

**ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**TAŞINMAZLAR ÜZERİNDE MÜLKİYETİ DEVİR AMACI GÜDEN
İŞLEMLERDE MUVAZAA**

**TEZ DANIŞMANI
PROF. DR. ERZAN ERZURUMLUOĞLU**

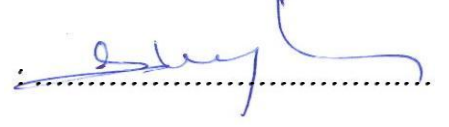
**HAZIRLAYAN
ERHAN ÇAVUŞOĞLU**

ANKARA

2008

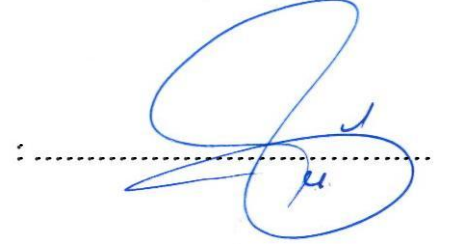
Erhan ÇAVUŞOĞLU tarafından hazırlanan **TAŞINMAZLAR ÜZERİNDE MÜLKİYETİ DEVİR AMACI GÜDEN İŞLEMLERDE MUVAZAA** adlı bu tez, tarafımdan incelenmiş ve Yüksek Lisans Tezi olarak uygun bulunmuştur.

Prof. Dr. Erzan ERZURUMLUOĞLU
Tez Danışmanı



Bu tezin yüksek lisans derecesini elde etmek için gerekli koşulları sağladığımı onaylarım.

Prof. Dr. Turgut ÖNEN
Özel Hukuk Anabilim Dalı Başkanı



Sosyal Bilimler Enstitüsü onayı.

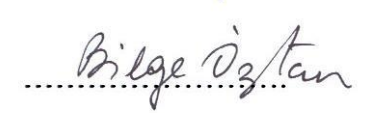


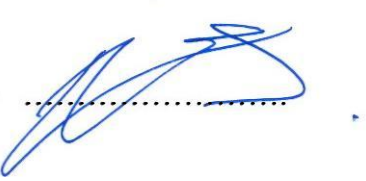
Prof. Dr. Levent KANDİLLER

Tez Sınav Tarihi : 18 Eylül 2008

Tez Jüri Üyeleri :

Prof. Dr. Erzan ERZURUMLUOĞLU (Çankaya Üniversitesi) 

Prof. Dr. Bilge ÖZTAN (Çankaya Üniversitesi) 

Yrd. Doç. Dr. Emel BADUR (Çankaya Üniversitesi) 

ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.

Adı, Soyadı : Erhan ÇAVUŞOĞLU

İmzası :



Tarih : 18 Eylül 2008

ÖZET

TAŞINMAZLAR ÜZERİNDE MÜLKİYETİ DEVİR AMACI GÜDEN İŞLEMLERDE MUVAZAA

ÇAVUŞOĞLU, Erhan

Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı
Tez Danışmanı : Prof. Dr. Erzan ERZURUMLUOĞLU

Eylül 2008, 95 sayfa

Hukuksal işlemlerin en önemli unsurlarından olan irade ve açıklamasının bir birine uygunluğu, işlemin geçerliliğini doğrudan etkilemektedir. Bu bağlamda irade ve açıklamasının bir birine uygunluğu, işlemin geçerli bir biçimde kurulmasında varlığı zorunlu olan bir koşuldur. İşte muvazaada irade ve açıklama arasında irade sahibi ve karşı tarafça bilerek meydana getirilen bir uygunsuzluk durumu söz konusudur. Muvazaanın konusunu oluşturan hukuksal işlem hüküm ve sonuçlarını doğurmamaktadır. Bu durum özellikle taşınmaz mülkiyetinin devri amacı güden işlemlerde özellik göstermektedir. Taşınmaz mülkiyetinin devri amacı güden görünürdeki işlem tarafların gerçek iradelerine uymaması, gizli işlem de resmi şekle aykırı olması nedeniyle geçersizdir.

ABSTRACT

**THAT THE TRANSACTION AIMED AT TRANSFERRING AN IMMOVABLE
PROPERTY**

ÇAVUŞOĞLU, Erhan

Graduate School of Social Sciences Department of Private Law

Supervisor : Prof. Dr. Erzan ERZURUMLUOĞLU

September 2008, 95 pages

Compatibility of the will and its explanation, one of the most important components of the legal processes and transactions, directly affect the validity of the transaction. In this context, compatibility of the will and its explanation is a condition which is compulsory on establishing the transaction in a valid way. There is an incompatibility created deliberately by the owner of the will and the opposing party between the will and its explanation in collusion. The legal transaction constituting the subject matter of the collusion does not result in the judgment and conclusions. This situation is seen especially in the transactions which are aimed at transferring an immovable property and assets. That the transaction aimed at transferring an immovable property does not comply with the actual will of the parties is invalid due to the fact that the secret transaction is against the formal procedure.

Collusion in transfer of immovable properties

GİRİŞ

Hukuksal sonuç doğurmaya yönelmiş irade açıklamalarının, psikik bir kavram olan iç iradeye uygunluğu modern hukuk sistemlerinde kabul edilmiş temel ilkelerden biridir. Ancak dışa yansıyan irade kişinin iç dünyasında oluşan iradesine her zaman uygun olmayabilir. Dışa yansıyan iradenin, iç dünyada oluşan gerçek iradeye uygunsuzluğu, tek taraflı veya tarafların anlaşması suretiyle meydana getirilmiş olabilir. İşte tarafların hukuksal işlemin en önemli unsurları olan irade ve açıklaması arasında bilerek uygunsuzluk yaratmaları durumunda muvazaa söz konusu olur. Muvazaada iki amacın gerçekleştirilmesi için çaba gösterilir. Taraflar gerçekte yapmak istemedikleri bir hukuksal işlemi görünürde yapmış gibi görünerek, üçüncü kişilere karşı bir görünüm oluştururlar. İşte oluşturdukları bu görünürdeki hukuksal işlemin kendi aralarında hiçbir hüküm ve sonuç doğurmayacağı veya bununla birlikte gerçek iradelerini bu görünümün arkasına gizlemek konusunda anlaşmaktadırlar.

Uygulamada çok önemli bir yer tutan muvazaalı işlemler, kuramsal açıdan da bir çok tartışmalara da neden olmuştur. Biz çalışmamızda öncelikle muvazaa kavramından hareket ederek, unsurları, türleri, benzer kavramlarla farklılıkları taşınmazların devri amacı güden işlemler esas alınarak incelenecektir. Böylece taşınmazların devri amacı güden işlemlerde muvazaanın gösterdiği özellikleri, kuramsal tartışmalar ve yargısal kararlar değinilecektir. Bu bağlamda birinci bölümde muvazaa kavramı, tanımı, tarihsel gelişimi, türleri, benzer kavramlardan

farkları; ikinci bölümde ve üçüncü bölümlerde muvazaanın görünürdeki ve gizli işlem bakımından hüküm ve sonuçları; dördüncü bölümde muvazaanın ileri sürülmesi ve ispatı konuları taşınmaz mülkiyetinin devri amacı güden işlemler esas alınarak incelenecektir.

İÇİNDEKİLER

İNTİHAL BULUNMADIĞINA İLİŞKİN SAYFA.....	iii
ÖZET.....	iv
ABSTRACT.....	v
GİRİŞ	vi
İÇİNDEKİLER	viii
KISALTMALAR	xi

BİRİNCİ BÖLÜM

MUVAZAA KAVRAMI, TANIMI, TARİHSEL GELİŞİMİ TÜRLERİ VE UNSURLARI

1.1. Muvazaa Kavramı, Tanımı ve Tarihsel Gelişimi.....	1
1.2. Muvazaanın Türleri.....	2
1.2.1. Genel Olarak	2
1.2.2. Mutlak Muvazaa.....	3
1.2.3. Nisbi Muvazaa.....	4
1.2.4. Muvazaanın Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması	5
1.2.4.1. İnançlı İşlem, Nam-ı Müstear ve Muvazaadan Farkları	6
1.2.4.2. Muvazaa, İnançlı İşlem ve Nam-ı Müstear Arasındaki İlişki	9
1.3. Muvazaanın Unsurları.....	12
1.3.1. Mutlak Muvazaanın Unsurları	12
1.3.1.1. Görünürdeki İşlem	13
1.3.1.1.1. Tarafların İradeleri ile İrade Açıklamaları Arasında Uygunsuzluğun Bulunması	13
1.3.1.1.2. İrade ile İrade Açıklaması Arasındaki Uygunsuzluğun Bilerek Meydana Getirilmesi	16
1.3.1.2. Üçüncü Kişileri Aldatma Kastı.....	18

1.3.1.3. Muvazaa Anlaşması	21
1.3.2. Nisbi Muvazaanın Unsurları	24
1.3.2.1. Mutlak Muvazaanın Tüm Unsurlarını İçermesi.....	24
1.3.2.2. Mutlak Muvazaadan Farklı Olarak Gizli İşlem Unsurunu İçermesi.....	24
1.3.2.3. Nisbi Muvazaanın Türleri	25
1.3.2.3.1. Sözleşmenin Niteliğinde Muvazaa	25
1.3.2.3.2. Sözleşmenin Koşullarında Muvazaa	26
1.3.2.3.3. Sözleşmenin Taraflarında Muvazaa	27

İKİNCİ BÖLÜM

MUVAZAAANIN GÖRÜNÜRDEKİ İŞLEM BAKIMINDAN HÜKÜM VE SONUÇLARI

2.1. Taraflar Arasında Üçüncü Kişilere Karşı Bir Görünüş Yaratmak Amacıyla Yapılan İşlemin Muvazaa Nedeniyle Geçersizliği.....	28
2.1.1. Geçersizliğin Hangi Yaptırım Türünü Oluşturduğu Sorunu	30
2.1.2. Geçersizliğin Sonuçları	31
2.1.2.1. Taraflar Arasında Bir Borç İlişkisi Doğmaz	31
2.1.2.2. Muvazaa Maddi Hukuk Bakımından İtiraz Niteliği Taşır	33
2.1.2.3. Muvazaanın Varlığı Her Zaman İleri Sürülebilir.....	33
2.1.2.4. Muvazaa Tespit Davasına Konu Olabilir.....	34
2.1.2.5. Muvazaalı İşlemin Kimler Tarafından İleri Sürülebileceği Sorunu	34
2.2. Muvazaaya Karşın Butlan Yaptırımının İleri Sürülmeyeceği Durumlar	35
2.2.1. Tapuya Güven İlkesi	35
2.2.2. Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı	35
2.2.3. Temsil Yetkisine İyiniyetle Dayanan Üçüncü Kişilerin Durumu	37
2.2.4. Kadastro Kanunu'nun M.12/3'te Öngörülen 10 Yıllık Hak Düşürücü Sürenin Geçmiş Olması.....	38

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MUVAZAAANIN GİZLİ İŞLEM BAKIMINDAN HÜKÜM VE SONUÇLARI

3.1. Taşınmazların Devrine İlişkin Gizli İşlemin Geçerli Olmasının Koşulları	40
3.1.1. Gizli İşlemin Yasada Öngörülen Kurucu Unsurları İçermesi	41
3.1.2. Gizli İşleminde Tarafların İradelerinin Fesada Uğratılmamış Olması veya Gabin Nedeniyle İptal Edilmemiş Olması Gerekir.....	42
3.1.3. Gizli İşlemin Resmi Şekle Uygun Olarak Yapılması Sorunu	43
3.1.3.1. Gizli İşlemin Resmi Şekle Uygun Olarak Yapılması Gerektiğini İleri Süren Görüş.....	44
3.1.3.2. Görünürdeki İşlemin Resmi Şekilde Yapılmasını Yeterli Olduğunu Kabul Eden Görüş.....	46
3.1.3.3. Şekil Koşulunu Taraflarca İleri Sürülmesi Gerektiğini Kabul Eden Görüş.....	47
3.1.3.4. Kişisel Görüşümüz.....	48
3.1.4. Şekle Aykırılığın İleri Sürülmesinde Özellik Gösteren Bazı Durumlar	48
3.1.4.1. Bedelde Muvazaa Durumunda Şekle Aykırılığın İleri Sürülmesi Sorunu.....	48
3.1.4.1.1. Eksik Harç Ödemek Amacıyla Satım Bedelinin Olduğundan Eksik Gösterilmesi.....	49
3.1.4.1.2. Önalım Hakkının Kullanılmasını Engellemek Amacıyla Satım Bedelinin Farklı Gösterilmesi.....	52
3.1.4.2. Şekle Aykırılığın İleri Sürülmesinin Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağıyla Sınırlandırılması	53
3.1.4.2.1. Genel Olarak.....	53
3.1.4.2.2. Hakkın Kötüye Kullanılmasının Koşulları.....	54
3.1.4.2.3. Resmi Şekle Aykırılık Halinde Butlan Yaptırımının Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağıyla Sınırlandırılması	55
3.1.4.2.4. Resmi Şekle Aykırılığın Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağına Aykırı Olmasının Yaptırımı.....	56

3.2. Tapuya Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Muvazaalı Devri	57
3.2.1. Tapuya Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Hukuksal Durumu.....	57
3.2.2. Tapuya Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Muvazaalı Devirlerinin Mümkün Olup Olmadığı Sorunu	61

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

MUVAZAAANIN İLERİ SÜRÜLMESİ VE İSPATI

4.1. Tarafların Muvazaa Savını Birbirlerine ve Üçüncü Kişilere Karşı İleri Sürmeleri ve İspatı	63
4.1.1. Tarafların Muvazaa Savını Birbir Karşı İleri Sürmeleri ve İspatı.....	63
4.1.1.1. Muvazaanın Taraflarca İleri Sürülmesi.....	63
4.1.1.2. Muvazaanın İspatı Yönünden Tarafların Tabi Oldukları Rejim.....	64
4.1.1.2.1. Senede Karşı Senetle İspat Kuralı	64
4.1.1.2.2. Senede Karşı Senetle İspat Kuralının İstisnaları	66
4.1.1.2.3. İspat Yüğü	69
4.1.2. Tarafların Muvazaa Savını Üçüncü Kişilere Karşı İleri Sürmeleri.....	69
4.2. Muvazaanın Üçüncü Kişiler Tarafından İleri Sürülmesi ve İspatı	71
4.2.1. Mirasçılar	72
4.2.1.1. Mirasbırakanın Muvazaasının Unsurları.....	74
4.2.1.2. Mirasbırakanın Muvazaasının İleri Sürülmesi ve İspatı	75
4.2.2. Önalım Hakkı Sahipleri.....	82
4.2.2.1. Önalım Hakkı Sahibinin Sözleşmenin Niteliğinde ve Bedelde Muvazaa Durumunda Sahip Olduğu Olanaklar	82
4.2.2.2. Önalım Hakkı Sahibinin Muvazaayı İleri sürmesi ve İspatı	84
4.2.3. Alacaklılar ve Kişisel Hak Sahipleri	85
SONUÇ	88
KAYNAKÇA	90

KISALTMALAR

ABD.	: Ankara Barosu Dergisi
AD.	: Adalet Dergisi
age.	: Adı geçen eser
agm.	: Adı geçen makale
agt	: Adı geçen tez
AHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BK.	: Borçlar Kanunu
f.	: Fıkra
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İBK	: İnançları Birleştirme Kararı
İHFM	: İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
m.	: madde
TMK	: Türk Medeni Kanunu
s.	: sayfa
vd.	: ve devamı
YD.	: Yargıtay Dergisi

BİRİNCİ BÖLÜM

MUVAZAA KAVRAMI, TANIMI, TARİHSEL GELİŞİMİ TÜRLERİ VE UNSURLARI

1.1. Muvazaa Kavramı, Tanımı ve Tarihsel Gelişimi

Muvazaa ‘vaz’ kökünden türemiş bir Arapça kelime olup; bir meselede bahse girişme, danışıklı dövüş anlamında kullanılmaktadır¹. Türk dilinde, Arapça kökenli olan muvazaa kavramını karşılamak üzere ‘danışık, danışıklık’ kavramları kullanılmaktadır². Türk Dil Kurumunun hazırlamış olduğu Türkçe Sözlükte muvazaanın tanımı, ‘Olmayan bir durumu varmış gibi göstermek veya olduğundan başka anlatmak için önceden yapılan anlaşma³’ biçiminde yapılmıştır.

Türk Hukuk Kurumu tarafından hazırlanan Türk Hukuk Lügatinde muvazaa, ‘hukuki bir muamele zımında birden ziyade kimselerin hakiki iradeye uymayan bir beyanda bulunmayı kararlaştırmalarına denir’ biçiminde tanımlanmıştır⁴.

1 **ADAY, Nejat**, *Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muvazaa*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 2.

DEVELİOĞLU, Ferit (2002), *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat*, s. 696, Ankara.

2 Türk Dil Kurumu (2005), *Türkçe Sözlük*, s. 475, Ankara.

3 Türk Dil Kurumu (2005), *Türkçe Sözlük*, s. 475, Ankara.

4 Türk Hukuk Lügati, s. 250.

Hukuk tekniği açısından muvazaa kavramının tanımı daha farklı unsurlar tařımadır⁵. Muvazaada bir sözleşmenin tarafları uüncü kişileri aldatmak amacıyla onlara karşı bir görünüm yaratmaktadırlar. Ancak görünürdeki sözleşmenin kendi aralarında hiçbir hukuki sonuç doğurmayacağı veya başka bir sözleşmenin hukuki sonuçlarını doğuracağı konusunda anlaşmaktadırlar.

Muvazaanın köklerine eski hukukumuz ve Roma Hukukunda da rastlıyoruz. Roma hukukunda ilk dönemlerde “beyan teorisi”nin kabul edilmiş olması nedeniyle tarafların gerçek iradelerine önem verilmemiş, dışa yansıyan iradelerine üstünlük tanınmıştır⁶. Bu nedenle muvazaa nedeniyle işlemlerin geçersizliği kabul edilmemekteydi. Daha sonra irade teorisine üstünlük tanındığı ve muvazaanın varlığının kabul edildiği anlaşılmaktadır. Eski hukukumuz, İslam hukukunun etkisi altında muvazaalı sözleşmelerin yapılmasına olanak tanımıştır. Bu nedenle muvazaa ve nam-ı müstear Mecellenin 77 ve 1952. maddelerinde düzenlenmiştir⁷.

1.2. Muvazaanın Türleri

1.2.1. Genel Olarak

Muvazaaya ilişkin yukarıda yaptığımız açıklamalardan anlaşılacağı üzere, taraflar, uüncü kişilere karşı bir görünüş yaratmak amacıyla yapmış oldukları hukuksal işlemin hiçbir hüküm ve sonuç doğurmayacağını veya başka bir hukuksal işlemin hüküm ve sonuçlarını doğuracağını kararlaştırmaktadırlar. Bir hukuksal işlemin taraflarını böyle bir davranışa yönelten çeşitli nedenler olabilir. Örneğin alacaklılarının icra takibinden çekinen bir kimsenin, olası bir haciz işlemine karşı, taşınmazını arkadaşına satmış gibi göstermesi veya paylı maliklerden biri, diğer paydaşların önalım haklarını kullanmalarını engellemek için, taşınmaz satımını bağış olarak göstermesi, tarafları, muvazaalı hukuksal işlem yapmaya yönelten nedenler olarak gösterilebilir.

5 Türk Dil Kurumunun hazırladığı sözlükte muvazaanın uüncü kişileri aldatma kastından söz edilmemektedir.

6 KOSCHAKER, Paul, AYİTER, Kudret (1993), *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Hukukunun Ana Hatları*, s. 59, İzmir.

7 ÖZKAYA, Eraslan (2004), *İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları*, s. 166, Ankara.

Tarafları muvazaalı hukuksal işlem yapmaya yönelten bu sebeplerden dolayı, muvazaayı, bilimsel bir tasnife tabi tutma zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Öğreti de kabul edildiği üzere muvazaa, mutlak muvazaa ve nisbi muvazaa⁸ olmak üzere ikiye ayrılmaktadır⁹.

Muvazaayla ilgili öğretilerde kabul edilen bu tasnif Yargıtay içtihatlarında da tereddütsüz kabul edilmektedir¹⁰. Yargıtay 1. Hukuk Dairesinin 20.05.1998 gün, E. 1998/6098 ve K. 1998/6411 sayılı Kararı bu tasnifi benimsediğine ilişkin bir örnek olarak verilebilir:

‘... 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...’

1.2.2. Mutlak Muvazaa

Tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla görünürde (cali) bir hukuksal işlem yapmaları ve bu hukuksal işlemin, kendi aralarında hiçbir hüküm ve sonuç doğurmayacağı konusunda anlaşmalarına mutlak muvazaa denir. Mutlak muvazaada

8 Öğretilerde mutlak muvazaa terimi yerine ‘adi muvazaa-basit muvazaa’; nisbi muvazaa yerine ‘mevsuf muvazaa nitelikli muvazaa’ terimleri de kullanılmaktadır (bkz. **ADAY, N.**, agt, s. 5.). Ancak terminolojiye ilişkin olan bu tartışmaları hukuksal açıdan çok yerinde görmediğimizden, sözü edilen tartışmalara, girmemeyi tercih ediyoruz.

9 **ESENER, Turhan** (1956), *Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler*, s. 41, İstanbul.; **ADAY, N.**, agt, s. 4.; **ÖZKAYA, E.**, age, s. 165 vd.; **YAVUZ, Nihat** (2001), *Muvazaa İnançlı İşlem Nam-ı Müstear ve Kanuna Karşı Hile Davaları*, s. 50 vd., Ankara.; **EREN, Fikret** (2005), *Borçlar Hukuku*, s. 318 vd., İstanbul.; **TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP** (1993), *Tekinay Borçlar Hukuku*, s. 408, İstanbul.; **OĞUZMAN, Kemal, ÖZ, Turgut** (2000), *Borçlar Hukuku*, s. 108, İstanbul.; **ÖZSUNAY, Ergun** (1968), *Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler*, s. 220 vd., İstanbul.

10 Ayrıca Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun **06.10.1960 gün, E. 1960/2-14 ve K. 1960/24** sayılı Kararına göre: ‘... 1- Taraflar herhangi bir akit yapmak istemezler, fakat görünüşte bir akit yapmak üzere irade beyanında bulunurlar. Bu akit, tarafların iradesine dayanmadığı cihetle hükümsüzdür. 2- Taraflar belli bir akit yapmak isterler ve bu akdi yaparlar, fakat bu gerçek akdi saklamak maksadı ile başka bir akit yapmak üzere ayrıca irade beyanında bulunurlar. Bu halde, görünüşte yapılan akit, hiçbir zaman muteber olmaz ve esas akit, kaide olarak, muteber olur...’

esas itibariyle tarafların bir işlem yapma iradeleri yoktur. Ancak üçüncü kişilere aldatmak amacıyla, onlara karşı, bir işlem varmış gibi görünüm yaratmaktadırlar.

Mutlak muvazaanın durumuna ilişkin olarak uygulamadan şu örnekler verilebilir: Taşınmaz maliki olan kiralayan, kiracısını taşınmazdan çıkarmak için, taşınmazını üçüncü bir kişiye devretmesi; alacaklılarının icra takibinden korkan taşınmaz malikinin bu taşınmazını üçüncü bir kişiye devretmesi durumlarında, tarafların iradeleri esas itibariyle taşınmazların devrine yönelik olmayıp üçüncü kişilere karşı bir görünüm yaratmaktan ibarettir. Burada birinci örnekte esas amaç kiracıyı taşınmazdan tahliye etmek; ikincisinde alacaklıların icra takibinden kurtulmaktır.

Yukarıda yapılan tanım ve açıklamalardan da anlaşılacağı üzere mutlak muvazaanın unsurları görünürdeki (cali) işlem, üçüncü kişileri aldatma amacı ve muvazaa anlaşmasından oluşur. Mutlak muvazaanın sözü edilen unsurları hakkında ayrıntılı açıklamalar aşağıda yapılacaktır.

1.2.3. Nisbi Muvazaa

Nisbi muvazaada, taraflar, kendi aralarında hüküm ve sonuçlarını doğurmasını istedikleri hukuksal işlemi, gerçek iradelerine uymayan görünürdeki (cali) bir işlem ile saklamaktadırlar. Başka bir ifadeyle, nisbi muvazaada tarafların bir işlem yapma iradeleri vardır. Ancak taraflar, kendi aralarında hüküm ve sonuç doğurmasını istedikleri işlemi, görünürde yapmış oldukları bir işlemin arkasında gizlemektedirler. Örneğin mirasbırakanın, mirasçılarını miras hakkından yoksun bırakmak ve ölümünden sonra tenkis davasını açmalarını önlemek amacıyla, gerçekte bağışlamak istediği taşınmazı hakkında, tapu memuru önünde satışa yönelik beyanda bulunması durumunda nisbi muvazaa söz konusu olur. Bu durumda taraflar görünürdeki satım işlemiyle gerçek iradelerine uyan bağış işlemi gizlemektedirler

Öğreti ve uygulama da kabul edilen baskın görüşe göre, Borçlar Kanunu'nun 18. maddesi, *'Bir akdin şekil ve şartlarını tayininde, iki tarafın gerek sehven gerek akitteki maksatlarını gizlemek için kullanılan tabirlere ve isimlere bakılmayarak onların hakiki ve müşterek maksatlarını aramak gerekir'* hükmü ile sadece nisbi

muvazaayı düzenlemiştir¹¹. Ancak öğretide ileri sürülen diğer bir görüşe göre, BK m. 18’de düzenlenen ‘iki tarafın ... akitteki hakiki maksatlarını gizlemek için kullandıkları tabirlere ve isimlere bakılmayarak...’ ibaresinden yalnızca gizli anlaşmayı anlamanın doğru olmadığı, sözleşmenin yorumlanması yoluyla, gizli anlaşmanın varlığı anlaşılabilmesi gibi, ortak amacın sadece bir görünüş yaratmak olduğu sonucuna da varılabilir¹². Yargıtay’da bazı içtihatlarında BK m. 18’in mutlak muvazaayı düzenlediği sonucuna varmaktadır¹³.

Borçlar kanunu’nun 18. maddesi sözü dikkate alındığında yalnızca nisbi muvazaayı düzenlediği açıkça görülmektedir. Sözü edilen madde aynı zamanda bir yorum kuralı da getirmektedir. Bu bağlamda, yargıç, taraflar arasındaki hukuksal işlemi nitelendirirken onların kullandıkları deyimlere bağlı olmaksızın gerçek iradelerini araştırır. Buradan da anlaşılacağı üzere, yasa koyucu, tarafların görünürdeki işlemin arkasına gizledikleri ve onların gerçek iradelerine uygun işlemi araştırma görev ve yetkisini yargıca tanımakla nisbi muvazaayı açıkça düzenlemiştir. Bu nedenle yukarıda belirtilen görüşlerden ikincisine katılıyoruz.

1.2.4. Muvazaanın Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması

Niteliği itibarıyla muvazaaya benzeyen kavramların başında inançlı işlemler gelmektedir. İnançlı işlemlerin muvazaayla olan benzerlikleri ve farklılıkları ortaya konularak her iki kavramın unsurları ortaya konulmak suretiyle farklılaştırılması

11 ÖZKAYA, E., age, s. 174.; EREN, F., *Borçlar Hukuku*, s. 318.; ESENER, T., *Muvazaalı Muameleler*, s. 42.; REİSOĞLU, Safa (1999), *Borçlar Hukuku*, s. 78, İstanbul.

Yargıtay 14. Hukuk Dairesinin 18.05.1982 gün, E. 1982/2485 ve K. 1982/3186 sayılı Kararına göre, ‘BK’nın 18. maddesi uyarınca, sözleşmelerin yorumlanmasında kullanılan tabirlere ve isimlere bakılmayarak, tarafların gerçek ve müşterek amaçlarını aramak gerekir. Anılan Yasa hükmünce, mevşuf (nisbi) muvazaanın varlığı halinde, kural olarak tarafların ciddi olarak istedikleri, fakat başka bir işlem arkasına gizledikleri sözleşme geçerli olup, tarafların gerçek iradelerine uymayan bir durum varmış gibi göstermek amacıyla yaptıkları işlem yani muvazaalı sözleşme hükümsüzdür. Taraflar arasında hiçbir hüküm ve sonuç meydana getirmez’.

12 ADAY, N., agt, s. 23.

13 Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 01.03.2000 Gün, E. 2000/1-126 ve K. 2000/143 sayılı kararına göre, ‘Hemen belirtmelidir ki, BK’nın 18. maddesinde deyimini bulan muvazaa (...tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacı ile ve fakat kendi iradelerine uymayan, aralarında hüküm ve sonuç doğurmayan bir görünüş yaratmak hususunda anlaşmalarıdır...) şeklinde tanımlanabilir. Bilindiği gibi, muvazaa iki türlü olabilir; taraflar herhangi bir hukuki işlem yapmayı (oluşturmayı) istemezler, yalnız görünüşte bir hukuki işlem için gerekli irade açıklamasında bulunurlar; ya da taraflar gerçekten belli bir hukuki işlem yapmak isterler, ancak onu saklamak amacıyla başka bir işlemin kurulduğu görünümünü yaratmak üzere irade açıklamasında bulunurlar’.

yoluna gidilmektedir. Bunun yanı sıra eski hukukumuzda düzenlenen inançlı işlem ve nam-ı müstear kavramları ile muvazaanın taşınmazların devri yönünden bir arada incelendiklerini görmekteyiz. Bunun nedenleri üzerinde durmadan önce, sözü edilen kavramlarının anlamlarının belirlenmesi gerekir.

1.2.4.1. İnançlı İşlem, Nam-ı Müstear ve Muvazaadan Farkları

Malik (inanana), çeşitli nedenlerden dolayı taşınmaz mülkiyetini inandığı kimseye (inanılana) belirli bir amaç içerisinde kullanılmak üzere ciddi bir biçimde devretmeyi, buna karşılık inanılana aralarındaki borç ilişkisine uygun bir biçimde taşınmaza belirli bir süre malik olduktan sonra tekrar inanana veya aralarında kararlaştırdıkları üçüncü bir kişiye devretmeyi taahhüt etmektedir¹⁴. İnançlı işlemde taraflar elde etmek istediği amacı sağlamak üzere, taşınmaz mülkiyetini inanılana devretmek suretiyle, ona oldukça geniş bir olanak sağlamaktadırlar. Bunu bir örnekle açıklamak gerekirse, inanan aldığı krediye güvence olarak taşınmazını inanılana devretmekte, buna karşılık kredinin geri ödenmesi durumunda taşınmazın mülkiyetinin yeniden kendisine devredilmesini umut etmektedir. Görüldüğü üzere inanılanın sağlamış olduğu krediyi güvence altına almak üzere, taşınmazın mülkiyeti taraflar arasında yapılan ciddi bir sözleşmeyle inanılana devredilmektedir. Kredinin geri ödenmesiyle taşınmazın yeniden inanana devredileceği kararlaştırılmaktadır.

Görüldüğü üzere, inanan ve inanılan işlemi ciddi bir biçimde yapmaktadırlar. Başka bir ifadeyle, inançlı işlemde dışa yansıyan iradelerle tarafların gerçek iradeleri arasında bir uygunluk olup, üçüncü kişileri aldatma niyetleri bulunmadığından işlem geçerlidir. Bu bağlamda inançlı işlemde tarafların açıkladıkları iradeleriyle gerçek iradeleri birbirine uygun olması ve tarafların meydana getirdikleri işlemin hüküm ve sonuçlarını doğurmasını gerçekten istemeleri hasebiyle, inançlı işlemleri muvazaadan ayırmak için başvurulması gereken en önemli ölçüt budur¹⁵. Muvazaada taraflar gerçek iradelerine uygun olmayan bir görünüm meydana getirmektedirler. Meydana getirilen görünümle üçüncü kişileri aldatma niyet taşımaktadırlar, ya da

14 EREN, F., Borçlar Hukuku, s. 329.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, HATEMİ, Hüseyin, SEROZAN, Rona, ARPACI, Abdulkadir (2008), *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme*, Cilt I, s. 329, İstanbul.

15 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N. (HATEMİ, SEROZAN, ARPACI), age, s. 365.; ADAY, N., agt, s. 96.

bununla birlikte gerçek iradelerini meydana getirdikleri bu görünümün arkasına gizlemektedirler. Ancak öğretilerde azınlıklıkta kalan ve “muvazaa teorisi” olarak adlandırılan görüşü savunan yazarlara göre, bütün inançlı işlemler aslında muvazaalıdır. Muvazaa teorisini savunan yazarlara göre, inançlı işlemde tarafların asıl amacı, hakkın karşı tarafa devredildiği hususunda bir görünüm yaratmaktan ibaret olup, bu nedenle inançlı devir aslında muvazaa anlaşmasından başka bir şey değildir¹⁶. Ancak bu görüş haklı olarak eleştirilmiştir. Buna göre bütün inançlı işlemlerin muvazaalı olduğu görüşü oldukça ileri gitmektedir. Taraflar arasında yapılan işlem, ciddi bir biçimde istenmişse, artık muvazaadan söz etmek mümkün değildir. Buna karşın muvazaa savını ileri süren kimse, bunu ispat etmekle yükümlüdür¹⁷.

İnançlı işlemlerin hukuksal niteliği öğretilerde tartışmalıdır. Bir görüşe göre inançlı işlemler, vekalet sözleşmesi veya vekalet benzeri bir ilişki niteliğinde olup, vekaletle ilişkin hükümlerin inançlı işlemlere uygulanması gerekir. Diğer bir görüşe göre, inançlı işlemler hukuksal niteliği itibariyle kendine özgü bir sözleşmedir. Bu nedenle vekaletle ilişkin olan hükümler, inançlı işlemin bünyesine uygun düştüğü ölçüde uygulanır¹⁸. Ancak **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU** “vekalet benzeri işlem” ve “kendine özgü işlem” ayrımında pratik bir yarar bulunmadığını, çünkü her iki işlemde vekalet hükümlerinin örneksime (kıyas) yoluyla uygulanacağını ifade etmiştir¹⁹.

Hukuk Genel Kurulunun 17.05.2000 Gün, E. 2000/2-888 ve K. 2000/885 sayılı Kararında Yargıtay yukarıda belirtilen görüşü benimsediğini şu şekilde ifade etmiştir:

“Bu tür işlemler vekalet veya vekalet hükümlerinin uygulanacağı vekalet benzeri, kendisine özgü yapısı olan bir sözleşme olarak nitelendirilebilir”.

16 İsviçre öğretilerinde azınlıkta kalan bu görüş için bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N. (HATEMİ, SEROZAN, ARPACI)**, age, s. 365.

17 **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N. (HATEMİ, SEROZAN, ARPACI)**, age, s. 366.

18 **EREN, F.**, *Borçlar Hukuku*, s. 331.; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N. (HATEMİ, SEROZAN, ARPACI)**, age, s. 367.

19 **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N. (HATEMİ, SEROZAN, ARPACI)**, age, s. 367, Dip Not : 78.

İnançlı işlem, inana taşınmazın kendisine devri yönünde talep yetkisi tanıyan bir kişisel hak sağlar. Başka bir ifadeyle, inanca işlemle taraflar arasında nisbi nitelikli bir borç ilişkisi doğar²⁰. Taşınmazın sağlanan krediyi temin etmek amacıyla inanılana devredilmesine ilişkin olan yukarıdaki örnek dikkate alındığında, inanan kredi borcunu ödedikten sonra, inanılana yönelik taşınmaz mülkiyetinin kendisine devredilmesi konusunda kişisel bir talep hakkına sahiptir. İnanılan, inanca işlemle taşınmazın mülkiyetini geçerli bir şekilde iktisap ettiği için, taşınmazı üçüncü bir kişiye devretmesi durumunda, inananın üçüncü kişiye karşı ileri sürebileceği bir hakkı yoktur. Burada üçüncü kişinin iyiniyetli olup olmadığı her hangi bir önem taşımaz. İnanan, inanca işlemden doğan borç ilişkisine dayanarak, BK m. 96 ve devamı hükümlerine göre zararlarının tazminini inanılandan isteyebilir. Üçüncü kişi inanca işlemden haberdar olup, salt inananı zarar vermek amacıyla taşınmazı iktisap etmişse, bu durumda inanan BK m. 41/II gereği zararlarının tazmin edilmesini üçüncü kişiden de talep edebilir²¹.

Taraflar esas itibariyle inan sözleşmesi yapmak istemelerine karşın, taşınmazın karşı tarafta satımına ilişkin sözleşme yapmaları durumunda, muvazaada söz edilebilecek midir? Yukarıda belirtilen örnek dikkate alındığında, inanan ve inanılanın asıl amacı krediyi temin etmek üzere taşınmazın satımını kararlaştırmış olmaları durumunda, muvazaalı devirden söz etmek mümkün müdür?

Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, görünürdeki satım sözleşmesi muvazaalı, gizli inanca işlemde resmi şekle uygun yapılmamış olması nedeniyle geçersizdir. Öğretide ileri sürülen diğer bir görüşe göre, BK m. 18 gereği tarafların sözleşmede kullandıkları ifadelerle bakılmaksızın, onların gerçek iradelerinin araştırılması gerekir. Taraflar gerçekte inanca işlem yaptıkları halde, satım olarak ifade ettikleri yanlış nitelendirmeleriyle yargıç bağlı olmamalıdır. Böylece “yanlış belirtme zarar vermez” ilkesi gereği, tarafların gerçek iradelerine uyan inanca sözleşmesi geçerli olacaktır²².

20 **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N. (HATEMİ, SEROZAN, ARPACI)**, age, s. 367.; **EREN, F.**, *Borçlar Hukuku*, s. 333.

21 **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N. (HATEMİ, SEROZAN, ARPACI)**, age, s. 367.; **EREN, F.**, *Borçlar Hukuku*, s. 333.

22 **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N. (HATEMİ, SEROZAN, ARPACI)**, age, s. 373.

Kanaatimize göre ikinci görüşe üstünlük tanımak gerekir. Gerçekten BK m. 18, tarafların sözleşmede kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın onların gerçek iradelerinin araştırılacağı düzenlenmiştir. HUMK m. 74 gereği, maddi olguları anlatmak taraflara, hukuksal nitelendirmeyi yapmak yargıca ait bir görevdir. Sözü edilen hükümler birlikte değerlendirildiğinde, yargıç, tarafların sözleşmede kullandıkları sözcüklere bağlı kalmaksızın, onların gerçek iradelerini araştırarak hukuksal işlemin nitelendirmesini yapacaktır. Böylece tarafların gerçekte istedikleri ve taşınmazın devri taahhüdünü içeren sözleşmenin geçerli olan inanca işlem olduğu sonucuna varılmalıdır.

Taşınmaz satımlarında özellik gösteren bir durum da nam-ı müsteardır. Alıcı taşınmazı kendi adına ancak bir başkası hesabına satın alabilir. Gerçekte taşınmazı satın almak isteyen kimse, çeşitli nedenlerden dolayı taşınmazın devri sonucunu doğuracak işlemde taraf olarak gözükmek istemeyebilir. Örneğin V, işlerinin yürütülmesi için çok gereksinim duyduğu taşınmazı satın almaya yönelik iradesini, aralarındaki husumet nedeniyle S'ye yöneltmekten çekinebilir. Bu nedenle M'ye vekalet yetkisi vermek suretiyle taşınmazı kendi hesabına S'den satın almasını ve daha sonra kendisine devretmesini istemektedir. V başka bir nedenden dolayı yine satın sözleşmesine taraf olmak istemiyor ve bu durum diğerleri S ve M tarafından da bilinebilir. Tüm bu durumlarda nam-ı müstear durumu söz konusu olup, M taşınmazın devri taahhüdünü içeren sözleşmede V'nin ismini kendi isminin arkasına gizlemektedir. Başka bir ifadeyle, taşınmazın mülkiyeti gerçekte devredilmek istenen V'ye değil, bu kişinin ismi gizlenerek üçüncü bir kişi olan M'ye devredilmektedir²³.

Görüldüğü üzere nam-ı müstear ilişkisinin doğabilmesi için üç kişiye gereksinim duyulmaktadır. Taşınmazı satan, taşınmazı kendi adına ancak müvekkili hesabına alan kimse (vekil), taşınmazın hesabına alındığı, ancak ismi gizlenen üçüncü kişi (müvekkil).

1.2.4.2. Muvazaa, İnançlı İşlem ve Nam-ı Müstear Arasındaki İlişki

Muvazaa, inanca işlem ve nam-ı müstearı kuramsal açıdan bir arada tahlil etmek mümkün olduğu gibi, uygulamada da bu duruma rastlanabilmektedir.

23 ERTAŞ, Şeref (2005), *Eşya Hukuku*, s. 291, Ankara.

Yukarıda belirtilen örnekte V, M adına hareket ettiğini satıcı S'den gizliyor olabilir veya satıcı S, inançlı işlem yoluyla taşınmazı V'ye devretmiş, O'da daha sonra taşınmazı M'ye devretmeyi taahhüt etmiş olabilir. Birinci duruma ilişkin kabul edilen iki tane inançları birleştirme karar vardır. İkinci durumda ise, öğretide tartışmalı olmakla beraber, tarafta muvazaanın varlığından söz edilmektedir²⁴. Görüldüğü üzere nam-ı müstear muvazaa, inançlı işlem veya dolaylı temsilin hukuksal rejimine tabii tutulmuştur²⁵. Başka bir ifadeyle nam-ı müstear olayın özelliğine göre bazen muvazaa, bazen inançlı işlem, bazen de dolaylı temsile ilişkin bir işlem olarak ortaya çıktığından, hukuksal niteliği de bu işlemlerle birlikte değerlendirilerek ortaya konulacaktır²⁶.

Vekilin dolaylı temsil yetkisiyle müvekkil alıcının hesabına hareket ederek taşınmazı devralarak kendi adına tapuya tescil ettirdiği durumlarda, taraflar arasındaki vekalet sözleşmesinin müvekkile taşınmazı kendi adına tapuya tescil etmek amacıyla tapu kaydının düzeltilmesi davası açma yetkisi verip vermediği hakkında çıkarılan 05.02.1947 Gün ve 6 sayılı İnançları Birleştirme Kararına göre, BK m. 393/III hükmü gereği tapuda vekil V adına yapılan tescille mülkiyet müvekkil M'ye geçer. Bundan sonra müvekkil M'nin yapması gereken vekil V aleyhine tapu kaydının düzeltilmesi davası açmaktır. Böylece vekil nam-ı müstear nedeniyle açmış olduğu davada, ileri sürdüğü savları yazılı delille ispat etmek suretiyle taşınmazın mülkiyetini talep edebilecektir.

Yargıtay daha sonra kabul etmiş olduğu 07.10.1953 Gün ve 7/8 sayılı İnançları Birleştirme Kararına konu olan olayda, eşlerden M, satın almak istediği taşınmazın bedelini ve satın almak üzere doğrudan temsil yetkisini diğer eş V'ye vermiştir. Ancak V, taşınmazı kendi adına iktisap ederek tapuya tescil ettirmiştir. M'nin taşınmazın kendi adına kaydedilmesi için açmış olduğu tapu kaydının düzeltilmesi davasının reddedilmesi üzerine Yargıtay, 07.10.1953 Gün ve 7/8 sayılı İnançları Birleştirme Kararıyla, M ve V arasında ilişki vekalet dayandığına, ancak vekalet sözleşmesinin de tek başına taşınmaz mülkiyetini devretmeyi talep yetkisini

24 ERTAŞ, Ş., age, s. 292.

25 SUNGURBEY, İsmet (2003), *Medeni Hukukun Temel Sorunları*, s. 958, Ankara.

26 SUNGURBEY, İ., *Temel Sorunlar*, s. 959.

vermediğine hükmetmiştir. M bu durumda taahhüdüne aykırı davranan V'den zararlarının tazminini talep edebilir.

Yargıtay'ın kabul ettiği her iki inançları birleştirme kararları öğretide haklı bir biçimde eleştirilmiştir. Buna göre 05.02.1947 Gün ve 6 sayılı İnançları Birleştirme Kararında belirtilen çözüm tarzı benimsenemez. BK m. 393/III hükmü sadece taşınır mallara ilişkin olup, taşınmazlara uygulanmaz. Bunun yanı sıra, vekil adına yapılacak tescil işlemiyle müvekkilin malik olması, hukuk sistemimizde mümkün değildir. Bu bağlamda vekil adına yapılan tescil işlemiyle müvekkil taşınmaz mülkiyetini iktisap edememesi nedeniyle, sadece taşınırlara uygulanan BK m. 393/III dayanak alınarak bu sonuca ulaşılması doğru değildir²⁷.

07.10.1953 Gün ve 7/8 sayılı İnançları Birleştirme Kararı da öğretide oldukça eleştirilmiştir. Buna göre vekil, müvekkili, hesabına devraldığı taşınmazı BK m. 392/I gereği ona devretme borcu altındadır. Vekilin burada söz konusu olan devir borcu, yasadan doğmaktadır. Bu bağlamda artık devir taahhüdünün resmi şekilde yapılması zorunluluğu ortadan kalkmaktadır. Bunun yanı sıra, öğretide hakim olan görüş doğrultusunda taşınmazın devralmaya yönelik vekalet sözleşmesinin dahi resmi şekilde yapılma zorunluluğu yoktur. Böylece müvekkil, aralarındaki vekalet sözleşmesine dayanarak taşınmaz mülkiyetinin kendi adına tescili için vekil aleyhine tapu kaydının düzeltilmesi davası açabilir²⁸.

Satıcı S, inançlı işlem nedeniyle taşınmazı daha sonra müvekkile devretmek üzere inanılan vekile devretmişse, burada işlemin taraflarında muvazaa, inançlı işlem ve nam-ı müstearın bir araya geldiği kabul edilmektedir. Buna göre taraflar gerçekte taşınmazı müvekkile devretmeyi istedikleri halde, bu kişi muvazaalı olarak gizlenmek suretiyle taşınmaz onun yerine inanılan vekile devredilmektedir. Öğretide hakim olan görüşe göre, burada vekille yapılan sözleşme muvazaa, taşınmazı gerçekte devralmak isteyen müvekkile yapılan sözleşmeye resmi şekil kurallarına aykırı olması nedeniyle geçersizdir²⁹.

27 **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N. (HATEMİ, SEROZAN, ARPACI)**, age, s. 380.

28 **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N. (HATEMİ, SEROZAN, ARPACI)**, age, s. 380.
Öğretide Yargıtay'ın 07.10.1953 Gün ve 7/8 sayılı İnançları Birleştirme Kararında belirttiği ilkeleri savunan görüş için bkz. **ERTAŞ, Ş.**, age, s. 293.

29 **OĞUZMAN, K., SELİÇİ, Ö., OKTAY ÖZDEMİR, S.**, *Eşya Hukuku*, s. 302.; **ÖZSUNAY, E.**, age, s. 231.; **POSTACIOĞLU, İlhan** (1945), *Gayri Menkullerin Ferağına Müteallik Akitlerde Şekle Riayet*

Öğretide ileri sürülen diğer bir görüş, nam-ı müstearın inançlı işlemle bir arada bulunduğu durumlarda farklı bir çözüm yolu öngörmüştür. Buna göre taşınmaza gerçekte malik kılınmak istenen ve ismi gizlenen kişinin bilgi ve muvafakatiyle taşınmaz inanılana devredilmişse, inanılan doğrudan yetkili temsilci durumundadır. Artık işlemi muvazaa nedeniyle geçersiz saymak doğru değildir. BK m. 32 hükümleri uygulanarak sorun çözülmelidir. Ancak taşınmazın gerçekte devredilmek istenilen kimsenin bilgi ve muvafakati dışında inanılana devredilmişse, inanılan yetkisiz doğrudan temsilci durumundadır. Sorun BK m. 38 ve 39 uygulanarak çözümlenmelidir³⁰.

1.3. Muvazaanın Unsurları

Yukarıda yapılan açıklamalar dikkate alındığında, muvazaanın unsurlarının belirlenmesinde mutlak muvazaa ve nisbi muvazaa yönünden ayırımı gidilmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

İrade ve irade açıklaması arasında bilerek meydana getirilen uygunsuzluk (görünürdeki işlem), üçüncü kişileri aldatma amacı, muvazaa anlaşması ve gizli işlem unsurlarından ilk üçü her iki muvazaa türünde ortak olup, nisbi muvazaa farklı olarak gizli işlem unsurunu da içermektedir.

Burada muvazaanın türlerine göre hangi unsurları içerdikleri hususu üzerinde durulacaktır.

1.1. Mutlak Muvazaanın Unsurları

Daha önce belirtildiği üzere, mutlak muvazaada, taraflar üçüncü kişilere karşı bir hukuksal işlem yapmış gibi bir görünüm meydana getirmektedirler. Ancak sözü edilen görünüşteki işlemin kendi aralarında hiçbir hüküm sonuç doğurmayacağı konusunda anlaşmaktadırlar. Bu bağlamda mutlak muvazaanın ilk unsurunun 'görünürdeki işlem' olduğu söylenebilir. Mutlak muvazaanın diğer unsurları,

Mecburiyeti, s. 114, İstanbul.

ESENER, T., *Muvazaalı Muameleler*, s. 181.; **SUNGURBEY, İ.**, *Temel Sorunlar*, s. 961.

30 **ERTAŞ, Ş.**, age, s. 294.

Öğretide tarafta muvazaanın varlığını kabul etmeyen görüş için bkz. **ADAY, N.**, agt, s. 21.

‘üçüncü kişileri aldatma amacı’ ve görünürdeki işlemin hiçbir hüküm ve sonuç doğurmayacağına ilişkin, taraflar arasında yapılan, ‘muvazaa anlaşması’dır.

Mutlak muvazaanın unsurları arasında, nisbi muvazaadan farklı olarak, gizli işlem unsuru da yer almaz.

1.3.1.1. Görünürdeki İşlem

Muvazaada taraflar esas itibariyle bir işlem yapma iradeleri yoktur. Ancak üçüncü kişilere karşı meydana getirdikleri görünürdeki işlem onların gerçek iradelerine uygun değildir. Başka bir ifadeyle muvazaada irade ile irade açıklaması arasında bir uygunsuzluk bulunup, sözü edilen durum, hukuksal işlemin taraflarınca bilerek yaratılmaktadır.

1.3.1.1.1. Tarafların İradeleri ile İrade Açıklamaları Arasında Uygunsuzluğun Bulunması

Hukuksal işlemler, belirli bir hukuki sonuç doğurmaya yönelmiş irade açıklamasıdır. Bu nedenle hukuksal işlemlerin meydana gelebilmesi için hukuksal sonuç doğurmaya yönelmiş irade açıklamaları ile iç iradenin birbirine uygun olması gerekir. Bu bağlamda hukuksal işlemlerin temel kurucu unsurunun irade açıklaması olduğu söylenebilir.

İrade kişinin iç dünyasına ilişkin psikolojik ve deruni bir kavram olup, açıklanmadığı sürece hukuk düzenini ilgilendirmez³¹. Ancak dışa vurulan ve bir hukuki sonuç doğurmaya yönelmiş irade hukuk düzenini ilgilendirir³². Bu nedenle

31 **ESENER, T.**, *Hukuk Başlangıcı*, s. 311.; **ESENER, T.**, *Muvazaalı Muameleler*, s. 8.

32 Hukuksal işlemin kurucu unsuru olan irade açıklamasının, işlemin hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için varlığı tek başına yeterli olmayabilir. Hukuksal işlemin hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için irade açıklamasının yanı sıra bazı kurucu unsurlara daha ihtiyaç duyulur. Örneğin fesih ve dönme tek taraflı hukuki işlemler olup hüküm ve sonuçlarını doğurmaları için, hak sahibinin iradesini açıklaması yeterlidir. Ancak sözleşmelerin kurulabilmesi için öneride bulunanın önerisine uygun kabul beyanının da bulunması gerekir. Taşınmazlar üzerinde mülkiyeti devir amacı güden işlemlerin kurulabilmesi için, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradelerini tapu memuru önünde açıklamaları gerekir. Burada tarafların karşılıklı ve birbirine uygun açıkladıkları iradeleri, hukuksal işlemin irade açıklaması unsurunu; tapu memuru önünde mülkiyeti devir amacı güden işlemin yapılması irade açıklanmasına eklenmesi gereken bir geçerlilik unsurunu oluşturur (**EREN, F.**, *Borçlar Hukuku*, s. 113.; **ESENER, T.**, *Hukuk Başlangıcı*, s. 311.; **ESENER, T.**, *Muvazaalı Muameleler*, s. 9.).

hukuk düzeni, açıklanmış, dış dünyaya aksettirilmiş bir iradeye değer atfeder³³. Kişinin kendi iç dünyasında kalmış ve açıklanmamış bir irade hukuk bakımından herhangi bir değer taşımaz.

Hukuksal işlemlerin geçerli bir biçimde meydana gelmesi için hukuki sonuç doğurmaya yönelmiş irade ile dış dünyaya yansıyan açıklamasının birbirine uygun olması gerekir. İrade ve açıklamasının birbirine uygun olmaması durumunda irade bozukluğu söz konusu olur. İrade ve açıklama arasındaki bu uygunsuzluk istemeden meydana gelebileceği gibi hukuksal işlemin taraflarınca bilerekte meydana getirilebilir³⁴.

Hukuksal işlemin taraflarından biri veya her ikisi, irade ile açıklaması arasında kasıtlı bir uygunsuzluk yaratabilir. Bu bağlamda hukuksal işlemin her iki tarafı, irade ile açıklaması arasında bilerek uygunsuzluk meydana getiriyorsa, muvazaa söz konusu olur³⁵.

İrade ve açıklaması arasında gerçekten bir uygunsuzluk bulunup bulunmadığının belirlenmesi bir yorum sorunudur. Başka bir ifadeyle, irade ve açıklamasının birbirine uygun olup olmadığı, irade açıklamalarının yorumlanması sonucunda ortaya çıkacaktır. İrade açıklamalarının yorumlanmasına ilişkin çeşitli teoriler ileri sürülmüştür.

İrade açıklamalarının yorumlanmasında ileri sürülen en eski teori irade teorisidir. Ortaçağ pandektist hukukçuları tarafından ortaya atılan irade teorisine göre, bir irade açıklaması ancak kişinin iç iradesine uygun olduğu takdirde geçerlidir³⁶. İrade teorisini savunan yazarlar, iradenin bağımsızlığı ilkesini hareket noktası olarak kabul etmektedirler. Buna göre bir kimse ancak kendi iç iradesine uyan bir irade açıklamasıyla bağlı tutulabilir. Çünkü sözü edilen irade açıklamasının

33 İrade açıklamalarının belirli bir şekilde yapılma zorunluluğu, kural olarak, yoktur. İrade açıklamaları açık bir şekilde yapılabileceği gibi örtülü olarak ta yapılabilir. Ancak bazı durumlarda irade açıklamalarının belirli bir şekilde yapılması zorunludur. Örneğin taşınmazlar üzerinde mülkiyeti devretmeye yönelik iradelerin resmi şekilde açıklanması gerekir.

34 İrade ile açıklaması arasındaki uygunsuzluğun istemeden meydana gelmesi durumunda irade sakatlığı söz konusu olur. Borçlar Kanunu'nun 23 ve devamı maddelerinde irade sakatlığının yanılma (hata), aldatma (hile) ve korkutmadan (tehditten) kaynaklandığı düzenlenmiştir.

35 İrade ile açıklaması arasındaki uygunsuzluk tek taraflı ve bilerek meydana getiriliyorsa gizli kayıt veya latife beyanı söz konusu olur.

36 **ESENER, T.**, *Muvazaalı Muameleler*, s. 8.; **EREN, F.**, *Borçlar Hukuku*, s. 136.; **HATİPOĞLU, Cihan Yüksel** (2002), *Murisin Mirasçıları Aleyhine Yaptığı Sağlararası Muamelelerin Hukuki Sonuçları*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 7., Konya.

içeriğini, açıklamada bulunanın iç iradesi oluşturur. Açıklama iradenin dış dünyaya yansıtılmasının bir aracı olabilir³⁷.

İrade teorisi öğretilerde oldukça eleştirilmiştir. Bu eleştiriler, irade teorisinin sadece irade açıklamasında bulunan kişiyi koruduğunu, irade açıklamasına muhatap olanın menfaatini tamamen ihmal ettiğini, muhatabın irade açıklamasında bulunanın iç iradesini bilmesinin her zaman fiilen mümkün olmadığı, bu nedenle taraflar arasında eşitliği bozduğu gerekçelerine dayandırılmıştır³⁸.

Yukarıda belirttiğimiz sakıncaları nedeniyle, irade teorisine tepki olarak beyan teorisi bazı yazarlarca savunulmuştur. Beyan teorisini savunan yazarlara göre, hukuk düzeninin sonuç bağladığı kişinin iç iradesi değil, dışa yönelik irade açıklamalarıdır³⁹. Bu bağlamda birbirine uygun irade açıklamaları, tarafların iç iradelerine uygun olmasa da, geçerlidir⁴⁰.

Beyan teorisi, irade açıklamasında bulunanın iç iradesine önem vermediği, bu nedenle taraflar arasındaki eşitliği bozduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir.

İrade teorisi ve beyan teorisinin belirtilen sakıncaları nedeniyle bu görüşler artık terk edilmiş, öğretisi ve uygulamada, hakkaniyet ve adalet duygularına daha uygun düşen güven teorisi geliştirilmiştir⁴¹. Güven teorisine göre muhatap, bütün

37 **ESENER, T.**, *Muvazaalı Muameleler*, s. 8.; **TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP**, age, s. 71.; **EREN, F.**, *Borçlar Hukuku*, s. 136.; **HATİPOĞLU, C. Y.**, agt, s. 7.

38 **ESENER, T.**, *Muvazaalı Muameleler*, s. 9.; **TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP**, age, s. 72., **EREN, F.**, *Borçlar Hukuku*, s. 137.; **HATİPOĞLU, C. Y.**, agt, s. 8.

39 **ESENER, T.**, *Muvazaalı Muameleler*, s. 9.; **TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP**, age, s. 72., **EREN, F.**, *Borçlar Hukuku*, s. 137.

40 **EREN** beyan teorisini, subjektif beyan teorisi ve objektif beyan teorisi olarak tasnif etmiştir. Yazar subjektif beyan teorisinde, muhatabın, kendi anlayışına göre irade açıklamasına verdiği anlamın önem taşıdığını; objektif beyan teorisinde muhatap ve beyan sahibi bir tarafa bırakılarak, üçüncü kişilerin anlayış ve yorum tarzının esas alındığını ileri sürmektedir (**EREN, F.**: *Borçlar Hukuku*, s. 138 vd.).

41 Güven teorisi irade açıklamalarının yorumlanmasında bu gün uygulama ve öğretilerde kabul edilen görüştür. **AKYOL**'un şu sözleri bu gün özel hukukta güven teorisinin önemini anlatmaya yetecektir: 'Güvenin korunması düşüncesi öyle coşku ile doğup, hukukun ilham ve hakkaniyetin nehir yataklarını öyle hızlı doldurdu ki, bir an sanki 'güvenin korunması' tüm hakkaniyet alanlarını işgal edecek gibi göründü' (**AKYOL, Şener** (2007), *Medeni Hukukta Çelişki Yasağı*, s. 24, İstanbul.). Güven teorisi ile ilgili Türk Hukukunda şu kaynaklara bakılabilir, **KAPLAN, İbrahim** (1987), *Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi*, Ankara.; **ESENER, Turhan**, *Borçlar Hukuku Sistemimize Göre Akitlerin İnikadında İtimat Prensibinin Önemi*, AÜHF, Cilt IX, s. 166.; **KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, Necip** (1978), *Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı*, İstanbul.; **AKYOL, Şener** (2007), *Medeni Hukukta Çelişki Yasağı*, İstanbul.; **EREN, Fikret** (2003), *Borçlar Hukuku*, İstanbul.; **ESENER, Turhan** (1956), *Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler*, İstanbul. Yargıtay gerek iradelerin açıklanmasında gerekse sözleşmelerin yorumlanmasında güven teorisini benimsemiştir: '...Sözleşmelerin yorumunda da kabul edilen bu teori, 'güven prensibi'dir. Beyan muhatabının fiilen o beyanı nasıl anladığına ya da kendisince bilebilen bütün hal ve şartları dürüstlük (objektif hüsnüniyet) kuralları gereğince

koşulları ve verileri değerlendirerek kendisine yöneltilmiş irade açıklamasını anlamlandırır⁴². Başka bir ifadeyle, yargıç, tarafların açıkladıkları iradelerini yorumlarken, dürüst ve iyi niyetli bir kimsenin sözü edilen iradeye vereceği anlamı esas alır⁴³. Buradan da anlaşılacağı üzere, güven teorisinin esası, TMK m. 2’de düzenlenen dürüstlük kuralına dayanır⁴⁴.

Her ne kadar, irade açıklamaları ve sözleşmelerin yorumlanmasında, öğreti ve uygulama da hakim görüş, güven teorisini esas kabul etmişse de, BK m. 18 hükmü dikkate alındığında, muvazaanın belirlenmesinde irade teorisinin hakim kılındığı anlaşılmaktadır. Bu bağlamda tarafların gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradelerinin esas alınacağına ilişkin olan hükmün, irade teorisine ağırlık verdiği kanaatindeyiz⁴⁵.

1.3.1.1.2. İrade ile İrade Açıklaması Arasındaki Uygunsuzluğun Bilerek Meydana Getirilmesi

İrade ve irade açıklaması arasında meydana getirilen uygunsuzluğun kasıtlı olması gerekir. Bu bağlamda muvazaada, irade ve irade açıklaması arasında bilerek meydana getirilen uygunsuzluk, hukuksal işlemin her iki tarafının iradesinden kaynaklanmaktadır. Başka bir ifadeyle muvazaada, hukuksal işlemin her iki tarafı irade ve irade açıklaması arasındaki uygunsuzluğu bilerek meydana getirirler.

Hukuksal işlemin taraflarından birinin, irade ve irade açıklaması arasında uygunsuzluğu bilerek meydana getirmesi durumunda, gizli kayıt veya latife beyanı söz konusu olur. Borçlar Kanunumuzda açıkça düzenlenmeyen gizli kayıta,

değerlendirerek nasıl anlaması gerektiğine bakılması icap eder ki bu güven ilkesinin bir sonucudur’

(Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun **03.04.1963 gün ve 2/93 E ve 29 K sayılı Kararı**). Güven teorisinin, klasik güven teorisi ve yeni güven teorisi olarak ikiye ayrıldığı, yeni güven teorisinin son zamanlarda İsviçreli hukukçular tarafından geliştirilerek meram anlatma teorisinin ortaya atıldığı hakkında bkz. **EREN, F.**, *Borçlar Hukuku*, s. 240 vd.; **KAPLAN, İ.**, age, s. 29.

42 **AKYOL, Ş.**, *Medeni Hukukta Çelişki Yasağı*, s. 28.

43 **AKİPEK, Jale G., AKINTÜRK, Turgut** (2002), *Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri - Kişiler Hukuku*, s. 180, İstanbul.

44 **AKYOL, Şener**, *Medeni Hukukta Çelişki Yasağı*, s. 26.; **ESENER, T.**, *Muvazaalı Muameleler*, s. 10.; **TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP**, age, s. 73.; **EREN, F.**, *Borçlar Hukuku*, s. 140.; **SUNGURBEY, İ.**, *Temel Sorunlar*, s. 1014.; **AKİPEK, J.G, AKINTÜRK, T.**, age, s. 180.

45 **EREN, F.**, *Borçlar Hukuku*, s. 321.; **ESENER, T.**, *Muvazaalı Muameleler*, s. 50.

tarafından biri irade ve irade açıklaması arasındaki uygunsuzluğu bilerek meydana getirmekte ve bu durumu diğer taraftan gizlemektedir⁴⁶. Gizli kayıt durumunda irade açıklamasında bulunan, açıklamış olduğu iradesi ile bağlıdır⁴⁷. **von TUHR**'a göre bu durum hukuksal ilişkilerdeki güvenliği ve verilen söze bağlılığı sağlamakla yükümlü olan hukuk düzeninden kaynaklanmaktadır⁴⁸. Bu bağlamda gizli kayıt nedeniyle hukuksal işlemin geçersiz olarak kabul edilmemesi yoruma ilişkin genel kurallara ve güven teorisine de uygundur⁴⁹.

İrade ve irade açıklaması arasındaki uygunsuzluk, irade açıklamasında bulunan tarafından, şaka yoluyla meydana getiriliyorsa latife beyanı söz konusu olur. Burada, irade açıklamasında bulunan, üçüncü kişileri aldatma kastı taşımamakta ve açıkladığı iradesinin muhatap tarafından ciddiye alınmayacağı inancını taşımaktadır⁵⁰. Latife beyanının irade açıklamasında bulunanı bağlayıp bağlamayacağı sorunu güven teorisi bağlamında çözümlenir⁵¹. Buna göre muhatap irade açıklamasında bulunanın ciddi olmayan bir beyanda bulunduğunu, durum ve koşullara göre anlayabilecek durumdaysa, latife beyanı, irade açıklamasında bulunan kimseyi bağlamaz. Ancak ciddi olmayan irade açıklaması, durum ve koşullara göre muhatap tarafından anlaşılmaz ve ciddiye alınır, latife beyanı, irade açıklamasında bulunanı bağlar⁵².

46 **TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP**, age, s. 424.

47 **ESENER** gerçek iradesini saklı tutan kimsenin, gerçek iradesi ile irade açıklaması arasındaki uygunsuzluğu ileri sürerek bir tazminat karşılığında irade açıklamasının hüküm ve sonuçlarını ortadan kaldıramayacağını, çünkü kimsenin kötünüyetini ileri süremeyeceğini belirttikten sonra, bu durumda esaslı hataya ilişkin hükümlerin de uygulanamayacağını ifade etmiştir (**ESENER, T.**, *Muvazaalı Muameleler*, s. 26.).

48 **von TUHR, Andreas** (1983), *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı*, Çeviren Cevat EDEGE, s. 272, Ankara.; Aynı yönde **ESENER, T.**, *Muvazaalı Muameleler*, s. 26, Dip Not : 84.

49 **TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP**, age, s. 424.; **von TUHR, A.**, age, s. 273.; **OĞUZMAN, K., ÖZ, T.**, *Borçlar Hukuku*, s. 79.; **ESENER, T.**, *Muvazaalı Muameleler*, s. 26.

50 **ESENER, T.**, *Muvazaalı Muameleler*, s. 24.

51 **TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP**, age, s. 425.; **OĞUZMAN, K., ÖZ, T.**, *Borçlar Hukuku*, s. 80.; **ESENER, T.**, *Muvazaalı Muameleler*, s. 25.; **EREN, F.**, *Borçlar Hukuku*, s. 313.

52 **von TUHR** muhatapın irade açıklamasını ciddiye alması durumunda BGB § 118'in, irade açıklamasında bulunanın karşı tarafın uğradığı zararları karşılamak koşuluyla, hukuksal işlemin butlanının ileri sürebileceğini düzenlediğini, latife beyanına ilişkin benzer bir hükmün Türk-İsviçre Borçlar Kanununda düzenlenmediğini bu nedenle uyuşmazlığa Borçlar Kanunu'nun 23 ve devamı maddelerinde düzenlenen hataya ilişkin hükümlerin uygulanabileceğini belirtmiştir (**von TUHR, A.**: age, s. 273). Aynı doğrultuda ki görüş için bkz. **TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP**, age, s. 425, Dip Not : 39.; **EREN, F.**, *Borçlar Hukuku*, s. 313.

Muvazaa bir sözleşme olmasına karşılık, latife beyanı karşı tarafça ciddiye alınmayacağı ümidiyle yapılan tek taraflı bir irade açıklamasıdır. Bunun yanı sıra latife beyanında, muvazaada olduğu gibi, üçüncü kişileri aldatma kastı yoktur⁵³. Gizli kayıttın tek taraflı olarak meydana getirilmesi onu muvazaadan farklı kılmaktadır.

İrade ve irade açıklaması arasında taraflardan birinin istemeden uygunsuzluk yaratmasına yanılma denir. Bunun yanı sıra aldatma veya korkutmada da irade ve açıklama arasında dıştan gelen bir etkiyle tek taraflı uygunsuzluk yaratılmaktadır. Yanılma, aldatma ve korkutma hallerinde, taraflardan birinin gerçek iradesi ile açıkladığı iradesi arasında bir uygunsuzluk bulunmaktadır. Ancak muvazaadan farklı olarak, söz konusu uygunsuzluk, taraflardan sadece birisinin iradesi ile irade açıklaması arasında istemeden meydana gelmektedir. Yanılma, aldatma ve korkutmaya ilişkin olan hükümler Borçlar Kanunu'nun 23 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir.

1.3.1.2. Üçüncü Kişileri Aldatma Kastı

Muvazaanın unsurlarından birisi de üçüncü kişileri aldatma kastıdır. Taraflar, üçüncü kişilere karşı bir görünüm yaratarak onları aldatmak kastıyla hareket etmektedirler. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, üçüncü kişileri aldatma kastı, muvazaanın unsurları arasında en tartışmalı olanıdır.

ESENER'e göre, üçüncü kişileri aldatma kastı, gerçek irade ile irade açıklaması arasındaki uygunsuzluğun bilerek meydana getirilmesinin sebebidir⁵⁴. **ÖZKAYA** aynı yöndeki görüşünü belirttikten sonra, üçüncü kişileri aldatma kastının, taraflar bakımından bir amaç olduğunu, esas itibarıyla bu amaç olmaksızın muvazaadan söz edilemeyeceği görüşünü ileri sürmüştür⁵⁵. **EREN** tarafların işlemi yaparken gerçek iradelerini saklamak niyetlerinin ancak üçüncü kişilerin aldatılması

53 **ESENER, T.**, *Muvazaalı Muameleler*, s. 25.

54 **ESENER, T.**, *Muvazaalı Muameleler*, s. 11.
Aynı doğrultudaki görüşler için bkz. **REİSOĞLU, Seza** (1999), *Borçlar Hukuku*, s. 77, İstanbul.;
YAVUZ, N., age, s. 50.

55 **ÖZKAYA, E.**, age, s. 172.

yoluyla gerçekleşebileceğini, üçüncü kişileri aldatma kastının muvazaanın içeriğine dahil zorunlu bir unsur olduğu görüşünü benimsemiştir⁵⁶.

İsviçre öğretisi⁵⁷ ve Federal mahkeme kararlarında da üçüncü kişileri aldatma kastının muvazaanın unsurları arasında yer aldığı görüşü benimsenmektedir⁵⁸.

KARAYALÇIN'a⁵⁹ göre, üçüncü kişileri aldatma kastının Türk-İsviçre Hukuklarında muvazaanın asli unsurları arasında yer alması, muvazaa alanında, önemli yapısal sorunları da beraberinde getirmektedir. Yazar bu doğrultuda, üçüncü kişileri aldatma kastının mevcut olmadığı durumlarda muvazaanın da söz konusu olamayacağı gibi yanlış bir düşüncenin ortaya çıkacağını, muvazaanın ancak taraflar arasında söz konusu olabileceğini, bu nedenle üçüncü kişileri aldatma kastının olmadığı durumlarda da taraflar arasında muvazaanın söz konusu olabileceği görüşünü ileri sürmüştür. Taraflar arasında görünürde veya gizli yapılan sözleşme üçüncü kişiler aleyhine bir görünüm yaratmak (onlara zarar vermek) amacıyla yapılmışsa, bu durumda sözleşme hukuku problemi olarak muvazaanın değil, üçüncü kişilere zarar vermek kastıyla işlenmiş bir haksız fiilin söz konusu olacağını belirtmiştir.

Alman hukukunda, üçüncü kişileri aldatma kastının muvazaanın unsurları arasında yer almadığı görüşü benimsenmiştir. Alman hukukçuları⁶⁰ bu bağlamda üçüncü kişileri aldatma kastının, kural olarak muvazaa anlaşması içerisinde bulunduğunu belirtmekle beraber, muvazaanın zorunlu unsurları arasında yer almadığını ileri sürmüşlerdir⁶¹.

56 **EREN, F.**, *Borçlar Hukuku*, s. 317.

57 **KRAMER, Ernst A.** (1985), *Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationrecht*, Bern.; **MEIER, HAYOZ** (1948), *Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluss, Ein Beitrag zur Lehre von der Auslegung und den Mängeln des Vertragsabschlusses beim Schuldvertrag*, Aarau. (**ADAY, N.**, agt, s. 9, Dip Not : 31.)

58 **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N. (HATEMİ, SEROZAN, ARPACI)**, age, s. 345.; **EREN, F.**, *Borçlar Hukuku*, s. 317.; **ESENER, T.**, *Muvazaalı Muameleler*, s. 11.; **ADAY, N.**, agt, s. 9.

59 **KARAYALÇIN, Yaşar** (1999), *Muvazaa (Danışık)- Hileli Anlaşma- Mirasbırakanın Muvazaası*, Prof. Dr. Selahattin Sulhi TEKİNAY'ın Hatırasına Armağan, s.343- 373, İstanbul.

60 **LARENZ, Karl** (1987), *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, 7 Aufl., München.; **HEINRICH, Helmut** (1990), *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, 49. Neubearbeitete, Aufl. München.; (**ADAY, N.**, agt, s. 9, Dip Not : 33.)

61 **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N. (HATEMİ, SEROZAN, ARPACI)**, age, s. 345.; **ÖZKAYA, E.**, age, s. 172.; **ADAY, N.**, agt, s. 9.

Alman hukukundan etkilenen **ADAY**'a⁶² göre, bir işlemi gerçekleştiren tarafların, aynı zamanda bu işlemin aralarında hüküm doğurmayacağını kararlaştırmışlarsa, sonuç olarak üçüncü kişileri aldatmış sayılırlar. Yazar, söz konusu durumun muvazaanın dışarıya karşı oluşturduğu bir sonuç olduğunu, bu nedenle, özellikle muvazaanın ispatında, görünürdeki işlemin taraflar arasında hüküm ifade etmeyeceği konusundaki uyuşmanın sabit olmasının yeterli sayılması, ayrıca söz konusu işlemin üçüncü kişileri aldatmak amacıyla yapılıp yapılmadığının araştırılmasına gerek olmadığını belirttikten sonra, üçüncü kişilerin aldatma kastının muvazaa anlaşmasının içerisinde yer aldığını, bu nedenle ayrı bir unsur olarak nitelendirilmemesi gerektiğini belirtmiştir.

Yargıtay'ın yerleşmiş uygulamasına göre, üçüncü kişileri aldatma kastı muvazaanın unsurları arasında yer almaktadır. Yargıtay⁶³ 1. Hukuk Dairesinin 20.05.1998 Gün, E. 1998/6098 ve K. 1998/6098 sayılı Kararına göre;

'... Muvazaa, kısaca irade ve beyan arasında bilerek yaratılan uygunsuzluk 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...'

Taraflar muvazaalı işlemi yaparken bir görünüm yaratmaktaki amaçları üçüncü kişileri yanıltmaktır. Ancak tarafların üçüncü kişileri aldatma kastıyla yapmış oldukları işlemde, yine üçüncü kişilere zarar verme kastı her zaman bulunmayabilir. Başka bir ifadeyle, bir işlemin tarafları, söz konusu işlemi üçüncü kişileri aldatmak kastıyla muvazaalı olarak yapmaları onların her zaman üçüncü kişilere zarar verme kastını taşıdıkları anlamına gelmez. Örneğin varlıklı bir kimsenin çocuklarını

62 **ADAY, N.**, agt, s. 9.; Aynı doğrultuda olan görüş için bkz.

KİPER, Osman (1995), *Muvazaa (Mirasçandan Satış Görünümüyle Mal Kaçırma), Tenkis, Mirasta Geri Verme, Mirasta hak ediş (İstihkak) Davaları*, s. 23, Ankara.

63 Ayrıca bkz. **Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 06.11.1996 Gün, E. 1996/596 ve K. 1996/737** sayılı kararı.

çalışmaya sevk etmek için mallarını muvazaalı olarak devretmesinde üçüncü kişileri aldatma kastının bulunmasına karşın zarar verme kastı yoktur.

Üçüncü kişileri aldatma amacı ile zarar verme kastını bu biçimde ayrılması gerektiğini belirttikten sonra, görünürdeki işlemin üçüncü kişilerin aldatılması yoluyla gizlenebileceği belirtilmelidir. Böylece tarafların görünürdeki işlemi gizleme kastı, ancak üçüncü kişileri aldatılması suretiyle gerçekleşebilir. Belirttiğimiz bu gerekçelerle, üçüncü kişileri aldatma kastının, muvazaanın unsurlarından biri olduğu görüşünü benimsiyoruz.

1.3.1.3. Muvazaa Anlaşması

Tarafların üçüncü kişilere karşı bir görünüm yaratmak amacıyla yaptıkları işlemin, kendi aralarında hüküm ve sonuç doğurmayacağına ilişkin yaptıkları anlaşmaya, ‘muvazaa anlaşması’ denir.

Muvazaa anlaşması hukuki niteliği itibariyle bir sözleşmedir. Bu nedenle sözleşmelere ilişkin Borçlar Kanunumuzda düzenlenen genel hükümler muvazaa anlaşmasına da uygulanır. Bu bağlamda muvazaa anlaşması BK m. 1’e göre, ‘*iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun surette rızalarını beyan etmeleri ile inikat eder*⁶⁴. İşte muvazaanın bu niteliği onu gizli kayıt, latife beyanı gibi tek taraflı irade açıklamalarından ayırt eder⁶⁵. BK m. 11’ de düzenlenen şekil özgürlüğü ilkesi, muvazaa anlaşması içinde geçerlidir. Bu nedenle muvazaa anlaşmasının geçerliliği, onun herhangi bir şekil koşuluna uyularak yapılmasına bağlı değildir. Muvazaa anlaşması, taraflarca bizatihi yapılabileceği gibi, temsilci aracılığıyla da yapılabilir. Taraflardan birisinin yetkili temsilcisinin yaptığı muvazaa anlaşması, temsil olunanı bağlar.

64 Öğretide tek taraflı hukuksal işlemlerinde muvazaalı olabileceği kabul edilmektedir. Ancak muvazaa anlaşmasının iki taraflı olma niteliği göz önünde bulundurulduğunda, karşı tarafın işlemin muvazaalı olduğunu kabul etmesi gerekecektir. Bu nedenle yalnızca, karşı tarafa yöneltilen, varması gerekli tek taraflı hukuksal işlemlerde muvazaanın söz konusu olabileceği haklı olarak ileri sürülmüştür (bu yönde bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N. (HATEMİ, SEROZAN, ARPACI)**, age, s. 346.; **ADAY, N.**, agt, s. 8.).

65 **ÖZKAYA, E.**, age, s. 170.; **ESENER, T.**, *Muvazaalı Muameleler*, s. 21.; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N. (HATEMİ, SEROZAN, ARPACI)**, age, s. 346.; **ÖZDEMİR, Elif** 2002, *Türk Borçlar Hukukunda Muvazaa*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 14, Ankara.

Tarafların üçüncü kişilere karşı bir görünüm yaratmak amacıyla yapmış oldukları sözleşmenin muvazaalı olabilmesi için, muvazaa anlaşması ile sözü edilen sözleşmenin aynı anda yapılma zorunluluğunun bulunup bulunmadığı konusu tartışmalıdır. Muvazaa anlaşması, üçüncü kişilere karşı bir görünüm yaratmak amacıyla kurulan sözleşmeden bağımsız bir varlığa sahiptir. Bu nedenle öğretide bazı yazarlar muvazaa anlaşmasının, muvazaalı sözleşme ile birlikte veya ondan önce yapılabileceğini; geçerli bir şekilde kurulan işlemin muvazaalı olduğuna ilişkin taraflar arasında sonradan anlaşma yapılamayacağını ileri sürmektedirler⁶⁶. Başka bir ifadeyle, muvazaa anlaşmasının görünürdeki işlemde önce veya en geç onunla birlikte yapılması gerekir. Aksi takdirde görünürde işlem değil gerçek bir işlem söz konusu olur⁶⁷.

ADAY⁶⁸, muvazaa anlaşmasının üçüncü kişilere karşı bir görünüm yaratan sözleşmeden sonra yapılamayacağına ilişkin öğretide oybirliğiyle kabul edilen görüşe katıldığını; ancak muvazaa anlaşmasının görünürdeki sözleşmeden önce yapılamayacağını ifade etmiştir. Yazar, tarafların başlangıçta yapılan muvazaa anlaşmasına ilişkin iradelerinin sözleşmeyi yaptıkları anda bulunmayabileceğini, bu nedenle sonradan yapılan sözleşmenin muvazaa anlaşmasına rağmen hüküm ve sonuçlarının doğuracağını ifade ettikten sonra, bu muvazaa anlaşmasının mutlaka üçüncü kişilere karşı görünüm oluşturan sözleşme ile birlikte yapılması gerektiğini ileri sürmüştür.

Taraflar, üçüncü kişilere karşı bir görünüm yaratmak amacıyla, ileride yapacakları sözleşmenin muvazaalı olduğuna ilişkin anlaşmayı önceden yapmış olabilirler. Bu bağlamda, bağışlayan ileride oğluna bağışlamak istediği taşınmazını, satış olarak göstereceklerine ilişkin muvazaa anlaşmasını bağışlanan oğluya yapabilir. Bağışlama sözleşmesinin yapıldığı sırada, tarafların bağışlama iradeleri devam ediyor ve görünürdeki sözleşmeyi satım olarak yapıyorlarsa bir sorun yoktur. Taraflar arasında kurulan satım sözleşmesi muvazaalı olup, hüküm ve sonuçlarını doğurmaz. Ancak sözleşmenin kurulduğu sırada tarafların muvazaa iradeleri devam

66 **ESENER, T.**, *Muvazaalı Muameleler*, s. 21.; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N. (HATEMİ, SEROZAN, ARPACI)**, age, s. 347.

67 **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N. (HATEMİ, SEROZAN, ARPACI)**, age, s. 347.

68 **ADAY, N.**, agt, s. 10.

etmiyor ve taraflar taşınmazın satımı konusunda gerçekten anlaşmışlarsa, önceki muvazaa anlaşması hükümsüz duruma gelir. Bu nedenle muvazaa anlaşmasının görünürdeki sözleşme ile birlikte yapılabileceği gibi ondan önce de yapılabileceğine ilişkin öğretide hakim olan görüşe katılıyoruz.

Taşınmazlar üzerinde mülkiyeti devir amacı güden sözleşmelerin geçerli olması, TMK m. 706'ya göre, resmi şekilde düzenlenmiş bulunmalarına bağlıdır. Bu bağlamda bir taşınmazın devrinde görünürdeki sözleşmenin muvazaalı olduğu konusunda, taraflar arasında kurulan anlaşmanın, resmi şekle uyularak yapılması zorunluluğunun bulunup bulunmadığı sorunu ortaya çıkmaktadır.

MADAY⁶⁹, muvazaa anlaşmasının herhangi bir şekil kuralına bağlı olmadığını, BK m. 115'te düzenlenen ibra ile açıklamaya çalışmıştır. Yazara göre, muvazaa anlaşması bir ibra niteliğinde olduğu için herhangi bir şekle bağlı olmadan yapılabilir.

Muvazaa anlaşmasının, görünürdeki sözleşmeden bağımsız olduğunu savunan diğer bir görüşe göre, muvazaa anlaşması BK m.12 anlamında görünürdeki sözleşmeyi değiştiren bir işlem değildir. Bu nedenle görünürdeki sözleşmenin geçerliliğinin bağlı olduğu şekil kuralı, muvazaa anlaşması için geçerli değildir⁷⁰.

İbra, tarafların aralarındaki borç ilişkisinden doğmuş bir edimin (borcun) ortadan kaldırılması konusunda yaptıkları anlaşmadır. Bu nedenle ibra sözleşmesi, borcu sona erdiren bir neden olup, söz konusu borcu doğuran işlemde sonra yapılır. Oysa muvazaa anlaşması, yukarıda belirtildiği üzere, en geç görünürdeki sözleşme ile birlikte yapıldığından, muvazaa anlaşmasını, ibra sözleşmesi olarak nitelendirmek mümkün değildir⁷¹. Muvazaa anlaşması, görünürdeki sözleşmeden bağımsız bir varlığa sahip olması nedeniyle BK m. 12 anlamında, geçerliliği yasada belirtilen şekilde yapılmış olmasına bağlı olan bir sözleşmeyi değiştiren veya sona erdiren işlem olarak nitelendirilemez. Bu bağlamda muvazaa anlaşmasının görünürdeki

69 **MADAY**, *La Simulation*, FJS No : 606, s. 1-2 (Naklen **ESENER, T.**, *Muvazaalı Muameleler*, s. 21.; **ADAY, N.**, agt, s. 12.).

70 **ESENER, T.**, *Muvazaalı Muameleler*, s. 22.; **ADAY, N.**, agt, s. 12.

71 **ADAY, N.**, agt, s. 12.; **ESENER, T.**, *Muvazaalı Muameleler*, s. 21. İbra sözleşmesi, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 115. maddesinde borcu sona erdiren nedenler arasında düzenlenmiştir. Buna göre taraflar arasındaki borcu meydana getiren hukuksal işlemin geçerliliği şekle bağlı olsa bile, sözü edilen borç, ibra sözleşmesiyle herhangi bir şekle bağlı olmaksızın ortadan kaldırılabilir. Ancak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 115. maddesinde düzenlenen hüküm Borçlar Kanunumuza alınmamıştır.

işlemden bağımsız olması nedeniyle, geçerliliğinin her hangi bir şekle bağlı olmadığı görüşüne katılıyoruz.

1.3.2. Nisbi Muvazaanın Unsurları

1.3.2.1. Mutlak Muvazaanın Tüm Unsurlarını İçermesi

Nisbi muvazaa, mutlak muvazaanın yukarıda belirtilen bütün unsurlarını içerir. Bunlar görünürdeki işlem, üçüncü kişileri aldatma kastı ve muvazaa anlaşmasıdır. Ancak nisbi muvazaa, daha önce de belirtildiği üzere, mutlak muvazaadan farklı olarak gizli işlem unsurunu da içerir. Nisbi muvazaa ile mutlak muvazaanın içeriğine ilişkin ortak olan ilk üç unsur yukarıda açıklandığı için burada gizli işlem unsuru üzerinde durulacaktır.

1.3.2.2. Mutlak Muvazaadan Farklı Olarak Gizli İşlem Unsurunu İçermesi

Nisbi muvazaada, muvazaalı sözleşmenin tarafları, mutlak muvazaadan farklı olarak aralarında hüküm ve sonuç doğurmasını istedikleri bir işlem yapmaktadırlar. Ancak aralarında hüküm ve sonuçlarını doğurmasını istedikleri bu işlemi, görünürde yaptıkları başka bir işlemin arkasına gizlemektedirler.

Mutlak muvazaada, taraflar üçüncü kişilere karşı bir görünüm yaratmak amacıyla yaptıkları işlemin kendi aralarında hüküm ve sonuçlarını doğurmasını arzu etmemektedirler. Nisbi muvazaada ise, taraflar üçüncü kişilere karşı bir görünüm yaratmak amacıyla yaptıkları işlemin arkasına kendi gerçek iradelerine uygun olan, hüküm ve sonuçlarını doğurmasını istedikleri bir işlem gizlemektedirler. Bu nedenle gizli işlem, mutlak muvazaadan farklı olarak, nisbi muvazaanın bir unsurunu oluşturur.

Görünürdeki işlem tarafların gerçek iradelerini yansıtmadığı halde, gizli işlem tarafların gerçek iradelerine uygundur. Muvazaa anlaşmasının konusunu görünürdeki

işlem oluşturur. Gizli işlem, tarafların gerçek iradelerine uygun olduğundan, muvazaa anlaşmasından farklı ve bağımsızdır⁷².

1.3.2.3. Nisbi Muvazaanın Türleri

Tarafların, aralarında yapmış oldukları bir sözleşmenin niteliğini, koşullarını veya taraflarını gizlemek amacıyla, üçüncü kişileri yanıltan görünürde bir işlem yapmaları farklı nedenlere dayanabilir. Sözü edilen nedenlere göre nisbi muvazaayı sözleşmenin niteliğinde muvazaa, sözleşmenin konusunda muvazaa ve sözleşmenin taraflarında muvazaa olarak üçe ayırabiliriz.

1.3.2.3.1. Sözleşmenin Niteliğinde Muvazaa

Tarafların görünürdeki işlem ile gizli işlemin nitelikleri arasında bir farklılık meydana getirmelerine sözleşmenin niteliğinde muvazaa denir. Taraflar çeşitli saikler altında sözleşmenin niteliğinde muvazaa meydana getirebilirler. Buna göre değerli bir taşınmazını kendisiyle ilgilenen kızına bağışlamak isteyen mirasbırakan, ölümünden sonra, saklı paylı mirasçılarının TMK 560 ve devamı maddelerine göre tenkis davası açmasından endişe duyuyor olabilir. Bu nedenle mirasbırakanın kızına bağışladığı taşınmazını, tapuda satış veya ölüncüye kadar bakma sözleşmesi olarak göstermesi sözleşmenin niteliğinde muvazaadır. Mirasbırakanın muvazaası denilen bu durum uygulamada en çok rastlanan muvazaa türüdür⁷³. Sözleşmenin niteliğinde muvazaaya önalım hakkının engellemesi amacıyla da başvurulmaktadır. Paylı mülkiyete konu olan bir taşınmazın paydaşlarından biri, payını üçüncü kişilere satım sözleşmesi yapmak suretiyle devretmek istemesi durumunda, diğer paydaşlar TMK m. 732'ye göre yasal önalım haklarını kullanabilirler. Ancak payının devretmek isteyen paydaş, diğer paydaşların önalım hakkını kullanmalarını engellemek amacıyla, payın satımını tapuda bağışlama veya trampa olarak gösterebilir.

Görüldüğü üzere yukarıda belirtilen durumlarda görünürdeki işlem ile gizli işlemin nitelikleri arasında bir farklılık meydana getirilmektedir.

72 ÖZDEMİR, E., agt, s. 19.; ÖZKAYA, E., age, s. 174.; ADAY, N., agt, s. 19.

73 YAVUZ, N., age, s. 101.; ÖZKAYA, E., age, s. 175.; YILMAZ, Zekeriya (2006), *Tapu İptali ve Tescil – Düzeltilme Davaları*, s. 117 vd., Ankara.

1.3.2.3.2. Sözleşmenin Koşullarında Muvazaa

Taraflar gizli işlem ile görünürdeki işlemin koşulları arasında farklılık yaratabilirler. Bu durumda görünürdeki işlem ile gizli işlemin nitelikleri arasında bir farklılık yoktur. Başka bir ifadeyle görünürdeki işlemin niteliği değil, bazı koşulları gizli işleme uymaz. Sözleşmenin koşullarında muvazaada, taraflar, taşınmazın devri amacı güden gizli işlemde kararlaştırdıkları bedeli, görünürdeki işlemle farklı göstermektedirler. Bu nedenle sözleşmenin koşullarında muvazaaya, '*bedelde muvazaa*' adı da verilmektedir⁷⁴.

Taraflar, taşınmaz üzerinde mülkiyeti devir amacı güden gizli işlem ile görünürdeki işlemin koşulları arasında farklılığı çeşitli nedenlerden dolayı yaratabilirler. Taşınmazı satım sözleşmesi yapmak suretiyle devredilmesi konusunda anlaşılan taraflar, tapu harcını düşük bir bedel üzerinde ödemek için, satım bedelini kararlaştırdıklarından daha düşük gösterebilirler. Böylece taşınmazın devredilmesi nedeniyle ödemek zorunda oldukları harcın miktarını eksiltmektedirler. Paylı mülkiyette paydaşlardan biri, payını satım sözleşmesi yapmak suretiyle devrettiğinde, diğer paydaşlar TMK m. 732'ye göre önalım haklarını kullanabilirler. Paydaş ve alıcı, diğer paylı maliklerin önalım haklarını kullanmalarını engellemek amacıyla, tapuda satım bedelini kararlaştırdıklarından daha fazla gösterebilirler.

Taşınmazın devrine ilişkin verilen birinci örnekte, taraflar, tapu harcının düşük ödemek amacıyla görünürdeki işlemde satım bedelini olduğundan düşük göstermektedirler. İkinci örneğimizde ise, taraflar, diğer paydaşların önalım haklarını kullanmalarını engellemek amacıyla satım bedelini görünürdeki sözleşme de kendi aralarında kararlaştırdıklarından daha yüksek göstermektedirler. Taşınmazların devrine ilişkin olan sözleşmelerde yaratılan bu muvazaa türlerinde, muvazaa ve şekle aykırılığın ileri sürülmesi, ispatı konuları hakkında aşağıda daha ayrıntılı açıklamalar yapacağız.

74 KILIÇOĞLU, Ahmet (2007), *Borçlar Hukuku*, s. 115, Ankara.; YAVUZ, N., age, s. 51.; ÖZKAYA, E., age, s. 176.; EREN, F., *Borçlar Hukuku*, s. 319.; HATİPOĞLU, C. Y., agt, s. 14.; ÖZDEMİR, E., agt, s. 22.

1.3.2.3.3. Söleşmenin Taraflarında Muvazaa

Nisbi muvazaanın türlerinden bir diğeri de sözleşmenin taraflarında muvazaadır. Gizli işlemde taraf olarak gösterilmek istenen kişinin, görünürde ki işlemde gösterilmeyerek bir başkasının onun yerine konulması durumunda, sözleşmenin taraflarında muvazaa söz konusu olur.

İKİNCİ BÖLÜM

MUVAZAANIN GÖRÜNÜRDEKİ İŞLEM BAKIMINDAN HÜKÜM VE SONUÇLARI

2.1. Taraflar Arasında Üçüncü Kişilere Karşı Bir Görünüş Yaratmak Amacıyla Yapılan İşlemin Muvazaa Nedeniyle Geçersizliği

Görünürdeki işlemde taraflar, iki amacı gerçekleştirmek isteyebilirler. Aralarında hüküm ve sonuçlarını doğurmasının istemedikleri bir işlemi, üçüncü kişilere karşı salt bir görünüm yaratmak amacıyla yapmış olabilirler. Hukuksal işlemin tarafları, gerçekte bir işlem yapma iradesi taşımalarına karşın, sözü edilen işlemi, üçüncü kişileri aldatmak amacıyla görünürde yapmış oldukları başka bir işlemin arkasına gizleyebilirler. Bu meyanda, görünürdeki işlem hangi amaçla yapılırsa yapılsın, muvazaalı işlemdir. Muvazaalı işlem, hukuk düzeni bakımından geçerli bir sözleşme olmayıp, hüküm ve sonuçlar doğurarak tarafları yükümlülük altına sokmaz. Başka bir ifadeyle muvazaalı işlemler geçersizdir.

Bu sonuç BK m. 18'deki, bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradelerinin esas alınacağına ilişkin düzenlemeden çıkmaktadır. Görüldüğü üzere BK m. 18'de irade teorisi kabul edilmiştir⁷⁵.

75 EREN, F., *Borçlar Hukuku*, s. 321.; ESENER, T., *Muvazaalı Muameleler*, s. 50.

Taşınmazlar⁷⁶ üzerinde mülkiyeti devir amacı güden görünürdeki işlem satım, bağışlama, eşya değişimi (trampa) veya ölünceye kadar bakma sözleşmesi olabilir. Taraflar taşınmazlar üzerinde mülkiyeti devir amacı güden bu işlemleri resmi şekilde yapmak zorundadırlar. Sözü edilen kural, taşınmazların mülkiyetini devreden ve uygulamada en çok görülen sözleşme türlerine ilişkin olan hükümler dikkate alındığında açıkça ortaya çıkmaktadır.

Taşınmaz satım sözleşmesinin geçerliliğini, resmi şekilde yapılmış olmasına bağlı tutan hükümler Türk Medeni Kanunu m. 706, Borçlar Kanunu m. 213 ve Tapu Kanunu m. 26'da düzenlenmiştir⁷⁷. Sözü edilen hükümlerin tümü birlikte değerlendirildiğinde; taşınmaz satım sözleşmesinin geçerli olabilmesi için, tarafların, taşınmazın satımına ilişkin olan iradelerini tapu memuru huzurunda açıklamaları gerekir. Tapu memuru tarafların açıkladıkları iradelerini kendiliğinden düzenlediği

76 Türk özel hukukunda hangi eşyaların taşınmaz olduğunun belirlenmesinde TMK m. 704 ve 998. maddeleri göz önünde tutulur. Buna göre; i) araziler, ii) tapu kütüğünde ayrı bir sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ve iii) kat mülkiyetine konu olan bağımsız bölümler taşınmaz niteliği taşıyan mallardır. Görüldüğü üzere Türk Medeni Kanunu nelerin taşınmaz olduğunun belirlerken yalnızca, fizik kurallarından hareket etmemiş, sosyal ve iktisadi gereksinimleri de göz önünde tutarak, maddi nitelik taşımayan bazı hakları da taşınmaz olarak kabul etmiştir. TMK m. 704 ve 998 gereği taşınmaz türlerinin başında arazi gelmektedir. Türk pozitif hukukunda arazinin yasal bir tanımı yapılmamıştır. Ancak yürürlükte kaldırılan Tapu Sicil Nizamnamesinin 8. maddesinin ikinci cümlesi araziye, '*hudutları tefrika kafi vasıtalar ile tahdit ve tayin edilmiş bilumum sathı zemin*' biçiminde tanımlamıştır. Öğreti de Tapu Sicil Nizamnamesinde yapılan tanımın isabetli olduğu ifade edilmiştir (ÜNAL, Mehmet, BAŞPINAR, Veysel (2007), *Şekli Eşya Hukuku*, Giriş – Zilyetlik – Tapu Sicili, s. 263, Ankara. OĞUZMAN, K., SELİÇİ, Ö., OKTAY ÖZDEMİR, S. (2000), *Eşya Hukuku*, s. 135, İstanbul.). Maddi bir niteliği olmamakla beraber tapu kütüğünde ayrı bir sayfaya kaydedilebilen bağımsız ve sürekli haklar ile kastedilen, aynı haklardır. Burada sözü edilen aynı hakların başında irtifak hakları gelir. Tapu kütüğünde ayrı bir sayfaya kaydedilebilen irtifak haklarının bağımsız olmasından kasıt, başkasına devrinin mümkün olmasıdır. Bu bağlamda kişiye bağlı olmayan düzensiz irtifak hakları, sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa, başkasına devri mümkün olup miras yoluyla intikal edebilen aynı haklardır. Ayrıca başkasına devri mümkün olan düzensiz irtifak haklarının taşınmaz olarak tapu siciline tescil edilebilmeleri için, sürekli nitelikte olmaları gereklidir. Süreklilik ile kastedilen devamlılıktır. Nitekim TMK m. 998/III'e göre süresiz veya en az otuz yıl süreyle kurulmuş olan haklar sürekli bir nitelik taşırlar. Bu bağlamda bağımsız ve sürekli bir nitelik taşıyan kişiye bağlı olmayan düzensiz irtifak haklarından üst hakkı ve kaynak hakkı tapuda ayrı bir sayfaya taşınmaz olarak kaydedilebilirler. Hemen belirtmek gerekir ki kişiye bağlı olmayan irtifak haklarının (üst hakkı ve kaynak hakkının) tapuda ayrı bir sayfaya taşınmaz olarak kaydedilmeleri bu hakların niteliğini değiştirmez. Sadece sözü edilen hakların taşınmaz gibi tapuda işlem görme olanağını yaratır. Bu bağlamda tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedilen kişiye bağlı düzensiz irtifak hakları taşınmazlar gibi borçlandırıcı ve tasarruf işlemlerine konu olabilirler (ÜNAL, M., BAŞPINAR, V., age, s. 263.; OĞUZMAN, K., SELİÇİ, Ö., OKTAY ÖZDEMİR, S., *Eşya Hukuku*, s. 136.). Kat Mülkiyeti Kanunu'nun m. 13/II ve TMK m. 998 gereği, kat mülkiyetine konu olan bağımsız bölümler tapu kütüğünde taşınmaz olarak ayrı bir sayfaya kaydedilirler. Ana yapının bütün bağımsız bölümleri ayrı bir mülkiyet konusunu oluştururlar. Bu bağlamda binanın her bağımsız bölümüne tapu kütüğüne ayrı bir sayfa açılır.

77 Tapu Sicili Tüzüğü'nün 16. maddesine göre, 'Akdi gerektiren işlemlerde resmi senet düzenlenir. Resmi senede tarafların kimlik bilgileri ve ikametgah adresleri eksiksiz yazılır. Düzenlenen resmi senet memur tarafından müdür ve tarafların huzurunda okunur. Taraflar isterlerse resmi senedi kendileri de alıp okuyabilirler. Resmi senede tarafların fotoğrafları yapıştırılır. Taraflar resmi senetteki imza yerine "okudum" ibaresini yazdıktan sonra, hem imza yerlerini ve hem de karşılıklı birbirlerinin fotoğrafı üzerine imzalarlar. Ancak, tüzelkişileri temsil eden yetkililerden fotoğraf istenmez. Tarafların imzası alındıktan sonra resmi senedi, müdür ve düzenleyen memur da imza ederler. Ayrıca müdür, daire mührü ile kendi imza yerini ve fotoğrafları mühürler'.

bir resmi senede bağlar⁷⁸. Yine eşya değişimi (trampa) ve bağışlama sözleşmelerinin konusunu taşınmazlar oluşturuyorsa BK m. 232 ve 238/2, TMK m. 706 ve Tapu Kanunu m. 26 gereği resmi şekle uyularak yapılmaları gerekir.

Yukarıda belirtilen meyanda resmi şekil, taşınmaz satım sözleşmeleri için bir geçerlilik unsurudur. Başka bir ifadeyle belirtilen resmi şekle uyulmadan yapılan taşınmaz satım sözleşmeleri geçersizdir. Resmi şekil taşınmaz mülkiyetinin devri amacı güden işlemin kurucu ve geçerlilik unsurları kapsar.

2.1.1. Geçersizliğin Hangi Yaptırım Türünü Oluşturduğu Sorunu

Görünürdeki işlemin geçersizliğinin etki derecesi konusunda öğretide çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.

Öğretide en fazla taraftar toplayan görüşe göre, taşınmazın devri amacı güden görünürdeki muvazaalı işlem butlan yaptırımına tabidir. Taraflar taşınmazın devrine yönelik iradelerini resmi memur önünde açıklamak zorundadırlar. Sözü edilen kural emredici niteliktedir. Bu nedenle taraflar kendi aralarında anlaşarak resmi şekle ilişkin kuralı bertaraf edemezler. Butlan yaptırımına bağlanan hukuki sonuçların tümü burada da geçerlidir⁷⁹.

İkinci bir görüşe göre, tarafların taşınmazın devrine ilişkin iradelerini, resmi memur önünde açıklamaları, sözleşmenin kurucu unsurlarındandır. Görünürdeki işlemde, taraflar, iradelerini resmi memur önünde açıklamadıklarından, taşınmazın devrini amaç güden işlemde yok hükmündedir⁸⁰. İsviçreli hukukçular, irade

78 HATEMİ, H., SEROZAN, R., ARPACI, A. (1991), *Eşya Hukuku*, s. 524, İstanbul.; OĞUZMAN, K., SELİÇİ, Ö., *Eşya Hukuku*, s. 281.; GÜRSOY, K.T., EREN, F., CANSEL, E. (1978), *Eşya Hukuku*, s. 502, Ankara.; KILIÇ, H., *Gayrimenkul Davaları*, Cilt 1 , s. 1250.

79 KILIÇOĞLU, A., *Borçlar Hukuku*, s. 117.; ADAY, N., agt, s. 26.; TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP, age, s. 407.; TANDOĞAN, H., *Borçlar Hukuku*, s. 211.; OĞUZMAN, K., ÖZ, T., *Borçlar Hukuku*, s. 109.; ÖZUĞUR, A. İ., age, s. 289.; YAVUZ, N., age, s. 51.; EREN, F., *Borçlar Hukuku*, s. 322. ÖZKAYA, muvazaalı işlemin geçersiz olduğunu ifade ettikten sonra buradaki geçersizliğin hangi yaptırım türünün oluşturduğuna ilişkin doktrin ve uygulamada 'butlan, yokluk, hükümsüzlük' gibi kavramların kullanıldığını, sonuçta bunların hepsinin aynı içeriği belirttiğini ileri sürmüştür (ÖZKAYA, E., age, s. 180.).

80 Öğretide KOCAYUSUFPAŞAOĞLU sırf görünüşte kalan ve her iki tarafça bilerek ve isteyerek hukuki sonuç doğurmamak üzere açığa vurulan irade beyanları ile gerçek bir işlemin oluşmayacağını, bu nedenle muvazaalı sözleşmenin yok hükmünde olduğunu kabul etmiştir (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N. (HATEMİ, SEROZAN, ARPACI), age, s. 355.); KİPER, O., age, s. 24.; KAYAOĞLU, Ziya, *Muvazaa Akitleri ve Tatbikatı*, Adalet Dergisi, Sayı 2, Yıl 1953, s. 162.

açıklamalarının yorumlanmasında uygulanan güven teorisinden yola çıkarak, görünürdeki işlemin yokluğu sonucuna varmaktadırlar⁸¹.

Yargıtay, muvazaalı işlem için söz konusu olan geçersizliğin, butlan olduğu görüşündedir⁸².

Bize göre muvazaalı işlemde, irade teorisi doğrultusunda tarafların gerçek iradelerine önem verilmiş olsa da, yokluk görüşüne katılmak mümkün değildir. Muvazaalı işlemde, tarafların gerçek iradelerine uymasa da, dış dünyaya açıklanmış karşılıklı iradeler vardır. Dışa yansıyan iradeler de meydana gelen aksaklıklar, işlemin taraflarından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle iç iradeye uygun olmasalar da hukuksal işlem kurulmuş olur. Ancak dışa yansıyan iradeleri ile iç iradeler arasındaki uygunsuzluk hukuksal işlemin geçersizliğine neden olur. Burada söz konusu olan geçersizlik, etkileri bakımından butlan yaptırımıdır.

2.1.2. Geçersizliğin Sonuçları

Muvazaalı görünürdeki işleme, butlan yaptırımına tabi olması nedeniyle, bir takım sonuçlar bağlanmıştır.

2.1.2.1. Taraflar Arasında Bir Borç İlişkisi Doğmaz

Görünürdeki muvazaalı işlem taraflar arasında her hangi bir borç ilişkisi doğurmaz. Bu durum görünürdeki işlemin butlan yaptırımına tabi olmasının bir sonucudur. Görünürdeki işlemin kurulduğu andan itibaren taraflar arasında her hangi

81 Yokluk görüşünü savunan İsviçreli hukukçular için bkz. **ESENER, T.:** Muvazaalı Muameleler, s. 50, dört numaralı dipnotta belirtilen yazarlar; **ADAY, N.,** agt, s. 25.

82 Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun **17.12.2003 gün ve 2003/1-772 E ve 2003/782 K** sayılı kararına göre, '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 göz önünde bulundurulması gerektiği, belirli bir sürenin geçmesi, sebebin ortadan kalkması veya ilgililerin olur vermesi geçerli hale gelemeyeceği, uygulama da ve bilimsel görüşlerde ortaklaşa kabul edilmektedir'. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun **21.11.2001 gün ve 2001/1-958 E ve 2001/1035 K** sayılı kararına göre, 'Muvazaa, kısaca; tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla ve fakat geçek iradelerine uymayan, aralarında hüküm ve sonuç meydana getirmeyen bir görünüş yaratmak hususunda anlaşmaları şeklinde tanımlanabilir. Muvazaa iddiasını sözleşmenin tarafları ileri sürülebileceği gibi hukuki yararı bulunan, aynı veya kişisel hak sahibi üçüncü kişiler tarafından da ileri sürülebilir.... Muvazaa ispat edildiği takdirde yapılan sözleşme mutlak butlan ile batıl olduğundan hiçbir hüküm ve sonuç doğurmayacaktır'.

bir borç ilişkisi doğurmaması nedeniyle, muvazaalı sözleşmeden doğan edimlerin ifası da istenemez. Bu nedenle taraflar edimlerin ifa edilmemesi nedenine dayanılarak zararlarının tazmin edilmesini talep edemezler. Tarafların muvazaalı sözleşmeden doğan edimlerini tamamen ifa etmiş olmaları, sözleşmeyi geçerli hale getirmez.

Taşınmazların devri amacı güden görünürdeki sözleşme, yukarıda belirtilen ilkeler muvacehesinde, taraflar yönünden her hangi bir alacak ve borç ilişkisi doğurmaz. Bu bağlamda taşınmazın devredilmesi ve buna karşılık olan edimin ifa edilmesi görünürdeki sözleşmeyi geçerli hale getirmeyecektir. Ancak çelişkili davranma yasağı gereği, taraflar görünürdeki sözleşmeden doğan edimlerini ifa ettikten sonra muvazaayı ileri sürmeleri hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir. Bu bağlamda taraflarca ileri sürülen muvazaaya savunması, TMK m. 2 düzenlenen dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağında kaynağını bulan çelişkili davranmama ilkesi gereği yargıç tarafından dikkate alınmaz. Başka bir ifadeyle çelişki davranma yasağının sonuçlarına bağlı olarak şekle aykırılığın sonuçları burada ortaya çıkmamaktadır⁸³. Muvazaanın hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı bir biçimde ileri sürülemeyeceğine ilişkin olan haklı görüş üzerinde aşağıda daha ayrıntılı bir biçimde duracağız.

Görünürdeki işlemin geçersiz olmasına karşın taşınmazın mülkiyetinin devrini sağlamak amacıyla TMK m. 716 gereği tescile icbar davası açılması durumunda görünürdeki sözleşmenin muvazaalı olduğu savunması ileri sürülebilir⁸⁴.

Muvazaalı olan görünürdeki sözleşmeye dayanılarak edimlerin ifa edilmesi durumunda, çelişkili davranma yasağı ve dürüstlük kuralına aykırı olmamak koşuluyla, taraflar ifa ettikleri edimlerin geri verilmesini isteyebilirler. Bu bağlamda muvazaalı sözleşme gereği taşınmazın karşı tarafa devri amacıyla tapu sicilinde tescil işlemi yapılmış olsa da mülkiyetin devri gerçekleşmez. Taşınmazın gerçek maliki TMK m. 1025 gereği yolsuz tescilin düzeltilmesini talep edebilir⁸⁵. Buna karşılık,

83 AKYOL, Ş., *Medeni Hukukta Çelişki Yasağı*, s. 58.

84 ÖZUĞUR, A. İ., *age*, s. 289.

85 ‘... Muvazaaya kısaca, tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla ve fakat gerçek iradelerine uymayan, aralarında hüküm ve sonuç meydana getirmeyen bir görünüş yaratmak hususunda anlaşmaları şeklinde tanımlanabilir. Muvazaaya iddiasını sözleşmenin tarafları ileri sürebileceği gibi hukuki yararı bulunan, aynı veya kişisel hak sahibi üçüncü kişiler tarafından da ileri sürülebilir. Örneğin kendisini kiralanandan

örneğin muvazaalı satım sözleşmesinde alıcı, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre edimin geri verilmesini talep edebilecektir.

2.1.2.2. Muvazaa Maddi Hukuk Bakımından İtiraz Niteliği Taşır

Yargıç önüne gelen dava malzemesinden anlaşılan muvazaayı kendiliğinden göz önünde tutar. Bunun yanı sıra maddi hukuk bakımından bir savunma aracı olan muvazaa taraflarca da yargılamanın her aşamasında ileri sürülebilir⁸⁶. Muvazaanın yargıç tarafından kendiliğinden göz önünde tutulması ve taraflarca ileri sürülebilmesi onun maddi hukuk bakımından itiraz niteliği taşımasından kaynaklanmaktadır. Taşınmazlar üzerinde mülkiyeti devir amacı güden görünürdeki sözleşmenin muvazaalı olup olmadığı maddi hukuk bakımından itiraz teşkil ettiğinden, yargıç, sözü edilen hususu dava malzemesinden anlaşılacak koşuluyla kendiliğinden göz önünde tutar. BK m. 18 hükmü göz önünde tutulduğunda dava malzemesine göre taraf iradelerinin yorumlanması sonucunda muvazaa itirazının bulunup bulunmadığı belirlenmelidir.

2.1.2.3. Muvazaanın Varlığı Her Zaman İleri Sürülebilir

Yukarıda belirtildiği üzere muvazaa maddi hukuk bakımından def'i olmayıp itiraz niteliği taşımaktadır. Bu bağlamda taşınmazlar üzerinde mülkiyeti devir amacıyla güden görünürdeki sözleşmenin muvazaalı olduğu yargılamanın her aşamasında ileri sürülebileceği gibi yargıç tarafından da kendiliğinden dikkate alınır. Başka bir ifadeyle muvazaa savı her hangi bir hak düşürücü süre ve zamanaşımına bağlı olmaksızın her zaman ileri sürülebilir.

çıkarmak için mecurun muvazaalı olarak temlikine karşı kiracının, borcu ödememek için taşınmazın muvazaalı devredilmesine karşı alacaklının, kişisel haklarına dayanarak muvazaa nedeniyle iptal ile taşınmazın eski maliki üzerine yazılmasını isteme hakları mevcuttur. Muvazaa ispat edildiği takdirde yapılan sözleşme mutlak butlan ile batıl olduğundan hiçbir hüküm ve sonuç doğurmayacaktır' (**Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 21.11.2001 Tarih, E. 2001/1-958 ve K. 2001/1035 sayılı Kararı**).

86 KOCAYSUFPAŞAOĞLU, N. (HATEMİ, SEROZAN, ARPACI), age, s. 355.

2.1.2.4. Muvazaa Tespit Davasına Konu Olabilir

Muvazaalı görünürdeki sözleşme geçersiz olması nedeniyle her hangi bir hüküm ve sonuç doğurmaz. Bu nedenle görünürdeki sözleşmenin feshi veya iptali için dava açılması söz konusu olamaz. Hukuk düzeni içerisinde taraflar yönünden her hangi bir hak ve yükümlülük doğurmayan bir hukuksal işlemin feshi veya iptali söz konusu olamayacağı için burada sözleşmenin geçersizliği olumlu tespit davasına konu olur. Diğer tespit davalarında olduğu gibi sözleşmenin muvazaalı olduğunun belirlenmesinde davacının hukuki yararın bulunması gerekir⁸⁷.

2.1.2.5. Muvazaalı İşlemin Kimler Tarafından İleri Sürülebileceği Sorunu

İlke olarak muvazaa savı görünürdeki yapanlar tarafından ileri sürülebilir. Taraflar muvazaa savını birbirlerine ve üçüncü kişilere karşı ileri sürmelerine bir engel yoktur. Bu durum muvazaalı sözleşmenin butlan yaptırımına tabi olmasının bir sonucudur.

Öğretide üçüncü kişiler tarafından muvazaa savının ileri sürülebilmesi için en azından dolaylı bir menfaatin bulunması gerektiği ileri sürülmüştür⁸⁸. Yine öğretide ADAY'ın haklı olarak belirttiği üzere hukuki yararın varlığını bir dava koşulu olup, bu nedenle üçüncü kişilerin muvazaa savını ileri sürmelerinde hukuki yararlarının bulunması gerekir⁸⁹.

87 **Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 17.03.1999 gün ve E. 1999/1-159 ve K. 1999/147** sayılı kararına göre, "...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 Kanununun 634, 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 tesbitini ve buna dayanılarak oluşturulan tapu kaydının iptalini isteyebilirler".

88 **ESENER, T.**, *Muvazaalı Muameleler*, s. 71.

89 **ADAY, N.**, agt, s. 71.

2.2. Muvazaaya Karşın Butlan Yaptırımının İleri Sürülmeyeceği Durumlar

2.2.1. Tapuya Güven İlkesi

Taşınmaz mülkiyetini devrini sağlayan tescil işlemi sebebe bağılı bir hukuksal işlemdir. Bu bağlamda tescilin hukuksal sebebini oluşturan borçlandırıcı işlemin geçerli olması taşınmaz mülkiyetinin devri için zorunludur. Taşınmaz mülkiyetinin devrini sağlamak amacıyla taraflar arasında yapılan muvazaalı görünürdeki sözleşmenin geçersiz olması nedeniyle buna dayanılarak yapılacak tescil işleminin yolsuz olmasına neden olacağını yukarıda belirtmiştik. Bu bağlamda gerçek malik TMK m. 1025 gereği yolsuz tescilin düzeltilmesini dava edebilir.

TMK m. 1023'e göre, 'tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya başka bir aynı hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur'. Buna göre muvazaalı sözleşmeye dayanarak tapu sicilinde taşınmazın maliki olarak gözüken kimsenin taşınmazı iyiniyetli üçüncü bir kişiye devretmesi durumunda sözü edilen iktisap TMK m. 1023 kapsamında korunur. Önceki malik, muvazaayı bilmeyen veya bilmesi gerekmeyen üçüncü kişinin taşınmazı iktisabı ile mülkiyet hakkını kaybedeceği için muvazaa savını yeni malike karşı ileri süremez.

2.2.2. Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı

Taşınmaz mülkiyetinin devri amacı güden görünürdeki sözleşmenin muvazaalı olduğu savı, taraflar ve hukuki yararları bulunan üçüncü kişiler tarafından ileri sürülebilir. Ancak taraflar muvazaa savını ileri sürerken çelişkili davranma yasağına ve dürüstlük kuralına uygun davranmakla yükümlüdürler. Aksi durumda muvazaa savının ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması anlamına gelir.

Muvazaa savının ileri sürülmesinin hangi durumlarda hakkın kötüye kullanılması anlamına geleceğine ilişkin önceden kesin ölçütler belirlemek olanaklı değildir. Muvazaa savının çok uzun süre geçtikten veya tarafların edimlerini tam olarak ifa etmelerinden sonra ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması anlamına gelebilir. Her somut olayın niteliğine göre muvazaa savının ileri sürülmesi olgusunun

dürüstlük kuralına uygun olup olmadığının araştırılması gerekir. Başka bir ifadeyle, muvazaa savının hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı bir biçimde ileri sürülüp sürülmediğini, yargıç, somut olayın niteliği ve dürüstlük kuralına göre belirleyecektir.

İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararına konu olan olayda, G bir taşınmazını muvazaalı olarak B'ye devretmiştir. Aynı gün taraflar aralarında taşınmazın devrine yönelik yapılan satım sözleşmesinin muvazaalı olduğuna ve taşınmazın satım bedelinin ödenmediğine ilişkin noter senedi yapmışlardır. G ve B daha sonra evlenmişlerdir. 1944 yılında alıcı B'nin ölmesi üzerine terekesi mirasçıları tarafından reddedilmiştir. Bu nedenle tasfiye iflas idaresi tarafından yapılmıştır. Ancak satıcı G tasfiye sırasında taşınmazın muvazaalı olarak devredildiğine ilişkin noter senedini ibraz ederek taşınmazının geri verilmesini talep etmiştir. Kanton mahkemesinin dava konusu olan istemi kabul etmesi üzerine Federal Mahkemeye başvurulmuştur.

Federal mahkeme taşınmaz mülkiyetinin devri amacı güden sözleşmenin muvazaa nedeniyle geçersiz olduğu kabul etmekle beraber, taşınmazın G'ye geri verilmesinin iflas masasının aleyhine olduğunu, bu nedenle B'nin hayatta olması durumunda muvazaa savının hakkın kötüye kullanılması suretiyle ileri sürüldüğü savına dayanabileceğini, böylece somut olayda muvazaa savının alıcı B tarafından ileri sürülmesini dürüstlük kuralına aykırı olduğunu belirterek taşınmazın talep edilemeyeceğine hükmetmiştir⁹⁰.

Yargıtay muvazaa savının dürüstlük kuralına aykırı olarak ileri sürülmesi durumunda buna değer verilemeyeceği görüşündedir⁹¹. Yüksek mahkemenin önüne gelen bir olayda, satış sözleşmesine dayanarak taşınmazın mülkiyeti devredildikten sonra alıcı taşınmaz üzerinde değerli bina yapmıştır. Binanın yapımı bittikten sonra

90 RO 73 III 358, JdT 1947 II s. 83 (ESENER, T., *Muvazaalı Muameleler*, s. 120.).

91 **Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 05.05.1993 Gün, E. 1993/1-79 ve K. 1993/195 sayılı Kararına** göre '... davalı, taşınmazı resmi sözleşmede gösterilen bedelden çok fazlaya satın aldığı ileri sürmekle bir anlamda bedelde muvazaa iddiasına dayanmış bulunmaktadır. Kural olarak sözleşmenin taraflarından biri üçüncü kişiye karşı muvazaa iddiasında bulunabilir. Ancak, muvazaanın ileri sürülmesi, hakkın kötüye kullanılması niteliğini taşıyorsa muvazaa iddiasına değer verilemez. Muvazaalı sözleşme yapan kişiye karşı üçüncü kişinin hakkının korunması gerekir. En azından resmi sözleşmenin tarafı olan davalının resmi sözleşmenin aksini aynı kuvvette bir delil veya karine ile isbat etmelidir. Davalı böyle bir delil getirmediğine göre taşınmazın resmi sözleşmedeki değer üzerinden satıldığının kabulü zorunludur. Çekişmeli taşınmazı gerçek değerinden çok düşük bir bedelle satın alan davalının iyi niyetli olduğu kabul edilemez.'

satıcı taşınmazın devrine yönelik alıcıyla aralarında yaptıkları sözleşmenin satım sözleşmesi olmayıp trampa olduğu ileri sürerek muvazaa savında bulunmuştur. Yargıtay 05.02.1947 gün ve 20/6 sayılı İnançları Birleştirme Kararında satıcının yazılı delille kanıtlanmış olsa dahi somut olayda muvazaa savının ileri sürülmesinin dürüstlük kuralına yakırı olduğuna hükmetmiştir.

Önalım hakkını kullanan paydaşa karşı, taraflardan birinin, satım bedelinin gösterilenden daha fazla olduğunu belirterek muvazaa savunda bulunmasını yine Yargıtay dürüstlük kuralına aykırı bulmuştur⁹².

2.2.3. Temsil Yetkisine İyiniyetle Dayanan Üçüncü Kişilerin Durumu

Taşınmaz mülkiyetinin devrini sağlayan sözleşmeler, tarafların bu yöndeki iradelerini açıklamalarıyla kurulur. Taraflar iradelerini bizatihi açıklayabilecekleri gibi temsil yetkisi verdikleri başka bir kimse aracılığıyla da açıklayabilirler. Temsil yetkisinin verildiğine ilişkin tek taraflı irade açıklamasının temsilcinin iktidar alanına varması yeterlidir⁹³. Bu durumda, temsil yetkisi verilen kişi temsil yetkisinin kendisine vardığını öğrenmese dahi temsilci sıfatını kazanır.

BK m. 33/II gereği, temsilcinin sahip olduğu temsil yetkisinin kapsamı üçüncü kişilere beyan ve tebliğ olunmuşsa, temsil olunan bu kapsamda yapılan işlemlerden sorumlu olur. Ancak temsil yetkisinin sınırları gerçekte olduğundan daha geniş bir biçimde üçüncü kişilere bildirilmişse, temsilcinin iyiniyetli üçüncü kişilerle yapmış olduğu işlemler bildirilen temsil yetkisi kapsamında geçerli olur. Ancak üçüncü kişiler gerçek temsil yetkisini biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, bu durumda temsilci gerçekte ola temsil yetkisinin sınırları kapsamında yapılan işlemlerden sorumlu olur.

Öğretide temsil yetkisinin kapsamının gerçekte olduğundan daha geniş olarak üçüncü kişilere bildirilmesi durumunda, sözü edilen temsil işleminin muvazaalı olduğu kabul edilmektedir⁹⁴. Bu bağlamda taşınmaz üzerinde mülkiyetin devrine

92 Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin 08.12.1983 gün, E. 12390 ve K. 12435; Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin 12.10.1982 gün, E. 8529 ve K. 8691; Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin 16.11.1982 gün, E. 10412 ve K. 10532.

93 KOCAYSUFPAŞAOĞLU, N. (HATEMİ, SEROZAN, ARPACI), age, s. 635.

ilişkin özel temsil yetkisi verilmediği halde, üçüncü kişilere taşınmazın devrine ilişkin özel temsil yetkisi varmış gibi bildirimde bulunulabilir. Bu durumda temsil olunan daha sonra iyiniyetli üçüncü kişilere karşı temsil işleminin muvazaalı olduğu savında bulunması, yukarıda belirtilen hukuksal ilkeler muvacehesinde, olanak dahilinde değildir.

2.1. Kadastro Kanunu'nun M.12/3'te Öngörülen 10 Yıllık Hak Düşürücü Sürenin Geçmiş Olması

İlke olarak, taşınmaz mallar üzerinde, mülkiyet hakkına ilişkin olan savlar herhangi bir zamanaşımı veya hak düşürücü süreye bağlı olmaksızın her zaman ileri sürebilir. Ancak 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 12. maddesinin üçüncü fıkrası, sözü edilen ilke bakımından, ayrıksı bir durumu düzenlemiştir. Buna göre, tutanakta belirtilen haklara, sınırlandırma ve tespitlere ait tutanakların kesinleştiği tarihten itibaren 10 yıl geçtikten sonra, kadastrodan önceki hukuki sebeplere dayanarak itiraz olunamaz ve dava açılmaz.

3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 12. maddesinin üçüncü fıkrası muvacehesinde, kadastrodan önceki hukuksal nedenlere dayanarak mülkiyet savında bulunan kimse, kadastro tespit ve sınırlamalarına ilişkin tutanakların kesinleşmesinden itibaren 10 yıl içerisinde, genel mahkemelerde dava açabilir.

Kadastrodan önceki hukuksal sebeplere dayanılarak açılacak davalarda söz konusu olan on yıllık süre, niteliği itibariyle bir hak düşürücü süredir⁹⁵. Hak düşürücü süre, maddi hukuka ilişkin savunma araçlarından bir def'i değil itirazdır. Bu bağlamda hak düşürücü süre içerisinde davanın açılıp açılmadığı yargılamanın her aşamasında ileri sürülebileceği gibi, yargıç tarafından da, kendiliğinden göz önünde tutulur.

Taşınmaz mülkiyeti kadastro tespitinden önce muvazaalı olarak devredilmiş olabilir. Kadastro çalışmaları sırasında mülkiyet, muvazaalı sözleşme dikkate alınarak alıcı adına tespit edilmişse, 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun m. 12/III düzenlenen hak düşürücü süre burada da uygulanır. Buna göre gerçek taşınmaz

94 ADAY, N., agt, s. 29.

95 Aynı nitelikteki karar için bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 03.05.2000 gün, E. 8-842 ve K. 854 sayılı Kararı.

maliki veya külli haleflerinin kadastro tutanaklarının kesinleşmesinden itibaren on yıllık hak düşürücü süre içerisinde muvazaa savını ileri sürmeleri gerekir. On yıllık hak düşürücü süre geçtikten sonra ileri sürülen muvazaa savının dinlenilme olanağı bulunmamaktadır.

3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun m. 12/III hükmünün mülkiyet hakkı ve muvazaalı sözleşmeye ilişkin olan savların ileri sürülmesini hak düşürücü süreye bağlı tutup tutmadığı hususu üzerinde durulması gerekir. Aynı hak niteliğinde olan mülkiyet hakkı ve sözleşmenin muvazaalı olduğu, zamanaşımı ve hak düşürücü süreye bağlı olmaksızın her zaman ileri sürülebilir. Bu bağlamda sorunun çözümünde 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun tasfiye niteliği de göz önünde tutularak, sözü edilen hükmün amaçsal yorumunun yapılmasıyla sağlıklı bir sonuca ulaşılabileceği düşüncesindeyiz. On yıllık hak düşürücü sürenin geçmiş olması muvazaalı sözleşmeyi geçerli hale getirmez. Ancak muvazaa savının kadastrodan önceki hukuksal sebeplere dayanması durumunda, tasfiye niteliğinde olan Kadastro Kanunu'nun amacının gerçekleştirilmesi için söz konusu hak düşürücü süre öngörülmüştür. Kadastro tutanaklarının kesinleşmesinden itibaren on yıllık hak düşürücü sürenin geçirilmiş olması muvazaalı sözleşmeyi geçerli hale getirmez⁹⁶.

96 Öğretide aynı yönde görüş için bkz. ÖZKAYA, E., age, s. 188.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MUVAZAANIN GİZLİ İŞLEM BAKIMINDAN HÜKÜM VE SONUÇLARI

2.1. Taşınmazların Devrine İlişkin Gizli İşlemin Geçerli Olmasının Koşulları

Muvazaalı olan görünürdeki sözleşmenin arkasına gizlenen işlem, tarafların gerçek iradelerini içermesi nedeniyle yasada öngörülen diğer koşulları da taşıyorsa geçerlidir. Taşınmaz mülkiyetinin devri amacı güden sözleşmeler için resmi şekil, TMK m. 716 gereği, geçerlilik koşulunu oluşturur. Bu bağlamda taşınmaz mülkiyetinin devri amacı güden ve taraflar arasında resmi şekle uyulmaksızın yapılan gizli sözleşmenin geçerli olup olmadığı sorunu ortaya çıkmaktadır. Sorunun çözümüne ilişkin öğretide ileri sürülen görüşlere aşağıda değineceğiz.

Görünürdeki işlemin arkasına gizlenen işlemin geçerli olabilmesi için yasada öngörülen kurucu ve geçerlilik unsurlarının tümünü içermesi gerekir. Bu nedenle taşınmaz satımına ilişkin olan bir sözleşmenin satım bedelini, sözleşmenin konusu olan taşınmaz malı ve tarafların bu yönde açıkladığı uyumlu iradelerini içermesi gerekir. Taşınmazın devrine ilişkin olan sözleşmenin yasada öngörülen kurucu unsurların yanı sıra bazı geçerlilik unsurlarını da içermesi de gerekir. İşte taşınmazların devrinin resmi şekle uyularak yapılması, sözleşmenin geçerlilik unsurlarından birini oluşturmaktadır. Bu nedenle burada muvazaalı görünürdeki sözleşmenin geçerli olabilmesinin koşulları ve şekle aykırı olarak yapılan gizli sözleşmenin geçerliliği üzerinde duracağız.

3.1.1. Gizli İşlemin Yasada Öngörülen Kurucu Unsurları İçermesi

Taşınmaz üzerinde mülkiyeti devir amacı güden sözleşmelerin, niteliklerine göre yasa da öngörülen kurucu unsurlarının tümünü içermesi gerekir. Sözü edilen kurucu unsurların nelerden ibaret olduğu, taşınmazın devri amacı güden sözleşmenin türüne göre değerlendirmek gerekir. Örneğin taşınmaz satımına ilişkin olan sözleşmenin hangi kurucu unsurları içermesi gerektiği BK 213 ve devamı maddelerinde; taşınmaz mal değişimi (trampa) sözleşmesinin hangi kurucu unsurları içermesi gerektiği BK 232 ve devamı maddelerinde; taşınmazın bağışlanmasına ilişkin olan sözleşmenin hangi kurucu unsurları içermesi gerektiği BK 234 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Bu bağlamda, örneğin, taşınmazın satımına ilişkin olan sözleşmede, tarafların karşılıklı olarak açıkladıkları iradelerinin bir birine uygun olması, satım bedelinin kararlaştırılması ve sözleşmenin konusu olan taşınmazın belirlenmesi gerekir. Sözü edilen hususlar taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin olan diğer sözleşme türleri içinde geçerlidir.

BK m. 19 ve 20 gereği, taşınmazın devri amacı güden ve taraflarca gizlenen sözleşmenin konusunda imkansızlık bulunması veya hukuka aykırı olması sözleşmenin geçersizliğine neden olur. Sözleşmenin konusunda imkansızlık hukuksal veya eylemsel olabilir. Hukuksal imkansızlığa örnek olarak gizli sözleşmenin imar mevzuatına aykırılık taşınması; eylemsel imkansızlığa taşınmazın yok olması örnek olarak gösterilebilir. İmkansızlığın gizli sözleşmenin kurulduğu sırada mevcut olması gerekir. Sonradan ortaya çıkan imkansızlık durumunda Borçlar Kanunu'nun 19. maddesi yerine 117. maddesi uygulanır.

Muvazaalı sözleşmenin arkasına gizlenen ve taşınmaz mülkiyetinin devri amacı güden sözleşmenin hukuka ve ahlaka aykırı olmaması gerekir Aksi takdirde Borçlar Kanunu'nun 20. maddesi gereği sözleşmenin geçersizliği sonucunu ortaya çıkar. BK m. 19'da hukuka aykırılık halleri olarak emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırılık hallerini düzenlemiştir. Bu bağlamda gizli sözleşmenin konusu emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırılık oluşturuyorsa, diğer koşullar yerine gelmiş olsa da, sözleşme geçersizdir.

3.1.2. Gizli İşlemden Tarafların İradelerinin Fesada Uğratılmamış Olması veya Gabini Nedeniyle İptal Edilmemiş Olması Gerekir

İradeyi sakatlayan nedenlerin bulunması durumunda, iradesi fesada uğrayan taraf, gizli sözleşmenin iptalini isteme hakkına sahiptir. BK m. 31 gereği yanılma, aldatılma veya korkutulma nedeniyle iradesi sakatlanan taraf yanılma veya aldatılmayı öğrendiği; korkutularak iradesi fesada uğratılan taraf ise korkunun ortadan kalktığı tarihten itibaren bir yıl içerisinde sözleşmenin iptalini talep etmelidir⁹⁷. Bir yıllık süre hak düşürücü süre olup, bu sürenin geçirilmesiyle iradesi fesada uğrayan tarafın sözleşmeye icazet verdiği karine olarak kabul edilir. İptal hakkının bir yıl içerisinde kullanılmaması nedeniyle sözleşmeye icazet verildiğine ilişkin olan yasal karine kesin olup aksinin ispatı söz konusu değildir⁹⁸.

İptal, karşı tarafa yöneltilmesi gereken, tek taraflı, bozucu yenilik doğuran bir haktır. İptal hakkının kullanılabilmesi için mahkemeye başvurulması ve dava

97 Yanılma, aldatma ve korkutmanın varlığı durumunda, hukuksal işlemin bağlı olduğu yaptırımın niteliği öğretide oldukça tartışmalıdır. İsviçre ve Türk Hukuku öğretilerinde yanılma, aldatma ve korkutma hallerinde ortak yaptırımın tek taraflı bağlamazlık olduğu kabul edilmiştir. Ancak tek taraflı bağlamazlık yaptırımının hangi anlama geldiği hususunda belli başlı üç görüş ileri sürülmüştür. Bu görüşlerden ilki bölünmüş geçersizlik teorisidir. Bu teoriyi savunan yazarlara göre, yanılma, aldatma veya korkutma nedeniyle iradesi fesada uğrayan taraf için hukuksal işlem yapıldığı andan itibaren bağlayıcı olmayıp, yalnızca karşı taraf için bağlayıcıdır. Bu bağlamda hukuksal işlem yalnızca taraflardan birisi için hüküm ve sonuçlarını doğurmaktadır. İradesi fesada uğrayan tarafın iptal hakkını kullanmaması durumunda, hukuksal işlem onun için yapıldığı tarihten itibaren geçerli hale gelir. Burada hukuksal işlemin geçersizliği, iradesi fesada uğrayan taraf bakımından askıdadır. Sözleşmenin geçerli hale gelip gelmeyeceği erteleyici şarta bağlıdır. Erteleyici şart olan iptal hakkının kullanılmamasıyla hukuksal işlem geçerli hale gelir (Türk Hukuk öğretisinde bölünmüş geçersizlik teorisini savunan yazarlar için bkz. **TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP**, age, s. 452.; **OĞUZMAN, K., ÖZ, T.**, *Borçlar Hukuku*, s. 79.). Diğer bir görüş olan geçersizlik teorisine göre, irade fesadı nedeniyle hukuksal işlem kurulduğu andan itibaren geçersizdir. Taraflar bakımından her hangi bir hak ve yükümlülük doğurmaz. Burada hukuksal işlemin geçersizliği kesin olmayıp düzelebilir bir hükümsüzlüktür. Bir yıllık hak düşürücü süre içerisinde iptal hakkının kullanılması durumunda, hükümsüzlük kesinleşir. İradesi fesada uğrayan taraf bir yıllık hak düşürücü süre içerisinde iptal hakkını kullanmaması durumunda hukuksal işlem kurulduğu andan itibaren geçerli hale gelir. Burada geçersizliği her iki taraf yönünden askıda olup, bozucu şart olan iptal hakkının kullanılmasıyla kesinleşir. Üçüncü bir görüş olan iptal teorisine göre, hukuksal işlem baştan itibaren her iki taraf içinde hükümlerini doğurur. Ancak iradesi fesada uğrayanın bir yıllık süre içerisinde iptal hakkını kullanmasıyla sözleşme geçmişe etkili bir biçimde hükümsüz hale gelir.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU görüşünü belirtirken sorunun çözümünü de lege feranda ve de lege lata olmak üzere ikili bir ayırma gitmek suretiyle ifade etmiştir. Yazar de lege feranda, yanılma halinde iptal teorisini; aldatma ve korkutma halinde geçersizlik teorisini kabul etmenin daha doğru olacağını ileri sürmüştür. Yazar de lege lata yanılma, aldatma ve korkutma ile gabini aynı yaptırıma bağlı olması yönündeki geleneksel sistemin korunması daha doğru olacağını belirtmiştir (bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N. (HATEMİ, SEROZAN, ARPACI)**, age, s. 432.). **EREN** Borçlar Kanunu'nun iptal teorisini kabul ettiği görüşünü benimsemektedir (bkz. **EREN, F.**, *Borçlar Hukuku*, s. 370.).

98 **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N. (HATEMİ, SEROZAN, ARPACI)**, age, s. 435.; **KILIÇOĞLU, A.**, *Borçlar Hukuku*, s. 132.; **EREN, F.**, *Borçlar Hukuku*, s. 370.

açılması zorunlu değildir⁹⁹. Bu bağlamda iptal hakkının kullanıldığına ilişkin beyanın karşı tarafa ulaşmasıyla hükümlerini doğurur ve sözleşme kesin olarak hükümsüz hale gelir¹⁰⁰. Ancak karşı taraf sözleşmenin iptalini gerektirecek koşulların oluşmadığının veya iptal hakkının süresi içerisinde kullanılmadığının tespitini dava edebilir¹⁰¹.

Taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin olan sözleşmenin taraflarından birinin iradesinin fesada uğradığını ileri sürerek açmış olduğu dava aynı nitelikte olup, davacı bununla karşı tarafta bulunan taşınmazın zilyetliğini kendisine geri verilmesini talep eder. Başka bir ifadeyle davacının taşınmazın zilyetliğinin kendisine geri verilmesine ilişkin TMK m. 1025 gereği açmış olduğu kayıt düzeltilmesi davası, TMK m. 683/II'de düzenlenen istihkak davası niteliğini taşır¹⁰².

Gizli sözleşmede gabin için söz konusu olan objektif ve subjektif unsurların gerçekleşmesi durumunda, edimler arasındaki aşırı oransızlık nedeniyle sömürülen taraf sözleşmenin iptalini talep edebilir. De lege feranda yanılma, aldatma ve korkutma halleri gabin ile aynı yaptırıma bağlı tutulmuştur.

3.1.3. Gizli İşlemin Resmi Şekle Uygun Olarak Yapılması Sorunu

Daha önce de ifade edildiği üzere taşınmaz mülkiyetinin devri amacı güden sözleşmeler resmi şekilde yapılması gerekir. Resmi şekle uyulmaması durumunda gizli sözleşmenin akıbetinin ne olacağı öğretide tartışmalıdır. Bu konuda değişik hukuk sistemlerinden esinlenen görüşler ileri sürülmüştür.

99 KOCAYSUFPAŞAOĞLU, N. (HATEMİ, SEROZAN, ARPACI), age, s. 435.; EREN, F., *Borçlar Hukuku*, s. 372.; TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP, age, s. 454.; OĞUZMAN, K., ÖZ, T., *Borçlar Hukuku*, s. 101.; ADAY, N., agt, s. 34.

100 KOCAYSUFPAŞAOĞLU, N. (HATEMİ, SEROZAN, ARPACI), age, s. 436.; OĞUZMAN, K., ÖZ, T., *Borçlar Hukuku*, s. 100.; ADAY, N., agt, s. 35.

101 KOCAYSUFPAŞAOĞLU, N. (HATEMİ, SEROZAN, ARPACI), age, s. 436.

102 KOCAYSUFPAŞAOĞLU, N. (HATEMİ, SEROZAN, ARPACI), age, s. 437.

3.1.3.1. Gizli İşlemin Resmi Şekle Uygun Olarak Yapılması Gerektiğini İleri Süren Görüş

Bu görüşü savunan yazarlara göre, taşınmaz mülkiyetinin devri amacı güden gizli sözleşme muvazaalı sözleşmeden bağımsızdır. Bu nedenle muvazaalı sözleşmenin geçersiz olması gizli sözleşmeye etkili değildir. Yasa da öngörülen esasa ve şekle ilişkin koşulları taşıyan gizli sözleşme geçerli olur. Ancak taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin olan görünürdeki muvazaalı sözleşme, tarafların gerçek iradelerini içermemesi nedeniyle geçersizdir. Bunun yanı sıra muvazaalı sözleşmenin arkasına gizlenen sözleşme de resmi şekle uygun yapılmamış olması nedeniyle geçersizdir¹⁰³.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU taşınmazın satımının bağışlama olarak gösterildiği veya tam tersi bir durumun söz konusu olduğu hallerde, muvazaalı işlemin arkasına gizlenen sözleşmenin geçerli olabilmesi için yasa da belirtilen şekle

103 Taşınmazların satımı sözleşmelerinde resmi şekle uyulmamasının hangi geçersizlik türünün oluşturduğu konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.

- 1- *Yokluk Görüşü*: Bu görüşü savunan yazarlara göre, taşınmazın devrine ilişkin olan iradelerin resmi memur önünde açıklanması, taşınmaz satım sözleşmesinin kurucu unsurlarındandır. Bu nedenle resmi şekle uyulmamasının yaptırımı yokluktur. Yokluk görüşünü savunan yazarlar için bkz. **BECKER, H.**, Berner Kommentar, Band IV, Obligationrecht, Bern 1941, art 1-183; **OSER, SCHÖNENBERGER**, Zürcher Kommentar, Obligationrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1929, art 11 (**KILIÇOĞLU, A.**, *Borçlar Hukuku*, s. 93, Dip Not : 77'den naklen).
- 2- *Klasik Butlan Görüşü*: Taşınmaz satım sözleşmesinde resmi şekle uyulmamasının yaptırımı, klasik görüşe göre, butlandır. Klasik butlan görüşünü savunan yazarlara göre, taşınmaz satım sözleşmesinin resmi şekilde yapılmasını öngören hukuk kuralları emredici niteliktedir. Bu nedenle taraflar, resmi şekli öngören emredici nitelikteki hukuk kurallarının aksini kararlaştıramazlar. Taşınmaz satımında resmi şekli öngören emredici nitelikteki hukuk kurallarına aykırılık durumunda, taraflar veya yararı bulunan üçüncü kişiler butlanı ileri sürebilirler. Yargıç, dosya kapsamından anlaşılıyorsa butlanı kendiliğinden göz önünde tutar. Butlanın ileri sürülmesi herhangi bir hak düşürücü süre veya zamanasını ile sınırlı değildir. Klasik butlan görüşünü savunan yazarlar için bkz **TANDOĞAN, Haluk** (1974), *Borçlar Hukuku*, s. 194, Ankara.; **TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP**, age, s. 102.; **KILIÇOĞLU, A.**, *Borçlar Hukuku*, s. 94.; **OĞUZMAN, K., ÖZ, T.**, *Borçlar Hukuku*, s. 124.; **KILIÇ, H.**, *Gayrimenkul Davaları*, Cilt 1, s. 1249.; **ERTAŞ, Ş.**, age, s. 285.; **OĞUZMAN, K., SELİÇİ, Ö, OKTAY ÖZDEMİR, S.**, *Eşya Hukuku*, s. 286.; İsviçre Federal Mahkemesinin klasik butlan görüşünü benimsediği kararları için bkz. BGE 86 II 400; BGE 92 II 324; BGE 95 II 42 (**KILIÇOĞLU, A.**, *Borçlar Hukuku*, s. 94, 79 ve 80 numaralı dipnotlarda belirtilen diğer kararlar). İsviçre Federal Mahkemesi gibi Yargıtay'da, yerleşmiş uygulamalarından da anlaşılacağı üzere, klasik butlan görüşünü benimsemiştir. Yargıtay'ın klasik butlan görüşünü kabul ettiği hakkında bkz. **12.04.1944 tarih ve 14/13 sayılı YİBK; 26.05.1954 tarih ve 8/18 sayılı YİBK; 30.09.1988 tarih ve 1987/2 E, 1988/2 K sayılı YİBK.**
- 3- *Kendine Özgü geçersizlik Görüşü*: Son zamanlarda geliştirilen bu görüşü savunan yazarlara göre, şekle aykırılık nedeniyle söz konusu olan geçersizlik, yalnızca taraflarca ileri sürülebilir. Üçüncü kişiler taşınmaz satımının resmi şekle uygun olmadığını ileri süremeyecekleri gibi, yargıçta şekle aykırılığı kendiliğinden göz önünde tutamaz. Taşınmaz satımının resmi şekle uygun olmadığı ileri sürülmedikçe, sözleşme hüküm ve sonuçlarını doğurur. Kendine özgü geçersizlik görüşünü savunan yazarlar için bkz. **EREN, F.**, *Borçlar Hukuku*, s. 262. Yasa koyucunun şekil kuralıyla tarafları düşünmeye sevk etmeye çalışması, dikkatli davranmayı telkin etmesi ve şekle ilişkin kuralların emredici nitelikte olması nedeniyle biz klasik butlan görüşüne katılıyoruz.

ilişkin koşulları da taşınması gerektiğini ileri sürmüştür. Bu bağlamda taşınmazın devri amacı güden ve resmi şekle aykırı yapılan gizli sözleşmenin geçerli olmayacağını ifade etmiştir¹⁰⁴.

ESENER muvazaalı satım sözleşmesinin arkasına gizlenen bağışlama sözleşmesinin şekle aykırılık nedeniyle geçerli olmayacağını, aynı şekilde muvazaalı bağışlama sözleşmesinin arkasına gizlenen satım sözleşmesinin de geçerli olmayacağını belirterek gizlenen işlemdeki şekil eksikliğinin görünürdeki işlemin şekle uygun bir biçimde yapılmasıyla giderilemeyeceğini ifade etmiştir¹⁰⁵.

Hemen belirtmek gerekir ki, Türk Hukuk öğretisinde baskın olan görüş bu yöndedir.

İsviçre Federal Mahkemesi ve öğretisi taşınmazın devri amacı güden gizli sözleşmenin resmi şekle uygun yapılmaması nedeniyle geçersiz olduğu görüşünü benimsemektedir¹⁰⁶.

Yargıtay'ın 07.10.1953 Gün ve 7/8 sayılı İnançları Birleştirme Kararından da anlaşılacağı üzere, taşınmazların devrine yönelik muvazaalı işlemin arkasına gizlenen sözleşmenin Türk Medeni Kanunu'nun 706 ve Tapu Kanunu'nun 26. maddeleri gereği geçersiz olduğu görüşünü kabul etmiştir. Yargıtay daha sonraki içtihatlarıyla kabul ettiği bu görüşünü kararlılıkla uygulamıştır¹⁰⁷.

Daha önce muvazaalı olan görünürdeki sözleşmenin geçersiz olduğunu, burada söz konusu olan geçersizliğin etkileri bakımından butlan olduğunu belirtmiştik. Butlan ile sakat olan görünürdeki sözleşmenin geçersizliği, gizli

104 **KOCAYSUFPAŞAOĞLU, N. (HATEMİ, SEROZAN, ARPACI)**, age, s. 356.

105 **ESENER, T.**, *Muvazaalı Muameleler*, s. 81. Öğretide bu görüşü savunan diğer yazarlar için bkz. **FEYZİOĞLU, Feyzi Necmettin** (1950), *Şufl'a Hakkında Muvazaa İddiaları*, s. 4, İstanbul.; **OĞUZMAN, K., SELİÇİ, Ö., OKTAY-ÖZDEMİR, S.**, *Eşya Hukuku*, s. 294.; **ÖZKAYA, E.**, age, s. 193.; **ÖZUĞUR, A.İ.**, age, s. 291.; **FEYZİOĞLU, F. N.**, age, s. 199.; **KILIÇOĞLU, A.**, *Borçlar Hukuku*, s. 118.; **EREN, F.**, *Borçlar Hukuku*, s. 326.; **YAVUZ, N.**, age, s. 54.

106 **POSTACIOĞLU, İlhan**, *Gayri Menkullerin Ferağı*, s. 119.; **ESENER, T.**, *Muvazaalı Muameleler*, s. 80.; **ADAY, N.**, agt, s. 36.

107 Bu yönde bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun **22.12.1982 gün, E. 13/1905 ve K. 966 sayılı Kararı**; Yargıtay 14. Hukuk Dairesinin **24.09.2002 gün, E. 4929 ve K. 6020 sayılı Kararı**; Ayrıca Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin **04.04.1983 Gün, E. 1983/2770 ve K. 1983/3623 sayılı Kararına** göre, '... Mevsuf muvazaa halinde, görünüşte yapılan sözleşme, tarafların iradelerine dayanmadığından geçerli olmayıp, gizli sözleşmenin, yani gerçekte yapılmak istenen akdin var olduğu kabul edilerek uyuşmazlığın çözümlenmesi gerekir. Onun muvazaalı sözleşme altına gizlenmiş olması, ilke olarak geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu gizli sözleşmenin geçerliliği bir şekle bağlı ise, şekil şartına uygun bir irade bildiriminde bulunulmadığı cihetle, geçerlilik şekli, ne bürünmüş olmayan irade beyanı, hukuki varlığı olmayan bir beyan niteliğini taşıdığından gizli sözleşme dahi geçersizdir.'

sözleşmenin yasa da belirtilen şekle ve esasa ilişkin unsurları içermesi koşuluyla onu etkilemez. Başka bir ifadeyle gizli sözleşme yasa da belirtilen şekle ve esasa ilişkin tüm unsurları içeriyorsa geçerlidir. Ancak taşınmaz mülkiyetinin devri amacı güden gizli sözleşme, muvazaalı görünürdeki sözleşmeden bağımsız olması nedeniyle onun geçersizliğinden etkilenmemekle beraber, resmi şekle uygun yapılmaması nedeniyle geçersizdir. Gizli sözleşmenin resmi şekle uygun yapılmaması nedeniyle söz konusu olan geçersizlik etki derecesi bakımından butlan yaptırımını oluşturur. Bu bağlamda butlan yaptırımına bağlanan tüm sonuçlar burada da geçerli olur¹⁰⁸.

3.1.3.2. Görünürdeki İşlemin Resmi Şekilde Yapılmasını Yeterli Olduğunu Kabul Eden Görüş

Fransız Hukukundan etkilenen ve taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin olan görünürdeki sözleşmenin resmi şekle uygun yapılmasını yeterli kabul eden görüşün taraftarlarına göre, görünürdeki sözleşmenin resmi şekle uygun yapılmasıyla, şeklin sağlamaya çalıştığı koruma gizli sözleşme bakımından gerçekleşmiştir. Bu bağlamda gizli sözleşmenin şekil eksikliği nedeniyle geçersizliğini ileri sürmenin olanağı kalmamaktadır.

Türk Hukuk öğretisinde bu görüşü savunan **POSTACIOĞLU**'na göre, İsviçre Federal Mahkemesinin yukarıda belirtilen çözüm tarzının yasanın özüne ve amacına uygun düşmemektedir. Yazar, yasanın ferağ taahhüdünü içeren sözleşmelerin resmi şekilde yapılmasını öngörerek tarafları uyardığını, bu bağlamda ferağ taahhüdünü içeren iradelerin resmi memur önünde açıklanmasının yeterli olduğunu ileri sürmüştür¹⁰⁹.

KARAYALÇIN, resmi şekil koşulunu kamu düzeni esasına ve klasik butlan görüşüne dayandıran çözümlerin sakıncaları ve haksızlığının artık anlaşıldığını ifade etmiştir. Yazara göre, yeni öğretisi ve mahkeme kararlarının, dürüstlük kuralına ve şeklin amacının tarafları korumak olduğu esasına dayandığını belirterek, bu bakımdan tarafların taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin olan iradelerini resmi şekle

108 Klasik butlan görüşü olarak adlandırılan bu teori için bkz. **AKİPEK, Jale, G.** (1953), *Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medeni Kanunu'nun Sistemi*, s. 91, Ankara.

109 **POSTACIOĞLU, İ.**, *Gayri Menkullerin Ferağı*, s. 119.; Aynı yönde görüş için bkz. **ERTAŞ, Ş.**, age, s. 288.

uygun olarak yetkili makam huzurunda açıkladıklarını, artık bağışlama yerine satım kelimesinin kullanılmasının taşınmazın mülkiyetinin devri açısından geçersizlik nedeni sayılmasını kavramanın zor olduğunu ifade etmiştir¹¹⁰.

YAVUZ bağışlama sözleşmesinin taşınmaz satımının arkasına gizlenmesi durumunda, görünürdeki satım sözleşmesinin muvazaa nedeniyle geçersiz olduğunu, ancak tarafların gizlenen bağışlama sözleşmesinin temel unsuru olan taşınmazı geçirme borcuna yönelik iradelerini tapu memuru önünde açıklamaları nedeniyle bağışlama sözleşmesinin gerekli geçerlilik koşullarını taşıdığını, bu nedenle geçerli olduğunu belirtmiştir. Yazar görünürdeki sözleşmenin bağış gizlenen sözleşmenin satım olması durumunda, görünürdeki bağışın muvazaa nedeniyle, gizlenen satımın esaslı unsurlarından olan satım bedelinin resmi şekle uygun olarak yapılmaması nedeniyle geçersiz olduğunu ifade etmiştir¹¹¹.

3.1.3.3. Şekil Koşulunu Taraflarca İleri Sürülmesi Gerektiğini Kabul Eden Görüş

Klasik butlan görüşünün sert ve katı sonuçlarını yumuşatmak amacıyla, öğretilerde, kendine özgü geçersizlik adı altında yeni teori ileri sürülmüştür¹¹². Kendine özgü geçersizlik görüşüne göre, BK m. 11’de ki ‘... sahih olmaz ...’ düzenlemesiyle geçersizlik kastedilmiştir. Şekil kurallarının amacı ve sözleşme özgürlüğü ilkeleri göz önüne alındığında, buradaki geçersizliğin kendine özgü bir nitelik taşıdığı anlaşılmaktadır. Böylece şekle aykırı yapılan bir sözleşmenin sonradan geçerli hale getirilememesi ve butlanının yargıç tarafından kendiliğinden dikkate alınabilmesi, hukuki güven açısından olumsuz sonuçlar doğurmaktadır. Sözleşmenin şekle aykırı olduğu taraflarca ileri sürülmedikçe, geçerli bir işlem gibi hüküm ve sonuçlarını doğurur. Yargıç sözleşmenin şekle aykırı olmasını kendiliğinden dikkate alamaz. Ayrıca sözleşmenin şekle aykırı olduğu savı yalnızca taraflarca ileri sürülebilir. Üçüncü kişiler sözleşmenin şekle aykırı olduğu savını ileri sürme hakları yoktur¹¹³.

110 **KARAYALÇIN, Y.**, *Muvazaa (Danışık)- Hileli Anlaşma- Mirasbırakanın Muvazaası*, s. 353.

111 **YAVUZ, Cevdet** (2007), *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 189, İstanbul.

112 **ALTAŞ, Hüseyin** (1998), *Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi*, s. 135 vd., Ankara.

3.1.3.4. Kişisel Görüşümüz

Nisbi muvazaada görünüşte yapılan sözleşme, tarafların gizledikleri ve gerçek iradelerini içeren sözleşmeden tamamen bağımsızdır. Tarafların görünürdeki sözleşmeyle, taşınmaz mülkiyetinin devri yönünden tamamen bir görünüm yaratmayı amaçladıkları açıktır. Görünürdeki işlemin, tamamen farklı yönde iradeleri içeren gizli işlem yerine ikame edilmesinin hukuk tekniği yönünden olanaklı olmadığı kanaatindeyiz. Bu bağlamda taşınmaz mülkiyetinin devri amacı güden ve tamamen bağımsız bir yapıya sahip olan gizli sözleşmenin geçerliliği ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Bu nedenle Fransız Hukukundan etkilenen ve görünürdeki sözleşmenin resmi şekle uygun olarak yapılmasını yeterli gören görüşe katılmıyoruz.

Taşınmaz mülkiyetinin devri amacı güden sözleşmenin resmi şekilde yapılması zorunlu olup, şekle aykırılık, sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurur. Yukarıda da belirtildiği gibi, geçersizliğin etki derecelerine yönelik ileri sürülen ve bizimde katıldığımız klasik butlan görüşüne göre, şekle aykırı olan sözleşme butlanla sakat olup, kurulduğu andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurmaz. Bu nedenle şekle aykırılığın kendine özgü bir geçersizlik oluşturduğu, taraflarca ileri sürülmedikçe dikkate alınamayacağı yönündeki görüşe katılmıyoruz. Aksi durum, şekilden beklenen yararların göz ardı edilmesi sonucunu doğurur. Bu bağlamda yasada öngörülen esasa ilişkin koşulları yerine getiren ve taşınmaz mülkiyetinin devri amacı güden gizli sözleşme, resmi şekle aykırı yapılması durumunda butlanla sakat olacaktır.

3.1.4. Şekle Aykırılığın İleri Sürülmesinde Özellik Gösteren Bazı Durumlar

3.1.4.1. Bedelde Muvazaa Durumunda Şekle Aykırılığın İleri Sürülmesi Sorunu

Paydaşlardan birinin paylı mülkiyetin konusu olan taşınmaz üzerindeki payını sattığı üçüncü kişiye karşı diğer paydaşların önalım hakkını kullanmalarını

113 ALTAŞ, H., age, s. 137.; Öğretide aynı yönde görüş için bkz. EREN, F., *Borçlar Hukuku*, s. 327.; SUNGURBEY, İ., *Temel Sorunlar*, s. 920.

engellemek amacıyla taraflarca satım bedelinin olduğundan fazla gösterilmesi veya yüksek harç ödemekten kaçınmak amacıyla taşınmazın satım bedelinin gerçekte olduğundan daha az gösterilmesi durumlarında bedelde muvazaa söz konusu olacağını yukarıda belirtmiştik. Bu durumda gizli sözleşme görünürdeki sözleşmenin bir kısmını değiştirmektedir. Bedelde muvazaa durumunda görünürdeki sözleşmenin koşullarından bir kısmını değiştiren gizli sözleşme de şekle aykırılığın ileri sürülmesi bazı özellikler göstermektedir. Bu bağlamda öncelikle eksik harç ödenmesi; daha sonra da önalım hakkının kullanılmasının engellenmesi amacıyla bedelde muvazaa yoluna gidilmesi durumunda şekle aykırılığın ileri sürülmesinin göstereceği özellikler üzerinde durulacaktır.

3.1.4.1.1. Eksik Harç Ödemek Amacıyla Satım Bedelinin Olduğundan Eksik Gösterilmesi

Düşük harç ödemek amacıyla bedelde muvazaa meydana getirilmesi durumunda, gizli sözleşmenin şekle aykırılık nedeniyle geçerli olup olmadığı hususu tartışmalıdır.

Borçlar Hukukunun ilkelerini dayanak alan bir görüşe göre, satım bedeli, taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin sözleşmenin objektif esaslı unsurlarından olması nedeniyle, görünürdeki sözleşme satım bedeline ilişkin tarafların gerçek iradelerini içermemesi nedeniyle; muvazaalı sözleşmenin arkasına gizlenen ve gerçek satım bedelini içeren sözleşme de resmi şekle uygun yapılmamış olması nedeniyle geçersizdir. Bu bağlamda taşınmaz mülkiyetinin devri amacı güden görünürdeki sözleşme objektif esaslı unsurlardan birini içermemesi nedeniyle; gizli sözleşme de resmi şekle aykırı olması nedeniyle tamamen geçersizdir¹¹⁴.

Yine Borçlar Hukukunun ilkelerinden hareket eden diğer bir görüşe göre, bedelde muvazaa halinde taşınmaz satımına ilişkin olan sözleşmenin bir kısmında muvazaa olduğuna göre, sözleşmenin tümünün geçersiz sayılması bu muvazaa türünün niteliğiyle bağdaşmamaktadır. Bedelde muvazaa da taraflar, sözleşmenin

114 KOCAYSUFPAŞAOĞLU, N. (HATEMİ, SEROZAN, ARPACI), *age*, s.358.; OĞUZMAN, SELİÇİ, OKTAY-ÖZDEMİR'e göre, 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun 63. maddesinin bedelde muvazaa durumunda gizli sözleşmenin geçersiz olacağı biçiminde yorumlanamayacağını ileri sürmüştür (OĞUZMAN, K., SELİÇİ, Ö., OKTAY-ÖZDEMİR, S., *Eşya Hukuku*, s. 296.).

esaslı unsurları konusunda kendi aralarında anlaşmakta ve görünürdeki sözleşmeyi resmi şekle uygun bir biçimde yapmaktadırlar. Ancak sadece bedelin belirli bir kısmını görünürdeki sözleşmede değişik göstermektedirler. Bu nedenle sözleşmenin tamamının geçersiz sayılmasının fazla şekilcilik olduğu ileri sürülmüştür¹¹⁵.

Vergi mevzuatını dayanak alan görüşe göre, ülkemizde taşınmazların devrinde daha düşük harç ödemek amacıyla satım bedeli taraflarca gerçekte olduğundan daha düşük gösterilmektedir¹¹⁶. Bu bağlamda Harçlar Kanunu m. 63 ve Harçlar Kanunu'na bağlı 4 sayılı Tarife'nin m. 20/a birlikte değerlendirildiğinde, vergi mevzuatı, emlak vergisi değerinden fazla olan gerçek bedelin satım sözleşmesinde gösterilmemesi durumunda, sözleşmenin geçersizliğini öngörmemekte, ancak aradaki farkın gecikme faiziyle birlikte taraflardan cezalı bir biçimde tahsilini öngörmektedir. Böylece vergi mevzuatımızın öngördüğü sistem çerçevesinde bedelde muvazaa durumunda satım sözleşmesini geçersiz saymaya olanak yoktur¹¹⁷.

115 **ÖZKAYA, E.**, age, s. 176.; **ÖZUĞUR, A.İ.**, age, s. 288.; İsviçre Hukuk öğretisinde **OSER**, bedelde muvazaa durumunda BK m. 20'de düzenlenen kısmi butlanın uygulanacağı kanaatindedir. Ancak **ESENER**, BK m. 20'de düzenlenen butlan yaptırımının hukuk düzeni tarafından konulan bir yaptırım olduğunu, satım sözleşmesindeki bedelin butlanının muvazaadan ve gizli sözleşmeden kaynaklandığını, bundan ötürü satım sözleşmesindeki muvazaalı satım bedeline BK m. 20/II hükmünün uygulanmayacağını ileri sürmüştür (**ESENER, T.**, *Muvazaalı Muameleler*, s. 62.).

116 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun 63. maddesi gereği, Tapu ve kadastro harcı, vergi değeri ile mükellef tarafından beyan edilmiş olan değerlerden yüksek olanı üzerinden hesaplanır, mükelleflerin vergi değerinden daha düşük beyanda bulunmaları halinde, harcın hesabında vergi değeri esas alınır. Aradaki farka isabet eden harç, 213 sayılı Vergi Usul Kanununa göre hesaplanan vergi ziyai cezası % 25 oranında uygulanmak suretiyle ikmalen tarh edilir. Yine 492 sayılı Harçlar Kanunu'na ekli 4 sayılı Tarife'nin 20/a bendi gereği, taşınmazların ivaz karşılığı devirlerinde, taşınmazın beyan edilen devir bedelinden daha düşük olmamak üzere, emlak vergisi değeri esas alınmak suretiyle gerek devreden gerekse devralan ayrı ayrı binde on beş tapu harcı ödemekle yükümlüdürler.

117 **POSTACIOĞLU**, Tapu Kanunu'nun 29. maddesindeki düzenlemeyle kanun koyucunun, gerçek satım bedelinin sözleşmede gösterilmemesini butlan nedeni olarak kabul etmediğini, ancak hazinenin menfaatini korumak amacıyla cezai nitelikte bir yaptırım öngördüğünü, böylece sözü edilen hükümlerle Borçlar Hukuku ve Medeni Hukukun ilkelerine görünürde bir istisna getirildiğini ifade etmiştir (**POSTACIOĞLU, İ.**, *Gayri Menkullerin Ferağı*, s. 124.); Aynı yönde bkz. **TUNÇOMAĞ, Kenan** (1976), *Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, Cilt I, s. 257, İstanbul.; **TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP**, age, s. 412.; Bu görüş öğretilde eleştirilmiştir. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, vergi mevzuatının tapu harçlarını düzenlerken geçerli sözleşmeleri model aldığı, Vergi Hukukunun bir sözleşmenin geçersiz olup olamayacağına karar veremeyeceğini, sadece geçerli sözleşmeleri esas alan bir model üzerinden nasıl ve ne kadar vergi alınacağını düzenleyeceğini, öngörülen kurallara uyulmadığı takdirde yine vergi hukukuna ilişkin ne gibi yaptırımların söz konusu olacağını belirlemekle yetineceğini, özel hukuk sözleşmelerinin ne vakit geçerli ne vakit geçersiz olacağını belirleyen hukuk dalının borçlar hukuku olduğunu, kaldı ki vergi mevzuatında öngörülen yaptırımlar düşük bedelli gerçek satışlarda uygulanacağından bunları muvazaalı işlemlerin hükümsüz sayılmasını önlemeye yönelik görmenin doğru olmadığını ileri sürerek yukarıda belirtilen görüşü eleştirmiştir (**KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N. (HATEMİ, SEROZAN, ARPACI)**, age, s. 359.). **ERTAŞ** sözleşme de satım bedelini düşük gösterilmesi, sözleşmenin muvazaa nedeniyle geçersizliği sonucunu doğurmayacağını ileri sürmüştür (**ERTAŞ, Ş.**, age, s. 289.).

İsviçre Federal mahkemesi, ilk önceleri, sorunun çözümü için ikili bir ayrıma gitmişti. Buna göre taşınmaz satımına ilişkin görünüşte yapılan sözleşmede gösterilen bedelle gizli sözleşme de tarafların kararlaştırdıkları bedel arasındaki farkı alıcı peşin olarak ödemişse, Federal Mahkemeye göre, artık sözleşmenin butlan nedeniyle geçersiz olduğu ileri sürülemez. Çünkü taraflar, ciddi bir biçimde sözleşme yapma iradelerini ortaya koymuş, söz konusu iradelerini resmi senede bağlamışlardır. Burada resmi şekle bağlanan ve sözleşmenin esaslı unsurlarından olan satım bedelinin belirlenebilir olması gerekeceğinden, aradaki farkın alıcı tarafından ödenmesiyle satım bedeli belirlenebilir hale gelmektedir¹¹⁸. Bunun dışında alıcı sözleşmede gösterilen bedelle gerçekte kararlaştırılan bedeli ödemeyi borçlanmışsa, Federal mahkemeye bu ikinci durumda, satım sözleşmesi butlan nedeniyle geçersiz olduğunu kabul etmişti. Federal mahkemeye göre, böyle bir durumda taşınmaz satım sözleşmesi esaslı unsurlardan olan satım bedelini içermemesi nedeniyle geçersizdir¹¹⁹. Ancak Federal mahkeme daha sonra bu ayrımdan vazgeçerek, muvazaalı olarak gösterilen satım bedeliyle gerçekte kararlaştırılan satım bedeli arasındaki fark ister peşin ödenmiş olsun veya olmasın taşınmaz satımına ilişkin olan görünürdeki sözleşmenin muvazaa, gizli sözleşmenin şekle aykırılık nedeniyle geçersizliğine karar vermiştir¹²⁰.

Yargıtay, muvazaalı olan görünürdeki sözleşmede satım bedelinin düşük gösterilmesi durumunda, vergi mevzuatımızın sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmesine engel olduğu yönündeki görüşü kabul etmiştir¹²¹.

Biz sorunun Borçlar Hukuku ilkelerine göre çözümlenmesi gerektiğini düşünüyoruz. Bu bağlamda görünürdeki sözleşme, taşınmaz satımının objektif esaslı unsurlarından biri olan satım bedeline ilişkin tarafların gerçek iradelerini içermemektedir. Ancak gerçek satım bedelini içeren gizli sözleşme de resmi şekilde yapılmaması nedeniyle geçersizdir. Vergi mevzuatımızdaki hükümler, borçlar

118 Federal mahkemenin bu çözüm tarzı **ESENER** tarafından eleştirilmiştir. Bu yazara göre, peşin olarak ödenen bedel farkı, tarafların gizli sözleşme ile kararlaştırdıkları satım bedelidir. Gerçeğe uygun olmayan görünürdeki satım bedeliyle taraflar üçüncü kişileri aldatma niyetini taşırlar. Bu nedenle görünürdeki satım bedeli muvazaalıdır (**ESENER, T.**, *Muvazaalı Muameleler*, s. 66).

119 **ESENER, T.**, *Muvazaalı Muameleler*, s. 65.

120 **KOCAYSUFPAŞAOĞLU, N. (HATEMİ, SEROZAN, ARPACI)**, age, s. 358.

121 Bu yönde bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin **13.10.1988 Gün, E. 133 ve K. 152** sayılı Kararı.

hukukunun ilkelerine bir istisna getirmemekle birlikte, bedelde muvazaanın ileri sürülmesini, eksik harç ve vergi cezalarının taraflardan tahsili koşuluyla engellemektedir. Bu bağlamda bedelde muvazaa halinde, eksik harç tamamlanıp yasada öngörülen cezalar taraflarca ödendikten sonra, bedelde muvazaanın ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir.

Bedelde muvazaa durumunda, sözleşmenin yalnızca satım bedeline ilişkin unsurunun butlanla sakat olduğu görüşüne katılmıyoruz. Satım bedeli sözleşmenin objektif esaslı unsurlarından olması nedeniyle, BK m. 20/II'de düzenlenen kısmi butlanın uygulanamayacağı kanaatindeyiz. Çünkü sözleşmenin esaslı unsurlarından olan satım bedelinin diğer esaslı unsurlardan ayırt edilmesinin olanağı yoktur. Objektif esaslı unsurlardan birisinin hukuka aykırı olması sözleşmeyi geçersiz kılar. Bu durum satım bedelinin sözleşmenin bölünemeyen içeriğine dahil olmasının bir sonucudur¹²².

3.1.4.1.2. Önalım Hakkının Kullanılmasını Engellemek Amacıyla Satım Bedelinin Farklı Gösterilmesi

Önalım hakkının kullanılmasını engellemek amacıyla, özellikle sözleşmenin niteliğinde muvazaa meydana getirilmesi durumunda, önalım hakkı sahibinin muvazaayı ileri sürmek suretiyle önalım hakkını kullanıp kullanamayacağı sorununa aşağıda değineceğimiz için, burada taşınmazın devrinde bedelde muvazaaya başvurulması halinde şekle aykırılığın ileri sürülmesi sorunu üzerinde duracağız.

Diğer paydaşlar tarafından önalım hakkının kullanılmasını engellemek amacıyla, satım bedelinin gerçekte olduğundan daha fazla gösterilmesi durumunda, görünürdeki sözleşme bedel muvazaası; gizli sözleşme ise şekle aykırılık nedeniyle geçersizdir¹²³.

Yargıtay'ın yerleşik uygulamasına göre, önalım hakkının kullanılmasını engellemek amacıyla satım bedelinin olduğundan fazla gösterildiği durumlarda, önalım hakkı sahibi muvazaayı ileri sürerek gerçek bedel üzerinden önalım hakkını

122 BAŞPINAR, V., age, s. 63.

123 FEYZİOĞLU, F. N., *Şuf'a Hakkında*, s. 10.

kullanabilir. Davalı tarafından taşınmaz satımına ilişkin olan sözleşmenin resmi şekle aykırılığının ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu için dinlenilmez¹²⁴.

3.1.4. 2. Şekle Aykırılığın İleri Sürülmesinin Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağıyla Sınırlandırılması

3.1.4. 2.1. Genel Olarak

Taşınmaz mülkiyetinin devri amacı güden sözleşmelerin resmi şekle aykırı yapılması durumunda, ister klasik butlan görüşü kabul edilsin isterse kendine özgü geçersizlik görüşü kabul edilsin, şekle aykırılığın ileri sürülmesi bazı durumlarda hakkın kötüye kullanılması yasağıyla sınırlandırılabilir¹²⁵.

Yukarıda da belirtildiği üzere, öğreti ve uygulamada baskın görüş, şekle aykırılığın ileri sürülmesinin, hangi hallerde hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceğine ilişkin önceden kesin ölçütlerin verilemeyeceği yönündedir¹²⁶. Bu bağlamda şekle aykırılığın ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyıp taşımadığının, her somut olayın özelliklerine göre belirlenmesi gerekir. Ancak daha önce hakkın kötüye kullanılmasının koşulları üzerinde durmak gerekir¹²⁷.

124 Yargıtay'ın bu görüşü Türk Hukuk Öğretisi tarafından da kabul edilmektedir. **ŞİPKA**, taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin olan sözleşmenin şekil eksikliği nedeniyle geçersizliğinin taraflarca ileri sürülmesini, hakkın kötüye kullanılması anlamına geleceğini ifade etmiştir (**ŞİPKA, Şükran Taman** (1993), *Türk Hukukunda Kanuni Önalım (Şufa) Hakkı, Hukuki Niteliği ve Kullanılma Koşulları*, s. 76, İstanbul.). **ADAY**'a göre, önalım hakkı sahibi gerçek bedel üzerinden bu hakkını kullanabilir. Bu durumda davalı, gerçekte kastedilen taşınmaz satımına ilişkin sözleşmenin resmi şekle aykırı olması nedeniyle geçersiz olduğunu ileri sürebilir. Ancak sözü edilen savın ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması anlamına geleceğinden dinlenilmez (**ADAY, N.**, agt, s. 83.).

125 **YAVUZ, C.**, *Borçlar Özel*, s. 191.

126 Öğreti ve uygulamada hakkın kötüye kullanılması halleri için önceden kesin ölçütler verilmesinin olanak dahilinde olmadığını benimseyen baskın görüşün yanı sıra, öğretilerde ileri sürülen diğer bir görüş, hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulanabilmesine ilişkin genel ilke ve ölçülerin uygulama birliğini temin amacıyla konulmasını, bu konuda genel bazı ilkelerin saptanmasının mümkün ve gerekli olduğunu ileri sürmüştür. Bu görüşü savunan yazar için bkz. **KILIÇOĞLU, A.**, *Borçlar Hukuku*, s. 97.; ancak yazar hakkın kötüye kullanılmasının belirli somut olaylarla mümkün olmadığını, yargıcın, her somut olayın niteliğine göre olayda hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığını tayin ve takdir edeceğini ifade etmiştir. Yargıtay **03.11.1980 Gün ve 3/2 sayılı İnançları Birleştirme Kararında**, dürüstlük kuralının uygulanmasına ilişkin önceden kesin ölçütler vermenin mümkün olmadığını, bu nedenle her somut olayın özelliklerinin dikkate alınarak dürüstlük kuralına aykırılık bulunup bulunmadığının belirlenmesi gerektiğine hükmederek öğretilerde baskın olan görüşe katılmıştır.

127 Hakkın kötüye kullanılması yasağının dayandığı esaslara ilişkin öğretilerde üç görüş ileri sürülmüştür. Fransız

3.1.4. 2.2. Hakkın Kötüye Kullanılmasının Koşulları

Hakkın kötüye kullanılması, hukuk düzeni tarafından tanınan bir hakkın kullanımını sırasında gerçekleşir. Bu bağlamda öncelikle hak sahibi tarafından, hukuk düzeninin kendisine sağladığı bir hakkın kullanımının söz konusu olması gerekir. Hakkın kullanımının açıkça dürüstlük kuralına aykırı olması diğer bir koşulu oluşturur. Sözü edilen koşul dürüstlük kuralını düzenleyen TMK m. 2'den açıkça anlaşılmaktadır.

Hakkın dürüstlük kuralına aykırı bir biçimde kullanılması nedeniyle, başkalarının zarar görmüş olmaları veya zarar görme tehlikesiyle karşı karşıya kalmaları gerekir¹²⁸. Ayrıca öğretide dürüstlük kuralının ikincil olma niteliği göz önünde tutularak, böyle bir hakkın ve kullanılmasının sınırlarını gösteren açık bir hukuk kuralının bulunmaması üçüncü koşul olarak ileri sürülmüştür¹²⁹.

Hukukundan etkilenen ve hakkın kötüye kullanılması yasağının subjektif esasa dayandığını ileri süren görüşe göre, bir hakkın kötüye kullanıldığından söz edebilmek için, hakkın başkasına zarar vermek kastıyla kullanılması gerekir. Ancak İsviçre Hukukundan etkilenen ve objektif esasları dikkate alan ikinci görüşe göre, hakkın kötüye kullanılmasının, kişilerin psikolojik davranışlarına göre değerlendirilemeyeceğini belirterek, ayrıca hak sahibine yabancı objektif esaslara da dayandırılması gerektiğini belirtmiştir. Bu görüşü savunan yazarlara göre, hakkın sırf başkasına zarar vermek amacıyla kullanılması da hakkın kötüye kullanılması teşkil eder. Ancak hakkın meşru bir yararın elde edilmesi için kullanılıp kullanılmadığı, hakkın kullanımının sosyal ve ekonomik amacına aykırı olup olmadığı veya doğruluk ve güven kurallarına aykırılık taşıyıp taşımadığı gibi objektif esasların belirlenmesi gerekir (EDİS, Seyfullah (1987), *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, s. 325, Ankara.; ÇELİKTAŞ, Demet (1988), *Şekle Aykırılık ve Şekle Aykırılığın İleri Sürmenin Sınırı Olarak Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı*, Prof. Dr. Kudret AYİTER Armağanı, Cilt 3, Sayı 1-4, s. 602.; AKİPEK, Jale G., AKINTÜRK, Turgut (2002), *Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri – Kişiler Hukuku*, Birinci Cilt, s. 191, İstanbul.). Türk Hukukunda 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun kaynak İsviçre Medeni Kanunu'na uygun olarak, 'bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz' düzenlemesini getirmiştir. Bu bağlamda öğretide hakim olan görüş doğrultusunda hakkın kötüye kullanılması yasağının objektif esaslara dayandığı görüşünü kabul ediyoruz (Aynı yönde bkz. EDİS, S., age, s. 328.; ÇELİKTAŞ, D., agm, s. 697.).

128 EDİS, S., age, s. 328.; KILIÇOĞLU, A., *Borçlar Hukuku*, s. 98.; ÇELİKTAŞ, D., agm, s. 613.; Ancak öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, TMK m. 2/II'de düzenlenen hükümlerle yasanın korumadığı bir hakkı dürüstlük kuralına aykırı kullanılmasıdır. Bu nedenle, böyle bir sonuca varırken, bu durumun tereddüte yer vermeyecek açıklıkta olmasını aramak, hukuk güvenliğini korunması için zorunludur. Bu bağlamda bir hakkın kötüye kullanıldığı açık ise, artık bunun başkasına zarar verdiği koşulunun aranması hükmün ruhuna uymaz. Öğretide önceki Medeni Kanunu'nun 2/II maddesinde düzenlenen 'bir hakkın sırf gayri eden suiistimalini kanun himaye etmez' hükmünden yola çıkarak hakkın kötüye kullanılmasının koşulları arasında üçüncü kişilerin zarar görmesini arayan görüşe karşı, yeni Medeni Kanunumuzun '... hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz' hükmünün görüşlerini güçlendirdiği ileri sürülmüştür (OĞUZMAN, Kemal, BARLAS, Nami (2003), *Medeni Hukuk, Giriş - Kaynaklar - Temel Kavramlar*, s. 179, İstanbul.). Öğretide ileri sürülen diğer bir görüşe göre, başkalarının zarar görmesi veya zarar görme tehlikesiyle karşı karşıya kalması unsuru, hakkın kötüye kullanılmasını kanuna karşı hileden ayıran temel ölçüttür (AKİPEK, J., AKINTÜRK, T., age, s. 199.).

129 KILIÇOĞLU, A., *Borçlar Hukuku*, s. 98.

3.1.4. 2.3. Resmi Şekle Aykırılık Halinde Butlan Yaptırımının Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağıyla Sınırlandırılması

Yukarıda hakkın kötüye kullanılmasının koşulları genel olarak belirtildikten sonra, özel olarak taşınmaz mülkiyetinin devrinde farklı bazı unsurları taşıyıp taşımadığı üzerinde durulması gerekir. Her ne kadar bu konuda önceden ölçüt belirlemenin olanağı bulunmasa da, öğreti ve uygulama da kabul edildiği üzere, taraflar resmi şekle aykırı olduklarını bildikleri sözleşmeden kaynaklanan edimlerini ifa ettikten sonra, şekle aykırılığı ileri sürmeleri, hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir. Bu durum aynı zamanda hakkın kötüye kullanılması yasağının özel bir türü olan ‘çelişkili davranma yasağı’ ilkesinin bir sonucudur. Gerçekten sözü edilen ilkeye göre, taraflardan biri o güne kadar süregelen davranışlarıyla, edimini ifa edeceği (taşınmazın mülkiyetini geçireceği) konusunda karşı tarafta haklı bir güven oluşturmuşsa, sonradan şekil eksikliğini ileri sürmesi TMK m. 2’de düzenlenen dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir. Bu bağlamda taşınmaz mülkiyetinin devri amacı güden gizli sözleşmeden doğan edimlerin tamamen ifa edilmesinden sonra, hakkın kötüye kullanılması yasağı nedeniyle, şekle aykırılık savının dinlenilme olanağı kalmamaktadır¹³⁰. Taşınmaz mülkiyetinin devrine yönelik şekle aykırı gizli sözleşmeye dayanarak, taraflar edimlerini henüz ifa etmemişlerse, şekle aykırılığın ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması niteliği taşımaz¹³¹. Ancak taraflar resmi şekle aykırı olan gizli sözleşmeye bağlı oldukları inancıyla, edimlerini ifa etmişlerse (satıcı mülkiyetin devri için tescil talebinde bulunmuşsa ve alıcı da satım bedelini ödemişse) sonradan şekil eksikliğini ileri sürülmesi, çelişkili davranış olarak nitelendirilemez¹³².

Öğretide taraflardan birinin şekle aykırılığı bilerek edimini ifa ettikten sonra, şekle aykırılığı ileri sürmesini hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu

130 **SUNGURBEY, İ.**, *Temel Sorunlar*, s. 987.; **AKYOL, Ş.**, *Medeni Hukukta Çelişki Yasağı*, s. 128.; **EDİS, S.**, age, s. 352.; **KILIÇOĞLU, A.**, *Borçlar Hukuku*, s. 98.; **ÇELİKTAŞ, D.**, agm, s. 624.

131 **ÇELİKTAŞ, D.**, agm, s. 617.

132 **EDİS, S.**, age, s. 352.

belirtmiştir. Ancak henüz edimini ifa etmeyen tarafın şekle aykırılığı ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması niteliğinde değildir¹³³.

Yine öğreti ve uygulama da haklı olarak kabul edildiği üzere, taraflardan birinin şekle aykırılığı bizatihi yaratarak, gizli sözleşmenin geçerliliği konusunda diğer tarafı yanıltmasına karşın, daha sonra şekle aykırılığı ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir¹³⁴.

3.1.4. 2.4. Resmi Şekle Aykırılığın Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağına Aykırı Olmasının Yaptırımı

Resmi şekil eksikliğinin, hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı bir biçimde ileri sürülmesinin yaptırımının ne olacağı sorununun açıklığa kavuşturulması gerekir.

KILIÇOĞLU, taşınmaz mülkiyetinin devri amacı güden gizli sözleşmenin resmi şekle aykırı olduğunun ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu durumlarda, sözü edilen savın dinlenmeyeceğini, resmi şekle aykırı olan sözleşmenin geçerli bir işlem gibi hüküm ve sonuçlarını doğuracağını belirtmiştir¹³⁵. **AKYOL**'a göre şekle aykırılığın ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması niteliğindeyse, sonuç olarak şekil eksikliği yokmuş gibi bir sonuç ortaya çıkar. Bundan sonra sözleşme hakkın kötüye kullanılması savunmasından önceye etkili olarak (ex tunc) geçerli sayılır ve bu geçerlilik herkese karşı ileri sürülebilir¹³⁶. **EDİS** tarafların şekle aykırılığı bilerek edimlerini fa etmelerinin hukuksal işleme sağlık kazandıracağını belirtmiştir¹³⁷.

Biz taşınmaz mülkiyetinin devri amacı güden ve resmi şekle aykırı olduğu taraflarca bilinen gizli sözleşmeden kaynaklanan edimlerin ifasından sonra, sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğuracağına ilişkin yukarıda belirtilen görüşleri

133 **EDİS, S.**, age, s. 328 vd.; **ÇELİKTAŞ, D.**, agm, s. 623.

134 **KILIÇOĞLU, A.**, *Borçlar Hukuku*, s. 107.; **AKYOL, Şener** (1995), *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı*, s. 72, İstanbul.

135 **KILIÇOĞLU, A.**, *Borçlar Hukuku*, s. 108.

136 **AKYOL, Ş.**, *Dürüstlük Kuralı*, s. 74.

137 **EDİS, S.**, age, s. 352.

benimsiyoruz. Bu bağlamda, resmi şeklin sağlamaya çalıştığı korumanın dışında, şekle aykırılığın taraflarca farklı bir amaçla ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olması hasebiyle, resmi şekle aykırı yapılan sözleşme hüküm ve sonuçlarını doğurur¹³⁸. Böylece resmi şekle aykırı olarak yapılan gizli sözleşmeye dayanarak ifa edilen edimlerin geri verilmesi istenemez.

Taraflar resmi şekle aykırılık nedeniyle sözleşmenin geçersiz olduğunu bilmiyor ve sözleşmeye bağlı oldukları inancıyla edimlerini ifa etmişlerse, sonradan şekle aykırılığı ileri sürmelerinin hakkın kötüye kullanılması teşkil etmeyeceği için, edimlerin geri verilmesini talep edebilirler. Burada alıcı ödemiş olduğu satım bedelini, BK m. 62 gereği, geri isteyebilir. Sözü edilen maddeye göre, bir kimsenin borcu olmadığı halde, borçlu olduğunu zannederek verdiği şeylerin geri verilmesini talep edebilir. Satıcı da tescille mülkiyet karşı tarafa geçtiği için TMK m. 1025 gereği, istihkak davası niteliğinde olan tapu kaydının düzeltilmesi davası açabilir.

3.2. Tapuya Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Muvazaalı Devri

3.2.1. Tapuya Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Hukuksal Durumu

Ülkemizde özel mülkiyete konu olup, kadastrosu yapılmayan arazilerin fazlalığı dikkate alındığında, tapuya kayıtlı olmayan taşınmazların durumu oldukça önem kazanmaktadır. Bilindiği üzere, Türk Medeni Kanunumuzun öngördüğü ‘tapu sicili sistemi’ yalnızca tapuya kayıtlı olan taşınmazları kapsamaktadır. Durum böyle olunca, tapuya kayıtlı olmayan taşınmazları hukuksal durumunun belirlenmesi önem kazanmıştır. Bu bağlamda tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar üzerinde mülkiyet hakkının söz konusu olup olmayacağı, muvazaalı devrinin mümkün olup olmadığının belirlenmesi yönünden önem taşımaktadır.

POSTACIOĞLU taşınmazlar üzerinde aynı hakların tescille doğacağını, bu nedenle henüz tapu siciline kaydedilmemiş taşınmazlar üzerinde mülkiyet hakkının söz konusu olamayacağını belirtmiştir. Yazar görüşünü TMK m. 713 hükmüne dayandırmıştır. Buna göre, tapu kütüğünde kayıtlı olmayan bir taşınmazı davasız ve aralıksız yirmi yıl süreyle ve malik sıfatıyla zilyetliğinde bulunduran kişi, o taşınmaz

138 OĞUZMAN, K., BARLAS, N., *Medeni Hukuk*, s. 179.

üzerindeki mülkiyet hakkının tapu kütüğüne tesciline karar verilmesini isteyebilir. Sözü edilen hüküm, henüz tapu siciline tescil edilmeyen taşınmazlar üzerinde mülkiyet hakkının söz konusu olmayacağını ispat eder niteliktedir. Yazar, tapusuz taşınmazlar üzerinde ancak zilyetlik söz konusu olabileceğini belirttikten sonra, tapusuz taşınmazların devri için yapılan borçlandırıcı işlemin, zilyetliğin devrinin taahhüt edilmesi niteliğinde olduğunu ifade etmiştir. Bu bağlamda tapusuz taşınmazların haricen satımının, zilyetliğin devri taahhüdünden ibarettir¹³⁹.

OĞUZMAN tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar üzerinde eski hukukumuzdan intikal eden mülkiyet hakkının bulunabileceği görüşünden hareket ederek, tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar da mülkiyet hakkının konusu olabileceğini belirtmiştir. Yazara göre, tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar, tapulu taşınmazlar gibi, borçlandırıcı işlemlere konu olabilirler. Tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar üzerinde mülkiyetin devri amacı güden işlemlerin, TMK m. 706 ve Tapu Kanunu m. 26 gereği, resmi şekilde yapılması gerekir. Resmi şekle uyulmaksızın tapusuz taşınmazların haricen satım yoluyla devredilmesi durumunda, şekle aykırılığa bağlanan sonuçlar burada da söz konusu olur. Tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar hakkında borçlandırıcı işlemler yapılabilir de, tasarruf işleminin yapılabilmesi için tapusuz taşınmazın tapu siciline kayıt edilmesi gerekir. Ancak haricen satıma dayanılarak alıcı tapusuz taşınmaza zilyet kılınmışsa, olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı yoluyla mülkiyet hakkını iktisap edebilir¹⁴⁰.

SUNGURBEY tapuda kayıtlı olmayan taşınmazlar üzerinde mülkiyet hakkının bulunup bulunmadığı yönünde ayırım yapılması gerektiğini ve öğretideki tapusuz taşınmazlar üzerinde mülkiyet hakkının doğabileceğine ilişkin görüşte büyük bir gerçeklik payının bulunduğunu ileri sürmüştür. Çünkü tapusuz taşınmazlar

139 **POSTACIOĞLU, İ.**, *Gayri Menkullerin Ferağı*, s. 80 v.d.; Aynı yönde görüş için bkz. **AKİPEK, Jale Güral** (1952), *Türk Hukukunda Tapuya Kayıtlı Olmayan Gayrimenkullerin Hukuki Rejimi ve MK. M. 639 f. I*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 3-4, s. 90.; Bu görüş öğretide **SUNGURBEY** tarafından eleştirilmiştir. **SUNGURBEY'e** göre, Olağan üstü kazandırıcı zamanaşımına ilişkin olan hükümler dikkate alındığında, bir kimse, davasız ve aralıksız yirmi yıl süreyle taşınmaza zilyet kalarak

mülkiyet hakkını iktisap eder. Bu bağlamda olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı yoluyla mülkiyet iktisabını tescile bağlı tutan ve henüz tescil işlemi yapılmadan taşınmaz üzerindeki hak sahiplerinin durumunun zilyetlikten ibaret sayan görüşün, bu kişileri gerekli hukuksal korunma ve güvenceden yoksun bırakmaktadır. Bu bağlamda olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı için gerekli olan koşullar oluştuğunda, hak sahibi mülkiyet hakkını iktisap ederek, şeklin sağladığı korunmadan da yararlanır (**SUNGURBEY, İsmet: İsviçre – Türk Hukukuna Göre İktisabi Müruru Zaman**, İstanbul 1956, s. 79 vd).

140 **OĞUZMAN, K., SELİÇİ, Ö., OKTAY-ÖZDEMİR, S.**, *Eşya Hukuku*, s. 309.; Aynı yönde bkz. **ERTAŞ, Ş.**, age, s. 297.

üzerinde önceki hukukumuzdan intikal eden mülkiyet hakkı söz konusu olabileceği gibi, işgal veya olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı yoluyla da mülkiyet hakkı iktisap edilmiş olabilir¹⁴¹. Yazar ‘Türk ve İsviçre Hukukuna Göre İktisabi Müruru Zaman’ adlı eserinde, olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı süresi dolmadan önce taşınmazlar üzerindeki hukuksal durumun zilyetlikten ibaret olduğunu, bu nedenle bu tür taşınmazların satış veya bağış yoluyla devrinin, zilyetliğin devri taahhüdü olarak geçerli olduğunu belirtmiştir. Ancak olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı süresini tamamlamış tapusuz taşınmazlar üzerinde mülkiyetin iktisap edilmesiyle ferağda bulunan korunabilir. Bu bağlamda üzerinde mülkiyet hakkı doğmuş olan tapusuz taşınmazların devrinin geçerli olabilmesi için resmi şekilde yapılmış olmaları gerekir¹⁴². Ancak yazar tapusuz taşınmazların haricen satımının ülkemizde yaygın hale geldiği gerçeğini de göz önünde tutarak, daha sonra yazdığı bir makalesinde, resmi şekil kuralının, üzerinde mülkiyet hakkı doğmuş tapusuz taşınmazlar için yumuşatılmasında yarar olduğunun ifade etmiştir. Buna göre, üzerinde mülkiyet hakkı doğmuş tapusuz taşınmazın, örneğin haricen yapılan bir satım sözleşmesiyle, taşınmaz alıcıya teslim edilmişse, daha sonra resmi şekle aykırılığı ileri sürmenin dürüstlük kuralına aykırılık taşıması nedeniyle, alıcının hukuksal durumunun korunması gerekir¹⁴³.

YAVUZ mülga Tapulama Kanunu m. 45, Kadastro Kanunu m. 14 ve 23’ten hareket ederek, tapusuz taşınmaz üzerinde sadece bir kimsenin zilyetliğinin bulunduğu durumlarda, sözü edilen zilyetlik durumu her hangi bir şekle bağlı olmaksızın satıma konu olabileceğini ifade etmiştir. Yazar, tapusuz taşınmazlar üzerinde mülkiyet hakkının doğabileceğini kabul ettikten sonra, tapusuz taşınmazlar üzerinde söz konusu olan mülkiyet hakkının zilyetliğe eş değer olduğunu, bu nedenle mülkiyetin devrinin her hangi bir şekle bağlı olmaksızın yapılabileceğinin kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir¹⁴⁴.

141 **SUNGURBEY, İ.**, *Temel Sorunlar*, s. 766.

142 **SUNGURBEY, İ.**, *İktisabi Müruru Zaman*, s. 82 vd. Öğretide aynı yönde görüş için bkz. **ACEMOĞLU, Kevork** (1965), *Türk Hukukunda Tapuya Kayıtlı Olmayan Gayrimenkullerin Hukuki Durumu*, s. 27 vd., İstanbul.

143 **SUNGURBEY, İ.**, *Temel Sorunlar*, s. 778.

144 **YAVUZ, Cevdet** (1982), *Tapusuz Gayrimenkullerin Devren Kazanılması*, Ümit DOĞANAY’a Armağan, s. 399, İstanbul.

Yargıtay, **POSTACIOĞLU**'nun ileri sürdüğü görüşlerin etkisi altında kalarak 1946 tarih ve 7/12 sayılı İnançları Birleştirme Kararında, tapusuz taşınmazlar üzerindeki zilyetliğin bir aynı hak olduğunu, taşınmazın devrine yönelik sözleşmenin nitelik itibarıyla aynı hak olan zilyetliğin devri borcu doğurduğunu, bu nedenle tapusuz taşınmaz üzerinde zilyetliğin devri borcu doğuran sözleşmenin geçerliliğini herhangi bir şekilde bağlı olmadığını belirtmiştir¹⁴⁵. Böylece alıcı, ileride olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı yoluyla taşınmazın mülkiyetini kazanma olanağını sağlayan zilyetliği devralmaktadır¹⁴⁶. Yargıtay, daha sonraki kararlarında, tapusuz taşınmazların devri için zilyetliğin devrinin taahhüt edilmesinin yanı sıra zilyetliğin devrinin de gerçekleştirilmesi gerektiğine hükmetmiştir¹⁴⁷. Böylece Yargıtay, tapusuz taşınmazların taşınır hükmünde olduklarını kabul etmiştir.

Kadastro çalışmaları sonucunda veya diğer bir şekilde henüz tapuya kaydedilmemiş olan taşınmazlar üzerinde mülkiyet hakkının doğabileceğine; ancak tapusuz taşınmazlar üzerinde mülkiyet hakkının doğup doğmadığına göre ikili bir ayırım yapılması gerektiğine ilişkin öğretide ileri süren görüşlere katılıyoruz. Buna göre henüz tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar üzerinde mülkiyet hakkı önceki hukukumuzdan kaynaklanabileceği gibi, olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı yoluyla iktisap edilmiş olabilir. Ancak yine eşya hukuku ilkelerine uygun olarak üzerinde mülkiyet hakkı doğmuş taşınmaz üzerinde tasarruf (harcama) işlemlerinin yapılabilmesi için tapu siciline tescil edilmiş olmaları gerekir. Bu bağlamda tapuya

145 **OĞUZMAN, K., SELİÇİ, Ö., OKTAY-ÖZDEMİR, S.**, *Eşya Hukuku*, s. 310. Aynı yönde bkz. **SİRMEN, Lale** (1995), *Eşya Hukuku*, Dersleri, s. 307, Ankara.; **ERTAŞ, Ş.**, age, s. 297.; **ADAY, N.**, agt, s. 66.; **KARAYALÇIN, Y.**, *Tapuda Kayıtlı Olan ve Olmayan Taşınmazlar*, s. 31. **09.10.1946 Tarih ve 7/12 sayılı İnançları Birleştirme Kararı'nın** sonuç kısmı şöyledir: 'Bir kimsenin kanunlar uyarınca henüz malik olmadığı tapuda kayıtlı olmayan bir gayrimenkulünü başkasına satıp teslim etmesi, ileride mülkiyet iktisabına yarayan o mal üzerindeki fiili tasarruf hakkını, zilyetliğin devre mahmul olduğu ve aynı bir hak olan zilyetliğin her hak gibi devri caiz ve muteber olup resmi şekle tabi bulunmadığı cihetle bu muamelenin tapulu gayrimenkullerin harici satışlarına kıyas suretiyle kendiliğinden hükümsüz sayılamayacağına ...

reylerin üçte ikiyi aşan çokluğu ile karar verildi'. Ayrıca Yargıtay'ın 09.10.1946 Gün ve 12/7 sayılı İnançları Birleştirme Kararında, zilyetliğin bir aynı hak olarak nitelendirilmesinin eleştirisi için bkz. **OĞUZMAN, K., SELİÇİ, Ö., OKTAY-ÖZDEMİR, S.**, *Eşya Hukuku*, s. 311.

146 Yargıtay'ın bulduğu çözüm tarzının toplum gerçeklerine uygun olduğu yönünde öğretide ileri sürülen görüş için bkz. **KARAYALÇIN, Yaşar** (2004), *Tapuda Kayıtlı Olan ve Olmayan Taşınmazlarda Resmi Şekil ve Noterler*, Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Dergisi, Cilt XXII, Sayı 3, s. 28.

147 Borçlar hukukumuzda kural olarak aynı sözleşmelere yer verilmemiş olması nedeniyle, Yargıtay'ın zilyetliğin devri taahhüdün yanı sıra tapusuz taşınmazın devrini de öngören çözümüne yönelik öğretideki eleştiriler için bkz. **SUNGURBEY, İ.**, *İktisabi Müruru Zaman*, s. 83.; **TANDOĞAN, H.**, *Borçlar Hukuku*, s. 193.; **AYİTER, Kudret** (1953), *Tapuda Kayıtlı Olmayan Gayrimenkullerin Satışı ve Zilyetliğin Nakli*, Ankara Barosu Dergisi, s. 32.

kayıtlı olmayan ve üzerinde mülkiyet hakkı doğmuş tapusuz taşınmazın devri taahhüdünün resmi şekilde yapılması gerekir. Henüz üzerinde mülkiyet hakkı söz konusu olmayan taşınmazların hukuksal durumunun, zilyetlikten ibaret olduğunu belirten görüşe katılıyoruz. Bu bağlamda, henüz üzerinde mülkiyet hakkı doğmamış tapusuz taşınmazın devri, zilyetliğin devri taahhüdünden ibaret olup, geçerliliği herhangi bir şekilde bağlı değildir. Belirtilen bu çözüm tarzının ülkemizin sosyal gerçeklerine daha uygun olacağı düşüncesindeyiz.

3.1. Tapuya Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Muvazaalı Devirlerinin Mümkün Olup Olmadığı Sorunu

Tapusuz taşınmazlar üzerinde mülkiyet hakkının doğmuş olması durumunda, tarafların devir taahhüdünü içeren gerçek iradelerinin, tapu memur huzurunda açıklanmış olması gerekir. Bu bağlamda devir taahhüdünün başka bir işlemin arkasına gizlenmesi durumunda, gizli sözleşme resmi şekilde uygun yapılmadığı için geçersizdir. Taraflar tapusuz taşınmaz üzerindeki mülkiyetin satım yoluyla devri için, iradelerini resmi memur huzurunda bağış olarak açıklamışlarsa, bu durumda görünürdeki sözleşme tarafların gerçek iradelerini içermediğinden; gizli sözleşme de resmi şekilde aykırı olduğundan dolayı geçersizdir. Tapuda kayıtlı olmayan taşınmazını hacizden kurtarmak amacıyla, üçüncü bir kişiye satım yoluyla devredilmiş gibi gösterilmesi durumunda mutlak muvazaa söz konusu olur. Ancak taşınmazı muvazaalı olarak devreden kimsenin, tapusuz taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkını herhangi bir nedenle iktisap etmiş olması ve devrin tapu memuru huzurunda yapılmış olması gerekir. Bu durumda tapuya kayıtlı olmayan taşınmazın muvazaalı devri söz konusu olur.

Üzerinde henüz mülkiyet hakkı doğmayan taşınmazların hukuksal durumu zilyetlikten ibaret olduğu için, 1946 tarihli İnançları Birleştirme Kararında ve sonraki uygulamalarında kabul ettiği üzere, taşınmazın satım veya bağış olarak devrinin zilyetliğin devri taahhüdü olarak nitelendirilmesi gerekir. Bu bağlamda üzerinde henüz mülkiyet hakkı doğmayan taşınmazlar, taşınır hükümlerine tabi olduklarından, zilyetliğin devri taahhüdünü içeren sözleşmenin resmi şekilde aykırılığından söz

edilemez. Görünürdeki sözleşme nisbi muvazaa nedeniyle geçersiz olsa da, gizli sözleşmenin resmi şekle aykırılığında söz edilemez.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

MUVAZAAANIN İLERİ SÜRÜLMESİ VE İSPATI

4.1. Tarafların Muvazaa Savını Birbirlerine ve Üçüncü Kişilere Karşı İleri Sürmeleri ve İspatı

4.1.1. Tarafların Muvazaa Savını Birbirine Karşı İleri Sürmeleri ve İspatı

Daha önce de belirtildiği üzere, ilke olarak taraflar, hukuksal işlemin muvazaalı olduğu savını bir birlerine ve üçüncü kişilere karşı ileri sürebilirler. Taraflar hukuksal işlemin muvazaalı olduğunu görülmekte olan bir davada itiraz olarak ileri sürebilecekleri gibi, olumlu tespit davasıyla da muvazaanın varlığını ispat etmek suretiyle ileri sürebilirler. Taraflar muvazaa savını bir birlerine ve üçüncü kişilere karşı ileri sürebildiklerine göre, burada özellikle muvazaanın taraflarca ispatı üzerinde duracağız.

4.1.1.1. Muvazaanın Taraflarca İleri Sürülmesi

Muvazaalı olarak gerçekleştirilen işlemin salt görünüşte var olduğuna ve her hangi bir hüküm ve sonuç doğurmadığına daha önce değinmiştik. Muvazaalı işlemin hüküm ve sonuçlarını doğurmaması, onun butlan yaptırımına tabi olmasının bir sonucudur. Bu bağlamda butlan yaptırımının sonucu olarak, taşınmaz mülkiyetini devrini taahhüt eden sözleşmenin muvazaalı olduğu savı, taraflarca bir birlerine karşı ileri sürülebileceği gibi, üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir.

4.1.1.2. Muvazaanın İspatı Yönünden Tarafların Tabi Oldukları Rejim

4.1.1.2.1. Senede Karşı Senetle İspat Kuralı

Hukuksal işlemin tarafları, görülmekte olan bir dava da muvazaanın varlığını itiraz olarak ileri sürebilirler. Bunun yanı sıra muvazaanın ispatı, tek başına olumlu tespit davalarına da konu olabilir. İşte muvazaayı ileri süren taraf, bu durumlarda savını ispat etmekle yükümlüdür.

Taşınmaz mülkiyetinin devrini amaç güden muvazaalı sözleşme tapu memuru huzurunda yapıldığına göre, burada özellikle HUMK m. 287, 288 ve 290 üzerinde durulacaktır. HUMK m. 287 gereği, yasanın ancak belirli delillerle kanıtlanabileceğini düzenlediği hususlar, başka delillerle kanıtlanamazlar. Böylece, taraflar, ileri sürdükleri maddi olguların varlığını yasada öngörülen delilleri ikame etmek suretiyle kanıtlayabileceklerdir. Bu durum HUMK'a hakim olan yasal delil sisteminin bir sonucudur.

HUMK m. 288'e göre, 'Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktarı veya değerleri ... lirayı geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir'. Sözü edilen hükümden de anlaşılacağı üzere, taraflar, muvazaalı olan hukuksal işlemin varlığını kesin delil niteliğinde olan senetle ispat edilebilir. Ancak taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin olan sözleşmelerin tapu memuru huzurunda resmi senede bağlanarak yapılması zorunluluğu nedeniyle, söz konusu sözleşmenin varlığının ispatı güçlük arzetyecektir.

HUMK m. 290'a göre, 'Senede bağlı olan iddiaya karşı def'i olarak ileri sürülen ve senedin hüküm ve kuvvetini ortadan kaldıracak veya azaltacak nitelikte bulunan hukuki işlemler ... liradan az bir miktara ait olsa bile tanıkla ispat olunamaz'. Belirtilen hüküm dikkate alındığında, senede bağlanmış olan bir hukuksal işleme karşı savunma aracı olarak ileri sürülen ve onun hüküm ve kuvvetini ortadan kaldıran hukuksal işlemler, senetle ispat edilebilirler¹⁴⁸.

148 ALANGOYA, Yavuz, YILDIRIM, Kamil, YILDIRIM – DEREN, Nevhis (2006), *Medeni Usul Hukukunun Esasları*, s. 422, İstanbul.

Taşınmaz mülkiyetinin devrinin resmi senede bağlanması zorunluluğu karşısında, sözleşmenin muvazaalı olduğu hususunun ispatında, HUMK m. 290 gereği senede karşı senetle ispat kuralının işlerlik kazanacağı kabul edilirse, tarafların muvazaayı aynı şekilde ileri sürecekleri bir senetle ispat etmeleri gerekir. Burada tarafların, resmi senede bağlanan sözleşmenin muvazaalı olduğunun ispatı için tanık dinletme olanakları yoktur¹⁴⁹. Ancak asıl sorun, resmi senede bağlanan taşınmazın devrine ilişkin sözleşmeye karşı muvazaanın, yine resmi senetle mi, yoksa farklı nitelikte bir senetle mi (örneğin imzası ikrar edilmiş bir adi senetle mi) ispat edilebileceğine ilişkindir.

Muvazaa, resmi sözleşmenin taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin iradeleri kapsamadığı ve tarafların gerçek iradelerinin gizli sözleşme de açıklandığına ilişkin olan savunmayı içerdiğine göre, öğretide haklı olarak belirtildiği üzere, artık senede karşı ileri sürülen bir savunma aracı haline gelir¹⁵⁰. Senede karşı bir savunma aracı haline gelen muvazaa savı, HUMK m. 290 gereği taraflar ve ardılları yönünden senetle ispat edilmesi gerekir¹⁵¹. Ancak öğretide baskın olan görüş, resmi senede bağlanan bir hukuksal işlemin muvazaalı olduğu hususunun ispatının, yine resmi senetle yapılacağını kabul etmenin tarafların durumunu oldukça güçleştireceğini ileri sürmüştür. Bu görüşe göre, muvazaada amaç gizlilik olduğuna göre, taşınmazların devri taahhüdü içeren resmi sözleşmeye karşılık muvazaanın resmi senetle ispat edilebileceğini ileri sürmek, muvazaanın ispatını oldukça güçleştirecektir. Çünkü bu durumda taraflar, aralarında yapılan sözleşmenin muvazaalı olduğuna ilişkin senet yapmaktan kaçınacaklardır. Bu nedenle taraflara resmi senede bağlanan bir hukuksal işlemin muvazaalı olduğunu, imzası ikrar edilmiş bir adi senetle de ispat etme olanağı tanınmalıdır. Aksi durumda muvazaanın resmi senetle ispatı oldukça güçleşecektir¹⁵².

149 **POSTACIOĞLU, İlhan** (1964), *Şehadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları*, s. 219, İstanbul.; **ALANGOYA, Y., YILDIRIM, K., YILDIRIM – DEREN, N.**, age, s. 423.

150 **POSTACIOĞLU, İ.**, *Şehadetle İspat*, s. 219.

151 **POSTACIOĞLU, İ.**, *Şehadetle İspat*, s. 220.; **KURU, Baki, ARSLAN, Ramazan, YILMAZ, Ejder** (2005), *Medeni Usul Hukuku*, s. 475, Ankara.; **ESENER, T.**, *Muvazaalı Muameleler*, s. 85.; **ALANGOYA, Y., YILDIRIM, K., YILDIRIM – DEREN, N.**, age, s. 423.; **ÖZKAYA, E.**, age, s. 199.

152 **ESENER, T.**, *Muvazaalı Muameleler*, s. 88.; **ÖZKAYA, E.**, age, s. 200.; **KURU, B., ARSLAN, R., YILMAZ, E.**, *Medeni Usul Hukuku*, s. 475.; **ADAY, N.**, age, s. 68.

05.02.2007 Gün ve 20/6 sayılı İnançları Birleştirme kararında Yargıtay, tarafların muvazaa savını HUMK m. 290 gereği senetle ispat edebileceklerine hükmetmiştir. Yargıtay hukuk dairelerinin uygulamaları daha sonra bu yönde gelişmiş olup, Yargıtay resmi senede bağlı olan işlemin muvazaalı olduğu savının adi senetle ispat edilebileceğini kabul etmiştir¹⁵³.

4.1.1.2.2. Senede Karşı Senetle İspat Kuralının İstisnaları

Yasa, senede karşı senetle ispat kuralının bazı ayırık durumlarda uygulanmayacağını düzenleyerek, sözü edilen ayırık durumlarda, davacıya savını her türlü delille (özellikle tanık deliliyle) ispat edebilme olanağını tanımıştır. Ancak daha önce senetle ispat kuralı için HUMK'ta öngörülen ayırık durumlar üzerinde durmak gerekir.

HUMK m. 292'de senet alınmasının imkansız olduğu durumlarda, hukuksal işlemin tanık dahil her türlü delille ispat edilebileceğini düzenlemiştir. Senet alınmasındaki imkansızlık maddi veya manevi olabilir. HUMK m. 293/1 gereği, aralarında yakın derecede soybağı ilişkisi bulunan kişiler, kendi aralarında yapmış oldukları hukuksal işlemleri, her türlü delili ikame etmek suretiyle ispat edebilirler. HUMK m. 293/1 kapsamında yakın soybağı ilişkisi nedeniyle, aralarındaki hukuksal işlemlerin ispatında senetle ispat kuralının uygulanmayacağı kişiler şunlardır: Alt ve üst soy, kardeşler, eşler, kayınpeder veya kayınvalide, damat veya gelin arasında yapılan hukuksal işlemlerin ispatının, senetle yapılması zorunlu değildir.

HUMK m. 293/12de belirtilen yakın soybağı ilişkisi bulunan kişiler arasında taşınmaz mülkiyetinin devrinin resmi şekilde yapılmasından sonra, sözü edilen ayırık durumun HUMK m. 290'da düzenlenen senede karşı senetle ispat kuralına uygulanıp uygulanmayacağı sorunu ortaya çıkar. Başka bir ifadeyle, resmi şekilde

153 Yargıtay 1. Hukuk Dairesinin **07.07.2003 Gün, E. 7451 ve K. 8237** sayılı Kararında, '... Öte yandan, muvazaanın varlığını iddia eden taraf veya bunların ardılı (halefi) sıfatıyla hareket eden, başka bir anlatımla sözleşmenin yanlarından birine teb'an dava açan kişi Medeni Kanunu'nun 6. maddesi gereğince bu iddiasını ispat etmek zorundadır. Senede bağlı bir sözleşmeye karşı muvazaa iddiası, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 288 ve 290. maddelerinde belirtildiği üzere ancak yazılı delille kanıtlanabilir. Sözleşme aynı Kanunu'nun 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 kararlık kazanmış içtihatlarda ortaklaşa kabul edilmiştir'. Aynı yönde bkz. Yargıtay 1. Hukuk Dairesinin **16.06.2003 Gün, E. 6512 ve K. 7282** sayılı Kararı; aynı Dairenin **12.06.2003 Gün, E. 6131 ve K. 7109** sayılı Kararı.

yapılan taşınmaz mülkiyetinin devri taahhüdü içeren sözleşmenin muvazaalı olduğu savının ispatında, aralarındaki yakın soybağı ilişkisi nedeniyle HUMK 293. maddesinin birinci fıkrasının birinci bendi gereği tanık delilinin dinlenilmesi yoluna gidilebilecek midir?

Öğretide haklı olarak bu soruya olumsuz yanıt verilmektedir¹⁵⁴. Buna göre HUMK m. 293/1 birinci bentte düzenlenen istisnanın, HUMK m. 290'da düzenlenen ana kural yönünden ayrıksı bir durum oluşturmamaktadır. Çünkü aralarında yakın soybağı ilişkisi bulunan kişiler arasında yapılan hukuksal işlem senede bağlanmışsa, artık senet alınması yolundaki manevi imkansızlık ortadan kalktığından, bu senede karşı ileri sürülecek savunmaların da tanıkla ispat edilme olanağı yoktur. Aynı durum HUMK m 293/1, dördüncü bendinde düzenlenen imkansızlık durumu içinde geçerlidir. Hukuksal işlem senede bağlanmışsa, artık gelenek ileri sürülerek senet düzenlenmesine engel manevi bir imkansızlığın varlığından söz edilemeyecektir. Bu bağlamda sözü edilen ayrıksı durumlar, HUMK m. 290'da düzenlenen kuralı sınırlamayacaktır¹⁵⁵.

Yargıtay'a göre taşınmazın devri taahhüdünü içeren sözleşmenin, HUMK m. 293/1, birinci bent kapsamına giren yakın akrabalar arasında yapılmış olsa da, muvazaanın yazılı delille ispat edilmesi gerekir. Böylece Yargıtay, sözü edilen hükmün HUMK m. 290'da düzenlenen kurala istisna getirmediğini kabul etmiştir¹⁵⁶.

Taşınmazların devri taahhüdünü içeren sözleşmenin muvazaalı olduğuna dair emareler taşıyan bir yazılı delil başlangıcı bulunması durumunda, tanıkla ispat yoluna gidilebilecek midir? Bilindiği üzere, yazılı delil başlangıcının bulunması durumunda, senetle ispat edilmesi gereken bir hukuksal işlemin tanıkla ispatı yoluna gidilebilir. Bu nedenle yazılı delil başlangıcı, senetle ispat kuralının istisnalarındandır¹⁵⁷. Taşınmaz mülkiyetinin devri taahhüdünü içeren ve resmi şekilde yapılan sözleşmenin muvazaalı olduğunun ispatı imzası ikrar edilmiş adi senetle yapılabileceği kabul edildiğine göre, adi senet yerine yazılı delil başlangıcının

154 KURU, B., ARSLAN, R., YILMAZ, E., *Medeni Usul Hukuku*, s. 465.; ALANGOYA, Y., YILDIRIM, K., YILDIRIM – DEREN, N., *age*, s. 426.; POSTACIOĞLU, İ., *Şehadetle İspat*, s. 248.

155 ADAY'ın kabul edilen görüşüne yönelik eleştirisi için bkz. ADAY, N., *agt*, s. 70.

156 Yargıtay 1. Hukuk Dairesinin 15.11.200 Gün, E. 2000/14004 ve K. 2000/4325 sayılı Kararı.

157 ALANGOYA, Y., YILDIRIM, K., YILDIRIM – DEREN, N., *age*, s. 418.; ÜSTÜNDAĞ, Saim (1997), *Medeni Yargılama Hukuku*, s. 676, İstanbul.

bulunması durumunda sözleşmenin muvazaalı olduğu hususunda tanık deliline başvurma olanağı taraflara tanınmalı mıdır?

Kanaatimize göre bu soruya olumlu yanıt vermek gerekir. Bu bağlamda taşınmaz mülkiyetinin devri taahhüdünü içeren sözleşmenin muvazaalı olduğuna ilişkin bulunan yazılı delil başlangıcının, aleyhine delil teşkil edecek kişiden sadır olması ve muvazaanın varlığına delalet etmesi gerekir¹⁵⁸. Bu durumda muvazaanın varlığını ispat etmek için tanık deliline başvurulabilir.

ESENER tahlil ettiği bir Yargıtay kararından yola çıkarak, görülmekte olan başka bir davada, taraflardan birinin vekili müvekkilinin taşınmazının muvazaalı olduğunu ikrar etmesi durumunda, muvazaa savının yazılı delille ispat kuralı yönünden ayrıksı bir durumun oluşacağını, böyle bir durumda muvazaa savının ispatı için sözü edilen ikrarı teyit etmek amacıyla tanık dinletme yoluna gidilebileceğini ifade etmiştir¹⁵⁹. **ADAY** bu durumda mahkeme dışı ikrarın söz konusu olacağını, mahkeme dışı ikrarın yasal delil niteli taşıması nedeniyle, diğer delillerle (özellikle tanık deliliyle) desteklenmesi gerektiğini, bu durumun muvazaanın yazılı delille ispat edilmesine bir istisna getirdiğini ifade etmiştir. Yazara göre, bu durumda mahkeme dışı ikrarın önceki bir davanın tutanaklarına dayanılarak ispat edildiği göz önünde tutulduğunda, mahkeme dışı ikrarında en azından bu tutanaklar değerinde bir belgeyle ispat edilebileceği kabul edilmelidir. Aksi durumun muvazaanın tanıkla ispatına yol açacak ve bu durum HUMK'un sistemiyle bağdaşmayacaktır¹⁶⁰.

Mahkeme dışı ikrarın bir delil oluşturmadığı görüşüne katılmıyoruz. Bilindiği üzere, mahkeme dışı ikrar takdiri delil olup, yargıç ikrarı teyit edecek delil ve belirti varsa buna dayanarak hüküm kurabilir¹⁶¹. Mahkeme dışı ikrar, başka bir mahkemenin duruşma tutanağıyla sabitse, tanık deliliyle teyit edilmek suretiyle muvazaanın varlığı ispat edilebilir. Bu bağlamda biz Yargıtay'ın ve buna uygun çözüm belirleyen **ESENER**'in görüşüne katılıyoruz.

158 **ALANGOYA, Y., YILDIRIM, K., YILDIRIM – DEREN, N.**, age, s. 419.; **ÜSTÜNDAĞ, S.**, age, s. 677.; **KURU, B., ARSLAN, R., YILMAZ, E.**, *Medeni Usul Hukuku*, s. 467.

159 **ESENER, T.**, *Muvazaalı Muameleler*, s. 89.

160 **ADAY, N.**, agt, s. 69.

161 **ÜSTÜNDAĞ, S.**, age, s. 635.; **KURU, B., ARSLAN, R., YILMAZ, E.**, *Medeni Usul Hukuku*, s. 433.

4.1.1.2.3. İspat Yüğü

TMK m. 6 gereği, yasada aksine bir hüküm yoksa, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispat etmekle yükümlüdür. İspat yüküne ilişkin sözü edilen genel kural karşısında, sözleşmenin muvazaalı olduğu savında bulunan taraf, bunu ispatla yükümlüdür. Başka bir ifadeyle ispat yükü kendisine düşer.

İspat yükü kendisine düşen taraf, muvazaanın varlığını ispat edebilmek için yazılı delil ileri sürememişse, HUMK m. 355 gereği karşı tarafa yemin teklif edebilir. Öğretide ileri sürülen ve Yargıtay'ın de benimsediği bir görüşe göre, ispat yükü kendisine düşen tarafa, yargıcın yemin teklif etme hakkının bulunduğunu hatırlatabilmesi için, bu kişinin dava dilekçesinde yemin deliline de başvurmuş olması gerekir. Başka bir ifadeyle, bu kişinin dava dilekçesini yemin dışındaki delillere hasretmemiş olması gerekir¹⁶². Öğretide ileri sürülen diğer bir görüşe göre, yargıç tarafından yemin hakkının hatırlatılabilmesi için ispat yükü kendisine düşen tarafın, dayandığı maddi olguları diğer delillerle ispat edememiş olması yeterlidir. Belirli kelimelerin kullanılması yemin teklif edebilme hakkının hatırlatılması için bir fark yaratmamalıdır¹⁶³. Kanaatimize göre, ispat yükü kendisine düşen taraf delillerini yemin dışındaki diğer delillere hasretmemiş olması durumunda, yargıç yemin teklif etme hakkını hatırlatabilecektir. Bu bağlamda ispat yükü kendisine düşen taraf, dava dilekçesinde yemin delilene da dayanmış olması gerekir. delillerini yemin dışında diğer delillere hasreden taraf, muvazaa savını senetle ispat edememesi durumunda, yargıç yemin teklif etme hakkını hatırlatamayacaktır.

4.1.2. Tarafların Muvazaa Savını Üçüncü Kişilere Karşı İleri Sürmeleri

Muvazaalı işlemin butlan ile sakat olduğu hususu göz önünde tutulduğunda, öğretide tarafların, taşınmaz mülkiyetinin devrini taahhüt eden sözleşmenin

162 KURU, B., ARSLAN, R., YILMAZ, E., *Medeni Usul Hukuku*, s. 482.

163 ALANGOYA, Y., YILDIRIM, K., YILDIRIM – DEREN, N., *age*, s. 372.

muvazaalı olduğu savının üçüncü kişilere karşı da ileri sürebileceği kabul edilmektedir¹⁶⁴. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, muvazaa savının üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması niteliği taşımamalıdır. Aksi durumda muvazaa savının ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyacağı için dinlenilmez. Yargıç, taraflarca muvazaa savının üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyıp taşımadığını kediliğinden araştırır. Bu konuya ilişkin olan açıklamalarımızı yukarıda yapmıştık.

Uygulamada, muvazaa savının üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık oluşturmasının en yaygın örneğini, önalım hakkının kullanılmasını engellemek amacıyla yaratılan muvazaa da görmekteyiz. Paylı mülkiyetin konusu olan taşınmaz üzerinde payını devretmek isteyen paydaş ve payın alıcısı üçüncü kişi, diğer paydaşların önalım haklarını kullanmalarını engellemek amacıyla, satım bedelinin gerçek bedelden yüksek göstermiş olabilirler. Bu durumda diğer paydaşlar gerçek satım bedelini ispat etmek suretiyle, sözü edilen bedel üzerinden önalım haklarını kullanabilirler. İşte burada taraflardan biri, önalım hakkı sahibine karşı, taşınmazın devri taahhüdünü içeren sözleşmenin muvazaa nedeniyle geçersiz olduğunu ileri sürmesi, hakkın kötüye kullanılması niteliği taşır. Bu durumda öğretide kabul edilen baskın görüş ve uygulama da bu yöndedir.

Satıcı ve alıcı olan üçüncü kişi paylı mülkiyetin konusu olan taşınmaz üzerindeki payın satımı nedeniyle diğer paydaşların önalım haklarını kullanmalarını engellemek için sözleşmenin niteliğinde muvazaa meydana getirebilirler. Başka bir ifadeyle taraflar satıma yönelik gerçek iradelerini bağlı görünümü arkasına gizlemeleri durumunda, önalım hakkı sahibi tarafların gerçek iradelerinin satıma yönelik olduğunu ispat ederek, önalım hakkını kullanabilir. Bu durumda önalım hakkı sahibine karşı muvazaa ve şekle aykırılığın ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu için dinlenilmez.

Görüldüğü üzere, muvazaanın taraflarca üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması niteliğindeyse dinlenilmez. Üçüncü kişi muvazaanın

164 **ESENER, T.**, *Muvazaalı Muameleler*, s. 113.; **ADAY, N.**, agt, s. 85.; **KOCAYSUFPAŞAOĞLU, N. (HATEMİ, SEROZAN, ARPACI)**, age, s. 360. Ayrıca İsviçre Federal mahkemesinin önün gelen ve muvazaanın hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı olarak ileri sürülmesine örnek olan olay için bkz. tezimizin ikinci bölümü, 2.2.2. numaralı başlık altındaki açıklamalar.

varlığını ispat etmek olanağına sahip olmalıdır. Konunun özelliği nedeniyle sözü edilen husus ileride ele alınacaktır.

Üçüncü kişilere karşı muvazaa savının ileri sürülebilme olanağının istisnalarından birisi de, TMK m. 3'te düzenlenen iyiniyet kuralıdır. Buna göre yasanın üçüncü kişilerin iyi niyetlerine açıkça sonuç bağladığı durumlarda, onlara karşı muvazaa savı ileri sürülmeyecektir. Nitekim taşınmaz mülkiyetinin devrini sağlayan tescil işlemi sebebe bağlı bir işlem olup, dayanağını oluşturan işlemin muvazaalı olması durumunda yolsuz hale gelir. Bu durumda, gerçek malik tarafından TMK m. 1023 gereği, tapuda şeklen malik olarak gözüken kişiye karşı yolsuz tescilin düzeltilmesi davası açılabilir. Ancak muvazaalı sözleşmeye dayanarak tapu kütüğünde taşınmazı kendi adına tescil ettiren kimse, taşınmazı iyiniyetli üçüncü bir kişiye devretmesi durumunda, önceki devreden muvazaa savını devralan üçüncü kişiye karşı ileri süremez. TMK m. 1025 üçüncü kişinin iyiniyetine burada sonuç bağlamıştır. Bu bağlamda taşınmazı muvazaalı olarak devreden kimse, mülkiyet hakkını kaybettiği için artık tapu kaydının düzeltilmesini talep edemeyecektir¹⁶⁵.

4.2. Muvazaanın Üçüncü Kişiler Tarafından İleri Sürülmesi ve İspatı

Hukuksal yararı bulunmak koşuluyla, muvazaa savının üçüncü kişiler tarafından ileri sürülüp ispat edilebileceğini daha önce belirtmiştik. Üçüncü kişiler muvazaa savını görülmekte olan bir dava da itiraz olarak ileri sürebilecekleri gibi, olumlu tespit davası açmak suretiyle de ileri sürebilirler. Gerçekten muvazaanın belirlenmesinde hukuksal yararı bulunan üçüncü kişiler, açacakları bir davayla muvazaanın varlığını taraflara karşı ileri sürmek suretiyle ispatı yoluna gidebilirler. Örneğin önalım hakkı sahibinin, taşınmaz satımının bağış görünümünün arkasına gizlendiğini ispat etmesinde hukuksal yararı vardır. Bu şekilde önalım hakkı sahibi, işlemin gerçekte satım olduğunu ispat etmek suretiyle önalım hakkını kullanmak isteyecektir. Aynı şekilde muvazaa savını ileri sürmekte hukuksal yararı olanların başında, mirasbırakanın saklı paylı mirasçıları gelir. Mirasbırakanın sağlığında yapmış olduğu muvazaalı işlemler, mirasçıların miras haklarını ihlal etmişse, bu

165 KOCAYSUFPAŞAOĞLU, N. (HATEMİ, SEROZAN, ARPACI), age, s. 361.; ESENER, T., *Muvazaalı Muameleler*, s. 113.

durumda mirasçılar üçüncü kişi sıfatıyla muvazaayı ileri sürebilirler. Uygulamada en çok rastlanan mirasbırakanın muvazaasında mirasçılar, önalım hakkı sahiplerinin, alacaklıların ve diğer kişisel hak sahiplerinin muvazaa nedeniyle taşınmaz mülkiyetinin devrini taahhüt eden sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmekte hukuksal yararları bulunmaktadır. Bu bağlamda burada üçüncü kişi sıfatıyla mirasçılar, önalım hakkı sahipleri, alacaklılar ve diğer kişisel hak sahiplerinin muvazaa savını ileri sürme ve ispat etme olanakları üzerinde durulacaktır.

4.2.1. Mirasçılar

Mirasçıların muvazaalı sözleşmenin taraflarının ardılı (halefi) sıfatıyla hareket etmeleri durumunda, yazılı delille ispat yükü altında olduklarını yukarıda belirtmiştik. Ancak mirasçılar, tarafların ardılı (halefi) sıfatıyla değil, kendi mirasçılık haklarını korumak amacıyla hareket etmişlerse, bu durumda üçüncü kişi konumunda oldukları kabul edilmektedir¹⁶⁶.

Mirasbırakanın muvazaalı işlemleriyle mirasçılarının miras haklarını ihlal etmesi durumunda, mirasbırakanın muvazaası söz konusu olur. Mirasbırakanın muvazaası, nisbi muvazaanın tipik bir örneğidir. Uygulamada en çok rastlanan ve davaların büyük bölümünü oluşturan muvazaa türüdür¹⁶⁷.

Mirasbırakanın muvazaasını pozitif hukukumuzda özel olarak düzenleyen bir kural bulunmamaktadır. Bu nedenle mirasbırakanın muvazaasının yasal dayanağını, diğer muvazaa türlerinde olduğu gibi BK m. 18 oluşturur. Ancak mirasbırakanın muvazaası, asıl hukuksal kaynağını, öğretide ileri sürülen görüşler ve yargısal kararlarda bulmaktadır¹⁶⁸. Hemen belirtmek gerekir ki, mirasbırakanın muvazaasının

166 **POSTACIOĞLU** mirasçılarının üçüncü kişi olarak kabul edilmeleri için, onlara ait bağımsız bir hakkın ihlal edilmiş olması gerektiğini ifade etmiştir. Yazar bu konudaki görüşlerini şu şekilde ifade etmiştir: “Dikkat edilecek olursa, varisi üçüncü şahıs sayabilmeliğimiz için ona ait müstakil bir hakkın ihlali keyfiyeti üzerinde durmaktayız. Yoksa taraflar arasında senetle ispat gereken bir muvazaanın varisler tarafından ileri sürülmesi halinde senetsiz ispat olunabileceği anlaşılmalıdır ... Fakat varis muvazaanın ispatı gibi murisine ait bir hakkı istimalle kıyam etmeyip, kendi mahfuz hissesine bu suretle tecavüz bulunduğu şekilde bir iddia dermeyan edecek olursa, bu takdirde şahit ikamesine hak kazanacaktır. Ancak bu suretle serdedilecek bir iddia muvazaanın muvazaanın hibe maksadile yapıldığının kabulüne müncer olmaktadır ki, tabiatı eşyaya uygun olan da budur. H.be tenkis kaidelerine tabi olmadığı nispette hüküm ifade edecek, tenkise tabi olduğu miktarı itibarile de iptal edilmiş olacaktır. Bu suretle 288 nci maddemizin hükmile varislerin müstakilen haiz oldukları hak ve selahiyetleri telif imkanı hasıl olmaktadır” (**POSTACIOĞLU, İ., Şehadetle İspat, s. 226.**).

167 **ÖZKAYA, E.**, age, s. 393.

pozitif hukukumuz bakımından en önemli dayanağı, Yargıtay'ın 01.04.1974 Gün, 1/2 sayılı İnançları Birleştirme Kararıdır. Sözü edilen 01.04.1974 Gün, 1/2 sayılı İnançları Birleştirme Kararında kabul edilen ilkeler, daha sonra 22.05.1987 Gün, E. 1986/4 ve K. 1987/5 ile 16.03.1990 Gün, E. 1989/1 ve K. 1990/2 sayılı İnançları Birleştirme Kararlarıyla teyit edilmiş ve kökleşmiştir¹⁶⁹.

Mirasbırakanı muvazaalı işlemler yapmaya sevk eden bir çok neden olabilir. Mirasbırakanı bu tür muvazaalı işlemler yapmaya sevk eden saiklerin, ülkemizde geçerli olan sosyal sorunlardan kaynaklandığı da göz ardı edilemez bir gerçektir. Mirasbırakan sağlığında kız çocuklarından mal kaçırmak amacıyla, mirasını yalnızca erkek çocukları arasında paylaşmaktaki, bu amaçla oğullarıyla muvazaalı işlemler yaparak kız çocuklarını miras hakkından yoksun bırakmaktadır¹⁷⁰. Bunun yanı sıra, mirasbırakanın birden fazla evlilik yapmış olduğu hallerde, etkisinde kaldığı eşine ve çocuklarına malvarlığını bırakmak ve diğer mirasçıları miras haklarından yoksun bırakmak amacıyla yine muvazaalı işlemler yapma yoluna gitmektedir¹⁷¹.

Mirasbırakanları muvazaalı işlemler yapmaya iten daha farklı nedenler de sayılabilir: Mirasbırakanın yaşamının son günlerinde hasta ve yaşlı olmasından faydalanan yakınındaki kişiler, onu telkin ve zorlamalarla uzaktaki mirasçılarının haklarını ihlal edici nitelikte muvazaalı işlemler yapmak zorunda bırakabilirler. Mirasbırakan sevdiği bazı mirasçıları kayırmak veya kızdığı mirasçısını miras hakkından yoksun bırakmak amacıyla da sağlığında muvazaalı işlemler yapmış olabilir¹⁷².

Ülkemize özgü olan bu nitelikteki sosyal sorunların çözümü ve özellikle kız çocuklarının miras haklarından yoksun bırakılmalarını engellemek amacıyla, 01.04.1974 Gün ve 1/2 sayılı İnançları Birleştirme Kararı kabul edilmiştir¹⁷³.

168 ÖZKAYA, E., age, s. 393.

169 ÖZKAYA, E., age, s. 394.

170 SUNGURBEY, İ., *Temel Sorunlar*, s. 316.; TOPDEMİR, Fuat (1995), *Miras Bırakanın Mirasçıdan Mal Kaçırma Amacıyla Yaptığı Muvazaalı İşlemlere Karşı Mirasçıların Başvuru Yolları*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 8, İstanbul.

171 ÖZKAYA, E., age, s. 410.; TOPDEMİR, F., agt, s. 8.

172 ÖZKAYA, E., age, s. 412.; TOPDEMİR, F., agt, s. 9.

173 SUNGURBEY, İ., *Temel Sorunlar*, s. 316.; ÖZKAYA, E., age, s. 395.

4.2.1.1. Mirasbırakanın Muvazaasının Unsurları

Mirasbırakan, yukarıda belirtilen ve ülkemiz açısından sosyal nitelikli sorunlara neden olan çeşitli saiklerin etkisi altında, sağlığında bazı muvazaalı işlemler yapmakta ve mirasçılarının miras haklarını ihlal etmektedir. İşte bu nedenle kabul edilen 01.04.1974 Gün ve 1/2 sayılı İnançları Birleştirme Kararı göz önünde tutularak, mirasbırakanın muvazaasının unsurları belirlenebilir.

Uygulamada en sık rastlanan muvazaası türü olan mirasbırakanın muvazaasının en önemli unsurunu, mirasbırakanın taşınmazını sağlığında bağışlamasına karşın, bunu satım veya ölünceye kadar bakma sözleşmesinin arkasına gizlemesi olgusu oluşturur. Mirasbırakan sağlığında yaptığı bu muvazaalı işlemlerle, mirasçılarında mal kaçırarak, onları miras hakkında yoksun bırakmayı amaçlamaktadır. Bu bağlamda mirasçılardan mal kaçırma iradesi, mirasbırakanın muvazaasının diğer bir unsurunu oluşturmaktadır. Sözü edilen unsurlar değerlendirildiğinde, mirasbırakanın muvazaasının, nisbi muvazaanın tipik bir örneği olduğu sonucu ortaya çıkar.

Mirasbırakanın muvazaası, taşınmaz mülkiyetini devreden işlemlerde söz konusu olup, mirasbırakanın asıl amacı bağış olmasına karşın, bu durum satım veya ölünceye kadar bakma sözleşmesi görünümüyle gizlenmektedir¹⁷⁴. Bunun sonucunda görünürdeki satım veya ölünceye kadar bakma sözleşmesi tarafların gerçek iradelerini taşımaması, gizli sözleşme de resmi şekle uygun olmaması nedeniyle geçersizdir. Burada söz konusu olan geçersizlik, butlandır

Tapusuz taşınmazların mirasbırakanın muvazaasına konu olup olmayacakları sorunu üzerinde de durmak gerekir. Bilindiği üzere inançları birleştirme kararları konularıyla sınırlı, gerekçeleriyle açıklayıcı ve sonuçlarıyla bağlayıcıdır. Başka bir ifadeyle inançları birleştirme kararları, konularıyla sınırlı olup, örneksime (kıyas) yoluyla benzer olaylara uygulanamazlar. Birleştirme kararlarının gerekçesi, yasa gerekçesi gibi açıklayıcı nitelikte olup, sonucu da yasa hükümleri gibi bağlayıcıdır.

174 Yargıtay 1. Hukuk Dairesinin 21.11.2000 Gün, E. 2000/10085 ve K. 2000/14577 sayılı Kararına göre, "... Ancak, mirasbırakan 169 ada 1 sayılı parseldeki 20/40 payı torunu davalının oğlu M'ye bağış biçiminde temlik etmiş, kalan payı oğlu Ş'ye satış şeklinde devretmiştir. Her iki pay üçüncü kişiye aktarıldıktan sonra, davalıya yine satış gibi temlik edilmiştir. Bu durumda, mirasbırakanın M.'ye verdiği 20/40 pay yönünden irade ile işlemin uygunluk göstermesi nedeniyle muris muvazaasından söz edilemez. Diğer bir deyişle, anılan işlem 1.4.1974 tarih ve 1/2 sayılı İnançları Birleştirme Kararı kapsamında sayılamaz".

Bu bağlamda 01.04.1974 Gün, 1/2 sayılı İnançları Birleştirme Kararının konusuyla sınırlı olup, yalnızca tapulu taşınmazların muvazaalı devirlerinde uygulama alanı bulmaktadır. Tapusuz taşınmazların mirasbırakan tarafından muvazaalı devri durumunda, 01.04.1974 Gün ve 1/2 sayılı inanca Birleştirme Kararının uygulanma olanağı bulunmamaktadır¹⁷⁵.

4.2.1.2. Mirasbırakanın Muvazaasının İleri Sürülmesi ve İspatı

Mirasbırakanın sağlığında taşınmazları muvazaalı olarak devretmesi nedeniyle, saklı paylı olsun veya olmasın miras hakkı ihlal edilen tüm mirasçılarının, muvazaayı ileri sürüp süremeyecekleri hususu öğretilmiş olduğunda tartışmalıdır. Sorun, mirasbırakanın taşınmazlarına ilişkin yapmış olduğu sağlararası bağışlamaları satım veya ölünceye kadar bakma sözleşmesinin arkasına gizlemesi durumunda, saklı payı olsun veya olmasın bütün mirasçılarının, muvazaayı ileri sürüp süremeyecekleri ve muvazaanın ileri sürülmesinde hukuksal yararı olan üçüncü kişiler olarak kabul edilip edilemeyeceği noktasında düşümlenmektedir.

Saklı payı olsun veya olmasın bütün mirasçılarının, mirasbırakanın taşınmazın devrine ilişkin yapmış olduğu muvazaalı işlemleri ileri sürme haklarının bulunduğu kabul edilirse, bu durumda muvazaa hukuksal nedenine dayalı tapu kaydının düzeltilmesi davası mirasçılar tarafından açabilecektir. Bunun yanı sıra açılan davada mirasçılarının üçüncü kişi sıfatıyla mı yoksa mirasbırakanın ardılı (küllü halefi) sıfatıyla mı hareket edeceklerinin belirlenmesi, ispat hukuku yönünden büyük önem taşımaktadır.

KARAYALÇIN'a göre mirasbırakan tasarruf oranının sınırları içerisinde, miras payları üzerinde dilediği gibi tasarruf edebileceğinden, saklı paylı mirasçılarının sadece söz konusu sınırları aşan tasarrufların tenkisini talep etme hakları vardır. Bunun dışında mirasbırakanın sağlararası hukuksal işlemleriyle mirasçılarının miras haklarını ihlal etmesi gibi bir durum söz konusu olmamaktadır. Bu nedenle mirasbırakanın 'mirasçısını miras hakkından yoksun etmek amacı' ile hareket ettiği

175 Yargıtay 1. Hukuk Dairesinin **22.09.2003 Gün, E. 2002/8582 ve K. 2009/9300** sayılı Kararına göre, "... Öncelikle tapuda kayıtlı olmayan taşınmazın zilyetliğinin devrinden ibaret mülkiyetin naklinde 1.4.1974 tarih 1/2 sayılı İnançları Birleştirme Kararının uygulanma yeri bulunmadığı, bu sebeple muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı olarak iptal ve tescil isteğinin dinlenmeyeceği kuşkusuzdur".

de kabul edilemez. Yazara göre, mirasbırakanın tasarruf oranı içerisinde kalan sağlararası işlemleri, mirasçılar yönünden muvazaalı işlem sayılmayacaktır. Bu nedenle mirasçılara resmi şekle aykırılığı ve muvazaayı ileri sürme hakkının verilmesi mirasbırakanın iradesine aykırılık oluşturacaktır. Bu bağlamda mirasçılarının, tasarruf oranı içerisinde kalmış sağlararası işlemlerinin iptalini isteme yetkileri yoktur. Saklı payı olmayan mirasçılar, mirasbırakanın ardılı (halef) sıfatıyla hareket edeceklerinden, üçüncü kişi olarak değerlendirilme olanakları bulunmamaktadır. Böylece saklı paylı olmayan mirasçılar üçüncü kişi sıfatıyla değil, ancak onun ardılı (halefi) sıfatıyla HUMK m. 290 gereği senede karşı senetle ispat etme yükümlülüğü altındadırlar¹⁷⁶.

OĞUZMAN'a göre saklı payı bulunmayan mirasçının, mirasbırakanın tasarruflarına karşı hukuken korunan bir hakkı yoktur. Bu nedenle saklı paylı mirasçının hakkının ihlal edilmesinden kaynaklanan ve onun şahsına ait olan bir dava hakkından söz edilmesi de mümkün değildir. 1.4.1974 gün, 1/2 sayılı İnançları Birleştirme Kararında ifade edilen “mirasçyı miras hakkından yoksun etme” sözü ancak saklı paylı mirasçılar açısından bir anlam taşıyabilir. Saklı payı olmayan mirasçının mirasbırakanın tasarruflarına karşı korunmuş bir hakkı bulunmadığından, ondan mal kaçırma sözü de anlamsızdır. Mirasbırakanın taşınmazın devrine ilişkin olan muvazaalı sağlararası kazandırmasında, görünürdeki işlem muvazaası; gizli işlemse şekle aykırılık nedeniyle geçersizdir. Burada saklı paylı olmayan mirasçılarının, mirasbırakanın ardılı (külli halefi) sıfatıyla, mirasbırakanın muvazaası hukuksal nedenine dayanan tapu kaydının düzeltilmesi davası dışında bir dava haklarından söz edilemez. Saklı payı olmayan mirasçılar burada kendi şahıslarından kaynaklanan bir dava hakları söz konusu olmadığından, başka bir ifadeyle mirasbırakanın ardılı (külli halefi) sıfatıyla hareket ettiklerinden HUMK m. 290 gereği senede karşı senetle ispat yükümlülüğü altındadırlar. Ancak saklı payı olan mirasçılar, mirasbırakanın sağlığında yaptığı ve taşınmazın devrine ilişkin olan

176 **KARAYALÇIN, Yaşar** (1989), *Mirasçının Muvazaası Nedeniyle İptal Davası Açma Hakkı Var mıdır, Yargıtay'ın Kuruluşunun 120. Yılı Sempozyumunda Sunulan Bildiri*, Yargıtay Dergisi, Cilt 15, Sayı 1-4, s. 327 vd.; **KARAYALÇIN, Yaşar** (1991), “16.3.1990 Tarih ve K. 1990/2 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı” “Saklı Payı İhlal Edilmemiş Mirasçı Muvazaası Nedeniyle Dava Açabilir” Görüşü ve Diğer Problemler, Kale Güral AKİPEK'e Armağan, 223, Konyas. **ADAY** mirasbırakanın sağlığında muvazaayı ileri sürebileceğini, bu nedenle mirasçılarının mirasbırakanın ardılı (külli halefi) sıfatıyla ona ait olan bir hakkı ölümünden sonra ileri sürebileceklerini ifade etmiştir. Yazar, mirasçılarının burada kendilerine ait olan bir hakkı değil, mirasbırakana ait olan bir hakkı onun ardılı sıfatıyla kullanmaları nedeniyle, yazılı delille ispat yükümlülüğü altında olduklarını belirtmiştir (**ADAY, N.**, agt, s. 90.).

muvazaalı işlemleri nedeniyle saklı payları ihlal edilmişse, bu durumda muvazaalı savını tenkis nedeniyle açtıkları tapu kaydının düzeltilmesi davasında ileri sürebilirler. Saklı paylı mirasçılar, kendilerine ait bir dava hakkını kullandıkları için, mirasbırakanın muvazaalı işlemleri karşısında üçüncü kişi konumundadırlar ve mirasbırakanın saklı pay kurallarını bertaraf etmek amacıyla taşınmazını muvazaalı temlik ettiğini tanıkla ispat edebilirler¹⁷⁷.

SUNGURBEY'e göre mirasbırakanın muvazaasında, mirasbırakanla taşınmazın gerçekte kendisine bağışlandığı kimse öğretide 'kollusion' denilen hileli anlaşma yoluna başvurarak, saklı pay sahibi olsun veya olmasın mirasçılarını miras haklarından yoksun bırakmak amacıyla bağışı satış olarak göstermektedirler. Bu bağlamda mirasbırakanın muvazaalı işleminin 'kollusion' denilen hileli anlaşma olmasının zorunlu sonucu olarak, gizli anlaşma BK m. 19 ve 20 gereği ahlaka aykırılık nedeniyle geçersizdir. Yazara göre, mirasbırakan sağlığında yapmış olduğu muvazaalı işlemlerle, saklı paylı olsun veya olmasın mirasçılarını miras hakkından yoksun bırakmak amacıyla hileli anlaşma yoluna saparak, bağışlanan taşınmazı satış gibi göstermek suretiyle dürüstlük kuralına aykırı davranmaktadır. Mirasbırakanın saklı paylı mirasçılarının bulunmaması veya tasarruf oranının sınırları içerisinde sağlararası işlemler yapması, kazandırmanın mirasçılarının miras hakkına zarar vermek ortak amacıyla, bu uğurda bilinçli işbirliğiyle yapılmış olduğu gerçeğini ortadan kaldırmaz. Yazar, belirtilen görüşünün dayanaklarını şu şekilde açıklamıştır: "Miras hakkı da mirasçılarının doğrudan doğruya kendi şahıslarına tanınmış bir haktır, üstelik Anayasanın 35 inci maddesiyle Anayasa güvencesine bağlanmış bir haktır. Aslında saklı pay da, miras hakkının mirasbırakanın üzerinde harcamada bulunmayacağı bir bölümünden başka bir şey değildir. Bundan dolayıdır ki, Almancada buna "Noterbrecht = zorunlu miras hakkı" da denmektedir ... Şu kadar var ki, mirasbırakan, sağlığında, saklı payı olsun olmasın mirasçılarının 1.4.1974 gün, 1/2 sayılı içtihadı birleştirme kararındaki deyimlerle "miras hakkı"ndan yoksun kılmak, bu hakkı çiğnemek (miras hakkına zarar vermek, halk deyiimiyle: mirastan mal kaçırmak) amacıyla, mirasçılarının biriyle ya da başka bir kimseyle öğretide "Kollusion" denilen hileli anlaşma, düzenbazlık yoluna saparak danışıklı işlem

177 **OĞUZMAN, KemalB (1990)**, *Miras Bırakanın Gayrimenkule İlişkin Muvazaalı İşlemleri Bakımından Tenkis Davası ve Tapu Kaydının Tashihi Davası*, Prof. Dr. İlhan POSTACIOĞLU'na Armağan, s. 187 vd., İstanbul.

yoluyla bir taşınmazını satış gibi gösterip gerçekte bağışlamış olursa, bu işlem dürüstlük kurallarına, hakkın kötüye kullanılması yasağına ve ahlaka aykırılığın yaptırımlarına çarptırılır”. Bu nedenle saklı pay sahibi olsun veya olmasın mirasçılar, mirasbırakanın muvazaalı olarak taşınmazını devretmesi nedeniyle, mirasbırakanın muvazaası hukuksal nedenine dayanarak, üçüncü kişi sıfatıyla tapu kaydının düzeltilmesini dava edebilirler¹⁷⁸.

Yargıtay 01.04.1974 Gün ve 1/2 sayılı inançları Birleştirme Kararında bu konuya ilişkin görüşünü şu şekilde ifade etmiştir:

‘Bir kimsenin, mirasçısını miras hakkında 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 çığneden tüm mirasçılar, görünürdeki satış sözleşmesinin danışıklı (muvazaalı) olduğunu ve gizli bağış sözleşmesinin de biçim koşulundan yoksun bulunduğunu ileri sürerek dava açabilir’¹⁷⁹.

178 SUGURBEY, İ., *Temel Sorunlar*, s. 312 vd.

179 Yargıtay’ın kabul ettiği bu görüş, öğretide İNAN tarafından şu gerekçeyle eleştirilmiştir: “Burada bir muvazaa ile geçersizlik söz konusu olmaz. Çünkü muvazaa tarafların bir işlem yapıp onun geçersizliği veya onun yerine başka bir işlemin geçerli olacağı hususunda anlaşmalarıdır. Halbuki yukarıda belirtilen olayda mirasbrakan mülkiyeti nakil amacıyla hareket etmekte, karşı taraf ise, bunu iktisap eme amacını taşımaktadır. Tarafların resmi akitte bir ivaz öngörmeleri buradaki bağış akdini sakatlamaz. Çünkü ivaz, satışta olduğu gibi bağış akdinin, bir unsuru değildir. Bunun tersi olsaydı muvazaa olacağı kesindir. Taraflar esasında satış yapmışlar (şufayı önlemede olduğu üzere), bunu bağış olarak göstermişlere, bağış akdini satış akdine tahvil etmek mümkün değildir. Çünkü bedel satış akdinin asli unsurudur. Halbuki tersini, muvazaalı satış akdini, bağışa tahvil etmek mümkündür. Satış akdi bağış akdinin içermesi gereken hususları içermektedir. Bu bakımdan satış akdinin muvazaa, bağışın da şekil eksikliği nedeniyle geçersiz olması doğru değildir. Çünkü taraflar arasında resmi şekilde mülkiyeti nakle yönelik bir akit yapılmış, şekilden kamu düzeninin beklediği amaç gerçekleşmiştir”. Yazar belirttiği görüşü doğrultusunda, mirasbırakanın muvazaalı olarak bir başkasına devrettiği taşınmazı nedeniyle açabileceği tapu kaydının düzeltilmesi (iptali) davasını, onun ardılı (küllü halefi) sıfatıyla mirasçılarının da açabileceğini, burada mirasçılarının işlemin tarafı olmaları nedeniyle yazılı delille ispat yükümlülüğü altında olduklarını ifade etmiştir (İNAN, Ali Naim, ERTAŞ, Şeref, ALBAŞ, Hakan (2006), *Miras Hukuku*, s. 438, Ankara.). OĞUZMAN yukarıda belirtilen görüşünü açıkladığı makalesinde, Yargıtay’ın kabul ettiği çözümü yürürlükteki miras hukuku sistemiyle bağdaştırmanın mümkün olmadığı, saklı payı bulunmayan mirasçılarının mirasbırakanın tasarruflarına karşı hukuken korunan bir haklarının bulunmadığı, bu nedenle mirasçılarının hakkına tecavüzden kaynaklanan ve onların şahsına ait bir dava hakkından söz edilemeyeceği gerekçesiyle eleştirmiştir (OĞUZMAN, K., *Miras Bırakanın Gayrimenkule İlişkin Muvazaalı İşlemleri*, s. 192.). OZANOĞLU ve ASLANKÖYLÜ 16.03.1990 Gün, E. 1989/1 ve K. 1990/2 sayılı İnançları Birleştirme Kararına yazdığı karşı oy yazısında, benimsenen bu görüşü kabul etmeyerek eleştirmişlerdir. OZANOĞLU ve ASLANKÖYLÜ’ye göre, mirasçılar muvazaa ve şekil eksikliği nedeniyle tapu kaydının düzeltilmesi davasını, mirasbırakanın ardılı (küllü halefi) sıfatıyla açabilirler. Saklı pay dışında mirasçılarının mirasbırakanın tasarruflarına karşı korunan hukuksal yararları yoktur. Muvazaa nedeniyle tapu kaydının düzeltilmesi davası mirasçılara ardıllık yoluyla geçer. Bu nedenle mirasçılar muvazaalı işlemin tarafı durumunda olup, yazılı delille ispat yükümlülüğü altındadır (16.03.1990 Gün, E. 1989/1 ve K. 1990/2 sayılı İnançları Birleştirme Kararının Gerekesine Yazdığı Karşı Oy Yazısı).

1974 tarihli İnançları Birleştirme Kararının gerekçesinden de anlaşılacağı üzere, Yargıtay, mirasbırakanın muvazaalı olan sağlararası kazandırmalarına karşı, sözü edilen kazandırmaları içeren işlemler tasarruf oranının sınırları içerisinde kalsa dahi, saklı pay sahibi olsun veya olmasın bütün mirasçılarının, mirasbırakanın muvazaası hukuksal nedenine dayalı tapu iptal ve tescil davası açabileceğini kabul etmiştir¹⁸⁰. Mirasçılarının mirasbırakanın muvazaası hukuksal nedenine dayalı tapu kaydının düzeltilmesi davasında, mirasbırakanın ardılı (külli halefi) sıfatıyla değil, üçüncü kişi sıfatıyla hareket ettikleri yine sözü edilen birleştirme kararında kabul edilmiştir¹⁸¹. Başka bir ifadeyle, 1974 Tarihli İnançları Birleştirme Kararına göre, saklı payı olsun veya olmasın bütün mirasçılarının, mirasbırakanın muvazaasını ileri sürmekte hukuksal yararları bulunup, mirasçılar bu nitelikteki davalarda, mirasbırakanın ardılı (külli halefi) sıfatıyla değil, üçüncü kişi sıfatıyla hareket etmektedirler. Bu nedenle mirasbırakanın taşınmazını muvazaalı olarak temlik ettiğini tanık dahil her türlü delille ispat edebilirler¹⁸². Böylece Yargıtay, taşınmazın muvazaalı temlikini, niteliği itibariyle mirasçıyı miras hakkından yoksun kılmaya yönelik bir işlem niteliğinde olduğunu belirterek, muvazaayı ileri sürme hakkının, doğrudan mirasçının kendisine ait bir haktan doğduğunu kabul etmiştir.

Mirasbırakanın taşınmazın devrine ilişkin olan sağlararası işlemleri, aynı zamanda tasarruf oranını aşarak saklı payı ihlal etmesi durumunda, mirasbırakanın muvazaası ve tenkis taleplerinin aynı anda ileri sürülüp sürülemeyeceği hususunda Yargıtay özel daireleri arasında ortaya çıkan içtihat aykırılıklarını gidermek üzere 22.05.1987 Gün, E. 1987/4 ve K. 1987/5 sayılı İnançları Birleştirme Kararı kabul edilmiştir. 1987 Tarihli İnançları Birleştirme Kararına göre:

“ ... Gerçekten tenkis davalarıyla muvazaaya dayalı iptal davaları, ileri sürülüş biçimleri, hukuksal esaslar, kapsamı ve nihayet tenkis ve

180 Yargıtay 1. Hukuk Dairesinin 21.11.2000 Gün, E. 2000/10933 ve K. 2000/14576 sayılı Kararına göre, “... Bu durumda yerleşmiş Yargıtay içtihatlarında ve 1.4.1974 tarih 1/2 sayılı İnançları Birleştirme Kararında açıklandığı üzere, görünürdeki sözleşme tarafların gerçek iradelerine uymadığından, gizli bağlı sözleşmesi

de Medeni Kanunu'nun 634, 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 mirasçılar dava açarak resmi sözleşmenin muvazaa nedeni ile geçersizliğinin tespitini ve buna dayanılarak oluşturulan tapu kaydının iptalini isteyebilirler”.

181 Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 18.09.1985 Gün, E. 1985/1 ve K. 1985/693 sayılı Kararı.

182 Yargıtay 1. Hukuk Dairesinin 17.06.2003 Gün, E. 2003/6384 ve K. 2003/7068 sayılı Kararı.

iptal nedenleri birbirinden farklı nitelikte davalardır. İlk bakışta tenkis davası açan kişinin tasarrufun geçerli bulunduğunu zımnen benimsediği düşüncesi akla gelebilirse de, kendi yararına bir hukuki sonuç elde etmek isteyen ve kapsamı farklı hukuki sonuçlar doğurabilecek birden fazla dava açma durumunda bulunan bir kimse, bu davalardan birini diğerine tercihan açmaya zorlanamayacağı gibi, bu davalardan birini açmakla, açık bir irade beyanı olmadan diğerinden feragat edildiğinin kabulü de uygun bulunmamıştır.

Bu nedenlerle, miras bırakanın yaptığı temlik tasarruflardan zarar gören mirasçılarının tenkis davası ile birlikte kademeli olarak veya tenkis davası açtıktan sonra ayrı bir dilekçe ile, Borçlar Kanunu'nun 18. maddesine dayalı muvazaa nedeniyle iptal tescil davası açabileceklerinin kabulü ile, içtihat aykırılığının bu suretle giderilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır¹⁸³.

Daha sonra 01.04.1974 Gün, 1/2 sayılı inançları Birleştirme Kararının salt adalet ve duygusu ve kamu vicdanını rahatsız edebilecek sonuçlar doğurduğu gerekçesiyle Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kuruluna başvuru yapılmış, bunun üzerine kabul edilen 16.03.1990 Gün, E. 1989/1 ve K. 1990/2 sayılı İnançları Birleştirme Kararıyla, 01.04.1974 Gün, 1/2 sayılı İnançları Birleştirme Kararının değiştirilmesini veya kaldırılmasını haklı gösterecek bir nedenin bulunmadığı sonucuna varılmıştır. Böylece mirasbırakanın muvazaasına ilişkin uygulama 01.04.1974 Gün, 1/2 sayılı İnançları Birleştirme Kararında belirtilen ilkeler doğrultusunda gelişmiş ve kökleşmiştir.

Kanaatimize göre 01.04.1974 Gün, 1/2 sayılı İnançları Birleştirme Kararında ifade edilen gerçekler göz ardı edilemez. Buna göre ülkemizde özellikle kırsal kesimde kız çocuklarını miras hakkından yoksun bırakmak veya birden çok evliliklerde eşlerden biri ve ondan olan çocukların kayırılması amacıyla, mirasbırakanlar tarafından, taşınmazlar muvazaalı işlemlerle erkek çocuklara veya kayırılan eş ve çocuklarına devredilmektedir. Miras hukukumuzun ve Medeni

183 Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun **08.11.1995 Gün, E. 1995/1-740 ve K. 1995/923** sayılı Kararına göre, "Muvazaa ve tenkis isteklerinin aynı dava içinde kademeli olarak ileri sürülebileceği ve öncelikle, tenkise oranla daha geniş kapsamlı bulunan miris muvazaası talebinin değerlendirilebileceği de 11.5.1987 gün 4/5 sayılı İnançları Birleştirme Kararı gereğidir".

Kanunumuzun kız ve erkek evladı ayrımı yapmaksızın eşit miras paylaşımını kabul eden çağdaş yapısı, yine Medeni Kanunumuzun özüne uygun olarak mirasçılar arasında eşitliği sağlama amacı anlayışı, öğretilerde **SUNGURBEY** tarafından ileri sürülen görüşün ve Yargıtay'ın 01.04.1974 Gün, 1/2 sayılı İnançları Birleştirme Kararının ülkemizin gerçeklerine daha uygun olduğu kanaatini uyandırmaktadır. Bu bağlamda mirasbırakanın sağlığında taşınmazlarının devrine ilişkin yaptığı muvazaalı işlemleriyle, saklı payı olsun veya olmasın bütün mirasçılarının Anayasanın 35. maddesiyle güvence altına alınmış miras hakkını ihlal etme amacı taşıyabilecektir.

Mirasbırakan, tasarruf oranı içerisinde kalsa dahi, taşınmazın bağışlanmasına ilişkin olan işlemi, satım veya ölüncüye kadar bakma sözleşmesi arkasına gizlemişse, bu durum mirasbırakanın öğretilerde “kollusion” denilen hileli anlaşmalarla muvazaalı işlemler yapma yoluna saptığının açık bir kanıtıdır¹⁸⁴. Geçerli bir işlemle taşınmazı devretmek yerine, mirasbırakanın “kollusion” yoluna başvurması onun mirasçılardan mal kaçırma niyetini açıkça ortaya koymaktadır. Bu bağlamda mirasçılarının taşınmazın muvazaalı olarak devrini iptaline yönelik dava hakkı, Anayasanın 35. maddesiyle güvence altına alınan mirasçılık hakkından kaynaklanmaktadır. Mirasçılar, saklı payı olsun veya olmasın, üçüncü kişi sıfatıyla taşınmazın devrinin muvazaalı olduğu savını ileri sürerek, işlemin iptalini (tapu kaydının düzeltilmesini) tanık dahil her türlü delille ispat edebilmelidirler.

184 Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun **25.09.1996 Gün, E. 1996/1-440 ve K. 1996/638** sayılı Kararında aynı anlayışı benimsediği anlaşılmaktadır. Sözü edilen karara göre, “... Bu tür işlemlerde temlike konu tapulu taşınmaz ya da taşınmazların mülkiyeti tarına temlik yapılan şekle nakledilmiş gözükse de, gerçekte mirasbırakanın mal varlığından (terekesinden) çıkmış sayılamaz. Diğer bir anlatımla, 01.04.1974 tarih 1/2 sayılı Yargıtay İnançları Birleştirme Kararının uygulanmasını zorunlu kılan işlemlerde, mirasbırakanla gerçekte kendisine bağış yapılan kişi, öğretilerde “kollusion” denilen hileli anlaşma yoluna başvurmakta, bağışı satış gibi göstermektedirler. Bütün hukuk sistemlerinin benimsediği temel ilke uyarınca, hiç kimse kendi yaptığı hileli anlaşmadan ve haksızlıktan kısmen de olsa kendisine çıkar sağlayamaz”.

4.2.2. Önalım Hakkı Sahipleri

4.2.2.1. Önalım Hakkı Sahibinin Sözleşmenin Niteliğinde ve Bedelde Muvazaa Durumunda Sahip Olduğu Olanaklar

Önalım hakkının engellemek amacıyla, satıcı olan paydaş ve alıcı çeşitli yollardan muvazaaya başvurabilirler. Önalım hakkı sahibi, bu durumda işlemin muvazaalı olduğunu ispat etmek suretiyle önalım hakkını kullanma yoluna başvurmak isteyebilir. Bu durum paylı mülkiyet konusu olan taşınmaz üzerindeki payın devrinde bazı sorunlar doğurmaktadır. İşte burada paylı taşınmaz üzerindeki payın devrinde önalım hakkının kullanılmasını engellemek amacıyla uygulama da en çok başvurulan olasılıklar üzerinde durularak, önalım hakkı sahibinin buna karşılık başvurabileceği olanaklar incelenecektir.

Önalım hakkının kullanılmasını engellemek amacıyla uygulamada en çok karşılaşılan olasılıkta, taraflar satım bedelini gerçekte olduğundan daha fazla göstermek suretiyle muvazaa yoluna başvurmuşlardır. Bu durumda görünürdeki sözleşme bedel muvazaası; gizli sözleşme ise şekle aykırılık nedeniyle geçersizdir¹⁸⁵. Uygulamada karşılaşılan diğer olasılıklarda, paylı mülkiyet konusu olan taşınmaz üzerindeki payını satım yoluyla devreden paydaş, diğer paylı maliklerin önalım haklarını kullanmalarını engellemek amacıyla, alıcıyla anlaşmak suretiyle sözleşmenin niteliğinde muvazaa meydana getirmektedir. Taraflar bunu sağlamak amacıyla, payın devrine ilişkin olan satımı bağış görünümüyle gizlemek yoluna başvurmuşlardır¹⁸⁶. Veya taraflar sözleşmenin niteliğinde muvazaa meydana getirmeyerek, taşınmaz satım sözleşmesiyle alıcıya devredilmekte, daha alıcı tarafından bağış yoluyla üçüncü bir kişiye devredilmektedir¹⁸⁷.

Yukarıda belirtilen tüm bu olasılıklarda, önalım hakkı sahibi, muvazaayı ispat etmek suretiyle taşınmaz üzerindeki payın kendisine devrini isteyebilecek midir? Hemen belirtmek gerekir ki, taşınmazın devrinde görünürdeki sözleşme muvazaalı olması, gizli sözleşmede şekle aykırı olması nedeniyle geçersizdir. Ancak önalım

185 FEYZİOĞLU, F. N.B., *Şuf'a Hakkında*, s. 10.

186 FEYZİOĞLU, F. N., *Şuf'a Hakkında*, s. 3.

187 FEYZİOĞLU, F. N., *Şuf'a Hakkında*, s. 7.

hakkı sahibinin muvazaayı ispat etmesi durumunda, tapu kaydının düzeltilerek eski haline getirilmesiyle mi yetinilecektir; yoksa önalım hakkı sahibine şekle aykırı olan satım sözleşmesine dayanarak önalım hakkını kullanma olanağı tanınacaktır. Sorunun çözümü için gizlenen satım sözleşmesinin şekle aykırı olması nedeniyle geçersiz olup olmadığı ve önalım hakkı sahibine karşı ileri sürülüp sürülemeyeceğinin açıklığa kavuşturulmasına bağlıdır.

FEYZİOĞLU yukarıda belirtilen ve Fransız Hukukundan etkilenen görüşü benimsemek suretiyle sorunun çözümü yoluna gitmektedir. Yazara göre, sözleşmenin niteliğinde meydana getirilen muvazaa da, önalım hakkının kullanılabilmesi için görünürdeki bağış sözleşmesinin resmi şekle uygun yapılması yeterlidir. Tarafların devir iradeleri resmi şekle uygun yapılması, adeta gizli akdin şekli yerine ikame edilmektedir. Belirtilen çözüm tarzı BK m. 12'ye aykırı değildir. Çünkü BK m. 12, şekle bağlı olarak açıklanan bir iradenin, daha sonra yapılacak ikinci bir irade açıklamasıyla değiştirildiğini farz etmektedir. Böylece taraflar gizli sözleşmeyle iradeleri açıkladıkları sıra, bu iradelerinin gerçekte, görünürdeki sözleşmede açıkladıkları iradelerinin yerine geçerli olacağı konusunda anlaşmaktadırlar. Bu nedenle görünürdeki sözleşmenin şekle uygun yapılması, şekilden beklenen amacı sağlamaktadır. Önalım hakkı sahibi geçerli olan gizli satım sözleşmesini ispat etmek suretiyle önalım hakkını kullanabilecektir¹⁸⁸.

ESENER taşınmaz üzerindeki payın devrine ilişkin olan satımın bağış görünümüyle gizlenmesi durumunda, satım sözleşmesinin şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olduğunu, bu nedenle geçersiz bir satım sözleşmesine dayanılarak önalım hakkının kullanılmayacağını ifade etmiştir. Yazara göre, bu durumda tapu kaydı "hali aslisine irca" olunarak, muvazaalı işlem hiç yapılmamış gibi taşınmaz satıcının mülkiyetinde kalacaktır¹⁸⁹. **TANDOĞAN** taşınmaz üzerindeki payın bağış arkasına gizlenmek suretiyle satım yoluyla devredilmesi durumunda, gizli sözleşme şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olduğundan, geçersiz satım sözleşmesine dayanılarak önalım hakkı kullanılamaz¹⁹⁰.

188 **FEYZİOĞLU, F. N.**, *Şu'fa Hakkında*, s. 4.

189 **ESENER, T.**, *Muvazaalı Muameleler*, s. 96.

190 **TANDOĞAN, H.**, *Borçlar Hukuku*, s. 211.

OĞUZMAN Yargıtay'ın şekle aykırı olan satım sözleşmesine dayanılarak önalım hakkının kullanılabileceğine ilişkin olan görüşünden yola çıkarak, şekle aykırı olan gizli satımın önalım hakkı sahibine karşı ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması niteliğini taşıdığını, bu nedenle şekle aykırılığın dinlenme olanağının olmadığını, önalım hakkının kullanılabileceğini ifade etmiştir¹⁹¹.

Kanaatimize göre önalım hakkı sahibine karşı gizli sözleşmenin şekle aykırılığı ve görünürdeki sözleşmenin de muvazaaya nedeniyle geçersizliğinin ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıdığı için dinlenilme olanağı bulunmamaktadır. Bu durumda önalım hakkı sahibi tarafların gerçek iradelerin satıma yönelik olduğunu ispat etmek suretiyle önalım hakkını kullanabilecektir.

4.2.2.2. Önalım Hakkı Sahibinin Muvazaayı İleri sürmesi ve İspatı

Önalım hakkının kullanılmasını engellemeye yönelik muvazaada, önalım hakkı sahibinin muvazaayı ileri sürmekte hukuksal yararı bulunduğu açıktır. Bu bağlamda önalım hakkı sahibi, süresi içerisinde açacağı bir önalım davasıyla, muvazaayı ileri sürüp ispat edebilir. Kanaatimize göre, önalım hakkı sahibinin muvazaaya savını ileri sürmesi için ayrı bir dava açmasına gerek yoktur. Süresi içerisinde açılan önalım davasında muvazaaya savı itiraz olarak ileri sürülüp, hadise şeklinde incelenip açıklığa kavuşturulduktan sonra önalım istemi değerlendirilmelidir¹⁹².

Önalım hakkı sahibi kendisine ait bağımsız bir hakkı kullanmakta olup, taşınmaz üzerindeki payın muvazaalı devrine ilişkin olan sözleşmenin tarafı değildir. Bu bağlamda taşınmazın muvazaalı devri bakımından üçüncü kişi durumunda olup, yazılı delille ispat yükümlülüğü altında değildir. Önalım hakkı sahibi taşınmazın devri taahhüdünü içeren sözleşmenin muvazaalı olduğunu tanık deliliyle ispat etme yoluna gidebilir. Taraflar, görünürdeki sözleşmenin muvazaaya, gizlenen sözleşmenin şekle aykırı olduğunu ileri sürmeleri hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı

191 **OĞUZMAN, K., SELİÇİ, Ö., OKTAY-ÖZDEMİR, S.**, *Eşya Hukuku*, s. 295.; Aynı yönde görüş için bkz. **ADAY, N.**, agt, s. 84.

192 Aynı yönde görüş için bkz. **FEYZİOĞLU, Feyzi** (1953), *Şufa Hakkının Kullanılması Mümkün Olan ve Olmayan Haller*, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, Sayı1-2, s. 255.

olması hasebiyle dinlenmeyecektir. Önalım hakkı sahibi gizlenen ve resmi şekle aykırı olarak yapılan sözleşmeye dayanarak önalım hakkını kullanabilir.

Önalım hakkının kullanılmasını engellemek amacıyla, gerek sözleşmenin niteliğinde gerekse bedelde meydana getirilen muvazaada, muvazaanın ve gizli sözleşmenin şekle aykırılığının ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olması hasebiyle yukarıda belirtilen ilkeler ışığında sorunun çözümü bu gün uygulamada ve öğretide kabul edilmiştir.

4.2.3. Alacaklılar ve Kişisel Hak Sahipleri

Mirasçılar ve önalım hakkı sahipleri dışında alacaklılar ve diğer kişisel hak sahiplerinin (örneğin kiracıların) muvazaa savını ileri sürmekte hukuksal yararı bulunabilir. Örneğin yakında malvarlığına dahil olan aktif değerlerin alacaklıları tarafından haczedilmesinden çekinen borçlu, taşınmazını eşine veya altsoyundan birine satım görünümü arkasına gizlediği bağış yoluyla devredebilir. Burada uygulamaya da yansıyan kuramsal düzeyde bazı sorunlar ortaya çıkmaktadır. Alacaklılar İİK m. 277’de düzenlenen iptal davası dışında muvazaa hukuksal nedenine dayalı tapu kaydının düzeltilmesi olanağı var mıdır¹⁹³?

Bir görüşe göre İİK m. 277’de düzenlenen iptal davasının zorlukları karşısında alacaklılara muvazaa hukuksal nedenine dayalı tapu kaydının düzeltilmesi davası açabilme olanağının tanınması gerekir¹⁹⁴. Buna karşılık ileri sürülen diğer bir görüşe göre İİK m. 277’de düzenlenen iptal davası dışında alacaklılara muvazaa

193 İİK m. 277’de düzenlenen iptal davası ile muvazaa hukuksal nedenine dayalı tapu kaydının düzeltilmesi davalarının koşulları ve sonuçları birbirinden farklıdır. İİK m. 277’de düzenlenen iptal davasının olumlu sonuçlanması durumunda, taşınmaz üçüncü kişinin mülkiyetinde kalmaya devam eder. Ancak alacaklı, taşınmaz sanki borçlunun mülkiyetindeymiş gibi onu haczettirip, cebri satımı sonucunda elde edilecek bedelden alacağını tahsil edebilir. Satım bedelinden alacaklının tatmin edilmesinden sonra kalan para borçluya değil, taşınmazı devralan üçüncü kişiye verilir. Görüldüğü üzere İİK m. 277’de düzenlenen davada, taşınmazın mülkiyetinin üçüncü kişiye geçtiği kabul edilmektedir (KURU, Baki, ARSLAN, Ramazan, YILMAZ, Ejder (2004), *İcra ve İflas Hukuku*, s. 682, Ankara.). Muvazaa hukuksal nedenine dayalı tapu kaydının düzeltilmesi davasında olumlu sonuçlanması durumunda, taşınmazın mülkiyetinin geçerli bir biçimde üçüncü kişiye devredilmemiş olması nedeniyle, mülkiyetin henüz borçluda olduğu kabul edilerek tapu kaydının düzeltilmesine karar verilir. Muvazaa hukuksal nedenine dayalı tapu kaydının düzeltilmesi davası her zaman ileri sürülebilir. Ancak iptal davası, beş yıllık hak düşürücü süre içerisinde açılması gerekir. Beş yıllık hak düşürücü süre, iptale tabi olan tasarrufun yapıldığı tarihten itibaren işlemeye başlar (KURU, B., ARSLAN, R., YILMAZ, E., *İcra ve İflas Hukuku*, s. 693.).

194 ÖZDİL, Zekai (1984), *Sözleşmenin Tarafı Olmayan Kişinin “Muvazaa” İddiası*, Yargıtay Dergisi, Sayı 4, s. 439.

hukuksal nedenine dayalı tapu kaydının düzeltilmesi davası açabilme hakkının tanınabilmesi için açık bir yasal düzenlemeye ihtiyaç vardır. Bu görüşün taraftarlarına göre, bir kimsenin maddi hukuk ilişkisinin tarafı olmamasına karşın mahkemeden hukuksal koruma isteyebilmesi için, dava takip etme yetkisine de sahip olması gerekir. Ancak davayı takip etme yetkisinin, dava konusu üzerinde hak sahibi olduğu savını ileri süren kişiye ait olduğu gerçeği de göz önünde tutulduğunda, maddi hukuk ilişkisinin tarafı olmayanların durumunu açıklamak için öğretide şekli taraf kuramı ileri sürülmüştür. Buna göre maddi hukuk ilişkisinin tarafı olmasa da, mahkemeden hukuksal korunma isteyen alacaklı davanın tarafıdır. Her ne kadar maddi hukuk ilişkisinin tarafı olmayanların davada taraf olma durumuna kuramsal bir temel hazırlamak amacıyla bu görüş ortaya atılsa da, alacaklının İİK 277'de düzenlenene benzer biçimde bir dava hakkına sahip olabilmesi için açık bir yasal düzenleme gerekir. Bizim hukukumuzda, alacaklının muvazaayı ileri sürmesi için benzer bir düzenleme olmaması hasebiyle, bu kişiler tarafından da tapu kaydının düzeltilmesi davası açılmaz. Bu nedenle alacaklı ancak üçüncü kişi sıfatıyla açacağı iptal davasında, muvazaa savını ileri sürebilecek ve bunu her türlü delille ispat edebilecektir¹⁹⁵.

Kanaatimize göre, alacaklıların muvazaa savını ileri sürebilmelerine olanak tanıyan yasa hükmü BK m. 18'dir. Bilindiği üzere muvazaalı olan sözleşme, klasik butlan görüşü gereği hiçbir hukuksal sonuç doğurmaz. Dava açmakta hukuksal yararı bulunmak koşuluyla, butlan yaptırımını herkes tarafından ileri sürülebilir. Alacaklıların muvazaa savını ileri sürmekte hukuksal yararı olduğu tartışmasızdır. Şekli taraf kuramı çerçevesinde, mahkemeden hukuksal korunma (tapu kaydının düzeltilmesini) isteyen alacaklılar, ayrıca açabilecekleri muvazaa hukuksal nedenine dayalı tapu kaydının düzeltilmesi davasında, davada taraf olma ve davayı takip edebilme yeteneğine sahip olduğu kanaatindeyiz. Alacaklılar, muvazaa anlaşmasının tarafı olmamaları hasebiyle üçüncü kişi konumunda olup muvazaayı her türlü delille ispat edebilirler.

Öğretide kiracılar da muvazaayı ileri sürebilecek üçüncü kişiler arasında sayılmaktadırlar¹⁹⁶. Kiralayan malik, kiracısını taşınmazdan tahliye edebilmek

195 ADAY, N., agt, s. 79.

amacıyla, muvazaalı olarak üçüncü bir kişiye devretmesi durumunda, kiracı muvazaa savını üçüncü kişi sıfatıyla ileri sürüp, tanık dahil her türlü delille ispat edebilir.

SONUÇ

Hukuksal işlemlerin en önemli unsurlarından olan irade ve açıklamasının bir birine uygunluğu, işlemin geçerliliğini doğrudan etkilemektedir. Bu bağlamda irade ve açıklamasının bir birine uygunluğu, işlemin geçerli bir biçimde kurulmasında varlığı zorunlu olan bir koşuldur. İşte muvazaada irade ve açıklama arasında irade sahibi ve karşı tarafça bilerek meydana getirilen bir uygunsuzluk durumu söz konusudur. Muvazaanın konusunu oluşturan hukuksal işlem hüküm ve sonuçlarını doğurmamaktadır. Bu durum özellikle taşınmaz mülkiyetinin devri amacı güden işlemlerde özellik göstermektedir.

Muvazaada taraflar iki amacı gerçekleştirmeye çalışırlar. Taraflar kendi aralarında hüküm doğurmasını istemedikleri bir işlemi üçüncü kişilere karşı salt bir görünüm yaratmak amacıyla yapmış gibi görünürler, ya da oluşturdukları bu görünümün arkasına gerçek iradelerine uyan bir hukuksal işlemi gizlerler. Bu bağlamda muvazaayı mutlak muvazaa ve nisbi muvazaa olmak üzere ikiye ayırabiliriz.

Muvazaanın unsurları türlerine göre irdelenmesi gerekir. Nisbi muvazaa görünürdeki işlem, üçüncü kişileri aldatma kastı ve muvazaa anlaşması unsurlarından oluşmaktadır. Görünürdeki işlem tarafların gerçek iradelerine uygun olmayan, salt üçüncü kişiler aldatmak maksadıyla yapılan calı bir işlemdir. Bu nedenle görünürdeki işlem BK m. 18 gereği geçersiz olup, hüküm ve sonuçlarını doğurmaz. Taraflar muvazaalı işlemi üçüncü kişileri aldatmak kastıyla yapmaktadırlar. Üçüncü kişileri aldatmak kastı, muvazaanın yalnızca bir sonucu olmayıp, aynı zamanda bağımsız bir unsurunu da oluşturmaktadır. Bu bağlamda yargıç üçüncü kişileri aldatmak kastının bulunup bulunmadığını ayrıca araştırmakla yükümlüdür.

Muvazaayı tarafların karşılıklı ve bir birine uygun iradeleriyle meydana gelir. Bu nedenle muvazaa anlaşması niteliği itibariyle bir sözleşmedir. Taraflar muvazaa anlaşmasını, muvazaalı işlemde önce veya en geç muvazaalı işlemle birlikte yapmaları gerekir.

Nisbi muvazaa, mutlak muvazaanın tüm unsurlarını içermesiyle birlikte, ondan farklı olarak gizli işlem unsurunu da içermektedir. Gizli işlem, tarafların gerçek iradelerine uygun olması nedeniyle, yasa da öngörülen diğer unsurları da taşımak koşuluyla geçerli olup, hüküm ve sonuçlarını doğurur.

Taşınmaz mülkiyetinin devrinde muvazaaya uygulama da oldukça sık rastlanmaktadır. Taşınmaz mülkiyetinin devrinde tarafları muvazaalı işlem yapmaya iten çeşitli nedenler olabilir. Önalım hakkının kullanılmasını engellemek, mirasçılardan miras haklarını ihlal etmek, eksik harç ödemek bu nedenlerden bir kaçına örnek olarak sayılabilir. Taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin olan görünürdeki işlem tarafların gerçek iradelerine uymaması nedeniyle geçersizdir. Burada söz konusu olan geçersizlik, butlandır. Taraflar kendi aralarında yapmış oldukları gizli işlem, şekle aykırı olması nedeniyle butlan yaptırımına tabidir.

Muvazaa taraflarca ileri sürülebileceği gibi, hukuksal yararı olan üçüncü kişiler tarafından da ileri sürülebilir. Bunun yanı sıra muvazaa yargılamanın her aşamasında yargıç tarafından kendiliğinden dikkate alınır. Muvazaa hukuksal işlemin taraflarınca ileri sürülmesi durumunda, HUMK m. 290 gereği senede karşı senetle ispat kuralı gereği, savlarını senetle ispat etmekte yükümlüdürler. Üçüncü kişiler muvazaalı işlemin tarafı durumunda olmamaları nedeniyle, muvazaa savını her türlü delille ispat edebilirler. Mirasbırakanın muvazaasında, miras hakkı ihlal edilen üçüncü kişi durumunda olmaları nedeniyle muvazaa savını her türlü delille ispat edebilirler.

KAYNAKÇA

- [1] **ACEMOĞLU, Kevork** (1965), *Türk Hukukunda Tapuya Kayıtlı Olmayan Gayrimenkullerin Hukuki Durumu*, İstanbul.
- [2] **ADAY, Nejat** (1991), *Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muvazaa*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- [3] **AKİPEK, Jale G., AKINTÜRK, Turgut** (2002), *Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri - Kişiler Hukuku*, İstanbul.
- [4] **AKİPEK, Jale Güral** (1953), *Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medeni Kanunu'nun Sistemi*, Ankara.
- [5] **AKİPEK, Jale Güral** (1952), *Türk Hukukunda Tapuya Kayıtlı Olmayan Gayrimenkullerin Hukuki Rejimi ve MK. M. 639 f. 1* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 3-4.
- [6] **AKYOL, Şener** (1995), *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı*, İstanbul.
- [7] **AKYOL, Şener** (2007), *Medeni Hukukta Çelişki Yasağı*, İstanbul.
- [8] **ALANGOYA, Yavuz, YILDIRIM, Kamil, YILDIRM – DEREN, Nevhis** (2006), *Medeni Usul Hukukunun Esasları*, İstanbul.
- [9] **ALTAŞ, Hüseyin** (1998), *Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi*, Ankara.

- [10] **AYİTER, Kudret** (1953), *Tapuda Kayıtlı Olmayan Gayrimenkullerin Satışı ve Zilyetliğin Nakli*, Ankara Barosu Dergisi.
- [11] **ÇELİKTAŞ, Demet** (1988), *Şekle Aykırılık ve Şekle Aykırılığın İleri Sürmenin Sınırı Olarak Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı*, Prof. Dr. Kudret AYİTER Armağanı, Cilt 3, Sayı 1-4.
- [12] **EDİS, Seyfullah** (1987), *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, Ankara.
- [13] **EREN, Fikret** (2005), *Borçlar Hukuku*, İstanbul.
- [14] **ERTAŞ, Şeref** (2005), *Eşya Hukuku*, Ankara.
- [15] **ESENER, Turhan**, *Borçlar Hukuku Sistemimize Göre Akitlerin İnikadında İtimat Prensibinin Önemi*, AÜHFD, Cilt IX.
- [16] **ESENER, Turhan** (1956), *Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler*, İstanbul.
- [17] **FEYZİOĞLU, Feyzi Necmettin** (1950), *Şuf'a Hakkında Muvazaa İddiaları*, İstanbul.
- [18] **FEYZİOĞLU, Feyzi Necmettin** (1953), *Şufa Hakkının Kullanılması Mümkün Olan ve Olmayan Haller*, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, Sayı1-2.
- [19] **GÜRSOY, Kemal Tahir, EREN, Fikret, CANSER, Erol** (1978), *Eşya Hukuku*, Ankara.
- [20] **HATEMİ, Hüseyin, SEROZAN, Rona, ARPACI, Abdulkadir** (1991), *Eşya Hukuku*, İstanbul.
- [21] **HATİPOĞLU, Cihan Yüksel** (2002), *Murisin Mirasçıları Aleyhine Yaptığı Sağlararası Muamelelerin Hukuki Sonuçları*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya.

- [22] İNAN, Ali Naim, ERTAŞ, Şeref, ALBAŞ, Hakan (2006), *Miras Hukuku*, Ankara.
- [23] KAPLAN, İbrahim (1987), *Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi*, Ankara.
- [24] KARAYALÇIN, Yaşar (1991), “16.3.1990 Tarih ve K. 1990/2 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı” “Saklı Payı İhlal Edilmemiş Mirasçı Muvazaa Nedeniyle Dava Açabilir” Görüşü ve Diğer Problemler, Kale Güral AKİPEK’e Armağan, Konya.
- [25] KARAYALÇIN, Yaşar (1989), *Mirasçının Muvazaa Nedeniyle İptal Davası Açma Hakkı Var mıdır*, Yargıtay’ın Kuruluşunun 120. Yılı Sempozyumunda Sunulan Bildiri, Yargıtay Dergisi, Cilt 15, Sayı 1-4.
- [26] KARAYALÇIN, Yaşar (1999), *Muvazaa (Danışık)- Hileli Anlaşma-Mirasbırakanın Muvazaası*, Prof. Dr. Selahattin Sulhi TEKİNAY’ın Hatırasına Armağan, İstanbul.
- [27] KARAYALÇIN, Yaşar (2004), *Tapuda Kayıtlı Olan ve Olmayan Taşınmazlarda Resmi Şekil ve Noterler*, Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Dergisi, Cilt XXII, Sayı 3.
- [28] KAYAOĞLU, Ziya (1953), *Muvazaa Akitleri ve Tatbikatı*, Adalet Dergisi, Sayı 2.
- [29] KILIÇOĞLU, Ahmet (2007), *Borçlar Hukuku*, Ankara.
- [30] KİPER, Osman (1995), *Muvazaa (Mirasçıdan Satış Görünümüyle Mal Kaçırma), Tenkis, Mirasta Geri Verme, Mirasta hak ediş (İstihkak) Davaları*, Ankara.
- [31] KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, HATEMİ, Hüseyin, SEROZAN, Rona, ARPACI, Abdulkadir (2008), *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme*, Cilt I, İstanbul.
- [32] KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip (1978), *Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı*, İstanbul.

- [33] **KOSCHAKER, Paul, AYİTER, Kudret** (1993), *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Hukukunun Ana Hatları*, İzmir.
- [34] **KURU, Baki, ARSLAN, Ramazan, YILMAZ, Ejder** (2004), *İcra ve İflas Hukuku*, Ankara.
- [35] **KURU, Baki, ARSLAN, Ramazan, YILMAZ, Ejder** (2005), *Medeni Usul Hukuku*, Ankara.
- [36] **OĞUZMAN, Kemal, BARLAS, Nami** (2003), *Medeni Hukuk, Giriş - Kaynaklar - Temel Kavramlar*, İstanbul.
- [37] **OĞUZMAN, Kemal, SELİÇİ, Özer, OKTAY ÖZDEMİR, Saibe** (2000), *Eşya Hukuku*, İstanbul.
- [38] **OĞUZMAN, Kemal, ÖZ, Turgut** (2000), *Borçlar Hukuku*, İstanbul.
- [39] **OĞUZMAN, Kemal** (1990), *Miras Bırakanın Gayrimenkule İlişkin Muvazaalı İşlemleri Bakımından Tenkis Davası ve Tapu Kaydının Tashihi Davası*, Prof. Dr. İlhan POSTACIOĞLU'na Armağan, İstanbul.
- [40] **ÖZDEMİR, Elif** (2002), *Türk Borçlar Hukukunda Muvazaa*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
- [41] **ÖZDİL, Zekai** (1984), *Sözleşmenin Tarafı Olmayan Kişinin "Muvazaa" İddiası*, Yargıtay Dergisi, Sayı 4.
- [42] **ÖZKAYA, Eraslan** (2004), *İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları*, Ankara.
- [43] **ÖZSUNAY, Ergun** (1968), *Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler*, İstanbul.
- [44] **ÖZUĞUR, Ali İhsan** (2005), *Tenkis, Mirasta Denkleştirme ve Muvazaa Davaları*, Ankara.

- [45] **POSTACIOĞLU, İlhan** (1945), *Gayri Menkullerin Ferağına Müteallik Akitlerde Şekle Riayet Mecburiyeti*, İstanbul.
- [46] **POSTACIOĞLU, İlhan** (1964), *Şehadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları*, İstanbul.
- [47] **REİSOĞLU, Seza** (1999), *Borçlar Hukuku*, İstanbul.
- [48] **SİRMEN, Lale** (1995), *Eşya Hukuku, Dersleri*, Ankara.
- [49] **SUNGURBEY, İsmet** (1956), *İsviçre – Türk Hukukuna Göre İktisabi Müruru Zaman*, İstanbul.
- [50] **SUNGURBEY, İsmet** (2003), *Medeni Hukukun Temel Sorunları*, Ankara.
- [51] **ŞİPKA, Şükran Taman** (1993), *Türk Hukukunda Kanuni Önalım (Şufa) Hakkı, Hukuki Niteliği ve Kullanılma Koşulları*, İstanbul.
- [52] **TANDOĞAN, Haluk** (1974), *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, Cilt I, Ankara.
- [53] **TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP** (1993), *Tekinay Borçlar Hukuku*, İstanbul.
- [54] **TOPDEMİR, Fuat** (1995), *Miras Bırakanın Mirasçidan Mal Kaçırma Amacıyla Yaptığı Muvazaalı İşlemlere Karşı Mirasçıların Başvuru Yolları*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- [55] **TUNÇOMAĞ, Kenan** (1976), *Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, Cilt I, İstanbul.
- [56] **ÜNAL, Mehmet, BAŞPINAR, Veysel** (2007), *Şekli Eşya Hukuku, Giriş – Zilyetlik – Tapu Sicili*, Ankara.
- [57] **ÜSTÜNDAĞ, Saim** (1997), *Medeni Yargılama Hukuku*, İstanbul.

- [58] **von TUHR, Andreas** (1983), *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı*, Çeviren Cevat EDEGE, Ankara.
- [59] **YAVUZ, Cevdet** (2007), *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul.
- [60] **YAVUZ, Nihat** (2001), *Muvazaa İnançlı İşlem Nam-ı Müstear ve Kanuna Karşı Hile Davaları*, Ankara.
- [61] **YILMAZ, Zekeriya** (2006), *Tapu İptali ve Tescil – Düzeltme Davaları*, Ankara.