

GENEL OLARAK YASAK İŞLEMLER*

Prohibited Transactions in General

  Nagehan KIRKBEŞOĞLU**

ÖZET

Anne ve baba, velayetleri çerçevesinde üçüncü kişilere karşı çocuklarının yasal temsilcisidirler. Velayetin kaldırılması sebepleri varsa ve velayet ana babanın her ikisinden kaldırılırsa çocuğa bir vasi atanır. Ergin olup kısıtlama gerektiren sebeplerle kısıtlanan her ergin kişiye de vasi atanır. Aynı şekilde kısıtlanan ergin çocuklar kural olarak vesayet altına alınmayıp velayet altında bırakılır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) 449. Maddesine göre vesayet altındaki kişi adına kefil olmak, vakıf kurmak ve önemli bağışlamalarda bulunmak yasaktır. Madde hükmünde her ne kadar vesayet altında ibaresi zikredilmiş olsa da madde hükmünün velayet altındaki sınırlı ehliyetsizleri de kapsadığı kabul edilmektedir. Vesayet altındaki kişi TMK.m.449 hükmünde ve mevzuatın çeşitli hükümlerinde sayılan işlemleri ne bizzat kendisi ne de vasinin izni ile yapabilmektedir. Aynı şekilde vasinin de bu işlemleri vesayet altındaki kişi adına yapması mümkün değildir. Biz bu çalışma ile genel olarak yasak işlemlerin uygulama alanını ortaya koymaya çalışarak yasak işlemleri mukayeseli hukuk çerçevesinde incelemeyi amaçladık. Ancak bunu yaparken çalışma alanımızı kefil olma, vakıf kurma, önemli bağışlamada bulunma ve rekabet yasağı sözleşmesi ile sınırlı tutmayı uygun gördük.

Anahtar Kelimeler: Vasi, Yasak işlemler, Veli, Vesayet, Velayet

ABSTRACT

Father and mother are the legal representatives of their children against third parties within the framework of their custody. If there are enough reasons to remove custody and if custody is removed from both parents, a guardian is assigned to the child. A guardian is also assigned to every adult who is of age and restricted due to reasons requiring restriction. Likewise, restricted adult children are not placed under guardianship as a rule, but are left under custody. According to Article 449 of the Turkish Civil Code (TCC) No. 4721 being a

*İnceleme Makalesi.

Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 13.07.2023, Kabul Tarihi: 10.08.2023.

**Doç. Dr., Muğla Sıtkı Koçman Üniversitesi - Fethiye İşletme Fakültesi.

surety, establishing a foundation and making significant donations on behalf of the person under guardianship is forbidden. Although the phrase under guardianship is used in the article provision, it is accepted that the article provision includes limited incompetent persons under custody. The person under guardianship cannot perform the transactions listed in Article 449 of the Turkish Civil Code and in various provisions of the legislation either by herself or with the permission of the guardian. Likewise, it is not possible for the guardian to carry out these transactions on behalf of the person under guardianship. With this study, we aimed to reveal the application area of prohibited transactions in general and to examine prohibited transactions within the framework of comparative law. However, while doing this, we have deemed it appropriate to limit our field of work to being a surety, establishing a foundation, making important donations and a non-compete agreement.

Keywords: Guardian, Prohibited Transactions, Custodian, Guardianship, Custody

I. MUKAYESELİ HUKUKTA YASAK İŞLEMLER

A. Avusturya Hukukunda

Avusturya Hukukunda Türk Hukukunda olduğu gibi 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu¹ 449. maddesinde öngörül­düğü gibi bir işlem yasağı söz konusu değildir. Bu anlamda kefil olma, önemli bağışlamalarda bulunma ve vakıf kurma işlemleri bakımından bir işlem yasağının bulunduğundan bahsedilemez. § 154 Abs. 3 ABGB hükmüne göre mülkiyetin devrine ilişkin işlemlerin olağan ticari faaliyetlerin bir parçası olmaması koşuluyla, bu işlemlerin bir ebeveynin rızası, yasal olarak etkili olabilmesi için diğer ebeveynin rızasını ve mahkemenin onayını gerektirir. Bu koşul altında, buna özellikle gayrimenkul satışı, ipotek ve benzeri takyidat, sınırlı aynı hak tesis etme, iktisap, mülkiyet türünü değiştirme (örneğin müstakil yapıyı yıkarak kat mülkiyetli apartman yapma), ayrıca bir şirketin amacındaki değişiklik, tasfiyesi, satışı, bir şirket veya kooperatife ortak olma veya şirket türünün değiştirilmesi, miras hakkından feragat, bir mirasın koşulsuz kabulü (böylece terekenin borçlarında da sorumluluk), yüklemeli bir bağışlamanın kabulü veya bağışlama önerisinin reddi, §§ 230a ve 230b'de düzenlenen haller dışında yargılamanın gerektirdiği teminat yatırma gibi işlemler dahildir. Dolayısıyla olağan ticari faaliyetler kapsamındaki bağışlamalar ebeveynler tarafından tek başına yapılabilecektir. Doktrinde olağan ticari faaliyetler kapsamında kalsa bile bağışlama sözleşmesinin yasal temsilci tarafından tek başına yapılmasının ne kadar isabetli olduğu tartışılmaktadır². Olayların birçoğunda borçlandırıcı işlemlerin önemli bir para meblağını içerdiğinden bahisle ki çoğu zaman bu bir bağışlamadan ibaret olmaktadır yasal temsil temsilcinin tek başına hareket olanağının bulunmaması gerektiği

¹ Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG: 8.12.2001/24607

² Heinrich Klang ve Franz Gschnitzer, *Kommentar zum ABGB*, 1. Band, 2.Halbband (2.Auflage, Österreichischen Staatsdruckerei 1962) 678.

düşünülmektedir. Doktrinde bir görüş de evli çiftlerin mal rejimi sözleşmesi yapmasının yasak işlem olması gerektiği savunmaktadır³.

B. Fransız Hukukunda

Fransa'da yasal temsilcinin görevleri iki şekilde şekillenmektedir: 1- kişisel yönetim 2- malvarlığı yönetimidir. Kanundan doğan yasal temsilcinin ana görevi özellikle malvarlığı yönetiminde gündeme gelmektedir. Malvarlığı yönetimi şeklinde kendini gösteren yasal temsilcilik Fransız Medeni Kanununun 450.maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin amacı hiç şüphesiz sınırlı ehliyetsiz kişiyi borçlandırıcı işlemler çerçevesinde kendine karşı bile "tuteur ad hoc" ⁴ yoluyla korumaktır. Fransız hukukunda yasak işlemler müessesesi tanınmış olup, Fransız Medeni Kanununun 450. maddesinin 3.fıkrası bazı işlemler bakımından sınırlı ehliyetsizin ve dahi yasal temsilcinin onun adına işlem yapamayacağından bahsetmiştir. Bunun dışında sınırlı ehliyetsizin kendine ait taşınır ve taşınmaz eşyaları satması da madde hükmü kapsamında kabul edilmektedir⁵. Ancak burada yasak işlem mutlak değildir. Yasal temsilci bu işlemlere rıza gösterirse işlem geçerli olacaktır. Aynı şekilde sınırlı ehliyetsiz bir kimsenin borcu için taşınmazı üzerinde ipotek veremez⁶. Yine kendi taşınmazını başkası lehine sınırlı bir ayni hak ile kayıtlayamaz. Bir taşınmazdaki kendi lehine olan sınırlı bir ayni hakkı terkin ettiremez. Hatta bir görüşe göre sınırlı ehliyetsizin kiralayan olduğu bir taşınmazda kira sözleşmesini tek taraflı olarak kendi başına feshedemeyeceği ileri sürülmektedir⁷. Ancak bu işlemlerdeki yasak mutlak değildir. Sınırlı ehliyetsiz her nasılsa bu işlemleri yaptıysa yasal temsilci sonradan icazet vererek işleme geçerlilik kazandırabilir. Doktrinde yasal temsilcinin aleyhine olacak şekilde oldukça fazla meblağlı işlemlere yasal temsilcinin de icazet veremeyeceği görüşü bulunmaktadır⁸.

Fransız Medeni Kanunu 505. maddesinde yasak işlem olarak karşımıza sınırlı ehliyetsizi yükümlülük altına sokan bağışlama sözleşmesi çıkmaktadır. Bu yasak özellikle 16 yaşından küçükler bakımından ve mal rejimi sözleşmeleri bakımından gündeme gelmektedir. Doktrinde karma bağışlamaların da yasak işlemlerden olduğu kabul edilmektedir⁹. Bağışlamalara sadece sadaka vermek ve alışıl gelmiş geleneksel hediyeler (düğünde takılan takılar gibi) bakımından izin verilmektedir. Bunun dışında karma bağışlamalar da yasak işlem kapsamındadır. Aynı şekilde Fransız Ticaret Kanunu hükümlerine göre şirket birleşmesi

³ ibid 679.

⁴ "Tuteur ad hoc koruma kapsamında sınırlı ehliyetsiz kendisi dahi tek başına işlem yapamayacak olup, yasal temsilcisi dahi sınırlı kapsamda onun adına işlem yapabilecektir.

⁵ Marcel Planiol ve René Savatier, *Traité pratique de droit civil français, Tomé I: Les personnes* (2e éd, Revue internationale de droit comparé 1952) 655. Henry Moreau, *Des fonctions du tuteur*, (Librairie des Juris-Classeurs 1933) 204, Marc Juster, *La representation du mineur par son tuteur* (Hachette Livre-bnf 1900) 134.

⁶ Moreau (n 4) 205.

⁷ Gabriel Marty ve Pierre Raynaud, *Droit civil, Les personnes* (2eéd, Paris Sirey 1967) 572.

⁸ Moreau (n 4), 206.

⁹ Gabriel Marty ve Pierre Raynaud (n 6) 600.

şeklindeki işlemler de yasak işlem kapsamındadır. Aynı şekilde sınırlı ehliyetsizin mirastan feragat şeklinde yaptığı miras sözleşmesi de yasak işlem kapsamındadır. Sınırlı ehliyetsizin kefil olduğu sözleşmeler bakımından yasak işlemin gündeme gelmesi konusu Fransız pozitif hukukunda düzenlenmiş değildir. Ancak doktrindeki hakim görüşe göre sınırlı ehliyetsizin kefil olması yasak işlem kapsamındadır¹⁰. Vakıf kurma işlemi bakımından yasak işlem konusu Fransız pozitif hukukunda düzenlenmiş değildir. Doktrinde de vakıf kurma işleminin yasak işlem olacağına ilişkin bir görüş ileri sürülmemiştir. Bu nedenle vakıf kurma işlemi yasak işlem kapsamında değildir.

C. Alman Hukukunda

Alman Hukukunda da önemli bağışlamada bulunma bakımından yasak işlem BGB § 1804 hükmünde düzenlenmiştir. Madde hükmüne göre, yasal temsilci sınırlı ehliyetsiz adına ve hesabına önemli bağışlamada bulunamaz. Bu maddenin kapsamına ahlaki görevin ifası durumundaki bağışlamalar ve geleneksel bağışlamalar girmez. Yasal temsilci ve sınırlı ehliyetsiz bakımından getirilen bu yasak kıyasen velayet altındaki küçükler bakımından da geçerlidir. Bunun dışında sadaka gibi önemli olmayan bağışlamalar madde hükmü kapsamına girmez ve yasak işlem sayılmaz¹¹. Sınırlı ehliyetsiz her nasılsa önemli bağışlamada bulunmuşsa bu işlem kesin hükümsüzdür. Doktrinde bir görüş böyle bir işlemin askıda hükümsüz olduğunu, vesayet makamının ya da yasal temsilcinin icazeti ile geçerlilik kazanabileceğini ileri sürmüştür¹². Aynı şekilde BGB § 1641 uyarınca ana babanın çocuk adına bağışlama yapması yasaklanmıştır.

Alman hukukunda başkaca bir yasak işlem öngörülmemiştir. Vakıf kurma işlemi de yasak işlemler arasında zikredilmemiştir, yalnızca vesayet makamının veya yasal temsilcinin onayı ile geçerlilik kazanabileceği öngörülmüştür. Aynı şekilde kefil olma, ipotek verme ve üçüncü kişinin fiilini taahhüt ve benzeri işlemler de kanunen yasak işlemlerden sayılmamasına rağmen doktrinde bu tarz işlemlerin de yasak işlem olması gerektiği yolunda görüşler ileri sürülmüştür¹³.

D. İsviçre Hukukunda

İsviçre Medeni Kanununun 412.maddesine göre “vesayet altındaki kişi adına kefil olmak, vakıf kurmak ve bağışlarda bulunmak yasaktır”. Alışıl gelmiş hediyeler vermek madde hükmünün kapsamı dışındadır. ZGB Art.412 hükmü yasal temsile ilişkin bir sınırlandırma getirmiştir. Buna göre madde hükmünde sayılan işlemleri yasal temsilci yapamadığı gibi, sınırlı ehliyetsiz de yapamaz. Madde hükmünde her ne kadar vesayet altındakilerden

¹⁰ Henri Mazeaud ve Léon Mazeaud, *Leçon de droit civil, Tomé I* (Montchrestien, 1967) 629.

¹¹ Julius Staudinger ve Helmut Engler, *Kommentar zum BGB mit Einführungsgesetz und Nebengesetz* (10./11. Auflage, de Gruyter 1969) 1084.

¹² Otto Palandt, *Kommentar zum BGB, Beck'sche Kurzkommentare zum BGB* (45. Auflage, C.H. Beck 1986) 775.

¹³ Walter Ermann, *Handkommentar zum BGB in zwei Bänden, Bd. II* (7. Auflage, Aschendorff 1981) 1082.

bahsedilmekte ise de madde hükmünün velayet altındaki sınırlı ehliyetsizleri de kapsadığı kabul edilmektedir¹⁴. Aynı şekilde madde hükmünün ikinci fıkrasında kendisi veya ailesi için önemli bir değere sahip olan malvarlığının da devredilemeyeceği düzenlenmiştir. ZGB Art. 416'ye göre "Yasal temsilcinin vesayet altındaki kişi adına yaptığı aşağıdaki işlemler için vesayet makamının onayı gerekir:

1. taşınmazın tahliyesine ilişkin işlemler, ilgili kişinin yaşadığı yer için sözleşmenin feshi;
2. kişisel verilerin korunmasına ilişkin sözleşmeler,
3. Miras sözleşmeleri ve miras sözleşmelerinin yanı sıra açık bir beyan gerektiriyorsa, bir mirasın kabulü veya feragat edilmesi,
4. Olağan idari işlemlerin ötesine geçen arazi ve binaların iktisabı, satışı, rehni ve diğer aynı takyidatları,
5. Diğer varlıkların iktisabı, satışı, rehni ve bu işlemler olağan idare ve yönetimin yönetimine girmeyen intifa hakkı tesisi,
6. Önemli miktarda kredi almak ve vermek, kambiyo senetlerine borç girmek,
7. Hayat sigortası ve rehin sözleşmeleri ile mesleki emeklilik çerçevesinde bir iş sözleşmesi ile ilgili olmayan hayat sigortası poliçeleri,
8. Bir işletmenin satın alınması veya tasfiyesi, kişisel sorumluluk veya önemli öz sermaye payı ile bir şirkete giriş,
9. Acil durumlarda vasi tarafından geçici tedbirlere tabi olmak kaydıyla ödemedi aciz vesikası almak, dava açma, uzlaşma, tahkim anlaşması veya konkordato anlaşması yapılması."dır. Aynı maddenin 2.fıkrasına göre, vesayet altındaki kişi kendi kararlarını verebilme ve muhakeme kabiliyetine muktedir ise vesayet makamı tarafından işlem ehliyetinin sınırlanmayacağı düzenlenmiştir. Söz konusu madde hükmünün Art.412'ye istisna getirip getirmediği doktrinde tartışılmıştır. Yani vesayet altındaki sınırlı ehliyetsiz vesayet makamı tarafından yetkilendirilmiş ise o taktirde Art.412'de sayılan işlemleri yapabilecek midir? Doktrindeki çoğunluk görüşe göre Art. 412'de sayılan işlemler yetkilendirilen bir meslek veya sanatın uygulanması için yapılmakta ise o taktirde izin verileceği yönündedir¹⁵. Doktrinde ivazlı mirastan feragat sözleşmesi niteliğinde miras sözleşmesi yapmak da yasak işlemler arasında

¹⁴ Marcel Koepfel, *Verbotene Geschäfte (insbesondere Art.408)* (Fehr Druck 1989) 45.

¹⁵ Josef Kaufmann, 'Die Stellung des Beirates nach Art.395 Abs.1 ZGB', (1924) Schweizerische Juristen Zeitung, 125, 126, August Egger, *Kommentar zum Zivilgesetzbuch; Bn. II: Das Familien recht; 3. Abteilung: Die Vormundschaft (Art.360-456)* (2. Auflage, Schulthess 1948) 443. Marianne Lindegger, 'Die Rechte des Mündels im Schweizerischen ZGB: insbesondere der Ausschluss der Vertretungsmacht des Vormundes, das eigene Handeln und die Mitwirkung des Bevormundeten, Abhandlungen zum schweizerischen Recht', (DPhil Thesis, Universität Basel 1952) 35.

kabul edilmektedir¹⁶. Son olarak alışlagelmiş ve örfe dayalı bağışlamaların Art. 412 kapsamında yer almayacağı kabul edilmektedir¹⁷.

Son olarak Art. 240 Abs.2 hükmünde fiil ehliyetine sahip olmayan kişi adına yasal temsilcinin önemli önemsiz ayrımı olmaksızın bağışlama yapamayacağı, olağan hediyeler bakımından istisnanın söz konusu olduğu düzenlenmiştir. Özetle İsviçre Hukukunda hem önemli hem önemsiz bağışlama bakımından yasak söz konusu olup istisnai olarak yasal temsilci tam ehliyetsiz adına sadece olağan hediyelere ilişkin işlem yapabilir.

E. Türk Hukukunda

1. TMK m. 449'da Düzenlenen Yasak İşlemlerin Amacı ve Niteliği

Mevzuatın farklı yerlerinde öngörülen yasak işlemler bir kenara bırakılacak olursa vesayet ve velayet altındaki kişilerin ve onların yasal temsilcilerinin tabi olduğu işlem yasağına ilişkin özel hüküm TMK.m.449 hükmüdür. TMK.m. 449'a göre "vesayet altındaki kişi adına kefil olmak, vakıf kurmak ve önemli bağışlarda bulunmak yasaktır". 743 sayılı Türk Kanunu Medenis'i'nin 392.maddesi metni şu şekildedir: "Vasi, vesayeti altındaki kimsenin malını hibe veya vakfedemeyeceği gibi onun hesabına kefalet de yapamaz". 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu 449. madde gerekçesinde madde hükmünün ratio legis anlamına gelecek bir ifadeye rastlanmamaktadır. Gerekçe şu şekildedir; "Madde, yürürlükteki 392 nci maddeyi karşılamaktadır. Yürürlükteki maddede vasinin bağış yapamayacağı öngörülmüşken yeni düzenlemede yasak olarak yapılan bağışın önemli olması koşulu getirilmiştir. TMK. m. 449'da belirtilen hukuki işlemlerin kanun koyucu tarafından "yasak işlemler" başlığı altında düzenleme altına alınmasının gerekçesinin, belirtilen bu işlemlerin hükmün uygulandığı vesayet altındaki kişiler açısından ivazsız olup yapılmaları halinde sadece onların ekonomik yaşamlarını tehlikeye düşürmelerinin istenmemesi olduğu ifade edilmiştir¹⁸. Hakkında yeteri kadar düşünülmeden yapıldığında kişinin ekonomik varlığının mahvına sebep olma gibi olumsuz neticeler meydana getirme tehlikesi barındırdığından bu hukuki işlemler niteliği itibarıyla yasak işlem olarak kabul edilmiştir¹⁹. Bu nedenle vesayet veya velayet altındaki kişiler bu işlemleri tek başlarına yapamayacakları gibi onları temsilen kanuni temsilcileri tarafından da yapılmaları söz konusu olamaz. Her ne kadar madde metninin lafzından açıkça anlaşılmasa da madde hükmünün düzenleme amacı ve vasinin temel vazifesinin vesayet

¹⁶ Audrey Leuba, *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art.1-456 ZGB*, (3.Auflage, Helbing Lichtenhahn 2006), 2087.

¹⁷ Florian Schiefer, 'Schenkungen aus dem Vermögen Betreuter', (DPhil Thesis, Georg- August Universität 2008) 105.

¹⁸ Koepfel (n 13) 53-54. Hans Heft, *Die Vormundschaftliche Amtsführung*, 67. Heft (Verlag von Stämpfli & Cie 1916) 153; Ferit H. Saymen ve Halid K. Elbir, *Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku*, Cilt: III (2. Bası, Hak Kitabevi 1960) 569. Hıfzı V. Velidedeoğlu, *Türk Medeni Hukuku, Umumi Esaslar-Şahsın Hukuku- Aile Hukuku- Miras Hukuku- Eşya Hukuku (Ayni Haklar)* (3. Bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1963) 513.

¹⁹ Jale Akipek, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş Karaman, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, Cilt:1 (10. Bası, Beta Yayınevi 2021) 332.

altındaki kişinin zarar görmesine mani olarak onu ekonomik açıdan muhafaza etmek ve malvarlığını büyük oranda azaltacak işlemlerden onları korumak olduğu dikkate alındığında bu sonuca ulaşılmaktadır²⁰. Özellikle sınırlı veya tam ehliyetsiz bakımından kefaleti yasaklama İsviçre Hukukunda kefaleti teşvik etmeme yönündeki genel eğilimin sonucudur²¹. Kefalet her zaman tehlikeli bir kurum olmuştur ki İsviçre’de kanun koyucu kefilleri koruyucu bir takım tedbirler ihdas etmiştir. Kefil kendisini tek tarafa borç yükleyen sözleşme ile bağlarken, söz konusu bağlılığın kural olarak asıl borçlunun edimini yerine getirmeme şartına bağlı olmasından dolayı çoğu zaman üstlendiği riskin farkında değildir. Kefilin borçluyla beraber eş zamanlı olarak sorumlu olması halinde bile kefilin borcu borçlunun ödeyeceği yönünde bir ümidi ve beklentisi mevcuttur.

TMK.m.449 hükmü emredici nitelikte bir hüküm olup, taraflarca aksi kararlaştırılmaz. Aynı şekilde TMK.m.449’daki işlem yasağı TMK. m. 342/f.3 hükmüyle yapılan atıf dolayısıyla velayet altındaki küçükler için de geçerlidir. Yine kanaatimizce de isabetli olarak TMK.m.449 yönetim danışmanlığı bakımından uygulama alanı bulurken, temsil danışmanlığı ve kayyımlik bakımından uygulama alanı bulmaz²². Nitekim yönetim danışmanlığı bakımından kendisine yönetim danışmanı atanan kimse kendi malvarlığına ilişkin sermaye unsurları üzerinde yönetim olanağından yoksun olduğundan fiil ehliyeti yönetim işleri bakımından sınırlıdır. Yönetim danışmanı ise bu yönetim alanındaki işlemleri tek başına danışanın adına ve hesabına yapabilir. Bu noktada TMK.m.449 hükmü yönetim danışmanı ve kendisine danışman atanan kişi bakımından malvarlığının sermaye unsurları bakımından yönetimi ile ilgili işlemlerde uygulama alanı bulur. Kendisine temsil (katılım) danışmanı atanan kimse de TMK. m.429’da sayılan işlemleri yapma hususunda fiil ehliyeti sınırlanmış durumdadır. Bu işlemler arasında kefil olma²³ ve bağışlama zaten bulunmaktadır. Bu sayılan işlemler için ise vesayet dairelerinin iznine gerek yoktur²⁴. TMK.m.429’da sayılan işlemler dışında kalanlar bakımından ise kendisine temsil danışmanı atanan kişi tam ehliyetli durumdadır. Bu nedenle TMK.m.449 bu durumda bahse konu olmaz. Kayyımlik ise temsil kayyımılığı ve yönetim kayyımılığı olmak üzere iki türde gündeme gelebilir. Yönetim kayyımılığı TMK.m.460’daki olağan yönetim faaliyeti çerçevesinde yalnız o malvarlığının yönetimi ve korunması için gerekli işlemlerin yapılması ile sınırlıdır. Temsil kayyımılığı ise TMK.m.426’da belirtilen şartlarda gündeme gelmektedir. Gerek temsil kayyımılığı gerekse yönetim kayyımılığı TMK.m. 458 uyarınca kendisine kayyım atanan kişinin fiil ehliyetini etkilemez. Eğer tam ehliyetli kişiye kayyım atanmışsa kendisi ehliyetini korur. Eğer sınırlı veya tam ehliyetsiz kişiye kayyım atanmışsa kişinin ehliyet durumunda bir değişiklik olmaz. Bu son durumdaki

²⁰ Ali İhsan Özüğür; *Velayet- Vesayet- Soybağı ve Evlat Edinme Hukuku* (Seçkin Yayınları 2002) 749.

²¹ Koepfel (n 13) 54.

²² Mustafa Dural, Tufan Öğüz ve Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku*, Cilt III (11. Bası, Filiz Kitabevi 2016) 419.

²³ Yasal danışmanın izni veya olmadan yapılan kefalet sözleşmesi tek taraflı bağlamazlık yaptırımına tabi olacağı görüşünde bkz: Burak Özen, *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi*, (2.bası, Vedat Yayınevi, 2012) 168.

²⁴ Dural, Öğüz ve Gümüş, (n 22) 458. Mehmet Ayan ve Nurşen Ayan, *Kişiler Hukuku*, (9. Bası, Adalet Yayınevi 2020) 114 vd.

kişinin zaten kendisine kayyım atanmasından bağımsız olarak yasak işlemleri yapması mümkün olmadığı gibi yasak işlem yapılması amacıyla kendisine kayyım atanması da mümkün değildir.

TMK.m.449'da sayılan işlemler TMK.m.453'de belirtilen meslek veya sanatın icrası veya TMK.m.455'deki serbest malların yönetimi kapsamında sayılan işlemler hariç sınırlı ehliyetsizin ekonomik varlığını tehdit ettiği kabul edilmektedir²⁵. İsviçre Hukukunda da mehaz Art. 412 hükmünün ratio legisi olarak vesayet altındaki kişinin ekonomik varlığını tehdit edebilecek işlemlere karşı korumak olduğu belirtilmiştir²⁶. Aynı şekilde vesayeti gerektiren bir sebeple vesayet altındaki kişi tarafından akdedilen söz konusu hukuki işlemlerin vasinin icazetiyle geçerli duruma getirilmesi de söz konusu olmamaktadır²⁷. Bu özellik dikkate alındığından dolayı TMK.m.449 hükmünde fiil ehliyetinin değil de hak ehliyetinin sınırlandığı savunulmaktadır²⁸. Bunun sebebi olarak, söz konusu hakların temsile elverişli işlemlerden olmadığı, bu nedenle de velayet veya vesayet altındaki kişilerin söz konusu haklara hiçbir zaman sahip olma iktidarından söz edilemeyeceği belirtilmiştir.

II. TÜRK HUKUKUNDA GENEL OLARAK YASAK İŞLEMLER

A. Genel Olarak

Kanun koyucu vesayet altındaki kişilerin bizzat veya yasal temsilcilerinin (ve vesayet makamının²⁹) onları temsilen yapamayacakları hukuki işlemleri önceden tespit etmiştir. Bu işlemler TMK.m.449'da zikredilmiş olup, doktrindeki bir görüşe göre bunlarının sayılarının çoğaltılması mümkün değildir³⁰. Bu görüşe göre, işlem serbestisi ilkesinin uygulanmasını daraltan yasaklayıcı hükümler dar yorumlanmalıdır. Ancak kanaatimizce; yasak işlemler TMK.m.449'da sayılanlardan ibaret değildir. Mevzuatın çeşitli yerlerinde bazı işlemlerin sadece ve sadece tam ehliyetli kişiler tarafından yapılabileceği düzenlenmiştir. Bu hükümler gereği sınırlı ehliyetsizin ve onun adına yasal temsilcisinin ilgili işlemleri yapmaları mümkün değildir. Bunun dışında doktrinde de yasak işlem olarak kabul edilmesi gereken bazı işlemler ileri sürülmüştür³¹. Bunlar;

²⁵ Koepfel (n 13) 53.

²⁶ ibid, 54.

²⁷ Leuba (n 15) 2084; Saymen ve Elbir (n 16) 569; Ferit H. Saymen, *Türk Medeni Hukuku, Şahsın Hukuku*, Cilt II (Kenan Matbaası 1948) 103; Bilge Öztan, *Aile Hukuku* (6. Bası, Turhan Kitabevi 2015) 829. Feyzi N. Feyzioğlu, *Aile Hukuku* (8. Bası, Filiz Kitabevi 1986) 660.

²⁸ Akipek, Akıntürk ve Ateş Karaman (n 17) 332; Yazarlar açıklamalarının devamında ilgili haklardan yararlanabilmek için tam ehliyetli olmak (ayırt etme gücüne sahip ve ergin olmak ile kısıtlı olmamak) gerektiğinden bu haklara sahip olma ve bunları kullanma şartlarının birbirleriyle örtüştüğünü ifade etmişlerdir. Aslı Açıkgöz, *Dar Anlamda Vesayeti Gerektiren Haller ve Vesayet Altına Almanın İşlem Ehliyeti Bakımından Sonuçları* (Onikilevha Yayınevi 2017) 294-295.

²⁹ Leuba (n 15) 2083, Kaufmann (n 14) 12.

³⁰ Saymen ve Elbir (n 16) 569; Saymen (n 22) 103.

³¹ Açıkgöz (n 28) 295.

-“kooperatiflere üye olmak (Kooperatifler Kanunu³² m.8/1 c.1); “Kooperatif ortaklığına girmek için gerçek kişilerin medeni hakları kullanma yeterliliğine sahip olmaları gerekir”

-dernek kurmak³³ (Dernekler Kanunu³⁴ m.3/1): “Fiil ehliyetine sahip gerçek veya tüzel kişiler, önceden izin almaksızın dernek kurma hakkına sahiptir”, vesayet veya velayet altındaki tam ehliyetsiz kişinin organ başlması³⁵, -mirasbırakan konumunda miras sözleşmesi yapmak (TMK.m.503): “miras sözleşmesi yapabilmek için ayırt etme gücüne sahip ve ergin olmak, kısıtlı bulunmamak gerekir”. Aynı şekilde taraf olduğu mirastan feragat sözleşmesinde ivazsız feragat bildiriminde bulunmak³⁶ da” yasak işlemler arasında kabul edilmektedir³⁷.

B. Rekabet Yasağı Sözleşmesi

İşçinin rekabet yasağı sözleşmesi yapabilmesi fiil ehliyetine sahip olması koşuluna bağlıdır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK)³⁸ 444. maddesi 1. fıkrasına göre “Bir işçinin, işvereni ile rekabet yasağı sözleşmesi yapabilmesi için işçinin fiil ehliyetine sahip olması gerekmektedir”. Anılan madde hükmünde, açık bir şekilde fiil ehliyeti şartı arandığı için; işçi ayırt etme gücünü haiz olmalı, ergin olmalı ve kısıtlı olmamalıdır. Yani işçinin velayet veya vesayet altında olmaması gerekmektedir. Bir görüşe göre, “söz konusu normun amacı, genç işçilerin taraf oldukları bir sözleşme hükmü sebebiyle, belli bir olgunluğa erişmeden mesleki gelişmelerinin engellenmesini önlemektir”³⁹. Bundan dolayı, velayet

³² Kooperatifler Kanunu, Kanun No: 1163, Kabul Tarihi: 24.04.1969, RG. 10.05.1969/13195.

³³ Aydın Zevkliler, Beşir Acabey ve Emre Gökyayla, *Medeni Hukuk* (5. Bası, Savaş Yayınları 1997) 341.

³⁴ Dernekler Kanunu, Kanun No: 5253, Kabul Tarihi: 04.11.2004, RG. 23.11.2004/ 25649.

³⁵ Rona Serozan, *Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku* (9. Bası, Onikilevha Yayınevi 2022) 442; Y.18 HD. 16178/3998, 6.3.2014 “Yasa koyucu, vasiyet yapmasının yasak olduğu iş ve işlemleri, vesayet makamının izni gereken haller ile vesayet makamının izninden sonra denetim makamının da izninin gerekli olduğu halleri açıkça saymakla, bunun dışındaki iş ve işlemlerin yapılamayacağını da göstermiştir. Kaldı ki, en temel insan hakkı olan yaşam hakkı ve vücut bütünlüğüne ilişkin olarak Anayasa’da, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı, rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tabi tutulamayacağı, Türk Medeni Kanunu’nda ise, ancak yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve naklinin mümkün olacağı, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan da edimini yerine getirmesinin istenemeyeceği, maddi ve manevi tazminat isteminde bulunulamayacağı açıkça düzenlenmiştir. Yukarıda açıklanan mevzuatın emredici hükümleri dikkate alındığında Ereğli Sulh Hukuk Mahkemesi’nin 23/1/2013 gün 2010/453 Esas 575 Karar sayılı hükmü ile kısıtlı Ş.Y.’dan kardeşi E.Y.’a böbrek nakli hususunda irade beyanında bulunmak ve bu doğrultuda gerekli işlemleri yapmak üzere vasi T.Y.’ye izin ve yetki verilmesine ilişkin karar usul ve yasaya aykırıdır.” (Kazancı Otomasyon Programı) 21.04.2022 tarihinde erişildi.

³⁶ Leuba (n 15) 2087.

³⁷ Açıkgöz (n 28) 295.

³⁸ Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.1.2011, RG 4.2.2011/27836.

³⁹ M. Tarık Güler, ‘İş Hukukunun Emredici Yapısı Işığında Rekabet Yasağı Sözleşmesi’, (2015), (118), Mayıs-Haziran, TBB Dergisi, 313, 330’dan naklen. Aynı yönde bkz: Emre Ertan, ‘İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı Kaydı’, (DPhil Thesis, Galatasaray Üniversitesi 2012).

veya vesayet altındaki kişilerin akdettiği rekabet yasağı sözleşmelerinin kesin hükümsüz olduğu ileri sürülmektedir. Kanaatimizce de TBK m.444/1 hükmünün kapsamına, velayet veya vesayet altındaki kişilerin rekabet yasağı taahhüdünde bulunması da girmektedir. Anılan hükmün ihlal edilmesi halinde, bu sözleşme kesin hükümsüz kabul edilecektir. Söz konusu düzenleme ile velayet veya vesayet altındaki kişiler açısından net ve tartışılmaya mahal bırakmayacak bir düzenleme öngörülmüştür. Ancak doktrindeki bir görüşe göre⁴⁰, vesayet altındaki kişi ayırt etme gücüne sahip olması şartıyla, yasal temsilcisi vasıtasıyla veya bizzat kendisinin yapacağı sözleşmeye sonradan yasal temsilcisinin icazet vermesi koşuluyla rekabet yasağı sözleşmesi akdedebilir.

Fiil ehliyeti hakkında kısaca belirtmek gerekirse; "Ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyeti vardır" (TMK.m.10). Yine "On sekiz yaşın doldurulması ile başlayan erginlik, evlenmek ile veya mahkeme kararı ile de kazanılabilir" (TMK.m.11). Buna göre evlenme veya mahkeme kararı ile ergin kılınarak tam ehliyetli hale gelen kişiler de rekabet yasağı sözleşmesi akdedebilirler.

Burada asıl dikkat edilmesi gereken hususlardan en önemlisi de, velayet veya vesayet altında olanların, veli veya vasilerinin izni ya da icazeti bulunsa dahi, rekabet yasağı sözleşmesini yapamayacaklarıdır⁴¹. Benzer şekilde vesayet veya velayet altındaki kişi adına yasal temsilci de rekabet yasağı sözleşmesi yapamaz.

Kanaatimizce rekabet yasağı anlaşmaları bakımından bir yasak işlem söz konusudur. Nitekim kanun koyucu fiil ehliyetine sahip olmayan kişilerin ekonomik alandaki hareket ve işlem özgürlüğünün sınırlandırmamak maksadıyla sözleşmenin akdedildiği sırada işçinin tam ehliyetli olma şartını aramıştır. (TBK.m.444/f.1). Nitekim rekabet yasağına ilişkin irade beyanında bulunan işçi kişiliğini ilgilendiren bir hususta yükümlülük altına girmektedir ve bu nedenle şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğu ileri sürülmektedir⁴². Bundan dolayı yasal temsilci tarafından dahi rekabet yasağı sözleşmesi yapılması mümkün değildir.

C. Kefil Olma

TMK. m. 449 hükmü ile yasaklanan işlemlerden biri de kefil olmadır. Kefalet sözleşmesine ilişkin tanım TBK. m.581'de şu şekilde yer almaktadır: "*Kefalet sözleşmesi; kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir*". Velayet veya vesayet altındaki kişilerin üçüncü kişilerin borcu için

⁴⁰Atike Eda Manav, 'İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları' (2010) (S.87) TBB Dergisi 322, 329; Aksi yönde görüş için bkz.; Nuray Kovancı, 'Türk İş Hukuku'nda Rekabet Yasağı Sözleşmesi' (2017) (S.31) TAAD 769, 776-777.

⁴¹İbrahim Akdoğan, 'İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı', (Master Thesis, İstanbul Aydın Üniversitesi 2019) 24.

⁴²Atike Eda Manav, 'Rekabet Yasağı Sözleşmeleri' (Master Thesis, Gazi Üniversitesi 2004) 88.

kefil olmaları mümkün değildir. Zira velayet veya vesayet altındaki kişinin bizzat kendisi veya vasi/veli vesayet/velayet altındaki kişi adına üçüncü kişinin borcuna kefil olduğu vakit TMK.m.449 hükmü uygulanacaktır⁴³. Yoksa kefaletten faydalanacak tarafın tam ehliyetli olmasını gerektirmeyen, vesayet altındaki kişi lehine akdedilen kefalet sözleşmeleri bakımından TMK.m.449 hükmü uygulanmaz⁴⁴. Hatta vasinin (velinin veya kayyımın icazetine ihtiyaç olmaksızın) vesayet altındaki kişinin kendi borcu için kefil olunmasında hukuki bir engel bulunmadığı için söz konusu işlem geçerli olarak kabul edilmektedir⁴⁵. İfade etmek gerekir ki, TMK.m.449 hükmünde yasaklanan kefalet kavramı altında yasaklanan işlemler kapsamına kefaletin çeşitleri olan adi kefalet (TBK. m. 585), kefile kefalet (TBK.m. 588/f.1), rücu kefalet (TBK.m.588/f.2), birlikte kefalet (TBK.m.587) ve müteselsil kefalet (TBK.m.586) girmektedir⁴⁶.

Madde hükmünün kapsamına aval⁴⁷, rehin, ipotek, üçüncü kişinin fiilini taahhüt işlemlerinin girip girmeyeceği tartışmalıdır⁴⁸. İsviçre Hukukunda bir görüşe göre, ZGB Art.412 işlem serbestisi ilkesini bertaraf ettiği için istisnai nitelikte bir hükümdür. Bu sebeple söz konusu hükmün dar yorumlanması gerektiği savunulmuştur⁴⁹. Bu noktada İsviçre doktrinindeki hakim görüşe göre ZGB Art. 412 (TMK.m.449) hükmünün kapsamına teminat amaçlı borca katılma sözleşmesi, garanti ve veya sözleşmeye katılma sözleşmesi girmeyeceği kabul edilmekle beraber yine borcun üstlenilmesi de yasak işlemler kapsamına girmez⁵⁰. Buna karşılık Türk hukukunda kanaatimizce isabetli olan bir görüşe göre garanti, sözleşmeye katılma, borcun dış üstlenilmesi veya teminat amaçlı borca katılma sözleşmesi gibi işlemler de TMK.m.449'daki yasaklamanın kapsamına girmelidir⁵¹. Nitekim TBK.m.603 hükmüne göre *"kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanır"*. TMK.m.449 hükmünde rehin sözleşmesi yapılması özel olarak öngörülmemiş olsa bile doktrinindeki baskın görüşe göre kanun koyucunun iradesinin teminat amacının ön plana çıktığı rehin işlemini de yasaklama yönünde olduğu kabul edilmektedir⁵². Ancak İsviçre

⁴³ Egger (n 14) 572, Dural, Öğüz ve Gümüş, (n 22) 419-420; Zevkliler, Acabey ve Gökyayla (n 27) 340.

⁴⁴ Leuba (n 15) 2085; Koepfel (n 13) 108; Açıkgöz (n 28) 300.

⁴⁵ Koepfel (n 13) 108-109. Egger böyle bir halde sözleşmenin iki tarafında da vasinin yer almasıyla onun kendi kendine sözleşme yapıyor gibi bir durum oluşacağını belirtmiştir. Egger (n 14) 572.

⁴⁶ Leuba (n 15) 2084; Kaufmann (n 14) 334, August Egger, *Aile Hukuku, Üçüncü Kısım, Vesayet, Cilt:II, mad.398-456, Türk Medeni Kanunu, 346-438* (Volf Çernis (tr), 2, Adliye Vekaleti Yayınları 1952) 572; Koepfel (n 13) 79-81; Açıkgöz (n 28) 299-300.

⁴⁷ Aval, üçüncü kişinin ya da poliçede imzası bulunanlardan birinin müteselsil sorumluluk hükümlerine göre senet bedelini üstlenmesidir. İsviçre Hukukunda çoğunluk görüşüne göre sınırlı ya da tam ehliyetsizin aval vermesi tıpkı kefalette olduğu gibi yasak işlemlerden sayılmaktadır. Koepfel (n 13) 103, dn.7'de belirtilen yazarlar.

⁴⁸ Bkz: Koepfel (n 13) 82 vd.

⁴⁹ Kaufmann (n 14) 334.

⁵⁰ Leuba (n 15) 2085; Egger (n 14) 572; Kaufmann (n 14) 334.

⁵¹ Açıkgöz (n 28) 301.

⁵² Açıkgöz (n 28) 300 dn.575'teki yazarlar.

doktrininde bir görüş tarafından rehin ve ipotek konusunda rehin veya ipotek vermenin kefil olmaya göre daha düşük risk içerdiği zira rehin veya ipotek verenin yalnızca rehin veya ipotek konusu eşya ile sorumlu olduğu bu nedenle de bu işlemlerin yasal temsilcinin izniyle yapılabileceği savunulmaktadır⁵³. TMK.m.449'un kapsamına rehinin de girdiği kabul edilirse, bu görüşün rehinin vesayet makamının iznine tabi işlemler arasında zikredildiği TMK.m.462 b.1 ve 2 ile çelişki içinde olacağı düşünülebilir. Ancak, bir görüşe göre de TMK.m.449'daki yasak işlemlerin kapsamına rehin sözleşmesinin üçüncü kişinin borcu nedeniyle yapılması durumunun girmesi gerekmektedir. Bu nedenle vesayet altındaki kişinin kendi borcu için rehin sözleşmesi yapması yasak işlem kapsamında görülemez⁵⁴.

Aynı şekilde İsviçre doktrinindeki bir görüşe göre, TMK.m.449'un kapsamına garanti sözleşmesi de girmektedir⁵⁵. Garanti sözleşmesi kefalet sözleşmesinden farklı olarak asli bir borçtur ve temeldeki sözleşmenin geçerliliğine bağlı değildir. Ayrıca temel sözleşmedeki borcu asıl borçlu yerine getirmezse garanti veren borçtan bütün malvarlığı ile sorumlu olacaktır. Bu nedenle garanti sözleşmesi sınırlı veya tam ehliyetsiz bakımından kefaletten daha ağır sonuçlar doğurur.

Eğer vesayet altındaki kişi kefalet sözleşmesini vesayet altına alınmadan önce yapmışsa ve mevcut olan kefalet sözleşmesi yenilenmek isteniyorsa bu yenilemenin ancak kendi yararına olması halinde mümkün olduğu düşünülmekle beraber⁵⁶, ayrıca yenileme ile mevcut borca ilişkin verilecek teminatın şartları ağırlaştırılmamalıdır veya yeni bir teminat oluşturulmamalıdır⁵⁷.

İsviçre doktrininde bir görüşe göre, yasak işlem olan kefalet sözleşmesine eşin rıza vermesi kefalet sözleşmesini geçerli kılmamakla beraber, vesayet altındaki kişinin eşin akdettiği bir kefalet sözleşmesine rıza vermesi ile kefalet sözleşmesi geçerli kılınabilir⁵⁸. Türk hukukunda da bir görüş de vesayet altındaki kişinin rızası alınmak suretiyle eşi tarafından akdedilen kefalet sözleşmesinin hukuken geçerli olması gerektiğini ileri sürmektedir⁵⁹.

Son olarak vesayet altındaki kişiye TMK.m.453 hükmü çerçevesinde bir meslek veya sanatı yürütmesi için izin verildiği takdirde, bu meslek veya sanatın yürütülebilmesi için gerekli olan işlemler vesayet altındaki kişi tarafından yapılabilir. O halde izin verilen meslek veya sanatın

⁵³ Koepfel (n 13) 85 dn.10'da belirtilen yazarlar.

⁵⁴ Leuba(n 15) 2084-2085; Koepfel (n 13) 83-84; Açıkgöz (n 28), 300.

⁵⁵ Koepfel (n 13) 96 dn.2'de belirtilen yazarlar.

⁵⁶ Leuba (n 15) 2085; Egger (n 14) 572; Koepfel (n 13) 108.

⁵⁷ Kaufmann (n 14) 334. Kaufmann açıklamasında yenilemeyle mevcut borç dışında yeni bir borcun oluşturulmadığı gerekçesiyle bunun mümkün olduğunu belirtmiştir. Açıkgöz (n 28), 301.

⁵⁸ Leuba (n 15) 2085; Koepfel (n 13), 81, 110-111. Leuba, verilecek rıza bakımından "vesayet altındaki kişi ve onun yasal temsilcisi" ifadesinin kullanarak kimin rıza vereceği hakkında bir yorumda bulunmazken Koepfel ilgili durumu, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar kapsamında değerlendirerek yasal temsilcinin de vesayet altındaki kişi adına rızada bulunabileceği açıklamasında bulunmuştur. ; Açıkgöz (n 28) 301 dn.582.

⁵⁹ Açıkgöz (n 28) 301.

yürütülmesi kapsamında kalan kefalet sözleşmelerinin vesayet altındaki kişi tarafından yapılabileceği kabul edilmektedir⁶⁰.

D. Önemli Bağışlamalarda Bulunma

TMK. m. 449'da yasaklanan işlemlerden biri de önemli bağışlarda bulunmaktır. Bağışlama sözleşmesinin tanımına TBK.m.285/f.1 hükmünde şu şekilde yer verilmiştir: *"Bağışlama sözleşmesi, bağışlayanın sağlararası sonuç doğurmak üzere malvarlığından bağışlanana karşılıksız olarak bir kazandırma yapmayı üstlendiği sözleşmedir"*(TBK.m.285/1). TMK. m. 449 gereği küçük veya kısıtlının kendi başına veya veli veya vasilerinin onayı ile önemli bağışlarda bulunmaları mümkün değildir. Vasinin vesayet altındaki kişi adına veya vesayet altındaki kişinin yaptığı işleme rıza verme yoluyla önemli bağışlamayı yapması da mümkün değildir. TMK.m.449'da vesayet altındaki kişinin yaptığı her tür bağışlama yasaklanmış değildir, yalnızca onun ekonomik mahvına sebep olabilecek, malvarlığını büyük oranda etkileyecek nitelikteki önemli bağışlamalar yasaklanmıştır. Bir bağışlamanın önemli olup olmadığı her somut olayda hakim tarafından takdir edilmek gerekir. Vesayet altındaki kişinin yaptığı her bağışlama yasak işlemler kapsamında değerlendirilemez zira bilindiği üzere, TMK.m.455 hükmüne göre; *"vesayet altındaki kişi, kendi tasarrufuna bırakılmış olan mallar ile vasinin izniyle çalışarak kazandığı malları serbestçe yönetir ve kullanır."*⁶¹. Kanaatimizce önemli bağışlamalara ilişkin yasak vesayet altındaki kişinin TMK.m.455 uyarınca *"kendi tasarrufuna bırakılmış olan mallar ile vasinin izniyle çalışarak kazandığı malları"* ile ilgili tasarrufunu ve TMK.m.453 gereği *"bir meslek veya sanatın yürütülmesi için"* sahip olduğu malvarlığı üzerindeki tasarrufunu kapsamamalıdır. Zira TMK.m.453 ve TMK.m.455 hükümlerinin yasak kapsamı dışında bırakılması vesayet altındaki kişinin işlem özgürlüğünün sağlanması açısından önemlidir.

Bununla birlikte TMK.m.289'da düzenlenen elden bağışlama, TBK.m.290'da düzenlenen koşullu bağışlama, TMK.m.291'da düzenlenen yüklemeli bağışlama, TMK.m.292'da düzenlenen bağışlayana dönme koşuluyla bağışlama ve bağışlama vaadi gibi işlemlerle gerçekleştirilen önemli bağışlamaların yasak kapsamında olduğu kabul edilir⁶². Bağışlama vaadi vesayet altına alınmadan önce yapılmışsa⁶³ bunun yerine getirilmesi halinde de TMK.m.449 hükmü uygulanmaz⁶⁴. Borcun ifası aşamasında vesayet altında olan kişinin ifayı gerçekleştirmek için vasinin onayını almasına gerek olmadığı kanaatindeyim.

⁶⁰ Özen (23) 163.

⁶¹ Açıkgöz (n 28) 302.

⁶² Leuba (n 15) 2085; Egger (n 14) 573; Koepfel (n 13) 144, 138. Elden bağışlama, bağışlama sözü verme bakımından ve karma bağışlamada karşılıksız kısım önemli bağışlama teşkil ediyorsa yasağın geçerli olduğu yönünde bkz: Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, *Bağışlama Sözleşmesi*, (1. Bası, Adalet Yayınevi 2016) 46.

⁶³ Karşı görüşte bkz: Egger (n 14) 573

⁶⁴ Leuba (n 15) 2085.

Zira geçerli olarak akdedilmiş borçlandırıcı işlemin ifası niteliğindeki tasarruf işleminin yapılmasında yasal temsilcinin onayının alınmasını gerektiren bir kanun hükmü bulunmamaktadır.

Bir bağışlamaların önemli olup olduğu belirlenirken yapılan bağışlamanın alışlagelmış (adet) olup olmadığı değerlendirilmesi yapılır. Somut olayın şartlarına göre bu değerlendirmede subjektif kriter ise esas alınır. Bu kriter gereği yapılan bağışlamada vesayet altındaki kişinin ekonomik gücü yani kazancı ve sahip olduğu malvarlığı dikkate alınır⁶⁵. Örf ve adet icabı doğum günlerinde veya evlilik yıl dönümlerinde adet üzere verilen hediyeler ya da özel günlerde yapılan ufak çaplı bağışlamalar mali açıdan vesayet altındaki kişinin ekonomik olarak mahvına sebep olmayacağı için ve duyguların paylaşılması amacını taşıdığından bu tarz bağışlamalar TMK.m.449 hükmü kapsamına girmez⁶⁶. Yine vesayet altındaki kişinin yakınına ekonomik değeri küçük olan bir portre resim hediye etmesi, yemek daveti vermesi, sadaka vermesi gibi malvarlığını büyük oranda etkilemeyecek bağışlamalar veya bir sosyal yardım kuruluşuna ufak sayılabilecek miktarda bağışta bulunulması⁶⁷ TMK.m.449 hükmü kapsamında değerlendirilmez⁶⁸. Bununla beraber, İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararında yer verilen olayda, anne çocuk adına babadan alınan iştirak nafakası alacağından feragat etmiştir. Mahkeme bu feragati önemli bağışlama niteliğinde sayarak bu durumun TMK.m.449 kapsamında yer alacağına hükmetmiştir⁶⁹. Bu noktada ifade etmek gerekir ki velayet ve vesayet altındaki kişilerin yaptığı önemsiz bağışlamaların yasal temsilcilerinin rızasına tabi olduğu, önemli bağışlamanın ise yasak işlem niteliğinde olduğu sonucuna varılmalıdır.

İsviçre doktrininde hakim görüşe göre, ahlaki görevlerin ifası maksadıyla yapılan bağışlamalar MK.m.449 kapsamında değerlendirilmez⁷⁰. Ancak bir görüşe göre ahlaki görevlerin ifası maksadıyla bağışlama yapılabilmesi ancak vesayet makamından alınacak izne bağlıdır⁷¹. Karşı yöndeki görüşe göre ZGB Art. 416'da vesayet makamının iznine tabi

⁶⁵Leuba (n 15), 2085. Koepfel (n 13) 128-129, Kaufmann (n 14) 335; Dural, Öğüz ve Gümüş (n 22) 420. Egger bu durumu bağışlayanın servet ve geliri şeklinde belirtmiştir. Egger (n 14) 573-574.

⁶⁶Leuba (n 15) 2085-2086; Egger (n 14) 573; Kaufmann (n 14) 335; Koepfel (n 13) 129.

⁶⁷Kaufmann (n 14) 335.

⁶⁸Başka örnekler için bkz: Açıkgöz (n 28) 303.

⁶⁹BGE 69 II 65, 70; Leuba (n 15) 2085-2086.

⁷⁰Leuba (n 15), 2086. Egger (n 14) 574; ; Kaufmann (n 14) 334; Koepfel (n 13) 123. Egger ayrıca İsviçre Hukuku uygulamasından örnekler vererek bir babanın kızına verdiği yüksek tutarlı bir sermayeyi ahlaki görevin yerine getirilmesi kabul edip aynı kişinin her yıl ona düzenli gelir bağlamasını ahlaki görevin ifası kabul ederek reddetmiştir. Bunun dışında aleyhine babalık davası açılması veya artık evlilik dışı çocuğu tanımamasının mümkün olmamasına rağmen babanın ona bakımı için belirli bir miktar para verme sözü vermesi veya kişinin hısımlarına kanunun gösterdiğinden de fazla edimde bulunmasını ahlaki görevlerden saymıştır. Egger (n 14) 574-575.

⁷¹Leuba (n 15) 2086; Egger (n 14) 576.

işlemler düzenlenmiş olup, ahlaki görevlerin ifası maksadıyla yapılan bağışlamalara madde hükmünde yer verilmediğinden bu görüşe katılmak mümkün değildir⁷². Kanaatimizce ahlaki görevin ifası maksadıyla yapılan bağışlama vesayet altındaki kişinin ekonomik mahvına sebep olacaksa yasak kapsamında kabul edilmelidir. Bunun dışında vesayet altındaki kişinin ehliyetli olmasını gerektirmeyen ve örf adet icabı yapılması gereken işlerin yerine getirilmesi mesela vesayet altındaki kişinin kızı için çeyiz hazırlıklarına katılması için vasinin izni gerekli değildir. Ancak çeyiz kapsamındaki eşyaların satın alınması için yükümlülük altına girilmesi vasinin iznine tabidir⁷³. Vesayet altındaki kişinin kendisini hukuken bağlama sonucu doğurmayacak şekilde ve yasak işlem sayılmamak şartıyla ahlaki görevlerinin ifası maksadıyla yaptığı sözlü bağışlama vaadlerinin de vasinin iznine bağlı olarak geçerli olacağı kabul edilir⁷⁴. Ancak ahlaki görev niteliğini aşan bir bağışlamanın ekonomik olarak büyük bir yük getirmesi halinde söz konusu bağışlama TMK.m.449 hükmündeki yasak kapsamına girer. Vesayet altındaki kişi, yasak işlem sınırlarını aşmamak şartıyla ahlaki görevini bizzat ifa edebileceği gibi⁷⁵ onu temsilen vasisinin de söz konusu bağışlamaları ifa etmesi imkan dahilindedir.

Karma bağışlamalar da bağışlanan kısmın önemli olması halinde yasak işlemlerden sayılır⁷⁶. Örneğin rayiç değerinin oldukça altında satış yapılmışsa ve bağışlama yapılan kısmının vesayet altındaki kişiye ekonomik olarak oldukça büyük bir yük getirmesi halinde söz konusu işlem TMK.m.449 çerçevesinde yasak kapsamına girecektir⁷⁷. İsviçre doktrininde verilen bir örnekte vesayet altındaki kişinin bütün malvarlığını bir bağışlama sözleşmesinde mirasçılar arasında paylaşması halinde yaptığı bağışlamalardan yalnız birinin parasal değeri, bağışlanan kişinin olası yaşamı boyunca hesaplanan ihtiyacını aşıyorsa, bu tasarrufun önemli bağışlama sayılarak TMK.m.449 gereğince kesin hükümsüz olacağı ileri sürülmüştür⁷⁸.

Koepfel'e göre vakıf kurma bağışlama sayılmaz. Zira vakıf kurma işlemi ile yeni bir tüzel kişilik yaratılır, karşılıksız olarak bağışlama konusu şeyi kabul edecek bir muhatap yoktur⁷⁹.

Bununla beraber bir hizmet veya eser sözleşmesinin ücretsiz görülmesi de yasak kapsamında sayılıp sayılmayacağı meselesi İsviçre doktrininde tartışmalıdır. Doktrindeki hakim görüş böyle bir hizmetin görülmesinin önemli bağışlama sayılmayacağı

⁷² Koepfel (n 13) 126.

⁷³ Açıkgöz (n 28) 304.

⁷⁴ Leuba (n 15) 2086; Koepfel (n 13) 124; Açıkgöz (n 28) 304.

⁷⁵ Leuba (n 15) 2086.

⁷⁶ Koepfel (n 13) 135; Leuba (n 15), 2086; Egger (n 14), 576.

⁷⁷ Koepfel (n 13) 135.

⁷⁸ Leuba (n 15) 2086; Koepfel (n 13) 135.

⁷⁹ Koepfel (n 13) 118.

yönündedir⁸⁰. Bununla beraber örneğin bir şair veya yazar ya da ressam kıymetli bir eseri ücretsiz yapması, çok değerli bilgisayar programı yapması yasak kapsamında olup olmayacağı meselesi tartışılabilir. Bu noktada vesayet veya velayet altındaki kişinin böyle bir hizmeti yerine getirmesi veya işgörme edimini yerine getirmesi ekonomik olarak büyük oranda zarar görmesine sebebiyet verecek ise kanaatimce yasak kapsamında kabul edilmelidir.

Beklenen bir haktan feragat etmek veya vesayet altındaki kişinin vasiyetname yoluyla yapacağı belirli mal bırakma TMK.m.449 çerçevesinde yasak işlem kapsamına girmez⁸¹. Benzer şekilde mirasın reddi ve (ivazlı) mirastan feragat sözleşmesi yapmak da yasak kapsamına girmemekle beraber bunların yapılabilmesi vesayet makamının iznini müteakip denetim makamının onayının alınmasına bağlıdır (TMK.m.463, b.5). İsviçre doktrininde mesele tartışmalıdır⁸².

TBK.m.607 hükmünde düzenlenmiş bulunan ömür boyu gelir sözleşmelerinde borçlanılan gelir miktarı vesayet altındaki kişinin ekonomik yaşamını büyük oranda etkileyecek ise önemli bağışlama sayılır ve TMK.m.449 uygulanır⁸³. Kanaatimce borçlanılan gelir miktarının vesayet altındaki kişinin ekonomik yaşamını büyük oranda etkilememesi halinde de bu sözleşmenin yasak kapsamında olabileceği düşünülmelidir. Nitekim mali durumunun sonradan borcun yerine getirilmesini kendisi için olağanüstü ağır kılacak ölçüde değişmişse bağışlama sözününün geri alınmasını sağlayan TBK.m.296/f.1 b.2 hükmündeki gibi bir imkan TBK.m.607 vd.'nda düzenlenmediği için vesayet altındaki kişinin ekonomik yaşamının zamanla tehdit altında olması halinde sözleşmeden dönmemesi ihtimal dahilindedir. Keza vesayet altındaki kişi iflas etmiş olsa bile kendisine kanun hükmü ile sözleşmeden dönme hakkı verilmediği gibi böyle bir durumda bile gelir alacaklısı gelir borçlusunun yükümlü olduğu dönemsel gelirin elde edilebilmesi için ilgili sosyal güvenlik kurumunca ödenmesi gereken anaparaya denk düşen bir parayı iflas masasına kaydettirme hakkını elde eder (TBK.m.609/f.3).

Veli tarafından çocuk adına yapılan önemli bağışlama ile ilgili bir Yargıtay kararından bahsetmekte fayda vardır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2005 tarihli bir kararında⁸⁴ yasak işlemin sınırlı ehliyetsiz tarafından ergin olmasından itibaren geri alınabileceğine, kesin

⁸⁰ Koepfel (n 13) 123.

⁸¹ Leuba (n 15) 2086; Koepfel (n 13) 141; Egger (n 14) 571, 573-574. Egger ayrıca subjektif haklardan karşılıksız olarak feragat etmenin bağışlama kapsamında yasaklandığını belirtmiştir. Egger (n 14) 573.

⁸² Leuba (n 15) 2086; Koepfel (n 13) 154-155. Karşılıksız mirastan feragat sözleşmesinin ZGB Art. 412 kapsamına girip girmediği ise doktrinde tartışmalıdır. Yasak işlemlerden olduğunu kabul eden görüş için bkz: Thomas Geiser ve Ruth E. Reusser *Basler Kommentar, Erwachsenenschutz, Art.360-456*, (Helbing & Lichtenhahn 2012) 2159. Karşı görüşte bkz: Koepfel (n 13) 151;; Egger (n 14) 574.

⁸³ İsviçre Hukuku bakımından aynı yönde bkz: Egger (n 14) 576.

⁸⁴ YHGK 1-298/308 4.5.2005 Kazancı Otomasyon Programı 21.04.2021 tarihinde erişildi.

hükümsüz işlemin icazetle düzelebileceğine, hak düşürücü sürenin geçmesiyle geçersiz işlemin düzelebileceğine hükmetmiştir. Karara konu olayda anne (veli) küçüğün adına önemli bir bağışlama yapmıştır. Küçük ergin olduktan sonra ancak bağışlamadan itibaren dokuz sene sonra söz konusu bağışlamanın TMK.m.449 uyarınca geçersizliğini ileri sürerek tapu iptal tescil davası açmıştır. Bunun üzerine mahkeme, söz konusu bağışlamanın kesin hükümsüz olmadığını; zira bağışlamadan itibaren dokuz sene geçtikten sonra tapu iptal ve tescil davasının ikame edildiğini ve dokuz sene içinde davalının erginliğe eriştiği tespitinde bulunmuştur. Mahkeme davacının tam ehliyetli hale geldikten sonra *“TBK.m.297/f.1'e göre bağışlamayı geri alma sebebini öğrendiği günden itibaren bir yıl içerisinde geri alma hakkını kullanmadığını”* belirterek tapu iptal ve tescil talebini reddetmiştir. Bununla birlikte kararda, ergin olmasından itibaren TBK.m.297'deki bir yıllık sürede bağışlamayı geri almayan bağışlayanın söz konusu bağışlamaya icazet verdiği anlamına geldiğini nitekim aksi bir kabulün bağışlananın durumunda sonsuza dek belirsizlik yaratacağı tespitinde bulunulmuştur. Ayrıca kararda ergin olunduktan itibaren uzunca bir süre geçmesi de dikkate alınarak iddianın ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği açıkça belirtilmiştir. Kanaatimizce bu karara katılmak pek mümkün değildir⁸⁵. Nitekim TMK.m.449'da düzenlenen işlem yasağı kuralı vesayet altındaki kişiyi korumak amacıyla tesis edilmiştir. Her ne kadar somut olayda dürüstlük kuralını ihlal yönünde ciddi şüpheler olduğundan bahsedilebilirse de işlemin geçersizliğinin önlenmesi TMK.m.449 hükmünün koruma amacı ile bağdaşmayacaktır. Aynı şekilde bağışlama sözleşmesinin geri alınması sebepleri TBK.m.295 ve 296 hükümlerinde sınırlı sayıda sayılmıştır ve burada yer almayan bir sebep geri alma sebebi olarak nitelendirilemez. Zaten yasak işlem olması nedeniyle başından itibaren kesin hükümsüz olan bir işlemin geri alınması bahse konu edilemez. Kaldı ki karşı oy yazısında da belirtildiği üzere küçüğün bizzat kendisinin veya veli veya vasisinin onun adına yaptığı önemli bağışlamalar kesin hükümsüz olup, bu işlemlerin zamanın geçmesi ile düzelmesinden veya sonradan icazet verilmesiyle bu işlemlerin geçerli hale gelmesinden bahsedilemez.

E. Vakıf Kurma

TMK. m. 449'da yasak olarak sayılan işlemlerden biri de vakıf kurmadır. Vakfın tanımı TMK. m. 101'de şu şekilde yapılmıştır: *“Vakıflar, gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülemeleriyle oluşan tüzel kişiliğe sahip mal topluluklarıdır”* (TMK.m.101). TMK.m.449 kapsamında yasak olan bütün vakıf türleridir⁸⁶. Bunlar; aile vakıfları (TMK.m.372), çalıştırılanlara ve işçilere yardım vakıfları⁸⁷ ve özel vakıflardır (TMK.m.101). Vakıf kurma işleminin geçerli olması için amaç unsurunun belirli olması ve imkansız

⁸⁵ Aynı yönde bkz: Açıkgöz (n 28) 306.

⁸⁶ Leuba (n 15) 2086; Koepfel (n 13) 167.

⁸⁷ Geniş bilgi için bkz: Ali Em, *Türk Hukuk Sisteminde Vakıflar* (Turhan Kitabevi 2011) 19.

olmaması gereklidir⁸⁸. Vakıf kurma işlemi bazı hallerde TMK.m.449 kapsamında yasak işlemlerden sayılmaz. Örneğin vasiyetnamenin içeriğinde yer alan vakıf kurma işlemleri⁸⁹ veya TMK.m.453 uyarınca bir meslek veya sanatın yürütülmesi veya TMK.m.455 uyarınca kişinin serbest mallarının yönetimi kapsamında vakıf kurma işlemleri TMK.m.449'daki yasak kapsamında sayılmaz⁹⁰. Zira bir alt başlıkta bahsedeceğimiz üzere vesayet altındaki kişiye bir meslek veya sanatın yürütülmesi için vesayet makamı tarafından izin verilmiş ise o kişi bununla ilgili her türlü olağan işlemleri yapmaya yetkilidir (TMK.m.453). Yine vesayet altındaki kişi, kendi tasarrufuna bırakılmış mallar ile vasinin izniyle çalışarak kazandığı malları serbestçe yönetir ve kullanır (TMK. m. 455). Her iki madde hükmü beraber değerlendirildiğinde örneğin eğitim işleri ile uğraşmak için izin alan vesayet altındaki kişi kendi tasarrufuna bırakılan veya çalışarak kazandığı para ile özel üniversite kurmak için bir vakıf kurma işlemi yapabilir.

Vesayet altındaki kişiye yapılan bağışlamada vakıf kurma yüklemesi öngörülebilir. Yükleme bağışlamada yükleme hukuka veya ahlaka aykırı ise bağışlama sözleşmesinin geçerliliğini ne yönde etkileyeceğine ilişkin kanunda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu hususta doktrinde bir görüşe göre hukuka veya ahlaka aykırı yüklemenin işlemin temel saiki yani *condictio sine qua non* olup olmadığına bakılması gerektiğine, eğer yükleme işlemin temel saiki değilse sadece yüklemenin kesin hükümsüz sayılarak işlemin geri kalanının ayakta kalabileceğine işaret etmektedir⁹¹. Kanaatimizce vesayet altındaki kişiye yapılan bağışlamada vakıf kurma yüklemesinin öngörülmesi halinde yapılan bağışlama sözleşmesi kısmen hükümsüz olur. Bu durumda tarafların farazi iradesinden geçersiz hüküm olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur (TBK.m.27/f.2). Zira sağlararası işlem olarak bağışlama sözleşmesi bakımından ölüme bağlı tasarruflarda uygulanan TMK.m. 515/f.2 gibi bir hükmün bulunmayışı tarafların farazi iradelerinin araştırılma imkanının bulunmasından ileri gelmektedir. Halbuki ölüme bağlı tasarruflarda mirasbırakanın farazi iradesini araştırmak pek kolay olmayacaktır. Bunun için ölüme bağlı tasarruf dışı olgulara müracaat etmek gerekecektir. O nedenle bağışlama sözleşmesinde TBK.m.27/f.2 anlamında tarafların farazi iradesine başvurma imkanı varken sözleşmenin tamamının kesin hükümsüz olduğunu kabul etmek isabetli olmayacaktır.

Aynı şekilde ölüme bağlı tasarrufla vesayet altındaki kişiye vakıf kurma yüklemesi öngörüldüğünde TMK.m.515/f.2'de "*Hukuka veya ahlaka aykırı koşullar ve yüklemeler, ilişkin*

⁸⁸ Egger (n 14) 575.

⁸⁹ Leuba (n 15) 2086-2087; Egger (n 14) 575; Kaufmann (n 14) 335; Koepfel (n 13) 173.

⁹⁰ Leuba (n 15) 2086-2087; Koepfel (n 13) 168-169; Açıkgöz (n 28) 307.

⁹¹ Hüseyin Hatemi, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ile Sonuçları (Özellikle BK.65 kuralı)*, (Sulhi Garan Matbaası 1976) 192. Aynı yönde bkz: Hamamcıoğlu (n 59) 189. Yazar bağışlayanın yüklemenin yerine getirilmesini isteyemeyeceğini ve yüklemenin yerine getirilmemesi nedeniyle bağışlamayı geri alma hakkına sahip olamayacağını savunmaktadır. Aynı şekilde yazar bağışlama sözleşmesinin tamamı kesin hükümsüz olsa bile TBK.m.81 gereği hukuka veya ahlaka aykırı amaçla bağışlama yapılmış ise, yüklemenin geçersiz olması nedeniyle bağışlayan bağışlananın iradesini talep ediyorsa hakim in iade talebinin reddedilmesine veya devlete mal edilmesine karar verebileceğini ifade etmektedir.

buldukları tasarrufu geçersiz kılar” hükmüne rağmen doktrinde mirasbırakanın hukuka veya ahlaka aykırı yükleme veya koşul olmasa da tasarrufu yapacağı ispat olunabilirse sadece yükleme veya koşulun hükümsüz sayılmasının gerektiğini ileri süren yazarlar bulunmaktadır⁹².

III. YASAK İŞLEM SAYILMAYAN HALLER

Doktrindeki görüşe göre, vesayet altındaki kişiye meslek veya sanatın yürütümüne ilişkin işlemler (TMK.m.453) veya vesayet altındaki kişinin serbest mallarına ilişkin hukuksal işlemler bakımından (TMK.m.455) TMK.m.449 hükmü uygulama alanı bulmaz⁹³. TMK.m.453’e göre *“vesayet altındaki kişiye vesayet makamı tarafından bir meslek veya sanatın yürütülmesi için izin verilmiş ise, o kişi bununla ilgili her türlü olağan işlemleri yapmaya yetkilidir ve bu tür işlemlerden dolayı bütün malvarlığı ile sorumludur”*. Doktrindeki hakim görüşe, TMK.m.453 TMK.m.449’a istisna getirmekte olup, sınırlı ehliyetsiz mesleğinin gerektirdiği hallerde bağışlamalarda bulunabilir veya kefalet altına girebilir⁹⁴. Yani TMK. m.453 TMK.m.449’un istisnasını oluşturmaktadır ve TMK.m.449 hükmünde sayılan işlemler TMK.m.453 kapsamında olağan işlerden sayılmaktadır. Zira, TMK.m.453 hükmünün amacı vesayet altındaki kişinin işlem özgürlüğünü tesis etmek olup, bir meslek veya sanatla uğraşmasını sağlamaktır. Bu açıdan TMK.m.453 kapsamında olağan işlem sayılan kefil olma ve önemli bağışlamada bulunma işlemleri açısından vesayet altındaki kişinin işlem özgürlüğü olduğu kabul edilmelidir. Sonuç itibarıyla, TMK.m.453 uyarınca meslek ve sanatın yürütülmesi için verilen izin kapsamında yapılan işlemler ile TMK.m.455’e göre vesayet altındaki kişinin kendi tasarrufuna bırakılmış olan serbest mallarına ilişkin yaptığı işlemler yasak işlemler kapsamına girmez. Bu anlamda ifade etmek gerekir ki, TMK.m. 455 hükmü de tıpkı TMK.m.453 hükmü gibi TMK.m.449 hükmünün istisnasını teşkil etmektedir. Bu anlamda örneğin işçilere işten ayrılma tazminatı, prim veya ikramiye verilmesi yasak kapsamında sayılmaz. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında sınırlı ehliyetsizin mesleğinin ifası kapsamında üçüncü bir kişinin fiilini taahhüt etmesini olağan işlerden saymıştır⁹⁵. Aynı şekilde doktrinde bazı özel hallerde vakıf kurma işlemi yasak işlemlerden sayılmaması gerektiği de ileri sürülmektedir.⁹⁶ Bu noktada eğitim işleri ile uğraşan vesayet altındaki kişi vakıf üniversitesi de kurabilmelidir. Buradaki önemli nokta, TMK.m.449’da sayılan işlemleri vesayet altındaki kişinin mesleğinin veya sanatının icrası kapsamında yahut kendi tasarrufuna bırakılmış olan mallar ve vasisinin izniyle çalışarak kazandığı malları ile yerine getirmesidir. Buradaki asıl sorun vesayet altındaki kişi TMK.m.453 veya TMK.m.455 kapsamında sayılan durumlarda TMK.m.449’daki işlemleri tek başına mı yapabilecektir yoksa veli veya vasisinin onayını almak zorunda mıdır? Doktrindeki bir görüş bu işlemlerin

⁹² Doktrindeki görüşler için bkz: Hamamcıoğlu (n 59) 188.

⁹³ Dural, Öğüz ve Gümüş (n 22) 419.

⁹⁴ Koepfel (n 13) 50, Josef Mächler, *Unmündige und Entmündigte als Kaufleute* (Helbing & Lichtenhahn 1940) 177.; Leuba (n 15) 2084; Egger (n 14) 571, Lindegger (n 14) 39; Dural, Öğüz ve Gümüş (n 22) 419; Açıkgöz (n 28) 296.

⁹⁵ BGE 28 II 256 (Koepfel (n 13) 51).

⁹⁶ Egger (n 14) 577.

sınırlı ehliyetsizi borç altına soktuğundan dolayı yasal temsilci onayıyla yapılabileceğini ileri sürmektedir⁹⁷. Aynı şekilde önemli bağışlama niteliğinde olmadığı sürece TMK.m.676'da düzenlenmiş olan miras paylaşma sözleşmesi de vesayet altındaki kişinin ayırt etme gücünün bulunması ve vasinin izninin alınması şartıyla yapabileceği işlemlerdendir⁹⁸.

Yargıtay bir kararında, TMK.m.449 hükmünün lafzında sayılmadığı için vesayet altındaki kişinin (anonim) şirket ortağı olabileceğini belirtmiştir⁹⁹. Sınırlı ehliyetsizin pay sahibi sıfatı alması ise bedeli tam olarak ödenmiş paylar bakımından söz konusu olabilecektir¹⁰⁰. Nitekim TMK.m.449 hükmünde bir sınırlama getirilmemesi ve mevzuatta ortak olmaya ilişkin olarak özel bir düzenleme bulunmaması nedeniyle vesayet veya velayet altında olan kişilerin veli veya vasilerinin izniyle şirket ortağı ve hatta kurucu üye olmalarına bir engel yoktur¹⁰¹.

IV. YASAK İŞLEMLERE UYGULANACAK YAPTIRIM

A. Kesin Hükümsüzlük Teorisi

Doktrindeki hakim görüşe, göre yasak işlemlerin yapılması halinde uygulanacak yaptırım kesin hükümsüzlüktür¹⁰². Kesin hükümsüzlük ilgili herkes tarafından ileri sürülebilir ve işlem baştan itibaren geçersizdir. Kesin hükümsüzlük zamanın geçmesiyle düzelmeyeceği gibi, yasal temsilcinin icazetiyle de düzelmez. Ancak daha önce de ifade ettiğimiz üzere aradan uzun zaman geçtikten sonra kesin hükümsüz işleme dayanarak istihkak talebinde bulunulmasını Yargıtay isabetsiz bir şekilde hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceğine karar vermiştir¹⁰³. Bu kararın aksine kesin hükümsüzlük sınırlı ehliyetsizin sonradan tam ehliyetli olmasıyla da düzelmez¹⁰⁴. Ancak karşılıklı edimler hükümsüzlük sebebi bilinerek ve

⁹⁷ Kaufmann (n 14) 336, Mächler (n 82) 181.

⁹⁸ Leuba (n 15) 2084, Eugen Bucher, *Berner Kommentar schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Personenrecht, Band I Einleitung und Personenrecht, 2. Abteilung Die Natürlichen Personen, Erster Teilband, Kommentar zu den Art.11-26 ZGB*; (Stämpfli, 1976) 378.

⁹⁹ Y 11 HD, 6726/6565 5.12.1986 (Kazancı Otomasyon Programı) 21.04.2021 tarihinde erişildi.

¹⁰⁰ Bedeli tam olarak ödenmemiş pay sahibi açısından malvarlıksal bir borç niteliğindeki taahhüt edilen pay bedelinin ödenmesi borcunu içerir. Anonim ortaklıklarda ödenmemiş bir payın devri devralan açısından TBK.m.195 vd. anlamında bir borcun üstlenilmesi niteliğindedir. Ali Murat Sevi, *Anonim Ortaklıkta Payın Devri*, (3. Bası, Seçkin Yayıncılık 2014) 321-324.

¹⁰¹ Ehliyetsiz kişilerin bir şirkette kurucu üye olabileceği Poroy/Tekinalp/Çamoğlu'nun kurucuların esas sözleşmeyi imzalaması kapsamında bunun ehliyetsiz adına onun yasal temsilcisi tarafından yerine getirilebileceği ifadesinden de çıkarılabilir. Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku* (12. Bası, Vedat Kitabevi 2014) 313.

¹⁰² Egger (n 14) 57, Koepfel (n 13) 232 dn.1'de belirtilen yazarlar. Leuba (n 15) 2087, Bucher (n 86) 377; Dural, Öğüz ve Gümüş (n 22) 420, Saymen (n 22) 103, Akipek, Akıntürk ve Karaman (n 27) 333; Zevkliler, Acabey ve Gökyayla (n 17) 339, Hüseyin Hatemi; *Kişiler Hukuku* (8.Bası, Onikilevha Yayıncılık, 2020) 39, Açıkgöz (n 28) 299.

¹⁰³ YHGK 1-298/308 4.5.2005 Kazancı Otomasyon Programı 21.04.2021 tarihinde erişildi.

¹⁰⁴ Leuba (n 15) 2088, Koepfel (n 13) 243, Kaufmann (n 14) 335.

istenerek ifa edilmişse kesin hükümsüzlüğün ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilir (TMK.m.2/f.2). Buna karşılık ayırt etme gücü olmayan bir kimsenin veya onun adına veli veya vasisinin yaptığı ifanın bilerek ve istenerek yapıldığından da bahsetmek pek mümkün olmayacaktır. Kesin hükümsüzlüğü hakim re'sen dikkate alır. Vesayet veya kısıtlama kararı ilan edildikten sonra kesin hükümsüz bir yasak işleme rağmen işlemin diğer tarafı bir takım faydalar ve kazanç sağlamışsa, elde ettiği menfaat gerçek olmayan vekaletsiz iş görme (TBK.m.530) veya önemli bağışlamanın konusu taşınmaz ise TMK.m.993-995 çerçevesinde istenebilir. Doktrinde bir görüş, özellikle vakıf kurma işleminde aradan uzun zaman geçmişse ve iyiniyetli üçüncü kişiler bir takım faydalar sağlamışsa hükümsüzlüğün ileri sürülmesini hakkın kötüye kullanılması olarak kabul etmektedir¹⁰⁵. Bir diğer görüşe göre ise, kısıtlamanın ilanına ilişkin Art. 375 ZGB (TMK.m.410) hükmü iyiniyeti ortadan kaldıracığı ancak söz konusu maddenin üçüncü fıkrası gereğince ayırt etme gücünün bulunmadığı hallerin saklı kaldığına dikkat çekmişlerdir. Buna karşılık kısıtlama kararının ilanından önce de ayırt etme gücünün bulunmadığı hallerde işlem tarafı üçüncü kişinin iyiniyetinin korunmayacağı muhakkaktır¹⁰⁶. Nitekim bu kişiler kısıtlama kararından önce de tam ehliyesiz durumdadırlar. Aynı şekilde vesayet altına alınan ayırt etme gücüne sahip küçükler de vesayet kararının ilanından önce sınırlı ehliyesiz durumdadırlar. Vesayet altına alınmadan velayet altında olan ayırt etme gücüne sahip küçükler bakımından da yasak işlemler söz konusu olacağından vesayet kararının ilanından önce işlem tarafı kişinin iyiniyetinin korunması söz konusu olmaz. Ancak aynı şeyi kısıtlanan ergin ve ayırt etme gücüne sahip kişiler için söylemek mümkün değildir. Zira bu kişiler vesayet altına alınmakla sınırlı ehliyesiz durumuna gelmektedir. Dolayısıyla ergin ve ayırt etme gücüne sahip kişilere ilişkin kısıtlama kararının ilanından önce işlem tarafı üçüncü kişilerin iyiniyetinin korunması gerekmektedir. Bir görüşe göre de, vesayet altındaki kişiyle yasak işlem yapan karşı tarafın iyiniyetli olması söz konusu işlemin hükümsüzlüğünü ortadan kaldırmayacağından bu kişilerin iyiniyeti korunmamalıdır¹⁰⁷.

B. Tek Taraflı Bağlamazlık Teorisi

İsviçre Hukukunda Egger'in savunduğu görüşe göre vakıf kurma, kefil olma ve önemli bağışlamada bulunan sınırlı ehliyesiz tek taraflı olarak işleme bağlı değildir¹⁰⁸. Buna göre ilgili işlem baştan itibaren geçersiz olmayıp, sınırlı ehliyesiz veya yasal temsilcisi tarafından iptal edilebilir. Bu görüş gerekçe olarak, vesayet altındaki küçüğün ergin olduktan sonra vesayet altında olduğu süre zarfında yapmış olduğu işlemi sonradan onaylanmasına imkan tanınması gerektiğini ileri sürmektedir¹⁰⁹. İrade sakatlığı sebebiyle iptal edilebilir işlemler

¹⁰⁵Eugen Curti- Forrer, *Das schweizerische Zivilgesetzbuch mit Erläuterungen* (Schultheß 1911) 208.

¹⁰⁶ Egger (n 14) 579.

¹⁰⁷ Leuba (n 15) 2087, Kaufmann (n 14) 335; Koepfel (n 13) 239.

¹⁰⁸ Egger (n 14) 579.

¹⁰⁹ Vesayet altındaki kişinin medeni hakları kullanma ehliyetine kavuştuktan sonra vesayet altında bulunduğu sırada yapmış olduğu işleme icazet veremeyeceği ancak bunu tasdik edebileceği, bunun yanında ancak geriye etkili sonuç doğurması halinde ilgili işlemin yeniden yapılması gerektiği konusunda bkz: Egger (n 14) 582, Koepfel (n 13) 234.

bakımından da tek taraflı bağlamazlık görüşü savunulmaktadır. Benzer şekilde yasak işlemin yapılması ile birlikte karşı taraf bakımından ortada geçerli bir işlem mevcut olup, ancak mahkemenin iptal kararı ile sözleşmenin geçersizliği sağlanabilmelidir. İşlemin iptalinin ileri sürülmesi bakımından ise belli bir sürenin düzenlenmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Buna göre süresi içinde iptal beyanında bulunduğu zaman sözleşme baştan itibaren geçersiz hale gelir. Hakim iptal hakkının varlığını re'sen dikkate alamaz.

C. Esnek Hükümsüzlük Teorisi

Bu görüşe göre işlem baştan itibaren kesin hükümsüzdür ancak bu hükümsüzlüğü sadece sınırlı ehliyetsiz ileri sürebilir¹¹⁰. Buna göre, yasak işlemleri düzenleyen hüküm amaca uygun yorumlanacak olup, söz konusu hükmün taraflardan birini mi yoksa genel kamu menfaatini mi koruduğu saptanacak ve hükmün koruma amacı taraflardan birine yönelik ise amaca uygun sınırlama sonucunda geçersizlik hükümlerinin hukuki sonuçları daraltılabilecek ve yasak işlem hükmü ile korunmak istenen taraf dışında geçersizliğe dayanılması engellenebilecektir¹¹¹. Yasak işlem olmasına rağmen yapılan sözleşme geçersizdir ve geçersizliği sadece yasak işlem hükmünün koruduğu vesayet veya velayet altındaki kişi ileri sürebilir. Esnek hükümsüzlük görüşünde genel yaklaşım yasak işlem hükmüne aykırılıkta hakimın geçersizliği re'sen dikkate alabileceği yönündedir¹¹². Zira hakimın yasak işleme aykırılığı re'sen dikkate almaması hükmün koruma amacıyla bağdaşmayacaktır. Buna karşılık kesin hükümsüzlüğü ilgili herkes ileri süremeyip, sadece hüküm ile korunan taraf ileri sürebilecektir. Aynı zamanda yasak işleme aykırı sözleşmelerde hakkın kötüye kullanımı yoluyla kesin hükümsüzlüğün hukuki sonuçları da bertaraf edilebilmektedir.

Esnek hükümsüzlük görüşüne göre tarafların edimlerini bilerek ve isteyerek ifa etmeleri durumunda, artık geçersizliği ileri sürerek verdikleri edimi geri istemeyecekleri kabul edilmektedir. Nitekim tarafların bilerek ve isteyerek edimlerini ifa etmeleri ile sözleşme geçerli hale gelmektedir.

D. Görüşümüz

Kanaatimizce yasak işlem içeren bir sözleşmenin uğrayacağı yaptırım kesin hükümsüzlük olmalıdır. Zira bu halde kesin hükümsüzlüğü bilerek ve isteyerek edimini ifa eden karşı tarafın hükümsüzlüğü ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması yoluyla engellenebilmelidir (TMK.m.2/f.2). Önemle ifade etmek gerekir ki bu ifade hakkın kötüye kullanılması yasağı ile esnek hükümsüzlük görüşünün birbirinin alternatifi olduğu şeklinde anlaşılmalıdır. Zira her ifa hakkın kötüye kullanılması yasağına takılmayacağı gibi, aksinin kabulü hakkaniyete aykırı sonuçlar verebilecektir. Örneğin vasi veya velinin vesayet/velayet altındaki kişi adına yaptığı ifa ile geçersizliğin düzeleceğinin kabulü velayet/vesayet altındaki kişinin ergin olduktan veya kısıtlılık kaldırıldıktan önce veya sonra işlemin geçersizliğini ileri sürmesini

¹¹⁰ Kaufmann (n 14) 340.

¹¹¹ Koeppl (n 13) 235

¹¹² Kaufmann (n 14) 340 .

engelleyeceğinden kabul edilmesi mümkün görünmemektedir. Bu sonuç karşısında kesin hükümsüzlüğün ifa ile düzelebileceğini ileri süren esnek hükümsüzlük görüşünü savunmak mümkün görünmemektedir.

Vesayet altındaki küçüğün ergin olduktan sonra vesayet altında olduğu süre zarfında yapmış olduğu işlemi sonradan onaylanmasına imkan tanınması gerekçesiyle ileri sürülen tek taraflı bağlamazlık görüşünü savunmanın da pratik bir önemi yoktur. Nitekim bu görüş kabul edilse bile ehliyet sınırlaması kalkan kişinin sözleşmeyi onaylaması kefaletin geçerlilik koşullarına uygun olarak gerçekleşmelidir. Bir başka deyişle, onayın yazılı olması ve kefilin sorumluluğunun üst sınırını göstermesi gerekir (ayrıca kefil evliyse eşinin de rızası alınmalıdır). Görüleceği üzere onay vermek yerine geçerlilik şartlarına uygun yeni bir kefalet sözleşmesi yapmasının kendisi açısından dikkate değer bir zorluk yaratmayacağı ortadadır¹¹³. Vakıf kurma işlemi bakımından ise aradan uzun zaman geçmişse ve iyiniyetli üçüncü kişiler bir takım faydalar sağlamışsa hükümsüzlüğün ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması yasağına takılabilmektedir. Önemli bağışlamada ise velayet veya vesayet altındaki kişi ergin olduktan veya kısıtlama kararı kalktıktan sonra işlemin tabi olduğu şekle uyarak onay vermek yerine yeniden işlemi tesis edebilir. Bunun dışında işlemin ehliyetsiz kişi bakımından geçersiz diğer taraf bakımından geçerli olması sözleşmeye ilişkin kurallara ve sözleşme yapısına aykırıdır.

Kanaatimizce ergin ve ayırt etme gücüne sahip olup vesayet altına alınan kişilerle kısıtlama kararının ilanından önce yapılan işlemin kesin hükümsüzlüğünden bahsedilemez. Bu noktada işlem tarafı üçüncü kişinin iyiniyeti korunur (TBK.m.410/f.2). Ancak vesayet altındaki ayırt etme gücüne sahip olmayanlar ile ayırt etme gücüne sahip küçüklerle yapılan yasak işlem bakımından vesayet kararının ilanından önce (küçüğün velayet altında olduğu dönemde) de işlem kesin hükümsüzdür ve işlem tarafının iyiniyeti korunmaz. Bu çerçevede TMK.m.410/f.2 hükmünün kapsamına ergin ve ayırt etme gücüne sahip olup vesayet altına alınan kişilerle yapılan işlemlerin girdiği kabul edilmelidir. Bu sonucu TMK.m. 452/f.2 hükmü de desteklemektedir. Anılan hükme göre; *“vesayet altındaki kişi fiil ehliyetine sahip olduğu hususunda diğer tarafı yanıltmış ise onun bu yüzden uğradığı zarardan sorumlu olur”*. TMK.m.410/f.2 ve TMK.m.452/f.2 beraber değerlendirildiğinde vesayet altına alınan ancak vesayet veya kısıtlama kararının ilanından **önce veya sonra** yasak işlem yapan tam ehliyetsiz veya ayırt etme gücüne sahip küçüklerin yaptığı bu işlem de kesin hükümsüz olacaktır ve bu dönemde diğer tarafı fiil ehliyetinin varlığı hususunda yanıltan kişi onun uğradığı zarardan sorumlu olacaktır¹¹⁴. Bu çerçevede ifade edebiliriz ki; ergin ve ayırt etme gücü bulunan ve vesayet altına alınan kişi ile yapılan yasak işlem vesayet kararının ilanından sonra kesin

¹¹³ Özen (23) 166.

¹¹⁴ Bu durumda tazmini gereken zarar kalemi olumsuz zarar kalemidir. Zira vesayet altındaki kişi kendisini tam ehliyetli gibi göstermiş ve diğer tarafı yanıltmış olduğundan yasak işlem olması nedeniyle işlemin kesin hükümsüz olmasından doğan zarar, geçerli olduğuna güvenilen sözleşmeden kaynaklanan zarardır. Yargıtay ise tam ehliyetli gibi hareket edilmesi halinde ehliyetsizliğin ileri sürülmesini TMK.m.452/f.2 hükmünü de gerekçe göstererek hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirmiştir. Y 19 HD 14.12.2006 6489/12076 (YKD Mayıs 2007).

hükümsüzdür ve işlem tarafının iyiniyeti korunmaz. Ancak o da vesayet kararının ilanından sonra bir şekilde diğer tarafı fiil ehliyeti olduğu hususunda yanıltmışsa TMK.m.452/f.2 gereği onun uğradığı zarardan sorumlu olur. Kısıtlama veya vesayet kararının ilanından sonra iyiniyetin korunmamasının bir diğer sonucu da taşınır mülkiyetinin devrinde kazandırıcı zamanaşımı süresinden (TMK.m.777) yararlanamamaktır. Bunun sonucundan aşağıda yer verdiğimiz yerine getirilen edimlerin iadesi alt başlığında bahsedilecektir.

V. YERİNE GETİRİLEN EDİMLERİN İADESİ

Vesayet veya velayet altındaki kişi veya yasal temsilcisi (veli veya vasi) yasak işlem olmasına rağmen kefil olarak borcu ifa etmiş olabilir veya bağışladığı taşınır veya taşınmazın mülkiyetini geçirme borcunu ifa etmiş olabilir.

A. Taşınmazların İadesi

Bir taşınmaz bağışlanmış ve tapuda şeklen mülkiyetin devri işlemi gerçekleşmişse devralan mülkiyeti kazanamayacaktır. Zira işlem baştan itibaren kesin hükümsüz olup taşınmazlarda tescil kanun gereği (TMK.m.1024/f.2) sebebe bağlı olduğu için karşı tarafa mülkiyet geçmemiş olacaktır. Yapılan tescil yolsuz tescil niteliğindedir. Zira taşınmaz mülkiyetinin devrinde sebebe bağlılık kuralı (TMK. m. 1015) mülkiyetin devralan tarafından kazanılmasına engeldir. Bu durumda devreden istihkak davası niteliğinde tapu sicilinin düzeltilmesi davası (TMK.m.1025) ile taşınmazın geri verilmesi talep edilebilecektir. Kesin hükümsüz bir sözleşmeye rağmen taşınmazı devralan kişi taşınmazı üçüncü kişiye devretmişse üçüncü kişi iyiniyetli ise aynı hak iktisap edecektir (TMK.m.1023). İstihkak talebi için herhangi bir hak düşürücü süre ya da zamanaşımı süresi bulunmamaktadır. Ancak aradan uzun zaman geçtikten sonra kesin hükümsüz işleme dayanarak istihkak talebinde bulunulmasını Yargıtay isabetsiz bir şekilde hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceğine karar vermiştir¹¹⁵.

B. Taşınırların İadesi

Kesin hükümsüz sözleşme konusu şey taşınır ise bu durumda taşınır mülkiyetinin naklinin sebebe bağlı olduğu kabul edilirse mülkiyet geçmemiş olacağından istihkak davası ile¹¹⁶; sebepten soyut olduğu kabul edilirse sebepsiz zenginleşme davası ile iadesi talep edilecektir¹¹⁷. Doktrindeki hakim görüş, taşınır mülkiyetinin naklinin sebebe bağlı olduğu yönündedir¹¹⁸. Taşınır mülkiyetinin nakli sebepten soyut kabul edilirse ve taşınır mülkiyeti üçüncü kişiye satıp devredilmişse devreden aldığı bedel oranında zenginleşmiş sayılır ve

¹¹⁵ YHGK 1-298/308 4.5.2005 Kazancı Otomasyon Programı 21.04.2021 tarihinde erişildi.

¹¹⁶ M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku* (21.Bası, Filiz Kitabevi, 2018) 100.

¹¹⁷ M. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt:2 (13. Bası, Vedat Kitapçılık, 2017) 328.

¹¹⁸ Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, *Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı* (Onikilevha Yayıncılık, 2014) 229.

fakat fakirleşen fakirleşme miktarı (örneğin taşınırın rayiç bedeli) bedel alacağından fazla ise bedel alacağını, az ise fakirleşme miktarını talep edebilir¹¹⁹. Geçersiz bir sebebe dayanarak iktisap edilen taşınır malın üçüncü kişiye bağışlanması halinde hangi sonucun doğacağı doktrinde tartışmalıdır¹²⁰. İade alacaklısının geri isteme hakkının varlığını öğrenmesinden itibaren 2 yıl ve her halde zenginleşmenin gerçekleştiği tarihten itibaren 10 yıl sonra sebepsiz zenginleşmeden doğan iade talebi zamanaşımına uğrar (TBK.m. 82). Biz taşınır mülkiyetinin devrinde sebebe bağlılık görüşünü benimsemekteyiz. Ancak devredilen taşınırın iadesi konusunda kanaatimizce meseleyi ikiye ayırarak incelemek gerekmektedir.

- Vesayet altındaki ayırt etme gücü olmayanlar bakımından:

Vesayet altında olup ayırt etme gücüne sahip olmayan kişiden bir taşınırı devralan kimseye karşı herhangi bir hak düşürücü süre ya da zamanaşımına tabi olmaksızın taşınır davası açılabilir. Zira bu kişilerle veya yasal temsilcileri ile yasak işlem yapan üçüncü kişilerin vesayet kararının ilanından önce de iyiniyeti korunmaz (TMK.m.410/f.3). Taşınır davası açılmasının sebebi ise ayırt etme gücünün yokluğunun, taşınırın hak sahibinin elinden MK.m.989 anlamında rıza dışı çıkmış sayılmasını gerektirmesidir¹²¹. Bu çerçevede rıza dışı devir olduğundan bahisle kanaatimizce devralan emin sıfatıyla zilyet sayılamayacaktır. Bu nedenle taşınırı devralanın bunu iyiniyetli üçüncü kişiye devretmesi halinde, üçüncü kişiye karşı beş yıllık zamanaşımı süresi içinde taşınır davası açılabilir (TMK.m.989/f.1). Ancak iyiniyetli üçüncü kişi kötüniyetli devreden zilyetlik süresini kendi süresine ekleyemeyecektir (TMK.m.996).

- Vesayet altındaki ayırt etme gücüne sahip ve ergin kişiler bakımından

Vesayet altındaki kişi ayırt etme gücüne sahip ve ergin ise, kesin hükümsüz bir devir işlemi rızaya dayalı yapıldığı için devralan emin sıfatıyla zilyet olarak kabul edilecektir¹²². Devralana karşı istihkak davası herhangi bir zamanaşımına bağlı olmaksızın açılacaktır. Zira vesayete ilişkin mahkeme kararının ilanı işlem tarafı kişilerin iyiniyetini ortadan kaldıracığı için TMK.m.777'deki kazandırıcı zamanaşımı süresinden faydalanamayacaktır. Ancak emin sıfatıyla zilyet sayılan devralan bunu iyiniyetli üçüncü kişiye satıp devrederse

¹¹⁹ Örneğin zenginleşen devraldığı taşınırı rayiç bedelinin çok altında satmış ise fakirleşen sadece bedel alacağını talep edebilir. Buna karşılık zenginleşen taşınırı rayiç bedelin çok üstünde satmışsa fakirleşen rayiç bedeli (fakirleşme miktarını) talep edebilir.

¹²⁰ Tartışmalar için bkz: Oğuzman ve Öz (n 103) 391, dn.308.

¹²¹ Aynı yönde bkz: Mustafa Dural ve Tufan Ögüz; *Türk Özel Hukuku-Kişiler Hukuku*, Cilt 2 (Filiz Kitabevi 2022) 66.

¹²² Genel olarak teslimin dayanağı olan hukuki işlemin geçersiz olduğu hallerde dahi emin sıfatıyla zilyetlik gerçekleşeceği yönünde bkz: Kemal Tahir Gürsoy, Fikret Eren ve Erol Cansel. *Türk Eşya Hukuku* (Ankara Üniversitesi Basımevi 1984) 135. Osman Levent Özay, 'Emin Sıfatıyla Zilyedin Taşınırı Bağışlamasının Hükmü' (2022) 12 (2) AkdHFD 1177, 1180.

üçüncü kişi mülkiyeti kazanacaktır (TMK.m.988). Devredenden elde ettiği bedelin veya rayiç bedelin¹²³ sebepsiz zenginleşme talebi ile istenmesi mümkündür. Devralan taşınırı iyiniyetli üçüncü kişiye bağılırsa devredenden sebepsiz zenginleşme temelli iade istenip istenemeyeceği meselesi tartışmalıdır¹²⁴.

- Ayırt etme gücüne sahip olup velayet veya vesayet altındaki küçük

Daha önce ifade ettiğimiz üzere ayırt etme gücüne sahip küçükler ile ayırt etme gücü bulunmayanlar bakımından vesayet kararının ilanından önce de yasak işlem kesin hükümsüzdür. İşlem tarafının iyiniyetli olup olmamasının işlemin kesin hükümsüzlüğü üzerinde bir etkisi bulunmamaktadır. Bu kişilerin bizzat kendileri veya onların adına veli veya vasisi ile yasak işlem yapılması sonucu devralan emin sıfatıyla zilyet sayılacak olup, devralana karşı herhangi bir süreye tabi olmaksızın istihkak davası ile taşınırın iadesi istenebilecektir. Zira vesayet veya kısıtlama kararının ilanından sonra devralan iyiniyetli sayılamayacağı için TMK.m.777'deki kazandırıcı zamanaşımı süresinden de faydalanamaz. Ancak devralan taşınırı iyiniyetli üçüncü kişiye devrederse üçüncü kişi iyiniyetli olmak şartıyla taşınır üzerinde aynı hak iktisap edecektir (TMK.m.988). Son olarak yasak işlem konusunun para olması¹²⁵ veya taşınırın mülkiyetinin TMK.m.988 uyarınca iyiniyetli üçüncü kişi tarafından kazanılması halinde paranın veya taşınırın aynen iadesi mümkün olmayacağından para veya iyiniyetli üçüncü kişiden elde edilen bedel/veya rayiç bedel sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade edilecektir.

Kefalet sözleşmesi bakımından ise velayet veya vesayet altındaki kişinin veya bu kişi adına yasal temsilcinin yaptığı bir kefalet sözleşmesi ifa edilmişse, alacaklı geçerli olmayan bu kefalet sözleşmesi uyarınca yapılan ödemeyi sebepsiz zenginleşme kurallarınca iade etmelidir. Küçük veya kısıtlı durumundaki kişinin kendi başına yaptığı geçersiz kefalet sözleşmesini ehliyet sınırlaması kalktıktan sonra ifa etmiş olması, bu açıdan fark yaratmaz. Bir diğer önemli husus ise, kısıtlama kararı henüz ilan edilmemişse, durumdan haberdar olmayan olması da gerekmeyen alacaklıya karşı kefalet sözleşmesinin geçersizliğinin ileri sürülemeyecek olmasıdır¹²⁶.

¹²³ Sebepsiz zenginleşmede fakirleşme şartının aranıp aranmamasına ilişkin kabul edilecek görüşe göre iadenin konusu değişecektir.

¹²⁴ Oğuzman ve Öz, (n 116) 328.

¹²⁵ Örneğin önemli bağılışlama niteliğinde para bağılışlanmış ise durum böyledir.

¹²⁶ Özen (n 23) 166.

SONUÇ

TMK.m.449’da vesayet altındaki kişi adına kefil olmak, vakıf kurmak ve önemli başlılamalarda bulunmak yasaklanmıştır. TMK.m. 449’da sayılan işlemlerin kanun koyucu tarafından “yasak işlemler” adı altında düzenlenmesinin nedeni, sayılan bu işlemlerin hükmün uygulandığı tam ve sınırlı ehliyetsizler bakımından karşılıksız olup yapılması halinde sadece onların mallarını tehlikeye düşürmelerindedir. Vesayet altındaki kişi tarafından yapılan ilgili işlemlerin vasiinin onamasıyla geçerli hale getirilmesi de mümkün değildir. Bu özelliğinden ötürü doktrindeki bir görüşe göre burada fiil ehliyetinden çok hak ehliyetinin sınırlandığı savunulur. Buna gerekçe olarak, ilgili hakların temsil yoluyla dahi kullanılmasına imkan bulunmadığı, bu nedenle de sınırlı ehliyetsizin ilgili haklara hiçbir zaman sahip olma iktidarından bahsedilemeyeceği gösterilmiştir.

Yasak işlemler TMK.m.449’da belirtilenlerden ibaret değildir. Mevzuatın çeşitli yerlerinde bazı işlemlerin sadece ve sadece tam ehliyetli kişiler tarafından yapılabileceği zikredilmiştir. Bu hükümler gereği sınırlı ehliyetsizin ve onun adına yasal temsilcisinin ilgili işlemleri yapmaları mümkün değildir. Bunun dışında doktrinde de yasak işlem olarak kabul edilmesi gereken bazı işlemler ileri sürülmüştür. Bunlar kooperatiflere üye olmak (Kooperatifler Kanunu m.8/1 c.1), dernek kurmak (Dernekler Kanunu m.3/1), ayırt etme gücüne sahip olmayan vesayet altındaki kişi tarafından organ başlılamak, mirasbırakan konumunda miras sözleşmesi yapmak (TMK.m.503) veya taraf olduğu mirastan feragat sözleşmesinde ilgili ivazsız feragat bildiriminde bulunmak da yapılamayan işlemler arasındadır.

TMK.m. 453’e göre vesayet altındaki kişiye vesayet makamı tarafından bir meslek veya sanatın yürütülmesi için izin verilmiş ise, o kişi bununla ilgili her türlü olağan işlemleri yapmaya yetkilidir ve bu tür işlemlerden dolayı bütün malvarlığı ile sorumludur. Doktrindeki hakim görüşe TMK.m.453 TMK.m.449’a istisna getirmekte olup, sınırlı ehliyetsiz mesleğinin gerektirdiği hallerde başlılamalarda bulunabilir veya kefalet altına girebilir. Yani TMK. m.453 TMK.m.449’un istisnasını oluşturmaktadır ve TMK.m.449 hükmünde sayılan işlemler TMK.m.453 kapsamında olağan işlerden sayılmaktadır. TMK.m.455’e göre sınırlı ehliyetsizin kendi tasarrufuna bırakılmış olan serbest mallarına ilişkin yaptığı işlemler yasak işlemler kapsamına girmez. Bu anlamda ifade etmek gerekir ki, TMK.m. 455 hükmü de tıpkı TMK.m.453 hükmü gibi TMK.m.449 hükmünün istisnasını teşkil etmektedir.

Doktrinde yasak işlemlerin yapılması halinde uygulanacak yaptırım türü olarak kesin hükümsüzlük teorisi, tek taraflı bağlamazlık teorisi ve esnek hükümsüzlük (nisbi hükümsüzlük) teorisi görüşleri mevcuttur. Doktrindeki hakim görüşe göre yasak işlemlerin yapılması halinde uygulanacak yaptırım kesin hükümsüzlüktür. Kesin hükümsüzlüğü ilgili herkes ileri sürebileceği gibi hakim tarafından da re’sen dikkate alınır. Kesin hükümsüzlük zamanın geçmesi veya ifa ile düzelmez. Ancak edim hükümsüzlük sebebi bilinerek ve istenerek ifa edilmişse kesin hükümsüzlüğün ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilir (TMK.m.2/f.2). Bir taşınmaz başlılanmış ve mülkiyetin devri gerçekleşmişse istihkak davası (tapu sicilinin düzeltilmesi davası) ile taşınmazın geri verilmesi talep edilebilecektir. İstihkak talebi için herhangi bir hak düşürücü süre ya da zamanaşımı süresi

bulunmamaktadır. Kesin hükümsüz sözleşme konusu şey taşınır ise bu durumda taşınır mülkiyetinin naklinin sebebe bağlı olduğu kabul edilirse mülkiyet geçmemiş olacağından istihkak davası ile; sebepten soyut olduğu kabul edilirse sebepsiz zenginleşmeye dayanan iade davası ile iadesi talep edilecektir. Doktrindeki hakim görüş taşınır mülkiyetinin naklinin sebebe bağlı olduğu yönündedir. Devredilen taşınırın iadesi konusunda kanaatimizce meseleyi ikiye ayırarak incelemek gerekmektedir. Vesayet altındaki kişi ayırt etme gücüne sahip olmayan kişiden bir taşınırı devralan kimseye karşı herhangi bir hak düşürücü süre ya da zamanaşımına tabi olmaksızın taşınır davası açabilir. Zira bu kişilerle veya yasal temsilcileri ile yasak işlem yapan üçüncü kişilerin vesayet kararının ilanından önce de iyiniyeti korunmaz. Taşınır davası açılmasının sebebi ise ayırt etme gücünün yokluğunun, taşınırın hak sahibinin elinden MK.m.989 anlamında rıza dışı çıkmış sayılmasını gerektirmesidir. Ancak vesayet altındaki kişi ayırt etme gücüne sahip ve ergin ise, kesin hükümsüz bir devir işlemi rızaya dayalı yapıldığı için devralan emin sıfatıyla zilyet olarak kabul edilecektir. Devralana karşı istihkak davası herhangi bir zamanaşımına bağlı olmaksızın açılacaktır. Zira vesayete ilişkin mahkeme kararının ilanı işlem tarafı kişilerin iyiniyetini ortadan kaldıracağı için TMK.m.777'deki kazandırıcı zamanaşımı süresinden faydalanamayacaktır. Ancak ayırt etme gücüne sahip küçükler bakımından vesayet kararının ilanından önce de yasak işlem kesin hükümsüzdür. İşlem tarafının iyiniyetli olup olmasının işlemin kesin hükümsüzlüğü üzerinde bir etkisi bulunmamaktadır.

Kaynakça

- Açıkğöz A, *Dar Anlamda Vesayeti Gerektiren Haller ve Vesayet Altına Almanın İşlem Ehliyeti Bakımından Sonuçları* (Onikilevha Yayınevi 2017)
- Akdoğan İ, 'İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı', (Master Thesis, İstanbul Aydın Üniversitesi 2019)
- Akipek J, Akıntürk T ve Ateş Karaman D, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, Cilt:1 (18. Bası, Beta Yayınevi 2021)
- Ayan M ve Ayan N, *Kişiler Hukuku*, (9. Bası, Adalet Yayınevi 2020)
- Bucher E, *Berner Kommentar schweizerischen Zivilgesetsbuch, Das Personenrecht, Band I Einleitung und Personenrecht, 2. Abteilung Die Natürlichen Personen, Erster Teilband, Kommentar zu den Art.11-26 ZGB*; (Stämpfli, 1976)
- Curti-Forrer E, *Das schweizerische Zivilgesetzbuch mit Erläuterungen* (Schultheß 1911)
- Dural M, Öğüz T ve Gümüş M A, *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku*, Cilt III (11. Bası, Filiz Kitabevi 2016)
- Dural M ve Öğüz T; *Türk Özel Hukuku-Kişiler Hukuku*, Cilt 2 (Filiz Kitabevi 2022)
- Egger A, *Kommentar zum Zivilgesetzbuch; Bn. II: Das Familien recht; 3. Abteilung: Die Vormundschaft (Art.360-456)* (2. Auflage, Schultess 1948)
- , *Aile Hukuku, Üçüncü Kısım, Vesayet, Cilt:II, mad.398-456, Türk Medeni Kanunu*, 346-438 (Volf Çernis (tr), 2, Adliye Vekaleti Yayınları 1952)
- Em A, *Türk Hukuk Sisteminde Vakıflar* (Turhan Kitabevi 2011)
- Ermann W, *Handkommentar zum BGB in zwei Bänden*, Bd. II (7. Auflage, Aschendorff 1981)
- Ertan E, 'İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı Kaydı', (DPhil Thesis, Galatasaray Üniversitesi 2012).
- Feyzioğlu F N., *Aile Hukuku* (8. Bası, Filiz Kitabevi 1986)
- Geiser T ve Reusser R E, *Basler Kommentar, Erwachsenenschutz, Art.360-456*, (Helbing & Lichtenhahn 2012)
- Güleryüz M T, 'İş Hukukunun Emredici Yapısı Işığında Rekabet Yasağı Sözleşmesi', (2015), (118), Mayıs-Haziran, TBB Dergisi 313-344
- Gürsoy, K T; Eren, Fikret ve Cansel, Erol. *Türk Eşya Hukuku*. Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1984

- Hamamcioğlu G V, *Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı* (Onikilevha Yayıncılık, 2014)
- Hamamcioğlu G V, *Bağışlama Sözleşmesi*, (1. Bası, Adalet Yayınevi 2016)
- Hatemi H; *Kişiler Hukuku* (8.Bası, Onikilevha Yayıncılık, 2020)
- Hefti H, *Die Vormundschaftliche Amtsführung*, 67. Heft (Verlag von Stämpfli & Cie 1916)
- Juster M, *La representation du mineur par son tuteur* (Hachette Livre-bnf 1900)
- Josef Kaufmann, 'Die Stellung des Beirates nach Art.395 Abs.1 ZGB', (1924) Schweizerische Juristen Zeitung 125-132
- Klang H. ve Gschnitzer F, *Kommentar zum ABGB*, 1. Band, 2.Halbband (2.Auflage, Österreichischen Staatsdruckerei 1962)
- Koepfel M, *Verbotene Geschäfte (insbesondere Art.408)* (Fehr Druck 1989)
- Kovancı N, 'Türk İş Hukuku'nda Rekabet Yasağı Sözleşmesi' (2017) (S.31) TAAD 769-800
- Leuba A, *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art.1-456 ZGB*, (3.Auflage, Helbing Lichtenhahn 2006)
- Lindegger M, 'Die Rechte des Mündels im Schweizerischen ZGB: insbesondere der Ausschluss der Vertretungsmacht des Vormundes, das eigene Handeln und die Mitwirkung des Bevormundeten, Abhandlungen zum schweizerischen Recht', (DPhil Thesis, Universität Basel 1952)
- Mächler J, *Unmündige und Entmündigte als Kaufleute* (Helbing & Lichtenhahn 1940)
- Manav A E, 'İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları' (2010) (S.87) TBB Dergisi 322-364
- Marty G ve Raynaud P, *Droit civil, Les personnes* (2eéd, Paris Sirey 1967)
- Mazeaud H ve Mazeaud L, *Leçon de droit civil, Tomé I* (Montchrestien, 1967)
- Moreau Henry, *Des fonctions du tuteur*, (Librairie des Juris-Classeurs 1933)
- Oğuzman M K, Seliçi Ö ve Oktay Özdemir S, *Eşya Hukuku* (21.Bası, Filiz Kitabevi, 2018)
- Oğuzman M K ve Öz T; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt:2 (13. Bası, Vedat Kitapçılık, 2017)
- Özcan B, *Aile Hukuku* (6.Bası, Turhan Kitabevi 2015)
- Özay O L, 'Emin Sıfatıyla Zilyedin Taşınır Bağışlamasının Hükmü' (2022) 12 (2) AkdHFD, 1177-1192
- Özen B, *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi*, (2.bası, Vedat Yayınevi, 2012)

- Özüğür A İ, *Velayet- Vesayet- Soybağı ve Evlat Edinme Hukuku* (Seçkin Yayınları 2002)
- Palandt O, *Kommentar zum BGB, Beck'sche Kurzkommentare zum BGB* (45. Auflage, C.H. Beck 1986)
- Planiol M ve Savatier R, *Traité pratique de droit civil français, Tomé I: Les personnes* (2e éd, [Revue internationale de droit comparé](#) 1952)
- Reha P, Tekinalp Ü ve Çamoğlu E, *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku* (12. Bası, Vedat Kitabevi 2014)
- Saymen F H, *Türk Medeni Hukuku, Şahsın Hukuku, Cilt II* (Kenan Matbaası 1948)
- ve Elbir H K, *Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, Cilt: III* (2. Bası, Hak Kitabevi 1960)
- Schiefer F, 'Schenkungen aus dem Vermögen Betreuter', (DPhil Thesis, Georg- August Universität 2008)
- Serozan R, *Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku* (9. Bası, Onikilevha Yayınevi 2022)
- Sevi A M, *Anonim Ortaklıkta Payın Devri*, (3. Bası, Seçkin Yayıncılık 2014)
- Staudinger J ve Engler Helmut, *Kommentar zum BGB mit Einführungsgesetz und Nebengesetz* (10./11. Auflage, de Gruyter 1969)
- Velidedeoğlu H V., *Türk Medeni Hukuku, Umumi Esaslar-Şahsın Hukuku- Aile Hukuku- Miras Hukuku- Eşya Hukuku (Ayni Haklar)* (3. Bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1963)
- Zevkliler A, Acabey B ve Gökyayla E, *Medeni Hukuk* (5. Bası, Savaş Yayınları 1997)