

TENKİS DEF'İNİN YARGILAMADA İLERİ SÜRÜLMESİ VE SONUÇLARI (GİZLİ İNŞAÎ HÜKÜM KAVRAMI ÜZERİNE BAZI TESPİTLER)

Dr. Anıl KÖROĞLU*

Öz

Mirasbırakanın mirasçılarının saklı payını ihlâl eden kazandırmaları mevcutsa, mirasçılar bu kazandırmaların kanunî sınırlara çekilmesini (tenkisini) isteyebilir. Tenkis isteme hakkı, dava aracılığıyla (TMK m. 560) veya bazı durumlarda mirasçıya karşı açılan davada mirasçının ileri süreceği def'î yoluyla (TMK m. 571/3) kullanılabilir. Çalışmada, tenkis def'inin yargılama sırasında ileri sürülmesi ve bunun sonuçları medenî usûl hukuku bakımından incelenmiştir. Bu kapsamda özellikle ölüme bağlı tasarrufun ifası için açılan davada mirasçı tarafından ileri sürülen tenkis def'inin mahkeme tarafından haklı bulunması durumunda kurulan hükmün niteliği üzerinde durulmuştur. İstisnâ bir durum olarak eda davasında (eda hükmünün gerekçesinde) inşaî etkinin ortaya çıkabileceği tespit edilmiş ve bu kapsamda gizli inşaî hüküm kavramı çeşitli yönleriyle ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler

Mirasçı • Tenkis Def'î • Tenkis Davası • İnşaî Dava • Gizli İnşaî Hüküm

* Arş. Gör. Dr., Türk-Alman Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye | Asst. Dr., Turkish-German University, Faculty of Law, Department of Civil Procedure Enforcement – Bankruptcy Law, Istanbul, Turkey.

✉ koroglu@tau.edu.tr • ORCID 0000-0003-2359-385X

📖 **Atıf Şekli** | Cite As: KÖROĞLU Anıl, "Tenkis Def'inin Yargılamada İleri Sürülmesi ve Sonuçları (Gizli İnşaî Hüküm Kavramı Üzerine Bazı Tespitler)", *SÜHFD.*, C. 28, S. 2, 2020, s. 575-602.

📖 **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

THE EFFECTS OF THE PLEA FOR REDUCTION IN CIVIL PROCEDURE LAW (THOUGHTS ON CONSTRUCTIONAL EFFECTS OF ORDER FOR SPECIFIC PERFORMANCE)

Abstract

Some legal transitions of the legator (e.g. testamentary legal transactions) may breach the reserved proportion of the successors. To protect their right, either the successors file a lawsuit for the reduction of this transition (Turkish Civil Code Art. 560) or as defendant they have the right to make a plea for reduction (Turkish Civil Code Art. 571/3). In the study, the effects of the plea for reduction are examined in terms of the civil procedure law. In this context, as an exceptional case, it is determined that the constructional effect may occur also in the claim for specific performance. In such a case, the construction effect can be observed at the reasons for the judgment.

Key Words

Successor • Plea for Reduction • Case for Reduction • Claim for Change Legal Right • Judgment Changing Legal Right

I. Tenkis Davası ile Tenkis Def'î Arasındaki İlişki

Türk Medenî Kanunu'nun 505. maddesinin birinci fıkrasına göre, mirasçı olarak altsoyu, ana ve babası veya eşi bulunan mirasbırakan, mirasının saklı paylar dışında kalan kısmında ölüme bağlı tasarrufta bulunabilir. Söz konusu tasarruf, saklı pay oranını ihlâl ederse, saklı paylı mirasçılar, bu tasarrufun yasal sınıra çekilmesini (tenkis) isteme hakkına sahiptir.

Tenkis isteme hakkı inşaî bir haktır¹. Bazı inşaî (yenilik doğuran) haklar muhatabına ulaştığında sonuç doğururken; bazı inşaî hakların sonuç doğurabilmesi için mahkeme kararına ihtiyaç vardır. Muhatabına ulaştığında inşaî etki doğurmayan, bu etkinin ortaya çıkabilmesi için mahkemenin kararına ihtiyaç duyulan haklara, aynı zamanda "yenilik

¹ Bu konuda genel olarak bkz. NAR, Ahmet, Türk Miras Hukukunda Tenkis, İstanbul, 2016, s. 139.

doğuran dava hakkı" denilmektedir². Tenkis hakkı "yenilik doğuran dava hakkı" kapsamında değerlendirilir³.

Mirasbırakanın tasarrufu ile saklı payı zedelenen mirasçının, söz konusu tasarrufun saklı payını ihlâl ettiği miktarda indirilmesini istediği davaya tenkis davası (TMK m. 560) adı verilir⁴. Tenkis davası (dava konusu hakkın inşaî hak olduğu da dikkate alındığında) inşaî bir davadır⁵. Dolayısıyla mahkemenin davayı kabul ederek vermiş olduğu tenkis

² BUZ, Vedat, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara, 2005, s. 183 vd; SCHLOSSER, Peter, Gestaltungsaklagen und Gestaltungsurteile, Bielefeld, 1966, s. 29 vd; ayrıca bkz. ÖNEN, Ergun, İnşai Dâva, Ankara, 1981, s. 50 vd; HATTENHAUER, Christian, Einseitige private Rechtsgestaltung, Tübingen, 2011, s. 305.

³ BUZ, s. 184; ayrıca bkz. SEROZAN, Rona / ENGİN, Baki İlkay, Miras Hukuku, 6. Bası, Ankara, 2019, s. 244, 245; DURAL, Mustafa / ÖZ, Turgut, Miras Hukuku, 10. Bası, İstanbul, 2015, s. 276; bununla birlikte, tarafların (örneğin, saklı paylı mirasçı ile vasiyet alacaklısı) dava açılmadan veya dava devam ederken anlaşmaları da mümkündür (OĞUZMAN, M. Kemal, Miras Hukuku, 6. Bası, İstanbul, 1995, s. 235).

⁴ SEROZAN / ENGİN, s. 245; OĞUZMAN, s. 246; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Miras Hukuku, 3. Bası, İstanbul, 1987, s. 411; EREN, Fikret, Türk Medeni Hukukunda Tenkis Davası, Ankara, 1973, s. 147 vd; s. 276; DURAL/ÖZ, s. 276; AYAN, Mehmet, Miras Hukuku, 9. Bası, 2016, s. 218; NAR, s. 98; TURAN BAŞARA, Gamze, "Ölüme Bağlı Tasarrufların Tenkisi ve Tenkis Davası", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 2016/27, s. 387; "[...] Tenkis davası, murisin saklı payı zedeleyen (tasarruf nisabını aşan) ölüme bağlı veya sağlararası kazandırmalarını yasal sınırlar içine çekmeyi amaçlayan, yenilik doğurucu davalardandır [...]" Yarg. 2. HD, 11.10.2005, E. 2005/15954, K. 2005/13938 (www.kazanci.com.tr).

⁵ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 411; OĞUZMAN, s. 246; KURU, Baki, Medenî Usûl Hukuku El Kitabı, C. I, Ankara, 2020; s. 411; ÖNEN, s. 78; SEROZAN / ENGİN, s. 245; EREN, s. 147; DURAL/ÖZ, s. 276; ALANGOYA, Yavuz / YILDIRIM, M. Kâmil / DEREN- YILDIRIM, Medenî Usul Hukuku Esasları, 8. Bası, İstanbul, 2011, s. 209; ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder /TAŞPINAR AYVAZ, Sema / HANAĞASI, Emel, Medenî Usul Hukuku, 4. Bası, Ankara, 2018, s. 303; TANRIVER, Süha, Medenî Usûl Hukuku, C. I, 2. Bası, Ankara, 2018, s. 586; ANTALYA, Gökhan / SAĞLAM, İpek, Miras Hukuku, C. III, 4. Bası, Ankara, 2019, s. 344; AYAN, s. 218; SİMİL, Cemil, Belirsiz Alacak Davası, İstanbul, 2013, s. 388; TUNCER KAZANCI, İdil / ÖCAL APAYDIN, Bahar, "Mirasçılarının Alacaklılarını Koruyan Davalar ile Tasarrufun İptali Davası İlişkisi", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı C. 2, 2015, s. 778; "[...] Tenkis davaları, yenilik doğuran (inşaî) nitelikte davalar olup, mirasın açıldığı güne kadar geriye doğru etkilidir. Bu dava ile, miras bırakanın yaptığı tasarrufların iptali değil, değiştirilmesi, tasarrufların, tasarruf edilebilir kısma çekilmesi amaçlanmıştır. Bu niteliğiyle tenkis davası bir eda davası olarak kabul edilemez [...]" Yarg. HGK, 7.7.2010, E. 2010/1-360, K. 2010/372 (www.kazanci.com.tr); aynı yönde bkz. Yarg. 7. HD, 14.10.2003, E. 2003/2614, K. 2003/2925 (www.kazanci.com.tr); Yarg. 13. HD, 10.11.1989, E. 1989/5372, K. 1989/6499 (www.kazanci.com.tr).

hükmü inşâî hükümdür⁶. Tenkis hükmü kurulana kadar mirasbırakanın geçerli olan tasarrufu⁷, hükmün kesinleşmesi ile birlikte saklı payı ihlâl ettiği ölçüde yasal sınıra çekilir⁸. İnşâî hükümler kural olarak herkes için ve herkese karşı etkili olur⁹. Ancak tenkis davasında bu kural geçerli olmaz. Tenkis hükmü, saklı payı ihlâl edilen ancak dava açmamış mirasçılar bakımından sonuç doğurmaz¹⁰. İnşâî hükümler, kural olarak geçmişe etkili değildir (HMK m. 108/3). Ancak tenkis hükmü geçmişe etkilidir¹¹. Bu hükümle, mirasbırakanın tasarrufu, mirasın açıldığı tarihten itibaren kısmen veya tamamen geçersiz olur¹².

Saklı payı ihlâl edildiği için dava açan mirasçı, indirilecek olan kısmın kendisine verilmesini istiyorsa tenkis isteğinin yanında ayrıca eda talebinde bulunmalıdır¹³. Başka bir anlatımla, sadece tenkis istemi, indirilen kısmın mirasçıya verilmesi için yeterli değildir. Bununla birlikte uygulamada tenkis isteminin aynı zamanda eda talebini de içerdiği kabul edilmektedir¹⁴. Oysa tenkis talebi ile tenkis sonucu ortaya çıkan geri verme

⁶ OĞUZMAN, s. 253; SEROZAN / ENGİN, s. 245; ALANGOYA / YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, s. 209.

⁷ EREN, s. 147.

⁸ OĞUZMAN, s. 253; SEROZAN / ENGİN, s. 245; AYAN, s. 218; ayrıca bkz. ALANGOYA / YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, s. 209.

⁹ ÖNEN, s. 184 vd; KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. V, 6. Bası, İstanbul, 2001, s. 5093; UMAR, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Bası, Ankara, 2014, s. 881; ROSENBERG, Leo / SCHWAB, Karl Heinz / GOTTWALD, Peter, Zivilprozessrecht, 18. Aufl, München, 2018, § 91, Rdnr. 14.

¹⁰ OĞUZMAN, s. 253; ALANGOYA / YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, s. 209.

¹¹ ÜSTÜNDAĞ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, 7. Bası, İstanbul, 2000, s. 337; ARSLAN, / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 305.

¹² DURAL/ÖZ, s. 276; OĞUZMAN, s. 246; aynı yönde bkz. Yarg. HGK, 7.7.2010, E. 2010/1-360, K. 2010/372 (www.kazanci.com.tr).

¹³ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 412; OĞUZMAN, s. 246; SEROZAN / ENGİN, s. 246; ANTALYA / SAĞLAM, s. 345; EREN, s. 186.

¹⁴ Uygulamanın bu yönde olduğuna ilişkin bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 412; OĞUZMAN, s. 247; SEROZAN / ENGİN, s. 246; ANTALYA / SAĞLAM, s. 345; DURAL / ÖZ, s. 277; AYAN, s. 218 vd; bkz. "[...] Tenkis davası, tasarrufa konu malın lehtarın eline geçmiş olması halinde, eda istemini de kapsar. Tenkis kararı bu hali ile iki bölümde değerlendirilmelidir. Birinci bölüm, miras bırakanın tasarruflarının saklı payı ihlali ve saklı payı smuruna çekilmesini, indirilmesini belirleyen o tasarrufları değiştiren, (inşâ) yenilik doğurucu bölümdür. İkinci bölüm ise, lüzumu halinde saklı payı tamamlamayı, mal varlığında meydana gelen eksikliğin giderilmesini amaçlayan eda bölümünü kapsamaktadır [...]" Yarg.

borcunun ifasına ilişkin talepler birbiriyle ilişki bulunmakla birlikte, her iki talep hakkında açılan davalar birbirinden bağımsızdır¹⁵. Dolayısıyla bu iki ayrı talep hakkında birlikte dava açılması durumunda, davaların yığılmasından (HMK m. 110) bahsetmek gerekir^{16,17}. Bu söylenenler, ölüme bağlı kazandırmanın ifa edilmesi durumu içindir. Eğer söz konusu tasarruf henüz ifa edilmiş değilse, burada sadece tenkis talebi mevcut olacağından (geri verme borcunun ifasına ilişkin talep söz konusu olmayacağından) davaların yığılmasından bahsedilemez.

Mirasbırakanın tenkise tâbi kazandırması henüz ifa edilmemişse¹⁸, kazandırma lehdarı söz konusu kazandırmanın ifası amacıyla mirasçıya dava açabilir. Davalı mirasçı, saklı payının ihlâl edilen kısmını karşılayan miktarı davacıya vermek istemiyorsa, tenkis def'ini ileri sürmelidir^{19,20}.

HGK, 7.7.2010, E. 2010/1-360, K. 2010/372 (www.kazanci.com.tr); söz konusu uygulamanın isabetli olduğu hakkında bkz. ÖNEN, s. 81.

¹⁵ NAR, s. 223; ayrıca bkz. KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. II, 6. Bası, İstanbul, 2001, s. 1480 vd.

¹⁶ ALANGOYA / YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, s. 210.

¹⁷ Gerçi tenkis davası hakkında karar verilmeden önce, geri verme borcunun ifası için açılan davanın sonuçlanması mümkün değildir (NAR, s. 223). Ancak tek başına bu durum, tenkis talebi ile geri verme borcunun ifasına ilişkin talebin birbirinden bağımsız olmadığı anlamına gelmez. Zira talepler ayrı ayrı dava edilebildiği sürece, birden fazla “*usûlî talep*” mevcut olup, bu talepler hakkında birlikte dava açılması durumunda davaların yığılması ortaya çıkar (Bu konuda genel olarak bkz. BULUT, Uğur, Medenî Usûl Hukukunda Davaların Yığılması, Ankara, 2017, s. 33; örneğin, her ne kadar asıl alacağa bağlı olsa da faiz alacağına ilişkin talebin de ayrı bir “*usûlî talep*” olarak değerlendirilmesi gerektiği hakkında bkz. BULUT, s. 33; bu konuda ayrıca bkz. ÜSTÜNDAĞ, Saim, İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi Yasağı, İstanbul, 1967, s. 162).

¹⁸ Özellikle ölüme bağlı tasarruflarda böyle bir durum vardır. Bu konuda bkz. EREN, s. 145; KOCAYUSUPPAŞAOĞLU, s. 419; OĞUZMAN, s. 235; SEROZAN / ENGİN, s. 252; DURAL/ÖZ, s. 276; AYAN, s. 219; NAR, s. 136 vd; BERKİ, Şakir, “Türk Medeni Kanunu’nda Mahfuz Hisse Çeşitleri ve Rolü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 3, 1969, s. 233; TURAN BAŞARA, s. 401.

¹⁹ EREN, s. 145; İMRE, Zahit / ERMAN, Hasan, Miras Hukuku, 13. Bası, İstanbul, 2017, s. 268; OĞUZMAN, s. 256; SEROZAN / ENGİN, s. 252; AYAN, s. 226; NAR, s. 136 vd.

²⁰ Tenkis savunmasının mirasın paylaşılması için açılan davada da ileri sürülebileceği hakkında bkz. MINNIG, Yannick in: OFK - Orell Füssli Kommentar ZGB, 3. Aufl, 2016, Art. 533, N. 4; aynı yönde bkz. BGE 116 II 244 Er. 3; DURAL / ÖZ, s. 288.

Böylece mirasçı kendisine yöneltilen talebi, bu savunma ile yerine getirmekten kaçınabilir²¹.

Tenkis davası ile tenkis def'î arasında büyük bir benzerlik vardır. Zira tenkis davasına konu hak ile tenkis savunmasına konu hak aynıdır (tenkisi isteme hakkı). Dolayısıyla tenkis davasının kabulü ile tenkis savunmasının haklı bulunması durumunda aynı sonuç ortaya çıkar. Bu sonuç, saklı payın ihlâl edilmesi sebebiyle mirasbırakanın tasarrufunun saklı payı ihlâl ettiği ölçüde yasal sınıra indirilmesidir. Aynı etkileri doğurması sebebiyle, tenkis def'înin ileri sürülmesi ve kabul edilmesi durumunda, tenkis davası açılması imkânı ve gerekliliği ortadan kalkmaktadır²². Bu yönüyle tenkis def'înin ileri sürülmesini, sanki bu konuda bir tenkis davası açılmış (gizli tenkis davası) gibi değerlendirmek yanlış olmayacaktır²³. Ancak şu husus da belirtilmelidir ki, tenkis def'înin ileri sürülmesi ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu kapsamında bir karşı davanın (m. 132) açılmış olduğu da iddia edilemez. Bu kapsamda örneğin, Kanun'un "*asıl davanın herhangi bir sebeple sona ermesi, karşı davanın görülüp karara bağlanmasına engel oluşturmaz*" hükmünün (m. 134) burada uygulanması söz konusu olamaz. Yani ölüme bağlı tasarrufun ifası davası, örneğin usûle ilişkin bir sebeple sona ererse, o davada mirasçının ileri sürdüğü tenkis def'înin incelenmesi ve bu konuda bir karar verilmesi artık mümkün değildir²⁴.

Belirtmek gerekir ki, yukarıda söylenenler sadece mirasbırakanın tasarrufunun yasal sınıra indirilmesi talebini içeren tenkis davası bakımından geçerlidir. Başka bir anlatımla, eğer saklı paylı mirasçı, tenkis

²¹ ALBAŞ, Hakan, "Miras Hukukunda İptal ve Tenkis Def'i", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 18, S. 3, 2012, s. 158; TURAN BAŞARA, s. 400.

²² Nitekim OĞUZMAN'a göre de "*Tenkis def'i, ifa edilmemiş teberrullarda tenkis davasının sonuçlarını sağlar.*" (OĞUZMAN, s. 257). Benzer şekilde DURAL/ÖZ şöyle demektedir: "... *henüz tenkis davası açma süreleri dolmadan önce kendisine karşı yöneltilen taleplere karşı da saklı paylı mirasçı tenkis def'inde bulunabilir. Böyle bir durumda tenkis def'i Usul Hukukunda bir karşı davanın yerine geçmiş olacaktır...*" (DURAL / ÖZ, s. 288).

²³ Karş. SOGO, Miguel, *Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile des materiellen Rechts und ihre Auswirkungen auf das Verfahren*, Zürich, 2007, s. 59.

²⁴ Bununla birlikte, ölüme bağlı tasarrufun ifası davasında esasa ilişkin bir karar verilmesi durumunda, mahkemenin tenkis savunması hakkındaki kararını da hüküm fıkrasına geçirmesinin uygun olacağı aşağıda belirtilmiştir (Bkz. III, B).

davasında ayrıca indirilen miktarın kendisine verilmesini de isterse, (bu durumda yukarıda da belirtildiği üzere iki ayrı talep vardır) bu davanın sonucu ile tenkis def'inin ileri sürülmesinin sonucu aynı olmayacaktır. Zira indirilen kısmın iadesinin de istendiği davada, ayrıca mirasçı lehine kurulan bir mahkûmiyet hükmü mevcutken, tenkis def'inin haklı bulunması durumunda mirasçının lehine (davacı kazandırma lehdarı aleyhine) kurulan bir mahkûmiyet hükmü ortaya çıkmaz.

II. Tenkis Def'inin İleri Sürülmesi

Her ne kadar ayrı bir davanın konusunu oluşturacak nitelikte olsa da tenkis iddiasının savunma şeklinde ileri sürülebilmesine Türk Medenî Kanunu'nun 571. maddesinin üçüncü fıkrası ile izin verilmiştir. Başka bir anlatımla, burada davalının tenkis hakkını konu alan karşı dava (HMK m. 132) açmasına gerek yoktur²⁵. Zira Türk Medenî Kanunu'nun 571. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, tenkis iddiası def'i olarak ileri sürülebilir. Mahkeme, def'i niteliğinde olması sebebiyle, saklı payın ihlâl edilip edilmediği hususunu re'sen dikkate alamaz²⁶. Dolayısıyla bu yönde bir inceleme için mirasçının tenkis hakkını kullanması gerekir²⁷.

Davalının savunmasında "tenkis" kelimesini kullanmasına gerek olmayıp o anlama gelecek beyanlarda bulunması yeterlidir. Yargıtay'a göre, saklı payın ihlâl edildiği iddiası²⁸, saklı paylı hisselerin dikkate

²⁵ SOGO, s. 62.

²⁶ NAR, s. 139; DURAL/ÖZ, s. 288; TURAN BAŞARA, s. 401.

²⁷ Ölümüne bağlı tasarrufun hükümsüzlüğü (TMK m. 559/2) ile tenkisi arasında terdit ilişkisi kurularak savunma yapılmasına engel bir durum yoktur. Bkz. "[...] *Bu durumda, mahkemeye; davalı tarafından def'i yoluyla ileri sürülen hükümsüzlük iddiasının, bu iddia kabul görmediği takdirde ise tenkis iddiasının usulünce incelenmesi ve ulaşılabilecek sonuçta göre uyumsuzluğun esası hakkında hüküm tesis edilmesi gerekirken [...]*" Yarg. 3. HD, 12.9.2018, E. 2016/22044, K. 2018/8392 (www.kazanci.com.tr).

²⁸ "[...] *Dosyanın incelenmesinde; temyiz eden davalı tarafından süresinde verilen cevap dilekçesinde, vasiyetnamenin geçersiz olduğu ve saklı payların ihlâl edildiği ifade edilmiştir. Bu beyanların hükümsüzlük ve tenkis def'i niteliğinde olduğu açıktır. Mahkemeye, hükümsüzlük ve tenkise yönelik inceleme yapılmadığı anlaşılmaktadır [...]*" Yarg. 3. HD, 14.2.2019, E. 2017/10716, K. 2019/1163 (www.kazanci.com.tr); benzer şekilde bkz. "[...] *Somut olayda, muris mirasçılık belgesinden davalı ...'nin murisin oğlu olduğu anlaşılmaktadır. Davalı ... cevap dilekçesinde, tasarruf nisabının aşıldığını, miras paylarına zarar verildiğini belirtmiş, diğer anlatım ile tenkis def'inde bulunmuştur [...]*" Yarg. 3. HD, 15.10.2018, E. 2016/22701, K. 2018/10013 (www.kazanci.com.tr).

alınması gerektiğinin belirtilmesi²⁹, yasal miras hakkının istenmesi³⁰ gibi durumlarda tenkis def'inin ileri sürüldüğü kabul edilmelidir (Karş. HMK m. 33).

Türk Medenî Kanunu'nun 571. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, tenkis iddiası, def'i yoluyla her zaman ileri sürülebilir. Söz konusu hüküm, medenî usûl hukukunda geçerli olan davanın değiştirilmesi yasağının (HMK m. 141) istisnası olarak değerlendirilemez³¹. Başka bir anlamıyla, tenkis savunmasının yargılamanın her aşamasında yapılabilmesi mümkün değildir. Söz konusu hükümde geçen "her zaman" ifadesinden, tenkis davası açma süresinin (TMK m. 571/1)³² geçmesinden sonra da

²⁹ "[...] Somut olayda; davalı cevap dilekçesinde ve yargılamanın ilerleyen aşamalarında sunduğu beyan dilekçeleri ile " murisin kanuni mirasçılarının saklı payları dışında tasarrufta bulunabileceğini, mahfuz hissesinin nazara alınmasını talep ettiği" şeklinde beyanda bulunmuştur. Davalının bu beyanının tenkis def'i niteliğinde olduğu açıktır. Buna göre mahkemece, davalının beyanlarının vasiyetnamenin tenkisi istemini de içerdiği değerlendirilerek [...]" Yarg. 3. HD, 29.5.2018, E. 2017/15537, K. 2018/5997 (www.kazanci.com.tr).

³⁰ "[...] Somut olayda; davalı Kadir yasal miras hakkını istediğini savunmuştur. Vasiyetçi A. T..'ın yasal mirasçısı olan davalının bu savunması, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruflarına karşı korunmuş miras payı olan saklı payını da içermektedir. Eş söyleyişle, davalı tenkis def'inde bulunmuştur. [...]" Yarg. 3. HD, 1.12.2014, E. 2014/4925, K. 2014/15560 (www.kazanci.com.tr).

³¹ "[...] TMK. 571/son maddesine göre ise; "Tenkis iddiası, def'i yoluyla her zaman ileri sürülebilir". Ancak hükümsüzlük ve tenkis iddiasının def'i yoluyla her zaman ileri sürülebileceği hükmü, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenen savunmanın genişletilmesi yasağını ortadan kaldıracı nitelikte değildir. İncelemeye konu davada, davalıya dava dilekçesi 07.02.2013 tarihinde tebliğ edilmiş, davalı süresinden sonra 25.02.2013 tarihinde sunduğu cevap dilekçesinde vasiyetnamenin hükümsüz olduğunu ileri sürmüş, tenkis iddiasından bahsetmemiştir. Davacının cevaba cevap dilekçesi sunmaması üzerine dilekçelerin karşılıklı verilmesi aşaması tamamlanarak, ön inceleme duruşması yapılmasına karar verilmiştir. Yargılama aşamasında bilirkişi raporu aldırılmasından sonra ise davalı, 10.03.2014 tarihli bilirkişi raporuna itiraz dilekçesinde tenkis iddiasını ileri sürmüş, davacı davalının savunmayı genişleten bu dilekçesine tebliğ aldığı celsede itiraz etmiştir. Bu durumda davalının cevap süresi içerisinde bildirmediği hükümsüzlük ve tenkis def'i'ne karşı, davacı tarafın açık muvafakatinin bulunmadığı dikkate alınarak def'iyeye ilişkin inceleme yapılmaksızın davanın kabulüne karar verilmesinin doğru olduğu anlaşılmıştır [...]" Yarg. 3. HD, 24.1.2019, E. 2018/5810, K. 2019/529 (www.kazanci.com.tr); aynı yönde bkz. Yarg. 3. HD, 24.4.2018, E. 2016/11062, K. 2018/4383 (www.kazanci.com.tr); Yarg. 2. HD, 30.03.1998, E. 1998/2369, K. 1998/3874 (www.legalbank.net).

³² Tenkis davası açmak için düzenlenen süre, madde başlığında da belirtildiği üzere hak düşürücü niteliktedir (Aynı yönde bkz. DURAL / ÖZ, s. 286; SEROZAN / ENGİN, s. 251; ANTALYA / SAĞLAM, s. 361; AYAN, s. 225; NAR, s. 127).

tenkis def'inin ileri sürülebileceği anlaşılmalıdır³³. Dolayısıyla tenkis savunmasının ileri sürülebileceği zaman bakımından Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 141. maddesindeki düzenleme dikkate alınmalıdır³⁴. Bu kapsamda örneğin, vasiyetname ile kendisine bir taşınmaz bırakılan kimse tarafından söz konusu taşınmazın lehine tescil edilmesi için açılan davada³⁵, tenkis savunması cevap dilekçesi veya ikinci cevap dilekçesinde ileri sürülmelidir (HMK m. 141/1). Bu aşamadan sonra yapılan tenkis savunması kural olarak³⁶ yasak olup, bu yasak ancak ıslah veya karşı tarafın açık rızası ile aşılabilir (HMK m. 141/2).

Ölüme bağlı tasarrufun ifasına ilişkin dava birden fazla mirasçıya karşı açılmış ise, mirasçılardan biri tarafından ileri sürülen tenkis def'i, diğer mirasçıları etkilemez³⁷. Tenkis incelemesi, sadece bu def'i yi ileri süren mirasçı için yapılmalıdır. Esasen bu husus tenkis davasında mirasçılar arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunmaması durumu ile de örtüşmektedir³⁸.

³³ Karş. BERKİ, s. 233.

³⁴ Aynı yönde bkz. NAR, s. 139; İsviçre hukuku bakımından (Sch. ZPO Art. 229) benzer şekilde bkz. PICHLER, Markus, "Rechtsfragen im Zusammenhang mit den Fristen zur Ungültigkeitsklage und zur Herabsetzungsklage", Anwaltsrevue, 2020, s. 67.

³⁵ Söz konusu davada görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesidir. Bkz. "[...] Somut olayda; davacı, mirasbırakan adına kayıtlı olan vasiyetnameye konu taşınmazın tapu kaydının iptalini ve adına tescilini talep etmiştir. Bu durumda, görevli mahkeme Asliye Hukuk Mahkemesidir (HMK m. 2) [...]" Yarg. 3. HD, 15.1.2019, E. 2018/7151, K. 2019/121 (www.kazanci.com.tr); "[...] Vasiyetnamenin tenfizine ilişkin davalar malvarlığına ilişkin olduğundan, bu davalarda görevli mahkeme Asliye Hukuk Mahkemesidir (HMK.m.2/2) [...]" Yarg. 2. HD, 9.5.2013, E. 2013/6520, K. 2013/13059 (www.kazanci.com.tr).

³⁶ HMK m. 141/1, c. 2 hükmü: "Ön inceleme duruşmasına taraflardan biri mazeretsiz olarak gelmezse, gelen taraf onun muvafakati aranmaksızın iddia veya savunmasını genişletebilir yahut değiştirebilir."

³⁷ DURAL / ÖZ, s. 288; TURAN BAŞARA, s. 400; aynı yönde bkz. "[...] Dosyanın incelenmesinde; mahkemece verilen ilk hükmün davalı ... yararına tenkis def'inin incelenmesi yönünde bozulduğu, bozma sonrası tüm davalılar yararına tenkis defi ileri sürülmüş gibi tenkis hükmü kurulduğu görülmektedir. O halde; mahkemece, savunmanın genişletilmesi kapsamında kalan davalı ... haricindeki davalıların tenkis def'inin ve tenkis defi ileri sürmeyen davalılar yönünden mahkemece tenkis oranı dikkate alınarak sonucu dairesinde hüküm tesisi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir [...]" Yarg. 3. HD, 13.12.2018, E. 2018/5638, K. 2018/12761 (www.kazanci.com.tr).

³⁸ Maddî hukuka göre, bir hakkın birden fazla kimse tarafından birlikte kullanılmasını gerektiren durumlarda hak sahiplerinin birlikte dava açması gerekir (HMK m.59/1). Tenkiste ise böyle bir durum yoktur. Zira her bir saklı paylı mirasçının ayrı ayrı

Tenkis davasının belirsiz alacak davası (HMK m. 107) şeklinde açılabilmesi kabul edilmektedir³⁹. Özellikle davanın açıldığı esnada terekenin değeri bilinmemekte ise, mirasbırakanın tasarrufu ile saklı payın ne miktarda ihlâl edilmiş olduğu hususu da davacı tarafından tespit edilemeyecektir⁴⁰. Yargılama sırasında saklı payın ne miktarda ihlâl edildiği tespit edildikten sonra, mahkeme bu miktar kadar tenkise re'sen karar verebilir⁴¹. Benzer şekilde, tenkis def'î ileri sürülürken mirasbırakanın tasarrufu ile saklı payın ne miktarda ihlâl edilmiş olduğu hususu mirasçı

tenkis isteme hakkı bulunur. Tenkis davasının her bir mirasçı tarafından tek başına açılabilmesi hakkında bkz. "[...] *Tenkis davasında zorunlu dava arkadaşlığı yoktur. Bu sebeple saklı paylarının karşılığını alamayan mirasçılar ayrı ayrı tenkis davası açabilecekleri gibi birlikte de açabilirler. Tenkis hükmü sadece davanın tarafları açısından hukuksal sonuç doğurur, tenkis davasında yer almayanlar açısından hüküm tesis edilemez [...]*" Yarg. 3. HD, 26.3.2015, E. 2014/11658, K. 2015/5060 (www.kazanci.com.tr); ayrıca bkz. KURU, C. I, s. 1000 vd.

³⁹ Bu konuda ayrıntılı olarak bkz. SİMİL, s. 389; aynı yönde bkz. TANRIVER, s. 628; PICHLER, s. 67; GÖKSU, Tarkan, "Rechtsbegehren in erbrechtlichen Klagen", Anwaltsrevue 2020, s. 76; BOHNET, François / DROESE, Lorenz: Präjudizienbuch ZPO, Bern, 2018, s. 216; belirsiz alacak davasının açılabilmesi şartı olarak talep sonucunun belirlenmesinin mümkün olmadığı durumlar ile ilgili genel olarak bkz. PEK-CANITEZ, Hakan, Belirsiz Alacak Davası, Ankara, 2011, s. 38 vd.

⁴⁰ SİMİL, s. 389 vd; ayrıca bkz. "[...] *Bilindiği üzere, tenkis davaları ihlâl edilen saklı payın temin edilmesi amacıyla taşımaktadır. Tenkis hesabı uzmanlık gerektiren bir iş olup, davacıdan davanın başında saklı payının ihlâl edilip edilmediğini, ihlâl edilmiş ise bunun miktarını bilmesini beklemek hayatın olağan akışına aykırıdır. Dava dilekçesinde gösterilen miktar; harca esas alınan tahmini değerdir. Bu bakımdan tenkis davalarında, davacının dava dilekçesinde gösterdiği dava değeri ile talebini sınırladığını söyleyebilme olanağı yoktur ve bu tür davalar 6100 s. HMK'nun 107. maddesinde düzenlenen belirsiz alacak davalarının örneğini teşkil eder [...]*" Yarg. 1. HD, 31.5.2017, E. 2017/2295, K. 2017/3044 (www.kazanci.com.tr); aynı yönde bkz. Yarg. 1. HD, 12.2.2014, E. 2013/17451, K. 2014/2233 (www.kazanci.com.tr).

⁴¹ Tespit edilen değer, davanın başında istenilen değerden fazla olması durumunda mahkemenin talep olmadan da tespit edilen miktar üzerinden tenkise karar verebileceği; davacının talebi zaten tasarrufun saklı payını ihlâl ettiği ölçüde tenkis olduğu için mahkemenin bu şekilde karar vermesinin taleple bağlılık ilkesine (HMK m. 26) aykırılık oluşturmayacağı hakkında bkz. (SİMİL, s. 390 vd); ayrıca bkz. "[...] *Saklı payın hesaplanması, malların, mirasbırakanın ölüm tarihindeki değerinin tespiti ile mümkündür. Malların ölüm tarihindeki değeri bilinmedikçe dava dilekçesinde bu konuda gösterilen rakam, bir tahminden başka bir şeye dayanmaz. Bundan dolayı mahkemenin bu rakamı esas alarak değil, tespit edilen gerçek değeri esas alarak saklı pay isteğini karara bağlamış olması, istekten fazlaya karar verme sayılmaz [...]*" Yarg. HGK, 26.5.1965, E. 1965/781-2, K. 1965/223 (Karar için bkz. SİMİL, s. 390).

tarafından bilinemeyebilir. Bu miktarın yargılama sırasında tespit edilmesinden sonra (örneğin, bilirkişi raporu sonucunda) tespit edilen oranın tenkisine karar verilmelidir.

Saklı paylı mirasçılar dışında, tenkis def'inin üçüncü kişiler tarafından da ileri sürülüp sürülemeyeceği hususu üzerinde durulmalıdır. Zira Türk Medenî Kanunu, bazı durumlarda üçüncü kişilere tenkis davası açma hakkı tanımıştır. Kanun'un 562. maddesinin birinci fıkrası şu şekildedir: *"Mirasbırakan, tasarruf edebileceği kısmı aştığında, saklı payı zedelenen mirasçı, iflâs hâlinde iflâs dairesinin veya mirasın geçtiği tarihte kendisine karşı ellerinde ödemededen aciz belgesi bulunan alacaklıların ihtarına rağmen tenkis davası açmazsa, iflâs idaresi veya bu alacaklılar, alacaklarının elde edilmesi için gerekli olan oranda ve mirasçıya tanınan süre içinde tenkis davası açabilirler."*

Türk Medenî Kanunu'nun 562. maddesinin birinci fıkrası ile iflâs idaresi ve alacaklılara dava takip yetkisi⁴² verilmiştir⁴³. Bu maddeden yola çıkılarak borçlu mirasçıya karşı açılacak davada, iflâs idaresi veya alacaklıların tenkis def'i ileri sürüp süremeyeceği tespit edilmelidir. Bu konuda iki farklı görüş mevcuttur. Bir görüşe göre, tenkis def'i ancak ölüme bağlı tasarrufun ifasına ilişkin talebin yöneltmesi üzerine ileri sürülebilir⁴⁴. Ölüme bağlı tasarrufun ifası için açılan dava da sadece mirasçıya yönelik olduğundan (yani bu davada alacaklılar davalı olamayacağından) söz konusu def'i de sadece mirasçı tarafından kullanılabilir⁴⁵. Diğer bir görüşe göre ise, alacaklıların bu def'iyi ileri sürme haklarının bulunmadığının kabul edilmesi onların menfaatine aykırı olur⁴⁶. Bu ise, Türk Medenî Kanunu'nun mirasçının alacaklılarına tenkis davası açma hakkı tanıyan 562. maddesinin birinci fıkrası ile genel olarak amaçlanan düşünceye ters

⁴² Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 53. maddesine göre, dava takip yetkisi, talep sonucu hakkında hüküm alabilme yetkisi olup bu yetki, kanunda belirtilen istisnaî durumlar dışında, maddî hukuktaki tasarruf yetkisine göre tayin edilir. Dava takip yetkisi kavramı ile ilgili olarak bkz. DİŞEL, Buse, Dava Takip Yetkisi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir, 2019, s. 8 vd.

⁴³ Ayrıntılı olarak bkz. DİŞEL, s. 248 vd; ayrıca bkz. PEKCANITEZ, Hakan / TAŞ KORKMAZ, Hülya, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C. II, 15. Bası, İstanbul, 2017, s. 598; NAR, s. 115 vd; karş. EREN, s. 128.

⁴⁴ ALBAŞ, s. 149.

⁴⁵ ALBAŞ, s. 149 vd.

⁴⁶ EREN, s. 130; NAR, s. 137.

düşer⁴⁷. Dolayısıyla bu kişiler yargılamada tenkis def'î savunmasını ileri sürebilmelidir⁴⁸. Kanaatimce, Türk Medenî Kanunu'nun mirasçının alacaklılarına tenkis davası açma hakkı tanıyan 562. maddesinin birinci fıkrası, niteliğine uygun düştüğü ölçüde def'î savunması bakımından da uygulanmalıdır. Türk Medenî Kanunu'nun 562. maddesinin birinci fıkrasında her ne kadar sadece dava açmaktan bahsedilmişse de, bu düzenlemeyi, üçüncü kişilerin tenkis isteme hakkını mahkeme aracılığıyla kullanabilecekleri şeklinde anlamak gerekir. Bu bakımdan tenkis isteme hakkının def'î yoluyla kullanılması da bu maddenin kapsamına girmektedir.

Ölüme bağlı tasarrufun ifası amacıyla mirasçıya karşı açılan davada, üçüncü kişilerin tenkis def'îni ne şekilde ileri sürebileceği üzerinde durulmalıdır. Öğretide, alacaklı ve iflâs idaresinin fer'î müdahil olabileceği, zira bu kişilerin, mirasçının davayı kazanmasında menfaatlerinin bulunduğu ifade edilmiştir⁴⁹. Kanaatimce alacaklılar bakımından bu görüş isabetlidir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 66. maddesinin birinci fıkrasına göre, "*Üçüncü kişi, davayı kazanmasında hukuki yararı bulunan taraf yanında ve ona yardımcı olmak amacıyla, tahkikat sona erinceye kadar, fer'î müdahil olarak davada yer alabilir.*" Bu maddede aranan husus hukukî yararadır. Ekonomik yarar ise fer'î müdahil olabilmek için yeterli değildir⁵⁰. Örneğin, borçlunun bir alacaklısının borçluya karşı açtığı davada, borçlunun bu davayı kaybetmesi ile aciz haline düşeceğinden endişe eden borçlunun diğer bir alacaklısının bu davaya borçlu yanında katılmasında menfaati olmadığı kabul edilmektedir⁵¹. Davalı mirasçının alacaklılarının ölüme bağlı tasarrufun ifası amacıyla açılan davaya müdahale edip tenkis def'î ileri sürmesi de ekonomik bir menfaat gibi düşünülebilir. Zira tenkis savunmasının haklı bulunması ile borçlunun malvarlığında azalmanın önüne geçilmiş olunur⁵². Ancak kanaatimce burada ekonomik bir yarar

⁴⁷ NAR, s. 137.

⁴⁸ NAR, s. 137.

⁴⁹ NAR, s. 138.

⁵⁰ PEKCANITEZ, Hakan, Medenî Usûl Hukukunda Fer'î Müdahale, Ankara, 1992, s. 93.

⁵¹ PEKCANITEZ, Müdahale, s. 93.

⁵² Ayrıca saklı payı zedeleyen ölüme bağlı tasarrufun mirasçı tarafından ifa edilmesi durumunda alacaklının tasarrufun iptali davası (İİK m. 277) açmasına engel bir

olduğundan hareket edilerek alacaklıların fer'î müdahil olamayacağı düşünülemez. Zira Kanun bu alacaklılara dava açma hakkı vererek onların menfaatini tespit etmiştir. Dolayısıyla bu alacaklıların müdahale talebinde bulunmalarında da menfaatleri olduğu kabul edilmelidir. Ancak menfaat için Türk Medenî Kanunu'nun 562. maddesinin birinci fıkrasındaki şartların yerine getirilmesi gerekir. Örneğin, elinde aciz vesikası bulunmayan alacaklı tenkis davası açamayacağına göre, bu alacaklının da davaya müdahil olarak katılması mümkün değildir. Söz konusu şartlar yerine getirildiğinde alacaklı davaya fer'î müdahil olarak katılabilir ve tenkis def'ini ileri sürebilir (Karş. HMK m. 68/1, c. 2). Şu kadar ki, alacaklı sadece alacağını tahsil edemediği miktara denk gelecek kısmın tenkisini isteyebilir; bu kısımdan fazlası (davalı mirasçının saklı payını ihlâl etse bile) ileri sürülemez⁵³.

İflâs idaresinin fer'î müdahil sıfatıyla tenkis def'ini ileri sürebileceği görüşü⁵⁴ ise iflâs hukukuna uygun düşmez. Çünkü mirasçı iflâs ederse davayı takip etme yetkisi ortadan kalkar ve bu yetki kural olarak iflâs idaresine geçer⁵⁵. Davayı takip yetkisine sahip ve davada taraf olan iflâs idaresinin⁵⁶ ilgili davaya ayrıca fer'î müdahil olarak katılması mümkün

durum yoktur (EREN, s. 130). Burada özellikle İcra ve İflâs Kanunu'nun 280. maddesindeki durum işletilerek alacaklıların hakları korunmuş olur (EREN, s. 130).

⁵³ Alacaklının açacağı tenkis davasında, aciz vesikasında tespit edilen eksik alacak miktarından fazlasının tenkisinin istenemeyeceği hakkında ayrıca bkz. BGE 71 III 99 ve FANKHAUSER, Roland in: CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Erbrecht- 3. Aufl, Ed: BREITSCHMIDT, Peter / RUMO-JUNGO, Alexandra, Zürich, 2016, Art. 524, N. 3; ayrıca bkz. AYAN, s. 222; NAR, s. 116 vd; KOCAYUSUFPAŞA-OĞLU, s. 416.

⁵⁴ NAR, s. 137.

⁵⁵ KURU, Baki: İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. Bası, Ankara, 2013, s. 1226; “[...] İİK'nın 191. maddesi gereğince borçlunun iflas açıldıktan sonra masaya ait mallar üzerinde her türlü tasarrufu alacaklılara karşı hükümsüz olup, müflisin masa malları üzerindeki tasarruf yetkisi iflâs ile kısıtlandığından, aynı Kanun'un 226. maddesinde de masanın kanuni mümessilinin iflas idaresi olduğu hükmü kabul edilmiştir. Diğer anlatımla, iflasın açılmasıyla dava takip yetkisi (ve taraf sıfatı), artık müflise değil, iflas idaresine ait olup [...]” Yarg. 23. HD, 7.11.2019, E. 2016/6478, K. 2019/4604 (www.kazanci.com.tr).

⁵⁶ Kanun gereği dava takip yetkisine sahip olan kimselerin davada taraf olduğu hakkında bkz. DİŞEL, s. 82; bu konudaki diğer görüşler için toplu olarak bkz. DİŞEL, s. 71 vd.

değildir⁵⁷. Çünkü davanın tarafları davaya fer'î müdahil olarak katılmaz⁵⁸. Zaten davanın tarafı olan iflâs idaresi, borçluya ait savunmaları da dava esnasında yapmaya yetkilidir⁵⁹.

III. Exkurs: Gizli İnşâî Hüküm Kavramı ve Tenkis Def'î Bakımından Değerlendirilmesi

A. Gizli İnşâî Hüküm Kavramı

Mirasbırakanın ölümüne bağlı tasarrufu ile saklı payın bir kısmı veya tamamı ihlâl edilebilir⁶⁰. Eğer saklı payın tamamı ihlâl edilmiş ise açılan eda davası reddedilir. Eğer saklı payın bir kısmı ihlâl edilmiş ise, ihlâl edilen kısım tenkis edildikten sonra davalı mirasçı aleyhine hüküm kurulur. Verilen bu hükümlerin etkileri ve sonuçlarını tespit edebilmek için öncelikle “gizli inşâî hüküm” kavramının açıklanması gerekir.

Eda davası ile mahkemedен, davalının, bir şeyi vermeye veya yapmaya yahut yapmamaya mahkûm edilmesi talep edilir (HMK m. 105/1). Bu davanın olumlu sonuçlanması durumunda eda hükmü kurulur. Eda hükümleri esasen maddî hukuktaki bir durumu değiştirmeyip mevcut hukukî ilişkiyi tespit edici (açıklayıcı) nitelikte iken; inşâî hüküm, maddî hukukta bir değişiklik yaratır⁶¹. İnşâî hükümle birlikte inşâî etki doğar⁶². Bu hükümle yeni bir hukukî durum yaratılır veya mevcut bir hukukî durum ortadan kaldırılır yahut içeriği değiştirilir (Karş. HMK m. 108/1). İnşâî etki hüküm fıkrasında ortaya çıkar. Örneğin, boşanma davasında tarafların boşandığı veya genel kurul kararının iptali davasında kararın iptal edildiği hüküm fıkrasında belirtilir. Ancak inşâî etkinin doğabilmesi için onun her zaman hüküm fıkrasında bulunması zorunlu değildir⁶³.

⁵⁷ İflâs idaresinin taraf olduğu davalarda müflisin davaya fer'î müdahil olarak katılabileceği hakkında bkz. PEKCANITEZ, Müdahale, s. 75.

⁵⁸ Bu konuda ayrıntılı olarak bkz. PEKCANITEZ, Müdahale, s. 74 vd.

⁵⁹ Genel olarak bkz. KURU, El Kitabı, s. 1231.

⁶⁰ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 412; ALBAŞ, s. 159.

⁶¹ ROSENBERG / SCHWAB / GOTTWALD, § 92, Rdnr. 1; ANSAY, Sabri Şakir, Hukuk Yargılama Usulleri, 7. Bası, Ankara, 1960, s. 232.

⁶² ÖNEN, s. 182; PEKCANITEZ, Hakan: Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C. I, 15. Bası, İstanbul, 2017, s. 987; ARSLAN, / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 304; ATALI, Murat / ERMENEK, İbrahim / ERDOĞAN, Ersin, Medenî Usûl Hukuku, 2. Bası, Ankara, 2019, s. 341.

⁶³ ROSENBERG / SCHWAB / GOTTWALD, § 92, Rdnr. 12.

Nitekim bazı davalarda inşaî etki, hüküm fıkrasında değil hükmün gerekçesinde ortaya çıkar⁶⁴. Öyle durumlar vardır ki, açılan eda davasında kurulan eda hükmünün gerekçesinde inşaî etki gerçekleşmiş olabilir. Eda hükmünün gerekçesinde inşaî etkinin ortaya çıkması durumuna “gizli inşaî hüküm” (“*verdecktes Gestaltungsurteil*”)⁶⁵ adı verilmektedir⁶⁶. Esasen burada “gizli inşaî hüküm kurulan eda davası”nın⁶⁷ bulunduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

B. Tenkis Savunması Bakımından Değerlendirme

Tenkis savunmasının kabul edilmesi durumunda da gizli inşaî hükümden bahsetmek gerekir⁶⁸. Tenkis def'inin ileri sürülmesi ile tenkis

⁶⁴ GERNHUBER, Joachim: Das Schuldverhältnis: Begründung und Änderung, Pflichten und Strukturen Drittwirkungen, Tübingen, 1989, s. 290; WURDINGER, Markus in: Münchener Kommentar zum BGB, B. III, 8. Aufl, 2019, § 315, Rdnr. 49; OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 12.04.2011 - 5 U 93/10.

⁶⁵ Alman hukukunda, bazı davalarda kurulan eda hükmünün aynı zamanda gizli bir inşaî hüküm niteliğinde olabileceği hakkında bkz. KRÄMER, Andrea, Der Widerruf im Arbeitsrecht, Berlin, 1998, s. 306; bu davalarda “aynı anda hem eda hükmü hem de gizli inşaî hüküm” kurulduğu (bkz. LARENZ, Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl, Berlin-Heidelberg, 1992, s. 335; karş. BÖTTICHER, Eduard, Die Wandlung als Gestaltungsakt, Heidelberg, 1938, s. 31) ve yine söz konusu davalarda “gizli inşaî hüküm niteliğinde eda hükmü” (*Leistungsurteil als verdecktes Gestaltungsurteil*)(NUNNER-KRAUTGASSER, Bettina: “Haftungsrechtliche Unwirksamkeit infolge Insolvenzanfechtung und ihre Tragweite in der Insolvenz des Anfechtungsgegners”, ZIK Spezial - Insolvenzrecht und Kreditschutz 2015, ed: KONECNY, Andreas, Wien, 2015, s. 142) kurulduğu ifade edilmektedir.

⁶⁶ Gizli inşaî hüküm, kavramsal olarak Alman ve İsviçre hukukunda kabul edilmektedir. Alman hukuku için bkz. ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 92, Rdnr. 12; ASSMANN, Dorothea, Zivilprozessordnung und Nebengesetze Großkommentar, Vierter Band, (§§ 253-299a), 4. Aufl, Ed: WIECZOREK, Bernhard / SCHUTZE, Rolf A, Berlin/Boston, 2013, vor § 253, Rdnr. 21; GERNHUBER, s. 290; KRÄMER, s. 306; KLEINSCHMIDT, Jens, Delegation von Privatautonomie auf Dritte, Tübingen, 2014, s. 278; SEIBERT, Ulrich, “Auslegung und Inhaltskontrolle arbeitsvertraglicher Verweisungen”, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 1985, s. 733; GOTTWALD, Peter in: Münchener Kommentar zum BGB, B. III, 8. Aufl, 2019, § 343, Rdnr. 1; WURDINGER, § 315, Rdnr. 49; ROLFS, Christian, Betriebsrentengesetz, 7. Aufl, München, 2018, § 16, Rdnr. 342; DAUNER-LIEB, Barbara / DÖTSCH, Wolfgang, “Prozessuale Fragen rund um § 313 BGB”, NJW, 2003, s. 927, dn. 61; ancak karş. SCHLOSSER, s. 132; İsviçre hukuku için bkz. SOGO, s. 59 vd.

⁶⁷ Karş. OLG Hamburg, Urteil vom 22.06.1994, 4 U 89/93.

⁶⁸ SOGO, s. 60 vd.

davası arasındaki benzerlik yukarıda belirtilmişti⁶⁹. Dolayısıyla tenkis savunmasının haklı bulunması durumunda da gizli inşâî hüküm ortaya çıkar. Her ne kadar mirasbırakanın tasarrufunun bir kısmı tenkis edildikten sonra geri kalan kısmın verilmesi hakkındaki hüküm eda hükmü ise de, bu hükümle maddî hukuktaki durum da değişmiş olur. Zira bu hükümle mirasbırakanın tasarrufu, saklı payı ihlâl ettiği ölçüde yasal sınıra çekilmiş olur. Saklı payın ihlâl edildiğini tespit eden mahkeme, bunu gerekçede belirtip hüküm fıkrasında eda hükmü kurmaktadır.

Ölüme bağlı tasarrufun ifası için açılan dava, tenkis savunması sebebiyle tamamen reddedilebilir. Söz konusu ret hükmü bir tespit hükmü niteliğindedir. Çünkü eda davalarının reddine ilişkin hükümler, tespit hükmü olarak değerlendirilir. Bununla birlikte, ölüme bağlı tasarrufun ifası davasının ret hükmüne ilişkin gerekçede, saklı payın ihlâl edilmesi sebebiyle ölüme bağlı tasarrufun geçersiz olduğu belirtilir. Böylece daha önce geçerli olan ölüme bağlı tasarruf, saklı payın ihlâl edilmiş olması gerekçesiyle geçersiz hâle gelir ve mevcut hukukî durum (mirasçı ile kazandırma lehdar arasındaki) ortadan kaldırılmış olur. Dolayısıyla davanın reddine ilişkin hükmün gerekçesinde de inşâî etkinin ortaya çıktığını söylemek gerekir.

Ölüme bağlı tasarrufun ifası amacıyla mirasçıya karşı açılan davada, ölüme bağlı kazandırma tenkis edildikten sonra kalan kısım için mirasçı aleyhine eda hükmü kurulabilir. Söz konusu eda hükmünün icrası için hükmün kesinleşmesine gerek yoktur. Zira bu dava, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 350. maddesinde sayılan davalardan değildir. Burada ayrıca davalının tenkis savunmasının haklı bulunmasının inşâî etki doğurması ve inşâî etkinin ancak hükmün kesinleşmesi ile birlikte gerçekleşmesinden hareketle, davacı lehine kurulan eda hükmünün icrası

⁶⁹ Bkz. yuk. I; bazı durumlarda inşâî davanın def'î yoluyla kullanılmasının mümkün olduğu hakkında ayrıca bkz. SOGO, s. 60; inşâî hakların def'î yoluyla ileri sürülmesinin kural olarak mümkün olmamasına rağmen tenkis def'inin bu konuda bir istisna olduğu hakkında bkz. POSTACIOĞLU, İlhan E / ALTAY, Sümer, Medenî Usûl Hukuku Dersleri, 7. Bası, İstanbul, 2015, s. 261.

için de bu eda hükmünün kesinleşmesinin gerektiği ileri sürülemez^{70,71}. Zira davacının ölüme bağlı tasarrufun ifasına yönelik talebi ile davalının tenkis talebi, aralarında belli bir ilişki bulursa da birbirinden bağımsızdır.

Gizli inşaî hükmün ortaya çıkabildiği durum, inceleme konumuz olan tenkis def'i ile de sınırlı değildir. Cezaî şartın indirilmesi (TBK m. 182/3) durumunda da gizli inşaî hükümden bahsetmek gerekir⁷². Buna göre, alacaklının cezaî şartın tahsili için açmış olduğu davada 'aşırı'

⁷⁰ Alman hukukunda, gizli inşaî hükmün yer aldığı eda davalarında eda hükmünün icrası için kesinleşme gerekip gerekmediği, § BGB 315 kapsamında açılan davalar bakımından tartışılmıştır. İfanın konusuna ilişkin içeriğin mahkemece belirlenmesi amacıyla açılan inşaî dava ile (§ BGB 315), belirlenen içeriğin ifasına yönelik eda davasının birlikte açılabilmesi (ASSMANN, vor § 253, Rdnr. 21); ancak bu ihtimalde inşaî davada kurulacak olan hüküm kesinleşmeden eda hükmü verilemeyeceği ifade edilmektedir (ASSMANN, vor § 253, Rdnr. 21). Zira inşaî hükmün etkisi, ancak hükmün kesinleşmesi ile birlikte ortaya çıkar. Bununla birlikte, davacının, ifanın konusuna ilişkin içeriği kendisi belirleyerek sadece ifa davası açması durumunda ise, mahkemenin kuracağı hükümde ayrıca "gizli inşaî hüküm" yer alır. Çünkü eda davası hakkında karar verilmesi ile ifanın konusuna ilişkin içerik de belirlenmiş olur (Karş. ASSMANN, vor § 253, Rdnr. 21). İşte bu davada kurulan eda hükmünün, (her ne kadar inşaî etkinin gerçekleşmesi için hükmün kesinleşmesi gerekse de) kesinleşmesi beklenmeden icrasına karar verilebileceği Alman hukukunda kabul edilmektedir (ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 92, Rdnr. 12; ASSMANN, vor § 253, Rdnr. 21; WURDINGER, § 315, Rdnr. 49).

⁷¹ Hüküm kesinleşmeden icra edilebileceğinden, hükmün kanun yoluna taşınması durumunun icra işlemlerine etkisi hakkında da kısaca bilgi vermek gerekir. Davalı daha fazla bir oranda saklı payının ihlâl edildiğini iddia etmesine rağmen, mahkeme iddia edilenden daha az bir oranda tenkise karar vermiş ve diğer şartlar da mevcutsa istinaf yoluna başvurulabilir (HMK m. 341). Bölge Adliye Mahkemesi'nin kararı da şartları varsa temyiz edilebilir (HMK m. 361). Borçlu, ilâmın icrasını durdurabilmek için İcra ve İflâs Kanunu'nun 36. maddesi kapsamında icranın geri bırakılması talebinde bulunabilir (İİK m. 36; HMK m. 350/1 ve HMK m. 367/1). Eğer bu yönde bir talep mevcut değilse veya bu talep reddedilmişse icra işlemleri devam eder. Hükmün tamamen icra edilmiş olması durumunda ise, eğer hüküm bölge adliye mahkemesi tarafından kaldırılır veya yeniden esas hakkında karar verilir ya da temyiz üzerine bozulup da davalının hiç veya o kadar borcu olmadığına ilişkin karar kesinleşirse, icra tamamen veya kısmen eski hâline iade olunur (İİK m. 40/1).

⁷² GOTTWALD, § 343, Rdnr. 1; SOGO, s. 60.

bulunan cezaî şart indirilir^{73,74} (TBK m. 182/3). İndirim yapıldıktan sonra davalının aleyhine eda hükmü kurulur. Cezaî şartın 'aşırı' olduğu için indirildiği hususu da gerekçede belirtilir. İşte hüküm fıkrasından örtülü bir biçimde anlaşılan inşâi etki⁷⁵, esasen eda hükmünün gerekçesinde ortaya çıkmaktadır^{76,77}.

C. Kesin Hüküm Bakımından Değerlendirme

Ölüme bağlı tasarrufun ifası davasında kurulacak olan hükmün, davalının savunma olarak ileri sürdüğü tenkis def'inin konusunu oluşturan tenkis hakkı bakımından kesin hüküm etkisine sahip olup olmadığı hususu üzerinde durulması gerekir⁷⁸.

⁷³ Miras hukukundaki tenkisin aksine mahkeme talep olmadan dahi cezaî şartın indirilmesine karar verebilir (TBK m. 182/3). Burada kısaca cezaî şartın indirilmesi için açılan davanın niteliği hakkında ÖNEN tarafından ileri sürülen görüşü de aktarmakta fayda vardır. Yazar, bu davayı inşâi dava olarak nitelendirdikten sonra (s. 101) bu davalarda tespit unsurunun (sözleşmedeki bir unsurun tespit edilmesi) daha ön plânda olduğu gerekçesiyle görünüşte bir tespit hükmünün bulunduğunu imâ ederek inşâi karakterin bunun arkasına gizlendiğini belirtip nihayet bu davanın "örtülü inşâi dava" niteliğinde bulunduğunu ifade etmiştir (s. 101). Yazarın Alman hukukuna dayandırdığı bu kavram kanaatimce "gizli inşâi hüküm"den farklıdır. Zira cezaî şartın indirilmesi davasında tek bir hüküm vardır. Oysa eda davasının açılması ile ortaya çıkabilecek gizli inşâi hükümde ise eda veya tespit hükmünün yanında ayrıca gerekçede etkisini gösteren gizli inşâi hüküm bulunmaktadır.

⁷⁴ ALANGOYA / YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, cezaî şartın indirilmesi davasının da aralarında bulunduğu kimi davalar için şöyle demektedir: "Bu durumlarda inşâi bir dava açılabilmesi gibi açılmış bir eda dâvasında dâvalı tarafından inşâi hüküm talep edilebilir." (s. 209); benzer şekilde bkz. ROSENBERG / SCHWAB / GOTTWALD, § 92, Rdnr. 12.

⁷⁵ ROSENBERG / SCHWAB / GOTTWALD, § 92, Rdnr. 12.

⁷⁶ ROSENBERG / SCHWAB / GOTTWALD, § 92, Rdnr. 12; ALANGOYA / YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, s. 209; KLEINSCHMIDT, s. 278.

⁷⁷ Cezaî şartın 'aşırı' bulunmayarak davacının talebinin kabul edilmesi durumunda ise ortada sadece eda hükmü mevcuttur (Karş. GOTTWALD, § 343, Rdnr. 1).

⁷⁸ Tenkis savunması hakkında mahkemece verilecek kararın esasen inşâi etkiye sahip olduğu belirtilmişti. Ancak genel olarak inşâi hükümlerin inşâi etki yanında ayrıca kesin hüküm etkisine de sahip olduğu bugün öğretilde çoğunluk tarafından kabul edilmektedir (ÖNEN, s. 184 vd; ROSENBERG / SCHWAB / GOTTWALD, § 92, Rdnr. 14; ALTHAMMER, Christoph in: Kommentar zur ZPO, 23. Aufl, B. 4, Ed: STEIN, Friedrich / JONAS, Martin, §§ 271-327, Tübingen, 2018, § 322, Rdnr. 58; BUSCHER, Wolfgang, Zivilprozessordnung und Nebengesetze Großkommentar, Fünfter Band, Teilband 1, (§§ 300-329), 4. Aufl, Ed: WIECZOREK, Bernhard / SCHUTZE, Rolf A, Berlin/Boston, 2015, § 322, Rdnr. 42; ALANGOYA / YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM,

İsviçre Federal Mahkemesi, gizli inşâî hükmü konu alan bir uyuşmazlığa ilişkin davada, davalının savunması hakkında mahkeme tarafından yapılan tespitin (tespit gerekçede bulunsa bile) kesin hüküm etkisi bulunduğu karar vermiştir⁷⁹. Bu karar öğretilerde eleştirilmiştir. Diğer inşâî davaların aksine, burada inşâî hakkın varlığı veya yokluğu hakkında mahkeme kararının kesin hüküm etkisi olmadığı⁸⁰; zira davalının savunması hakkında verilen karar ön soruna ilişkin bir karar olup, ön sorunlar hakkında verilen kararların ise kesin hüküm etkisine sahip olmadığı ifade edilmiştir⁸¹.

Gerçekten bir davada kural olarak, davalı tarafından ileri sürülen itiraz ve def'iler için kesin hüküm etkisi ortaya çıkmaz⁸². Çünkü mahkemenin bu savunma sebepleri hakkında ulaştığı sonuçlar hüküm fıkrasında değil hükmün gerekçesinde yer alır⁸³. Oysa Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 303. maddesinin ikinci fıkrasına göre, bir hüküm, davada ileri sürülen taleplerden, sadece hükme bağlanmış olanlar hakkında kesin hüküm oluşturur. Nitekim öğretilerde de, kesin hükmün hüküm fıkrasıyla sınırlı olduğu görüşü hâkimdir⁸⁴. İnceleme konumuzla ilgili olarak, tenkis savunmasına ilişkin kararın hüküm fıkrasında yer alıp alamayacağı meselesi üzerinde de durulmalıdır. İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre,

s. 210; DIRENISA, s. 53 vd; SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral, "İnşai Karar ve Özellikleri", 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara, 2004, s. 565).

⁷⁹ BGE 67 II 207, 214.

⁸⁰ SOGO, s. 61.

⁸¹ SOGO, s. 61.

⁸² DODORER, Hans-Joachim, "Auswirkungen materieller Rechtskraft auf Einwendungen und Einreden", NJW, 1991. s. 878 vd; UMAR, Şerh, s. 885; hükmüle mantikî bağ içinde bulunan gerekçenin de kesin hüküm etkisinde kaldığı görüşünden hareket edilerek davalının itiraz ve def'i savunmalarının da kesin hüküm kapsamında kabul edilebileceği hakkında bkz. ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 560.

⁸³ UMAR, Bilge, "İsviçre – Türk Hukukunda İrade Fesatları Karşısında Hâkimin Rolü", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 33, S. 3-4, 1967, s. 239.

⁸⁴ Bu konudaki görüşler için toplu olarak bkz. ERDOĞAN, Ersin, Hakem Kararlarının Kesin Hüküm Etkisi, Yetkin, Ankara, 2017, s. 143; ayrıca bkz. ÖZKAYA-FERENDECİ, Hamide Özden, Kesin Hükümün Objektif Sınırları, İstanbul, 2009, s. 49 vd; gerekçe ve kesin hüküm arasındaki ilişki için ayrıca bkz. ZEUNER, Albrecht, Die Objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen Rechtlicher Sinnzusammenhänge, Tübingen, 1959. s. 6 vd; MERİÇ, Nedim, "Türk Hukukunda Maddî Anlamda Kesin Hükümün Objektif Sınırları", MİHDER, S. 7, 2007, s. 420 vd.

davalının savunması hakkındaki kararın hüküm fıkrasına geçirilip geçirilmemesi mahkemenin takdirindedir⁸⁵. Ancak bu yaklaşım, talepten farklı bir şeye karar verilemeyeceğine ilişkin kurala aykırı olması sebebiyle eleştirilmiştir⁸⁶. Kanaatimce İsviçre Federal Mahkemesi'nin görüşüne üstünlük tanınmalıdır. Zira davalı, tenkis def'î ile bir anlamda yapmış olduğu savunma hakkında inşaî hüküm verilmesini talep etmiş olmaktadır. Davalının burada karşı dava açmaması, Kanun'un dava konusu hakkın def'î yoluyla ileri sürülmesine izin vermesinden kaynaklanmaktadır. Gerek tenkis davasının kabulü gerekse davalının ileri sürdüğü tenkis def'înin haklılığının tespiti aynı sonuçları doğurur. Zira tenkis def'î ile tenkis davasının konusu aynıdır⁸⁷. Dolayısıyla davalının def'î yoluyla yaptığı savunma hakkında - sanki o konuda tenkis davası açılmış gibi - mahkemenin vereceği kararın hüküm fıkrasında gösterilmesi (kesin hükmün kapsamı hakkında tereddütleri ortadan kaldıracığı için) isabetli olacaktır^{88,89}. Hüküm fıkrasında yer alması sebebi ile tenkis savunması hakkındaki mahkeme kararı kesin hüküm etkisine sahip olur.

Tenkis savunması hakkındaki mahkeme kararının hüküm fıkrasında değil de sadece gerekçede yer aldığı faraziyesinde dahi kesin hüküm bakımından aynı sonuca varılmalıdır. Başka bir anlatımla, mahkeme tarafından yapılan ve gerekçede yer alan tespit, davalının tenkis isteme hakkının bulunup bulunmadığı konusunda kesin hüküm etkisine sahip

⁸⁵ BGE 67 II 207, 214.

⁸⁶ SOGO, s. 61.

⁸⁷ Bkz. yuk. I.

⁸⁸ Esasen karşı dava açılmadan da davalının savunması hakkındaki kararın hüküm fıkrasında belirtilmesi gerektiği, öğretide takas savunması bakımından ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, takas savunmasına konu olacak miktarının davacının alacağından daha az olması durumunda, mahkeme tarafından takas oranında alacağın bulunduğu tespit ve kalan miktar için eda hükmü verilmesi gerekir ve böylece her iki alacağın varlığına ilişkin tespit de kesin hüküm kapsamında kalır (MERİÇ, Neditim, "Takas Alacağı Hususunda Teksif İlkesinin Uygulanma Sorunu ve Yol Açtığı Tartışmalar", MİHDER, S. 26, 2013, s. 74, 75).

⁸⁹ Karş. "[...] Yargılama sırasında, miktar belirtilmeden bilirkişi raporunda belirtilen miktar üzerinden harcın tamamlanması için süre verildiği, davacı tarafça harç ikmali yapıldığı, yargılama sonunda ise kabul edilen tenfiz değeri açıklanmadan hüküm kurulduğu belirlenmektedir. O halde; mahkemece; vasiyetnamenin tenfizi ve tenkise yönelik bedel tahsiline ilişkin aynı zamanda hüküm kurulacağından [...]" Yarg. 3. HD, 13.12.2018, E. 2018/5638, K. 2018/12761 (www.kazanci.com.tr).

olmalıdır. Nitekim kesin hüküm hüküm fıkrasıyla sınırlı olması kuralının bazı istisnaları vardır. İlk olarak, hükümle mantıkî bağ içinde bulunan gerekçenin kesin hüküm etkisine sahip olduğu kabul edilmektedir⁹⁰. Yine davanın hangi sebeple reddedildiğinin belirlenebilmesi için hüküm gerekçesine bakılmalıdır⁹¹. Ölüme bağlı tasarruf ile mirasçının saklı payının tamamı ihlâl edilirse dava reddedilir. Davanın reddi kararında, ret sebebinin yer aldığı hüküm gerekçesinin kesin hüküm kapsamına dâhil olması sebebiyle, mirasbırakanın tasarrufunun davalı mirasçının saklı payını ihlâl ettiği hususu kesin hüküm kapsamında kalır. Mirasbırakanın tasarrufu davalı mirasçının saklı payının bir kısmını ihlâl etmiş ise, ihlâl edilen miktar indirildikten sonra kalan miktarın davalı tarafından verilmesine hükmedilir. Aslında gerekçede tespit edilen hususun kesin hüküm kapsamında kalması bakımından, davanın saklı payın ihlâl edilmesi sebebiyle kısmen veya tamamen reddedilmesi arasında bir fark yoktur. Eğer dava kısmen reddedilirse de, davacının talep etmiş olduğu şeyin bir kısmının reddedildiği hüküm fıkrasında yer alır ve bu redde ilişkin gerekçe de hüküm fıkrasında belirtilir. Dolayısıyla gerekçede yer alan saklı payın ihlâl edildiğine ilişkin tespit kesin hüküm kapsamında kaldığı kabul edilmelidir.

Tenkis savunması haklı bulunmaz ise (ve maddî hukuka ilişkin diğer şartlar da mevcutsa) davanın kabulüne karar verilir. Bu durumda, mirasbırakanın tasarrufunun davalı mirasçının saklı payını ihlâl etmediğine ilişkin gerekçede yer alan tespit ile hüküm arasında zorunlu mantıkî bağ olduğu ve dolayısıyla söz konusu tespit kesin hüküm etkisine sahip bulunduğu kabul edilmelidir. Bu kabulün pratik sonucu da vardır: Tenkis savunmasının haklı bulunmadığına ilişkin tespit ile ölüme bağlı tasarrufun saklı payı ihlâl etmediği (tenkis isteme hakkının bulunmadığı) ortaya çıkar ve kesin hüküm sebebiyle davalı daha sonra (hak düşürücü süre

⁹⁰ UMAR, Şerh, s. 888 vd; GÜRDOĞAN, Burhan, Medenî Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı, Ankara, 1960; s. 43 vd; KARSLI, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, 4. Bası, İstanbul, 2014, s. 538; ATALI, Murat, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C. III, 15. Bası, İstanbul, 2017, s. 2059; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 560; ÖZKAYA-FERENDECİ, Kesin Hüküm, s. 50 vd; MERİÇ, Kesin Hüküm, s. 423; DİRENİSA, s. 99 vd; ERDOĞAN, s. 144.

⁹¹ ÖZKAYA-FERENDECİ, Kesin Hüküm, s. 180; MERİÇ, Kesin Hüküm, s. 421 vd; DİRENİSA, s. 98.

dolmamış olsa bile - TMK m. 571/1-) tenkis davası açamaz. Eğer tenkis davası açılırsa, kesin hüküm sebebiyle davanın usûlden reddine karar verilir (HMK m. 114/1-i)⁹².

Buraya kadar yapılan açıklamalar, tenkis savunması yapılması üzerine mahkemenin bu savunma hakkında yapacağı tespitin kesin hüküm etkisinin bulunup bulunmadığı hususuyla ilgiliydi. Şimdi ise davada tenkis savunmasının yapılmamış olması üzerinde durulmalıdır. Acaba davada tenkis def'î ileri sürülmez ve dava kabul edilirse, hükmün kesinleşmesinden sonra davalı (eğer hak düşürücü süre dolmamışsa) tenkis davası açabilir mi? Bu soru esasen kesin hükmün zaman bakımından sınırlarıyla ilgilidir. Tarafların iddia ve savunmalarını yargılamaya getirebilecekleri son zaman kesiti, kesin hükmün zaman bakımından sınırını oluşturur⁹³. Bu zaman kesitine kadar mevcut olan ancak yargılamaya getirilmeyen vakıaların sonraki yargılamada ileri sürülmesi, kesin hükmün sukut etkisi sebebiyle mümkün değildir⁹⁴. Kesin hükmün sukut etkisi, hem davacının istemini haklı gösteren vakıalar hem de davalının savunma sebepleri (itiraz ve def'î) bakımından ortaya çıkar⁹⁵. Bir davada davalının inşâî hakkını kullanma imkânı varken bunu kullanmaması durumunda hükmün kesinleşmesinden sonra bu inşâî hakkı kullanıp kullanamayacağı meselesi tartışmalıdır⁹⁶. Bir görüşe göre, kesin hükmün sukut etkisi sebebiyle söz konusu inşâî hak ortadan kalkar⁹⁷. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise, eğer burada sukut etkisi kabul edilirse, yenilik doğuran hakkın ileri sürülmesine ilişkin maddî hukukta düzenlenen süre usûl

⁹² Tersi bir durumda, yani tenkis isteme hakkının bulunduğu tespit edilmesi ve bunun kesinleşmesinden sonra ilk davada davalı konumunda bulunan mirasçının daha sonra tenkis davası açması inşâî etki sebebiyle mümkün değildir. Zira o inşâî hak ilk yargılamada kullanılmış ve varlığı tespit edilerek inşâî etki ortaya çıkmıştır. (İnşâî kararların, ilişkin olduğu dava hakkını sona erdirmesi ile ilgili genel olarak bkz. SUNGURTEKİN ÖZKAN, s. 575).

⁹³ ALANGOYA / YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, s. 565; ATALI, s. 2072; ÖZKAYA-FERENDECİ, Hamide Özden, "Kesin Hükmün Zaman İtibariyle Sınırları", Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul, 2007. s. 191.

⁹⁴ ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 156, Rdnr. 5; UMAR, Bilge, İrade Fesadı, s. 240; ÖZKAYA-FERENDECİ, Zaman İtibariyle, s. 185.

⁹⁵ BUSCHER, § 322, Rdnr. 171.

⁹⁶ Bu konuda bkz. ÖZKAYA-FERENDECİ, Zaman İtibariyle, s. 188 vd.

⁹⁷ BUSCHER, § 322, Rdnr. 179; ÖZKAYA-FERENDECİ, Zaman İtibariyle, s. 190.

hukuku tarafından kısaltılmış olur ki bu sonuç adil değildir⁹⁸. Üstelik inşaî hakkın daha sonra kullanılması artık yeni bir vakia olarak değerlendirilmelidir⁹⁹. Ayrıca Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 303. maddesinin ikinci fıkrasına göre, kesin hüküm bir davada ileri sürülen taleplerden, sadece hükme bağlanmış olanlar hakkında ortaya çıkar. Gizli tenkis davası olarak değerlendirdiğimiz tenkis def'i ileri sürülmemiş ise, mahkeme de o konuda bir karar veremeyecek ve bu konuda kesin hüküm ortaya çıkmayacaktır. Dolayısıyla aleyhine açılan ölüme bağlı tasarrufun ifası davasında tenkis def'ini ileri sürmeyen davalı mirasçının, daha sonra (hak düşürücü süre içinde olmak şartıyla) tenkis davası açabilmesine izin verilmelidir.

SONUÇ

Çalışmada, yargılamada ileri sürülen tenkis def'i, medenî usûl hukuku bakımından gösterdiği özellikler yönüyle incelenmiştir. Bu incelemenin sonucunda, tenkis def'i ile tenkis davasının büyük ölçüde benzer etkiler gösterdiği tespit edilmiştir. Nasıl ki tenkis davası ile inşaî etki ortaya çıkmakta ise, eda davası niteliğinde olan ölüme bağlı tasarrufun ifası amacıyla açılan davada tenkis savunmasının haklı bulunması durumunda da aynı inşaî etki ortaya çıkmaktadır. Zira her iki durumda da ölüme bağlı kazandırma geçersiz duruma gelmektedir. Tenkis def'i ile tenkis davası arasındaki benzerlikten hareket edilerek, tenkis davası açabilecek olan kişilerin (örneğin saklı paylı mirasçının alacaklısının) kural olarak tenkis def'i ileri sürebilmelerinin mümkün olduğu tespit edilmiştir.

Tenkis davasında hüküm fıkrasında ortaya çıkan inşaî etki, tenkis def'inin ileri sürüldüğü davada ise verilen kararın gerekçesinde ortaya çıkar. Tenkis def'i hakkındaki tespitin hükümde yer almayıp gerekçede bulunması sebebiyle inşaî etki gerekçeye gizlenmiştir. Eda davalarında inşaî etkinin ortaya çıkmasına neden olan tenkis savunması, davalının diğer savunmalarından (zamanaşımı, takas gibi) bu yönüyle ayrılmaktadır.

⁹⁸ ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 156, Rdnr. 4; bu ve başka gerekçelerle inşaî hakkın daha sonra kullanılabilmesi hakkında ayrıntılı olarak bkz. UMAR, İrade Fesadı, s. 240 vd.

⁹⁹ ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 156, Rdnr. 4.

Eda hükmü ve gerekçeye gizlenen inşâî hükmün aynı dava içinde etkileşim içinde bulunması, tenkis savunması hakkında yapılan ancak hüküm fıkrasında yer almayan tespitin kesin hüküm kapsamında kalıp kalmayacağı sorusunu akla getirebilir. Esasen bu soru, genel olarak eda davalarında inşâî etkinin ortaya çıkabildiği diğer durumlar (cezaî şartın tahsiline ilişkin davada, bu şartın fahiş bulunması sebebiyle indirilip eda hükmü kurulmasında olduğu gibi) için de düşünülebilir. Davalının savunmasına ilişkin tespitlerin gerekçede yer alması sebebiyle, bu tespitlerin kesin hüküm kapsamında kalmadığı şeklinde bir düşünce, hüküm fıkrasıyla mantıkî bir bağ içinde bulunan gerekçenin de kesin hüküm etkisini haiz olacağı yaklaşımı karşısından uygun bir çözüm olmaz. Ne var ki, bu konudaki tereddütleri ortadan kaldırmak için tenkis savunması hakkındaki kararın - sanki o konuda bir tenkis davası açılmış gibi- hüküm fıkrasında gösterilmesi uygun olacaktır. Böylece öğretide karşı dava açılmadan ileri sürülen takas savunması hakkındaki kararın hüküm fıkrasında gösterilmesi gerektiğine ilişkin yaklaşımın¹⁰⁰, tenkis savunması bakımından da uygun olacağı sonucuna varılmıştır.

¹⁰⁰ Bkz. yuk. III, B.

KAYNAKLAR

- Alangoya, Yavuz / Yıldırım, M. Kâmil / Deren-Yıldırım, Nevhis: Medenî Usul Hukuku Esasları, 8. Bası, İstanbul, 2011.
- Albaş, Hakan, "Miras Hukukunda İptal ve Tenkis Def'i", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 18, S. 3, 2012 (s. 143-162).
- Althammer, Christoph in: Kommentar zur ZPO, 23. Aufl, B. 4, Ed: STEIN, Friedrich / JONAS, Martin, §§ 271-327, Tübingen, 2018.
- Antalya, Gökhan / Sağlam, İpek, Miras Hukuku, C. III, 4. Bası, Ankara, 2019.
- Assmann, Dorothea in: Zivilprozessordnung und Nebengesetze Großkommentar, Vierter Band, (§§ 253-299a), 4. Aufl, Ed: Wiczorek, Bernhard / Schutze, Rolf A, Berlin/Boston, 2013.
- Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder / Taşpınar Ayvaz, Sema / Hanağası, Emel, Medenî Usul Hukuku, 4. Bası, Ankara, 2018.
- Atalı, Murat, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C. III, 15. Bası, İstanbul, 2017.
- Atalı, Murat / Ermenek, İbrahim / Erdoğan, Ersin, Medenî Usûl Hukuku, 2. Bası, Ankara, 2019.
- Ayan Mehmet, Miras Hukuku, 9. Bası, 2016.
- Berki, Şakir, "Türk Medeni Kanunu'nda Mahfuz Hisse Çeşitleri ve Rolü", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 3, 1969 (s. 215-236).
- Bulut, Uğur, Medenî Usûl Hukukunda Davaların Yığılması, Ankara, 2017.
- Buscher, Wolfgang in: Zivilprozessordnung und Nebengesetze Großkommentar, Fünfter Band, Teilband 1, (§§ 300-329), 4. Aufl, Ed: Wiczorek, Bernhard / Schutze, Rolf A, Berlin/Boston, 2015.
- Buz, Vedat, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara, 2005.
- Bohnet, François / Droese, Lorenz, Präjudizienbuch ZPO, Bern, 2018.
- Bötticher, Eduard, Die Wandlung als Gestaltungsakt, Heidelberg, 1938.
- Blomeyer, Wolfgang/Rolfs, Christian/Otto, Klaus, Betriebsrentengesetz, 7. Auflage, München, 2018.
- Dauner-Lieb, Barbara / Dötsch, Wolfgang, "Prozessuale Fragen rund um § 313 BGB", NJW, 2003 (s. 921-927).

- Direnisa, Efe: Die Materielle Rechtskraft im deutschen und türkischen Zivilverfahrensrecht, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2012.
- Dişel, Buse, Dava Takip Yetkisi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir, 2019.
- Dodorer, Hans-Joachim, "Auswirkungen materieller Rechtskraft auf Einwendungen und Einreden", NJW, 1991.
- Erdoğan, Ersin, Hakem Kararlarının Kesin Hüküm Etkisi, Ankara, 2017.
- Eren, Fikret, Türk Medeni Hukukunda Tenkis Davası, Ankara, 1973.
- Fankhauser, Roland in: CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht -Erbrecht- 3. Aufl, Hrsg: Breitschmid, Peter / Rumo-Jungo, Alexandra, 2016.
- Gernhuber, Joachim, Das Schuldverhältnis: Begründung und Änderung, Pflichten und Strukturen Drittwirkungen, Tübingen, 1989.
- Gottwald, Peter in: Münchener Kommentar zum BGB, B. III, 8. Aufl, 2019.
- Göksu, Tarkan, "Rechtsbegehren in erbrechtlichen Klagen", Anwaltsrevue, 2020 (s. 74-78).
- Gürdoğan, Burhan, Medenî Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı, Ankara, 1960.
- Hattenhauer, Christian, Einseitige private Rechtsgestaltung, Tübingen, 2011.
- İmre, Zahit / Erman, Hasan: Miras Hukuku, 13. Basım, İstanbul, 2017.
- Karslı, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, 4. Bası, İstanbul, 2014.
- Kazancı, İdil Tuncer / Öcal Apaydın, Bahar, "Mirasçıların Alacaklılarını Koruyan Davalar ile Tasarrufun İptali Davası İlişkisi", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı C. 2, 2015 (s. 775-808).
- Kleinschmidt, Jens, Delegation von Privatautonomie auf Dritte, Tübingen, 2014.
- Kocayusufoğlu, Necip, Miras Hukuku, 3. Bası, İstanbul, 1987.
- Krämer, Andrea, Der Widerruf im Arbeitsrecht, Berlin, 1998.
- Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I, 6. Bası, İstanbul, 2001 (C. I).
- Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. II, 6. Bası, İstanbul, 2001 (C. II).

- Kuru, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. V, 6. Bası, İstanbul, 2001 (C. V).
- Kuru, Baki, *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*, 2. Bası, Ankara, 2013 (*El Kitabı*).
- Kuru, Baki, *Medenî Usûl Hukuku El Kitabı*, C. I, Ankara, 2020.
- Larenz, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 2. Aufl, Berlin-Heidelberg, 1992.
- Meriç, Nedim, "Türk Hukukunda Maddî Anlamda Kesin Hükümün Objektif Sınırları", MİHDER, S. 7, 2007 (s.377-434) (*Kesin Hüküm*).
- Meriç, Nedim, "Takas Alacağı Hususunda Teksif İlkesinin Uygulanma Sorunu ve Yol Açtığı Tartışmalar", MİHDER, S. 26, 2013 (s. 57-77) (*Takas*).
- Minnig, Yannick in: OFK - Orell Füssli Kommentar ZGB, 3. Aufl, 2016.
- Nar, Ahmet, *Türk Miras Hukukunda Tenkis*, İstanbul, 2016.
- Nunner-Krautgasser, Bettina: "Haftungsrechtliche Unwirksamkeit infolge Insolvenzanfechtung und ihre Tragweite in der Insolvenz des Anfechtungsgegners", ZIK Spezial - Insolvenzrecht und Kreditschutz 2015, ed: Konecny Andreas, Wien, 2015 (s. 129-145).
- Oğuzman, M. Kemal, *Miras Hukuku*, 6. Bası, İstanbul, 1995.
- Önen, Ergün, *İnşâî Dâva*, Ankara, 1981.
- Özkaya Ferendeci, Hamide Özden: *Kesin Hükümün Objektif Sınırları*, İstanbul, 2009 (*Objektif*).
- Özkaya Ferendeci, Hamide Özden: "Kesin Hükümün Zaman İtibariyle Sınırları", Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul, 2007. s. 191. (*Zaman İtibariyle*).
- Pekcanıtez, Hakan, *Medenî Usûl Hukukunda Fer'i Müdahale*, Ankara, 1992 (*Müdahale*).
- Pekcanıtez, Hakan, *Belirsiz Alacak Davası*, Ankara, 2011.
- Pekcanıtez, Hakan, *Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, C. I, 15. Bası, İstanbul, 2017 (*Pekcanıtez Usûl*).
- Pekcanıtez, Hakan / Taş Korkmaz, Hülya, *Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, C. II, 15. Bası, İstanbul, 2017.
- Pichler, Markus, "Rechtsfragen im Zusammenhang mit den Fristen zur Ungültigkeitsklage und zur Herabsetzungsklage", *Anwaltsrevue* 2020 (s. 63-68).

- Postacioğlu, İlhan E / Altay, Sümer, *Medenî Usûl Hukuku Dersleri*, 7. Bası, İstanbul, 2015.
- Rosenberg, Leo / Schwab, Karl Heinz / Gottwald, Peter, *Zivilprozessrecht*, 18. Aufl, München, 2018.
- Schlosser, Peter, *Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile*, Bielefeld, 1966.
- Seibert, Ulrich, "Auslegung und Inhaltskontrolle arbeitsvertraglicher Verweisungen", *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 1985 (s. 730-733).
- Serozan, Rona / Engin, Baki İlkay, *Miras Hukuku*, 6. Bası, Ankara, 2019.
- Simil, Cemil, *Belirsiz Alacak Davası*, İstanbul, 2013.
- Sogo, Miguel, *Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile des materiellen Rechts und ihre Auswirkungen auf das Verfahren*, Zürich, 2007.
- Sungurtekin Özkan, Meral, "İnşai Karar ve Özellikleri", 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara, 2004 (s. 553-376).
- Tanrıver, Süha, *Medenî Usûl Hukuku*, C. I, 2. Bası, Ankara, 2018.
- Turan Başara, Gamze, "Ölüme Bağlı Tasarrufların Tenkisi ve Tenkis Davası", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 27, 2016.
- Umar, Bilge, "İsviçre – Türk Hukukunda İrade Fesatları Karşısında Hâkimin Rolü", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 33, S. 3-4, 1967.
- Umar, Bilge, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 2. Bası, Ankara, 2014.
- Üstündağ, Saim, *İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi Yasağı*, İstanbul, 1967.
- Üstündağ, Saim, *Medeni Yargılama Hukuku*, 7. Bası, İstanbul, 2000.
- Würdinger, Markus in: *Münchener Kommentar zum BGB*, B. III, 8. Aufl, 2019.
- Zeuner, Albrecht, *Die Objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen Rechtlicher Sinnzusammenhänge*, Tübingen, 1959.