir neden bulunmadığı anlaşılmaktadır. Muris taşınmazını satmasına rağmen, oğlu Ahmet ile birlikte taşınmazın içinde oturmaya devam etmiştir. Davalının satın aldığı bu yeri kullandığı ve ürünleri topladığı hiç görülmemiştir. Davacının miras bırakanı sözü edilen taşınmazı görünürdeki satış akdi ile davalıya satmış ise de, mirasçılarında mal kaçırmak için gizli anlaşma ile oğlu Ahmet'e

Borçlar Kanunumuzun 18. maddesinde, “bir sözleşmenin şekil ve şartlarını tayinde iki tarafın gerek yanlışlıkla, gerek sözleşmedeki gerçek amaçlarına gizlemek için kullandıkları deyimlere ve isimlere bakılmayarak onların gerçek ve ortak amaçlarını aramak lazımdır.” hükmüne yer vererek nisbi muvazaayı düzenlemiş bulunmaktadır¹⁴¹.

Örneğin, şuf'a hakkı sahibinin bu hakkını kullanmasını önlemek için, bağışlama sözleşmesi arkasında yapılan satım sözleşmesinde; mahfuz hisseli mirasçıdan mal kaçırmak için satım sözleşmesi altında yapılan bağışlama sözleşmesinde nisbi muvazaa söz konusu olur¹⁴². Şuf'a örneğindeki bağışlama sözleşmesi, görünürdeki sözleşme, satım sözleşmesi ise tarafların ciddi olarak istedikleri ve bu sebeple de gerçek iradelerine uygun bulunan gizli sözleşmedir¹⁴³. Mahfuz hissenin ihlali örneğinde ise, satım sözleşmesi görünürdeki sözleşmeyi, bağışlama sözleşmesi ise tarafların gerçekten istedikleri ve gerçek iradelerine uygun olan gizli sözleşmeyi oluşturur¹⁴⁴.

bağışlamıştır. Gizli anlaşmanın geçerli olabilmesi için resmi şekilde yapılması gerekir. Olayımızda görünürdeki satış işlemi muvazaa, gizli yapılan bağışlama sözleşmesi de resmi şekilde yapılmadığından geçerli değildir. Bu durumda davanın kabul edilmesi gerekirken yazılı olduğu üzere mevcut delillerin değerlendirilmesinde yanılıya düşülerek reddedilmesi yasaya aykırıdır...”Yargıtay 4. HD. 2002/2994 E, 2002/7257 K.

¹⁴¹ VELİDEDEOĞLU, H. V./ÖZDEMİR, R.: Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 1987, s. 50; KILIÇOĞLU, s. 117.

¹⁴² “...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, saklı pay sahibi olsun ya da olmasın miras hakkı çığneden tüm mirasçıların, görünürdeki satış sözleşmesinin Borçlar Kanunu'nun 18. maddesine dayanarak muvazaalı olduğunu ve gizli bağış sözleşmesinin de şekil koşulundan yoksun bulunduğunu ileri sürerek dava açabileceklerine ve bu dava hakkının geçerli sözleşmeler için sözkonusu olan Medeni Kanunun 507 ve 603. maddelerinin sağladığı haklara etkili olmayacağına...”Yargıtay HGK., 1.4.1974 gün ve 1/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı.

¹⁴³ ÖZÜĞÜR, s. 848-849.

¹⁴⁴ BİRSEN, s. 86.

B. NİSBİ MUVAZAAANIN ÇEŞİTLERİ

Nisbi (nitelikli) muvazaa sözleşmenin niteliği ile ilgili muvazaa, sözleşmenin konusunda veya şartlarında muvazaa, tarafların şahsında muvazaa olmak üzere üç türdür¹⁴⁵.

1. Sözleşmenin Niteliği İle İlgili Muvazaa

Tarafların gizli işlemi, görünürdeki işlemin niteliği ve mahiyetini değiştirmek için yapmaları halinde sözleşmenin niteliği ile ilgili muvazaa söz konusu olur. Örneğin mahfuz hisseli mirasçılardan mal kaçırmak isteyen bir miras bırakanın, karşı tarafla yapmış olduğu bağışlama sözleşmesini bir satım akdiyle gizlemesi¹⁴⁶, yüksek vergi ödemekten kurtulmak için karşılıksız kazandırma olan işlemin satış şeklinde gösterilmesi veya şufa hakkının kullanılmasına engel olmak için satım sözleşmesinin bağışlama akdiyle gizlenmesi hallerinde sözleşmenin niteliği ile ilgili muvazaadan bahsedilir.

¹⁴⁵ İNAN, s. 251; ÖNEN, s. 51; TUNÇOMAĞ, s. 192.

¹⁴⁶ "...Bilindiği üzere; uygulamada ve öğretide "moris muvazaası" olarak tanımlanan muvazaa, niteliği itibariyle 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 ölünceye kadar bakma sözleşmesi doğrultusunda açıklamak suretiyle devretmektedir.

Bu durumda yerleşmiş Yargıtay İçtihatlarında ve 1-4-1974 tarih 1/2 sayılı İnançları Birleştirme Kararında açıklandığı üzere görünürdeki sözleşme tarafların gerçek iradelerine uymadığından, gizli bağış sözleşmesi de Medeni Yasanın (eski 634) 706, Borçlar Yasasının 213 ve Tapu Yasasının 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., 2005/1948E., 2005/4756K., T: 19.04.2005.

2. Sözleşmenin Konusunda veya Şartlarında Yapılan Muvazaa

Tarafların görünürdeki işlemi ciddi olarak yapmak istemekle birlikte, bunun bazı şartlarını gerçek iradelerinden farklı olarak tayin etmeleri halinde sözleşmenin konusunda veya şartlarında yapılan muvazaa söz konusu olur¹⁴⁷. Bu tür muvazaa, uygulamada özellikle taşınmaz satışlarında satım parasında (bedelde) muvazaa şeklinde ortaya çıkmaktadır. Tapu harç ve masraflarının az ödenmesi için gerçek satış bedelinin gizlenerek daha az bir bedel gösterilmesi, paydaşın şufa hakkının kullanılmasını önlemek için gerçekte düşük olan satış bedelinin çok yüksek olarak gösterilmesi bu duruma örnek olarak verilebilir¹⁴⁸.

Görünürdeki akitte gösterilen bedel sembolik nitelikte ise, yani temlik işlemde satış değil, bağış iradesi ağırlık kazanıyorsa artık görünürdeki işlem ile gizli işlemin unsurları arasında farklılık bulunması değil, her iki akdin nitelikleri arasında farklılık bulunması söz konusu olur. Bu durumda, mal sahibinin aslında bağışladığı bir tapulu taşınmazını sırf muvazaa nedeniyle açılacak iptal davasından kurtulmak için sembolik bir fiyat göstererek temlik etmesi söz konusudur. Gösterilen bedel sembolik olmayıp, gerçek bedelle arasında az veya çok bir fark varsa yine gizli işlem ile görünürdeki işlemin unsurları arasında farklılık bulunması yoluyla muvazaa yapıldığı kabul edilmelidir¹⁴⁹.

¹⁴⁷ Bu tür nisbi muvazaa akdin konusunun bir kısmı tarafların gerçek iradelerine uygun olduğu için “kısmi muvazaa adı ile de anılır. EREN, s. 315; İNAN, s. 251; OĞUZMAN/ÖZ, s. 105.

¹⁴⁸ “...Olayımızda: Davacı önalıma konu payın davalıya gerçekte 480.000.000.-TL'ye satıldığı halde önalım hakkının engellenmesi için tapuda bedelin fazla gösterildiğini bildirerek bedelde muvazaa iddiasında bulunmuştur. Davacı bu iddiasını kanıtlamak zorundadır. Muvazaa iddiası tanık dahil her türlü delil ile kanıtlanabilir. Mahkemece keşif yapılarak keşifte belirlenen bedel üzerinden önalım hakkının tanınmasına karar verilmiş ise de keşif bedelde muvazaa iddiasının varlığına tek başına yeterli delil teşkil etmez. Yargıtay'ın yerleşen içtihatları da bu yöndedir. Bu nedenle bedelde muvazaaya ilişkin davacının gösterdiği tanıkların dinlenilmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, bu hususun göz ardı edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olduğundan hükmün bozulması gerekmektedir...” Yargıtay 6. HD., 2005/955E., 2005/2510K., T:21.03.2005

¹⁴⁹ ÖZKAYA, s. 116.

3. Tarafların Şahsında Muvazaa

Görünürdeki işlemde, tarafların gerçek iradesine uygun olan hukuki işlemde taraf olarak istifade eden kimsenin yerine başka birisi ikame edilmişse, akdin tarafında nitelikle muvazaa söz konusu olur¹⁵⁰. Burada, sözleşmenin taraflarından biri olarak görünen kimse sözleşmeden yararlanan kimse olmayıp, sözleşme başka şahıs namına yapılmakta, sözleşmeden taraf olarak gözükmeyen kimse yararlanmaktadır¹⁵¹. Örneğin, sabıkalı baba A'nın, B ile anlaşarak oğlu C'nin sigorta şirketinde çalışmasını öngören bir hizmet sözleşmesi yapmasında, ancak gerçekte tarafların C'nin değil, A'nın çalışması için anlaşmış bulunmaları halinde şahısta muvazaa vardır.

Borçlu B, alacağı evi alacaklıların takibinden kurtarmak için, kendi alacağı yerde arkadaşı ile anlaşarak işlemi müteahhit ile arkadaşı arasında yaptırması halinde, arkadaşı ev alımına borçlu yerine katılmakta ve işlemin muvazaalı tarafı olmaktadır. Burada yapılan gizli muvazaa sözleşmesinde gerçek alıcının B olduğu, C'nin satış sözleşmesinden hiçbir hak talep edemeyeceği, taşınmazın B'ye ait olduğu kararlaştırılmaktadır¹⁵².

¹⁵⁰ "...davalının kardeşi ve davacıların vekili arasında düşünce ve çıkar birliğine dayanan bir ilişki olduğu, gerçek alıcının davalı olmayıp kardeşi Emre olduğu, yapılan sözleşmenin bağlayıcılığını sağlamak ve iyiniyet savunmasında bulunarak hak elde etmek için bu şekilde dolaylı yola başvurulduğu anlaşılmaktadır. Böylece, davalının aslında kardeşi Emre'ye ait olması gereken hisseleri kendisi almış gibi göstererek şahısta muvazaanın tarafı olduğu ve vekil Halil'in davacıların aleyhine kasten hareket ettiğini bildiği sabit olup iyiniyetli değildir. Mahkemenin uygulamasına gelince; davacı tarafın satış vaadine konu taşınmazın sözleşme tarihi itibarıyla 290.000.000.-TL.nin çok üzerine bir rayici bulunduğu böylece davalı ve vekilin bedelde de muvazaa yaptığı yönünde savunması bulunduğu halde bu savunma üzerinde durulmamış, bu yönde iddianın ispatı açısından deliller toplanmamıştır. Eksik incelemeye dayalı olarak karar verilmesi doğru görülmemiştir..." Yargıtay 3. HD., 2003/8582E., 2003/8468K., T: 01.07.2003

¹⁵¹ ESENER, s. 88; POSTACIOĞLU, İ.: "Nam-ı Müstear Meselesi", MHAD, 1958, C.2, S.2, s.109; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 411.

¹⁵² Doktrinde bazı yazarlar, bu ilişkide nitelikli muvazaanın varlığını kabul etmemekle birlikte, mutlak muvazaanın söz konusu olabileceğine işaret etmektedirler. OĞUZMAN, K.: Miras Bırakanın Gayrimenkule İlişkin Muvazaalı İşlemleri Bakımından Tenkis Davası ve Tapu Kaydının Tashihi Davası, Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu'na Armağan, İstanbul 1990, s. 133; YAVUZ, C.: Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, C. 2, İstanbul 1989, s. 272-273.

§ 9. MUVAZAANIN HÜKÜM VE SONUÇLARI

I. GÖRÜNÜRDEKİ İŞLEM BAKIMINDAN MUVAZAANIN SONUÇLARI

Tarafların gerçekte yapmak istemekle birlikte sırf üçüncü kişileri aldatmak için yaptıkları işleme “görünürdeki işlem” denildiğini ve görünürdeki işlemin hem mutlak muvazaa, hem de nisbi muvazaada bulunan bir unsur olduğuna önceki açıklamalarımızda değinmiştik¹⁵³. Bu bölümde ise, bu işlemin taraflar ve üçüncü kişiler bakımından hukuki sonuçlarına yer vereceğiz.

A. GENEL OLARAK

Doktrindeki genel kabule göre, görünürdeki işlem, tarafların gerçek iradelerine uymadığı için geçersizdir¹⁵⁴. Gerçekten BK. m. 18’e göre, bir sözleşmenin şekil ve içeriğinin değerlendirilmesinde iki tarafın gerek sehven gerek sözleşmenin niteliğini gizlemek için kullandıkları isim ve deyimlere bakılmayarak onların birbirine uygun gerçek iradeleri aranmalıdır. Tarafların birbirine uygun gerçek iradeleri, muvazaalı işlemin geçersiz olması, hüküm ve sonuç doğurmamasıdır¹⁵⁵. Muvazaalı işleme, bir değer izafe edilemeyeceğini ifade etmek için kullanılan deyimler birbirinden farklıdır. Muvazaalı işlemin müeyyidesi olarak değişik yazarlar tarafından “butlan, yokluk, hükümsüzlük, etkisizlik” gibi değişik sonuçlara varılmaktadır¹⁵⁶. Görünürdeki işlemin geçersizliğine ilişkin görüşleri aşağıda ele alacağız.

¹⁵³ Bkz. s. 38.

¹⁵⁴ FEYZİOĞLU, F.N.: Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri, C. 1, İstanbul 1980, s. 195; İNAN, s. 253; ARIK, K. F.: Borçlar Hukuku Umumi Hükümleri, Ankara 1964, s. 76; GÖNENSAY, s. 90.

¹⁵⁵ EREN, s. 321.

¹⁵⁶ ESENER, s. 50.

B. GEÇERSİZLİĞE İLİŞKİN GÖRÜŞLER

Doktrindeki hakim görüşe göre¹⁵⁷; muvazaalı işlemlerde, görünürdeki işlem butlanla sakattır. OĞUZMAN/SELİÇİ'ye göre, “mülkiyeti nakil borcu doğuran bir akitte basit muvazaa varsa buna bağlı neticeyi tayin bir güçlük arz etmemektedir. Muvazaalı akit hiçbir hüküm doğurmaz, bu hükümsüzlük butlandır”¹⁵⁸. FEYZİOĞLU, AKİPEK ve REİSOĞLU da butlan görüşünden yanadırlar¹⁵⁹. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP da muvazaalı işlemin batıl olduğu konusunda hemfikirdirler¹⁶⁰.

Doktrinde bir grup yazar, muvazaalı işlemlerde, görünürdeki işlemin geçersizliğini “kendine özgü geçersizlik” olarak nitelendirmektedirler¹⁶¹. Bu görüşün dayanağı, BK. 20 maddenin, butlan sebeplerini sınırlı sayıda belirlemiş olması esasıdır. Oysa, BK. 20. maddenin lafzı sınırlayıcı bir nitelik taşımamaktadır¹⁶². Dolayısıyla yeni bir geçersizlik çeşidi oluşturmaya ne yasal dayanak ne de pratik ihtiyaç bulunmaktadır.

Doktrinde diğer bir grup yazar ise muvazaalı işlemin batıl olarak veya başka tür bir geçersizlikle nitelendirilmesini doğru bulmamaktadırlar. Bu yazarlara göre, muvazaalı işlem, hukuki bir işlem olmadığından hiçbir hukuki sonuç doğurmaz. Çünkü batıl işlemler de ciddi beyanları gerektirir. Oysa muvazaalı işlemlerde ciddi beyan iradesi mevcut değildir. Bu yazarların savunduğu görüş ise, muvazaalı işlemlerde, görünürdeki işlemin

¹⁵⁷ ADAY, s. 26; ARIK, s. 77; AYBAY, s. 47.

¹⁵⁸ OĞUZMAN, K./SELİÇİ, Ö.: Eşya Hukuku, İstanbul 1988, s. 329.

¹⁵⁹ FEYZİOĞLU, s. 109; AKİPEK, J.: Türk Eşya Hukuku, 2. Kitap, Ankara 1973, s. 110; REİSOĞLU, s. 87.

¹⁶⁰ Yazarlara göre, “görünürdeki sözleşme, gizli anlaşmayla çeliştiği, onunla uyumsuzluk halinde bulunduğu ölçüde batıldır”. Burada gizli anlaşma söz konusu edildiği için, butlan konusundaki bu açıklamanın sadece mevsuf muvazaaya ilişkin olduğu zannedilebilir. Ancak eserde gizli anlaşma kavramı geniş anlamda kullanılmakta olup, muvazaa anlaşması da bu kavram içinde mütalaa edilmektedir. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 550 vd.

¹⁶¹ ESENER, s. 52; ÖZKAYA, s. 119.

¹⁶² BK. m. 20 “Bir akdin mevzuu gayri mümkün veya gayri muhik yahut ahlaka (adaba) mugayir olursa o akit batıldır.

Akdin muhtevi olduğu şartlardan bir kısmının butlanı, akdi iptal etmeyip yalnız şart, lağvolur. Fakat bunlar olmaksızın akdin yapılmayacağı meczum bulunduğu takdirde, akitler tamamıyla batıl addolunur.

“yok”¹⁶³ hükmünde olduğudur. KİPER, muvazaada karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları bulunmadığından hareketle görünürdeki işlemin muvazaa nedeniyle “yok” hükmünde olduğunu savunan yazarlardandır¹⁶⁴.

İsviçre doktrininin önemli hukukçularından KRAMER, KELLER/SCHÖBİ ve BECKER de muvazaalı işlemin yok hükmünde olduğunu savunmaktadırlar¹⁶⁵. Buna karşılık İsviçre Doktrininde ve Federal Mahkeme kararlarında hâkim olan görüş, muvazaalı işlemin batıl olduğu yolundadır¹⁶⁶. EREN ise, muvazaalı işlemlerde, görünürdeki işleme bağlanan geçersizlik müeyyidesinin butlan olduğunu belirttikten sonra, hâkim görüş olan butlan görüşü ile yokluk görüşünün sonuçları arasında önemli bir farklılık bulunmadığını belirtmektedir¹⁶⁷.

Bizim görüşümüze göre, muvazaalı işlemlerde, görünürdeki işlemin geçersizliğini incelerken, BK. m. 18’den hareket etmemiz gerekmektedir. BK. m. 18’e göre, bir sözleşmenin şekil ve içeriğinin değerlendirilmesinde iki tarafın gerek sehven, gerek sözleşmenin niteliğini gizlemek için kullandıkları isim ve deyimlere bakılmayarak onların birbirine uygun gerçek iradeleri aranmalıdır. Burada kastedilen, tarafların beyanları yorumlanırken irade teorisinin esas alınmasıdır¹⁶⁸.

¹⁶³ Bir hukuki işlemin kurulabilmesi, meydana gelebilmesi için, hukuk düzeni tarafından öngörülen temel kurucu unsurların bulunmaması “yokluk” olarak ifade edilmektedir. Akitlerin kurucu unsuru ise; tarafların belirli bir hukuki sonuç doğurmayı hedefleyen, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıdır. Karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının bulunmaması halinde, akit, yok hükmünde olur. SEROZAN, R.: Medeni Hukuka Giriş, İstanbul 1997, s. 14.

¹⁶⁴ KİPER, s. 24.

¹⁶⁵ “...Keller/Schöbi ise muvazaalı işlemi, kurulmamış, meydana gelmemiş işlem olarak tanımlamaktadırlar. Zira yazarlara göre, BK. m. 18 sözleşmenin butlanını öngörmemektedir. Aksine, burada bizzat taraflar, beyan iradesinin yokluğu hususunda anlaşmakta, bunun yorumundan ise sözleşmenin kurulmadığı, meydana gelmediği sonucu çıkmaktadır...” EREN, s. 321-322; ADAY, s.25-26; KİPER, s. 24.

¹⁶⁶ ADAY, s. 26.

¹⁶⁷ EREN, s. 322.

¹⁶⁸ İrade teorisi uyarınca, bir beyan yorumlanırken, beyan sahibinin iradesi esas alınmalı, bu irade araştırılarak gerçek anlamı bulunmalıdır. Buradaki iradeden kasıt, dışarıya karşı beyan edilen irade olmayıp, beyan sahibinin gerçek iradesidir. Beyan, yalnızca bu iradeyi muhataba bildiren bir araçtır. Dolayısıyla beyan, gerçek iradeye uygun olması; onu ifade etmesi halinde mevcut ve geçerli kabul edilir. İrade teorisine göre, irade beyanının anlamı beyan sahibinin gerçek iradesine göre tespit edilmelidir. EREN, s. 136; FEYZİOĞLU, s. 195; İNAN, s. 175; ÖZKAYA, s. 107; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 72.

İrade teorisi uyarınca hukuki işlem, tarafların beyanı üzerine değil, karşılıklı ve birbirine uygun olduğu müddetçe gerçek iradeleri üzerine kurulur. Muvazaalı işlemlerde taraflar, görünürdeki işlemin hiçbir hüküm ifade etmemesi yönünde anlaşmışlarından, tarafların gerçek iradesi, yapılan işlemin hüküm doğurmaması yönündedir. Dolayısıyla irade teorisi uyarınca muvazaada, tarafların beyanı gerçek iradeye uygun olmadığı için herhangi bir hüküm ifade etmeyecek, gerçek iradeler ise, bu işlemin kurulmaması yönünde olduğu için görünürdeki işlem kurulmamış sayılacaktır¹⁶⁹. Ancak hukuki işlemin yok sayılması, onun hiç kurulmamış olması anlamına geldiği için, yok olan bir işlemin, dürüstlük kuralının gerektirdiği hallerde bile geçerli hale gelmesi, hüküm ve sonuç doğurması mümkün değildir¹⁷⁰. İşte bu nedenle, görünürdeki işlemin yok hükmünde olmasını teorik açıdan daha uygun bulmakla birlikte, dürüstlük kuralının uygulanabilmesi açısından hakim görüş olan “butlan” görüşünün daha isabetli olduğunu düşünmekteyiz.

C. MUVAZAALI İŞLEMİN BATIL SAYILMASININ SONUÇLARI

1. Taraflar Arasında Alacak ve Borç İlişkisi Doğmaz

Muvazaalı hukuki işlem, özellikle akit batıl olduğundan taraflar arasında herhangi bir alacak veya borç doğurmaz¹⁷¹. İşlemin geçersiz olması nedeniyle taraflar bir zarara uğramış olsalar bile, menfi veya müspet zararlarını birbirlerinden isteyemezler. Çünkü zarara uğrayan taraf, buna kendi iradesiyle razı olmuştur¹⁷². Ayrıca taraflar arasında alacak ve borç ilişkisi doğmadığından verilen şeylerin iade edilmesi gerekmektedir. Örneğin, tapuda yapılan temlik ve tesciller sebebe bağlı işlemler olduğundan tapu kaydının

¹⁶⁹ EREN, s. 321.

¹⁷⁰ OĞUZMAN/ÖZ, s. 130; TUNÇOMAĞ, s. 192.

¹⁷¹ ESENER, s. 55; İNAN, s. 254; ÖZKAYA, s. 120; ÖZMEN/ÖZKAYA, s. 13; KILIÇOĞLU, s. 117; REİSOĞLU, s. 82.

¹⁷² ADAY, s. 27; EREN, s. 321; ESENER, s. 56; ÖZDEMİR, s. 39.

dayandığı satış akdinin muvazaaya nedeniyle hükümsüz olması halinde, dava açmakta hukuki yararı bulunan kişi, MK. m. 1025 uyarınca tapu kaydındaki yolsuz tescilin düzeltilmesini isteyebilir¹⁷³. Muvazaalı işlem nedeniyle üçüncü kişilerin zarar görmesi durumunda, ispat edilmesi durumunda üçüncü kişilerin zararı haksız fiil hükümlerine göre tazmin edilir¹⁷⁴.

2. Muvazaanın Varlığı Her Zaman İddia ve İspat Edilebilir

Muvazaaya iddiasının bir def'i değil itiraz olmasının bir sonucu olarak, muvazaanın ileri sürülmesi, zamanaşımı veya hak düşürücü süreye bağlı değildir¹⁷⁵. Yargıtay kararlarında da belirtildiği üzere, muvazaaya iddiası herhangi bir süreye bağlı olmaksızın ileri sürülebilir¹⁷⁶.

¹⁷³ "... Her ne kadar muvazaayı düzenleyen B.K.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.

Hemen belirtmek gerekir ki, muvazaaya 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. 2005/6029E., 2005/6521K., T: 26.05.2005

¹⁷⁴ "... Görünüşteki hukuki işlemin muvazaaya nedeniyle geçersiz bulunduğu iddiası, hukuken korunması gereken bir hakkı bulunan üçüncü kişiler tarafından da ileri sürülebilir. Çünkü, muvazaalı bir hukuki işlem ile üçüncü kişinin zarara uğratılması, ona karşı işlenmiş bir haksız fiil niteliğindedir. Somut olay yönünden önem taşıyan yön de budur.

Görünüşteki işlemin geçerliliği ve ispatı bir şekilde bağlı bulunsa bile, üçüncü kişiler muvazaaya iddiasını tanık da dahil olmak üzere her türlü delille ispat edebilirler. Esasen, üçüncü kişiye, tarafı olmadığı bir sözleşmedeki muvazaaya olgusunu yazılı delille kanıtlanma yükümü getirilmesine hukuken olanak da yoktur..." Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2002/6-618E., 2002/659K., T: 02.10.2002.

¹⁷⁵ DALAMANLI, s. 85; EREN, s. 326; FEYZİOĞLU, s. 101; KARAHASAN, s. 196; KİPER, s. 24; ÖZKAYA, s. 120; ÖZÜĞÜR, s. 840; RENDA/ONURSAN, s. 63.

¹⁷⁶ "...Bilindiği üzere, muvazaalı işlem geçersiz olup; hiçbir hüküm ve sonuç doğurmaz. Ayrıca belirli bir sürenin geçmesiyle veya tarafların olurları (rıзалarı) ile geçerli hale gelemez. Mahkemece kendiliğinden (resen) gözönünde tutulur. Bu itibarla muvazaaya nedenine dayanılarak, her zaman dava açılabilir. Açılan dava sonunda verilen karar yenilik doğurucu değil, açıklayıcı bir karar olduğundan geçmişe etkili (makale şamil) hüküm ve sonuç doğurur..." Yargıtay 1. H.D., 1997/10570E., 1997/11956K. T: 08/10/1997.

3. Muvazaa Re'sen Göz Önünde Tutulur

Muvazaa iddiası niteliği itibariyle bir def'i değil itiraz olduğu için, hâkim tarafından re'sen dikkate alınır¹⁷⁷.

Re'sen göz önünde bulundurma kuralını, dosya kapsamından muvazaa bulunduğu ilişkin delillerin bulunması halinde, bu delillerin toplanıp gerçekten muvazaanın var olup olmadığının ortaya çıkartılması şeklinde anlamak gerekmektedir.

4. Belirli Bir Zamanın Geçmesi, Muvazaa Sebebinin Ortadan Kalkması veya Tarafların Olur Vermesi ile Muvazaalı İşlem Geçerli Hale Gelmez

Muvazaa nedeniyle görünürdeki işlemin batıl olmasının bir sonucu olarak, belirli bir zamanın geçmesi, muvazaa sebebinin ortadan kalkması veya tarafların olur vermesi ile muvazaalı işlem geçerli hale gelmez¹⁷⁸. Tarafların muvazaalı akti ifa etmeleri dahi onu geçerli hale getirmez¹⁷⁹.

¹⁷⁷ Teknik anlamda def'i; davalının özel bir sebebe dayanarak yükümlülüğünü yerine getirmemek hakkıdır ve bir davada davalı tarafından açıkça ileri sürülmesi gerekmektedir. İtiraz ise, davalı tarafından ileri sürülen hakkın hiç doğmamış veya daha sonra ortadan kalkmış olduğuna ilişkin bir takım vakıaların ileri sürülmesidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. KURU, B./ASLAN, R./YILMAZ, E.: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2001, s. 376-377.

¹⁷⁸ EREN, s. 322; ESENER, s. 57; İNAN, s. 175; KARAHASAN, s. 196; TUNÇOMAĞ, s. 192.

¹⁷⁹ "...Her ne kadar muvazaayı düzenleyen B.K.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. 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 Kanununun 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 bir hüküm durumundadır..." Yargıtay 1. HD. 2005/6029E. 2005/6521K. T: 26.05.2005

5. Muvazaa Menfi Tespit Davasına Konu Olabilir

Muvazaalı işlemler tarafları arasında hüküm ve sonuç doğurmayacağı için muvazaa nedeniyle açılacak dava bir menfi tespit davası olup, dava sonucu verilecek karar yenilik doğurucu değil açıklayıcı bir karar olacaktır¹⁸⁰.

6. Muvazaa, Taraflar ve 3. Kişilerce İleri Sürülebilir

Hukuki işlemin muvazaa sebebiyle butlanını, taraflardan biri veya külli halefleri diğer tarafa veya külli haleflerine karşı ileri sürebilecektir. Ayrıca üçüncü kişiler, yani dolaylı veya doğrudan bir menfaate sahip olan herkes, butlanı dermeyer edebilecektir¹⁸¹. Örneğin, muvazaalı işlem dolayısıyla saklı payı ihlal edilen bir mirasçı, şufa hakkı sahibi ve alacaklılar üçüncü kişi sıfatıyla butlanı ileri sürebilecektir.

7. Muvazaanın Kimlere Karşı İleri Sürüleceği

Muvazaa iddiası, taraflara ve hukuki haleflerine karşı ileri sürülebileceği gibi üçüncü kişileri karşı da ileri sürülebilir¹⁸². Ancak muvazaa nedeniyle görünürdeki işlemin üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi ilkesi mutlak bir ilke değildir. Görünürdeki işlemin

¹⁸⁰ İNAN, s. 255; ÖZDEMİR, s. 43; ÖZMEN/ÖZKAYA, s. 120.

¹⁸¹ "...Görünüştteki hukuki işlemin muvazaa nedeniyle geçersiz bulunduğu iddiası, hukuken korunması gereken bir hakkı bulunan üçüncü kişiler tarafından da ileri sürülebilir. Çünkü, muvazaalı bir hukuki işlem ile üçüncü kişinin zarara uğratılması, ona karşı işlenmiş bir haksız fiil niteliğindedir. Somut olay yönünden önem taşıyan yön de budur.

Görünüştteki işlemin geçerliliği ve ispatı bir şekilde bağlı bulunsa bile, üçüncü kişiler muvazaa iddiasını tanık da dahil olmak üzere her türlü delille ispat edebilirler. Esasen, üçüncü kişiye, tarafı olmadığı bir sözleşmedeki muvazaa olgusunu yazılı delille kanıtlama yükümü getirilmesine hukuken olanak da yoktur..." Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2002/6-618E., 2002/659K., T: 02.10.2002.

¹⁸² ESENER, s. 113; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 412; REİSOĞLU, s. 82; RENDA/ONURSAN, s. 63.

üçüncü kişilere karşı ileri sürülemediği yani üçüncü kişilerin hukuk düzeni tarafından korunduğu istisnai durumlar, aşağıda üç başlık halinde incelenecektir.

D. GÖRÜNÜRDEKİ İŞLEMİN GEÇERLİ OLDUĞU DURUMLAR

Görünürdeki işlemin muvazaa nedeniyle geçersiz olduğunun üçüncü kişilere karşı ileri sürülemediği istisnai durumlardan ilki, yazılı borç ikrarı, ikincisi tapu kütüğüne güvenin korunması ve üçüncüsü de dürüstlük kuralıdır¹⁸³.

1. Yazılı Borç İkrarı

Borçlar Kanununun 18. maddesinin 2. fıkrasına göre, yazılı borç ikrarının varlığı halinde, görünürdeki işlemin geçersizliği ileri sürülemeyecektir. Bu hükme göre “Tahriri borç ikrarına istinat ile alacaklı sıfatını iktisap eden başkasına karşı, borçlu tarafından muvazaa iddiası dermeyeran olunamaz”.Yasa bu hükümlerle, borçlunun yazılı olarak borç ikrarında bulunması halinde, alacaklının, bu senetten doğan alacak hakkını bir başkasına devretmesi halinde, taraflar arasındaki muvazaanın devir alan üçüncü kişiye karşı ileri sürülemeyeceğini kabul etmiştir. Ancak alacağı devir alan üçüncü kişiye muvazaanın ileri sürülememesi iyiniyetli olması koşuluna bağlıdır.

Tüm bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere, BK. 18/2'nin uygulanabilme şartlarından ilki, borçlunun alacaklıya borç ikrarında bulunmasıdır¹⁸⁴. İkinci şart, borç ikrarının yazılı olması, üçüncü şart ise taraflar arasında muvazaa anlaşmasının bulunmasıdır. Alacaklı taraf, borçlunun gerçek bir borç ikrarında bulunma, kendisinin de

¹⁸³ ÖZDEMİR, s. 45.

¹⁸⁴ Borç ikrarından söz edebilmek için, borçlunun alacaklıya borçlanma sebebini göstermemiş olması gerekir. Burada BK. m. 17 anlamında sebebi gösterilmediği halde, geçerli olan borç ilişkisi söz konusudur. Borçlanmanın sebebi gösterildiğinde, borçlu üçüncü kişiye bu sebebin muvazaalı olduğunu ileri sürebilecektir. KILIÇOĞLU, s. 121.

gerçekte alacaklı olma iradesine sahip olmadığını bilmelidir. Dördüncü şart, alacaklının hakkını bir üçüncü kişiye devretmiş olması, beşinci şart ise üçüncü kişinin iyiniyetli olmasıdır. Üçüncü kişi iyiniyetli değilse, yani alacaklı ile borçlu arasındaki yazılı borç ikrarının muvazaalı olduğunu biliyor ya da bilmesi gerekiyorsa ona karşı da muvazaalı ileri sürülebilecektir¹⁸⁵.

Örneğin, alacaklılarının icra takibi endişesine düşen B, böyle bir takip gerçekleştiğinde onların tahsilât yapmasını önlemek için güvendiği A isimli yakınına yüz bin YTL. yazılı borç ikrarında bulunmuş, ancak A bu senetten doğan alacağını, borçlusu olan ve bu olaydan habersiz iyiniyetli Ü isimli bir kişiye olan borcunu ifa amacıyla devretmişse, B, bu senetten doğan borcun muvazaalı olduğunu ileri süremeyecektir. Görüldüğü gibi, kanun koyucu burada irade prensibinden ayrılmış güven teorisini kabul etmiştir¹⁸⁶.

2. Tapu Kütüğüne Güvenin Korunması

Türk Medeni Kanununun 1023. maddesi “Tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka aynı hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur.” hükmünü getirmiştir. Bu hükme göre, tapu sicilindeki kayda iyiniyetle dayanarak bir

¹⁸⁵ DALAMANLI, s. 85; KILIÇOĞLU, s. 121.

¹⁸⁶ İrade teorisi savunucularına göre, beyan, beyan sahibi tarafından istenildiği zaman ve ölçüde, irade beyanı olarak nitelendirilebilir. Bu itibarla, irade beyanının anlamı, beyan sahibinin bu beyana verdiği anlam göz önünde tutularak, onun gerçek iradesine göre tespit edilmelidir. Gerçek iradeye uymayan bir beyana, irade beyanı adı verilmemelidir. Güven teorisi, doğruluk ve dürüstlük kurallarını, hukuki güven ve istikrar ilkesini, hakkaniyet düşüncesini esas alır. Bu teori ile sadece muhatabın değil, beyan sahibinin de haklı menfaatleri korunmakta, tarafların çıkarları arasında adil bir denge kurulmaktadır. Güven teorisi uyarınca, bir akdin kurulup kurulmadığını tespit etmek için, irade beyanlarının objektif anlamlarına bakılmayacak, bu beyana muhatabın iyi niyetle vereceği anlamın ne olması gerektiği araştırılacaktır. Bu durumda olayın özelliğine göre muhatap kendisine yöneltilen irade beyanına hangi anlamı vermeli ise veya vermekte haklı ise o anlama üstünlük tanınır. Sözü edilen anlam somut bir olayda muhatabın şahsen çıkarttığı anlamdan farklı olabilir. EREN, s. 137; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 72.

gayrimenkul üzerinde mülkiyet veya sınırlı bir ayni hak kazanan kimse, devreden tasarrufa yetkili olmasa dahi kazanımında korunmuştur¹⁸⁷.

Örneğin, A ile B gerçekte istemedikleri halde sırf üçüncü kişileri aldatmak amacıyla muvazaalı bir satım akdine dayanarak A'ya ait gayrimenkulü tapuda B adına tescil ettirmiş iseler, taşınmazın iktisabında illilik prensibi geçerli olduğu için muvazaa nedeniyle geçersiz olan satım akdine dayanılarak yapılan tescil de geçersiz olur. MK. M. 1025 uyarınca yapılacak bu tescil yolsuz tescildir. Ancak MK. m. 1023 ile muvazaa nedeniyle geçersiz satım akdine dayanan yolsuz tescile güvenerek mülkiyet veya sınırlı ayni hak kazanan iyiniyetli üçüncü kişinin iktisabını korumuştur¹⁸⁸.

Kuşkusuz, müktesip aranan iyiniyet, subjektif iyiniyettir. Müktesip, hakkın kazanılmasına engel olan durumu (tescilin yolsuzluğunu) bilmiyor ve bilmesi de

¹⁸⁷ ADAY, s. 25; KİPER, s. 88; OĞUZMAN, s. 92.

¹⁸⁸ "...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 Kanununun 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 biri insan unsuru ise bunun kadar önemli olan ötekisi topraktır. İşte 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 da tapuya itimat edip, taşınmaz mal edinen kişinin iyi niyetini korumak zorunluluğunu duymuştur. Belirtilen ilke M.K.nun 1023. maddesinde aynen "tapu kütüğündeki sicile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya başka bir ayni hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur" şeklinde yer almış, aynı ilke tamamlayıcı madde niteliğindeki 1024. maddenin 1. fıkrasına göre "bir ayni hak yolsuz olarak tescil edilmiş ise bunu bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişi bu tescile dayanamaz" biçiminde öngörülmüştür.

Ne var ki; tapulu taşınmazların intikallerinde, huzur ve güveni koruma, toplum düzenini sağlama uğruna, tapu kaydında ismi geçmeyen ama asıl malik olanın hakkı feda edildiğinden iktisapta bulunan kişinin, iyiniyetli 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 ayni 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 iyiniyetli gözükeni değil, gerçekten iyiniyetli olan kişiyi korumak olduğu hususlarının daima gözönünde tutulması, bu yönde tüm delillerin toplanıp derinliğine irdelenmesi ve değerlendirilmesi gerekmektedir. Nitekim bu görüşten hareketle "kötüniyet iddiasının def'i değil itiraz olduğu, iddia ve müdafaanın genişletilmesi yasağına tabii olmaksızın her zaman ileri sürülebileceği ve mahkemece kendiliğinden (resen) nazara alınacağı ilkeleri 8.11.1991 tarih 1990/4 esas 1991/3 karar sayılı İnançları Birleştirme Kararında kabul edilmiş, bilimsel görüşler de aynı doğrultuda gelişmiştir.

Somut olaya gelince; ikinci el durumunda bulunan kayıt maliki davalının iyiniyet savunmasının sübutu halinde adı geçen taşınmazın edinimine değer verileceği ve Türk Medeni Kanununun 1023. maddesinin koruyuculuğundan yararlanacağı kuşkusuzdur..." Yargıtay 1. HD., 2004/13245 E, 2005/2075 K., T: 01.03.2005.

gerekmiyorsa iyiniyetli sayılır. İktisap anında iyiniyetli olan müktesibin, sonradan tescilin yolsuzluğunu öğrenmesi sonucu etkilemez. Bu husus, Roma Hukukundan gelen *mala fides super veniens non nocet* (sonradan gelen kötüniyet zarar vermez) deyimini ile ifade edilmektedir¹⁸⁹.

Tek taraflı işlemlerde de muvazaa yapılabileceğine göre; temsil yetkisinin verilmesi bakımından da muvazaanın gerçekleşebileceğini kabul etmek gerekir. Bir kimse temsilci tayin etmek istediği kişiye, hukuki işlemlerinde kendisini temsil etmesi hususunda tek taraflı olarak yönelteceği bir irade beyanı ile rızai temsil yetkisini vermiş olur. Temsil yetkisinin bir belge ile açıklanması veya bizzat temsil olunan tarafından üçüncü kişilere bildirilmesi durumunda dış temsil yetkisi verilmiş olur. BK. m. 33/f. II. hükmüne göre, “mümessilin salahiyetinin derecesi üçüncü şahsa beyan veya tebliğ edilmiş ise ancak bu beyana itibar olunur.” Yani, temsilcinin yetkisinin sınırları üçüncü kişilere karşı, olduğundan daha geniş olarak bildirilmişse, temsilcinin iyiniyetli üçüncü kişilerle yaptığı işlemler bakımından yetkisi üçüncü kişilere bildirildiği ölçüde var sayılacaktır¹⁹⁰. Sonuç olarak temsil yetkisinin muvazaalı olarak verildiğini bilmeyen, bilmesi de gerekmeyen iyiniyetli üçüncü kişilerin yetkisiz temsilci ile yapacakları işlemde doğan iktisapları geçerli olacak; muvazaa nedeniyle geçersizlik ileri sürülemeyecektir¹⁹¹.

3. Dürüstlük Kuralı

Gerek doktrinde gerek Yargıtay’ın yerleşik uygulamalarında görünürdeki işlemin muvazaa nedeniyle geçersiz olduğunu ileri sürmenin dürüstlük kuralına aykırı olduğu hallerde, muvazaa iddiasının dinlenemeyeceği kabul edilmektedir¹⁹².

¹⁸⁹ ADAY, s. 29.

¹⁹⁰ EREN, s. 386 vd.

¹⁹¹ ADAY, s. 30; ESENER, s. 126.

¹⁹² “...Yargıtay’ın kararlılık kazanmış uygulamalarında, kat mülkiyeti rejimine tabi ana gayrimenkulde

II. GİZLİ İŞLEM BAKIMINDAN MUVAZAANIN SONUÇLARI

A. GENEL OLARAK

Gizli işlem, tarafların gerçekte yapmak istedikleri ancak dışarıya karşı görünürdeki işlemin ardına gizledikleri işlemdir¹⁹³. Nitelikli muvazaada, gizli işlemlerin taraflar arasında hüküm ifade edip etmeyeceğine dair B.K.'da bir hüküm yoktur.

Görünürdeki işlem, tarafların gerçek iradelerine uymadığı için kural olarak geçersizdir. Oysa gizli işlem, tarafların gerçekte istedikleri, samimi irade beyanları üzerine kurulan işlemdir. Ancak gerçek irade doğrultusunda yapılmış olmak; tek başına gizli işlemin geçerli olması sonucunu doğurmaz. Bu nedenle gizli işlemin, hukuki açıdan taşınması gereken özelliklere sahip olması gerekmektedir¹⁹⁴.

B. GİZLİ İŞLEMİN GEÇERLİLİK ŞARTLARI

Bu başlık altında yapacağımız açıklamalarda, konunun sözleşmelerin geçerliliğine ilişkin genel kurallara nazaran farklı bir özellik arz etmeyen yönleri üzerinde kısa açıklamalarda bulunmakla yetineceğiz.

onaylı projesine uygun düşme dahi değişiklik ve eklemelerin yapılmasına yazılı olarak rıza gösteren kat malikinin bu işlerin yapılmasından sonra projeye uygun düşmediğini ileri sürerek dava açmasının Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde ifadesini bulan dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacağı kabul edilmektedir. Bu durumda davacının dürüstlük kurallarına uygun düşmeyen bu davranışını hukuk düzeninin korumayacağı düşünülüp davanın reddine karar verilmesi gerekirken kabulü yönünde hüküm kurulması doğru görülmemiştir. Yargıtay 18. HD., 2004/4909E., 2004/6579K., T: 28.09.2004.

¹⁹³ Bkz. s. 42 vd.

¹⁹⁴ ADAY, s. 28; DALAMANLI, s. 85.

1. Gizli İşlem Geçerli Olarak Kurulmuş Bulunmalıdır

Gizli işlem, BK. m. 1’de belirtildiği üzere, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarından oluşmaktadır. Karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarını ihtiva etmeyen bir işlem yok hükmünde olacak ve hiçbir sonuç doğurmayacaktır.

Bir işlemin geçerli olması, her şeyden önce kanunun öngördüğü esas ve şekil şartlarının gerçekleşmiş olmasına ve tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının işlemin esaslı unsurlarını da kapsamına bağlıdır. Örneğin, gizli işlem bir satım akti ise, gizli işlemin geçerlilik taşıyabilmesi için tarafların bedel konusunda da anlaşmış olmaları gerekmektedir¹⁹⁵.

2. Gizli İşlemin Konusu İmkânsız, Hukuka ve Ahlaka Aykırı Olmamalıdır.

Gizli işlemin geçerli olabilmesi için, konusunun imkânsız olmaması gerekmektedir. İmkânsızlık fiili veya hukuki olabilir. Örneğin; imar mevzuatına göre 300m2den küçük parsel için izin verilmeyen bir yerde arazisini parselleyerek, bunun 150 m2’lik bir kısmı için bağışlama taahhüdünde bulunan (A) ile kendisine bağışlamada bulunulan (B)’nin gerçek niyetleri bir satış vaadi sözleşmesi yapmaktır. Tarafların hem muvazaayı belgelemek, hem de (resmi senedin gizli kalabileceği kabul edilirse) gizli anlaşmayı yani satış vaadini resmi şekilde gerçekleştirmek üzere, bu anlamda bir senedi noterlikçe düzenlettirdiklerini kabul edelim. Burada gizli işlem, şekle uygun olduğu halde, akdin yapıldığı anda yürürlükte bulunan imar mevzuatından doğan imkânsızlık nedeniyle geçersizdir¹⁹⁶.

¹⁹⁵ EREN, s. 325; ESENER, s. 62.

¹⁹⁶ ADAY, s. 30.

Gizli işlemin konusunun ahlak ve adaba aykırı olmaması da işlemin, geçerli olabilmesi için gerekli olan şartlardandır¹⁹⁷. Örneğin; evlilik dışı bir münasebet temin gayesiyle yapılmış bağışlama akdi, satış veya karz olarak gösterilmişse, satış veya karz akdi muvazaa sebebiyle, bağışlama ahlak ve adaba aykırı olması sebebiyle BK. m. 20 uyarınca batıldır¹⁹⁸.

Gizli işlemin geçerli olabilmesi için, hukuka aykırı olmaması da gerekmektedir¹⁹⁹. Emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine veya kişilik haklarına aykırılık, hukuka aykırılık kavramı içerisinde mütalaa edilmektedir²⁰⁰. Dolayısıyla gizli işlemin konusu emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine veya kişilik haklarına aykırı ise, diğer şartlar yerine getirilmiş olsa bile işlem geçersiz olacaktır²⁰¹. Örneğin; bir hizmet akdi arkasına gizlenen kaçakçılık taahhüdü kamu düzenini ihlal etmesi nedeniyle batıl sayılır.

¹⁹⁷ (Çev: UMUR): *Iustinianus, Institutiones*, s. 259. 24. “Ahlaka aykırı bir sebeple, mesela adam öldürmek veya dine aykırı bir şey yapmak üzere yapılan vaat muteber değildir.”

¹⁹⁸ İNAN, s. 256-257.

¹⁹⁹ “...Bir kararın meydana gelmesi için yasanın öngördüğü öge ve koşulların hiç birisi mevcut olmadığı takdirde o karar yok farz olunmalıdır (E. Hirş, 1946 Sh. 296)
Şayet karar, içeriği ve esasa ilişkin öğeleri yönünden BK.nun 19 ve 20. maddelerinde yazılı olduğu gibi, kamu düzenine, yasanın kat'i surette emrettiği hukuki kurallara veya adaba ve ahlaka aykırı yahut konusu imkansız ise o zaman kararın mutlak butlan ile sakat olduğu kabul edilmelidir.
Batıl kararlar başlangıçtan itibaren hükümsüz olduklarından, sonradan geçerli hale getirilmezler bu tür kararların batıl olduğunu tesbit ettirmek yetkisi butlanla ilgisi olan herkese aittir...” Yargıtay 11. HD., 1978/3158E., 1978/3661K., T: 06.07.1978.

²⁰⁰ EREN, s. 325-327.

²⁰¹ “..., BK.nun 18 nci maddesinde ilke bazında düzenlenen muvazaa, genellikle tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla ve fakat gerçek iradelerine uymayan, aralarında hüküm ve sonuç getirmeyen bir görünüş yaratmak hususunda anlaşmaları şeklinde tanımlanmaktadır. Muris muvazaasında ise, yine genellikle, muris gerçekte mamelekenden bir bölümünü veya tamamını, mirasçılardan bir kısmını veya tamamını miras haklarından yoksun kalma amacıyla gerçekte bağış amacıyla devretmekte ve fakat bu işlemi gizlemek için muris ile devir alan arasında satış işlemi gerçekleştirilmektedir. İşte bu gibi durumlarda açılan muvazaaya dayalı davalarda, murisin dava konusu işlemi muvazaa amacıyla yaptığı ispatlanabilirse bu hukuki işlem veya sözleşme tarafların gerçek iradelerini aksettirmedikleri için geçersiz olup, taraflar arasında hiç bir sonuç doğurmazlar. Ne var ki, taraflar arasındaki üzeri muvazaa ile örtülü alt-gizli sözleşme ilke olarak ve özü itibarıyla geçerlidir. Zira, onun muvazaalı bir sözleşme altına gizlenmiş olması geçerliliğine zarar veremez. Aksi halde, Borçlar Kanunu'muz da yer alan sözleşme serbestisi ana ilkesi bertaraf edilmiş olur. Gizli sözleşmenin geçersiz olması, ancak onun hukuka, ahlaka aykırı olması veya yerine getirilmesi imkansız olması ve nihayet gizli sözleşmenin oluşumu bir şekilde bağlanmış ise, o şekle uyulmamış olması hallerine münhasırdır. Yargıtay 11. HD., 1998/9242E., 1999/4123K., T: 18.05.1999.

3. Gizli İşlem Kanununun Öngördüğü Şekil Şartlarını Taşımaktadır

Gizli işlemin geçerli olabilmesi için, kanunen öngörülen şekle uygun olarak yapılmış olması gerekmektedir²⁰². BK. m. 11/1'de "Akdin sıhhati kanunda sarahat olmadıkça hiçbir şekle tabi değildir." şeklinde düzenleme getirilerek, Türk Hukuk sisteminde, hukuki işlemlerde kural olarak şekil serbestisinin geçerli olduğu belirtilmiştir²⁰³.

Hukukumuzda; alacağın temliki (BK m. 163), hayvan alım satımında ayıba karşı tekeffül (BK m. 195), bağışlama taahhüdü (BK m. 238), taşınmazla ilgili tellallık akti (BK m. 404), hayat boyu irat aktinin (BK m. 508) yazılı şekilde, evlenme (MK m. 142) ve sözlü vasiyetnamenin (MK m. 539) sözlü şekilde, sağlararası vakıf kurma işlemi (MK m. 102), evlenme mukavelesi (MK m. 205), evlilik dışı çocuğun tanınması (MK m. 295), taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin akitler (MK m. 706), mülkiyeti saklı tutma akti (MK m. 764), resmi vasiyetname (MK m. 532) ile hayat boyu bakma aktinin (BK m. 512) resmi şekilde yapılımları geçerlilik şartıdır²⁰⁴.

Resmi şekli yerine getirmeye yetkili olan kişiler ise genellikle tapu memuru, noter ve sulh hâkimidir. Resmi şekle uygunluk için tarafların, iradelerini tam ve birbirine uygun olarak resmi memur huzurunda beyan etmiş olmaları gerekmektedir. Ayrıca taşınmaz mülkiyetinin

²⁰² "...Taraflar ister yalnız bir görünüş yaratmayı, ister ikinci bir gizli işlem yapmayı arzu etmiş olsunlar görünüşteki (zahiri) işlem tarafların gerçek iradelerine uymadığından ilke olarak herhangi bir sonuç doğurmaz. Muvazaada görünüşteki işlemin her türlü hukuki sonuçtan yoksun olması, tarafların ortak iradelerinin bu yolda olmasından ötürüdür. Şu halde, özellikle nitelikli (nispi) muvazaada ilke olarak görünüşteki işlemin altına saklanan ve tarafların muhteva ve sonuçlarıyla birlikte gerçekleştirmek istedikleri işlem (gizli işlem) geçerlidir. Çünkü bu geçerlilik yine tarafların gerçek ve uygun iradelerinin bu yolda olmasından kaynaklanır ve çünkü, onun muvazaalı hukuki işlemin altına gizlenmiş olması kural olarak geçerliliğini etkilemez. Ancak muvazaada gizli işlem şekle bağlıysa ve bu gizli işleme ilişkin irade açıklamaları şekle uygun olarak yapılmamışsa, görünüşteki işlem yapılırken yasaların öngördüğü şekle uyulmuş olması gizli işlemdeki şekle aykırılığı gidermez. Bu durumda, görünüşteki işlem tarafların gerçek iradelerini yansıtmamasından ötürü herhangi bir sonuç doğurmadığı gibi, gizli işlem dahi şekle aykırılıktan dolayı geçersizdir. Bu ilke, 7.10.1953 gün ve 8/7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararlarında çok açık bir şekilde dile getirilmiştir. Bu kararda açıklanan görüş, Türk doktrinin tarafından da benimsenmiş ve uygulama herhangi bir sapma göstermeksizin bugüne değin devam edegelmiştir. Yargıtay HGK., 979/13-1905E., 966K., T: 22.12.1982.

²⁰³ BİNATLI, s. 77; AYBAY, s. 46.

²⁰⁴ ARAL, F.: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara 1999, s. 177.

nakil borcunu doğuran akitlerde, satış bedeli gibi aktin esaslı noktalarının resmi senette yer alması geçerlilik için şarttır²⁰⁵.

Gizli işlemin geçerli olması için kanunun öngördüğü şekil şartına uygun olarak yapılması zorunluluğu, uygulamada, özellikle gayrimenkul mallar üzerindeki aynı hakların kazanımına ilişkin sözleşmeler dolayısıyla önem kazanmaktadır. Örneğin; tapusuz taşınmazların bağış yolu ile geçirimi zilyetlik devri dışında, herhangi bir şekle bağlı olmadığından tapusuz taşınmazın zilyetliğinin devri yolu ile yapılan işlem satış olarak gösterilmişse, gizlenen bağış işlemi şekle bağlı olmadığından geçerlidir²⁰⁶. Buna karşın tapulu taşınmaz aslında bağışlandığı halde işlem tapuda satış olarak gösterilmişse, görünürdeki işlem tarafların gerçek iradelerine uymadığından geçersiz olduğu gibi, gizlenen bağış işlemi de resmi memur önünde bağışlama iradesi açıklanmamış olduğundan geçerli bir bağış sözleşmesinden bahsedilemeyeceğinden kısaca şekil koşulundan yoksun olduğundan geçersiz olur²⁰⁷.

a. Şeklin Amacı

Kanun koyucu şekil kuralını koyarken, özel koruma amacı ile sözleşmenin taraflarını korumakta, genel koruma amacı ile kamu düzeni ve işlem güvenliğini koruma altına almaktadır. Şekil akit yapılırken tarafları daha iyi düşünmeye sevkettiği ve gelişigüzel kararlar verilmesini önlediği gibi taraf iradelerine aleniyet getirir ve yorumu kolaylaştırır. Şekil kuralı konulmasının, üçüncü kişileri korumak, yapılan işlemin ispatını kolaylaştırmak, sözleşmenin kurulup kurulmadığının kesinleşmesini sağlamak ve işlemin içeriğine açıklık

²⁰⁵ OĞUZMAN/SELİÇİ, s. 317.

²⁰⁶ "...Bilindiği üzere tapusuz taşınmazlar menkul mal hükmünde olup, zilyetlikten ibaret olan hakkın devri hususuna ilişkin gizli sözleşme, hiçbir şekil şartına bağlı olmadığından geçerlidir. Aksi görüş olan, "tapusuz taşınmazların taşınır mal niteliğinde sayılması sonucunda zilyetliğin devri ile mülkiyetin geçeceğini savunmak Medeni Kanunumuzun taşınır taşınmaz mallar ayrımı ile bağdaşmamaktadır." görüşü için bkz. ÖZDEMİR, s. 56; ADAY, s. 66.

²⁰⁷ TEKİNAY, S. S.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, İstanbul 1988, s. 555.

getirmek gibi amaçları da vardır²⁰⁸. Şekil kuralı sayesinde, ehliyetsizlik, irade bozukluğu, iradeyi ortadan kaldıran sebeplerin varlığı gibi iddiaların ileri sürülmesini ve buna bağlı olarak da açılacak dava sayısını azaltır.

b. Şekle Aykırılık Nedeniyle Geçersizliğe İlişkin Görüşler

Resmi şekle uyulmaksızın gerçekleştirilen hukuki işlemin geçersiz olduğu genellikle kabul edilmekle birlikte, bu geçersizliğin derecesi konusunda doktrinde savunulan görüşlerin bir birlik arz etmediklerini söyleyebiliriz.

Şekle aykırılığın yaptırımının yokluk olduğunu savunan Keller/Schöbi'ye göre; “şekil, geçerlilik şartı değil, akdin kuruluş şartıdır. Kanunun öngördüğü şekilde yapılmayan bir akdin meydana gelmesi, kurulması mümkün değildir²⁰⁹.”

Yokluk görüşüne karşı çıkan Eren ise, BK. m. 11’de yer alan “akdin sıhhati, kanunda sarahat olmadıkça hiçbir şekle tabi değildir. Kanunun emrettiği şeklin derecesi şümul ve tesisi hakkında başkaca bir hüküm tayin olunmamış ise akit bu şekle riayet olunmadıkça sahih olmaz” ifadesini geçerli olmaz şeklinde yorumlamakta, bu nedenle de şekil şartını kurucu unsur değil, geçerlilik unsuru olarak kabul etmektedir²¹⁰.

Şekle aykırılığın yaptırımının kendine özgü geçersizlik olduğunu savunanlara göre, şekle aykırılık halinde, başlangıçtan itibaren geçersiz olan işlem, taraflardan herhangi birisince geçersizliği ileri sürülene kadar, sanki geçerli bir işlemmiş gibi hüküm ve sonuçlarını doğurur. Taraflardan biri şekil eksikliğini ileri sürerse, işlem başlangıçtan itibaren geçersiz hale gelir²¹¹.

²⁰⁸ ALTAŞ, H.: Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Doktora Tezi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara Üniversitesi, Ankara 1998, s. 25.

²⁰⁹ KELLER/SCHÖBİ, s. 27, (EREN, s. 259’dan naklen)

²¹⁰ EREN, s. 259.

²¹¹ Buradaki geçersizlik üçüncü kişiler tarafından ileri sürülemez, hakim tarafından re’sen nazara alınamaz. Zira, resmi şekle riayet zorunluluğunun getirilmesindeki temel amaç, tarafların çıkarlarının korunmasıdır.

Türk doktrininde hâkim olan görüş ve Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarında, şekle aykırılığın müeyyidesi butlan olarak kabul edilmektedir. Bu görüşe göre, şekle aykırılık nedeniyle batıl olan gizli akit, baştan itibaren hükümsüz olup taraflar arasında hiçbir hak ve borç doğurmaz ve tarafların onayı ile de geçerli hale gelmez. Şekle aykırılık nedeniyle geçersizlik, hâkim tarafından re'sen dikkate alınır ve taraflar dışında üçüncü kişilerce de ileri sürülebilir²¹².

c. Şekle Bağlı Olan Görünürdeki İşlem ve Gizli İşlemin İlişkileri

Gizli işlem, şekil noksanlığı bulunan görünürdeki işlemde etkilenmeyecek kadar bağımsızdır. Görünürdeki işlemin şekil noksanlığı nedeniyle geçersiz olması, şekle uygun olarak yapılmış bulunan gizli işlemin geçerliliğini etkilemez²¹³.

Nitelikli muvazaanın söz konusu olduğu bir işlemde, hem gizli işlem hem de görünürdeki işlem şekle bağlı ise her iki işlemde de gerekli şartlara uyulmuşsa, görünürdeki işlem tarafların gerçekte istememesi nedeni ile geçerli olmayacak, gizli işlem ise geçerli olacaktır. Şekle bağlı olan görünürdeki işlemde, şekil şartının yerine getirilmemiş, gizli işlemin ise kanunda öngörülen şekle uyularak yapılmış olması halinde ise görünürdeki işlem geçersiz, gizli işlem geçerli olacaktır. Görünürdeki işlemin şekil şartına uyularak, gizli işlemin ise şekil şartına uyulmaksızın yapılmış olmaları halinde; görünürdeki işlem şekil şartını taşısa bile, tarafların gerçek iradesini yansıtmadığı için gizli işlem ise şekil şartını taşımadığı için geçersiz olacaktır²¹⁴.

Ayrıntılı bilgi için bkz., ALTAŞ, s. 99; EREN, s. 236.

²¹² ALTAŞ, s. 65; EREN, s. 262-264.

²¹³ Aksi görüşte olan Postacıoğlu, Sebük, Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop'un görüşleri için bkz., ÖZDEMİR, s. 62.

²¹⁴ KILIÇOĞLU, s. 89; TEKİNAY, s. 556.

d. Şekle Aykırı Olarak Yapılan Gizli İşlemin Geçersizliğinin İleri Sürülemeyeceği Haller

Gizli işlemin kanunun öngördüğü şekle uygun yapılmamış olmasına rağmen geçerli sayıldığı halleri bedelde muvazaa ve dürüstlük kuralı olmak üzere iki başlık altında inceleyeceğiz.

aa. Bedelde Muvazaa

Bedelde muvazaa halinde, satım akdinin esaslı unsuru olan bedel, şekil şartının dışında tutulmaktadır. Bu, genellikle taşınmaz satım akitlerinde rastlanılan bir durumdur²¹⁵. Taraflar, yaptıkları satım akdindeki bedeli, tapuya tescil sırasında genellikle daha az göstererek satım akdi nedeniyle doğacak tapu harcını daha az ödemeyi amaçlamaktadırlar.

Bedelde muvazaa halinde tapu kayıtlarına geçen bedelin tarafların gerçek iradesine uymaması nedeni ile görünürdeki satım akdi muvazaalıdır ve geçersizdir. Tarafların kendi aralarında kararlaştırdıkları bedel üzerinden gerçekleştirdikleri satım akdi ise, resmi şekil şartına uyulmadığından geçersizdir. 3239 sayılı kanunla 1319 sayılı Emlak Vergi Kanununda, 492 sayılı Harçlar Kanununda ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununda yapılan değişiklik ile satış sırasında taşınmaz bedelinin eksik gösterilmesi halinde, eksik gösterilen bedel üzerinden noksan harcın cezalı olarak tahsil edileceği kuralını getirmiştir. Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarına göre de bedelde muvazaa yapılması halinde muvazaa nedeniyle akdin geçersizliği ileri sürülemeyecektir²¹⁶.

²¹⁵ DALAMANLI, s. 86; KILIÇOĞLU, s. 91.

²¹⁶ "...Dava konusu edilen şuf'alı payların davalıya 12.1.1995 tarihinde 30.408.000 lira bedel ile satıldığı tapudan gelen yazıdan anlaşılmaktadır. Davalı akdin tarafı olduğu için bedelde muvazaa iddiasında bulunamaz. Dava satışı izleyen 1 ay içerisinde açıldığından uzun süre sonra açılmış davalarda ileri sürülen aradan geçen süre içerisinde ekonomik ve objektif nedenlerle değer artışının nazara alınması gerektiği görüşünün olayda uygulama yeri de bulunmamaktadır. Bu bakımdan davanın tapuda gösterilen satış

Bedelde muvazaanın yapıldığı satım akdi sonucunda taşınmazın mülkiyeti, tapuya yapılan tescil ile alıcıya geçer, böylelikle taraflar akitten doğan borçlarını bilerek ve isteyerek yerine getirmiş olurlar. Bu nedenle gizli işlemin şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olduğu iddiası, hakkın kötüye kullanılması yasağı ile de çatışır²¹⁷.

bb. Dürüstlük Kuralı

MK'nın 2/1.fikrasında “Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır.” hükmü getirilerek, dürüstlük kuralının, bütün hakların kullanılmasında ve borçların ifasında uyulması gereken genel bir kural olduğu düzenlenmiştir²¹⁸.

Muvazaa konusunda dürüstlük kuralı iki yerde uygulama alanı bulmaktadır. Bunlardan ilkini; görünürdeki işlemin muvazaa nedeniyle geçersizliğinin dürüstlük kuralı uyarınca ileri sürülememesi teşkil eder²¹⁹. İkincisi ise, gizli işlemin şekle aykırılığı nedeniyle geçersizliğinin ileri sürülememesi halidir.

Şekil eksikliğinin ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olup olmadığını belirlenmesinde iki ayrı yöntem mevcuttur. Yargıtay kararlarında da etkili olan ilk yönteme göre, hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığı her olayda, o olayın bütün özelliklerini dikkate alıp değerlendirecek olan mahkeme tarafından belirlenecektir. İkinci yönteme göre ise, belirli olay gruplarını ve bunlara uygulanacak ilkeleri önceden tespit etmek gerekir. Bu görüş savunucularına göre, hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığının her olayın özelliğine göre belirlenmesini hâkime bırakmak, keyfi kararlar çıkmasına neden olacaktır.

bedeli üzerinden kabulü gerekirken yazılı şekilde red kararı verilmesi Usul ve Yasa'ya uygun olmadığından hükmün bozulması gerekmiştir...” Yargıtay HGK., 1997/6-256 E., 1997/518 K., T: 11.6.1997.

²¹⁷ EREN, s. 326; KILIÇOĞLU, s. 92.

²¹⁸ ESENER, s. 119; FEYZİOĞLU, s. 199; ÖZKAYA, s. 125; TUNÇOMAĞ, s. 194.

²¹⁹ Bkz. s. 56.

Dürüstlük kuralının hangi hallerde uygulanacağı yönünde gerek doktrinde gerekse de içtihatlarda kesin bir ölçü konulamayacağı görüşü hâkimdir²²⁰. Bizim de katıldığımız Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına göre, şekle aykırı olarak yapılan işlemde doğan edimlerin ifasından sonra şekle aykırılığı dile getirmek, hakkın kötüye kullanılması teşkil eder ve bu savunma yasal himayeden yoksun kalmalıdır²²¹.

Ayrıca doktrinde, şekle aykırılığa karşı tarafı aldatarak ve kendi davranışlarıyla sebebiyet veren tarafın daha sonra bu eksikliği ileri sürmesinin hakkın kötüye kullanılması yasağı ile karşılaşacağı ve dinlenemeyeceği görüşü hâkimdir²²². Şekle aykırılığı ileri sürmenin amaca aykırı olması halinde de durum böyledir. Ayrıca başkasının korunmaya değer yararlarını hiçe saymak, kendisine yarar temin etmeden başkasına zarar vermek, yararlar arasında aşırı oransızlık, hak sahibinin bazı çelişkili davranışları da hakkın kötüye kullanımını teşkil eder. Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre; sonradan ortaya çıkan anlaşmazlıklarda yapay çözümlere başvurulmasının engellenmesi amacıyla hangi durumlarda hakkın kötüye kullanılmış sayılacağı belirli ve sınırlı sayıda ilkelere bağlanmamalıdır. Bazen borçların ifa edilmiş olmasına rağmen şekle uyulmaması nedeniyle geçersizliğini ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması teşkil etmemesi de mümkündür.

²²⁰ "... Objektif iyiniyet kuralının uygulanmasında kesin sınırlar koymaya imkan olmadığından ve her olayın özelliği nazara alınıp durumu değerlendirilmesi gerektiğinden uygulamaya ilişkin bu çelişkinin içtihadı birleştirme yolu ile giderilmesine yer olmadığı..." Yargıtay HGK., 3/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı, T: 31.11.1980.

²²¹ "...Bir akdin taraflarından birinin o akdin ifa olacağı hususunda o güne kadar süregelen davranışları ile karşı tarafa tam bir güvence vermiş ve karşı taraf da aktin yerine getirileceği inancına iyiniyetle bağlanarak kendisine düşen edimleri yerine getirmiş ise artık aktin şekil yönünden geçersizliğini ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması niteliğini taşır ve bu savunma yasal himayeden yoksun kalır..." Yargıtay 1. HD., 1980/4090E., 1980/6191K., T: 06.05.1980.

²²² Bu durumda bir görüş ise; şekle aykırı hukuki işlemi geçerli saymamakta, bununla birlikte karşı tarafın bu yüzden uğradığı menfi zararın tazmin edilmesi gerektiğini kabul etmektedir. Ancak yanıtılan taraf bakımından hukuki işlemi geçerli kabul etmek, BK m. 41/2 uyarınca alınacak tazminattan daha etkin bir koruma sağlayacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. EREN, s. 258.

§ 10. MUVAZAAYA KONU OLAN İŞLEMLER VE MUVAZAANIN MÜMKÜN OLMADIĞI İŞLEMLER

I. GENEL OLARAK

Muvazaa kural olarak akitlerde görülmekle birlikte, bazı tek taraflı hukuki işlemlerde de görülmektedir.

Resmi şekle tabi sözleşmelerde, resmi memurun rolü, yalnızca akde resmîlik katmaksızın; yani resmi memur taraf olarak akde dahil olmuyorsa, bu tip akitlerde muvazaa mümkündür. Bu akitlere örnek olarak, tapulu taşınmazların satımı, bağışlanması gibi resmi akitler, sınırlı ayni hakların devir ve temlik, noterler tarafından re'sen düzenlenen resmi akitler verilebilir²²³.

Muvazaa, tüm özel akitlerde ve varması gereken tek taraflı irade beyanı ile bazı resmi akitlerde yapılabilmekle birlikte, uygulamada muvazaaya genellikle muris muvazaası şeklinde ve ön alım hakkının kullanılmasını engellemek amacıyla başvurulmaktadır. Muvazaalı sözleşmelere örnek olarak, kredi sözleşmelerinde muvazaa, satış vaadi sözleşmelerinde muvazaa, karz akdi ile ilgili sözleşmelerde muvazaa, kat karşılığı inşaat sözleşmesi ve temliklerle ilgili muvazaa, ortaklığın giderilmesi davalarında muvazaa ve müşterek mülkiyetle ilgili muvazaalar verilebilir²²⁴.

Uygulamada muvazaanın en sık rastlanılan çeşitlerinden bir tanesi olan muris muvazaası, doktrinde ve içtihatlarda; “bir kimsenin mirasçısını miras hakkından yoksun etmek amacıyla, gerçekte bağışlamak istediği tapu sicilindeki kayıtlı taşınmaz malı hakkında, tapu memuru önünde iradesini satış doğrultusunda açıklaması”²²⁵ şeklinde

²²³ ÖZMEN/ÖZKAYA, s. 33; RENDA/ONURSAN, s. 67.

²²⁴ ÖZUĞUR, s. 845.

²²⁵ KAYHAN, F.: “Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muris Muvazaası”, Ankara Barosu Dergisi, 2000, S. 3, s. 177.

tanımlanmaktadır. Niteliği itibariyle bir nitelikli muvazaası türü olan muris muvazaasında, görünürdeki işlem tapuda yapılan satım ya da ölünceye kadar bakma akti, gizli işlem ise bağışlamadır. Yargıtay muvazaaya ilişkin çoğu kararında muvazaanın unsurları arasında “üçüncü kişileri aldatma kastını” saydığı gibi; muris muvazaasında da “mirasçılarını miras hakkından yoksun bırakma kastını” bulunması gerekli bir öge olarak kabul etmiştir²²⁶. Buna göre Yargıtay, miras bırakanın gerçekte bağış görünürde ise satış suretiyle yaptığı her temlik geçersiz saymamakta, miras bırakanın sağlığında mirasçıları arasında mallarını paylaşmak amacıyla gerçekleştirdiği muvazaalı işlemleri, “muris muvazaası” olarak değerlendirmektedir.

1. HD'nin 01.03.2006 T., 2005/14705E., 2006/2028K. sayılı kararında muris muvazaası şu şekilde değerlendirilmiştir.

“...Bilindiği üzere; uygulamada ve öğretilerde "muris muvazaası" olarak tanımlanan muvazaası, niteliği itibariyle nispi (mevsuf-vasıflı) muvazaası 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 ölünceye kadar bakma sözleşmesi doğrultusunda açıklamak suretiyle devretmektedir.

Bu durumda yerleşmiş Yargıtay İçtihatlarında ve 01.04.1974 tarih 1/2 sayılı İnançları Birleştirme Kararında açıklandığı üzere görünürdeki sözleşme tarafların gerçek iradelerine uymadığından, gizli bağış sözleşmesi de Medeni Kanunun 706, Borçlar Kanunu'nun 213 ve Tapu Kanunu'nun 26. maddelerinde öngörülen şekil koşullarından yoksun bulunduğundan, saklı pay sahibi olsun veya olmasın miras hakkı çığnenen tüm

²²⁶ KAYHAN, s. 185.

mirasçılar dava açarak resmi sözleşmenin muvazaa nedeni ile geçersizliğinin tespitini ve buna dayanılarak oluşturulan tapu kaydının iptalini isteyebilirler.

Hemen belirtmek gerekir ki bu tür uyuşmazlıkların sağlıklı, adil ve doğru bir çözüme ulaştırılabilmesi, davalıya yapılan temlikin gerçek yönünün diğer bir söyleyişle miras bırakanın asıl irade ve amacının duraksamaya yer bırakmayacak biçimde ortaya çıkarılmasına bağlıdır. Bir iç sorun olan ve gizlenen gerçek irade ve amacın tespiti ve aydınlığa kavuşturulması genellikle zor olduğundan bu yöndeki delillerin eksiksiz toplanılması yanında birlikte ve doğru şekilde değerlendirilmesi de büyük önem taşımaktadır. Bunun için de ülke ve yörenin gelenek ve görenekleri, toplumsal eğilimleri, olayların olağan akışı, miras bırakanın sözleşmeyi yapmakta haklı ve makul bir nedeninin bulunup bulunmadığı, davalı yanın alış gücünün olup olmadığı, satış bedeli ile sözleşme tarihindeki gerçek değer arasındaki fark, taraflar ile miras bırakan arasındaki beşeri ilişki gibi olgulardan yararlanılmasında zorunluluk vardır.

Öte yandan miras bırakan sağlığında hak dengesini gözeterek kabul edilebilir ölçüde ve tüm mirasçıları kapsar biçimde bir paylaşım yapmışsa mal kaçırmak kastından söz edilmeyeceğinden olayda 01.04.1974 tarih 1/2 sayılı Yargıtay İnançları Birleştirme Kararının uygulanamayacağı da kuşkusuzdur.

Hal böyle olunca, miras bırakandan tüm mirasçılara intikal eden taşınır taşınmaz mallar ve haklar araştırılmalı, tapu kayıtları ve varsa öteki delil ve belgeler mercilerinden getirilmeli; her bir mirasçıya nakledilen malların ve hakların nitelikleri ve değerleri hakkında uzman bilirkişiden rapor alınmalı böylece yukarıda değinilen anlamda bir paylaşım kastının bulunup bulunmadığı açıklığa kavuşturulmalıdır...”

Medeni Kanunun miras hukukuna ilişkin hükümleri kural olarak mirasın ölümüne

bağlı tasarruflarını düzenlemekle birlikte, istisnai nitelikteki 565. maddesinin 4. bendi ile “murisin saklı pay kurallarını etkisiz kılmak amacıyla yaptığı açık olan tasarruflarını” tenkise tabi tutarak; mirasçılarının saklı paylarını korumuştur²²⁷. Yargıtay 1974 tarihli İBK ile MK. m. 565’te yer alan tenkis hükümlerinin ancak geçerli işlemler bakımından uygulanabileceğinden hareketle, muris muvazaası durumunda, mirasçının tenkis hükümlerinden yararlanamayacağı sonucuna varmıştır. Bu nedenle görünürdeki işlemin geçersizliği nedeniyle yolsuz olan tescilin, mirasçılarının BK. m. 18’e dayanarak iptalini talep edebileceklerini; böylece geçersiz olduğu için zaten murisin mal varlığından çıkmamış olmakla birlikte, yolsuz tescile konu olan taşınmaz hakkındaki kaydın düzeltilebileceğini öngörmüştür²²⁸.

Saklı payı olan mirasçılar, muris muvazaası nedeniyle geçersiz olduklarını iddia ettikleri bir işleme karşı, üçüncü kişi olarak dava açabileceklerdir. Bu durum ispat kuralları bakımından önem arz etmektedir. Çünkü mirasçılar üçüncü kişi olarak dava açtıklarında iddialarını tanık dahil her türlü delille ispatlayabileceklerdir²²⁹.

²²⁷ ÖZDEMİR, s. 76.

²²⁸ “...Dava, muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı iptal ve tescil isteğine ilişkindir. Muris muvazaası olarak tanımlanan muvazaa, niteliği itibarıyla nisbi muvazaa türüdür. Söz konusu muvazaada miras bırakan gerçekten sözleşme yapmak ve tapulu taşınmazını devretmek istemektedir. Yerleşmiş Yargıtay İçtihatlarında ve 1-4-1974 Tarih 1/2 Sayılı İnançları Birleştirme Kararında açıklandığı üzere görünürdeki sözleşme taraflarının gerçek iradelerine uymadığından, gizli bağış sözleşmesi de Medeni Kanunun 706, Borçlar Kanununun 213 ve Tapu Kanununun 26. maddelerinde öngörülen şekil koşullarından yoksun bulunduğundan, saklı pay sahibi olsun veya olmasın miras hakkı çığnenen tüm mirasçılar dava açarak resmi sözleşmenin muvazaa nedeni ile geçersizliğinin tespitini ve buna dayanılarak oluşturulan tapu kaydının iptalini isteyebilirler...” Yargıtay 1. HD., 2005/3429E., 2005/3748K., T: 30.03.2005.

²²⁹ “...Dava, uygulamada "muris muvazaası" olarak tanımlanan ve hukuki dayanağını BK.nun 18. maddesi ile 1.4.1974 tarih ve 1/2 sayılı Yargıtay İnançları Birleştirme Kararında bulan iptal ve tescil isteğine ilişkin olup; gerçekten, anılan İçtihadı Birleştirme Kararında (...Bir kimsenin mirasçısını miras hakkından yoksun bırakmak amacıyla gerçekte bağışlamak istediği tapulu taşınmazı hakkında, tapu sicil memuru önünde iradesini satış doğrultusunda açıklamış olduğunun gerçekleşmesi halinde saklı pay sahibi olsun ya da olmasın miras hakkı çığnenen tüm mirasçılarının, görünürdeki satış sözleşmesinin danışıklı (muvazaalı) olduğunu ve gizlenen bağış sözleşmesinin de biçim koşulundan yoksun bulunduğunu ileri sürerek dava açabilecekleri... öngörülmüştür.

Öte yandan, 1/2 sayılı kararda, muvazaa iddiasının ispatı ve ispat biçimine değinilmemiş ise de; mirasçının veya mirasçılarının böyle bir davayı külli halef olarak değil, doğrudan doğruya üçüncü kişi olarak açtığına kabulüyle, muvazaa iddiasının yazılı delil dışında tanık sözleriyle de ispatına olanak tanınmıştır. Kuşkusuz, rayiç değerinden düşük değerle (ivazlar arasında fark yaratılarak) gerçekleştirilen temlik işlemlerde, ivazlar arasındaki nispetsizlik miras bırakanın asıl iradesini belirleme; diğer bir deyişle, temlik işlemin gerçek yönünü ortaya çıkarma yönünden objektif bir delil (karine) teşkil edebilecektir. Bunun (ivazlar arasındaki açık nispetsizliğin) tanık sözleri ve olayın kendine özgü yönleri ile birlikte değerlendirilmesi halinde de asıl amacı belirleme ve temlik işlemin gerçek niteliğini

Uygulamada muvazaanın en sık rastlanılan çeşitlerinden bir tanesi de önalım hakkının kullanılması sırasında tarafların muvazaaya başvurmalarıdır²³⁰. Önalım (şuf'a) hakkı; mükellefin, hakkın konusu olan şeyi bir üçüncü kişiye satması durumunda, hak sahibine tek taraflı bir irade beyanı ile satılan şeyin mülkiyetinin kararlaştırılan bedel karşılığında öncelikle kendisine devrini isteme yetkisi veren haktır²³¹.

Müşterek mülkiyete tabi olan bir taşınmazda, paydaşlardan biri gerçekte yaptığı satım sözleşmesini, payı üzerinde önalım hakkının kullanılmasını önlemek amacıyla gizleyerek, tapuda bağış, trampa şeklinde veya miras taksim akdi düzenlemek suretiyle paydaş olmayan bir kimseye devredebilir²³². Bu durumda nitelikli muvazaa söz konusu

tespit edebilme imkanı daha sağlıklı bir şekilde sağlanabilecektir. Ancak, o günün olağan raicene uygun düşecek değerle yapılan temlikî işlemlerde resmi sözleşmenin hilafına, işlemin gerçekte bağış olduğuna ilişkin tanık sözleri bağış yapıldığını haklı gösterecek derecede güçlü, tutarlı ve kesin bir içerik taşınmalı; ayrıca, olayın özellikleri ve temlikî işlemin gerçekleştiriliş biçimi de tanık sözlerinin doğruluğu hakkında varılacak kanaati pekiştirmelidir..." Yargıtay 1. HD., 1992/9794E., 1992/11473K., T: 08.10.1992.

²³⁰ "...Yasal önalım hakkı, tapuda kayıtlı, birlikte mülkiyet hükümlerine tabi taşınmazlarda paydaşlardan birinin payını üçüncü bir kişiye satması halinde o pay alıcıya neye mal olmuşsa o miktar ile belirli sürede satın alma yetkisi veren, yenilik doğuran bir haktır. Önalım hakkının kullanılabilmesi için gerçek bir satım akdinin bulunması gerekir. Takasta şufa hakkı cereyan etmez..." Yargıtay HGK., 2002/6-618E., 2002/659K., T: 02.10.2002.

²³¹ OĞUZMAN/SELİÇİ, s. 399; ÖZDEMİR, s. 90.

²³² "...Davacı, paydaşı olduğu taşınmazların diğer paydaşları Yaşar A... ve Sevim A...'ın 30.3.2000 tarihli sözleşmelerle paylarını davalı kooperatife ait taşınmazlarla trampa ettiklerini; bu işlemlerin gerçekte satış niteliğinde olduğunu, trampa olarak gösterilmesinin ve bu şekilde muvazaalı işlem yapılmasının, kendi önalım hakkının önlenmesi amacıyla yönelik bulunduğunu; trampa sözleşmesi yapılmasının hayatın olağan akışına uygun olmadığını, trampaya konu taşınmazlar arasında eşitlik de bulunmadığını, bu olguların muvazaanın varlığını ortaya koyduğunu; davalı kooperatifin muvazaalı trampa işleminden ve bu şekilde paydaş durumuna geçmesinden sonra, başka paydaşlara ait payları da satın aldığı ileri sürerek; trampanın muvazaalı, bulunduğunun ve gerçekte satış akdi niteliğinde olduğunun tespitine, gerek trampa ve gerekse sonraki satış işlemleriyle davalı adına tescil edilen paylara ait tapu kayıtlarının iptali ile kendi adına tesciline karar verilmesini istemiştir. Görünüşteki hukuki işlemin muvazaa nedeniyle geçersiz bulunduğu iddiası, hukuken korunması gereken bir hakkı bulunan üçüncü kişiler tarafından da ileri sürülebilir. Çünkü, muvazaalı bir hukuki işlem ile üçüncü kişinin zarara uğratılması, ona karşı işlenmiş bir haksız fiil niteliğindedir. Somut olay yönünden önem taşıyan yön de budur. Görünüşteki işlemin geçerliliği ve ispatı bir şekle bağlı bulunsa bile, üçüncü kişiler muvazaa iddiasını tanık da dahil olmak üzere her türlü delille ispat edebilirler. Esasen, üçüncü kişiye, tarafı olmadığı bir sözleşmedeki muvazaa olgusunu yazılı delille kanıtlanma yükümü getirilmesine hukuken olanak da yoktur.

Bu ilke ve kurallar ışığında somut olay değerlendirildiğinde:

Davalı kooperatif ile dava dışı paydaşlar arasındaki trampa akitlerinin muvazaalı olduğunu ileri süren davacı, anılan sözleşmeler yönünden üçüncü kişi durumunda bulunduğundan, bu iddiasını, usul hukukunun cevaz verdiği her türlü delille kanıtlanma hak ve yetkisine sahiptir. Davacının, trampa işlemlerinin muvazaalı olduğu yolundaki iddiasını dayandırdığı olgulardan biri, dava dışı paydaşlar Sevim A. ve Yaşar A...'ın davalı şirketle yaptıkları trampa sözleşmelerinde, aldıkları paylar ile verdikleri paylar arasında eşitlik bulunmamasıdır.

Yerel mahkeme de, anılan taşınmazlar arasındaki mesaha farkını, trampanın muvazaalı olduğu yolundaki kabulünün gerekçelerinden biri olarak göstermiştir. Gerçekten de, özellikle paydaşlardan Sevim A...'ın

olur. Görünürdeki bağış (veya trampa vb.) akdi tarafların gerçek iradelerine uymadığı için, gizli işlem niteliğindeki satım akdi ise, resmi şekil şartına uymadığı için geçersiz olacaktır. Bu konudaki hâkim görüşe göre; gizli işlem niteliğindeki satım akdi kendine özgü geçersizlik görüşü uyarınca geçersiz olacaktır ve bu geçersizlik, sözleşmenin ifası ile giderilebilecektir. Tarafların, satım akdini ifa etmeleri ile şekil şartını taşımadığı için geçersiz olan akit sağlık kazanacak; önalım hakkı sahibi de bu geçerli satım akdi üzerinden önalım hakkını kullanacaktır²³³.

Uygulamada, tarafların yaptıkları satım akdini daha yüksek bir bedel üzerinden tapuya tescil ettirmek suretiyle bedelde muvazaaya başvurarak da önalım hakkı sahibinin hakkını kullanmasına engel olmaya çalıştıkları görülmektedir²³⁴. Bu durumda mevzuat uyarınca, gerçek bedel üzerinden yapılan satım akdi geçerli kabul edildiği için önalım hakkı sahibinin ispat edebildiği takdirde, gerçek satış bedeli üzerinden önalım hakkını kullanabileceği kabul edilmelidir²³⁵. Bedelde muvazaa yapan taraflar, görünürdeki satım bedelinden daha yüksek bir bedelle satışı yapmışlarsa, tarafların, önalım hakkı sahibine

trampa yoluyla davalı şirketten aldığı tarla nitelikli taşınmaz payı (4.772 metrekare) ile, davalı şirkete verdiği arsa nitelikli taşınmaz payı (1.160 metrekare) arasında açık bir mesaha farkı bulunduğu görülmektedir. Ne var ki, salt mesaha farkı, söz konusu paylar arasında gerçekten de bir eşitsizlik bulunduğu kabulüne olanak vermez. Zira, paylar arasında gerçek bir eşitsizlik olup olmadığının belirlenmesinde, mesaha yanında, değer unsuru da gözetilmelidir. Özellikle, somut olayda olduğu gibi, daha değerli (arsa nitelikli) bir taşınmaz payı ile daha az değerli (tarla nitelikli) bir taşınmaz payının trampasında, sırf mesahalar göz önüne alınarak eşitlik unsuru değerlendirilemez. Trampaya konu payların, mesaha ve nitelikleri birlikte değerlendirildiğinde, aralarında değer farkı bulunup bulunmadığı ise, ancak, her iki taşınmaz başında yöntemince yapılacak bir keşif sonucunda, konusunda uzman bilirkişiden veya bilirkişi kurulundan alınacak raporla saptanabilir...” Yargıtay HGK., 2002/6-618E., 2002/659K., T: 02.10.2002.

²³³ KARAYALÇIN, s. 358-359; ÖZUĞUR, s. 848.

²³⁴ ADAY, s. 84; ÖZKAYA, s. 152; ÖZMEN/ÖZKAYA, s. 37.

²³⁵ “...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 sürmüştü; 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 kanıtlanma olanağına sahiptir...” Yargıtay HGK., 2000/6-1193E., 2000/1247K., T: 11.10.2000.

karşı, bedelin daha yüksek olduğunu ileri sürmeleri, MK m. 2 uyarınca dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder ve bu yöndeki iddialara değer verilemez²³⁶.

II. TEK TARAFLI HUKUKİ İŞLEMLERDE MUVAZAA

Muvazaa genel olarak sözleşmelerde görülmekle birlikte, bunun varması gerekli tek taraflı irade beyanıyla meydana gelen hukuki işlemlerde de söz konusu olması mümkündür. Varması gerekli irade beyanına dayanan bir taraflı muvazaalı hukuki işlemlerde de karşı tarafın muvafakati şarttır. Örneğin, kiracı ile kiralayanın anlaşması üzerine, kira bedeli üzerinde kurulmuş olan rehini felce uğratmak amacıyla kiralayanın kira akdini feshi ihbar etmesi de muvazaalı bir irade beyanı olacaktır²³⁷. Feshi ihbar gibi varması gerekli irade beyanlarından icap, kabul, icabın reddi, ihtar, BK m. 106'ya göre seçimlik hakkın kullanılmasında da muvazaa görülebilir.

Buna karşılık vasiyetname, vakıf kurma, ilan suretiyle vaad gibi ulaşması gerekli olmayan irade beyanına dayanan bir taraflı hukuki işlemlerde muvazaa olmaz²³⁸.

III. MUVAZAAİNİN MÜMKÜN OLMADIĞI İŞLEMLER

Muvazaa, özel hukuk akitlerinde sıklıkla görülebildiği halde, aile hukuku akitleri, ahlaki ve sosyal açıdan önemleri dolayısıyla muvazaaya konu teşkil etmezler. Örneğin, evlenme ve evlat edinme akitlerinde muvazaa mümkün değildir²³⁹.

²³⁶ “...Davalı kendisine yapılan satış akdinin tarafı olduğundan o akitteki bedelin muvazaalı olduğu, gerçek satış bedelinin daha yüksek olduğu yolundaki savunması dinlenmez. Onun kendi muvazaasından yararlanması mümkün değildir...” Yargıtay 6. HD., 1997/4741E., 1997/4890K., T: 26.5.1997.

²³⁷ KİPER, s. 26.

²³⁸ EREN, s. 329; ESENER, s. 23; KARAHASAN, s. 225.

²³⁹ Evlenme ve evlat edinme akitlerinin aksine evlenme sözleşmesi ve nişanlanmada muvazaa mümkündür. Ayrıntılı bilgi için bkz. EREN, s. 329; KİPER, s. 26.

Vasiyetname gibi tek taraflı hukuki işlemler dışında resmi makamlara yöneltilen bazı beyanlarda da muvazaadan söz edilemez. Resmi memur, bir akde iradesini katıyor ve akdi onaylayıp onaylamama yönünde takdir hakkını kullanabiliyorsa, resmi memurun akde katılımı kurucu bir nitelik taşımaktadır. Resmi memurun bu şekilde taraf olarak katıldığı bir akitte, muvazaaya iştirak etmesi düşünülemeyeceğinden, bu tür akitlerde muvazaa söz konusu olmaz²⁴⁰. Bu tür akitlerin ortak özelliği; tarafların bu akitleri ortadan kaldıramamalarıdır²⁴¹. Bunlara örnek olarak, evlenme ve evlat edinme ile boşanmanın fer'i sonuçlarına ilişkin anlaşmalar verilebilir²⁴². Buna karşılık, resmi memurun rolü, yalnızca

²⁴⁰ RENDA/ONURSAN, s. 67; ÖZDEMİR, s. 71.

²⁴¹ "...Evlat edinme sözleşmesi yapıldıktan ve sağlığında evlat edinenin bu işlemi ve ilişkiyi benimsedikten sonra ölümü halinde, mirasçılarının şekil eksikliğinden söz ederek sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmeleri, dürüstlük kuralına ters düşer. Uygulama bu yoldadır. Resmi 'senetteki şekil eksiklikleri bile fesih sebebi kabul edilmemekte iken ikinci derecedeki bir işlem olan izindeki eksikliğin iptal sebebi sayılması mümkün değildir. Onun için Hakimin izin beyanını evde, yada dairede açıklaması hiçbir şeyi değiştirmez. Yani sözleşmeyi geçersiz kılmaz.

Öte yandan evlenmede olduğu gibi, evlat edinme sözleşmelerinde de muvazaaya dayanılmaz. Kanun koyucu önemli ilişkiler meydana getiren bu sözleşmelerde genel kuraldan ayrılmış, özel iptal sebepleri öngörmüştür (MK. 112, 258). Şu halde evlat edinme sözleşmesinde muvazaa ileri sürülemez (Prof. Von Tuhr, İsviçre Borçlar Hukuku, Cevat Edege tercümesi, 1952 baskısı, cilt 1, sahife 290; Prof.' Kenan Tunçomağ, Borçlar Hukuku 1972 baskısı, cilt 1, sahife 199; Prof. A. Esat Arsebük, Borçlar Hukuku, 1943 baskısı cilt 1, sahife 405 - 406). Öyle ise davacı tarafın, evlat edinme sözleşmesinin 'gerçek amacının miras hakkını zedeleme olduğu yolundaki iddiası benimsenemez. Esasen evlatlık sözleşmesinin bünyesinde mal varlığının mirasçıdan başkasına intikali unsuru vardır. Bu bakımdan bünyeden gelen bu zorunluluğun muvazaa sebebi olarak ileri sürülmesi mümkün olamaz..." Yargıtay 2. HD., 1975/7209E., 1975/8971K., T: 24.11.1975.

²⁴² "...Muvazaa, tarafların, gerçek iradelerine uymayan bir durum, mevcut imiş gibi göstermek üzere yaptıkları bir muameledir (Prof. Dr. Kenan TUNÇOMAĞ, Borçlar Hukuku 1972, Cilt 1 Sh. 198). İşte davacılar bu kurala dayanarak iptal isteminde bulunmuşlardır. Ne var ki bu hukuki müessese her muamelede mutlaka uygulanması gereken bir kanuni hüküm değildir. Her kaidenin bir istisnası olduğu gibi evlenme de bu kaidemiz istisnalarındandır. Şöyle ki;

Kanun koyucu, bazı sözleşmelerin geçerliğini bir takım şekil şartlarına bağlı tutmuştur. Bunlardan bir kısmını ispat kolaylığı sağlamak için, bir kısmını ise, geçerliği temin etmek maksadı ile öngörmüştür. İşte evlenmedeki merasim, geçerliği sağlamak maksadına yöneliktir. Yine kanun koyucu bazı işlemlere verdiği özel önem dolayısı ile de, o muamelenin hukukilik (geçerlik) kazanması için "bir resmi memurun" da işleme katılmasını zorunlu görmüştür. Evlenmede "nikah memuru", evlat edinme ve karı koca arasında boşanmanın fer'ine dair mukavelede (M.K. 150), Asliye hakiminin iştirakine bu maksatla gerek bulunmuştur. İşte bu sebeplerdir ki evlenmede muvazaa olmaz. Amaç ne olursa olsun, eşlerin memur önünde evlenme iradelerini açığa vurmakla birlik kurulur. Bunun çözümü, ancak kanunda açıkça yer alan sebeplerin gerçekleşmesi halinde mümkün olur. (M.K. 114-118 ve 125- 134). O halde Medeni Kanunda muvazaa sebebiyle iptale cevaz verilmediği için, davacı hangi haklı ve makul sebebe dayanırsa dayansın, evlenmenin iptalini isteyemez. Bilimsel görüşler bu konuda söz birliği içindedir. (Prof. Dr. Feyzi Necmettin FEYZİOĞLU, Aile hukuku 1979 Sh. 129; Prof. Dr. Selahattin Sulhi TEKİNAY, Türk Aile hukuku, 1982 Sh. 141 - 143; Prof. Dr. Bilge ÖZTAN, Aile Hukuku, 1983, Sh. 183-184; Prof. Dr. Bülent KÖPRÜLÜ Prof. Dr. Selim KANETİ Aile Hukuku, 1986 Sh. 102-103) Bilim alanındaki bu görüşe paralel olarak Yargıtay da aynı doğrultuda uygulama içindedir. (Y.2.H.D.'nin 11.4.1974 günlü ve 1315- 2195 sayılı kararı)

Az önce belirttiğimiz gibi (Ca'li yapmacak suh'i) yani muvazaalı evlenmelerin önlenmesi için bazı devletler özel kanun yapmışlardır. Söz gelimi Almanya'da 1946 yılında yürürlüğe giren evlenme kanunu

akde resmîlik katmaksâ; yani resmî memur kurucu bir fonksiyon ifa etmiyorsa, bu tür akitlerde muvazaâ söz konusu olur²⁴³. Bunlara örnek olarak, tapulu taşınmazlara ilişkin yapılan satım, bağışlama ve trampa gibi resmî akitler, sınırlı aynı hakların devir ve temlik, noterler tarafından re'sen düzenlenen resmî akitler verilebilir.

Resmî bir makama yöneltilen bildirimlerde de muvazaâ yapılamaz. Örneğin, mirası reddettiğini Sulh Hukuk Mahkemesine bildiren mirasçı, bu beyanının muvazaalı olduğunu iddia edemez.

§ 11. MUVAZAAANIN İLERİ SÜRÜLMESİ VE İSPATI

I. TARAFLAR YÖNÜNDEN

Muvazaalı olarak yapılan hukukî işlemin tarafları, hukukî işlemin muvazaâ nedeniyle geçersizliğini mevcut bir davada itiraz yolu ile ya da açacağı menfî tespit davasında ileri sürebilir²⁴⁴. Muvazaâ nedeniyle geçersizliği ileri sürme hakkı, intikale elverişli haklardan olduğu için, tarafların ölümü üzerine külli halef sıfatıyla mirisin mirasçılara geçer²⁴⁵.

Muvazaâ nedeniyle hukukî işlemin geçersizliğini ileri süren taraf bunu ispat etmekle yükümlüdür. Bu husus, MK. 6. maddesinde “Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür” şeklinde düzenlenmiştir. HUMK. m. 290 gereğince; senede bağlı olan her

ile muvazaalı evlenmelerin iptali mümkün kılınmıştır. İsviçre'de 1952'de yürürlüğe giren ve Medeni Kanununun 129 inci maddesine eklenen bir hükümlerle, muvazaalı evlenmelerin iptaline imkan sağlanmıştır. Türkiye'de, az önce açıklanan nitelikte özel bir kanunî düzenleme yoktur. Onun için "göstermelik" olduğundan söz edilerek evlenmelerin iptali istenemez. Bu hususta ilmi ve kazai görüşler söz birliği içindedir. Öyle ise isteğin reddi gerekirken olaya uymayan sebep ve düşüncelerle iptal kararı verilmesi usul ve kanuna aykırıdır...” Yargıtay 2. HD., 1988/5120E., 1988/6735K., T: 23.06.1988.

²⁴³ EREN, s. 329; ÖZMEN/ÖZKAYA, s. 33; RENDA/ONURSAN, s. 67.

²⁴⁴ ÖZDEMİR, s. 99.

²⁴⁵ OĞUZMAN, s. 197.

nevi iddialar ile senede bağı bir tasarrufun hüküm ve kuvvetini azaltmak üzere yapılmış hukuki işlemler yine senet (veya başka bir yasal delil) ile ispatlanmak zorundadır²⁴⁶.

Kurulması ya da ispat edilmesi herhangi bir şekle bağı olmayan bir hukuki işlemde muvazaalı olduğu iddiası, her türlü delille ispat olunabilir. Ancak, muvazaalı olduğu iddia olunan hukuki işlem bir adi senede veya bir resmi senede bağlanmışsa, tarafların (aynı şekilde, miras bırakanın külli halefi olarak hareket eden mirasçılarının) muvazaalı iddiası tanık ile ispat olunamaz. Hukuki işleme taraf olup, işlemin muvazaalı sebebiyle geçersizliğini ileri süren kimse, iddiasını adi veya resmi bir senetle (yazılı-kesin delille) ispat etmek zorundadır²⁴⁷.

Hukuki işlem resmi şekilde yapılmış olsa dahi, taraflar muvazaalı iddialarını adi senetle ispat edebilirler²⁴⁸. Uygulamada muvazaaya en çok taşınmaz mülkiyetinin nakli borcunu doğuran işlemlerde rastlanmaktadır. BK. m. 213, 237 ve 238 uyarınca, bu

²⁴⁶ "...Hemen belirtmek gerekir ki, muvazaalı 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 Kanun'un 933. 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 (ihdası) bir hüküm durumundadır.

Öte yandan, muvazaanın varlığını iddia eden taraf veya bunların ardılı (halefi) sıfatı ile hareket eden, başka bir anlatımla sözleşmenin yanlarından birine teb'an dava açan kişi Medeni Kanun'un 6. maddesi gereğince bu iddiasını ispat etmek zorundadır. Senede bağı bir sözleşmeye karşı muvazaalı iddiası, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 288 ve 290. maddelerinde belirtildiği üzere ancak yazılı delille kanıtlanabilir. Sözleşme aynı kanunun 293. maddesinde sözü edilen yakın akrabalar arasında yapılmış olsa dahi muvazaanın yazılı delille ispat edilmesi gerekir. Böyle bir sözleşmenin resmi şekilde yapılması halinde dahi olayın özelliği itibarıyla adi yazılı delilin yeterli olacağı öğretide ve kararlılık kazanmış içtihatlarla ortaklaşa kabul edilmiştir, işte bu görüşten hareketle, 5.2.1947 tarih, 20/6 Sayılı içtihattan Birleştirme Kararı'nda taraf muvazaası ve takma ad (nam-ı müstear) davalarında iddianın ancak yazılı delille kanıtlanabileceği kabul edilmiştir.

Somut olaya gelince; dava dilekçesi içeriği ve iddianın ileri sürülüş biçimine göre davacı tarafından yapılan temlik iradi bir işlem olduğu, iradeyi bozucu nedenlere dayanılmadığı anlaşılmaktadır. Davada "taraf muvazaası" hukuksal nedenine dayanıldığı kabul edilse dahi, yukarıda açıklanan ilkelere ve 5.2.1947 tarih, 20/6 Sayılı İnançları Birleştirme Kararı'na göre iddianın yazılı delille kanıtlanması zorunludur. Davacı böyle bir delil de getiremediğine göre davanın reddi gerekirken, yazılı olduğu üzere davanın kabulü yönünde hüküm kurulması isabetsizdir..." Yargıtay HGK., 1999/1-20E., 1999/17K., T: 27.01.1999.

²⁴⁷ Bu kural taraflar ve külli halefleri için geçerli olup, üçüncü kişiler muvazaayı tanık delili ile ispat edebilirler. Ayrıntılı bilgi için bkz. KURU/ASLAN/YILMAZ, s. 478 vd.

²⁴⁸ İNAN, s. 259; ÖZÜĞÜR, s. 847.

işlemlerin resmi şekilde yapılması geçerlik şartıdır. Bu tür işlemlerin muvazaalı olduğunu ispat edebilmek için senede karşı senet kuralı uyarınca; yazılı delil sunabilmek gerekir²⁴⁹.

HUMK. m. 293/1’de senetle ispat kuralına istisna getirilmiştir. Buna göre HUMK m. 288 gereğince senetle ispat edilmesi gereken hukuki işlem, tarafların yakın akraba olmaları nedeniyle senede bağlanmamışsa, tanıkla ispat edilebilecektir²⁵⁰. Ancak HUMK m. 293/1 ile getirilen bu istisna, taraflar arasında hiç senet düzenlenmemiş olması hali için geçerli olup, senede karşı senetle ispat kuralı bakımından istisna teşkil etmemektedir²⁵¹. Şöyle ki; HUMK m. 293/1’de belirtildiği gibi, usul ve furu, birader ve hemşire veya karı koca ve kayınpeder ve valide ile damat ve gelin arasındaki muamelelerde, taraflar, muvazaalı olarak yaptıkları hukuki işlemi yazılı şekilde gerçekleştirmişlerse; işlemin muvazaalı nedeniyle geçersiz olduğunu ileri süren tarafın da iddiasını yine yazılı bir delille ispat etmesi gerekir. HUMK m. 292’de ise, senetle ispatı gereken durumlarda, yazılı delil başlangıcının mevcut olması halinde, şahit dinletilebileceğine dair bir istisna öngörülmüştür²⁵².

²⁴⁹ Muvazaalı ile tarafların güttükleri amaç, dışarıya karşı asıl amaçlanandan daha farklı bir görünüş vermek olduğundan tarafların resmi senede karşı yine bir resmi senet getirmeleri beklenemez. Muvazaalı amaç gizlilik, resmi senette ise işleme aleniyet kazandırmak olduğundan, resmi senede bağlanan ve muvazaalı olarak yapılan hukuki işlemin, muvazaalı olduğunu ispat etmek için yine bir resmi senet aranır; muvazaalı ile güdülen amaç gerçekleşmeyecek, her şey alenileşecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZDEMİR, s. 100; ÖZÜĞÜR, s. 847.

²⁵⁰ KURU/ASLAN/YILMAZ, s. 479.

²⁵¹ “...Davacı koca, davalı kadının kendisini hile ile kandırarak gerçekte bağış olduğu halde satış gibi gösterilerek ihtilaf konusu taşınmazın adına devrini sağladığını; aralarındaki sözleşmenin satış olmayıp bağış olduğunu ileri sürerek muvazaalı nedeniyle tapu iptali ve tescili talebinde bulunmuştur. Senede bağlanmış sözleşmenin tarafları, o sözleşmeye ilişkin muvazaalı iddiasını ancak senet ile ispat edebilir. Tarafların karı-koca olması bu kuralı ortadan kaldırmaz. Hile iddiasının gözönünde bulundurulması için hileye delalet edecek maddi ve hukuki olguların belirlenip bunlara dayanılması gerekir. Davacı bu hususta bir maddi vakiya dayanmamıştır. Davacı muvazaalı iddiasını yazılı delil ile de ispat edememiştir. Davalı tanık dinlenmesine muvafakat etmediğine göre davanın reddi gerekir...” Yargıtay HGK., 2000/2-824E., 2000/817K., T: 26.4.2000.

²⁵² “...Kural olarak bir sözleşmenin tarafları muvazaalı iddialarını senede karşı senetle ispat kuralı uyarınca (HUMK. 290) tanıkla ispat edemezler. Ancak; HUMK.nun 292 nci maddesinde belirtilen kurallara uygun yazılı delil başlangıcı bulunması durumunda taraf muvazaasının tanık dahil her türlü takdiri delille kanıtlanması mümkündür. Bunun yanı sıra, genel yaşam deneylerine ve yaşamın olağan akışına dayanan kişi de, artık iddiasını ispatla yükümlü değildir. Eylemli (ya da beşeri) karine denen yaşam deneyi kuralları, tarafların olay iddialarının doğruluğu veya bir delilin güvenilebilirlik derecesi hakkında, hakimin kanaat edinmesine yarayan, yaşam deneylerinin ortaya koyduğu değer hükümleridir. (Bilge Umar/Ejder Yılmaz-İspat Yükü 2.Bası-İstanbul 1980 sayfa 165 vd. 174 ve 60 vd) Buna göre hakim, iddianın doğruluğunu, yaşam deneyi kurallarına dayanarak kabul edebilir ve bu durumda delil gösterme yükü, o olayın aksini ileri süren tarafa geçer.

Bu ilkeler çerçevesinde somut olay değerlendirilecek olursa;

II. ÜÇÜNCÜ KİŞİLER YÖNÜNDEN

Hukuki menfaati olmak şartıyla, bir hukuki işlemin muvazaası nedeniyle geçersiz olduğunu, üçüncü kişiler de ileri sürebilirler. Muvazaalı işlemlerde, üçüncü kişiler, mahfuz hisseli mirasçılarla, şüf'a hakkı sahibi ve alacaklılardır²⁵³.

Hukuki işleme taraf olmayan üçüncü bir şahıs, işlemin muvazaalı olduğunu ve bu nedenle geçersiz bulunduğunu iddia ediyorsa, bu iddiasını, hukuki işlem adı veya resmi bir senede bağlanmış olsa dahi tanıkla delillendirebilir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun, 2002/6-618E. ve 2002/659 sayılı kararında bu konu hükme bağlanmıştır:

“...Muvazaası; Bir sözleşmenin taraflarının, üçüncü kişilerden gerçek durumu gizleyerek, onları aldatmak maksadıyla, gerçek iradelerine uymayan ve kendi aralarında geçerli olmayan bir hususta anlaşmalarıdır. Nispi (mevsuf) muvazaası görünüşteki işlem tarafların gerçek iradesine uygun bulunmadığından, her koşulda geçersizdir. Gizli işlem ise yasanın o işlem için öngördüğü şekil şartına ayrıca bir sözleşmenin geçerli olabilmesi için aradığı genel geçerlilik şartlarına uygun bulunduğu takdirde geçerli olabilecektir. Somut olayda davacının iddiası sözleşmenin niteliğinde muvazaası bulunduğu (gerçekte satış sözleşmesi yapıldığı halde trampa şeklide gösterildiği) yolundadır.

Davalı tarafın muvazaası savunmasını doğrudan kanıtlamaya elverişli, karşı taraftan sadır olmuş yazılı bir kanıtı yoktur. Ancak, muvazaası iddiasının tamamen ispatına yetmemekle beraber, bunun vukuuna delalet eden ve karşı taraftan sadır olmuş yazılı delil başlangıcı niteliğinde belgeler bulunduğu gibi muvazaası iddiasının doğruluğunun kabulünü gerektiren eylemler bulunmaktadır. Şöyle ki; davalı satıcının kocası tarafından keşide edilip davacı tarafından tahsile ve takibe konu edilen çekler, davacı tarafından davalının kocasına muhtelif tarihlerde yapılan havaleler, Kartal Rahmanlar'daki taşınmazlar dışında Gebze, Yalova, Eskişehir, Bursa Orhangazi gibi değişik yerlerdeki pek çok taşınmazın davalı veya kocası tarafından ya tapudan ya da satış vaadi sözleşmeleri ile davacıya satılmış bulunması, bunların bir kısmının muhtemelen ödeme sonucu feshedilmesi veya tapudan satış suretiyle iade edilmesi, hatta bir kısım taşınmazların davalının kocası S. D. ye iade edileceğine dair davacı tarafından 6 Mayıs 1998 ve 13 Mayıs 1998 tarihli belgeler verilmesi muvazaasının mevcudiyeti yönünden fiili bir karine oluşturmaktadır. Artık muvazaası bulunmadığını ispat yükü davacıya düşer. Davacı yan ise bunu kanıtlamamıştır. Bu itibarla, cebri tescil isteğinin reddi gerekirken kabulü doğru görülmemiştir...” Yargıtay HGK., 2004/14-464E., 2004/588K., T:10.11.2004.

²⁵³ ÖZDEMİR, s. 96.

Görünüştaki hukuki işlemin muvazaa nedeniyle geçersiz bulunduğu iddiası hukuken korunması gereken bir hakkı bulunan üçüncü kişiler tarafından da ileri sürülebilir. Çünkü muvazaa hukuki işlem ile üçüncü kişinin zarara uğratılması, ona karşı işlenmiş bir haksız fiil niteliğindedir. Görünürdeki işlemin geçerliliği ve ispatı bir şekilde bağlı bulunsa bile, üçüncü kişiler muvazaa iddiasını tanık dahil her türlü delille ispat edebilirler. Esasen, üçüncü kişiye tarafı olmadığı bir sözleşmedeki muvazaa olgusunun yazılı delil ile kanıtlama yükümü getirilmesine hukuken olanak da yoktur...²⁵⁴.

§ 12. MUVAZAAANIN BENZER HUKUKİ MUAMELELERDEN FARKI

I. GENEL OLARAK

Nam'ı müstear, inançlı işlem ve kanuna karşı hile kavramları ile muvazaa arasında bazı benzerlikler bulunsa da bu kavramlar ile muvazaa arasında pek çok farklılıklar vardır. Aşağıda, muvazaanın, nam'ı müstear, inançlı işlem ve kanuna karşı hile kurumları ile benzerlikleri ve farklılıklarını inceleyeceğiz.

II. BENZER HUKUKİ MUAMELELERDEN FARKI

A. NAM'I MÜSTEAR

Nam'ı müstear eski hukukumuzda uygulanan²⁵⁵ bir müessese olmasına rağmen, yürürlükte bulunan pozitif hukukumuzda bu müesseseye yer verilmemiştir²⁵⁶.

²⁵⁴ Yargıtay HGK., 2002/6-618E., 2002/659K., T: 02.10.2002.

Nam'ı müsteara, bir şahıs bir hakkını, mesela taşınmaz malını devretmek, başka bir şahıs da bunu devralmak istemekte, ancak alıcı durumunda olan şahıs şu veya bu nedenle isminin gizli kalmasını istemektedir. Bunun için de üçüncü bir şahıs temin edilerek, bu şahıs yapılan devir işleminde mülkiyeti kendi adına, fakat arkadaki şahıs hesap ve yararına devralan şahıs gibi davranmaktadır. İşte bu şahsa namı müstear adı verilmektedir²⁵⁷.

Günümüzde namı müstear yerine dolaylı temsile dayanan vekalet veya inançlı temlik kurumlarına başvurulabilir²⁵⁸.

²⁵⁵ Mecelle m. 1592 “bir kimse ba senet yedinde olan bir mülk dükün hakkında, bu dükkan filan kimsenindir, benim alakam yoktur ve senedinde muharrer ismim müsteardır deyip, yahut ba senet ahardan satın aldığı bir mülk dükkan için, bu dükkanı filan kimse için almıştım, semen olarak verdiğim akçe dahi anın malındandır ve senedinde ismim müstear olarak kaydedilmiştir dese ol dükkan nes-el-emirde ol kimsenin mülkü olduğunu ikrar etmiş olur.”

m. 1594 “Bir kimse hal-i sıhhatte iken berveçhi bala nef-yi mülk etmiş olsa yahut isminin müstear olduğunu ikrar etse, ikrarı muteber olup hal-i hayatında kendisi, vefatından sonra vereseşi bu ikrar ile ilzam olunur. Amma maraz-ı mevtime iken ol veçhile ikrar etse hükmü faslı atiden müsteban olur.

²⁵⁶ “... taraflar arasında yapılan ve uyumsuzluk yaratan işlem, nam-ı müstear işlemidir. Eski hukukumuzda, nam-ı müstear, geçerliliği açıkça kabul edilmiş bir bağımsız müessese olarak düzenlenmiş bulunmasına karşın (Mecelle 1592, 1594, 1595), bugünkü yasalarımızda nam-ı müstear diye bir deyim mevcut değildir. Ancak, konuya açıklık ve çözüm getirmesi bakımından 8.5.1941 gün ve 2915; 5.2.1947 gün, 20/6 ile 7.10.1953 gün ve 7/8 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararları kabul edilmiştir. Nam-ı müstear işlemi, bazen bir sözleşme yapmak isteyen kimse, çeşitli düşünce ve hesaplarla (olayımızda davalı ve karşı davacı icra takibi altında bulunduğunu belirtir) o sözleşmenin tarafı olarak gözükmeyi istemez ve sözleşmede kendi yerine bir başkasının yer almasını sağlar. Bu kişi müstear nam'dır. Nam-ı müstear, sözleşmeyi kendi adına, ancak gizlenmek isteyen kişi hesabına yapar ve onun bu sözleşmenin gerçek tarafı olmasını ve bilinmesini önler. Böylece genel anlamda danışıklı bir işlem yapılmış olur. Çünkü, nam-ı müstear işlemi bir danışıklı işlemdir ve muvazaanın alt kategorisini oluşturur. Taraflar bakımından danışıklı olan hukuki işlem, geçerlik biçimi bakımından, özel bir yazılı biçime tabi değilse, sözleşmede taraf gözükmeyen (olayımızda davalı ve karşı davacı) kişi sözleşmenin aslında kendi hesabına yapıldığını, bu nedenle taraflar bakımından danışıklı olduğunu ileri sürerek, sözleşmenin kendi hesabına yapılmış olduğunun tespitini isteyebilir. Ancak, sözleşmede taraf olarak gözükmeyen kişi (olayımızda davalı ve karşı davacı) bu muvazaa iddiasının yalnız yazılı (kesin) kanıtlarla ispat edebilir. Tanıkla kanıtlayamaz (HUMK. m. 290). Çünkü, o kişi sözleşmede taraf değilse de danışıklı işlemin tarafıdır. Hal böyle olunca davalı ve karşı davacının iddiasını her türlü kanıtla ispat etmesi olanağından yararlanması da doğal olarak düşünülemez. O halde nam-ı müstear şeklinde beliren danışıklı işleme taraf olan davalı ve karşı davacı iddiasını HUMK.nun 290. maddesi hükmünce ancak yazılı kanıtla ispatlayabilir. Tarafların kardeş olmaları da bu konuda tanık dinlenmesine imkan vermez. Somut olayda ise, karşı davacı böyle yazılı bir kanıt getirememiştir...” Yargıtay 4. HD., 1990/4988E., 1991/7141K., T: 5.7.1991.

²⁵⁷ EREN, s. 334; ÖZSUNAY, E.: Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler, İstanbul 1968, s. 233.

²⁵⁸ “...tapu memuru huzurunda tanzim edilen resmi senette taraf teşkil eden şahsın, ya başka birini temsil etmekle beraber onun vekili olarak davrandığı (dolayısı ile temsil) veya görünürdeki işlemin arkasındaki bir inançlı temlikin (başkasına devir borcu ile mülkiyet iktisabının) bulunduğu haller, namı müstearla işlem olarak isimlendirilebilir. Esasen namı müstearın Fransızca karşılığı olan (prete-nom), müvekkilinin ismini gizleyerek, onun hesabına, fakat kendi namına hareket eden vekilleri kasteder...” OĞUZMAN/SELİÇİ, s. 295.

Dolaylı temsile dayalı inançlı vekalet sözleşmesinde mümessil, kendi adına, temsil olunan hesabına işlem yapmaktadır. Ancak, taşınmaz iktisabı sonucu taşınmaz mülkiyeti, mümessil üzerine tapuya tescil edilmekte, tapuda malik olarak mümessil gözükmektedir. Bu durumda, mümessil, dolaylı temsil ilişkisini, devreden malike bildirmemekte, onunla taraf sıfatıyla satım sözleşmesini yapmaktadır. Bu nedenle bu halde muvazaadan söz etmek mümkün değildir. Ancak tarafların üzerlerine düşen yükümlülükler uymamaları halinde BK. 392 ve 393. maddelerde düzenlenen vekalet hükümleri uygulanabilir²⁵⁹.

Namı müstear, dolaylı temsile dayalı inançlı vekalet sözleşmesi veya inanç anlaşması uyarınca devraldığı hakkın tam sahibi olur. Burada hakkın geçici olarak namı müsteara geçmesi istendiğinden, namı müstearın hakkı devretme borcu vardır. Oysa muvazaada hakkın devri taraflarca istenmemektedir²⁶⁰.

Namı müstear ilişkisi, mülkiyeti gerçekten devralmak isteyen kişi ile bunu görünürde devralan kişi olan namı müstear arasında kararlaştırılan bir ilişki olduğundan, mülkiyeti devreden malik çoğu zaman gerçek devralanın kimliğini bilmez. Ancak namı müstear ilişkisini, mülkiyeti devreden kişinin bilmesi halinde, görünürdeki işlem durumunda olan satım sözleşmesi, muvazaalı bir işlemdir ve burada şahısta muvazaa söz konusudur.

²⁵⁹ “...İsviçre/Türk Hukukları'nda, araya giren şahıslar ve ilişkiler ile ilgili durumlar, her somut olayın özelliğine göre farklı bir rejime tabi tutulmuştur. Sırf görünüş belirtilerine bakılıp her nam-ı müstear durumunun muvazalı bir işlem olarak nitelendirilmesinin yanlış olduğu; özellikle, irade serbestisi prensibine (B.K. madde. 19) ve taraf iradelerine aykırı bulunduğu öğretilerde kabul edilmiştir.

Bu bakımdan, sorun her somut olayın ortaya çıkış durumu gözetilerek; ya muvazaalı işlemler, ya da inançlı işlemler veya dolaylı (vasıtalı) temsil hukuki rejimine tabi tutulması gerekecektir. (Ergun Ozsunay, Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler, İstanbul 1968, Sh.2f9 vd; Turhan Esener, Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler, İstanbul 1956, sh.1 77; Feyzi Necmettin Feyzioğlu, Borçlar Hukuku-Genel Hükümler, Cilt 1, İstanbul 1976, sh.223 vd; İlhan Postacıoğlu, Nam-ı Müstear Meselesi, Vekalet ve İtimat Muameleleri ile Muvazaanın Karşılıklı Münasebetleri-Makale-İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt XIII, sayı 3, sh.1050 vd). Nam-ı Müstearın, Türk/İsviçre Hukukunda ya muvazaa, ya itimada dayanan muamele ya da dolaylı (vasıtalı) temsilin hukuki rejimine tabi tutulduğu başkaca kaynaklarda da ifadesini bulmuştur (Kenan Tunçomağ, Borçlar hukuku, Cilt 1, Genel Hükümler, 1972, sh.206; İsmet Sungurbey, Medeni Hukuk Sorunları, Cilt 4, sh.501) .” Yargıtay HGK., 2004/14-464E., 2004/588K., T: 10.11.2004.

²⁶⁰ AYAN, M.: Nam'ı Müstear Kavramı ve Hukuki Niteliği, DÜHFD, 1984, S. 2, s. 379-380.

B. İNANÇLI İŞLEM

İnançlı işlem müessesinin kaynağı Roma Hukukudur. Roma Hukukunda ‘*fiducia*’ adı ile anılan hukuki müessese çok çeşitli amaçları gerçekleştirmek için kullanılmakta idi. Rehin yani aynı teminat müessesinin gelişmediği ve iyi düzenlenmediği eski Roma Hukuku devrinde, teminat için inanca muamele (*fiducia cum creditore contracta*) ve ariyet, vekalet, bağışlama, satış için tevdi ve benzerleri akitlere ilişkin dostla yapılan inanca muamele (*fiducia cum amico contracta*) adlı iki türü en yaygın uygulama gören türleri idi²⁶¹.

İnananın, bir borca teminat teşkil etmek veya idare olunmak üzere malvarlığına dahil bir şey veya hakkı, aynı amacı güden olağan hukuki işlemlerden daha güçlü bir hukuki durum yaratmak amacıyla inanılana kazandıran, sonra da tekrar devretme yükümlülüğünü içeren işleme, inanca işlem denir²⁶².

Borçlar Kanunumuzda düzenlenmemiş olan inanca işlemler²⁶³, alacağın temliki, ciro ve mülkiyetin nakli gibi tasarruf işlemlerinde söz konusu olabilir.

İnanca işlemlerde güven, taraflar arasında önemli bir rol oynamaktadır. Gerçekten inanca işlem ile inanan mülkiyet veya alacak hakkını, belirli bir süre veya amaçla inanılana geçirmekte, ancak süre dolunca veya amaç gerçekleşince, inanılan; inanca anlaşmasına göre, mülkiyeti veya alacak hakkını tekrar inanan devretme borcunun yüklenmektedir²⁶⁴.

²⁶¹ İNAN, s. 268; ÖZTÜRK, s. 23.

²⁶² ADAY, s. 95; EREN, s. 329; ÖZSUNAY, s. 1; ÖZTÜRK, G.: İnanca İşlemler, Ankara 1998, s. 44; EDEGE, C.: Muvazaa ve İnanca Muamele, İstanbul Barosu Dergisi, 1968, S. 42, s. 578.

²⁶³ “...İnanca sözleşmeler; inananın (itimat edenin) bir hakkını belirli bir süre veya amaçla inanılana (mutemede) geçirmeyi, inanılanın da inananın emir ve talimatlarına göre kullanıp, amaç gerçekleşince veya süre dolunca hakkı tekrar inanan devretmeyi yüklediği sözleşmeler olarak tanımlanabilir. Türk Hukuk sisteminde inanca sözleşmesi müessesesi kural olarak düzenlenmiş değildir. Değinen müessese içtihatlar ve doktrin ile yönlendirilmekte olup, bu konudaki ihtiyaca cevap verdiği bir gerçektir. 05.02.1947 tarih 20/6 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile öngörülen yazılı delil kuralının inanca sözleşmesinden sadece ispat koşulu değil aynı zamanda geçerlilik koşulu olarak düşünülmesi gerektiği kuşkusuzdur...” Yargıtay 1. HD., 2004/933E., 2004/3860K., T: 06.04.2004.

²⁶⁴ “...İnanca sözleşmesi, inananla inanılan arasında yapılan, onların hak ve borçlarını belirleyen, inanca muamelenin sona erme sebeplerini ve devredilen hakkın, inanılan tarafından inanan geri verme (iade) şartlarını içeren borçlandırıcı bir muameledir. Bu sözleşme, taraflarının hak ve borçlarını kapsayan bağımsız bir akit olup, alacak ve mülkiyetin naklinin hukuki sebebini teşkil eder.

İnançlı işlemler, doktrinde saf inanca işlemler ve karma inanca işlemler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır²⁶⁵. Saf inanca işlemler, alacağın tahsili amacıyla devri gibi inanan yararına yapılan işlemlerdir. Karma inanca işlemler ise, mülkiyetin veya alacağın teminat amacıyla devri işlemleri gibi inanılanın yararına yapılan işlemlerdir²⁶⁶. İnanca işlemde, inanılan sürenin dolmasına veya amacın gerçekleşmesine rağmen mülkiyeti ya da alacağı inananana geri vermezse; borca aykırı hareket etmiş olacağından, inananana karşı BK. m. 96 uyarınca tazminat ödemekle ya da aynen tazminle yükümlü kılınabilir²⁶⁷.

İnanca işlem temel işlem niteliğindeki inanca anlaşması ve devir işlemi olmak üzere iki unsurdan oluşmaktadır²⁶⁸.

İnanca anlaşması, inananla inanılan arasında yapılan, onların hak ve borçlarını belirleyen, inanca işlemin sona erme sebeplerini ve devredilen hakkın inanılan tarafından kullanılmasını, yönetilmesini ve inananana geri verilmesinin şartlarını içeren borçlandırıcı bir işlemdir²⁶⁹.

Taraflar böyle bir sözleşme ve buna bağlı işlemle genellikle, teminat teşkil etmek veya idare olunmak üzere, malvarlığına dahil bir şey veya hakkı, aynı amacı güden olağan hukuki muamelelerden daha güçlü bir hukuki durum yaratarak, inanılanın inanca olarak kazandırmak için başvururlar.

Diğer bir anlatımla, bu işlemle borçlu, alacaklısına malını rehin edecek, yani yalnızca sınırlı aynı bir hak tanıyacak yerde, malının mülkiyetini geçirerek rehin hakkından daha güçlü, daha ileri giden bir hak tanır. Sözleşmenin ve buna bağlı temlikin, değinilen bu özellikleri nedeniyle, taşınmaz inanca sözleşmesi ile satan kimsenin artık sadece, ödünç almış olduğu parayı geri vererek taşınmazın kendisine temlik edilmesini istemek yolunda bir alacak hakkı; taşınmaz, inanca sözleşmesi ile alan kimsenin de borcun ödenmesi gününe kadar taşınmazı başkasına satmamak ve borç ödenince de geri vermek yolunda yalnızca bir borcu kalmıştır...” Yargıtay 1. HD., 2004/8810E., 2004/10850K., T: 07.10.2004.

²⁶⁵ ÖZSUNAY, s. 43; YUNG, W. (Çev: REİSOĞLU, S.): Muvazaa, İnanca Muamele ve Kanuna Karşı Hile, Adliye Dergisi, 1959, C. 50, S. 3, s. 332.

²⁶⁶ EREN, s. 330; ÖZSUNAY, s. 45.

²⁶⁷ “...İnanca sözleşmesi, inanca gösterilene bir hakkın kullanılmasında davranışlarını inanca gösterenin tespit ettirdiği amaca uydurmak borcunu yükler. Eş anlatımla inanca gösterilen kişi inanca gösteren namına yapılacak bir işlemde sonra taşınmazın mülkiyetini inanca gösterene geçirme yükümlülüğü altına girmiş ise, yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde bunun dava yoluyla hükmen yerine getirilmesi istenebilir. Aslında inanca sözleşmeleri her türlü delille kanıtlanabilir nitelikte bir sözleşmedir. Yalnız değeri usul kanunundaki miktarı aştığı takdirde, usulen yazılı delille kanıtlanması gerekir. Bu yazılı delil ise tarafların getirecekleri imzalı belgeler ya da karşı taraf elinden çıkmış; olayın tamamen ispatına kati olmamakla birlikte en azından bunun vukuuna delalet edebilecek delil başlangıcı niteliğinde bulunması gerekir. Yazılı delil başlangıcının varlığı halinde artık her türlü yasal takdiri delil ile dava kanıtlanabilir...” Yargıtay 14. HD., 1999/7126E., 1999/7207K., T: 25.10.1999.

²⁶⁸ EREN, s. 330; İNAN, s. 271; TUNÇOMAĞ, s. 320.

²⁶⁹ ESENER, s. 148; ÖNEN, s. 54; ÖZSUNAY, s. 120;

Devir işlemi ise niteliği itibariyle bir kazandırıcı işlem olup, devir işlemiyle mülkiyet veya alacak inanılana geçer. Bu nedenle devir işlemi aynı zamanda bir tasarruf işlemidir. Dolayısıyla taşınmazlarda tescil talebi ve tescil, taşınırlarda aynı sözleşme ve teslim, alacaklarda ise temlik yapılması gereklidir²⁷⁰.

İnançlı işlemlerde; mülkiyetin ya da alacağın devri, taraf iradelerine uygun olduğu için; inaçlı işlemler ilke olarak geçerlidir²⁷¹. Ancak muvazaalı oldukları zaman geçersizlik söz konusu olur. Buna örnek olarak, tarafların, inananın alacaklılarından mal kaçırmak için bir gayrimenkulün mülkiyetini inanılana devretmeleri, fakat aslında borçlandırıcı işlemi teşkil eden satım sözleşmesini ve dolayısı ile mülkiyetin intikalini istememeleri hali gösterilebilir.

İnançlı işlemler ile muvazaalı işlemlerin birbirlerine benzer yönleri bulunmaktadır²⁷². Bunlardan ilki, her iki işlemde de tarafların dışa karşı bir görünüş meydana getirmek konusunda anlaşmış olmalarıdır. İkinci benzerlik, her iki işlemde de tarafların devrolunan şey üzerinde fiili bir iktidara sahip olmalarıdır. Üçüncü benzerlik, her iki işlemde de görünürdeki temlikin hukuki sonuçlarını değiştirmeye yönelik bir iç ilişkinin varlığı sayılabilir. İnançlı işlemde; inaç anlaşması ile kurulan bu iç ilişki, muvazaalı işlemde muvazaa anlaşması ile kurulmaktadır. Dördüncü ve son benzerlik ise, her iki işlemde de kendisine devirde bulunan kişilerin devredene karşı bir takım yükümlülükler altına girmeleridir²⁷³.

İnançlı işlem ve muvazaa görünüşte benzer olmalarına rağmen ayrıldıkları noktalar da vardır. İlk olarak, muvazaalı işlemlerde, taraflar mal veya alacağın devrini gerçekten istememekte iken, inaçlı işlemde söz konusu devir taraflarca ciddi olarak istenmektedir²⁷⁴.

²⁷⁰ EREN, s. 331; ESENER, s. 148; ÖZSUNAY, s. 85; ÖZTÜRK, s. 46.

²⁷¹ EREN, s. 333; ÖNEN, s. 53.

²⁷² ADAY, s. 96; YUNG (Çev: REİSOĞLU), s. 330.

²⁷³ EREN, s. 333; ÖZSUNAY, s. 222; ÖZTÜRK, s. 80.

²⁷⁴ "...Öte yandan, inaçlı işlemin, taraf muvazaası ile benzer noktalarının bulunmasına karşın; ayrıldığı yönlerinin de olduğu; bunlardan en önemlisinin, inaçlı işlemde, tarafların devir ve temlik işlemini ciddi

Muvazaada taraflar ya gerçekte arzu ettikleri, fakat gizli tuttıkları (nisbi muvazaa) ya da hiç düşünmedikleri (mutlak muvazaa) işlem yerine görünürde bir işlem yaparlar. Böylece, nisbi muvazaada taraflar arasında bir gizli işlem bir de görünürde işlem vardır. İnançlı işlemde ise tarafların gizledikleri bir işlem yoktur. Tarafların arasında iradelerine uygun olan inanç sözleşmesi vardır. Bu inanç sözleşmesine uygun olarak inanılan kişinin üçüncü kişiyle yaptığı sözleşme de geçerlidir²⁷⁵. Ayrıca, muvazaanın varlığı halinde, muvazaalı işlem ile muvazaa anlaşması arasında bir zıtlık söz konusudur. Şöyle ki, muvazaa anlaşması ile görünürdeki işlemin geçersiz olması kararlaştırılmaktadır. İnançlı işlemlerde, devir işlemi ile inanç anlaşması arasında ise böyle bir zıtlık söz konusu değildir. Muvazaada gizli akit, açığa vurulan kazandırıcı işlemin hükmünü ortadan kaldırdığı halde, inançlı işlemlerde inanç anlaşması devir işlemi tamamlamaktadır²⁷⁶.

Bu temel farklılığın yanı sıra; inançlı işlemler yalnızca tasarruf işlemlerinde yapılabilirken, muvazaa hem borçlandırıcı işlemlerde hem de tasarruf işlemlerinde yapılabilmektedir²⁷⁷.

Diğer bir farklılık da muvazaalı işlemin taraflarının yani gerek gizli işlemi yapanların gerekse bunu gizli tutup görünürde işlem yapanların aynı kişiler olmalarıdır. İnanç sözleşmesinde ise, inanan ile inanılan arasında yapılan bir inanç sözleşmesi vardır. Bunun dışında inanılan kişinin üçüncü kişiyle yaptığı bir sözleşme vardır. Muvazaada ise böyle bir durum yoktur. Yani muvazaada gerçek iradelerini gizleyen kişilerin bir üçüncü kişiyle bir sözleşme yapmaları söz konusu değildir.

olarak istemelerine rağmen, muvazaada bunu istememeleri şeklinde ifade edildiği bilinmektedir (Kenan Tunçomağ; a.g.e ; sh.209)...” Yargıtay HGK., 2004/14-464E., 2004/588K., T: 10.11.2004.

²⁷⁵ “...İnanç sözleşmeleri, tarafların karşılıklı iradelerine uygun bulunduğu için, onlara karşılıklı borç yükleyen ve alacak hakkı veren geçerli sözleşmelerdir. (Borçlar Kanunu mad. 81) Anılan sözleşmelerde, taraflar, sözleşmenin kendilerine yüklediği hak ve borçları belirlerken, inançlı işlemin sona erme sebeplerini; devredilen hakkın inanılan tarafından inanana iade şartlarını, bu arada tabii ki süresini de belirleyebilirler. Bunun dışında, akde aykırı davranışın yaptırımına da sözleşmelerinde yer verebilirler. Buna dair akit hükümleri de Borçlar Kanununun 19 ve 20 maddelerine aykırılık teşkil etmediği sürece geçerli sayılır...” Yargıtay 1. HD., 2004/933E., 2004/3860K., T: 06.04.2004.

²⁷⁶ ADAY, s. 96; EREN, s. 333; ESENER, s. 153; KILIÇOĞLU, s. 123; ÖZSUNAY, s. 223; ÖZTÜRK, s. 81.

²⁷⁷ EREN, s. 333; RENDA/ONURSAN, s. 71.

Muvazaa iddiasında zamanaşımı söz konusu olmadığı halde, bir borçlandırma işlemi olan inanç anlaşmasından doğan talep haklarının BK m. 125 uyarınca 10 yıllık zamanaşımına tabi olduğunu da bir farklılık olarak belirtmek gerekecektir²⁷⁸.

Son olarak, inanç sözleşmesi geçerli bir sözleşme olduğundan iptali veya butlanı ileri sürülemez. Muvazaalı sözleşme ise geçersiz olduğundan butlan iddiasıyla ortadan kaldırılabilir²⁷⁹.

C. KANUNA KARŞI HİLE

Kanuna karşı hilede; taraflar, hukuk düzeninin yasakladığı hukuki veya ekonomik bir sonucu elde etmek için, yapılması hukuken caiz başka bir işlem yaparlar²⁸⁰. Örneğin avukatlık mesleğini icradan men edilmiş avukat A, B'nin C'ye karşı alacağını, alacağın temlik sözleşmesiyle devralıp, onu mahkeme ve icra dairelerinde kendi adına tahsil etmek istemektedir. Burada, A ile B bu takip ve tahsil işini vekalet akdine göre gerçekleştirmeyi düşünmekte, bu sebeple, A, C'den alacağı B adına tahsil etmek istemektedir. Ancak, A, meslekten men edildiği için, B ile aralarında yapılmış olan temlik sözleşmesine göre alacağın takip ve tahsili işine girişmiş bulunmaktadır. İşte, A'nın yaptığı bu iş, kanuna karşı hiledir. Burada A; hukuk düzeninin emredici bir kuralla yasakladığı bir sonucu, kanunun izin verdiği başka bir kurumla, yani alacağın temlik sözleşmesiyle elde etmek istemektedir²⁸¹.

Eğer, kanunkoyucu, emredici bir norma karşı hilede hem bertaraf edilmek istenen normla ulaşılmak istenen amacı, hem de bu amaca ulaşmak için takip edilen yolu yasaklamış ise, yasaklanan amacı elde etmek için yapılan işlem geçersizdir. Buna karşılık,

²⁷⁸ İNAN, s. 275.

²⁷⁹ KILIÇOĞLU, s. 125; REİSOĞLU, s. 94.

²⁸⁰ İNAN, s. 276.

²⁸¹ EREN, s. 336.

bertaraf edilen kanun hükmü, sadece davranış biçimini düzenleyip de bizzat amacın elde edilmesini yasaklamıyorsa, kanunun öngördüğü araç yerine başka bir aracın, başka bir yolun seçilmiş olması, burada kanuna karşı hile söz konusu olmadığından, hukuki işlemi geçersiz kılmaz. Kanuna karşı hile, bertaraf edilmek istenen kanun hükmünün yorumuyla tespit edilir.

Kanuna karşı hilenin üç tane unsuru vardır. Bunlardan ilki, bir işlemin yapılmasının emredici bir hukuk kuralıyla yasaklanmış olması, ikincisi, kanunun izin verdiği başka bir işlemin yapılması, üçüncüsü ise tarafların yaptıkları işlemin, yasaklanan işlemin doğuracağı sonucu meydana getirmeye elverişli olmasıdır²⁸².

Kanuna karşı hileye bağlanan müeyyide, hileli olarak yapılan ve kanun tarafından yasaklanan işlemin tabi olduğu müeyyidedir.

Kanuna karşı hile ile muvazaa arasında benzer özellikler vardır. Gerek muvazaada, gerek kanuna karşı hilede taraflar, bu işlemlerde bulunmayan başka bir amacı gerçekleştirmek için hareket etmektedirler. İkinci benzerlik, muvazaada görünürdeki işlem ve kanuna karşı hilede değiştirilen işlem ile kanunun aradığı amaç gerçekleştirilemez. Örneğin; bağışlama satış gibi gösterilmişse, satışın hukuki neticeleri doğmaz. Buna karşılık, kanuna karşı hilede, hukuki neticeler meydana getirilmekle beraber, fiili neticeler gerçekleştirilemez. Örneğin; avukatın davayı takibini sağlamak için alacak temlik edilmiş olsa da avukat alacağı tahsil ettikten sonra ondan yararlanamayacaktır. Üçüncü ve son benzerlik ise, bazı hallerde kanuna karşı hileli işlemlerin de muvazaalı işlemler gibi batıl olmasıdır²⁸³.

Kanuna karşı hile ile muvazaa, aralarında benzer özellikler olsa da, amaç ve nitelikleri yönünden birbirinden farklı kurumlardır. Daha önce de belirttiğimiz üzere, muvazaalı işlemde taraflar görünürdeki işlemin sonuçlarını istemezler. Oysa, kanuna karşı

²⁸² EREN, s. 336; İNAN, s. 278.

²⁸³ İNAN, s. 279.

hilede taraflar gerçek niyetlerini gizleyerek kurdukları sözleşmenin sonuçlarını istemektedirler²⁸⁴. Ayrıca, kanuna karşı hilede kanunun bir hükmünün hileli uygulaması bahse konu olduğu halde; muvazaada tarafların iradeleri ile beyanları arasında uygunsuzluk bahse konu edilmektedir. Bundan dolayı, kanuna karşı hilede, kanunun; muvazaada ise tarafların irade beyanlarının yorumu gerekmektedir. Bir başka fark da; bir olayın değiştirilmesinin kanuna karşı hile olması iken, aynı olayın başka bir hukuki işlem arkasına gizlenmesinin muvazaa olmasıdır. Çünkü görünürdeki işlem, gizli işlemi gerçekte deėiřtirmemektedir²⁸⁵.

²⁸⁴ EREN, s. 337; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOğLU/ALTOP, s. 422.

²⁸⁵ İNAN, s. 280.

SONUÇ

Roma Hukukunda ve günümüz modern hukuk sistemlerinde, hukuki işlemin geçerli olabilmesi için, bunun hukuki işlem ehliyetine sahip bir kimse tarafından yapılması ve hukuki işlem yapma iradesinin varlığı gerekmektedir.

Roma Hukukunun ilk çağlarında da şekle bağlı işlemler çok fazladır. Özellikle, *Ius Civile*'ye göre, sosyal ve ekonomik açıdan önemli görülen hukuki işlemler için, bir takım sembolik davranışlara bağlanmış törenler gerekirken bazı hukuki işlemlerde de kalıplaşmış bazı sözcüklerin söylenmesi şartı vardır. Ancak giderek bu katı kurallar yumuşatılarak, yazılı şekil diğer şekil şartlarının yerini almaya başlamıştır. Roma'da şekle bağlı olmayan irade beyanlarının da geçerli hukuki işlemler oluşturabileceği fikri ilk olarak *Ius Gentium*'da ortaya çıkmış ve *Praetor*'ların faaliyetleri sonucu giderek *Ius Civile*'yi de etkilemiştir. Buna karşılık, Borçlar Kanunumuzun 11. maddesine göre; hukuki işlemlerin geçerliliği, ancak kanunda gösterilen hallerde bir şekle tabidir. Yani, Borçlar Kanunumuza göre, Roma Hukukundaki durumun aksine şekil hususunda serbesti ana ilkeyi, şekil ise istisnayı teşkil eder.

Roma Hukuku kökenli modern hukuklardaki düzenlemelerden yola çıkarak, tez konumuz olan muvazaayı kısaca, iki taraflı hukuki bir işlemde tarafların dışarıya karşı yapmış gibi gösterdikleri işlemde başka bir hukuki işlem yapmaları ya da hiçbir işlem yapmamaları olarak tanımlamak mümkündür. Muvazaa, mutlak muvazaa ve nisbi muvazaa olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Üçüncü kişileri aldatmak amacıyla hukuki işlemin taraflarının, herhangi bir işlem yapmak istemedikleri halde sadece görünüşte bir işlem yapmaları durumunda mutlak muvazaa söz konusu olur. Üçüncü kişileri aldatmak amacıyla görünüşte bir işlem yapan tarafların, bu işlemi gerçek iradelerine uygun olan bir işlemi gizlemek amacıyla yapmaları durumunda ise nisbi muvazaa söz konusu olur.

Gerçek irade ile beyan edilen iradenin birbirine uymadığı durumlarda, hukuki bakımdan beyan edilen iradenin mi önem taşıyacağı yoksa gerçek iradenin mi araştırılmasının gerekeceği sorunu tezimizde inceleme konusu yapılmıştır. Klasik Dönemde muvazaalı işlemler konusunda kesin ve genel bir kural yoktur. Roma Hukukunda *Ius Civile* devrinde önemli olan şekil olduğu için yapılan hukuki işlemlerde hukukun öngördüğü biçimlerde beyan edilen iradeler, gerçek iradeye uymasa da hukuki sonuç doğuruyor, yapılan hukuki işlemler geçerli oluyordu. Ancak Roma Hukukunda Klasik Dönemden itibaren, irade şeklin önünde gelmeye başladığından, Roma’da hukuki işlemler için gerekli irade ile beyan bir bütün olarak düşünülmüş, beyan iradenin açıklanmasına, anlaşılmasına yarayan bir araç olarak görülerek, iradeye üstünlük tanınmıştır. Klasik hukukçuların bu görüşü müşterek hukukta ‘irade teorisi’ denilen öğretinin temelini teşkil etmiş ve bu öğreti XIX. Yüzyıla kadar hâkim kalmıştır. Buna karşılık modern hukuklarda, tarafların dışarıya karşı yapmış gibi gösterdikleri hukuki işlemin geçersiz olduğu, ancak gerçekten yapmış olmayı istedikleri hukuki işlemin, kanunda o işlem için öngörülen koşullara uyulmuş olması şartıyla geçerli olduğu genel kuralı yerleşmiştir.

Muvazaanın geçersiz sayıldığı durumlar ilk olarak M.S. 2.yüzyıldan itibaren kaynaklarda karşımıza çıkmaktadır. “Gerçekten kararlaştırılan, yalnızca görünüşe yönelik olarak yazılana göre geçerlidir.” şeklindeki temel prensip ilk kez *Diocletianus* zamanında ortaya konmuş ve *Iustinianus* zamanında da “bilfiil istenen (yapılan) şey, zahiren istenmiş (yapılmış) gibi görünen şeyden üstündür” kuralı egemen olduğundan, dışa karşı yapılmış gibi gösterilen işlem yanı muvazaalı işlem gerçekte istenmediğinden geçerli sayılmamıştır. Görüldüğü üzere, rızai akitlerin kabul edilmesiyle başlayan ve *Iustinianus* Hukukunda da kabul edilen muvazaaya ilişkin hükümler ile bugünkü hukukumuz arasında benzer noktalar oldukça fazladır.

Muvazaa teorisinin dogmatik temelleri *Glossatorlar* ve *Commentatorlar* (*Postglossatorlar*) tarafından belirlenmiştir. Ancak, Hümanist okul uygulamasında muvazaa kavramı çok fazla gelişme göstermemiştir. Karşılıklı anlaşma ile kurulan muvazaa, doğal hukuk kuramı tarafından çok sınırlı bir biçimde ele alınmıştır ve muvazaa daha çok yalancılık olarak görülmüştür. Doğal hukuk kuramında teknik anlamıyla ele alınmayan muvazaanın gerçekten istenmemesi nedeni ile taraflar arasında geçersiz olduğu sonucuna varılmıştır.

Muvazaa halinde tarafların gerçek iradesi görünürdeki işlemin hiçbir hüküm doğurmaması yönündedir. BK. m. 18'de tarafların gerçek iradelerinin esas alınmasını işaret etmekle, irade teorisinin uygulanmasını öngörmektedir. İrade teorisi uyarınca, tarafların gerçek iradeleri esas aldığımızda, görünürdeki işlemin yok hükmünde olması gerekir. Ancak yok sayılan bir işlem, hiçbir şekilde sağlık kazanamaz. Bu halde, görünürdeki işlemin butlanla sakat olmasının daha adil sonuçlar doğuracağı ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle çalışmamızda, görünürdeki işlemin doktrinindeki hakim görüş doğrultusunda batıl sayılması gerektiği sonucuna vardık.

Muvazaada gizli işlem, kanunun öngördüğü şekil şartına uygun yapılmışsa, geçerli olacaktır. Şekle aykırılık halinde, bunun müeyyidesini kendine özgü geçersizlik olarak nitelendirmek uygun olacaktır. Çünkü bu görüş uyarınca, gizli işlem, taraflarca geçersizliği ileri sürülene dek, geçerli bir işlem gibi sonuç doğuracaktır.

ÖZET

Hukuki sonuçlara yöneltilmiş irade beyanı olarak tanımlanan hukuki işlem, Romalılardan gelme bir kavram olmamasına rağmen, bugünkü modern hukuk sistemlerinde özellikle Borçlar Kanunumuzda yaşamakta olan ilkelerin ilk taslağı Romalılar tarafından kurulmuştur.

Hukuki işlemin en önemli öğelerinden birisi hukuki işlem ehliyetine sahip bir kimse tarafından yapılması diğeri ise hukuki işlem yapma iradesinin varlığıdır. Kişiler çeşitli nedenlerle oluşan iradelerini dışa beyan etmekte ve bu beyana hukuk düzeni çeşitli sonuçlar bağlamaktadır. Beyan edilen irade ile asıl iradenin birbirine uygun olmaması mümkündür. Bu uygunsuzluk bilerek yapılmış olabileceği gibi, istenmeden de ortaya çıkabilir. İki tarafın isteği ile ortaya çıkan bir uygunsuzluk hali olan muvazaayı, Roma Hukuku kökenli modern hukuklardaki düzenlemelerden yola çıkarak kısaca, iki taraflı hukuki bir işlemde tarafların dışarıya karşı yapmış olarak gösterdikleri işlemde başka bir hukuki işlem yapmaları (nisbi muvazaa) ya da hiçbir işlem yapmamaları (mutlak muvazaa) olarak tanımlamak mümkündür.

Gerçek irade ile beyan edilen iradenin birbirine uymadığı durumlarda, hukuki bakımdan beyan edilen iradenin mi önem taşıyacağı yoksa gerçek iradenin mi araştırılmasının gerekeceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Modern hukuklarda, tarafların dışarıya karşı yapmış gibi gösterdikleri hukuki işlemin geçersiz olduğu, ancak gerçekten yapmış olmayı istedikleri hukuki işlemin, kanunda o işlem için öngörülen koşullara uyulmuş olması şartıyla geçerli olduğu genel kuralı yerleşmiştir. Bu kurala çok uzun bir gelişim sürecinden geçilerek ulaşılabilmektedir. Genellikle kabul edilen görüşe göre, Klasik Dönemde muvazaalı işlemler konusunda kesin ve genel bir kural olmadığından her olay kendi şartları içerisinde değerlendirilirdi. Eski hukuk anlayışında, şekil zorunluluğu olan

işlemlerde, tarafların gerçekte istememelerine rağmen yapmış oldukları işlem, tarafların iradelerine rağmen bağlayıcı kabul edilirdi. Çünkü *Ius Civile*'ye göre bir işlemin geçerli olabilmesi için sadece şekil şartının sağlanmış olması yeterli idi ve şekil daima iradeden üstün tutulurdu. Fakat zamanla bu katı kural yumuşatılarak hukuki işlemler, kişisel iradeye göre değerlendirilmeye başlanmıştır ve “Gerçekten kararlaştırılan, yalnızca görünüşe yönelik olarak yazılana göre geçerlidir.” şeklindeki temel prensibin ilk kez *Diocletianus* zamanında ortaya konduğu M.S. 2.yüzyıldan itibaren kaynaklarda karşımıza çıkmıştır. *Iustinianus*, muvazaalı hukuki işlemleri geçersiz sayarak, *Diocletianus*'un eğilimini devam ettirmiştir. *Iustinianus* Hukukuna göre, genel olarak irade nazariyesi benimsendiğinden “bilfiil istenen (yapılan) şey, zahiren istenmiş (yapılmış) gibi görünen şeyden üstündür” kuralı egemen olduğundan, tarafların gerçek iradelerine uygun olmayan görünüşteki muvazaalı işlem, tarafların iradeleri söz konusu işlemin geçerli olmaması yönünde olduğu ve gerçekte istenmediği için geçerli sayılmamıştır. Nisbi muvazaada ise, gerçekte istenmiş, fakat dışarıya karşı saklanmış olan işlem, eğer hukuka aykırı değilse ve gerekli şekillere uygun olarak yapılmışsa, tarafların iradeleri bu yolda olduğundan, geçerli sayılmıştır. Çağımız hukuklarında, tarafların dışarıya karşı yapmış gibi gösterdikleri hukuki işlemin, tarafların gerçek iradelerini yansıtmadığından geçersiz olduğu, ancak gerçekten yapmış olmayı istedikleri hukuki işlemin kanunda o işlem için öngörülen koşulların yerine getirilmiş olması koşuluyla geçerli olduğu genel kuralı yerleşmiştir. Açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere, *Iustinianus* Hukukunda da kabul edilen muvazaaya ilişkin hükümler ile bugünkü hukukumuz arasında benzer noktalar oldukça fazladır.

Muvazaa kuramı Roma Hukuku'nda ortaya çıktıktan sonra, Ortaçağ hukuk bilimi, özellikle İtalyan *Commentatorlar*'ı tarafından geliştirilmiş, Hümanist okul uygulamasında çok fazla bir gelişme göstermemiştir. 17. ve 18. yüzyılın Doğal Hukuk Kuramı ise muvazaa kavramına güvenin korunması ilkesini katmıştır.

Türk Borçlar Hukuku'nda muvazaa kavramı, tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla görünürde yaptıkları hukuki işlemin hiç hüküm doğurmaması ya da görünürdeki işlemde başka bir işlemin hüküm doğurması yönünde anlaşmaları şeklinde tanımlanabilir. Muvazaanın unsurları, görünürdeki işlem, muvazaa anlaşması, aldatma kastı ve sadece nisbi muvazaada söz konusu olan gizli işlem unsurudur.

Hukukumuzda muvazaa mutlak muvazaa ve nisbi muvazaa olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmektedir. Tarafların, gerçekte herhangi bir işlem yapmayı düşünmedikleri halde, sırf üçüncü kişilere karşı onları aldatmak amacıyla bir işlem yapmış gibi gözükmek için görünüşte bir işlem yapmalarına “mutlak muvazaa” adı verilir. Tarafların, kendi aralarında yaptıkları bir işlemi, kendi gerçek amaç ve iradelerine uymayan sırf üçüncü şahısları aldatmak için yaptıkları başka bir işlemle gizlemelerine ise “nisbi muvazaa” adı verilir.

Muvazaada görünürdeki işlem, tarafların gerçekte yapmak istemedikleri işlem olduğundan ve tarafların gerçek iradelerine uygun olmadığından geçersiz kabul edilmektedir. Bu geçersizliği, kendine özgü geçersizlik, yokluk olarak nitelendirenler de olduğu gibi doktrindeki hâkim görüş, geçersizliğin, butlan olduğu yönündedir. Muvazaalı hukuki işlem batıl olduğundan, taraflar arasında alacak ve borç ilişkisi doğmaz, muvazaanın varlığı her zaman iddia ve ispat edilebilir, muvazaa re'sen göz önünde tutulur, belirli bir zamanın geçmesi, muvazaa sebebinin ortadan kalkması veya tarafların olur vermesi ile muvazaalı işlem geçerli hale gelmez, muvazaa menfi tespit davasına konu olabilir, taraflarca ve üçüncü kişilerce ileri sürülebilir. Görünürdeki işlem, yazılı borç ikrarı, tapu kütüğüne güvenin korunması ve dürüstlük kuralı nedeniyle geçerli hale gelebilir.

Muvazaada gizli işlem, kanunun öngördüğü şekil şartına uygun yapılmışsa, geçerli olacaktır. Türk doktrininde hâkim olan görüş ve Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarında, şekle

aykırılığın müeyyidesi butlan olarak kabul edilmektedir. Bu görüşe göre, şekle aykırılık nedeniyle batıl olan gizli akit, baştan itibaren hükümsüz olup taraflar arasında hiçbir hak ve borç doğurmaz ve tarafların onayı ile de geçerli hale gelmez. Şekle aykırılık nedeniyle geçersizlik, hâkim tarafından re'sen dikkate alınır ve taraflar dışında üçüncü kişilerce de ileri sürülebilir.

Diğer bir görüşe göre ise; şekil kural olarak tarafları düşünmeye sevk etmek, acele karar vermelerini önlemek suretiyle onları korumak amacını güder. Kendine özgü geçersizlik görüşü, şeklin tarafları koruma amacına daha uygun düşmektedir. Bu görüşe göre, şekle aykırılık halinde, başlangıçtan itibaren geçersiz olan işlem, taraflardan herhangi birisince geçersizliği ileri sürülünceye kadar, sanki geçerli bir işlem gibi hüküm ve sonuçların doğurur. Ancak taraflardan biri şekil eksikliğini ileri sürerse, işlem başlangıçtan itibaren geçersiz hale gelir.

Muvazaa kural olarak akitlerde görülmekle birlikte, bazı tek taraflı hukuki işlemlerde de görülmektedir. Muvazaa, özel hukuk akitlerinde sıklıkla görülebildiği halde, aile hukuku akitleri, ahlaki ve sosyal açıdan önemleri dolayısıyla muvazaaya konu teşkil etmezler. Vasiyetname gibi tek taraflı hukuki işlemler dışında resmi makamlara yöneltilen bazı beyanlarda da muvazaadan söz edilemez.

Hukuki işlemin muvazaalı olduğunu taraflar ileri sürebildiği gibi, hukuki menfaati olmak şartıyla, üçüncü kişiler de ileri sürebilirler. Muvazaa iddiasını, tarafların yazılı delille ispatlaması gerekirken, hukuki işleme taraf olmayan üçüncü kişiler her türlü delille ispat edebilirler.

Nam'ı müstear, inançlı işlem ve kanuna karşı hile kavramları ile muvazaa arasında bazı benzerlikler bulunsa da bu kavramlar ile muvazaa arasında pek çok farklılıklar vardır.

ABSTRACT

Judicial transaction, which is defined as will declaration to be directed to judicial result, does not come from Rome. In spite of this, in modern law (especially in Turkish Law of Obligations) the draft of living principles were established by Roman Law.

One of the most important element of the judicial transaction is made by the person who is owner of the judicial transaction capacity and the other one is the existence of the will of making the judicial transaction. Individuals declare their wills and law regime fastens various results to them. The will which is declared and the will which is really wanted may not be suitable. This unsuitability can be made knowingly or unknowingly. Simulation which is an unsuitability made by the agreement of parties, can be defined as the agreement of the parties for making the hidden transaction and this transaction to be valid instead of simulated transaction (relative simulation) or making no transaction except simulated transaction and this transaction to be invalid (absolute simulation) in two-sided judicial transaction.

If the will which is really wanted and the will which is not wanted but declared are not suitable, it is important that which one of them will be valid. In modern laws, it is accepted that the simulated judicial transaction will be invalid but the demanded judicial transaction will be valid if it is suitable to legal form. In Classic Period of Roman Law, there was no general and certain rule for simulation. So every event was evaluated in own condition. If there is an obligation of form, transaction which is not really wanted by parties, will be binding in spite of the will of parties. Because, according to *Ius Civile*, for becoming valid, convenience to legal rules is enough and form is always preferred will. However in the course of time judicial transaction has been evaluated according to individuals wills. "Really wanted transaction is valid not simulated transaction" is a basic

principle which was brought up by *Diocletianus* and he supposed that simulated transaction is invalid. As to Justinianus Law, will theory is accepted and transaction which is really wanted is superior to simulated transaction. Parties do not really want to make the simulated transaction, so that it is invalid because of the contradiction to the wills. When it comes to relative simulation, if the hidden transaction which is really wanted is suitable to legal rules and forms, it will be valid because of the accord with the wills of parts. In modern laws, it is a generally accepted fact that the simulated transaction, which is not wanted by parties and is made in sight to deceive 3rd people is invalid. But if the hidden transaction which is really wanted by parties, is suitable to legal rules and forms will be valid. It is clear that there are lots of similar points with Justinianus Law and contemporary law.

Simulation theory is come out in Roman Law and is developed by the Middle Ages Law Theory especially Italian *Commentators*. But it is not too developed in Humanist School Practice. 17. and 18. century Natural Law Theory has added protect reliance to simulation theory.

In Turkish Law of Obligations, simulation can be defined as: the agreement of the parties for the simulated transaction to be invalid or another transaction to be valid to deceive 3rd people. The conditions of simulation are simulated transaction, contract of simulation, the intention of deceiving 3rd people and hidden transaction which is for only relative simulation.

There are two kinds of simulation in Turkish Law of Obligations. In absolute simulation, in spite of their wills, the parties make a transaction in sight to deceive 3rd people. Relative simulation is the agreement of the parties for the hidden transaction to be valid instead of the simulated transaction.

Parties do not really want to make the simulated transaction, so that it is invalid because of the contradiction to the wills. The dominant opinion in the doctrine qualifies the invalidity as nullity. Another opinions qualify it as sui generis invalidity or non-existenty. For the simulated transaction is null, there is no duty between parties, the existence of simulation always can be claimed and proved, the judge consider the invalidity ex officio. In spite of removing the simulation reasons, passing time or ratification of the parties, the simulated transaction shall not be valid. Also parties and 3rd people who have a judicial interest shall allege the invalidity. The simulated transaction shall be valid in the situation of written obligation confession, reliance to title deed registry and bona fides.

In simulation if the hidden transaction is suitable to legal rules and forms, it will be valid. The dominant opinion of the Turkish doctrine and Supreme Court of Appeal about the sanction of contradiction to legal rules is nullity. According to this opinion, as the contract shall be invalid from the beginning, neither claim nor obligation shall occur for the parties. The hidden transaction, which is void, shall not be valid with the ratification of the parties. Judge shall consider the invalidity ex officio. Also 3rd people who have a judicial interest shall allege the invalidity.

According to another opinion, rules of form have an aim to forward parties to consider carefully and do preserve them by avoiding urgent decisions. The opinion of sui generis invalidity is more convenient to the aim of protection of parties. According to this opinion, in the situation of contradiction to the legal form, the invalid transaction shall have the power of a valid transaction till the one of the parties put forward the invalidity. But if one of the parties put forward the invalidity, the transaction shall be invalid from the beginning.

Simulation is more frequent in the contracts but sometimes it can be seen in one-sided judicial transactions. Simulation is more frequent in private law contracts but it can

not be seen in family law contracts because of their ethical and social importance. Except one sided judicial transactions like in written will, if the formal office is the part of the transaction, simulation can not be in question.

Simulation can be put forward by parts and 3rd people who have judicial interest shall allege the invalidity. While parts have to prove the simulation with written evidences, 3rd people who are not the part of the transaction can prove various evidences.

Pseudonym, fiduciary contract and simulation are similar terms but they differ in many ways.