

Prof. Dr. İlhan Helvacı

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Borçlar Hukuku Genel Hükümler - 7. Hafta - 1. Ders - 30.11.2023

Genel Olarak Muvazaa Kavramı

Bugün muvazaa kavramını ele alacağız. Tam muvazaa kavramı var ve bunu iki türü var: Basit muvazaa ve nitelikli muvazaa. Bir de kısmi muvazaa kavramımız var. Önce bunları ele alacağız. Muvazaa kavramını ele aldığımızda ders kitaplarında bunun hemen akabinde anlatılan inandırıcı işlemler kavramı vardır. İnandırıcı işlemler kavramına bakacağız.

Başlığımız muvazaa. Muvazaa deyince, hemen şöyle başlayalım. Hayatınızda danışıklı dövüş tabirini duydunuz mu? Herhâlde duymuş olsanız gerekir diye düşünüyorum. Yani birileri aslında dövüşmüyorlar ama dövüşüyormuş gibi yapıyorlar. Niçin? Üçüncü şahısları aldatmak maksadıyla. Niçin? Onların zihninde sanki dövüşüyorlarmış gibi bir izlenim yaratmak maksadıyla. Dolayısıyla muvazaa deyince aklınıza ne gelsin, danışıklı dövüş gelsin.

Arkasından da şu terimler gelsin. Muvazaa için kullanılan terimlerden bir tanesi danışık terimidir. Muvazaa = danışık diye gerçekten de kullanılır. Ama daha da böyle yerleşmiş ve daha da şık bir Türkçe ile konuşacaksak eğer, şunu söylüyoruz: muvazaalı işlem = danışıklı işlem, muvazaalı sözleşme = danışıklı sözleşme terimlerini kullanıyoruz.

Şimdi bu noktadan itibaren yavaş yavaş ne yapmaya başlayalım. Tam muvazaa başlığı altında kalalım ve tam muvazaa başlığı altında muvazaanın birinci tipi olan basit muvazaayı görelim.

Basit Muvazaa

Basit muvazaa için = mutlak muvazaa = adi muvazaa = yalın muvazaa terimleri de kullanılır. Hangisini isterseniz kullanın ama ben mümkün mertebe hangisini kullanmaya çalışacağım, basit muvazaa terimini kullanmaya çalışacağım. Basit muvazaada ne ile karşı karşıyayız? Taraflar arasında bir sözleşme var. O sözleşmeden önce yapılan veya o sözleşme ile eş zamanlı olarak yapılan bir muvazaa anlaşması var ve bir başka unsur da nedir? Üçüncü şahısları aldatma kastıdır. Üçüncü şahısları aldatma niyetidir. Yani taraflar bir sözleşme yaparlar ama aslında o sözleşmeyi üçüncü kişileri aldatmak maksadıyla yaparlar ve o sözleşmenin herhangi bir hukuki sonuç doğurmayacağı noktasında da bir muvazaa anlaşması yaparlar.

Demek ki basit muvazaanın üç unsuru var. Bir tane görünüşte sözleşme var ortada. Bir tane de muvazaa anlaşması var. Yani o sözleşmenin herhangi bir hukuki sonuç doğurmayacağına dair anlaşma. Bir de üçüncü şahısları aldatma kastı, üçüncü şahısları aldatma niyeti.

Şimdi böyle söyleyince tabii bilmece haline geliyor. Ama basit bir örnek verdiğimizde her şey son derece net bir şekilde ortaya çıkıyor. Bir borçlu = B var. Kime borçlu, alacaklı yani A'ya borçlu. Eğer B, A'ya olan borçlarını ifa etmezse yani bir miktar para borcu

olduğunu hayal edelim. Bu borçları yerine getirmezse alacaklı ne yapabiliyor? Eda davası açabiliyor, icra takibi yapabiliyor ama bütün bunların sonunda nereye doğru varıyoruz? Onun haczi mümkün mal varlığı değerlerini cebri icra yoluyla açık artırma suretiyle sattırabiliyor ve alacağına kavuşabiliyor değil mi?

Şimdi bizim bu somut örnekte B, A. B borçlu, A alacaklı. B ne yapıyor? Bir kişiyle oturuyor ve bir satım sözleşmesi yapıyor. Sanki söz konusu haczi mümkün mal varlığı değerlerini satmış gibi gösteriyorlar değil mi? Kime karşı? Üçüncü kişilere karşı. Kime karşı? Örnekte A'ya karşı. Peki o zaman biz ne diyeceğiz? Taraflar arasında ne var? Bir satış sözleşmesi var. B alacaklısı A'dan mal kaçırmak maksadıyla ne yapıyor? Üçüncü şahısla bir satım sözleşmesi yapıyor. Ama satım sözleşmesi gerçekten istenmiş bir sözleşme mi? Hayır gerçekten istenmiş bir sözleşme değil.

Yani gerçekte B birtakım taşınır mal varlığı değerlerini veya taşınmaz mal varlığı değerlerini Ü'ye satıp mülkiyetini nakletmek mi istiyor? Hayır. B sadece ve sadece ne yapmak istiyor? Alacaklısı A'dan mal kaçırmak istiyor. Sanki böyle bir satım sözleşmesi varmış gibi göstermek istiyor. Bu satım sözleşmesi görünüşteki sözleşme. Bu satım sözleşmesinin muvazaalı olmasını sağlayan ne? Danışıklı olmasını sağlayan ne? Taraflar arasındaki satım sözleşmesinden önce yapılan veya satım sözleşmesiyle aynı anda yapılan muvazaa anlaşması. Zaten işin içerisinde neyin de var olduğunu farkındasınız? Üçüncü şahısları aldatma kastı. Yani A'yı aldatma kastı değil mi?

Muvazaanın Yaptırımı

a-) Genel Olarak

Bu şekilde baktığımızda ne yapacağız, yavaş yavaş muvazaanın yaptırımına doğru geliyoruz. Unsurlarını konuştuk değil mi? Bir tanesi dedik bir görünüşteki sözleşme, bir muvazaa anlaşması, bir de üçüncü şahısları aldatma kastı. Bütün bu unsurlar varsa o zaman bu satım sözleşmesi, bu görünüşteki sözleşme ne olsun istiyorsunuz? Siz karar verin. Siz kanun koyucu olsanız ne yazarsınız? Çok iyi olur hocam. Böylelikle A kandırılsın hocam diyenler, alacağına kavuşmasın diyenler? Hocam olur mu öyle şey, bu noktada bizim hukuk sistemini korumamız lazım. Bu alacaklıdan mal kaçırmaya kalkışan B'nin amacına ulaşmasını Ü'nün de tabii aynı şekilde Ü'nün de amacına ulaşmasını engellememiz lazım. Nasıl engelleriz? Şu görünüşteki satım sözleşmesinin geçersizliğine karar verirsek engelleyebiliriz. Geçersizliğine karar verirsek engelleyebiliriz.

Baktığımız zaman Borçlar Kanununun neresindeyiz? Borçlar Kanununun 19. maddesindeyiz. Borçlar Kanununun 19. maddesi, bize aynen şöyle söylüyor: Kenar başlığı, *“D. Sözleşmelerin yorumu, muvazaalı işlemler.”*

TBK m. 19 fıkra 1:

“Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır.”

Şimdilik “... yanlışlıkla veya ...” ifadesini bir köşeye bırakalım:

“... tarafların ... gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır ”

Taraflar gerçekte bu satım sözleşmesini yapmak istediler mi? İstemediler. Onların gerçek arzusuna uygun değil, muvazaalı. Dolayısıyla bunun klasik yaptırım doktrindeki klasik görüş, bu sözleşme, görünüşteki sözleşme kesin hükümsüzdür. Bu sözleşme kesin hükümsüzdür. Doktrinde bir başka görüş daha var. O görüş daha da ileri gidiyor. Yokluktan bahsediyor. Diyor ki eğer taraflar arasındaki sözleşme muvazaalı ise danışıklı ise o zaman söz konusu sözleşme yok hükmündedir diyor.

Bu yokluk ile kesin hükümsüzlük arasındaki en önemli fark şudur: Doktrindeki hâkim görüş meseleye şöyle bakıyor. Diyor ki kesin hükümsüzlüğe rağmen ne yapabiliyoruz? Dürüstlük kuralı sayesinde, hakkın kötüye kullanılması yasağı sayesinde ne yapabiliyoruz? O hükümsüz sözleşmeyi ayakta tutabiliyoruz ama yokluk yaptırımına maruz kalan bir sözleşmeyi, yok olan bir şeyi ayakta tutamayız. Aksine görüşler de var ama en azından klasik görüş bu yönde, hâkim görüş bu yönde.

Muvazaanın Unsurları Hakkındaki Bir Tartışma

Geliyoruz şimdi madde içerisindeki başka bir hususa. Tartışmalı meseleler var muvazaada. Bazı yazarlar diyorlar ki “Muvazaa için muvazaa anlaşması gerekli ve yeterlidir. Üçüncü şahısları aldatma kastı yani yukarıdaki örnekte alacaklı A’yı aldatma kastı, önemli değildir. Aldatma kastı olsun olmasın, muvazaadan bahsedilebilir.” diyorlar.

Bu tartışmaya da Borçlar Kanunu 19. maddesi aslında rehberlik ediyor. Nasıl rehberlik ediyor farkında mısınız? Bir daha okuyayım maddeyi; “Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında tarafların ... gerçek amaçlarını gizlemek için.” Demek ki ne yapıyor kanun koyucu? Gerçekten de diyor ki gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları ifadelerle bakılmaz diyor. Yani neyi arıyor muvazaada? Üçüncü şahısları aldatma kastını, üçüncü şahısları aldatma niyetini arıyor.

Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Özellikleri

Şimdi biz, şu kesin hükümsüzlükten anlaşılması gerekeni birazcık hatırlayalım hep beraber. Bir işlemin kesin hükümsüz olması için bir dava açılmasına ihtiyaç var mı? Yani o ana kadar sanki, âdeta, geçerli bir hukuki işlem varmış da mahkeme kararı sayesinde o kararın kesinleştiği andan itibaren kesin hükümsüzlüğü sağlayacakmışız gibi, bir yenilik doğuran davaya ihtiyaç var mı? Hayır. Kesin hükümsüzlük kendiliğinden ortaya çıkar. Bu kesin hükümsüzlüğün ortaya çıkması için herhangi bir dava açmaya gerek yoktur.

Bir tartışma çıkıyorsa taraflar arasında işlem muvazaalıydı, kesin hükümsüzdü, hayır muvazaalı değildi, geçerliydi gibi bir uyuşmazlık ortaya çıkıyorsa o zaman ne yapabiliriz? Bir tespit davası açabiliriz. Menfaati olan kişi bir tespit davası açabilir ve diyebilir ki “Bu sözleşme muvazaalıdır ve muvazaalı olması nedeniyle de kesin hükümsüzdür bu hususun tespitini istiyorum” diyebilir.

Böyle bir dava herhangi bir zamanaşımına veya herhangi bir hak düşürücü süreye tabi midir? Kesin hükümsüzlük zamanın geçmesiyle düzelmez. Böyle bir dava herhangi bir zamanaşımına, herhangi bir hak düşürücü süreye tabi değildir.

Kesin hükümsüzlükte üçüncü ilkemiz nedir? Bu muvazaayı ve ona dayalı kesin hükümsüzlüğü hâkim re'sen görevinden ötürü dikkate alabilir mi, almak zorunda mıdır? Bazı yazarlar demişler ki muvazaayı hâkim re'sen görevinden ötürü dikkate alamaz. Mutlaka ve mutlaka tarafların bunu dile getirmesi lazım. Bu görüş azınlıkta kalmış olan bir görüştür.

Doktrindeki baskın görüşe göre hâkim muvazaayı ve ona dayalı kesin hükümsüzlüğü görevinden ötürü dikkate almak zorundadır. Hâkim, dosya malzemesinden bunu anlıyorsa, taraflar dile getirmemiş olsalar dahi, şu yukarıdaki örnekteki satım sözleşmesi muvazaalıdır iddiasını ortaya koymamış olsalar dahi hâkim görevinden ötürü re'sen, kendiliğinden neyi dikkate almak zorundadır? Söz konusu sözleşmenin muvazaalı ve kesin hükümsüz olduğunu görevinden ötürü dikkate almak zorundadır.

Ama geçmişteki derslerde söyledim. Hâkim şekil eksikliğini de görevinden ötürü re'sen dikkate almak zorunda mıydı? Evet. Peki, şekil eksikliği iddiasının hakkın kötüye kullanılmasına sebep olup olamayacağını da tartmak zorunda mıydı görevinden ötürü? Evet. Burada da aynı şekilde. Hâkim dava malzemesinden sözleşmenin muvazaalı olduğunu anlıyorsa ne yapmak zorunda? Görevinden ötürü kesin hükümsüz olduğunu dikkate almak zorunda. Ama bir taraftan da şunun da hesabını yapmak zorunda. Kendisine şu soruyu soracak: *“Bunu ben görevimden ötürü dikkate almasaydım, taraflardan birisi bunu ileri sürseydi acaba onun bunu ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması yasağını ihlal eder miydi etmez miydi?”* Eğer ihlal ederdi sonuca erişiyorsa o zaman hâkim ne yapmayacak? Görevinden ötürü o sözleşmenin kesin hükümsüzlüğünü dikkate almayacak diyoruz.

O zaman geldik nereye? Nispi muvazaaya. Bir diğer söyleyişle nitelikli muvazaaya, mevsuf muvazaaya yani vasıflı muvazaaya.

Nitelikli Muvazaa = Nispi Muvazaa

a-) Genel Olarak

Bu kez ortada bir tane sözleşme yok. Basit muvazaada ortada bir tane sözleşme vardı, satım sözleşmesi vardı. Bu sözleşmenin yanında yapılan bir de muvazaa anlaşması vardı yani onun hüküm ifade etmeyeceğine dair bir muvazaa anlaşması vardı.

Şimdi ortada iki tane sözleşme var. Bir tanesi görünüşteki sözleşme yani deyim yerindeyse masanın üstündeki sözleşme, bir tanesi de deyim yerindeyse masanın altındaki gizli sözleşme. Bir tanesi görünüşteki sözleşme, bir tanesi gizli sözleşme.

Şu örnekle ilerleyebiliriz. Taraflar arasında bir sözleşme yapılmış. Denmiş ki bu bir satım sözleşmesi. Ama aslında satım sözleşmesi değil. Yani bu satım sözleşmesi muvazaa anlaşmasıyla beraber aslında muvazaalı. Yani yaptırım ne o zaman muvazaalıysa? Muvazaalı ise tarafların gerçek ve ortak arzularını yansıtmıyorsa, onların gerçek iradelerine uygun değilse yaptırım ne? Kesin hükümsüzlük, değil mi? Peki, bu sözleşmenin arkasına neyi

gizlemişler? Bu ilk sözleşmeye görünüşteki sözleşme diyelim. Bunun arkasındaki sözleşmeye de gizli sözleşme diyelim. Bu gizli sözleşme de ne sözleşmesi? Bağışlama sözleşmesi. Yani satım sözleşmesi ile beraber yaptıkları bir muvazaâ anlaşması var. Bu sözleşmenin herhangi bir şekilde hüküm ifade etmeyeceğine dair bir muvazaâ anlaşması var ve bunun arkasına gizledikleri ne var? Bir bağışlama sözleşmesi var. Örneği somutlaştırırsak her şey çok daha kolay olacak.

b-) Gizli Sözleşmenin Resmi Yazılı Şekle Tabi Olması

(Gizli Sözleşme Taşınmaz Bağışdır)

Örneği şöyle somutlaştıralım. Kötü kalpli bir babamız olsun bizim, kötü kalpli bir baba olsun. Bu kötü kalpli baba iki evlada sahip olsun. Erkek evladı E, kız evladı K olsun. Bu baba malik M olsun. Malik şunu düşünüyor, diyor ki; *“Yarın öbür gün vefat edecek olursam bu taşınmaz kime kalacak? Erkek evladına kalacağı gibi kız evladına da kalacak.”* Kime kalmasını istemiyor? Kız evladına kalmasını istemiyor. Diyor ki; *“Ben bunu sevgili erkek evladına bağışlarsam kız evladım da bundan haberdar olursa iyi olmaz. Yani bana ve erkek kardeşine husumet besleyebilir. Peki, ben bu taşınmazı sevgili erkek evladına ne yapmış gibi göstereyim? Satış yapmış gibi göstereyim ama aslında ne yapayım ona? Söz konusu taşınmazı bağışlayım.”*

Dikkatinizi çekerim, gayrimenkul mülkiyetini nakil borcu doğuran bir akit var. Şimdi baktığımız zaman tekrar o örnekten yola çıkarak tapu siciline kayıtlı bir taşınmazdan söz ediyoruz. Tapu siciline kayıtlı taşınmazlarda gayrimenkul mülkiyetini nakil borcunu doğuran akitletler hangi şekle tabiler? Resmî şekle tabiler. Resmî yazılı şekle tabiler.

Tapuya gittiler önce Malik M ve sevgili erkek evladı E. Ne yaptılar? Bir satım sözleşmesi yaptılar. Bu satım sözleşmesi istenen bir şey mi? Bu erkek evlat bir miktar para mı ödüyor babasına? Hayır. Bu sözleşme muvazaalı mı? Muvazaalı. Kesin hükümsüz mü? Kesin hükümsüz.

Geldik gizli işleme. Gizli işlem ne? Bağışlama. Peki o bağışlama sözleşmesi nerede yapıldı? Tapuda resmî yazılı şekilde mi yapıldı? Hayır ya sözlü şekilde yapıldı ya basit, adi yazılı şekilde yapıldı. Ne şekilde yapıldı bilmiyoruz ama tapuda resmî şekilde yapılamadı. Yapılamaz zaten değil mi tapuda? Siz gittiniz tapu sicili memurunun önüne, tapu memurunun önündeki tapu kütüğü sayfası açıldı. Burada mülkiyet sütununda kimin adı yazıyor? Malik M'nin adı yazıyor. Malik M taşınmazını sevgili erkek evladına sattı. O zaman şimdi mülkiyet sütununda kimin adı yazacak? Bunun adını böyle kırmızı mürekkeple çiziyoruz. Buraya E'nin adını yazıyoruz. En azından eski sistemde böyleydi. Peki sonra şimdi bu taşınmazın sahibi artık kim? Erkek evlat E. Malik tekrar tapu memurunun kapısını çalıp *“Ben bunu erkek evladına bağışlamak istiyorum.”* diyebilir mi? Bu kişiye ne derler? *“Sen taşınmazın (artık) maliki değilsin ki kime neyi bağışlıyorsun”* derler değil mi? Dolayısıyla o sözleşmenin tapuda yapılamadığı resmî yazılı şekilde yapılamadığı aşikâr. Peki bu sözleşmedeki şekil eksikliği nedeniyle biz ne yapacağız? Biz şekil eksikliği nedeniyle o sözleşmenin kesin hükümsüz olduğu sonucuna varacağız.

Böyle meslek hayatınızda ne yazık ki yüzlerce olay göreceksiniz. Böyle kötü kalpli babalar göreceksiniz. Erkek evlatları “çok kıymetli” her nedense bilemiyoruz! Kız evlatları “kıymetsiz” her nedense bilemiyoruz! Böyle onlarca yirmilerce örnek görebilirsiniz.

Nitelikli muvazaadayız.

Görünüşte bir işlem var değil mi? Onunla beraber, o sözleşmeyle beraber, en geç onunla aynı anda yapılan bir muvazaa anlaşması var. Yine üçüncü şahısları aldatma kastı var. Değil mi? Üçüncü şahıslar nezdinde gerçeğe aykırı bir izlenim yaratma arzusu var. Tarafların M'nin kız evladına karşı sanki bir satım sözleşmesi varmış gibi bir hava yaratma arzuları var. Peki, o zaman bu sözleşme muvazaalı mı? Muvazaalı. Muvazaalıysa bu sözleşme kesin hükümsüz mü? Tarafların gerçek iradelerini yansıtmadığı için? Evet.

c-) Gizli Sözleşmenin Kural Olarak Geçerli Olması

Geldik gizli sözleşmeye. Gizli sözleşmede herhangi bir eksiklik olmasaydı, herhangi bir hukuka aykırılık olmasaydı biz diyecektik ki gizli sözleşme gerçekten arzulanmış, istenmiş sözleşmedir diyecektik. Gerçekten de arzulanmış, istenilmiş bir sözleşmedir. Hukuk düzeni o sözleşmeye hürmet etsin diyecektik. Yani gizli sözleşme geçerlidir.

Ama somut olaya baktığımızda bu taşınmaz bağıışı ne şekilde yapılmış? Resmî şekilde yapılamamış. Dolayısıyla da şekil eksikliği nedeniyle kesin hükümsüz.

Bazı yazarlar şekil eksikliği bakımından meseleye yaklaştıklarında demişler ki şurada tapuda satım sözleşmesi yapıldı ya, bu satım sözleşmesi yapılırken taraflar yeterince düşünmeye sevk edildiler, amaç onları düşünmeye sevk etmektir. O halde bağışlama sözleşmesinin şekil eksikliğine ne yapmamak lazım, pek de önem atfetmemek lazım. Şu satım sözleşmesi bakımından uyulan şekil, bağışlama sözleşmesindeki şekil eksikliğini giderir, demişler. Bu da Fransız hukukundan gelen bir görüşmüş. Bu görüşte uygulamada pek itibar görmemiş Yargıtay kararlarında.

Diyoruz ki satış sözleşmesi muvazaalı olduğu için kesin hükümsüzdür. Hâkim re'sen görevinden ötürü dikkate alır. Gizli bağışlama sözleşmesi de nedir gerçekten de? Belki istenmiştir taraflarca ama şekil eksikliği nedeniyle kesin hükümsüzdür diyoruz.

d-) Gizli Sözleşmenin Adi Yazılı Şekle Tabi Olması

(Gizli Sözleşme Taşınır Bağışıdır)

Örneği birazcık değiştireceğim ve değiştirmem sayesinde de birkaç hafta önceki derslerimizi hatırlatmak imkânına sahip olacağım. Bu bir taşınmaz olmasaydı da bir tablo satışı olsaydı ne derdiniz? Bir menkul nesne olsaydı ne derdiniz? Yani kötü kalpli babamız malik M böyle bir taşınmazını değil de bir ünlü ressam X'e ait bir tabloyu erkek evladına satmış gibi gösterseydi ama gerçekte bağışlamak isteseydi ne derdiniz? Menkul satışına dair görünüşteki sözleşme muvazaalıdır ve geçersizdir. Tekrar vurgulayacak olursam, menkul satımına, taşınır satımına ilişkin, tablo satışına ilişkin sözleşme kesin hükümsüz, tarafların gerçek iradelerini yansıtmadığı için.

Peki, gizli sözleşme yani bağışlama sözleşmesi geçerli mi? Taşınırlara ilişkin bağışlama sözleşmesi sıhhat şekline tabi mi?

Bağışlama sözleşmesi taşınırlarda adi yazılı şekle tabidir. Borçlar Kanunu'nun 288. maddesinde, birinci fıkrasında açık hüküm var. Borçlar Kanunu madde 288 bize aynen şöyle söylüyor:

“Bağışlama sözü vermenin geçerliliği, bu sözleşmenin yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır.”

İkinci fıkra;

“Bir taşınmazın veya taşınmaz üzerindeki aynı bir hakkın bağışlanması sözü vermenin geçerliliği, ancak resmî şekilde yapılmış olmasına bağlıdır.”

İkinci fıkra taşınmazlardan bahsediyor, birinci fıkra taşınırlardan bahsediyor.

Dolayısıyla tekrar biz örneğimize geri gelecek olursak bu tablo örneğinde bu kez Malik sevgili erkek evladı E'ye bir menkul satımı yaptı ama bu menkul satımı, taşınır satımı muvazaalı olduğu için kesin hükümsüzdür. Gizli sözleşme olan bağışlama sözleşmesi, bir taşınıra ilişkin olduğu için adi yazılı şekle tabidir. Baba ve oğlu bağışlama sözleşmesini adi yazılı şekle tabi bir biçimde yaptılarsa o zaman bu tablo bağışlaması nedir? Geçerlidir diyeceğiz.

d-) Gizli Sözleşme Taşınır Bağışdır, Sözleşme Adi Yazılı Şekilde Yapılmamıştır Ama Elden Bağışlama Geçerlidir

Bu satımın arkasına gizlenen gizli bağışlama sözleşmesi (örnekte taşınır bağışlanmasına ilişkin, tablonun bağışlanmasına ilişkin gizli sözleşme) adi yazılı şekilde yapılmamış. Geçerli mi? Hayır, şekil eksikliği nedeniyle kesin hükümsüzdür.

Ama hâl böyle olmasına rağmen Malik M (baba) söz konusu tabloyu sevgili, “çok kıymetli” ! erkek evladına ne yapmış, götürmüş, elden teslim etmiş. Bu size neyi çağırıyor? Elden bağışlamayı çağırıyor.

Elden bağışlama diye bir kavramımız var. O da Borçlar Kanununda madde 289'da düzenlenmiş:

“Elden bağışlama, bağışlayanın bir taşınırını bağışlanana teslim etmesiyle kurulmuş olur.”

Yani taraflar her ne kadar tabloya ilişkin sözleşmeyi gerekli şekle hürmet etmeden yapmışlarsa dahi, geçersiz olsa dahi, kesin hükümsüz olsa dahi böyle bir elden bağışlamayla söz konusu şekil eksikliğinin ne olması mümkün? Düzelmeye mümkündür diyoruz.

e-) Tapu Kütüğünün Düzeltilmesi Davası = Tashih-i Kayıt Davası = Uygulamadaki Adıyla Tapu İptali ve Tescil Davası

Şu kötü kalpli baba örneğinde kalalım. Malik tapu siciline kayıtlı bir taşınmazını kızına kalmasın diye sağlığında erkek evladına sattı. Fakat bu satış muvazaalı. Aslında bağışladı.

Fakat bu bağışlama sözleşmesi şekil eksikliği sebebiyle kesin hükümsüz. Malik bir süre sonra vefat etti. M'nin kızı K size geldi. Diyor ki; “Avukat Bey, avukat hanım ne yapalım?” Ne yapacaksınız?

Peki, yani tapu sicili gerçeği yansıtıyor mu? Tapu sicilindeki tescil nasıl bir tescil? Yolsuz bir tescil, hukuka aykırı bir tescil, değil mi?

O zaman K'nın avukatı ne yapacak? Yolsuz tescilin düzeltilmesi için bir dava açacak. Tapu sicilindeki kaydın düzeltilmesi için bir dava açacak. Eski deyimiyse tashih-i kayıt davası. Tashih-i kayıt davası, içinde sahih kelimesini görüyor musunuz? Tashih-i kayıt davası. Yani kaydın düzeltilmesi davası.

Uygulamada yerleşmiş deyimi “tapu iptali ve tescil davası” ifadesini kullanıyor mahkemeler ve Yargıtay. Tapu iptali ve tescil davası ifadesini kullanıyorlar.

Yani tapu kütüğünde M bir tarihlerde malikti. Sonra taşınmaz erkek evlat E adına tescil edildi. Ama bu erkek evlat lehine yapılan tescil nasıl bir tescildi? Yolsuz bir tescildi. Bu tescilin düzeltilmesi gerekecek ve bu yolsuz tescil düzeltildiğinde tapu kütüğünde malik sütununda artık kimlerin adı yazacak? Diyeceğiz ki M'nin çocukları E ve K'nın adı yazacak. E ve K yasal mirasçı sıfatıyla bu taşınmazın iştirak halinde hak sahibidirler. Miras payları da 1/2, 1/2'dir diyeceğiz.

f-) Bağışlamanın Arkasına Gizlenen Satış Sözleşmesi Örneği ve TMK m. 2/f. 2

Büyük başlık nedir? Birden çok şahsın mülkiyetidir. Birden çok şahıs elbirliğiyle hak sahibi olabilirler. İştirak halinde malik olabilirler. Yani örneğin mirasçıların mülkiyet hakkı böyle bir haktır, tereke değerleri üzerindeki hakları böyle bir haktır. Elbirliğiyle hak sahibidirler.

Bir de birden çok şahsın mülkiyeti nasıl karşımıza çıkabilir? Müşterek mülkiyet yani paylı mülkiyet şeklinde karşımıza çıkabilir. İki kişi karar verip ortaklaşa bir taşınmazı bedellerini yarı yarıya ödeyerek ne yapmış olabilirler? Satın almış olabilirler ve baktığımız zaman biz onlara ne deriz? Müşterekken maliktirler. M1 payı 1/2'dir, M2 payı 1/2'dir deriz mesela.

Biz size geçmişteki derslerde önalım hakkından söz ettik değil mi? Özellikle sözleşmeden doğan önalım hakkından söz ettik. Ama önalım hakkı kanundan da doğabiliyor.

M1, M2 bir taşınmaza 1/2, 1/2 oranında müştereken maliktirler. M2 bir süre sonra bu payını Ü'ye yani üçüncü bir kişiye satarsa ve bu pay Ü adına tescil edilirse M1 ne yapabiliyor? M1 kanundan doğan önalım hakkını Ü'ye karşı ileri sürebiliyor. Diyor ki; “*Bu taşınmazı öncelikle satın alma hakkını kanun bana verdi. Ben de (eski deyimiyse) şuf'a hakkımı kullanıyorum. Önalım hakkımı kullanıyorum. Sen bu taşınmazın mülkiyetini bana devretmek zorundasın diyebiliyor.*”

Elbette bedeli mukabilinde (ve sair masrafları ödeyerek ama bunları biz size eşya hukuku derslerinde anlatacağız). Şu an itibarıyla M2'nin Ü'ye ne yaptığını gördük biz? Satım yaptığını gördük. Önalım hakkının kullanılmasının temel şartı da satım sözleşmesi.

Konunun nereye geleceğini hissettiniz mi acaba? Taraflar M1'in bu önalım hakkını kullanmasını engellemek isterlerse ne yaparlar? Tapuda ne yaparlar? Bağışlama sözleşmesi yapmış gibi görünürler. Onun arkasına neyi gizlerler? Satım sözleşmesini gizlerler ve yarın öbür gün de M1 kiminle aniden baş başa kalır. Diğer müşterek malik Ü ile baş başa kalır. Hâlbuki kanun koyucu prensip itibarıyla tek şahıs mülkiyetini tercih ediyor, birden çok şahsın mülkiyetini sevmiyor deyim yerindeyse. Çünkü sorunlar yaratmaya aday birden çok şahsın varlığı. O yüzden böyle bir önalım hakkı sağlıyor M1'e.

Şimdi M1 acaba bir dava açıp şunu söyleyebilir mi? M2 ile Ü arasında yapılan bağışlama sözleşmesi muvazaalıdır. Yani tarafların gerçek iradelerini yansıtmadığı için kesin hükümsüzdür. Peki, gizli sözleşme ne? Satım sözleşmesi. Gizli sözleşme nerede yapıldı, tapuda mı yapıldı, nerede yapıldı? Tapuda yapılamadı. Dolayısıyla şekil eksikliği nedeniyle kesin hükümsüz mü? Kesin hükümsüz. Şimdi bütün bunları kim dile getirecek davada? Veya biri dile getirmese bile hâkim bütün bunları görevinden ötürü resen dikkate alacak mı? Muvazaayı da şekil eksikliğini de. Evet.

Yavaş yavaş konunun nereye gittiğinin farkında mısınız? O zaman bağışlama muvazaalı olduğu için kesin hükümsüz gizli satım da şekil eksikliği nedeniyle kesin hükümsüz. O zaman M1'in ön alım hakkını kullanmasını gerektirecek bir durum da yok. Taşınmaz gerçekte hâlâ kime ait? M1 ve M2'ye ait, hayata devam edecekler müşterek malik olarak. Mümkün mü? Mümkün.

Ama bu anlattıklarım sizde hiç TMK madde 2'nin uygulanmasını çağrıştırmıyor mu? Taraflar beraberce M1'i aldatmak maksadıyla onun önalım hakkını kullanmasını engellemek maksadıyla birçok hukuki işlemi yapıyorlar. Ondan sonra bu ispat edilmeye doğru yola çıkıldığında, davalar açıldığında çıkıyorlar, diyorlar ki; *“Özür dileriz, affedersiniz Hâkim Bey, Hâkime Hanım. Biz bir hata yaptık. Ne yaptık. Vallahi M1'in önalım hakkını kullanmasını engellemek için işte böyle bir bağışlama sözleşmesi yaptık. Bağışlamanın arkasına satımı gizledik. Satımı da resmi şekilde yapmadık, geçersizdir. Dolayısıyla M1 de önalım hakkını kullanamaz.”* Ne dersiniz? Acaba artık burada bu gizli satım sözleşmesinin şekil eksikliği nedeniyle kesin hükümsüzlüğünü iddia etmek dürüstlük kuralına aykırı bulunabilir mi mahkeme tarafından? Ne dersiniz?

Gerçekten de işte diyoruz ki görünüşteki bağışlama sözleşmesi kesin hükümsüzdür zira muvazaalı bir sözleşmedir. Gizli satım sözleşmesi de kesin hükümsüzdür zira şekil eksikliği söz konusudur. Hâkim bütün bunları re'sen görevinden ötürü dikkate almak zorundadır ama kesin hükümsüzlük bazen ne olabilir? Dürüstlük kuralı nedeniyle dikkate alınmayabilir diyoruz. İşte bu örnekte de mahkeme somut olaydaki diğer tüm unsurları dikkate alarak hakkın kötüye kullanılması yasağının ihlal edilip edilmediğini tartabilir ve gerçekten de gizli satım sözleşmesi geçerliymişçesine karar verebilir ve M1'in Ü'ye karşı kanundan doğan önalım hakkını kullanmasını sağlayabilir.

www.ilhanhelvacidersleri.com
