

# **İNTİFA HAKKI ÖMÜR BOYU KENDİSİNDE KALMAK ÜZERE ERGİN ALTSOYUN LEHİNE YAPILAN TAŞINMAZ BAĞIŞLAMA SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİNE VE BUNUN DENKLEŞTİRME İLE TENKİS BAĞLAMINDA MİRAS HUKUKUNDAKİ BAZI SONUÇLARINA İLİŞKİN BİR ANALİZ**

*An Analysis On The Legal Nature Of Real Estate Donation Agreement Where One Retains Lifetime The Right Of Usufruct In Favor Of His Adult Descendant and Some Of Its Consequences In The Law Of Inheritance In The Context Of Equalization And Reduction*

**Dr. Öğr. Üyesi Doğa Ekrem DOĞANCI\***

## **ÖZET**

Uygulamada sıklıkla öne çıkan bazı özellikleri nedeniyle ergin altsoyun lehine intifa hakkı ömür boyu kendinden kalmak üzere taşınmaz bağışı yapılmaktadır. Daha yakından incelendiğinde bu söz-

---

\* Dr.Öğr.Üyesi, Sakarya Üniversitesi, E-Posta: ddoganci@sakarya.edu.tr, Orcid ID: 0000-0002-8771-0907

**Makale Geliş Tarihi:** 23.07.2023

**Makale Kabul Tarihi:** 29.09.2023

⇒ Atıf Şekli: Doğa Ekrem Doğancı, "İntifa Hakkı Ömür Boyu Kendisinde Kalmak Üzere Ergin Altsoyun Lehine Yapılan Taşınmaz Bağışlama Sözleşmesinin Hukuki Niteliğine ve Bunun Denkleştirme ile Tenkis Bağlamında Miras Hukukundaki Bazı Sonuçlarına İlişkin Bir Analiz", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 18/2 (2023): 573-709.

⇒ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.



leşmenin dogmatik temellerine, hukuki niteliğine ilişkin bir belirsizlik olduğu ve buna bağlı ucu açık bazı sorulara ve sonuçlara sebebiyet verdiği görülmektedir.

İncelemede intifa hakkı kendisinde kalmak üzere taşınmaz bağışlama sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin çeşitli görüşler tartışılmıştır. Bu kapsamda bağışlama sözleşmesine konu kazandırmanın ne olduğu, bunun değerinin bağışlayandan bağışlanana nasıl geçtiği ve bağışlama anının ne zaman olduğu irdelenmiştir.

Makalenin devamında intifa hakkı kendinde tutularak mülkiyetin geçişine ilişkin hukuki yapılanmanın bu sözleşmenin hukuki nitelenmesine etkisi değerlendirilmiştir. Bu kapsamda intifa hakkının mülkiyetin devrinden belirli bir zaman önce, sonra veya hukuksal bir an önce veya sonra tesis edilmiş olması ihtimalleri incelenmiştir.

İncelemenin son bölümünde çalışmada varılan sonuçların miras hukukundaki bazı değerlendirmelere etkisi analiz edilmiştir. Bu kapsamda miras hukukunda denkleştirme ve tenkis bağlamında bazı değerlendirmeler yapılmış ve inceleme konusu sözleşmenin hukuki nitelenmesine bağlı görüş farklılıklarının uygulama önemli farklılıklara yol açabileceği ortaya konmuştur.

**Anahtar Kelimeler:** İntifa hakkı kendisinde kalmak üzere yapılan taşınmaz bağışı, intifa hakkı, bağışlama sözleşmesi, denkleştirme, tenkis

## **ABSTRACT**

Due to a few key characteristics of legal transactions, real estate donation agreement where one retains lifetime the right of usufruct are frequently concluded in favor of adult descendants in practice. Closer inspection reveals that the dogmatic underpinnings and legal status of this agreement are ambiguous, which raises unresolved issues and results.

Various points of view on the legality of a real estate donation agreement where one retains the right of usufruct are examined in this review. The manner in which the value of the asset covered by the donation contract is transferred from the donor to the donee, the nature of the donation agreement, and the timing of the donation are all reviewed in this context

The impact of this contract's legal qualification on the legal framework governing the transfer of ownership while retaining the usufruct right with oneself is examined in the section that follows. In this situation, it has been determined whether it is likely that the usufruct was established before or after the transfer of ownership or at a certain legal moment. The impact of the study's findings on assessments of inheritance law is examined.

The impact of the study's findings on assessments of inheritance law is examined in the final portion of our examination. We specifically look at evaluations of equalization and reduction in inheritance law and it has been revealed that differences of opinion due to legal qualification could lead to significant differences in practice.

**Keywords:** Real estate donation agreement with the right of usufruct remaining with oneself, usufruct right, donation agreement, equalization, reduction

## GİRİŞ

Uygulamada sıklıkla intifa hakkı ömür boyu kendinde kalmak üzere (intifa hakkı saklı tutularak) altsoy lehine taşınmaz bağışları (bundan sonra bu sözleşme kısaca “İHKKTB” şeklinde ifade edilecektir) yapılmaktadır.<sup>1</sup> Öte yandan daha yakından incelendiğinde Türk ve

---

<sup>1</sup> Dijital içtihat bankalarında yapılacak tarama da anahtar kelimeler olarak; “çıplak mülkiyet” ve “bağış”, “intifa hakkını üzerinde tutarak”, “intifa hakkını üzerinde bırakarak” vb. ifadeler yazıldığında geçmişten günümüze karşılaşılan karar sayısı dikkate alınınca İHKKTB uygulamasının çok yaygın olduğu görülmektedir. Bu konuda örneğin Krş. [www.legalbank.net](http://www.legalbank.net); [www.lexpera.net](http://www.lexpera.net).

İsviçre Medeni Kanunları'nda açıkça zikredilen (BGB'de ise sadece uygulama ve öğretilde kabul edilen) İHKKTB'nin dogmatik temellerinin belirsiz olduğu görülmektedir. İsviçre- Türk ve Alman hukuk öğretisinde yapılan çeşitli akademik çalışmalarda İHKKTB'nin hukuki niteliğine ve buna bağlı ucu açık bazı dogmatik sorulara ve sonuçlara işaret edilmiştir.<sup>2</sup> İHKKTB'nin inceleme konusu yapılacağı bu çalışmada bir sınırlama olarak; tam ehliyetli taşınmaz maliki bir ebeveyn ile onun tam ehliyetli ergin altsoyu<sup>3</sup> arasında yapılan, ebeveynin kendi lehine intifa hakkını ömür boyu saklı tuttuğu bir İHKKTB esas alınmıştır. Makaledeki merkezi sorun İHKKTB'nin hukuki niteliğinin ne olduğudur. Bunun cevabı beraberinde dogmatik olarak tartışılmalı çeşitli yan soru ve sorunlar içermektedir.

<sup>2</sup> Bu bağlamda örneğin 70'li yıllarda Alman öğretilinde *Dieckmann* bilimsel olarak kapsamlı şekilde tartışılmadığını belirttiği intifa hakkı ile kayıtlı bağışlama sözleşmesinin miras hukukunda tenkis bağlamında önemli zorluklar teşkil ettiğini belirtmiştir. Bu yönde Krş. Albrecht Dieckmann, "Anmerkung zum Urteil des BGH vom 9. Nov. 1983 - IVa ZR, 151/82", *FamRZ*, (1984): 882. Aynı yıllarda Alman öğretilinde *Speckmann* ise söz konusu durumu şaşırtıcı olarak tanımlamış ve bunun tüm katılımcılar için çözümünün çok farklı faktörlere bağlı olduğuna işaret etmiştir. Söz konusu tespite ilişkin Bkz. Werner Speckmann, "Anmerkung zum Urteil des BGH vom 25. Mai 1970 - III ZR 141/68", *NJW*, 37 (1970): 1638. Yine örneğin takip eden yıllarda Türk öğretilinde *Sungurbey* 1974 tarihli bir eserinde genel olarak intifa hakkı kendisinde kalmak üzere yapılan mülkiyet devirlerinin hukuki yapısının tartışılmalı bir medeni hukuk sorunu olduğuna işaret etmiş ve bunun çözümünü irdelemiştir. Değinenle tespite ilişkin Bkz. İsmet Sungurbey, *Medeni Hukuk Sorunları Cilt-II* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1974): 118- 122. Alman Hukuk öğretilinde *Reiff* 1989 yılında yayınladığı doktora tezinde ise intifa hakkı kendisinde kalmak üzere yapılan bağışlama sözleşmelerinin dogmatikliğini ve bunun Alman miras hukukundaki bazı etkilerini incelemiştir. Zikredilen çalışma için Bkz. Peter Reiff, *Die Dogmatik der Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt und ihre Auswirkungen auf die Ergänzung des Pflichtteils und die Schenkungsteuer* (Berlin: Duncker&Humboldt Verlag, 1988). Yine örneğin güncel olarak İsviçre Hukuku'nda 2018 yılında yayınlanan bir doktora tezinde *Horat* intifa veya oturma hakkı kendisinde kalmak üzere yapılan taşınmaz bağışlama sözleşmelerini inceleme konusu yapmıştır. Söz konusu çalışma için Bkz. Felix Horat, *Grundstücksschenkungen mit Nutzniessungs- oder Wohnrechtsvorbehalt*. Zürich: Schulthess Verlag, 2018.

<sup>3</sup> Bu anlamda özellikle sınırlı ehliyetlilere ilişkin inceleme konusuna özelinde medeni hukukun çeşitli kitapları dahilinde yürütülen görüş ve tartışmalar inceleme kapsamı dışındadır. Bu konuda detaylı bir inceleme için örneğin Bkz. Reiff, *Schenkungen unter Niessbrauchsvorbehalt*, 86 vd.

Bu bağlamda ilk olarak çok genel hatlarıyla intifa hakkı ve bağışlama sözleşmesi hakkında bilgi verilecektir. Daha sonra, İHKKTB'nın öne çıkan bazı özellikleri aktarılacaktır. Takiben bunun hukuki nitelendirmesine ilişkin görüşler paylaşılacaktır. Devamında İHKKTB'nın hukuki niteliğinin değerlendirmesine esas olmak üzere konu farklı boyutlarıyla ele alınacaktır. Takip eden ilgili başlıklarda ilgili görüş veya görüşlere ilişkin değerlendirmelerimiz aktarılacaktır.

Bu kapsamda bağışlayandan bağışlanana değer değişiminin nasıl cereyan ettiği ve intifa hakkı saklı tutulan bağışlama sözleşmelerine konu kazandırmanın ne olduğu soruları irdelenebilir niteliktedir. Bağışlama konusu bazılarınca üzerinde intifa hakkı olmayan, yüksüz bir taşınmaz olarak görülürken, diğerlerince yüklü taşınmaz olarak görülmektedir. Bunun gibi bağışlama anı da tartışılmalıdır. Bazıları burada yüklü olan taşınmazın karşı tarafa devredildiği zamanı esas alırken, diğerleri ise intifa hakkını kendi lehine saklı tutan bağışlayanın ölüm anını esas almaktadır.

İHKKTB'de mülkiyet devri ve intifa hakkı tesisi eşya hukukunda çeşitli şekillerde yapılandırılabilir. Mülkiyet devrinin intifa hakkı tesisinden önce, aynı anda, hukuksal bir an önce, hukuksal bir an sonra veya daha sonra mı yapıldığına ilişkin benimsenecek görüşler bu sözleşmenin hukuki nitelendirmesini etkileyebilecek farklı sonuçları beraberinde getirecektir.

İHKKTB'nin ön plana çıkan özellikleri arasında aile içi tereke planlamasında sıklıkla başvurulmuş bir araç olması yer almaktadır. İHKKTB'nin hukuki nitelendirilmesine ilişkin yapılacak değerlendirmede tamamlayıcı olarak medeni hukukun yeknesaklığı esası dahilinde bunun miras hukukuna etkisi de dikkate alınmıştır. Miras hukukuna ilişkin değerlendirmelerin başlı başına ayrı inceleme konuları olduğu dikkate alınarak ,makalenin kapsamını genişletmemek üzere inceleme denkleştirme ve tenkis konuları ile sınırlı olarak ve genel hatlarıyla yürütülecektir.

Konunun çok yönlü boyutu bazı sınırlamalar yapılmasını gerektirmiştir. İHKKTB'nın hukuki niteliğe ilişkin tespite ilişkin benimsenecek görüşe medeni hukuk (mal rejimi hukuku, kişiler hukuku, aile hukuku, miras hukuku, tapu sicil hukuku vb.), ticaret hukuku, vergi hukuku<sup>4</sup> gibi özel ve kamu hukukunun farklı alanlarında bağlanan ve farklılaşabilen çeşitli sonuçlar inceleme dışında bırakılmıştır. Ayrıca bağışlama sözleşmelerine ilişkin borçlar hukukuna ilişkin birtakım genel esaslar ayrı başlıklarda başlı başına incelenmemiş, incelemeyi ilgilendirdiği ölçüde değinilmiştir.<sup>5</sup> Uygulamada karşılaşılabilecek; intifa hakkı ile kayıtlı taşınmaz malikinin (bağışlananın) taşınmazı mirasın geçişinden önce üçüncü kişiye ivazlı veya ivazsız devretmesi veya sınırlı bir ayni hakkı ile kayıt altına alması veya taşınmazın elinden isteği dışında çıkması durumu<sup>6</sup>, aynı zamanda eşinin lehine ivazsız ve ömür boyu geçerli bir intifa hakkı öngördüğü İHKKTB'nin miras hukukundaki sonuçları vb. alternatif olay kurguları da incelemede göz

<sup>4</sup> Bu konuda örneğin Bkz. Burak Y. Aslanpınar, "Gayrimenkullerde intifa hakkı ve kuru (çıplak) mülkiyetin veraset ve intikal vergisi bakımından vergilendirilmesi", içinde Prof.Dr. Şükrü Kızılot'a Armağan, ed. Nevzat Saygılıoğlu, (Ankara: Gazi Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi, 2014), 574.

<sup>5</sup> Bu bağlamda ayrı bir inceleme konusu yapılmayacak hususlar arasında; bağışlama sözleşmesinin klasik bir taşınmaz satış sözleşmesinden taşıdığı farklılıklar ve şeklin kapsamı, bağışlama yapma veya bağışlamayı kabul yetkisi (bağış ehliyeti), bağışlayanın sınırlı sorumluluğu, bağışlamanın geri alınması, taşınmaz malikinin intifa hakkı sahibine karşı sahip olduğu güvence hakkının kapsamı vb. yer almaktadır.

<sup>6</sup> Bu konuda Krş. Peter Tuor ve Vito Piconi, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band III: Das Erbrecht, 2. Abteilung: Der Erbgang, Artikel 537-640 ZGB (Bern: Stämpfli Verlag, 1964): Art. 475 N. 7, Art. 630 N. 13 vd.; Paul Eitel, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band III: Das Erbrecht, 2. Abteilung: Der Erbgang, 3. Teilband: Die Ausgleichung, Art. 626-632 ZGB (Bern: Stämpfli Verlag, 2004): Art. 630 N. 34 vd., 36, 38; Arnold Escher, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, III. Band: Das Erbrecht, Erste Abteilung: Die Erben, Artikel 457-536 (Zürich: Schulthess Verlag, 1959): Art. 475 N. 3; Arnold Escher, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, III. Band: Das Erbrecht, Zweite Abteilung: Der Erbgang, Art. 537-640 (Zürich: Schulthess Verlag, 1960): ZGB 630 N. 10, 14; Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 192 vd.; Jurij Benn, Rechtsgeschäftliche Gestaltung der erbrechtlichen Ausgleichung (Zürich: Schulthess Verlag, 2000): 47, 143 vd.

ardı edilmiştir<sup>7</sup>. Yine taşınmazın piyasa değeri ve saklı tutulan ve tutulmayan intifa hakkının sermaye değerini inceleme özel uzmanlık gerektiren ve karmaşık bir faaliyet olup buna ilişkin tartışmalara ve farklı metotlara makalenin kapsamını aşmamak için girilmeyecek, bunlardan bazılarında dipnotlarda sadece atıf yapmakla yetinilecektir.<sup>8</sup> Bu incelemede Türk ve İsviçre Hukuku'ndaki düzenleme, uygulama ve öğretideki görüşler dikkate alınacak, sadece tamamlayıcı ve sınırlı olarak, sıklıkla sadece dipnotlarda Alman hukuku değerlendirmeye dahil edilecektir. Yine makalenin kapsamını genişletmemek üzere özellikle bazı genel nitelikte bilgi ve tartışmalar veya örnekler dipnotta yer verilmiş veya sadece işaret etmekle yetinilmiştir. Ayrıca bu amaçla çalışmada sıklıkla kullanılan bazı terimlere yönelik bazı kısaltmalar yapılmıştır.

## **I. İNTİFA HAKKI VE BAĞIŞLAMA SÖZLEŞMESİ HAKKINDA GENEL BİLGİLER**

İntifa hakkı ayni ve mutlak bir hak olup sınırlı ayni haklar arasında yer alır<sup>9</sup>. Sınırlı ayni haklar altında kişiye bağlı irtifaklar altında sınıflandırılan intifa hakkı üçüncü kişilere devredilemez, mirasçılara

<sup>7</sup> Felix Horat, "Die Grundstückschenkung unter «Vorbehalt» einer Nutzniessung zu Gunsten des Schenkers und seines Ehegatten", BN, 2 (2019): 71 vd.

<sup>8</sup> Bu konuda Peter Reiff, "Nießbrauch und Pflichtteilsergänzung", ZEV, 7 (1998):245 vd.; Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 189 vd.

<sup>9</sup> Daha detaylı bilgi için örneğin Bkz. Örneğin Bkz. Akçaal, Mehmet, Eşya Hukuku (Ankara: Yetkin Yayıncılık 2022): 6 vd., 605, 613 vd., 633 vd.; Jale G., Akipek, Türk Eşya Hukuku – Mahdut Ayni Haklar (Menkul Rehni Hariç) (Ankara: Sevinç Matbaası, 1974): 18, 87 vd.; Mehmet, Ünal, Sınırlı Ayni Hak (Ankara: Savaş Kitabevi, 2021): 74 vd., 278; Sinan Sami, Akkurt, Kemal, Erdoğan ve Hüseyin, Tokat. Medeni Hukuk (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022): 733 vd., 736 vd.; Şeref, Ertaş, Eşya Hukuku (İzmir: Barış Yayınları Fakültere Kitapevi, 2016): 498, 505 vd.; Ayan Mehmet, Eşya Hukuku – III Sınırlı Ayni Haklar (Ankara: Seçkin Yayıncılık 2017): 37 vd.; Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir Saibe, Eşya Hukuku (İstanbul: Filiz Kitabevi 2017): N. 2719, 2891 vd. Sınırlı ayni haklar sınırlı sayı ilkesine tabi olup bunun altında irtifak hakları, rehin hakları ve taşınmaz yükü yer alır. Bu konuda Bkz. Bülent Köprülü ve Selim Kaneti, Sınırlı Ayni Haklar (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1982-1983): 1 vd.; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, 767 vd.

intikali söz konusu olmaz.<sup>10</sup> İntifa hakkı bir eşya üzerindeki mülkiyet yetkisini sınırlayarak sahibine bunun üzerinde diğer irtifak haklarından çok daha geniş bir kullanma, yararlanma yetkisi verir.<sup>11</sup> Taşınmalar, haklar yanında inceleme konusu olan taşınmazlar (TMK m. 794 f. 1) üzerinde de intifa hakkı tesisi mümkündür.<sup>12</sup> Bir taşınmaz üzerindeki intifa hakkı sahibine bir taraftan sınırlı aynı hakka bağlı yetkiler verirken, diğer taraftan taraflar arasında zorunlu, kanuni bir ilişki kurar.<sup>13</sup> Bu yetkiler arasında taşınmaz üzerinde doğrudan zilyetlik,

<sup>10</sup> Örneğin Bkz. Stephanie Hrubesch-Millauer, Barbara Graham-Siegenthaler ve Vito Roberto, Sachenrecht, (Bern: Schultess Verlag, 2017): N. 08.05, 08.07; Hans Michael Riemer, Die beschränkten dinglichen Rechte, Dienstbarkeiten, Grund- und Fahrnispfandrechte, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts, Band II (Bern: Stämpfli Verlag, 2000): § 10 N. 17 vd.; Jörg Schmid ve Bettina Hürlimann-Kaup, Sachenrecht (Zürich/Basel/ Genf: Schulthess Verlag 2017): N.1214 vd., 1325; Peter, Tuor vd., Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, (Zürich/Basel/Genf: Schulthess Verlag, 2015): § 107 N. 3 vd.; Christoph Thurnherr, “Art. 745- 778 ZGB”, içinde Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht Art. 641-977 ZGB, ed. Peter Breitschmid ve Alexandra Rumo-Jungo, (Zürich/Basel/Genf: Schulthess Verlag, 2016): Art. 745 N. 1; Pascal Simonius ve Thomas Sutter, Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Band II: Die beschränkten dinglichen Rechte (Basel/Frankfurt am Main: Helbing & Lichtenhahn Verlag, 1990): § 3 N. 6; Bülent Köprülü ve Selim Kaneti, Sınırlı Aynı Haklar, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1982-1983: 95; Lale Sirmen, Eşya Hukuku (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021): 590 vd.; Esener Turhan ve Güven Kudret, Eşya Hukuku (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2019): 456. Söz konusu bu yasakların emredici olduğu hakkında Bkz. Hans Leemann, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV: Sachenrecht, II. Abteilung, Art. 730-918 ZGB ( Bern: Stämpfli Verlag, 1925): Art. 745 N. 8; Simonius ve Sutter, Die Beschränkten Dinglichen Rechte, § 3 N. 5 vd. Ancak intifa hakkının kullanım yetkisinin bir üçüncü kişiye devredilebilmesi mümkündür ((Art. 758 Abs. 1 ZGB)). Bu konuda Bkz. BGE 113 II 121vd. (125), E. 2b/aa; Simonius ve Sutter, Die Beschränkten Dinglichen Rechte, § 3 N. 7; Tuor vd., Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, § 109 N. 6; Gökhan O. Antalya ve Murat Topuz, Eşya Hukuku, Cilt IV/1 (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021): 115; Esener ve Güven, Eşya Hukuku, 456.

<sup>11</sup> Hrubesch-Millauer, Graham-Siegenthaler ve Vito, Sachenrecht, N. 07.02 vd.; Akçaal, Eşya Hukuku, 616; Esener ve Güven, Eşya Hukuku, 454 vd.; Ertaş, Eşya Hukuku, 505.

<sup>12</sup> Mahdut Aynı Haklar, “Mahdut Aynı Haklar”, 94 vd.; Sirmen, “Eşya Hukuku”, 593 vd.; Esener ve Güven, Eşya Hukuku, 454; Burak Özen, Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008): 19 vd.; Akçaal, Eşya Hukuku, 635 vd.

<sup>13</sup> Leemann, Berner Kommentar ZGB, Art. 745 N. 4 vd.; Thurnherr, Handkommentar ZGB, Art. 745, N. 2; Max Baumann, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band: Sachenrecht, Teilband IV 2a, Die Dienstbarkeiten und Grundlasten,



yönetme, içerik olarak geniş bir kullanma ve yararlanma yetkisi ve bu kapsamda onun doğal ürünlerinden ve diğer dönemsel gelirlerinden faydalanma hakkı bulunur (TMK m. 803 f. 1, m. 804 f. 1, m. 805/ ZGB Art. 755 Abs.1, Art. 756 Abs.1, Art. 757).<sup>14</sup> Ancak intifa hakkı sahibinin taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisi bulunmamaktadır.<sup>15</sup> Yine taşınmaz üzerinde onun hakimiyeti sınırsız olmayıp taşınmazın özünü kötüleş-tiremeyeceği gibi değerini de azaltamayacaktır (TMK m. 812 f. 1, m. 817/ ZGB Art. 764 Abs. 1, Art. 769) (Taşınmazın özünü muhafaza yükümlülüğü/“ *Substanzerhaltungspflicht*”).<sup>16</sup>

İntifa hakkının kazanımı yasa gereği olabileceği gibi bir ölüme bağlı tasarrufla veya sağlararası bir hukuki işlemle<sup>17</sup> olabilir. Bu anlamda inceleme konusu İHKKTB’de intifa hakkının hukuki işlemle kazanımı gündeme gelmektedir. İntifa hakkının sona ermesi ise taşınmazlar özelinde ifade edilecek olursa; intifa hakkına konu taşınma-

---

Nutzniessung und andere Dienstbarkeiten, Art. 745-778 ZGB, Nutzniessung und Wohnrecht (Zürich: Schulthess Verlag 1999): Art. 745 N. 33 vd.

- <sup>14</sup> Hrubesch-Millauer, Graham-Siegenthaler ve Vito, Sachenrecht, N. 08.79; Riemer, Die Beschränkten Dinglichen Rechte, § 13 N. 1; Simonius ve Sutter, Die Beschränkten Dinglichen Rechte, § 3 N. 1; Steinauer, Droits réels III, Nr. 2401; Tuor vd., Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, § 109 N. 7; Sirmen, Eşya Hukuku, 518 vd.; M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021): N. 2972 vd. 2980 vd.; Ayan, Sınırlı Ayni Haklar, 78 vd. Yine bu konuda Bkz. BGE 122 V 394 (401), E. 6a (10.01.2023). [www.relevancy.bger.ch](http://www.relevancy.bger.ch). Ancak ZGB Art. 745 Abs. 2 hükmü emredici olmayıp taraflarca bunun kapsamının daraltılabileceği yönünde Bkz. Leemann, Berner Kommentar ZGB, Art. 745 N. 2;. Yine bu yönde ve ayrıca taraflar arasında yapılacak böyle bir anlaşmanın ayni etkiye sahip olduğu hakkında Bkz. BGE 116 II (282), E. 3a, (285), E.3c (10.01.2023). [www.relevancy.bger.ch](http://www.relevancy.bger.ch).
- <sup>15</sup> BGE 122 V 394 (401), E. 6a; Pioteti Paul, “Dienstbarkeiten und Grundlasten”, içinde Schweizerisches Privatrecht, Band V/1: Sachenrecht, Erster Halbband, ed. Arthur Meier-Hayoz vd., (Basel/Stuttgart: Helbing & Lichtenhahn Verlag, 1977): 613; Riemer, Die Beschränkten Dinglichen Rechte, § 13 N1; Tuor vd., Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, § 109 N. 7.
- <sup>16</sup> Krş. Schmid ve Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, N. 1337; Simonius ve Sutter, Die Beschränkten Dinglichen Rechte, § 3 N. 1; Baumann, Kommentar ZGB, Art. 745, N. 24; Tuor vd., Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, § 109 N. 7; Thurnherr, Handkommentar ZGB, Art. 745, N. 5; Piotet, Dienstbarkeiten, 609; Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, Eşya Hukuku, N. 2993, 2998 vd.
- <sup>17</sup> Akçaal, Eşya Hukuku, 639 vd.; Özen, İntifa Hakkı, 123 vd., 129. Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, Eşya Hukuku, N. 2905 vd.

zın tamamıyla yok olması, tescilin terkinin, taşınmazın kamulaştırılması, intifa hakkı süreye bağlı ise sürenin dolması veya bu sürenin yüz yılı bulması vb.<sup>18</sup> durumlar yanında her türlü intifa hakkı sahibi bir gerçek kişi ise, onun ölümü ile sona erer.<sup>19</sup> Bu incelemede son aktarılan durum dikkate alınmakta olup İHKKTB'nın tarafı olan bağışlanan ölümü ile intifa hakkı sona ermektedir.

Bağışlama sözleşmesi ise TBK m. 285 vd. (OR Art. 239 vd.) düzenlenmiştir. TBK m. 285'da bağışlama sözleşmesi: *"bağışlayanın sağlararası sonuç doğurmak üzere, malvarlığından bağışlanana karşılıksız olarak bir kazandırma yapmayı üstlendiği sözleşme"* olarak tanımlanmıştır.<sup>20</sup> Bu kapsamda tek tarafa borç yükleyen iki taraflı sözleşmeler arasında yer alan bağışlama sözleşmesinin unsurları; sözleşme olma, karşılıksız (ivazsız) olma, sağlararası olma, bağışlayanın kendi malvarlığından yapılan kazandırıcı işlem olma unsurları yanında, öğretide vurgulanan<sup>21</sup> bağışlama amacıyla yapılmış olma ("causa donandi") şeklinde sıralanabilir.<sup>22</sup> Bağışlamanın konusu taşınmazlar ve taşınmazlara ilişkin aynı haklar olması durumunda, söz konusu hukuki işlemin resmi şekilde yapılması gerekli olup, buna ilişkin resmi senet

<sup>18</sup> İntifa hakkının sona erme sebepleri hakkında örneğin Bkz. Akipek, "Mahdut Aynı Haklar", 113 vd.; Esener ve Güven, Eşya Hukuku, .461 vd.; Sirmen, Eşya Hukuku, 593 vd., 594 vd.

<sup>19</sup> Leemann, Berner Kommentar ZGB, Art. 749 N. 2; Thurnherr, Handkommentar ZGB, Art. 748-749 N. 4; Baumann, Kommentar ZGB, Art. 748-749 N. 8; Sirmen, Eşya Hukuku, 600; Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, Eşya Hukuku, N. 2935 vd.

<sup>20</sup> Öğretideki farkı tanımlara ilişkin örneğin Bkz. Ahmet Furkan İlhan, Yüklemeli (Mükellefiyetli) Bağışlama (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022): 25 vd.

<sup>21</sup> İlhan, Mükellefiyetli Bağışlama, 39 vd.; Meltem Demiral, Şartlı Bağışlama (Ankara: Adalet Yayınevi, 2011): 15.

<sup>22</sup> Bu konuda daha detaylı bilgi için örneğin Krş. Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 208): 346; İlhan, Mükellefiyetli Bağışlama, 39 vd.; Demiral, Şartlı bağışlama, 15; Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, I. Cilt (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2022): 393 vd.; Fikret Eren, Borçlar hukuku Özel Hükümler (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2019): N. 944; Alper Mustafa Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt 1 (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013): 204; Murat Aydoğdu ve Nalan Kahveci, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021): 340 vd.

tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlileri tarafından düzenlenip tapu siciline tescil edilir (Tapu Kanunu m. 26, TBK m. 288 f. 2).<sup>23</sup>

Bağışlama sözleşmenin farklı çeşitleri bulunmaktadır. Bunlar; bağışlama sözü verme (bağışlama vaadi), elden bağışlama, koşullu bağışlama, mükellefiyetli (yüklemeli) bağışlama şeklinde sıralanabilir.<sup>24</sup> Bunlar arasında yer alan koşulla bağışlamaya<sup>25</sup> İHKKTB'ye ilişkin görüşler bağlamında ayrı bir başlıkta<sup>26</sup> değinilecektir.

İnceleme konusu açısından karma ve mükellefiyetli bağışlamalara da değinileceği için burada bunlar hakkında çok genel hatlarıyla bilgi verilebilir.

Karma bağışlama sözleşmelerinde bağışlama sebebi ile başka sebebker birbirine karışır.<sup>27</sup> Her iki tarafın asli edim yükümlülüklerinin bulunduğu karma sözleşmelerde, taraflardan bir tanesinin ediminin değeri diğerine denk düşmemekte olup tarafların iradesine göre ara-

<sup>23</sup> Taşınmaz bağışında şeklinde kapsamı hakkında örneğin Bkz. Eren, Borçlar Hukuk Özel, N. 951 vd. Yazarın da işaret ettiği üzere bağışlama sözleşmesi tek taraflı bir sözleşme olduğu için resmi şekil zorunluluğu da sadece bağışlayan için söz konusu olacaktır (N. 951).

<sup>24</sup> Daha detaylı bilgi için örneğin Bkz Fahrettin Aral ve Hasan Ayrancı, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2020): 249 vd.; Aydın Zevkililer ve Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Özel Hükümler (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020): 180 vd.; Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Özel Hükümler (Ankara: Turhan Kitabevi, 2021): 200 vd.; Selin Sert Sütçü, "Bağışlama Sözleşmesi", içinde Borçlar Hukuku Özel Hükümler, ed. Turgut Öz, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023): 179 vd.; İlhan, Mükellefiyetli Bağışlama, 59 vd.; Eren, Hukuku Özel, N. 956 vd.; Yavuz, Acar ve Özen, Borçlar Hukuku Özel, 397 vd.; Aydoğdu ve Kahveci, Özel Borç İlişkileri 343 vd.; Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Cilt-I, 208 vd.

<sup>25</sup> Koşullu bağışlamalar kendi içlerinde; bağışlayanın ölümüne bağlı olarak yapılan (ölümünün sözleşmenin hüküm doğurmasının bir şartı veya vadesi olarak kararlaştırıldığı) bağışlamalar, bağışlama konusunun bağışlayanın bağışlayandan önce ölmesi durumunda bağışlayanın malvarlığına dönmesi şartıyla (bağışlayana dönme şartı ile) yapılan bağışlamalar, TBK'da açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte TMK m. 565 b.3'te zikredilen bağışlayanın kayıtsız şartsız dönebileceğinin öngörüldüğü (bağışlayana döne koşullu) bağışlamalar şeklinde sıralanabilir. Bu konuda örneğin Bkz. Yavuz, Acar ve Özen, Borçlar Hukuku Özel, 401 vd.; Aydoğdu ve Kahveci, Özel Borç İlişkileri, 346 vd.

<sup>26</sup> Bu konuda Bkz. IV, B numaralı başlık.

<sup>27</sup> Gümüş, Borçlar Hukuku Özel, 211. Karma bağış hakkında genel olarak Bkz. Cem Akbıyık, Karma Bağışlama Kavramı ve Miras Hukukundaki Yeri (İstanbul: Aristo Yayınevi, 1997).

daki söz konusu farkın karşı tarafa karşılıksız kazandırılması söz konusudur.<sup>28</sup> Bu sözleşme ivazlı ile ivazsız hukuki işlemi birbiriyle birleştirmektedir.<sup>29</sup> Karma bağışlamanın karşılıklı olmayan kısmına bağışlama sözleşmesine ilişkin hükümler (TBK m. 285 vd.) uygulanacaktır.<sup>30</sup>

Karma bağış sözleşmesinde objektif bir unsur olarak tarafların edimleri arasında bir değer farkı bulunur, bir başka deyişle burada edim ile karşı edimin birbirine denk, eşit olmadığı bir kazandırma gündeme gelmektedir.<sup>31</sup> Karma bağış sözleşmesinin sübjektif unsurunun sağlanabilmesi için ise aradaki değer farkının karşı tarafa bırakılmasının bağışlama amacıyla ("*animus donandi*") olduğu hususunda sözleşme taraflarının iradeleri<sup>32</sup> örtüşmelidir.<sup>33</sup>

<sup>28</sup> Krş. Akbıyık, Karma Bağışlama, 13.

<sup>29</sup> Bruno von Büren, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil (Art. 184-551), (Zürich: Schulthess Verlag, 1972): 282. Yine Krş. BGE 117 II 382 vd. (385), E. 2b

<sup>30</sup> Pierre Cavin, "Kauf, Tausch und Schenkung", içinde Schweizerisches Privatrecht, Band VII/1: Obligationenrecht – Besondere Vertragsverhältnisse, ed. Frank Vischer (Basel/Stuttgart: Helbing Lichtenhahn Verlag, 1977): 187; Theo Guhl vd., Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts (Zürich: Schulthess Verlag, 2000): § 43 N. 5.

<sup>31</sup> Akbıyık, Karma Bağışlama, 14 vd., 27.

<sup>32</sup> Bağışlama iradesi (sübjektif unsur) edim ile karşı edim arası değer farkının mevcut olduğunun bilinmesini gerektirir. Bu bağlamda bir olgu olarak değer farkının bilinmesinin yeterli olduğu, bunun tam kapsamının bilinmesinin aranmaması yönünde Bkz. Akbıyık, Karma Bağışlama, 53; Necip Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuk (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1987): 395. Ancak bunun gerçekten bilinmesinin mi gerektiği, yoksa bilinmesi gerekli olmanın yeterli mi olduğu hususu öğretilerde tartışmalıdır. Bu konudaki görüşler için Bkz. Paul Eitel, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band III: Das Erbrecht, 2. Abteilung: Der Erbgang, 3. Teilband: Die Ausgleichung, Art. 626-632 ZGB (Bern: Stämpfli Verlag, 2004): Art. 626 N. 117. Ancak aktarılan tartışma intifa veya oturma hakkı ile kayıtlı taşınmaz bağışlama sözleşmeleri için yapacağımız incelemede sınırlı bir öneme sahiptir, zira burada hukuki işlemin tarafları en azından kısmen ivazsız bir kazandırma olduğu bilincindedirler. Bu konuda Krş. Horat, Grundstückschenkung mit Nutzniessungsvorbehalt, 141.

<sup>33</sup> Heinrich Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, (Bern: Stämpfli Verlag, 2017): 214; Akbıyık, Karma Bağışlama, 48 vd. Öte yandan sadece sembolik, şekli anlamda bir bedel kararlaştırılması öğretilerde saf anlamda bağışlama sözleşmesi olarak kabul edilmektedir. Bu konuda Bkz. Honsell, Obligationenrecht BT, 214; Eugen Bucher, Obligationenrecht, Besonderer Teil (Zürich, Schulthess Verlag, 1988): 155. Buna karşılık dostluk indiriminin karma bağış olmadığı

Mükellefiyeti bağışlamada ise bağışlanan tarafından gerçekleştirilmesi arzu edilen bir davranış sözleşmenin bir parçası olarak taraflarca kabul edilmiştir.<sup>34</sup> Taraflarca belirlenecek olan mükellefiyetin konusunu bağışlan tarafından yerine getirilmesi gereken maddi ve gayri maddi ödevler oluşturur.<sup>35</sup> Yine mükellefiyet yapma, yapmama veya verme niteliğinde olabilmektedir<sup>36</sup>. Bağışlamanın konusu ile bağışlananın yerine getirmesi gereken davranış arasında içsel bir bağlantı olması gerekir.<sup>37</sup>

Taşınır bağışı gibi taşınmaz bağışında da mükellefiyet kaydı öngörülebilir. Mükellefiyetli bağışlama aradaki benzerliklere rağmen, karma bir bağış değil saf anlamda bir bağış olarak kabul edilir.<sup>38</sup> Bununla birlikte daha sonra da aktaracağı üzere miras hukukundaki denkleştirme ile tenkiste mükellefiyetli bağışlama karma bağışlama gibi değerlendirmeye tabi tutulur.<sup>39</sup>

---

yönünde bkz. Claire Huguenin, *Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil* (Zürich/Basel/Genf: Schulthess Verlag, 2014): N. 2856. Yine sembolik belirlenen fiyatın saf anlamda bağış olarak nitelendirilmesi yönünde Bkz. Bucher, *Obligationenrecht* BT, 155; Honsell, *Obligationenrecht* BT, 214.

<sup>34</sup> Cavin, *Schenkung*, 189; Guhl vd., *Obligationenrecht*, § 43 N. 19.

<sup>35</sup> İlhan, *Mükellefiyetli Bağışlama*, 76 vd.

<sup>36</sup> Sandra, Maissen, *Der Schenkungsvertrag im schweizerischen Recht* (Freiburg: Universitätsverlag 1996): N. 495;.

<sup>37</sup> Krş. Maissen, *Schenkungsvertrag*, N. 496 vd.

<sup>38</sup> Hugo Oser ve Wilhelm Schönenberger, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Das Obligationenrecht, 2. Teil: Art. 184-418* (Zürich: Schulthess Verlag, 1936): Art. 239 N. 31, Art. 245 N. 4. Öte yandan karma bir bağışlama sözleşmesinde karşılıksız olan kısmın mükellefiyetli olması mümkün olup söz konusu mükellefiyet niteliği gereği bu sözleşmenin (kısmen) karşılıksız olma özelliğini ortadan kaldırmamaktadır. Bu konuda Krş. Honsell, *Obligationenrecht* BT, 214, 219. Yine bu yönde Bkz. Urteil des BGer 4C.346/2000, 16.03.2001, E. 1 (10.01.2023). [www.relevancy.bger.ch](http://www.relevancy.bger.ch)

<sup>39</sup> Krş. Horat, *Grundstücksschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt*, 93 vd.; Eitel, *Berner Kommentar ZGB*, Art. 630 N. 27.

## II. İNTİFA HAKKI KENDİSİNDE KALMAK ÜZERE YAPILAN TAŞINMAZ BAĞIŞLAMA SÖZLEŞMESİNİN ÖN PLANINA ÇIKAN BAZI ÖZELLİKLERİ

İHKKTB’de bir yandan taşınmaz mülkiyetinin ebeveynden altsoya devri öngörülmektedir. Aynı zamanda burada devre konu taşınmaz üzerinde devreden (bağışlayan) lehine ömür boyu geçerli ve ivazsız bir intifa hakkının tesisi kararlaştırılmıştır. Aşağıda bu hukuki işlemin ön plana çıkan bazı özellikleri paylaşacaktır.

Öncelikle konusunu taşınmaz mülkiyetinin devri ve intifa hakkı tesisi teşkil etmesi ve geçerlilik şekli olarak resmi şekle bağlı olması nedeniyle İHKKTB’nin ispatı daha kolaydır.<sup>40</sup> Bunun gibi tarafları düşünmeye sevk etme vb. şekle tabi olmaya bağlanan diğer fonksiyonlarda burada söz konusu olmaktadır.<sup>41</sup> Ayrıca taraflar İHKKTB’yi açıkça bağış olarak tapu işlemlerinde nitelendirmekle birlikte, bu hukuki işlem uygulamada muvazaalı olarak yapılan ve arka planında aslında bir bağışlama sözleşmesi olan taşınmaz satış sözleşmelerinden ayrılmaktadır.<sup>42</sup> Burada muzavaalı işlemin ispatına ilişkin problem ve tartışmalar gündeme gelmemektedir.<sup>43</sup>

<sup>40</sup> Krş. Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 163. Diğer taşınır bağışlama sözleşmeleri sıklıkla noter onaylı bir bağışlama sözü veya diğer yazılı belgeler olmadan elden bağışı olarak gerçekleştirilir. Özellikle belli miktarın üzerinde işlemlerin senetle ispat kuralına tabi olduğu dikkate alınınca, bunların ilerleyen yıllarda dava sırasında ispatlanması zorluk teşkil etmektedir. İspat şekline tabi sözleşme geçerli olsa bile; bunun konusu belli bir değer (2023 yılı için 14.800 TL’nin) üzerindeki ise, bunun mevcudiyeti (istisnalara ilişkin HMK m. 203 saklı kalmak üzere) her türlü delille, örneğin tanık beyanıyla ispat edilemez, senetle ispat edilmesi gerekir (HMK m. 200). İspat şekli için Bkz. Eren, Borçlar Hukuku Genel, N. 862 vd.; Antalya Borçlar Hukuku Cilt V/1,1, s. 532 vd.

<sup>41</sup> Şekle tabi olmanın fayda ve sakıncaları hakkında örneğin Bkz. Murat Doğan, Gökhan Şahan ve İsmail Atamulu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021): 119 vd.; Mehmet, Akçaal, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Ankara: Yetkin Yayınları, 2023): 77 vd. Alper Mustafa Gümüş, Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2021): 270; Eren, Borçlar Hukuku Genel, N. 833 vd.

<sup>42</sup> Muvazaa kavramı, unsurları, muvazaanın türlerinden biri olan nisbi muvazaa ve bunun taşınmaz satışlarındaki uygulaması hakkında Bkz. O. Gökhan Antalya, Borçlar Hukuku Cilt V/1,1 (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019): 345 vd., 348 vd.; Haluk N. Nomer, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2023):

Bağışlayan bağışlama sözleşmesinden sonra bunlara doğrudan, fer'i zilyet olmaya<sup>44</sup> devam etmekte, yani mekânsal olarak bu şeyler ileride terekeye konu olan diğer şeylerle birlikte bulunmakta ve mirasın açılışında onlarla fonksiyonel olarak bir birlik oluşturmaktadır. Bağışlanan taşınmaz mirasçılar için gözler önünde olup onlar tarafından unutulması veya gözden kaçırılması söz konusu değildir. Özellikle saklı paylı mirasçıların saklı paylarına etki edebilecek bu işleme aleliyet kazandırılmış olmaktadır. Bu anlamda bu tür işlemlerin miras hukukundaki taleplerin ileri sürülebilmesine de sebebiyet verdiği söylenebilir.<sup>45</sup>

---

N. 69 vd.; Gümüş, Borçlar Hukuku Genel, 304 vd., 306 vd.; Akçaal, "Borçlar Hukuku Genel", 114 vd.; Doğan, Şahan ve Atamulu, Borçlar Hukuku Genel, 133 vd., 136.

<sup>43</sup> Bu anlamda İHKKTB'nin yapılış amacı ve özellikleri yanında miras hukukundaki sonuçları dikkate alındığında hayatın olağan gidişatında (nisbi) muvazaalı olarak yapılan ve arka planında gizli işlem olarak bir taşınmaz satışı bulunan bir İHKKTB kurgusu ile karşılaşılması beklenmeyecektir. Nitekim intifa hakkı tesisinden başka edimlerinden öngörülmediği İHKKTB ilişkin Yargıtay kararına konu olaylarda sıklıkla tartışma konusu yapılan, bağışlamanın muvazaa nedeniyle geçerli olup olmadığından ziyade, bunun tenkise tabi olup olmadığı tartışılmaktadır. Bu kapsamda yapılan değerlendirmelerde bağışlama son bir yıl içinde yapılmamış ve bu anlamda doğrudan tenkise tabi olma durumu söz konusu değil ise (TMK m. 565. f. 1 b.3), bunun saklı pay kurallarını ihlal kastı ile yapılmış olup olmadığı (TMK m. 565. f. 1 b. 4) incelenmektedir. Bu konuda örneğin Bkz. Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, 10.09.2020, E. 2018/122, K. 2020/3998; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 10.10.2008, E. 2008/13884, K. 2008/13104; Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, 24.12.2015, E. 2014/12039, K. 2015/15097, <https://www.lexpera.com.tr>, 14.04.2023. Yine uygulamada muvazaaya ilişkin sıklıkla ana metinde aktarılanın tam tersi bir kurgu ile karşılaşılabilmekte ve intifa hakkı kendisinde kalmak üzere yapılan taşınmaz satış sözleşmesinin arkasında gizli işlem olarak bağışlama sözleşmesi bulunabilmektedir. Bu konuda örneğin Bkz. Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, 14.04.2014, E. 2013/19640, K. 2014/7645, <https://legalbank.net>, 14.04.2023.

<sup>44</sup> İHKKTB'nin mülkiyetin devri ve intifa hakkı tesisine ilişkin tipik bir uygulaması zilyetliğin devir şekilleri yönünden kısa elden teslim örneği teşkil etmektedir. Burada bağışlayan söz konusu hukuki işlem öncesi asli ve doğrudan zilyet iken hukuki işlem sonrasında taşınmazı kullanmaya devam etmek suretiyle doğrudan, fer'i zilyet olmaktadır. Zilyetliğin devren kazanım şekillerinden olan kısa elden teslim ile zilyetliğin farklı görünüşlerinden olan doğrudan- dolaylı, asli-fer'i zilyetlik ayrımları hakkında Bkz. Oğuzman, Selici ve Oktay- Özdemir, Eşya Hukuku, N. 312 vd., 319 vd., 342 vd.; Antalya ve Topuz, Eşya Hukuku, 217 vd., 225 vd., 264 vd.; Haluk N. Nomer ve Mehmet Serkan Ergüne, Eşya Hukuku (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022): N. 91 vd., 100 vd.; 136 vd.; Esener ve Güven, Eşya Hukuku, 82 vd., 92 vd.

<sup>45</sup> Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 164.

Genellikle İHKKTB'ye konu taşınmaz nispeten yüksek değerli olmakta ve yüksek değerde ürünler<sup>46</sup> sunmaktadır. Aksi takdirde burada bağışlanan şeyin ürünlerini ve kullanım avantajlarını almaya devam etmek için öngörülen intifa hakkı kaydının konusuz kalacağı veya anlamsızlaşacağı söylenebilir.<sup>47</sup>

Öte yandan İHKKTB özellikle aile içi tereke planlamasında sıklıkla başvurulmuş bir araçtır. Mirasbırakan hayatta iken malvarlığındaki değerleri (taşınmazı) paylaşmaktaki, ama aynı zamanda bunun üzerinde kullanma ve yararlanma yetkilerini muhafaza ederek kendini hayatta olduğu sürece güvence altına almaktadır. Aktarılan sebeple öğretide intifa hakkı kendisinde kalmak üzere yapılan bağışlama sözleşmesinin öne çekilmiş bir tereke paylaşımına sebebiyet verdiği işaret edilmektedir.<sup>48</sup> Bu bağlamda irade serbestisinin bir görünümü olan sözleşme yapma özgürlüğü anayasal olarak korunan mülkiyet hakkının bir uzantısı olduğu ve diğer tarafta saklı paylı mirasçılığın (miras hakkının) anayasa ile güvence altına alındığı hatırlatılabilir.<sup>49</sup>

<sup>46</sup> Doğal ve hukuki ürünler ile diğer verimler hakkında Bkz. Sirmen, Eşya Hukuku, 274 vd.; Nomer ve Ergüne, N.1632 vd.; Mehmet Ayan, Sınırlı Ayni Haklar, Cilt III (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020): 70 vd.

<sup>47</sup> Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 164. Yazara göre aktarılan nedenle intifa hakkı kendisinde kalmak üzere yapılan bağışların tipik bir uygulamasını belli bir değer üzerinde ürün değerine sahip taşınmazlar teşkil etmektedir. Yazar uzak bir zamana yayılan küçük meblağlı bağışların ise miras hukukunda denkleştirmede hayatın olağan gidişatında sıklıkla dikkate alınmayacağına işaret etmektedir (s. 193 vd.). Mirasbırakan (bağışlayan) hayatta iken kendi malvarlığına dahil olan intifa hakkından ve bu kapsamda taşınmazın ürünlerinden serbestçe faydalanmış (TMK m. 527 f. 2) ve bağışlananda bu süreçte taşınmazdan ürün elde edememiş olduğundan, değinilen faydalarında miras hukukunda denkleştirme tabii olmaması (TMK m. 673 f. 2) gündeme gelecektir. Denkleştirmede yararların iadesi hakkında Bkz. Sezer Çabri, Miras Hukuku Şerhi, (TMK m. 640-682), Cilt-III (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020): § 673, N. 676 vd.; Gamze Turan Başara, Miras Hukukunda Denkleştirme (Ankara: Turhan Kitabevi, 2013): 239 vd.

<sup>48</sup> Krş. Dirk Olzen, Die vorweggenommene Erbfolge (Paderborn/München/Wien/Zürich: Duncker & Humblot, 1984): 21 vd. Franz Westhoff, "Fragen zur vorweggenommenen Erbfolge", DB 6 (1972), 809-814: 809 vd.; Bernd Klüsener, "Grundstücksschenkung durch die Eltern", Rpfleger, (1981): 262.

<sup>49</sup> Krş. O. Gökhan Antalya ve İpek Sağlam, Miras Hukuku (İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2019): 50., 146, 315 vd.; Hüseyin Hatemi, Miras Hukuku, (İstanbul: Vedat Kitapçılık 2014): §1 N. 3 vd.; Ali Naim İnan, Şeref Ertaş ve Hakan Albaş, Miras Hukuku (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022): N. 375.



İşte altsoy lehine yapılan İHKKTB son soyutlamada saklı paylı mirasçıların korunması ile ölüme bağlı tasarruf yapma özgürlüğü arasında denge kurmaya hizmet etmektedir.<sup>50</sup>

### **III. İNTİFA HAKKI KENDİSİNDE KALMAK ÜZERE YAPILAN TAŞINMAZ BAĞIŞLAMA SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİNE İLİŞKİN GÖRÜŞLER**

İHKKTB'ye konu taşınmazın devrinden sonra alıcı (altsoy, devralan) bir nakdi bedel ödemediği yeni malik olmaktadır. Ancak söz konusu sözleşme dahilinde devredenin ömür boyu intifa hakkına sahip olacağı kararlaştırılmaktadır. Yalın şekilde ifade edilmeye çalışılan bu duruma ilişkin görüşler ve takiben farklı başlıklarda değerlendirmemiz aşağıda aktarılacaktır. Çalışmada ele alınacak durum esasen böyle olmak birlikte, devralanın birtakım ilave yükümlülükler üstlendiği alternatif sözleşme yapılanmaları ile de hukuki işlem hayatında karşılaşılabilecek veya sadece işaret etmekle yetinilecektir.

#### **A. Tam iki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşme Görüşü**

Çok azınlıkta kalan bu görüş intifa hakkı tesisini devralanın bir karşı edimi olarak kabul etmektedir<sup>51</sup>. Bunun sonucu olarak İHKKTB'yi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğunu ileri sür-

<sup>50</sup> Krş. Ömer Arbek, "Ölüme Bağlı İşlemlerde İrade Serbestisi, Sınırları ve Müeyyidesi", e-Akademi, 44 (2005): N. 1, <http://e-akademi.org/makaleler/oarbek-2.htm>. Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 165 vd. Son zikredilen yazar her iki tarafın anayasal haklarının karşı karşıya geldiği söz konusu işleme ilişkin değerlendirmede; kanun koyucunun iradesinin tespitinin önem taşıdığı, kanun yaratma ve boşluk doldurmaya çok mesafeli yaklaşılması gerektiği, *contra legem* (yasanın sözüne karşı) bir yaklaşımın ise tamamen geçersiz olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Yazar Alman Federal Mahkemesi'nin 21.06.1972 tarihli bir kararında (BGH vom 21. Juni 1972, 59, 210 vd.) benzer tespitler yapıldığına işaret etmektedir (s. 171).

<sup>51</sup> Alman hukuk öğretilerinde çok azınlıkta kalan bu görüş için Bkz. Marietta Benkö, "Zur Aushöhlung bindender Verfügungen von Todes wegen" (Dissertation, Köln Universität, 1974): 38 vd.

mektedir<sup>52</sup>. Söz konusu görüşe göre tarafların iradesi bu doğrultuda olup karşı taraf intifa hakkını tesis etmez ise, bu durumda diğer taraf sözleşmeden dönebilecektir.<sup>53</sup>

### **B. Yerine Getirilmesi Bağışlayanın Ölümüne Bağlı Olan Bağışlama Olarak Gören Görüş**

Bu görüşe göre ekonomik yönden fedakarlığı yapan bağışlayan değil, onun mirasçıları olduğundan, İHKKTB yerine getirilmesi bağışlayanın ölümüne bağlı olan bağışlama sözleşmesi olarak kabul edilmeli ve bu işlemler ölüme bağlı tasarruflar gibi değerlendirilmelidir.<sup>54</sup> Söz konusu görüş İHKKTB'yi sonuçları yönünden değerlendirmektedir. Burada söz konusu hukuki işlemle sadece çıplak mülkiyetin bağışlandığından, bağışlayanın intifa hakkına dahil değerleri malvarlığında muhafaza ettiği ve buna dahil değerlerin ancak ölümle bağışlanana geçtiğinden; söz konusu hukuki işlem yerine getirilmesi bağışlayanın ölümüne bağlı olan bağışlama olarak nitelendirilmelidir.<sup>55</sup>

### **C. Saf Anlamda Bağışlama Sözleşmesi Olarak Gören Görüş**

Türk ve İsviçre Hukuku'ndaki baskın<sup>56</sup> görüş İHKKTB'yi saf anlamda bir bağışlama sözleşmesi olarak kabul etmektedir.<sup>57</sup> İsviçre

<sup>52</sup> Krş. Benkö, Verfügungen Von Todes Wegen, 50 vd.

<sup>53</sup> Benkö, Verfügungen Von Todes Wegen, 40 vd., 52 vd.

<sup>54</sup> Krş. Andreas Wacke, Das Besitzkonstitut als Übergabesurrogat in Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik (Köln: Hanstein Verlag, 1974): 85 vd. Yargıtay'ın da geçmiş yıllarda intifa hakkı saklı tutulan işlemlerin sağlararası mı, yoksa ölüme bağlı mı olduğu hususunu tartıştığı bir kararındaki karşı oy gerekçesinde; bu tür hukuki işlemler açıkça bağışlayanın ölümüne bağlı olan bağışlama sözleşmesi (TBK m. 290 f. 2/eBK m. 240 f. 2) ve bu anlamda ölüme bağlı tasarruf olarak kabul edilmiştir. Ancak karşı oy gerekçesinde söz konusu ifadelerin yanında (sağlararası işlemlerin mutlak anlamda tenkise ilişkin) TMK m. 507 f. 3'ün de zikredilmesi ve "*ölüm anında tamamlanan tüm mülkiyet hibesi*" şeklindeki ifadenin kullanımı hukuki işlemin niteliğine ilişkin tespitte bir çelişki yaratmaktadır. Söz konusu karar ve aktarılan açıklamalar için Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 05.03.1997, E. 1996/2-815, K. 1997/163, Karşı Oy Gerekçesi, <https://legalbank.net>, 14.04.2023.

<sup>55</sup> Krş. YHGK, K. 1997/163, Karşı Oy Gerekçesi.

<sup>56</sup> Paul Eitel, "Erbrechtliche Tragweite einer Liegenschaftsabtretung mit Nutznießungsvorbehalt BGE 120 II 417 ff., recht 14 (1996): 39 vd.; Paul Eitel, "Eine Grundstückschenkung mit Nutznießungsvorbehalt (Ausgleichung und Herabsetzung), BGE 5A\_338/2010", successio (2013): 71; Paul Piotet, Schweizerisches Privatrecht, Band IV/1: Erbrecht, (Basel/Stuttgart: Helbing&Lichtenhann Verlag,

uygulanmasında ise İsviçre Federal Mahkemesi'nin vergi hukukundaki içtihatları<sup>58</sup> ile eski tarihli bazı özel hukuk içtihatlarında<sup>59</sup> ve bazı

1978): 305, dn. 52; Alexandra Rumo-Jungo, "Nutzniessung in der Erbteilung", successio 1 (2011): 15 vd.; Michèle Winistörfer, Die unentgeltliche Zuwendung im Privatrecht, insbesondere im Erbrecht (Zürich: Schulthess Verlag, 2000): 131 vd.; Stephan Wolf vd Gian Sandro Genna, Schweizerisches Privatrecht, Band IV/1: Erbrecht (Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2012): 347. Wolf ve Genna, Erbrecht, 347.

<sup>57</sup> İsviçre Hukuku'ndaki baskın görüş için örneğin Bkz. Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 152 vd.; Jacqueline Burckhardt Bertossa, "Die Ausgleichung", içinde Praxiskommentar Erbrecht, ed. Daniel Abt ve Thomas Weibel, Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2019: Art. 626, N. 41; Daniel Staehelin, "Art. 470-476, 481-483", Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB, (Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag 2011): ZGB 475 N. 8; Winistörfer, Die Unentgeltliche Zuwendung, 131 vd.; Rumo-Jungo, Nutzniessung, 16. Alman Hukuku'nda bu yöndeki azınlık görüşü için Bkz. Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 99 vd.; Olzen, Die Vorweggenommene Erbfolge 26, dn. 11.

<sup>58</sup> İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu yöndeki hukuki işlemin ekonomik boyutunu gözetken kararları (BGer 2A.415/1998 vom 09.02.2000; BGer, 2A.535/2003 vom 28.01.2005, E. 2.6; BGer 2C\_542/2010 und 2C\_543/2010 vom 24.11.2010 ve diğer bazı kararlar) ve buna ilişkin değerlendirmeler için Bkz. Bkz. Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 153 vd. Son zikredilen yazara göre devreden kişi taşınmaz üzerinde fayda sağlamaya devam etmekte, bu anlamda ekonomik yönden kabiliyeti ve yetkinliği azalmamaktadır. Alıcı hiçbir zaman intifa veya oturma hakkı üzerinde bir yetkiye sahip olmadığı için, intifa veya oturma hakkı eşya hukuku anlamında taşınmaz mülkiyeti devrinin bir karşı edimi olarak kabul edilemez (s. 153). Yazara göre miras hukukunda karşı edime ilişkin soru vergi hukukunun tam tersi olacak şekilde, taşınmazın devrinin lehine intifa hakkı tesis edilen için bir karşı edim teşkil edip etmediği şeklinde sorulmaktadır. Bu anlamda vergi hukukunda aynı soruna farklı bir bakış açısıyla yaklaşmaktadır. Ancak bu konuda İsviçre Federal Mahkemesi'nin cevabı miras hukukunda verdiği ile aynı değildir. Kanton düzeyindeki taşınmaz gelir vergisine ilişkin uygulamada ise oturma veya intifa hakkının karşı edim olarak kabul edilip edilmeyeceği konusunda bir birlik bulunmamaktadır (s. 152 vd.).

<sup>59</sup> Eski tarihli bir kararında İsviçre Federal Mahkemesi'nin İHKKTB'yi (örtülü şekilde) saf anlamda bağışlama sözleşmesi olarak kabul ettiği anlaşılmaktadır. Bu karar için Bkz. BGE 50 II 450 vd., <https://www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c2050450.pdf>, 02.03.2023. Söz konusu kararda bir annenin kızına devrettiği taşınmazın tenkise tabi olabilirdiği tartışılmıştır. Olayda kız üzerinde ipotek olan söz konusu taşınmaz için 70.000 CHF vermiş, bunun yanında anneye taşınmaz üzerinde ivazsız, ömür boyu geçerli intifa hakkı tanınmıştır (Sachverhalt A.). Devrin yapıldığı sırada taşınmazın değeri ise 105.000 CHF'dir. Mahkeme ilk olarak ilk derece mahkemesinin tespitine paralel şekilde kazandırmanın tenkise tabi (ZGB Art. 527 Ziff. 4) olduğunu tespit etmiştir (454 vd., E. 3.). Ayrıca devrin tenkise tabi olabilmesi için karşılıksız olması gerektiği vurgulanmış ve taşınmazın ölüm anındaki değerinden ipotegin üstlenilmesi dolayısıyla ödenecek 70.000 CHF düşülmek suretiyle söz konusu hukuki işlem

yüksek kanton mahkemeleri bu görüştedir.<sup>60</sup> Yargıtay'ın verdiği kararlarda İHKKTB'de saf anlamda bir bağışlama sözleşmesi olarak kabul edilmektedir.<sup>61</sup> Bu kararlardan bazılarının karşı oy gerekçelerinde sıklıkla bu tür işlemler saf bağışlama sözleşmesi olarak nitelendirilmekte, ancak ihtilaf miras hukukunda tenkiste esas alınması gereken zamansal an üzerine yoğunlaşmaktadır.<sup>62</sup>

Bu görüşe göre alıcı (bağışlanan) herhangi bir yükümlülük altına girmemektedir. İntifa hakkı tesisi, zaten mülkiyetin devrinden önce devreden tarafından tesis edilmektedir. Bağışlanan böylece yüklü bir taşınmazı devralmış olmaktadır.<sup>63</sup> Bu anlamda taraflar arasında başkaca bir edim değişiminin yerine getirilmesinin öngörülmediği söz konusu sözleşme, saf anlamda bir bağışlama sözleşmesi olarak kabul edilmelidir.

#### **D. Karma Bağışlama Sözleşmesi Olarak Gören Görüş**

İsviçre Federal Mahkemesi'nin özel hukuk ihtilaflarındaki baskın ve güncel yaklaşımını yansıtan<sup>64</sup>, İsviçre öğretisinde ise azınlık tara-

---

tenkise tabi tutulmuştur (456 vd., E. 4.). Görüldüğü üzere İsviçre Federal Mahkemesi'nin saklı tutulan intifa hakkını hesaplamada bir karşılık olarak görmediği, bu anlamda örtülü olarak intifa hakkı veya oturma ile kayıtlı taşınmaz bağışlama sözleşmesini saf anlamda bağışlama sözleşmesi olarak nitelendirdiği söylenebilir. Yine açık olarak anlaşılacakla birlikte aynı doğrultuda verdiği bir başka karar için Bkz. BGE 83 II 338 vd., [www.relevancy.bger.ch](http://www.relevancy.bger.ch), 10.01.2023. Son aktarılan değerlendirme için Bkz. Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 151.

<sup>60</sup> Örneğin Bkz. Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht, vom 30.01.2018, Fall-Nr. 400 17 296, E.7.4.1, <https://erbrecht.iusnet.ch/de/system/files/DOWNLOADS/ENTSCHEID/400%2017%20296.pdf>, 10.01.2023; Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen vom 19.02.2019, Fall-Nr. BO.2017.36, E. 4c/bb/cc/aaaa) ff, <https://erbrecht.iusnet.ch/fr/system/files/DOWNLOADS/ENTSCHEID/BO.2017.36.pdf>, 10.01.2023.

<sup>61</sup> Y.2.D, K: 1992/11844; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, K. 1997/163; Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, 10.09.2020, E. 2018/122, K. 2020/3998; Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, 10.11.2022, E. 2022/4080, K. 2022/7406, [www.legalbank.com](http://www.legalbank.com), 14.04.2023.

<sup>62</sup> Y.2.D, K: 1992/11844, Karşı Oy Gereçesi; Y.2.D, 1996/6702 K. sayılı kararı, Karşı Oy Gereçesi.

<sup>63</sup> Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 99.

<sup>64</sup> İsviçre Federal Mahkemesi'nin 1990 yılında verdiği bir karara konu olayda bir anne oğluna devrettiği taşınmazda kendi lehine intifa hakkını saklı tutmuştur. Bu-

findan savunulan<sup>65</sup> bu görüş İHKKTB'yi karma bağışlama sözleşmesi olarak kabul eder. Bu görüşe göre alıcının intifa hakkı tesisi, devrede- nin taşınmaz mülkiyetinin devri ile eş değerde olmayan bir karşı edi- mi olarak kabul edilmesi gerekmekte olup İHKKTB'de karma bağışla- ma sözleşmesi olarak nitelendirilmelidir. Söz konusu hukuki işlemde intifa hakkının sermaye değeri ile taşınmazın değeri arasındaki fark karşı tarafa bağışlanmaktadır.<sup>66</sup>

### **E. Mükellefiyetli Bağışlama Sözleşmesi Olarak Gören Görüş**

Bu görüşe göre İHKKTB mükellefiyetli bağışlama sözleşmesi ola- rak kabul edilmelidir.<sup>67</sup> Bu bağlamda İHKKTB'de intifa hakkı tesisinin

---

rada mahkeme ömür boyu, ivazsız şekilde saklı tutulan intifa hakkının piyasa de- ğerini bir karşılık/bedel olarak kabul etmek suretiyle örtülü olarak, inceleme ko- nusu hukuki işlemi karma bağış olarak nitelendirmiş olmaktadır. Bu karar için Bkz. BGE 120 II 417 vd. (421), E. 4a, [www.relevancy.bger.ch](http://www.relevancy.bger.ch), 10.01.2023. İsviçre Federal Mahkemesi'nin 2003 yılındaki bir kararında taraflar miras hukukundaki denkleştirmede bağlayıcı kabul edilen bir anlaşmayla denkleştirme bedelini kar- rarlaştırmış oldukları için, karma bağışlama sözleşmesinin ivazsızlığının kapsa- mının ne olduğu sorusunun cevabını açık bırakmıştır. Bu konuda Krş. Urteil des BGer 5C.60/2003 vom 07.05.2003, E. 3.2.2, [www.relevancy.bger.ch](http://www.relevancy.bger.ch), 10.01.2023. Mahkeme 2013 yılında verdiği bir kararında ise (üstlenilen ipotek yanında) dev- reden lehine tesis edilen bir oturma ve intifa hakkının devredilen taşınmaz için bir karşılık olarak kabul edilebileceği tespitinde bulunmuştur. Bu konuda Krş. Ur- teil des BGer 5A\_670/2012 vom 30.01.2013, E. 3.2, [www.relevancy.bger.ch](http://www.relevancy.bger.ch), 10.01.2023.

<sup>65</sup> Simon Rosenthaler, "Abtretung von Liegenschaften unter Nutzniessungsvorbe- halt", AR 10 (2016): 410 vd.; Staehelin, Basler Kommentar ZGB, Art. 475 N. 8

<sup>66</sup> Rosenthaler, Nutzniessungsvorbehalt, 410.

<sup>67</sup> Alman Hukuku'ndaki söz konusu çok baskın görüş için örneğin Bkz. Michael Stürner, "§§ 516-534 BGB", içinde Prütting BGB Kommentar, ed. Hanns Prütting, Gerhard Wegen ve Gerd Weinreich, (Köln: Hermann Luchterhand Verlag, 2018): § 525 N. 7 ; Matthias Enders, "Steuerfolgen in der Rechtspraxis. Schenkung von Privatvermögen — in Mischform", MDR, (1986): 724; Hens Koch, "§§433-534", için- de Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, Schuldrecht, Besonderer Teil, §§ 433-610, Finanzierungsleasing, HeizkostenV, BetriebskostenV, CISG, ed. Franz Jürgen Säcker ve Roland Rixecker, (München: Beck Verlag, 2012): § 525, N. 2; J. Chiusi, Tiziana, "§§ 516-534", içinde J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebenge- setzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, ed. Michael Martinek, (Berlin: de Gruyter Sellier Verlag, 2013): § 525, N. 65; Rolf Petzoldt, "Nießbrauch an Kom- manditanteilen und GmbH-Geschäftsanteilen- Zivil- und Steuerrecht", GmbHHR, (1987): 434. Son zikredilen yazarın geçmiş yıllarda yayınlanmış eserinde mükelle- fiyetli bağışlama sözleşmesinin prototipi olarak nitelendirdiği ("*Prototyp einer*

maddi, yapma şeklinde olumlu nitelikli bir ödev olarak mükellefiyetin konusunu oluşturur.

## **F. Dönme Hakkı Saklı Tutularak Yapılan Bağışlama Olarak Gören Görüş**

İHKKTB'nin hukuki niteliğine ilişkin bu görüş TMK m. 565 madde gerekçesinde zikredilmiştir. Bu görüşe göre intifa hakkı kendinde kalmak üzere yapılan bağışlama sözleşmeleri mirasbırakanın serbestçe dönme hakkını saklı tutarak yaptığı (kayıtsız şartsız dönme koşuluyla yapılan) bağışlamaların bir uygulaması olarak kabul edilebilir.<sup>68</sup>

## **IV. ÜÇ AŞAMALI DEĞER DEĞİŞİMİ YAKLAŞIMI**

### **A. Genel Olarak**

Söz konusu yaklaşıma göre İHKKTB'de bağışlamaya konu değerın bağışlayandan bağışlanana geçişi tek bir seferde ve bir anda değil, üç aşamalı değer değişimi ile olur.<sup>69</sup> Bu yaklaşımın daha iyi anlaşılabilmesi için bunun esas aldığı birtakım temel kavramları şu şekilde aktarabilir: Bir eşyanın (bu inceleme özelinde tarımsal olmayan taşınmazın) yüksüz değerine eşya değeri ("Sachwert"), kısaca E.D.<sup>70</sup> denilebi-

---

*Auflagenschenkung*") intifa hakkı kendinde kalmak üzere taşınmaz mülkiyeti devrinin Alman Hukuku öğretisinde oybirliği ile savunulduğunu ileri sürmektedir (434, dn. 105). Buna karşılık bu görüşte olup olmadığı açık olmayan, zira tek başına mülkiyet devrini konu almayan, alıcının birtakım ek ödevler üstlendiği örnekleri eserlerinde veren yayınların bir listesi için Bkz. Reiff, Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt, 99, dn. 17. İsviçre Hukuku'nda mükellefiyetli bağışlama sözleşmesi görüşünü benimseyen azınlık görüşü için Bkz. Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 165 vd.

<sup>68</sup> Krş. TMK m. 565 madde gerekçesi.

<sup>69</sup> Bu konuda Bkz. Kessler, Wolfgang, "Einzelwirtschaftliche Betrachtung der Nießbrauchsbesteuerung", BB 40/21 (1985): 1386 vd.; Reiff, Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt, 108 vd.; Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 182.

<sup>70</sup> Tarımsal olmayan taşınmazlarda piyasa değeri esas alınır (TMK m. 657 f. 1/ ZGB Art. 617). Piyasa değerinden taşınmazın bir üçüncü kişiye devredilmesi durumunda elde edilebilecek karşılık anlaşılır. Bu konuda Krş. Escher, Kommentar ZGB, Art. 617, N. 5; Tuor ve Piconi, Berner Kommentar ZGB, Art. 617, N. 25; An-

lir. E.D arsanın değeri ile üzerinde inşa edilen yapının değerinin toplamı ile bulunur<sup>71</sup>. İntifa hakkı devredilemediği için<sup>72</sup>, bir devir değeri (“*Verausserungswert*”) bulunmaz, ancak ürün/ kazanç değeri (“*Ert-ragswert*”) bulunur, kısaca İ.H.D şeklinde ifade edilebilir.<sup>73</sup> İ.H.D bir kişinin taşınmazdan elde edebileceği yıllık net geliri<sup>74</sup> intifa hakkı

---

talya ve Sağlam, Miras Hukuku, 324; Ayan, Mehmet. Miras Hukuku. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020: 227; İnan, Ertay ve Albaş, Miras Hukuku, N.115. Taşınmazın piyasa değerini tespitinde farklı metotlar bulunur. İsviçre Federal Mahkemesi'nin özel hukuk alanındaki kararlarında gerçek ve kazanç değeri (“*Real- und Ert-ragswert*”) çeşitli ölçütler gözetilerek hesaplanır. Bu hesaplamada özellikle taşınmazın türü ve taşınmazın gelecekteki akıbeti değerlendirmede dikkate alınır. Bu anlamda örneğin kişilerin bizzat kullanıldığı bir aile evinde gerçek değer (“*Realwert*”) esas alınırken, kiralanan taşınmazlarda gelir değeri (“*Ertragswert*”) ön plana çıkar. Bu konuda Bkz. Weibel, Thomas, “Art. 607 – 613 ZGB”, içinde Praxis-kommentar Erbrecht: Nachlassplanung, Nachlassabwicklung, Willensvollstrec-kung, Prozessführung, ed. Daniel Abt ve Thomas Weibel, (Basel: Helbing Lichten-hann, 2016): Art. 617 N. 14 vd.; Schaufelberger ve Keller, Basler Kommentar ZGB, Art. 617 N. 5 vd. İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu yöndeki uygulamasına ilişkin Bkz. BGer 5A\_591/2009 vom 22.10.2009, E. 2.3; Urteile des BGer 5A\_141/2007 vom 21.12.2007, E. 4.1.3; BGE 134 III 42 vd., 43 vd., E. 4; BGE 125 III 1, 6, E. 5c, www.relevancy.bger.ch, 10.01.2023.

<sup>71</sup> Weibel, Praxiskommentar Erbrecht, Art. 617, N. 16; Schaufelberger ve Keller, Basler Kommentar ZGB, Art. 617 N. 7

<sup>72</sup> Tuor vd., Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, § 107 N. 3 vd.

<sup>73</sup> Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 173 vd. Son zikredilen yazar intifa hakkının değerinin tespitine ilişkin farklı görüşleri işaret etmektedir. Bunlardan bazıları geriye dönük (“*ex ante*”) bir bakış açısı ile intifa hakkının değerinin tespiti ve intifa hakkı sahibinin yaşam beklentisinin tespitinde bağışlama sözleşmesinin ifa edildiği anı esas alır. Diğerleri ise ileriye dönük (“*ex post*”) bir bakış açısı ile bağışlayanın gerçek yaşam süresini referans alır. Buna göre yıllık ürün değeri ile taşınmazın devir ve bağışlayanın ölümü arasındaki zaman dilimi belirleyicidir. Şayet bağışlayan beklenenden önce ölürse, bağışlanan bağışlayanın mirasçılar aleyhine ön plana alınmaktadır. Baskın görüşe katılan yazara göre intifa hakkının değeri, taşınmazın yıllık ürün değeri ve bağışlayanın bağışlama sözleşmesinin kurulduğu sıradaki yaşam beklentisi süresine göre hesaplanmalıdır, bir başka deyişle fiilen yaşanan yıl ile yıllık gelirin çarpılması şeklindeki *ex post* bir yaklaşım tercih edilmemelidir (s. 173).

<sup>74</sup> Francesco Canonica, Die Immobilienbewertung, Schätzerwissen im Überblick, Bern: SIV, 2009: 183. Söz konusu değer taşınmazın yıllık brüt gelir değerinin kapitalizasyon oranına (“*Kapitalisierungssatz*”) bölünmesi ile bulunur. Bu konuda Krş. Martina Fierz, Der Verkehrswert von Liegenschaften aus rechtlicher Sicht, Zürich: Schulthess Verlag, 2001: 72; Canonica, Immobilienbewertung, 184. Weibel, Praxiskommentar Erbrecht, Art. 617, N. 17. Kapitalizasyon oranı ise taban faiz oranı ile yönetim ve yenileme maliyetleri için öngörülen ek bedelin toplanması ile bulunacağı hakkında Krş. Weibel, Praxiskommentar Erbrecht, Art. 617 N. 18; Ca-

sahibinin yaşına bağlı olarak değişebilen bir tablodaki<sup>75</sup> değer ile çarpılarak bulunur. E.D'den İ.H.D'yi çıkarınca ise taşınmazın kılıf değerine ("Hüllenwert")<sup>76</sup>, kısaca K.D'ye ulaşırsız (E.D- İ.H.D=K.D).

İHKKTB'de hukuki işlemin kuruluşu sırasında bağışlayanın malvarlığından bağışlanana K.D devredilmiştir. Bununla birlikte bağışlayanda kalan İ.H.D değeri zamanla azalır ve nihayet intifa hakkı mirasbırakanın ölümü ile sona ereceğinden artık mevcut değerdir<sup>77</sup>, bağışlanan ise mirasın geçişinde E.D'ye kavuşmuş olmaktadır. Öğretide bu süreç uzatılmış bir kazandırma/kazanım olarak ("gestreckter Erwerb") tanımlanmaktadır.<sup>78</sup> Buna göre ilk aşamada yüklü taşınmazın

---

nonica, Immobilienbewertung, 85 vd.;193 vd.; Schaufelberger ve Keller, Basler Kommentar ZGB, Art. 617, N. 18. Yıllık brüt kapitalize (sermaye) değerini ifade eden ürün değerinin nasıl hesaplanacağına ilişkin olarak Bkz. Peter c. Schaufelberger ve Katrin Lüscher, Keller, "ZGB 617", içinde Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB, ed. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt ve Thomas Geiser, Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag 2011: Art. 617 N. 8; Weibel, Praxiskommentar Erbrecht, Art. 617, N. 17; Akduman, Sınırlı Ayni Hakların Değerlemesi, 90 vd.

<sup>75</sup> PMF beklenen yaşam süresini, ortalama ömrü ifade eden bir kavramdır. Bu bağlamda Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK) Hayat Tabloları yayınlamaktadır. Bunun için Bkz. <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Hayat-Tabloları-2017-2019-33711> (Erişim Tarihi: 02.14.2023). Oturma hakkının hesaplanmasında hayat tablolarından yararlanılacağı kabul edilirken, ömür boyu tesis edilen intifa hakkında bu tablodan yararlanılıp yararlanılmayacağı konusu tartışmalıdır. Bu konuda Bkz. Umutcan Akduman, "Sınırlı Ayni Hakların Değerlemesine İlişkin Esaslar ve Uygulamaları" (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, 2021): 98. Alman Federal Mahkemesi'nin uygulamasında intifa hakkının değerinin belirlenmesinde sözleşmenin kuruluş anındaki hayat tablolarından yararlanılmakla birlikte istisnai olarak somut olayın özel koşulları haklı gösteriyorsa, bağışlayanın daha kısa bir yaşam beklentisinden yola çıkılabilmektedir. Yine örneğin Köln Bölge Mahkemesi'nin bir kararında ölümcül bir hastalığı olan ve bağışlama sözleşmesinden üç hafta sonra vefat eden mirasbırakanın istatistiksel yaşam süresi 11 yıl olarak hayat tablosunda yer almasına rağmen, ilk derece mahkemesinden farklı olarak bu sayı dikkate alınmamış ve intifa hakkına değer belirlenmemiştir. Bu konudaki açıklamalar ve ilgili kararlar (BGHZ 65,75,77; OLG Köln Report 1997, 79, 80) için Bkz. Reiff, "Nießbrauch und Pflichtteilsergänzung": 247.

<sup>76</sup> Kessler, Nießbrauch, 1386 vd.

<sup>77</sup> Krş. Petzoldt, Nießbrauch an Geschäftsanteilen, 381.

<sup>78</sup> Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 108 vd. Yazara göre uzatılmış kazandırma kavramı ve üç aşamalı değer değişim esaslı intifa hakkı kendinde kalmak üzere yapılan bağışlama sözleşmelerinde İ.H.D'nin bağışlananın malvarlığına nasıl geçtiğini açıklamakta ve bu sözleşmenin hukuki ve ekonomik tabiatını en güzel şekilde yansıtmaktadır (s. 111 vd.).



devri ile birlikte bağışlanana K.D kazandırılmış olur. İkinci aşama ise taşınmaz mülkiyetinin devri ile mirasın açılması anı arasındaki süreci ifade eder. Bu aşamada kazandırmaya konu dinamik bir değer akışı söz konusudur. Bağışlayanın yaşı ilerledikçe ve yaşam tablosuna göre ortalama değerler dahilinde beklenen yaşama süresi düştükçe İ.H.D'i azalmakta, K.D ise aynı oranda artmaktadır.<sup>79</sup> İkinci aşama içinde K.D ile İ.H.D'nin toplamı her zaman E.D'yi vermektedir. Üçüncü aşama ise mirasın açılması ile birlikte intifa hakkının sona erdiği anı ifade eder. Bunu sonucu olarak bu aşamada bağışlayanın terekesinde taşınmaza ilişkin bir değer kalmamakta, bağışlananın malvarlığında ise artık yüksüz bir taşınmaz, bir başka deyişle E.D bulunmaktadır. Üçüncü aşamada bağışlayanın malvarlığında ölüm anındaki İ.H.D kadar (E.D-K.D) bir artış meydana gelmiş olmaktadır.<sup>80</sup>

<sup>79</sup> 3475 sayılı Vergi Usul Kanunu m. 296'da şu şekilde ifade edilmektedir: "... Veraset yoluyla veya sair suretle ivazsız ve bedelsiz bir tarzda intikal eden intifa hakları aşağıdaki şekilde değerlendirilir: 1. İntifa hakkı sahibinin yaşı intikal tarihinde yirmiye doldurmamış olduğu takdirde gayrimenkulün emsal bedelinin onda yedisi intifa hakkının ve onda üçü çıplak mülkiyet hakkının değeri sayılır. 2. İntifa hakkı sahibinin yaşı intikal tarihinde yirmiye aşkın olduğu takdirde yukarıki bendde yazılı nispet, her tam on yıllık bir devre için çıplak mülkiyet hakkı onda bir artırılmak ve intifa hakkı onda bir indirilmek suretiyle değer tayin olunur. 3. İntifa hakkı sahibinin yaşı intikal tarihinde yetmiş aşkın ise gayrimenkulün emsal bedelinin onda biri intifa hakkının ve onda dokuzu çıplak mülkiyet hakkının değeri sayılır...". 492 sayılı Harçlar Kanunu m. 64 f. 3' de ise bu şekilde detaylandırılmayıp sadece şu şekilde ifade edilmektedir: "Çıplak mülkiyet ve intifa haklarına ait harçların hesabında, kayıtlı değerler üçte biri çıplak mülkiyete, üçte ikisi de intifa hakkına ayrılır". Bu konuda intifa hakkı sahibinin yaşının ilerlemesine bağlı ve aşamalı olarak İ.H.D'nin azalışı ve K.D'nin artışını gösteren bir tablo için Bkz. Akduman, Sınırlı Aynı Hakların Değerlemesi, 92.

<sup>80</sup> Üç aşamalı değer değişimindeki durum mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinde alıcının durumu ile karşılaştırılabilir niteliktedir. Bu konuda Bkz. Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 109. Bu anlamda alıcının elindeki ürün değeri taksit ödemelerini yaptıkça artmakta ve bu nispette de satıcının hukuki durumunun değeri azalmaktadır ve nihayet son ödeme ile birlikte zamana yayılan kazandırma sona ermektedir. Ancak aralarındaki çeşitli farklar bulunur. Örneğin mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi sadece taşınırlarda söz konusu iken intifa hakkı ile kayıtlı mülkiyet devrinin taşınırlar yanında, bir hakkı veya taşınmazı konu alması mümkündür. Yine örneğin mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinde değer değişimi taksit ödemesi ile (karşı edim) ile söz konusu olurken, intifa hakkı ile kayıtlı mülkiyet devrinde gerek devir gerekse sonraki değer değişimleri karşı bir edim olmadan gerçekleşmektedir. Mülkiyeti muhafaza kaydı hakkında Türk, İsviçre ve Alman

## B. Yerine Getirilmesi Bağışlayanın Ölümüne Bağlı Olan Bağışlama Olarak Gören Görüş İlişkin Bazı Değerlendirmeler

TBK m. 290 f. 2 yerine getirilmesi bağışlayanın ölümüne bağlı olan bağışlamada, vasiyete ilişkin hükümlerin uygulanacağını öngörmüştür.<sup>81</sup> Öğretideki baskın görüş bağışlamanın bir sözleşme olduğunu dikkate alarak haklı olarak bu hükmü miras sözleşmesi şeklinde okumaktadır.<sup>82</sup> Öte yandan söz konusu hukuki işlemin niteliği tartışmalı olup bunu ölüme bağlı tasarruf, sağlararası tasarruf veya her ikisinin özelliğini taşıyan kendine özgü bir kazandırma olarak ele alan görüşler vardır.<sup>83</sup> Makalenin kapsamını aşmamak üzere söz konusu

---

Hukuku karşılaştırmalı bir çalışma için Bkz. Merve Ürem Çetinel, Eigentumsvorbehalt und andere Mobiliarsicherheiten, Tübingen: Mohr Siebeck Verlag, 2018: 18 vd., 69 vd., 109 vd.

<sup>81</sup> Yerine getirilmesi bağışlayanın ölümüne bağlı olan bağışlama sözleşmesinde öğretilerde tartışmalı olan hususlar arasında özellikle TBK m. 290 f. 2'de geçen "vasiyete ilişkin hükümler uygulanır" ifadesine nasıl bir anlam verileceği, bağışlananın talep hakkının niteliği, bağışlayan hayatta olduğu zaman diliminde taşınmaz üzerinde serbestçe tasarruf edip edemeyeceği yer alır. Yine örneğin burada vade mi, yoksa geciktirici şart mı söz konusu olduğu, aranılması gereken şekil şartının vasiyetname mi, yoksa (bizimde katıldığımız baskın görüş uyarınca) miras sözleşmesi mi olduğu gibi hususlarında tartışmalı olduğuna işaret edilebilir.

<sup>82</sup> Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, 368; Kenan Tunçomağ, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C. II (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1974): 404; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Özel, 201; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, Borçlar Hukuku Akdin Muhtelif Nevileri C.I (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1980) s. 271; Aral ve Ayrancı, Özel Borç İlişkileri, 199; Aydoğdu ve Kahveci, Özel Borç İlişkileri, 348; Zevkliler ve Gökyayla, Borçlar Hukuku Özel, 186 vd. Aksi yönde TBK m. 290 f. 2'de geçen "vasiyete ilişkin hükümler uygulanır" ifadesinin hukuki işlemin ayakta kalması ilkesi gözetilerek dar yorumlanması, bu tür sözleşmelerde adi yazılı şeklin (ve hatta sözlü vasiyetin) yeterli görülmesi yönünde Bkz. Serozan, Borçlar Hukuku Özel Bölün, s. 302 vd. Yargıtay kararları ise bu konuda değişkenlik göstermektedir. Bu tür sözleşmelerin miras sözleşmesi şeklinde yapılması yönünde örneğin Bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 30.3.1994, E. 1994/2642, K. 1994/3709, (Merve Yılmaz, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu İle Karşılaştırmalı Olarak Bağışlama Sözleşmesinin Sonu Ermesi, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011: 78, dp. 71'de zikredilen karar). Yerinde olmayarak yerine getirilmesi bağışlayanın ölümüne bağlı olan bağışlamanın sözleşme niteliğini göz ardı ederek "davalının kabulünü gerektiren bir bağışlama değildir" şeklinde tespit ve aktarılan nedenle şekle bağlı olmayacağı yönündeki görüş için Bkz. Yargıtay Hukuk Genel kurulu, 29.11.2006, E. 2006/3-754, K.2006/757, <https://www.lexpera.com.tr>, 14.04.2023.

<sup>83</sup> Bunların ölüme bağlı tasarruf olarak kabul edilebilecekleri hakkında Bkz. Yavuz, Acar ve Özen, Borçlar Hukuku Özel, 402; Feyzioğlu, Akdin Muhtelif Nevileri, 364 vd.; Akbıyık, Karma Bağışlama, 52, dn. 34; Aral ve Ayrancı, Özel Borç İlişkileri,

görüşleri tartışmadan, değerlendirme konusu görüşün ileri sürdüğü şekilde ölüme bağlı tasarruf olduğu ön kabulü üzerinden aşağıda açıklamalarımıza devam edilecektir.

Öncelikle İHKKTB yerine getirilmesi bağışlayanın ölümüne bağlı olan bağışlama sözleşmesinden etkileri yönünden ayrılır. İHKKTB’de kazandırmanın bağışlayan hayatta iken yerine getirilmektedir. Bunun için İHKKTB’nin (intifa hakkı tesisinin zamanına ilişkin bir sonraki başlıkta yapılamayan ayrıma ilişkin tespitler saklı tutularak) sağlararası hukuki sonuç doğuran, saf anlamda bağışlama sözleşmesi olarak kabul edilebileceği ileri sürülebilir.<sup>84</sup> Bu anlamda mirasın açılışından sonra, artık bunun ifası da mümkün olmayacaktır. Öğretide haklı olarak tek başına intifa hakkının saklı tutulmuş olmasının, bu işlemin ölüme bağlı bağış olarak kabulüne yetmeyeceği belirtilmektedir.<sup>85</sup>

Ayrıca bu görüş üç aşamalı değer geçişi yaklaşımını göz ardı etmektedir. İHKKTB’deki değer değişimi daha yakından analizinde ölüme bağlı tasarruf ile sağlararası işlem ayrımı daha anlaşılır şekilde görülmektedir. Üç aşamalı değer değişimi yaklaşımı dikkate alındı-

---

252, Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, Bağışlama Sözleşmesi, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020): 304. Bunlara ölüme bağlı tasarruflara ilişkin hükümler uygulanmakla birlikte, burada bağışlananın sözleşmenin yapıldığı anda hak sahibi olduğundan ve kazandırmanın bağışlayanın malvarlığından yapıldığından bunların nitelik olarak ölüme bağlı tasarruf olarak kabul edilemeyeceği hakkında Bkz. Gümüş, Borçlar Hukuku Özel, 214 vd. Yine bunların sağlararası işlem olarak kabul edilmesi yönünde Bkz. Zevkliler ve Gökyayla, Borçlar Hukuku Özel, 186; Ferih Bedii Tongsir, “Bağışlama”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Mecmuası, 18/3-4 (1952): 949. Ölüme bağlı tasarruflardan farklı olarak burada bağışlananın sözleşme ile bağlı olduğu ve bunların yerine getirilmesinin terekeden değil, bağışlayanın malvarlığından sağlandığı, bu yüzden bunların kendine özgü kazandırma olarak nitelendirilebileceği görüşü için Bkz. Eren, Borçlar hukuku Özel, N. 974 vd. Yine kendine özgü kazandırma nitelendirmesi için Bkz. Y.HGK. K.2006/757; Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 6.12.2004, E. 2004/12296, K. 2004/13423, <https://www.lexpera.com.tr>, 14.04.2023.

<sup>84</sup> Krş. Aral ve Ayrancı, Özel Borç İlişkileri, 244 vd., 252; Yavuz, Acar ve Özen, Borçlar Hukuku Özel, 395 vd., 402 Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 195.

<sup>85</sup> Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 195.

ğında bazı Yargıtay kararlarında geçen<sup>86</sup> “değerler en son ve ölümle hibeden yararlanana geçmektedir” ifadesi tereddüt yaratmaktadır. Söz konusu değerler geçişi en son ve bir anda (ölümle) değil, zamana yayılarak gerçekleşmektedir. Bunun gibi intifa hakkının irtifak hakları arasında en kapsayıcı olan olduğunu vurgulamak üzere sıklıkla uygulamada kullanılan “kuru/ çıplak mülkiyet”<sup>87</sup> ifadesinin de çok yüzeysel ve yetersiz kaldığı görülmektedir. İHKKTB’de bağışlanan kullanım yararı elde etmemekle birlikte, parçalı olarak eşyanın yatay düzlemde (zamana yayılan) kullanım potansiyelini elde etmektedir.<sup>88</sup>

Üç aşamalı değer geçişinin ikinci aşamasında İ.H.D aşamalı olarak ve bağışlayan hayatta iken bağışlanana geçmektedir. Sözleşmenin kuruluşundan mirasın açılışına kadar malvarlığı kaybı her geçen gün artmaktadır. Böylece bağışlayan ikinci aşamaya ilişkin olarak hayat-tayken fakirleşirken, bağışlayanda aynı oranda zenginleşmektedir.<sup>89</sup> Yerine getirilmesi bağışlayanın ölümüne bağlı olan bağışlama sözleşmesinde ise böyle bir değer akışı söz konusu olmamaktadır.<sup>90</sup> İkinci aşamada yüklü taşınmazın maliki bağışlanan taşınmazı satabilme, kredi alma potansiyelini arttırma ve güvence olarak söz konusu taşınmaz üzerinde ipotek hakkı tesis ettirme gibi imkanlara sahiptir.<sup>91</sup> Demek ki ikinci aşamada geçen zamanın artan oranda parasal değeri bulunur ve bu değerle bağışlamaya konu kazandırmaya dahildir.<sup>92</sup> Bu

<sup>86</sup> Yargıtay karşı oy gerekçelerinde belirtilen söz konusu ifade için Bkz. YHGK, K. 1997/163, Karşı Oy Gerekçesi. Yine bu yönde Bkz. Y.2.D, K. 1992/11844, Karşı Oy Gerekçesi.

<sup>87</sup> İntifa hakkı ile yüklü taşınmaz malikinin yetkileri sınırlandırılmıştır. Malik taşınmazı üzerinde kullanma ve yararlanma yetkilerini kullanmadığından dolayı kendisine çıplak mülkiyet (“*das nackte Eigentum*”/ “*nuda probrietas*”) kaldığından bahsedilir ve kendisi çıplak mülkiyet sahibi (“*der Nackteigentümer*”) olarak adlandırılır. Bu konuda Bkz. Riemer, Die Beschränkten Dinglichen Rechte, § 13 N. 1.

<sup>88</sup> Paylaşılan bu açıklama ve değinilen yatay düzeyde bir kullanıma örnek olarak paylı mülkiyetteki paydaşların durumu gösteren çalışma için Bkz. Kessler, Nießbrauch, 1386 vd., 1388.

<sup>89</sup> Yüksüz taşınmaz ve intifa hakkı değeri değişimlerine ilişkin tablo için Krş. Akduman, Sınırlı Ayni Hakların Değerlemesi, 92.

<sup>90</sup> Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 227.

<sup>91</sup> Krş. Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 96.

<sup>92</sup> Bağışlananın imkanları arasında yer alan yüklü taşınmaz mülkiyetini satabilme imkânı örneği üzerinden yukarıda paylaşılan tespit şu şekilde somutlaştırılabilir.

anlamda öğretide özellikle saf anlamda bağış görüşüne karşı ileri sürülen eleştirilerden biri olan bağışlananın intifa hakkı tesisi ile birlikte mirasın geçişine kadar taşınmazdan hiçbir bir yarar elde edemiyor olduğu şeklinde tespit tam olarak yerinde değildir.<sup>93</sup>

İHKKTB'de zaten mülkiyet hakkı bağışlanana geçmiş durumdadır. İHKKTB özelinde olası farklılık eşya hukukundaki devre ilişkin hukuki yapılanmalar dahilinde bağışlanan lehine intifa hakkının ne zaman tesis edileceği noktasında söz konusu olabilmektedir.<sup>94</sup> İHKKTB'de taraflar arasında sözleşme ilişkisi yanında, malik ve intifa hakkı sahipleri olarak aralarında kanuni bir borç ilişkisi de mevcuttur.<sup>95</sup> Bu bağlamda taşınmaz kullanırken ve ondan yararlanırken özen göstermekle yükümlü olan intifa hakkı sahibi kusuruyla veya olağandışı kullanılması sonucunda bunda meydana gelen değer azalmalarından veya malın yok olmasından sorumludur (TMK m. 800 f. 1, 3, TMK m. 803 f. 1).<sup>96</sup> Yerine getirilmesi bağışlayanın ölümüne bağlı olan bağışlama sözleşmesinde ise benzer bir durum yoktur. Sözleşmenin kuruluşundan mirasın açıldığı ana kadar taşınmazın mülkiyeti bağışlayandır. Bu sözleşmesinin hukuki niteliğinin ölüme bağlı tasarruf olduğunun kabulü durumunda işlemin muhatabının kazandırmada bulunana karşı, kazandırmada bulunan hala hayattayken ne bir talep

---

İHKKTB ifa edildikten sonra ilk yıllarda bağışlananın bunu bir üçüncü kişiye satması durumunda, alıcı yönünden daha yüksek maliyetler meydana gelir. Şöyle ki alıcının istatistiksel olarak intifa hakkının sona ermesine bağlı taşınmaz gelirinden mahrum kalacağı sürenin uzunluğu daha fazladır. Ayrıca hukuki işlem hayatındaki bakış açısına göre geleceğe yayılan bir kullanım potansiyeli, halihazırdaki K.D'den daha düşük değerlendirilmektedir. Bu konudaki açıklamalarımız için Krş. Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 111, 114; Horat, Grundstückscenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 182.

<sup>93</sup> Bu ve diğer bazı gerekçelerle denkleştirme ile tenkiste, İHKKTB'nin karma bağış olarak kabulü ve K.D'yi esas almak suretiyle bağışlanana ayrıcalık tanınması şeklindeki görüş için Krş. Rosenthaler, Nutzniessungsvorbehalt, 410.

<sup>94</sup> Bu konudaki açıklamalarımız için Bkz.V numaralı başlık.

<sup>95</sup> Krş. Y.2.D, K: 1992/11844, Karşı Oy Gerekçesi; Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 227.

<sup>96</sup> Ayan, Sınırlı Ayni Haklar,90 vd., 96 vd.; Nomer ve Ergüne, N.1645,1646 vd.

hakkı, ne de beklenen hakkı<sup>97</sup> vardır.<sup>98</sup> Bağışlayan hayatta olduğu zaman diliminde taşınmazı üzerinde serbestçe tasarruf edebilecektir (TMK m. 527 f. 2).<sup>99</sup> Bu durumda bağışlanan yönünden ancak mirasın açılışında miras ortaklığına karşı ileri süreceği, taşınmazın kendine devrine ilişkin bir talep hakkı bulunmaktadır. İHKKTB’de taşınmaz üzerindeki intifa hakkı yükünün kalkması bağışlayanın ölüm olgusunun gerçekleşmesine bağlı olur. Bağışlayan söz konusu değer azalmasının önüne geçememekte, olsa olsa ölüm olgusuna bağlı hukuki sonucun gerçekleşmesini hızlandırabilmektedir. Söz konusu durum ve bu anlamda üç aşamalı değer geçişinin son aşaması bağışlanana yüksüz bir taşınmaz edinmeye yönelik olarak beklenen hak vermektedir.<sup>100</sup>

Değer geçişinin üçüncü aşamasında artık mirasın geçişi ve intifa hakkının sona ermesiyle ağışlanan lehine karşılıksız olan kazandırma değeri E.D’ye ulaşmış olmaktadır. Burada göz ardı edilmemesi gereken İ.H.D’nin sıfırlandığı ölüm anının hukuksal bir an olduğudur. Söz konusu bu hukuksal anda yüksüz taşınmazın değerine karşılık gelen eşya değerine (E.D.2 şeklinde kısaltılabilir) ulaşılır. Ölümden hemen önceki E.D ise K.D+ İ.H.D’nin toplamına karşılık gelir (E.D.1 şeklinde

<sup>97</sup> Gelecekteki mirasçılık hakkına bağlı beklenen hakka sahip olmayan mirasçının, miras hukukunda hukuk düzeni tarafından yaratılan ve mirasın geçmesinden önceki bekleme durumu bekleme durumuna bağlanan hukuki sonuçlar için Bkz. Antalya ve Sağlam, Miras Hukuku, 85 vd., 89 vd.

<sup>98</sup> Burada bağışlananın talep hakkının niteliği ve bağışlayan hayatta olduğu zaman diliminde söz konusu taşınmaz üzerinde serbestçe tasarruf edip edemeyeceği ise tartışmalıdır. Bu konuda Bkz. Gümüş, Borçlar Hukuku Özel, 214; Tongsir, Bağışlama, 949; İlhan, Mükellefiyetli Bağışlama, 63 vd.

<sup>99</sup> Krş. Vardar Hamamcıoğlu, Bağışlama Sözleşmesi, 330. Bu hukuki işlemi ölüme bağlı tasarruf olarak görmeyen görüşe göre ise bağışlanan hayatta iken sözleşme konusu üzerinde tasarruf etmeme yükümlüğü altındadır. Bu yönde Bkz. Tongsir, Bağışlama, 949; Gümüş, Borçlar Hukuku Özel, 214 vd.; Eren, Borçlar Hukuku Özel, N. 974 vd.

<sup>100</sup> Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 117. Yazar değer geçişine dair son aşamaya ilişkin olarak bağışlananın maliki olduğu taşınmazın üzerindeki intifa hakkının kalkacağı yönünde bağışlayan hayattayken beklenen bir hakkının mevcut olduğuna işaret etmektedir. Yazara göre hayatta iken yaşanan bir malvarlığı azalması için beklenen hakkın mevcudiyeti yeterli olduğundan, bağışlayanın ölümü ile bağışlananın malvarlığından oluşan değer artışı bağışlayanın malvarlığından yapılmış sayılabilecektir (s. 119).

kısaltılabilir). Bu anlamda mirasın geçişi anındaki E.D.2'den E.D.1'in çıkarılması (E.D.2- E.D.1) sonucu elde edilen değerini ilk etapta terekeye dahil olması söz konusu olmayıp söz konusu kazandırma sağlarrarası ve karşılıksız olma özelliğini korumaktadır.<sup>101</sup> Ölümünden sonra ifa edilecek bağışlama sözleşmesinin ifası ise bağışlayanın ölümü itibarıyla gerçekleşir.<sup>102</sup> İHKKTB'den farklı olarak yerine getirilmesi bağışlayanın ölümüne bağlı olan bağışlama sözleşmesinde bağışlayan yönünden, kendisi vefat edip intifa hakkının sona ermesi ile taşınmaz doğrudan terekeye dahil olacaktır.<sup>103</sup> Bir başka deyişle son aktarılan durumda bağışlayan hayatta ilen bir malvarlığı kaybı yaşamamakta, fakirleşmemektedir.<sup>104</sup>

Aktarılan açıklamalar dahilinde ifası bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlama sözleşmesinin bu sözleşmeyi saf anlamda bağışlamadan ayıran ve "bağışlayanın kendi malvarlığından yapılan kazandırıcı işlem olma" ile "sağlarrarası olması" unsurlarının<sup>105</sup> değer değişimine ilişkin tüm aşamalarda sağlanmış olduğu görülmektedir.<sup>106</sup> İHKKTB'ye ilişkin aktarılan hususlar, bu hukuki işlemin saf anlamda bağışlama sözleşmesi ile ekonomik yönden çok benzer etkilere sahip

<sup>101</sup> Krş. Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 181; Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 117 vd.

<sup>102</sup> Bunun vade mi, yoksa geciktirici şart mı olduğu tartışmalıdır. Kanun koyucu yerine getirilmesi bağışlayanın ölümüne bağlı olan bağışlamaları koşullu bağışlamalar altında düzenlemiştir. Ancak ölüm olgusunun gerçekleşeceği kesin olup belirsiz olan bunun ne zaman gerçekleşeceği. Bu bağlamda öğretilerde buradaki ölüm olgusunu bir koşul değil de ifası belirsiz vadeye bağlı bir hukuki işlem olarak ele alınabileceğine işaret edilmektedir. Bu konuda Bkz. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2 (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2022): N.1476; Yavuz, Acar ve Özen, Borçlar Hukuku Özel, 402. Burada süreye (vadeye) bağlı bir sözleşme olduğu, koşula bağlı bir sözleşmeden söz edilemeyeceği yönünde Bkz. Aral ve Ayrancı, Özel Borç İlişkileri, 199.

<sup>103</sup> Yavuz, Acar ve Özen, Borçlar Hukuku Özel, 402; Aral ve Ayrancı, Özel Borç İlişkileri, 200. Aksi yönde bunların yerine getirilmesinin terekeden değil, bağışlayanın malvarlığından sağlandığı hakkında Bkz. Eren, Borçlar Hukuku Özel, N. 974.

<sup>104</sup> Krş. Zevkilere ve Gökyayla, Özel Borç İlişkileri, 176; Vardar Hamamcıoğlu, 25.

<sup>105</sup> Yavuz, Acar ve Özen, Borçlar Hukuku Özel, 393, 395; Zevkilere ve Gökyayla, Borçlar Hukuku Özel, 176 vd.; Aral ve Ayrancı, Özel Borç İlişkileri, 192 vd.; Eren, Borçlar Hukuku Özel, N. 925 vd.; Aydoğdu ve Kahveci, Özel Borç İlişkileri, 339 vd.

<sup>106</sup> Krş. Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 117 vd.

olduğunu, sadece kazandırmaya konu değer akışının zamanı yönünden bir farklılığın olduğunu göstermektedir.<sup>107</sup> Ancak zaman yönünden farklılık ve yatay düzlemde değer geçişi de aktarıldığı üzere İHK-KTB'nin sağlararası olma özelliğini değiştirmemekte olup varılan sonuç (mülkiyet-intifa hakkı tescilinin zamansal ilişkisine yönelik standart durum esas alındığında)<sup>108</sup> saf anlamda bağış görüşünü desteklemektedir.

Bize göre yukarıda aktarılan gerekçelerle İHKKTB bağışlayanın ölümüne bağlı olan bağışlama sözleşmesi olarak nitelendirilmemelidir. Şu ana kadar aktarılan bilgiler dahilinde İHKKTB'de bağışlayanın maddi fedakarlığının seviyesinin yerine getirilmesi bağışlayanın ölümüne bağlı olan bağışlamadan daha az olduğu görülmektedir.<sup>109</sup> Yerine getirilmesi bağışlayanın ölümüne bağlı olan bağışlama sözleşmesi görüşünün kabulü bağışlananın aleyhine sonuçlar doğurmaktadır. Nitekim son durumda bağışlanan iyi niyetli olsa bile sanki kendisine bağış hiç yapılmamış gibi bağışlanana mülkiyetin devri sebepten yoksun hale gelmiş olacaktır.<sup>110</sup> Bu durumda bağışlayanın bağışlanana karşı sahip olduğu sebepsiz zenginleşme talebi terekeye geçecektir.<sup>111</sup>

<sup>107</sup> Krş. Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 233.

<sup>108</sup> Bu konudaki açıklamalar için Bkz. V, A numaralı başlık.

<sup>109</sup> Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 233. Yazarın eserinde işaret ettiği, aslına ulaşamadığımız *Hans Flick*'in 1987 tarihli *Handelsblatt* gazetesindeki yazısında ("*Dispositionen auf den Todesfall werden durch Pflichtteilsansprüche gestört, Handelsblatt vom 25. Juni 1987*") intifa hakkı kendine kalmak üzere yapılan bağışlamada bağışlayanın maddi fedakarlığının seviyesinin saf anlamda bağış ile ölümden sonra ifa edilecek bağışlama sözleşmesi arasında yer aldığına, bunun bir orta yol teşkil ettiğine ("*Mittel weg*") işaret etmektedir (s. 233).

<sup>110</sup> Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 227 vd.

<sup>111</sup> Ancak bu durumda da sıklıkla iyi niyetli olduğundan yola çıkılabilecek bağışlanan, taşınmazın mülkiyetini mirasın açılışından önce bir üçüncü kişiye devrederse söz konusu işlemin ivazsız olup olmamasına göre; saklı paylı mirasçılar bir şey elde edememiş olacaklar veya elde kalan bedelin iadesini talep edebileceklerdir. İyi niyetli sebepsiz zenginleşenin iade yükümlülüğüne ilişkin Bkz. Nomer, Borçlar Hukuku Genel, N. 144 vd.; Gümüş, Borçlar Hukuku Genel, 635 vd.; Andreas Furrer, Markus Müller-Chen ve Bilgehan Çetiner, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (İstanbul: On iki Levha Yayıncılık, 2022): 567 vd.; Doğan, Şahan ve Atamulu, s. 250 vd.; Hatemi ve Gökyayla, Borçlar Hukuku Genel, §24, N. 29 vd.



## **V. İNTİFA HAKKI KENDİNE TUTULARAK MÜLKİYETİN GEÇİŞİNE İLİŞKİN HUKUKİ YAPILANMA (KONSTRÜKSİYON)<sup>112</sup> BAĞLAMINDA BAZI ÖN DEĞERLENDİRMELER**

Eşya hukuku kapsamında intifa hakkı kendinde kalmak üzere taşınmaz mülkiyetinin devrinin hukuki temelleri çeşitli şekillerde yapılandırılabilir olup buna ilişkin benimsenecek görüşler farklı sonuçları beraberinde getirecektir.<sup>113</sup> Özellikle taşınmazın yüklü mü, yoksa yüksüz mü devredildiğine, bu anlamda intifa hakkının devreden taraftan mı, yoksa devralan tarafından mı tesis edildiğine/ edileceğine yönelik verilecek cevap, İHKKTB'nin hukuki niteliğine ilişkin değerlendirmede dikkate alınan önemli hususlardan biridir.<sup>114</sup> Öğretide bazı eserlerde İHKKTB'nin yorumlanmasında, buradaki taşınmaz mülkiyetinin devrinin eşya hukuku bağlamında nasıl yapılandırıldığına önem taşımadığı belirtilmektedir.<sup>115</sup> Ancak katıldığımız diğer bir görüş bunun sadece bir formalite olarak görülmemesi ve İHKKTB'ye ilişkin yapılacak bir değerlendirmede, seçilen veya seçildiğinden yola çıkılan hukuki yolun tespitinin hukuki güvenlik ve hukuki açıklığa hizmet ettiğini vurgulamaktadır.<sup>116</sup>

Aktarılan hukuki işleme ilişkin standart bir durumda; devreden kişi yüksüz taşınmazın maliki iken devralanın taşınmaz üzerinde herhangi bir hakkı veya bununla bir ilişkisi bulunmamaktadır. Demek ki intifa hakkıyla kayıtlı devrin icrasında eşya hukuku anlamında iki ayrı süreç bulunmaktadır: Mülkiyetin devri ve intifa hakkının tesisi. Burada mantıksal ve kavramsal olarak mülkiyetin devri ve intifa hakkının tesisini birbirinden ayırarak bir değerlendirme yapılmalıdır.

<sup>112</sup> Söz konusu ifadenin tercih edildiği eser için örneğin Bkz. Sungurbey, Medeni Hukuk Sorunları, 118; Akbıyık, Karma Bağışlama, 22.

<sup>113</sup> Horat, Grundstückschenkung mit Nutzniessungsvorbehalt, 63 vd.; Sungurbey, Medeni Hukuk Sorunları, 118 vd.

<sup>114</sup> Krş. Horat, Grundstückschenkung mit Nutzniessungsvorbehalt, 91; Benn, Erbrechtliche Ausgleichung, 25 vd.

<sup>115</sup> Krş. Helmut Coing, "Anmerkung zum Urteil des OGHBrZ vom 18. Nov. 1948- II ZS 16/ 48", NJW. 7 (1949): 260; Seiler, 649.

<sup>116</sup> Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 97.

Bu bağlamda aşağıda aktaracağımız farklı ihtimaller tartışılabilir.<sup>117</sup> İntifa hakkı ile mülkiyetin devri işlemleri ayrı resmi senetlerde düzenlenmişse intifa hakkı mülkiyetin devrinden belirli bir zaman önce mi (malik intifası), yoksa belirli bir zaman sonra mı tesis edildiği irdelenmelidir. Şayet bunlar aynı resmi senette düzenlenmiş ise, bu sefer iki işlemin müşterek bir hukuki işlem mi olduğu ya da en azından eş zamanlı gerçekleşip gerçekleşmediği tartışılmalıdır. Son aktarılan soruya olumsuz cevap verilmesi durumunda ise intifa hakkının mülkiyetin devrinden hukuksal bir an önce mi, yoksa hukuksal bir an sonra mı devredildiği tartışılabilir.

### **A) İntifa Hakkı Tesisinin Mülkiyetin Devrinden Belirli Bir Zaman Önce Yapılması (Malik İntifası)**

İHKKTB'de malik intifasına ilişkin yapılanma günümüzde en yaygın olan kabulü yansıtır.<sup>118</sup> Burada taşınmaz maliki tek taraflı bir hukuki işlemle kendi lehine intifa hakkı tesis etmektedir. Daha sonra bağışlanan ile yapacağı sözleşme ile yüklü (intifa hakkı ile kayıtlanmış) taşınmazı ona devredecektir.<sup>119</sup> Bu bağlamda genel olarak malik irtifakları ve inceleme konusu özelinde malik lehine intifa hakkı tesisinin geçerliliği irdelenebilir.

Eşyaya bağlı irtifaklara ilişkin TMK m. 782 (ZGB Art. 733)'de açıkça malik lehine irtifak hakkının tescil edilebileceği öngörülmüştür.<sup>120</sup> Kişisel irtifaklarda bu tarzda bir hüküm bulunmamaktadır.

---

<sup>117</sup> Krş. Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 26 vd., Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 163 vd.

<sup>118</sup> Krş. Sticher, Vorbehaltenen Nutzniessung, 439; Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 91 vd.,177; Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 26. Sınırlı ehliyetli bir kişinin taraf olduğu İHKKTB için tescil talebinin malik intifası şeklinde yorumlanabileceği şeklindeki tespitle ("*...kann die Eintragungsbewilligung noch dahin ausgelegt werden, daß die Eintragung eines Eigentümergebrauchs bewilligt wurde...*") bu yönde bir Alman Bölge Mahkemesi'nin kararı için Krş. das BayObLG, Beschluß vom 15. Feb. 1979, Z 1979, 49 vd., 55, www.beckonline.com, 08.05.2023.

<sup>119</sup> Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 33.

<sup>120</sup> Akçaal, Eşya Hukuku, 605 vd.; Ünal, "Sınırlı Ayni Hak", 46 vd. TMK m. 782'de şu şekilde ifade edilmektedir: "*Malik kendisine ait iki taşınmazdan biri üzerinde diğerrinin lehine irtifak hakkı kurabilir.*"

Ancak irtifak haklarına ilişkin hükümler tamamlayıcı şekilde şahsi irtifaklarda da uygulanabilir olduğu için<sup>121</sup> bu bağlamda sorulması gereken TMK m. 782'nin kıyasen uygulanmasıyla malik lehine intifa hakkının, kısaca malik intifasının ("*Eigentümernießbrauch*") tescilinin geçerli olup olmadığıdır.

Çok baskın görüş ve uygulama malikin kendi lehine şahsi irtifaklarda kurabileceği ve bu kapsama malik intifasının dahil olduğunu kabul etmektedir.<sup>122</sup> Öğretide intifa hakkını düzenleyen hükümlerin

<sup>121</sup> Krş. Mehmet, Ünal, "Malik Lehine Sınırlı Aynî Hak Kavramı". Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 12/1-2 (2008): 228; Özen, İntifa Hakkı, 34 vd.; Sirmen, Eşya Hukuku, 483.

<sup>122</sup> İsviçre Hukuku'nda bkz. Leemann, Berner Kommentar ZGB, Art. 733 N. 15; Piotet, Dienstbarkeiten, 567; Simonius ve Sutter, Die Beschränkten Dinglichen Rechte, § 1 N. 81; Peter Liver, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band: Das Sachenrecht, Zweite Abteilung: Die beschränkten dinglichen Rechte, Die Dienstbarkeiten und Grundlasten, Erster Band: Die Grunddienstbarkeiten, Art. 730-792, (Zürich: Schulthess Verlag, 1980): Art. 733, N. 30 vd.; Thurnherr, Handkommentar ZGB, Art. 746, N. 2; Schmid ve Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, N. 1345; Baumann, Kommentar ZGB, Art. 745, N. 11, Art. 746, N. 3. Malik lehine intifa hakkına ilişkin olarak aksi yöndeki azınlık görüşü için Bkz. Tuor vd., Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, § 109, dn. 5. Türk Hukuku'nda malik intifasının geçerli olduğu yönünde baskın görüş için Bkz. Nomer ve Ergüne, Eşya Hukuku, N. 953; Akçaal, Eşya Hukuku, 606; Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, Eşya Hukuku, N. 2696; Ünal M., Malik Lehine Sınırlı Aynî Hak, 227, 229; Sirmen, Eşya Hukuku, 563; Özen, İntifa Hakkı, 34 vd.; Köprülü ve Kaneti, Sınırlı Ayni Haklar, 111. Türk Hukuku'nda aksi yönde özellikle sistematik yorumla malik intifasının sadece eşyaya bağlı irtifaklarda söz konusu olabileceği yönündeki görüş için Bkz. Ferit H. Saymen ve Halit K. Elbir, Türk Eşya Hukuku (İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1954): 430. Alman Hukuku'nda bu konuda açıkça bir düzenleme bulunmasa bile malikin kendi taşınmazı üzerinde kendi lehine intifa hakkı kurabileceği kabul edilmektedir. Bu konuda Bkz. Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 53 vd.; Pohlmann, Petra, "§§ 1030 – 1089 BGB (Nießbrauch)", içinde Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6, Sachenrecht, §§ 854-1296, WEG, ErbbauRG, ed. Reinhard Gaier, (München: Beck Verlag, 2013): N. 22. Alman Hukuku'nda özellikle eski zamanlarda geçerli olan aksi yöndeki azınlık görüşü için örneğin Bkz. Benkö, 37 vd. Eski zamanlarda geçerli olan söz konusu azınlık görüşüne ilişkin Alman hukuk öğretisinde *Boehmer* üzüntüsünü şu şekilde dile getirmektedir: "*bizim günümüzdeki bağnaz/ dar görüşlü Alman Hukuk dogmatığı deducto usufructu mülkiyet devrini, yani hukuki anlamda bir kişinin kendi eşyası üzerinde intifa hakkı tesisini tanımamaktadır, aynı şekilde ivedi mülkiyet değişimlerinde de bu durum söz konusudur*" (Gustav Boehmer, Grundlagen Der Bürgerlichen Rechtsordnung, 2. Buch, 2. Abteilung, Tübingen: Mohr Verlag, 1952: 61'den naklen). Alman Federal Mahkemesi'nin geçerliliğinin kabul ettiği malik intifasının hakkındaki tespitlerinden biri şu şekildedir: "... Yeni malikin daha en baştan yüklü taşınmazı elde edece-

*ğine ilişkin kabul özellikle yerinde görünmektedir, zira önceki malik daha devirden önce kendi taşınmazı üzerinde intifa hakkı tesis edebilirdi...*" (BGH, 30. Juli 1985, NJW 1986, 605 'dan naklen, 2.2.2023, <https://beck-online.beck.de>). Ayrıca Alman Hukuku'nda tapudaki tasarruf işlemlerinde aynı sözleşmenin mevcudiyetinin aranması hususu dikkate alınarak malik intifasının geçerliliği tartışılmıştır. Bu bağlamda Alman Hukuku'nda intifa hakkı tesisi için aynı sözleşme arandığı söylenerek, malik intifasının geçerli olmadığı ilk etapta düşünülebilir. Buna karşın Alman Hukuku'nda bir görüş malik intifasının mümkün olduğu sonucuna, irtifak haklarının kurulmasına ilişkin genel hüküm olan ve tescilin yanında taraflar arasında aynı sözleşmenin mevcudiyetini arayan BGB Art. 873 Abs.1'e dayanarak varmaktadır. Bu görüşteki yazarlar için Bkz. Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 33, dp. 42'deki eserler. Ancak yazarın katıldığı diğer görüş BGB Art.873 Abs.1'in ancak kıyasen uygulanabileceğini, hükmün amacına göre yapılacak yorumla bir kişinin kendisi ile sözleşme yapmasının mümkün olmaması dikkate alınarak aynı sözleşmenin aranmaması, tapu memuruna yönelik intifa hakkın tesciline ilişkin istemi içerir tescil talebi (tek taraflı bir tasarruf işlemi) ve takiben tescilin yeterli görülmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Yazar Alman Hukuku'nda malikin tek taraflı talebi ile malik lehine ipotek hakkının tescilini öngören BGB Art.1196 Abs. 2'nin de varılan bu sonucu desteklediğine dikkat çekmektedir (33). Türk Hukuku'nda tescil talebinin hukuki niteliği tartışmalıdır. Bir görüş bunu tek taraflı usulü bir işlem olarak görür. Baskın diyebileceğimiz diğer bir görüş bunu tek taraflı bir işlem olarak görmekle birlikte bunun karma nitelikte bir yapısı olduğu ve bu anlamda bir yönden usuli bir işlem iken diğer yönden maddi anlamda geçerlilik şartı teşkil ettiğini belirtmektedir. Aktarıldığı şekilde zaten tescil talebi tek taraflı bir tasarruf işlemi olarak görülürse Alman Hukuku'nda değinilen tartışmayı burada yürütmeye gerek kalmadan, malik intifasında değinilen unsurun (baskın görüşe göre geçerlilik unsurunun) sağlandığı söylenebilecektir. Yine bir görüşe göre Türk Hukuku'nda tescil talebinin hukuki niteliği aynı sözleşmedir. Ancak aynı sözleşme görüşü de kendi içinde alt görüşlere ayrılır. Bir görüş aynı sözleşmenin tarafların yapmış olduğu, tescil sebebini teşkil eden borçlandırıcı işlemin içinde örtülü olarak yer aldığını belirtirken, diğer bir görüş bizzat tescil talebinin kendisini aynı sözleşme olarak kabul eder. Genel olarak söz konusu görüşler hakkında Bkz. Mehmet Ayan, Eşya Hukuku – I Zilyetlik ve Tapu Sicili, (Ankara: Seçkin Yayıncılık 2017) 408 vd.; Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, Eşya Hukuku, N. 849 vd.; Sirmen, Eşya Hukuku, 192 vd.; Nomer ve Ergüne, Eşya Hukuku, N. 408. Türk Hukuku'nda aynı sözleşme görüşünün benimsendiği ihtimalde, Alman Hukuku'nda malik intifasında istisnai olarak tek taraflı tescil talebini yeterli gören ve bu durumlarda aynı sözleşme aramayan görüş Türk Hukuku içinde kabul edilebilecektir. Bu yönde Bkz. Özen, İntifa Hakkı, 36, dn. 81. Aynı sözleşme görüşünün temel gerekçeleri arasında hiç kimsenin isteği dışında zenginleşemez esası bulunmaktadır. Ancak malik intifasında alıcının kabul beyanı ve aynı sözleşme şartını aramanın anlamsız ve gereksiz olduğu, tek taraflı bir dayatmadan korunması gereken bir kişi mevcut olmadığı ve aktarılan koruma amacının ortadan kalktığı belirtilmektedir. Aktarılan açıklamalar için Krş. Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 62; Heck, 100.

malik ve intifa hakkı sahibinin farklı kişiler olacağı üzerinden yapılandırılmış olması durumundan yola çıkılarak<sup>123</sup>, intifa hakkının yasal bir unsuru olarak bunun başkasının hakkı üzerinde olması gerektiği şeklinde bir çıkarım yapılmaması gerektiğine haklı olarak işaret edilmektedir.<sup>124</sup> TMK'da açıkça malik intifasını yasaklayan bir hüküm bulunmadığı gibi<sup>125</sup>, bilakis yasa tarafından malik lehine irtifak haklarının tesisini öngören çeşitli hükümler öngörülmüştür<sup>126</sup>. TMK'da malikin kendi taşınmazı üzerinde irtifak hakkı kuramaması esası ("*nemini res sua servit*")<sup>127</sup> geçerli olmayıp söz konusu hükümler dar

<sup>123</sup> BGB'deki düzenlemelere ilişkin bu yönde örneğin Bkz. Hermann Eichler, "Institutionen des Sachenrechts, Bd. II 2" (Berlin: Duncker&Humblot Verlag, 1960): 574.

<sup>124</sup> Krş. Özen, İntifa Hakkı, 35 vd.

<sup>125</sup> ZGB ve BGB'ye ilişkin yaptığı değerlendirmede aynı yönde Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 62.

<sup>126</sup> Bu konuda bazı örnekler paylaşılabilir. İpotek hakkı ile ilgili olarak, rehinli alacaklı ile malik sıfatları sonradan birleşirse malik lehine rehin (malik rehni) gündeme gelir. Hatta ipotekli borç senedi ile irat senedinde malik (hem sonradan hem de) önceden kendi yararına bunları kurabilmektedir (TMK m. 914 f. 2). Benzer şekilde: "alacaklı yoksa veya rehin hakkından feragat ederse borçlu, tapu kütüğündeki tescili terkin ettirip ettirmemekte serbesttir" (TMK m. 918 f. 1), bir başka deyişle bunları elinde bulundurmaya devam etmeyi tercih edebilir. Yine üst hakkının TMK m. 831 gereği süresi dolmadan önce malike devredilmesi durumunda malik lehine kişiye bağlı irtifak gündeme gelmektedir. Çeşitli örnekler için Bkz. Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 54; Nomer ve Ergüne, Eşya Hukuku, N. 954; Ayan, Sınırlı Ayni Haklar, 5 vd.; Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, Eşya Hukuku, N. 2698 vd.; Sirmen, Eşya Hukuku, 482 vd., 483 vd. Taşınmaz yükünün ise malik lehine kurulup kurulamayacağı tartışmalıdır. Bu yönde Bkz. Nomer ve Ergüne, Eşya Hukuku, N. 954; Köprülü ve Kaneti, Sınırlı Ayni Haklar, 16; Alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi sonucu alacağın sona erdiği gerekçesiyle aksi yönde Bkz. Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, Eşya Hukuku, N. 2704.

<sup>127</sup> „*Nemini res sua servit*” esasına göre malikin kendi lehine tesis ettiği irtifak kimseye hizmet etmez, zira irtifaklar kavramsal olarak başkalarının eşyaları üzerindeki hakkı ifade eder. Kanun sınırlı ayni hakları tanımıştır, ancak bunlar ilgili hukuk kurumuna ilişkin belirli, reddedilemez birtakım ihtiyaçlarla sınırlandırılmıştır. Buradan yola çıkılarak medeni kanunda söz konusu esastan ayrılan hükümlerin özel istisnalar olduğu, bunların dar yorumlanması ve ancak çok istisnai durumlarda kıyasen uygulanması gerektiği belirtilmiştir. "*Nemini res sua servit*" esasının kabulü durumunda mülkiyetin sınırlı ayni hak sahibi tarafından veya sınırlı ayni hakkın malik tarafından edinilmesi durumunda mülkiyet ve sınırlı ayni hak aynı kişide birleşecek ve bu durum sınırlı ayni hakkın sona ermesi sonucunu doğuracaktır. Alman Hukuku'nda özellikle geçmiş yıllarda savunulan söz konusu görüş yönünde örneğin Bkz. Andreas von Tuhr ve Arnold Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I (Zürich: Schulthess Verlag 1979): 8.

yorumlanması gereken, genel ilkedden bir sapma olarak düşünülmemelidir.<sup>128</sup>

Eşyaya bağlı malik irtifakı kurmadaki gibi malik intifasına yönelik de gereksinimler bulunmaktadır.<sup>129</sup> Nitekim tapu sicil sistemi gerek

---

Yazar "*nemini res sua servit*" esasından ancak kanun koyucunun belirlediği, sınırlı durumlarda sapılabileceğini belirtmektedir (8).

<sup>128</sup> von Lübtow, Schenkungen, 67 vd.; Özen, İntifa Hakkı, 36 vd. Alman Hukuku'nda BGB Art. 889'da bir malikin taşınmazı üzerindeki bir sınırlı ayni hakkı elde etmesi veya taşınmaza ilişkin sınırlı ayni hak sahibinin bu taşınmazın maliki olması durumlarında sınırlı ayni hakkın ortadan kalkmayacağını düzenlemektedir. BGB'de eşya hukuku ön tasarını kaleme alan *Johow* da BGB Art. 889'un fonksiyonel olduğu ve "*nemini res sua servit*" esasının sınırlı ayni hakkın sona ermesi durumuna ilişkin bir esaret teşkil ettiğini, bu tür durumlarda uygulanmaması gerektiği belirtmektedir. Alman hukuk öğretisinde bu hükümle BGB kanun koyucusunun "*nemini res sua servit*" esasının önemli ölçüde menfaatlerin ihlal edilemeden uygulanamayacağını fark ettiğine, bundan dolayı kanun koyucunun bu esastan ayrıldığına, nitekim açıkça çok yerde bu esasın aksini düzenlenmesine işaret edilmektedir. Söz konusu paylaşılan açıklamalar için Bkz. Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 58. Son zikredilen yazar çalışmasında hukuk tarihine ilişkin yaptığı değerlendirmelerinin özetinde malik intifasının tarihsel süreçte de baskın yaklaşım olduğunu naklen şu şekilde paylaşmaktadır: "*İntifa hakkı tesisi ile mülkiyetin devrinin tek bir işlem olarak görülmesi yaklaşımı eski roma hukukunda esas alınıyordu. Klasik roma hukukunda ise devreden "Lex Dicta"sını saklı tutmasından, yani malik intifasına benzer bir hukuki konstrüksiyonda yol çıkılıyordu. Orta Çağ'da ise saklı işlemler malik irtifakını dışlayan "nulli res sua servit" ilkesinin kesin bir istisna olarak görülüyordu. Ortak Hukuk'ta da ilk zamanlar malik irtifakı kabulünün baskın olduğu görülmektedir, daha sonra ise kavram hukukçularının katı yaklaşımının etkisi ile kabul görmemiştir. Onlara göre mülkiyetin devrinden sonra intifa hakkı tesisini öngören bir yaklaşım geçerli değildir, zira malik intifasını tercih eden yol bir kişinin kendi lehine yük altına sokamayacağı şeklindeki dogma ile uyumsuzdur... bu kabulün dogmatik katı anlayışının uygulamada benimsenmesi, pek olası değildir... Ancak ... yine de arzu edilen sonuçlara uygulamada varılabilmektedir. İntifa hakkını yabancıların eşyası üzerindeki bir hak olarak gören Prusya hukukunda malik intifasına benzer bir hukuki yapılanma kullanıldı. Demek ki hukuk tarihine bakıldığında malik intifasını tercih eden yaklaşımlara öncelik verildiğini görüyoruz. Hatta malik intifası Orta Çağ'da ve müşterek Avrupa hukukunda sıkı bir şekilde bağlı olunan hukuki dogmalara veya Prusya hukukunda görüldüğü gibi hukuki tanımla örtüşmemesine rağmen baskın bir yaklaşım olarak kabul görmüştür" (s. 45'ten naklen).*

<sup>129</sup> Ünal M., Malik Lehine Sınırlı Aynî Hak, 227, 229; Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, Eşya Hukuku, N. 2696. Pratik ihtiyaçlar ortaya çıktıkça, katı pozitivist bir yaklaşımla somut bir düzenlemenin mevcut olmadığına dayanılmamalıdır. Söz konusu gereksinimlerin mevcudiyetinin ve malik intifasının reddiyle sağlıklı bir hukuk gelişiminin önüne engeller konulmamalıdır. Bu yönde Krş Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 60. Son zikredilen yazar aksi bir kabul durumunda bunu ötesinde yüksek mahkemelerin "*yaratıcı hukuk bulma*" ("*schöpferischer Rechtsfin-*

genel anlamda malik intifasına<sup>130</sup> gerekse bağışlama sözleşmesi öze-  
linde malik intifasına<sup>131</sup> imkân vermektedir. Zaten bu tespit söz konu-  
su hukuki işleme ilişkin kullanılan (TMK m. 809 hükmünde zikredilen)  
“*intifa hakkı kendisinde kalmak*” veya (TMK m. 565 madde gerek-  
çesinde zikredilen) “*saklı kalma*” ifadelerinden de rahatlıkla çıkarıla-  
bilmektedir. Bunun yanında öğretilerde tartışmalı olmakla birlikte malik  
intifasının mülkiyet hakkının içeriğine ilişkin TMK m. 683 f. 1 (ZGB  
Art. 641 Abs. 1; BGB Art. 903 S. 1)’den çıkarılabileceğinin ileri sürül-  
düğüne çalışmanın kapsamına arttırmamak üzere işaret etmekle yeti-  
nilecektir.<sup>132</sup>

İntifa hakkı devredilmez olduğu için<sup>133</sup> malikin kendi lehine intifa  
hakkı tesis etmede hukuki anlamda bir menfaati olmayacağı şeklinde

---

*dung*”) görevini ve böylece kanunun kendilerine yüklediği hukuku geliştirme  
 (“*Fortbildung des Rechts*”) emrini yerine getiremeyeceklerine dikkat çekmektedir  
(s. 60).

<sup>130</sup> Krş. Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, Eşya Hukuku, N. 2696; Nomer ve Ergüne,  
Eşya Hukuku, N. 953; Ünal M., Malik Lehine Sınırlı Aynı Hak, 226 vd.; Liver, ZGB  
Kommentar, Art. 733 N. 41.

<sup>131</sup> Bu konuda örneğin web tapu sisteminde bağış (hibe) işlemleri grubu başlığı al-  
tında açıkça “*çiplak mülkiyetin bağışı ve üçüncü kişiye intifa devri*” dördüncü işlem  
kategorisinde yer alırken, beşinci işlem kategorisinde “intifa hakkını üzerinde tu-  
tarak çiplak mülkiyet bağışı” bulunmaktadır. Bu konuda Bkz. Denkli, İlhan vd.,  
Tapu ve Kadasto Genel Müdürlüğü, Bilgi Teknolojileri Daire Başkanlığı Eğitimi ve  
Çağrı Merkezi Şube Müdürlüğü Takbis Eğitim Dökümanı, Bağış İşlemi, (2014): 4.

<sup>132</sup> Söz konusu görüş bu hükmün mülkiyet hakkı sahibine tanıdığı yetkilerle sadece  
fiili anlamda değil, hukuki anlamda da hakimiyet bahsettiğini ve bu kapsamda  
mülkiyeti devir, mülkiyetten vazgeçme gibi yetkiler yanında, bir üçüncü kişi veya  
kendi lehine malik intifası tesis edebileceğini belirtmektedir. Alman hukuk öğreti-  
de *Weitnauer* malikin sahibi olduğu serbest tasarruf yetkisinin mülkiyet hakkını  
“*sadece fiili değil, hukuki anlamda da ayırabilmesini mümkün kılacağını*”, daha so-  
mut olarak kendisine aynı zamanda mülkiyet hakkını sınırlı aynı haklar/a ayıra-  
bilmesine imkan tanıyacağını belirtmektedir. *Weitnauer*’un naklen paylaşılan ve  
aslına ulaşamamış olduğumuz ilgili eserindeki (“*Weitnauer, H.: Können Erbba-  
recht und Dauerwohnrecht zugunsten des Eigentümers bestellt werden? DNotZ. 53  
(1958): 352-360*”) ifadeyi naklen aktaran eser için Bkz. Reiff, Schenkung unter Ni-  
essbrauchsvorbehalt, 64’ten naklen. Ancak son zikredilen yazar malik intifasını  
kabul etmekle birlikte, bu hükme dayanılmasını ve *Weitnauer*’ın aktardığı gerekçe-  
yi tatmin edici bulmamakta, söz konusu hükümde düzenlenenin sadece hukuki  
düzeni sınırları içinde hakimiyetin kullanımı olduğuna işaret etmektedir (64).

<sup>133</sup> İntifa hakkı kişiye bağlı bir irtifak olup bunun sonucu olarak ne devredilebilir ne  
de mirasçılara geçebilmektedir. Bu konuda Bkz. Hrubesch-Millauer, Graham-  
Siegenthaler ve Vito, Sachenrecht, N. 08.05; Riemer, Die Beschränkten Dinglichen

bir gerekçede tutarlı değildir.<sup>134</sup> Malik taşınmazını devredebilir ve bunun öncesinde kendi lehine intifa hakkını saklı tutması çeşitli pratik ihtiyaçlarına hizmet eder. Öncelikle bu durumda bağışlayan bağışlanandan intifa hakkı taahhüdü alması ihtimaline nazaran çok daha az risk almaktadır.<sup>135</sup> Bağışlayan karşı tarafın intifa hakkı tesis edeceğine veya intifa hakkı tesisinden önceki süreçte taşınmazı bir üçüncü kişiye devretmeyeceğine güvenmek zorunda değildir.<sup>136</sup> Yine bağışlayanın aynı zamanda söz konusu taşınmaz üzerinde başka bir sınırlı ayni hak, örneğin ipotek tescil etmek istemesi ihtimalinde daha önce kendi lehine tescil ettirmiş olduğu intifa hakkı zaman itibarıyla öncelik ilkesi gereği<sup>137</sup> ipotek hakkından önceliğe sahiptir olacaktır.<sup>138</sup> Bu anlamda malikin ekonomik veya hukuki ihtiyaçlarını karşıladığı gözetilerek malik intifasının geçerli olduğu, ayrıca somut olayda tapu siciline tescilin belirsiz olgulara bağlanmaması, hukuk güvenliği, tapuda iş yükü-

---

Rechte, § 10 N. 17 vd.; Schmid ve Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, N. 1214 vd., 1325; Tuor vd., Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, § 107 N. 3 vd. Bu bağlamda geçmiş yıllarda İHKKTB'ye ilişkin bir Yargıtay kararında (Yarg., 2HD, 8488/11844 S., 25.11.1992 T. Sayılı kararı) intifa hakkının devredilebilir olduğu tespiti hatalıdır. Örneğin söz konusu karar hakkında *Oğuzman ve Seliçi* ile aynı doğrulta eleştirel bir tespit için Bkz. Akbıyık, dn. 31.

<sup>134</sup> von Lübtow, NJW 1962, 275, 276 vd.; Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 63.

<sup>135</sup> Krş. von Lübtow, NJW 1962, 275, 276 vd.; Ünal M., Malik Lehine Sınırlı Aynî Hak, 229.

<sup>136</sup> Krş. Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 164; Özen, İntifa Hakkı, 37 vd.

<sup>137</sup> Aynı taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hakların çatışma durumunda devreye giren zaman itibarıyla öncelik ilkesi için Bkz. Antalya ve Topuz, Eşya Hukuku, 177 vd.; Sirmen, Eşya Hukuku, 566 vd.

<sup>138</sup> Krş. von Lübtow, NJW 1962, 275, 277; Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 164; Ünal M., Malik Lehine Sınırlı Aynî Hak, 227; Ayan, Sınırlı Ayni haklar, 6; Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, Eşya Hukuku, N. 2696; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 730 vd.; Köprülü ve Kaneti, Sınırlı Ayni Haklar, 16. Örneğin öğretide bir malvarlığı intifasına konu değerlerden bazıları intifa hakkı sahibine aitse, zaten bunlar üzerine malik intifasının gündeme geleceği belirtilmektedir. Yapılan açıklama için Bkz. Özen, İntifa Hakkı, 38. Bunun gibi taşınmaz üzerinde paylı veya elbirliği halinde hak sahipliği varsa veya taşınmaz alım, ön alım veya geri alım hakkı ile kayıtlı ise saklı tuttuğu intifa hakkı malike pratik avantaj sağlayacaktır. Yapılan açıklama için Krş. Liver, ZGB Kommentar, Art. 733 N. 42.



nün artması vb. nedenlerle<sup>139</sup> ihtiyacın ispatlanmasının ayrıca aranmaması gerektiği söylenebilir.<sup>140</sup>

Taşınmaz mülkiyetinin devrinden önce intifa hakkı tesis edilmiş olması durumunda sözleşmeye konu taşınmaz intifa hakkı ile kayıtlı olarak, kısaca yüklü bir şekilde devredilmiş olmaktadır. Söz konusu görüş dahilinde alıcı hiçbir zaman, bir hukuksal anda bile yüksüz taşınmazın maliki olmamıştır. Daha sonradan taşınmazın alıcıya devri ile malik intifası normal (yabancı lehine) intifa hakkına dönüşmüş olmaktadır.<sup>141</sup> Artık mevcut olan bu intifa hakkının karşı edim olarak nitelendirilmesi mümkün olmayacaktır. Böylece intifa hakkı kendinde tutularak mülkiyetin geçişine ilişkin bu başlıkta değinilen hukuki yapılanma dikkate alınarak yapılacak değerlendirme; yüklü taşınmaz mülkiyetinin karşılıksız olarak devredildiği ve artık saf anlamda bağışlama sözleşmesinin bulunduğu yola çıkılabilecektir.<sup>142</sup>

---

<sup>139</sup> Özen, İntifa Hakkı, 38 vd.; Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 65 vd. Son zikredilen yazar malik intifasını diğer malik lehine irtifaklardan ayırmayı makul kılacak bir farklılık bulunmadığını, malik intifanın kabulü için, bunun tesisi ile amaçlanan başka şekilde yerine getirilemiyor olmasının aranmaması gerektiğini, bunun tesisi ile süreçte kolaylık sağlanmasının, bağışlayanın kendini güvenceye alma yönündeki menfaatinin yeterli görülmesi gerektiğini belirtmektedir (s. 65). Yazara göre malik intifasının tesisinde özel bir menfaatin aranmamalıdır, aksi kabul hukuk güvenliğini zedeleyecektir. Tapu sicilinin çok sayıda sınırlı aynı haklarla belirsizleşmesi şeklinde bir risk burada söz konusu değildir. Tapu siciline tescil ciddi bir maliyet unsuru olup bu durum malikin keyfi, nedensiz şekilde kendi lehine intifa hakkı tesis etmesinin önüne geçecektir. Ayrıca malikin gereksiz yere kapsayıcı, tam bir aynı hak ("Vollrecht") olan mülkiyet hakkının yanında diğer sınırlı aynı hakları ekleme yönünde bir sebebi yoktur. Ancak bunu özel durumlarda tercih edebilir, örneğin mülkiyetin devri gibi. Söz konusu durumda intifa hakkı ile kayıtlı bir taşınmazın devri yüksüz bir taşınmaza göre daha fazla zorlaşır. Öte yandan özel bir menfaatin varlığını aramak tapu memurlarının iş yükünü ilaveten artıracaktır (s. 67).

<sup>140</sup> Özen, İntifa Hakkı, 39. Aksi yöndeki azınlık görüşü ise somut olayda intifa hakkı tesisi için somut hukuki veya ekonomik bir menfaatin ispatını aramaktadır. Bu konuda Bkz Lübtow, Schenkungen, 62, 89, 107.

<sup>141</sup> Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 33.

<sup>142</sup> Krş. Benn, Erbrechtliche Ausgleichung, 26; Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 91 vd., 163; Eitel, Nutzniessungsvorbehalt, 39; Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt; Piotet, Erbrecht, 305, Dn. 52; Rumojungo, Nutzniessung, 16; Walter Sticher, "Erbrechtliche Aspekte der vorbehaltenen Nutzniessung bei Liegenschaftsübertragungen", Vortrag vom 23.11.2010

## B) İntifa Hakkı Tesisinin Mülkiyetin Devrinden Belirli Bir Sonra Tescil Edileceğinin Kararlaştırılması

Bağışlama sözleşmesinde taşınmaz mülkiyetinin devrinden sonra bağışlananın intifa hakkı tesis edeceğinin öngörülmüş olması mümkün ve geçerlidir.<sup>143</sup> Ancak hayatın olağan gidişatında böyle bir hukuکی yapılanmaya çok rastlanmaz<sup>144</sup>, zira burada bağışlayan önemli bir risk altındadır. Bağışlananın intifa hakkı tescili taahhüdünü yerine getirmemesi mümkün olup bu ihtimalde bağışlayanın ona karşı tescile zorlama davası açması gündeme gelebilir. Bununla birlikte bağışlananın tasarruf yetkisini sınırlayıcı şerh mevcut değilse<sup>145</sup> bu dava sırasında veya öncesinde taşınmazın bir üçüncü kişiye devredebilmesi ihtimal dahilindedir.<sup>146</sup> Aktarılan durumda bağışlayanın üçüncü kişiye karşı (istisnaen bu kişinin kötü niyetli olduğu bir ihtimaller dışında<sup>147</sup>) ileri sürebileceği bir talep yoktur.

Bu anlamda malik intifasının kabulü önceki başlıkta aktarıldığı üzere bağışlayanın daha fazla lehinedir. Nitekim önce malik lehine intifa hakkı tesis edilip mülkiyet başvurusu yapıldığından, burada

---

Fachgruppe Erbrecht ZAV, Zürich (Erişim Tarihi 13.02.2023), [http://www.sticher-rechtsanwalt.ch/files/cto\\_layout/pdf\\_referate/Erbrechtliche-Aspekte-der-vorbehaltenen-Nutzniessung-bei-Liegenschaftsabtretungen.pdf](http://www.sticher-rechtsanwalt.ch/files/cto_layout/pdf_referate/Erbrechtliche-Aspekte-der-vorbehaltenen-Nutzniessung-bei-Liegenschaftsabtretungen.pdf), 439. Yine Krş. BN. 2013, S. 37 vd.

<sup>143</sup> Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 163; Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 79.

<sup>144</sup> Krş. Andreas von Tuhr ve Arnold Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II (Zürich: Schulthess Verlag 1974): 73 ve dn. 67; Sticher, Vorbehaltenen Nutzniessung, 439 Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 46.

<sup>145</sup> Tasarruf yetkisini sınırlayıcı şerhler hakkında Bkz. Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, N. 914 vd.; Antalya ve Topuz, Eşya Hukuku, 688 vd.; Nomer ve Ergüne, N. 497 vd.

<sup>146</sup> Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 167, Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 83; Özen, İntifa Hakkı, 37 vd.

<sup>147</sup> Üçüncü kişinin bağışlayana zarar verme kasıt ile hareket ettiğini ve bunu bağışlayanın ispatlanabildiği bir olasılık zikredilebilir. Bu durumda bağışlayan Borçlar Hukuku'nda nisbilik ilkesinin istisnalarından biri olan TBK m. 49 f. 2 hükmü gereği üçüncü kişiden tazminat istemesi ve bu kapsamda aynen ifa talebi dahilinde üçüncü kişiyi kendi lehine taşınmazın tesciline zorlama imkanı gündeme gelebilir. Bu konuda Krş. Gümüş, Borçlar Hukuku Genel, 54, 565; Nomer, Borçlar Hukuk Genel, N. 9.3, 132; Antalya, Borçlar Hukuku Genel CiltV/1,1, 71 vd.

mantıksal olarak kendisi lehine intifa hakkı tesis edilmeden, mülkiyetini devretmiş olması mümkün olmamaktadır. Öte yandan burada intifa hakkının tescilinden önce, kendisinden öncelikle uygulanabilecek bir sınırlı ayni hak tesis edilme riskinin de önüne geçmektedir.<sup>148</sup> İntifa hakkı devreden lehine tescil edilmesinden sonra tesisi gündeme gelebilecek sınır ayni haklar ile olası bir çatışma durumunda ise intifa hakkının bunlara karşı önceliği bulunur. Ancak aktarılan bu durumlara rağmen olası olmamakla birlikte tarafların sözleşme serbestisi dahilinde intifa hakkı tesisinin mülkiyetin devrinden belirli bir süre sonra tescil edileceğinin kararlaştırılması mümkündür. Bu ihtimal İHK-KTB'nin hukuki değerlendirmesinde göz ardı edilmemelidir. Aktarılan durumda devre ilişkin söz konusu hukuki yapılanmadan yola çıkılarak yapılacak bir değerlendirmede bu incelemede savunulan görüşe göre artık saf anlamda bağışlama sözleşmesi bulunmamaktadır. Kanaatimizce bu durumda intifa hakkı tesciline yönelik yapma davranışın hukuki nitelendirilmesine göre karma mı, yoksa mükellefiyetli bağışlama sözleşmesi mi olduğu tartışılmalıdır. Söz konusu tartışma aşağıda ayrı bir başlıkta yürütülecektir.<sup>149</sup>

### **C) Mülkiyet Devri ve İntifa Hakkı Tesisinin Tek Bir Hukuki İşlemden Gerçekleşmesi**

Daha önce paylaşılan ihtimallerin yanında uygulamada İHK-KTB'ye mülkiyet devri ile intifa hakkı tesisinin tek bir resmi senette gerçekleşmesi durumu ile karşılaşılması da mümkündür.<sup>150</sup> Gerek taşınmaz mülkiyetinin devri gerekse intifa hakkının tesisi tek bir resmi senette düzenlenmesine bir engel bulunmamaktadır.<sup>151</sup> Bu bağlamda söz konusu duruma ilişkin sorulması gereken bu iki işlemin müşterek

<sup>148</sup> Krş. Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 81.

<sup>149</sup> Bu konuda Bkz. VII, B numaralı başlık.

<sup>150</sup> Söz konusu durum ile karşılaşmanın diğer ihtimallere nazaran çok daha olası olduğu, zira her iki işlemin iki ayrı resmi senette gerçekleşmesi durumundaki tescil giderlerinin daha yüksek olacağı hakkında Bkz. Krş. Liver, ZGB Kommentar, Art. 732 N. 11; Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 169.

<sup>151</sup> Krş. Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 169; Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 26 vd., 33 vd.

bir hukuki işlem mi olduğu, yoksa en azından eş zamanlı gerçekleşip gerçekleşmediğidir. Bu soruya olumsuz cevap verilmesi durumunda ise intifa hakkı mülkiyetin devrinden hukuksal bir an önce mi, yoksa hukuksal bir an sonra mı devredildiği tartışılabilir.

### **1) İntifa Hakkı İle Kayıtlı Mülkiyet Devrinin Tek Bir Hukuki İşlem Olarak Görülüp, Görülemeyeceği**

Bu başlıkta İHKKTB'de intifa hakkı tesisi ile mülkiyet hakkı devrinin tek, müşterek bir hukuki işlem olarak ("*uno actu*") görülüp görülemeyeceği irdelenecektir.<sup>152</sup> Bu bağlamda burada, intifa hakkının malikte kalmasıyla acaba taşınmaz mülkiyetinin bir parçasının mı geride bırakılmasının kastedildiği sorulabilir.<sup>153</sup>

Bu soruya olumlu yanıt verilmesi mülkiyeti devredeninin sadece mülkiyetinin bir kısmını devrettiğini, mülkiyetin içerdiği kullanım yetkilerini ise devrin dışında bıraktığını gösterir ve intifa hakkının mülkiyetten bölünebilmesini gerektirir.<sup>154</sup> Bahsi geçen durum eski dönem Roma hukukunda "*deductio servitutis*" ("*alienatio deducto usufructu*") kavramına karşılık gelir.<sup>155</sup> Bilindiği üzere mülkiyet hakkı niceliksel olarak en kapsamlı ve niteliksel yönünden de mutlak, aynı

---

<sup>152</sup> "Şekli anlamda iki ayrı değişimin ayrı ele alınması gerekir, ancak öyle durumlarla karşılaşılabilir ki, menfaatlere uygun çözüm hukuki işlemim kısmi kazandırma olarak ele alınmasını gerektirir" Philipp Heck, Grundriß des Sachenrechts (Aalen: Scientia Verlag, 1960): 83'ten naklen. Saklı tutma işlemlerine ilişkin sürecin aynı yönden tek bir işlemde eridiği yönünde ("*Dingliche Seite des Vorgangs läßt sich zu einem einheitlichen Akt verschmelzen*")Bkz. BGH, "Eigentumsvorbehalt im Lieferschein- - Konkursrechtliche Folgen", NJW, 1953: 217- 219, s. 219'dan naklen, 01.05.2023, www.beck-online.de. Alman öğretisinde Wolf ise "*müşterek hukuki işlemden*" ("*einheitliches Rechtsgeschäft*") bahsetmektedir. Bu konuda Bkz. Ernst Wolf, Lehrbuch des Sachenrechts (Köln/Bonn/Berlin/München: Carl Heymanns Verlag, 1979): § 12 A III vd, dn. 3 vd.

<sup>153</sup> Krş. Heck, Grundriß des Sachenrechts 83 vd.; Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 169 vd.

<sup>154</sup> Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 26, 39, 46; Horat, Grundstückshenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 169.

<sup>155</sup> Krş. Heck, Grundriß des Sachenrechts, 83 vd.; Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 39; Honsell, Römisches Recht, S. 76; Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 170. Son zikredilen yazar söz konusu yapıda intifa hakkının devreden tarafından beyan edilen devir iradesinin sınırlandırılması suretiyle oluştuğunu, yoksa alıcının intifa hakkı tesisi iradesi ile oluşmadığına ("*Servitutenbestellungswillens*") işaret etmektedir (s. 170).

bir hak olup sahibine tam ve doğrudan bir hakimiyet sağlamaktadır.<sup>156</sup> İşte mülkiyet hakkının içerdiği yetkiler ile sınırlı aynı haklarla buna getirilen sınırlamalar arasındaki ilişkinin niteliği tartışmalıdır. Bu tartışma genel hatlarıyla bölünme görüşü ve yükleme görüşü şeklinde iki görüşe indirgenebilir.

Bölünme görüşü sınırlı aynı hak kavramını açıklarken bu hakkın mülkiyetten ayrılan, bölünen birtakım yetkilerin meydana getirdiği ayrı bir hak olduğunu belirtir.<sup>157</sup> Bu görüşe göre sınırlı aynı hak ile mülkiyet arasında sadece niceliksel fark bulunur. Sınırlı aynı hak sona erince mülkiyetten kopmuş olan bu yetkileri geri döner.

İncelemede esas alınan günümüzdeki çok baskın yükleme görüşü ise sınırlı aynı haklarda malikin yetkilerinin bir parçalanmışlığı değil sadece sınırlandırılmasının söz konusu olduğu<sup>158</sup>; bölünme görüşünün

<sup>156</sup> Krş. Heinz Rey, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts, Band I, Bern: Stämpfli Verlag, 2007: N. 566 vd.; Schmid ve Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, N. 31; ZK- Haab et al., Einleitung N. 56; Akçaal, Eşya Hukuku, 322 vd.

<sup>157</sup> Antalya ve Topuz, Eşya Hukuku, 109; Sirmen, Eşya Hukuku, 561; Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, Eşya Hukuku, N. 2674; İntifa hakkı tesisi ile mülkiyetin devrinin tek bir işlem olarak görülmesi yaklaşımı tarihsel süreçte özellikle eski roma hukuku ("*altromisches Recht*") döneminde esas alınıyordu. Bu devirde intifa hakkı ile kayıtlı mülkiyet devrine karşılık gelmek üzere "*deducto usu fructu*" devri ifadesi kullanılmaktaydı. Daha sonra bu devir şekli klasik roma hukuku döneminde yasaklandı. Ancak çok sonraki yıllarda Ortak Hukuk'ta yeniden kullanılmaya başlandı. Yapılan açıklamalar için Bkz. Von Lüptow, s.26 vd., 56; Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 39.

<sup>158</sup> Serozan, Eşya Hukuku-I, N. 149; Antalya ve Topuz, Eşya Hukuku, 109 vd. Söz konusu sınırlamadan dolayı öğretilerde bazen intifa hakkı ile sınırlandırılmamış mülkiyet hakkı için tam hak ("*Vollrecht*") kullanıldığı görülmektedir. Örneğin Bkz. Rosenthaler, s. 417; Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, Eşya Hukuku, N. 2677. Öğretilerde bu ifadenin çeşitli nedenlerden yanılıcı olduğuna işaret edilmektedir. Örneğin mülkiyet "*tam*" hakimiyet olarak nitelendirilmesine rağmen bunun nisbi bir anlamı olduğu ve mülkiyete ilişkin sınırlamalar dahilinde mülkiyetin (ve diğer sınırlı aynı hakların) içeriklerinin sınırlandırıldığı hakkında Bkz. Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, Eşya Hukuku, N. 2678. Tam hak ifadesi kullanımının terminoloji tercihin yanılıcı olduğu, bu kavramın öğretilerde bazılarında intifa hakkı ile sınırlandırılmamış mülkiyet hakkı için kullanılırken, diğerlerince genel olarak sınırlı aynı haklardan farkı için kullanıldığı belirtilmektedir. Bu konuda Krş. BSK-ZGB II-Wiegand, Vor ZGB 641 vd. N. 42; Horat, Grundstückschenkungen mit Nutznießungsvorbehalt, 172; Rosenthaler, s. 412.

tarihsel köklerinin sınırlı aynı hakların olmadığı dönemlere dayandığı<sup>159</sup>; yine inceleme konusu özelinde ifade edilecek olursa intifa hakkı ile kayıtlı taşınmaz mülkiyeti devrinin tek bir hukuki işlem olarak görülmesinin yapay ve mevcut hukuk düzeniyle uyumlu olmadığı vb. gerekçelerle bölünme görüşüne katılmamaktadır.<sup>160</sup> Bu görüşe göre

<sup>159</sup> Alman Hukuku'nda *Lübtow* bölünme görüşünün Alman hukuk dogmatığı ile uyumlu olmadığını belirtmektedir. *Lübtow*'a göre bunun nedeni hukuk tarihi yönünden eski zamanlara dayanır. Ona göre Roma Hukuku'nda „*deducto usu fructu*” kavramı kavramsal olarak bir yabancıya eşyası üzerinde sınırlı aynı hakların olmadığı bir döneme dayanır. Söz konusu dönemde geçerli olan anlayışa göre hukuki anlamda tek bir hakimiyet hakkı olup bu hak bölünüp kademelendirilmekle birlikte, bu tür durumlar onun özünü değiştirmez. Fonksiyonel olarak bölünebilen mülkiyet hakkı yaklaşımına göre fonksiyonların kesilmesi, yetkilerin bölünmesi mümkündür. İşte bu genel kavram üzerinden günümüzdeki mülkiyet ve ondan öz itibarıyla farklılaşan sınırlı aynı hak kavramı gelişmiştir. Bu anlamda ismen günümüzde farklılaşmış olan sınırlı aynı haklar mülkiyet hakkının bir parçası olarak görülmemekte, ondan nitelik yönünden farklılaşmaktadır. Roma hukukunda daha ilerleyen zamanlarda intifa hakkı (“*usu fructus*”) eşya üzerinde bağımsız bir aynı hak kabul edildikten, eşya üzerinde genel ve yegane bir hakimiyeti yansıtan mülkiyet hakkının fonksiyonel bir parçası olarak görülmedikten sonraki zamanlarda bir tabir olarak “*deductio ususfructus*” kullanılmaya devam edilmiştir. Yazara göre bölünme görüşünün kabulü günümüze dogmatik olarak geliştirilmiş olan bağımsız sınırlı aynı hak düşüncesinin içeriği boşaltmış olacaktır. Bu konudaki açıklamalar için Krş. Lübtow, *Der Vorbehalt Dinglicher Rechte*, 6, 26 vd., 52, 53 vd. Eski Alman Hukuku'nun mülkiyet ile diğer sınırlı aynı hakların eş değeri olduğu düşüncesine Roma hukukuna kıyasla daha fazla süre bağlı kaldığı hakkında Krş. Heck, *Grundriß des Sachenrechts*, 80.

<sup>160</sup> Rey, *Sachenrecht*, N. 570, 581; Horat, *Grundstückschenkungen mit Nutznießungsvorbehalt*, 171. Yine örneğin ileri sürülen gerekçeler arasında sınırlı aynı hakların ve bu kapsamda bunun bir ayrımı olan irtifak haklarının kanun gereği veya kazandırıcı zamanaşımı suretiyle, bir başka deyişle malikin bu konuda bir talebi olmadan oluşabileceğine işaret edilmektedir. Bölünme görüşünün benimsenmesi durumunda aktarılan ihtimaller dahilinde sınırlı aynı hakkın mülkiyetten nasıl ayrılacağına açık olmadığı belirtilmektedir. Ayrıca pozitif hukukta birtakım sınırlı aynı haklar bulunmakta olup, bunların açık olarak mülkiyet hakkının bir parçası olmadığına görüldüğü belirtilmektedir. Bu kapsamda örneğin manzara kapamama irtifakı gibi her türlü inşaat yapmaktan kaçınmayı öngören örneğin irtifaklar zikredilmektedir. Öğretide (tartışmalı olmakla birlikte) bu tarz bir hakkın mülkiyetin bağımsız, ondan ayrılmış bir parçası olamayacağı belirtilmektedir. Bu hak mülkiyet hakkının sunduğu yetkiler arasında yer almamaktadır. Yine malik kendi veya bir başkası lehine kendi taşınmazı üzerinde kat çıkmama irtifakı tesis edebilir. Ancak bunun öncesinde kendi taşınmazı üzerinde ilave kat çıkmasını önleyen bir hakkı yoktur. Bu anlamda kısmi bir mülkiyet devrinden söz edilememektedir. Bu bağlamda kat irtifakına yönelik aktarılan esasların intifa hakkı içinde kabul edilebileceği, medeni hukuk dogmatığının tüm sınırlı aynı hakların oluşumu için müşterek bir hukuki yapılanmayı esas aldığı belirtilmektedir. Şayet sak-

sınırlı ayni hak tesisinde mülkiyetin bölünmesi değil, verdiği yetkilerin bağımsızlaşması söz konudur.<sup>161</sup> Buna göre sınırlı ayni haklar mülkiyet hakkından hem niceliksel hem de niteliksel olarak ayrılır.<sup>162</sup> Ancak söz konusu bağımsızlık kesin bir nitelik taşımaz. Şayet sınırlı ayni hak sona ererse buna ilişkin yetkiler mülkiyet hakkında otomatik olarak yeniden oluşur ("*mülkiyet hakkının esnekliği ilkesi*").<sup>163</sup> Öte yandan mülkiyet hakkı sona ererse sınırlı ayni hak varlığını

---

lı tutulan işlemle daha önce mevcut olmayan yeni bir şey meydana getiriliyorsa ve yükleme ile birlikte haklar çoğalıyorsa veya oluşuyorsa, artık bu durumda bu tür hukuki işlemler kısmen elde edilmeye ilişkin bir varsayımın yardımı ile ve tek bir işlemle ("*uno actu*") açıklanamaz. Böyle bir durumda mantıksal anlamda iki işlem bulunduğu kabulü gerekir. Bu konuda aktarılan Alman Hukuk öğretilerinden *Reiff*'in açıklamaları için Bkz. *Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt*, 46 vd. Son aktarılan olumsuz irtifaklara ilişkin tespitin aksi yönünde; bunların mülkiyetin içeriğinden türetilmediği, mülkiyetin içerdiği olduğu bu yetkinin onun menfaatlerine uygun olarak malikin elinden alınmış olduğu hakkında Bkz. von Tuhr ve Escher, *Obligationenrecht Band II*, 64. Yükleme görüşü İsviçre'de çok baskın görüşü yansıtmaktadır ve diğer bir görüş olan bölünme görüşüne tercih edilmiştir. Bu konuda Krş. BK- Leemann, *Einleitung N. 3*; *Piotet, Dienstbarkeiten*, 523; *ZK-Liver, Einleitung N. 8*.

<sup>161</sup> Öğretide mülkiyet- sınırlı ayni hak ilişkisi yükleme görüşü dahilinde özellikle geçmiş yıllarda tercih edilmiş olan bir terminolojiyle şu şekilde ifade edilmektedir; ana hak ("*Mutterrecht*"), kök bir hak olarak yavru hakkın ("*Tochterrecht*") tesisi ile kısmen de parçalanmamış olmakta, sadece yüklenmektedir. Bu yüklenme göstermektedir ki yavru hak mevcut oldukça ana hakkın kullanımından kaçınılmalıdır. Yavru hakkın ana hakka kıyasla daha dar bir içeriği bulunur, ancak ondan sıra olarak önceliğe sahiptir. Ana hakkın içeriğine yavru hakkın tesisi ile doğrudan dokunulmamış olmaktadır. Bu anlamda tüm yetkiler malikte kendisi tarafından sınırlı ayni hak tesis edildikten sonra da kalmaya devam eder. Yavru hak ana hakkın kullanımına ilişkin dolaylı bir sınır/ dolaylı kullanım sınırı ("*mittelbare Ausübungsschranke*") teşkil eder. Demek ki ana hakkın içeriği bölünmez, daha ziyade yavru hak mevcut oldukça bir bakıma kopyalanmış/çoğalmış ("*verdoppelt*") olur. Yavru hakkın yanında ana hakkın kullanımının ne ölçüde mevcut kalmaya devam ettiği ise, yavru hakkın içeriğine bağlı olarak değişir. Bu konuda yapılan açıklamalar için Krş. von Tuhr ve Escher, *Obligationenrecht Band II*, 62 vd., 75 vd.; *Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt*, 47 vd.

<sup>162</sup> Krş. Antalya ve Topuz, *Eşya Hukuku*, 110.

<sup>163</sup> Akçaal, *Eşya Hukuku*, 604; Ayan, *Sınırlı Ayni Haklar*, 4; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 480 vd.; Ünal, "Sınırlı Ayni Hak", 9 vd. İntifa hakkının sona ermesi ile devreden kişi yetkilerine yeniden kavuşur. Söz konusu sürece ilişkin mülkiyetin esnediğinin kabulünden ziyade, söz konusu durumu yükün özünde aramanın daha uygun olduğu hakkında Krş. von Lübtow, *Schenkungen*, s. 55, dn. 195; von Tuhr ve Escher, *Obligationenrecht Band II*, 83, dn. 132.

korumakla beraber mülkiyet hakkının yerine almaz (“sınırlı ayni hakların genişlemeziği ilkesi”).<sup>164</sup>

Sonuç olarak yüklenme görüşü esas alınarak sınırlı bir ayni hakkın mülkiyetten ayrılması ve mülkiyetin devri ile intifa hakkı tesisinin tek bir hukuki işlem olarak görülmesi mümkün değildir. Bu işlemler aynı veya farklı resmi senetlerde gerçekleşebilir.<sup>165</sup> Şayet bunlar aynı resmi senette yer alsa bile, İHKKTB’nin ifası için iki ayrı tasarruf işlemine ihtiyaç bulunur.<sup>166</sup>

## 2) İntifa Hakkı Tesisinin Mülkiyetin Devrinden Hukuksal Bir An Sonra veya Önce Gerçekleşmesi

İHKKTB’de mülkiyetin devri ile intifa hakkı tesisinin aynı resmi senette yer alsa bile, hukuksal anlamda eş zamanlı gerçekleşmediği ön kabulüne bağlı olarak; her iki işlemin gerçekleşmesi zamanı arasında hukuksal bir an (“*juristische Sekunde*”) bulunmaktadır. Bunu takiben sorulması gereken ise bunların öncelik- sonralık ilişkisidir. Bu sorunun cevabı söz konusu ihtimalde hem İHKKTB’nin hukuki niteliğine ilişkin değerlendirmeye katkı sağlayacak hem de bu çalışmada ayrıca inceleme konusu yapılmayacak intifa hakkının tapu siciline tescile

<sup>164</sup> Rey, Sachenrecht, N. 581.; Ünal, “Sınırlı Ayni Hak”, 9; Esener ve Güven, Eşya Hukuku, 412 vd.; Sirmen, Eşya Hukuku, 480 vd.; Ayan, Sınırlı Ayni haklar, 4; Serozan, Eşya Hukuku-I, N. 149.

<sup>165</sup> Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 48.

<sup>166</sup> Krş. Liver, ZGB Kommentar, Art. 732 N. 9; Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 53. Bu bağlamda genel bir bilgi olarak İHKKTB’de gerek mülkiyetin devri gerekse intifa hakkının tesisi için tapu siciline tescil ve bunun için de yazılı bir tescil başvurusunun gerektiği hatırlatılabilir. Tapu siciline yapılacak tescil, başvuruların alınma sırasına göre gerçekleşir. Eş zamanlı olarak birden çok başvurunun gerçekleşmesi durumunda ise önce bunların sırası belirlenmelidir. Ancak mülkiyetin devri ve intifa hakkı tesisine ilişkin başvurular aynı tescil talebiyle veya birden fazla tescil talebiyle gerçekleşebilir. Eş zamanlı gerçekleşen başvurular arasındaki bağlantı ise bunlara ilişkin tescillerin birbirine bağlanması ile sağlanabilmektedir. Bu bağlamda İHKKTB’de mülkiyetin devri ile intifa hakkının tescilinin birbirini şart koşması şeklinde bir bağlantının varlığından yola çıkılabileceği hakkında Bkz. Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 172; Liver, ZGB Kommentar, Art. 732 N. 11, 13.



şekli anlamda kimin yetkili olduğu açıklığa kavuşturulmuş olacaktır.<sup>167</sup>

Hukuksal anın zamanına ilişkin benimsenecek görüşe göre daha önce aktarılan mülkiyetin devrine ilişkin diğer iki durumundan birine ilişkin varılan sonucun uygulanması gündeme gelecektir. Buna göre şayet intifa hakkı mülkiyetin devrinden hukuksal bir an önce tesis edilmişse malik intifasına ilişkin varılan sonuca paralel olarak, yüklü taşınmazın devredildiği bu ihtimalde İHKKTB saf anlamda bağış sözleşmesi olarak nitelendirilecektir.<sup>168</sup> Şayet intifa hakkı mülkiyetin devrinden hukuksal bir an sonra tesis edilmişse yüksüz şekilde taşınmazın devredildiği bu ihtimalde İHKKTB'nin karma mı, yoksa mü-

<sup>167</sup> Krş. Liver, ZGB Kommentar, Art. 732 N. 9 vd., 13; Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 174. Aksi yöndeki görüş ise irtifak hakkı tesisinin hukuksal anının ne zaman olduğu sorusunun cevabının ucu açık bırakılabileceği, zira bir hukuksal işlemin hukuki niteliğinin şekli olarak mülkiyetin devri sırasında kimin malik olduğuna bağlı olmaması gerektiğini belirtir. Bu görüş için Krş. Eitel, Nutzniessungsvorbehalt, 40. Son zikredilen yazar görüşünü mülkiyetin devri ile irtifak hakkı tesisinin nasıl olsa birbirini şart koştuğu, bunların ayrılmaz şekilde birbirine bağlı olduğu gerekçesine dayandırmaktadır (s. 40). Yine intifa hakkı ile kayıtlı mülkiyet devrinde tasarruf işleminin nasıl gerçekleştiğine ilişkin yapılacak değerlendirmeye çok önem yüklenmemesi gerektiği hakkında Bkz. Coing, Anmerkung, 260. Öğretide aktarılan görüşleri haklı olarak eleştiren Horat bu tür işlemlerin hukuki anlamda aynı andan gerçekleşemeyeceğine ve öncelik-sonralık ilişkisine bağlı her iki ihtimalinde hukuken geçerli kabul edilebileceğine göre hukuki bir incelemede bunlar arasındaki zamansal sıralamanın açıklığa kavuşturulması gerekir. Hukuksal ana ilişkin hangi görüşün benimsendiğinden bağımsız olarak hukuksal anlamda bu sorunun neden cevabının aranmaması gerektiği için makul bir neden bulunmamaktadır. Bu konuda Bkz. Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 174. Yine böyle bir incelemenin sonuçlarının aynı olacağı yaklaşımının doğru olmadığı, seçilen hukuki yolun sonuçlarına katlanmanın bir formalite olarak görülmemesi gerektiği hakkında Bkz. Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 97.

<sup>168</sup> Bu durumda taşınmaz üzerindeki intifa hakkı ile yüklü bir şekilde devredilmiş olduğunu ve saklı tutulan intifa hakkının değerinin devre konu taşınmazın değerini düşürmek suretiyle dikkate alınacağı hakkında Krş. Sticher, Vorbehaltenen Nutzniessung, 439; Eitel, Nutzniessungsvorbehalt, 39; Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 115. Bu tespitin ötesinde intifa hakkının sermaye değerinin İHKKTB'nin hukuki nitelendirilmesinde belirleyici olmaması gerektiği yönünde Krş. Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 174. Aksi yöndeki karma bağışlama görüşü ise devrin yapıldığı zamanki intifa hakkının sermaye değerinden yola çıkarak intifa hakkının karşı edim olduğu sonucuna varmaktadır. Bu konuda Krş. Rosenthaler, Nutzniessungsvorbehalt, 413.

kellefiyetli bağışlama mı olarak kabul edilmesi gerektiği tartışılabilecektir.

Kanaatimizce İHKKTB'ye ilişkin bir değerlendirmede tarafların taşınmaz mülkiyetinin yüklü bir şekilde karşı tarafa devredildiğinden yola çıktıkları söylenebilir. Daha somut olarak tarafların farazi iradesinin bağışlayanın kullanım ve yararlanma yetkilerinden mülkiyetin devrinden sonra sadece kendi kullanmaya devam etmesi; bağışlananın ise hukuksal bir anda dahil olmak üzere hiçbir zaman diliminde saklı tutulan intifa hakkı üzerindeki yetkileri kullanma imkanına sahip olmaması yönünde olduğu söylenebilir.<sup>169</sup> Bu anlamda bağışlananın kendi malvarlığından bağışlamadan önce herhangi bir edim yerine getirmemektedir. İntifa hakkı tesisinin bağışlayanın mülkiyeti devredebilmesi için alıcının karşı edimi olarak görülmeyeceği bu hukuki işlemde saf anlamda bağışlama olarak nitelendirilebilecektir.<sup>170</sup> Söz konusu tespit; bu sözleşmelere ilişkin TMK'da geçen "*intifa hakkı kendinde kalmak üzere*" ifadesinin sözü<sup>171</sup>, bağışlayanın mülkiyet hakkının sonradan devredilmesi durumunda karşılaşılabileceği kritik risk-

<sup>169</sup> Krş. Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 175; Rumo-Jungo, Nutzniessung, 16; Liver, ZGB Kommentar, Art. 732, N. 9.

<sup>170</sup> Sticher, Vorbehaltenen Nutzniessung, 439; Weimar, Peter. Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band III: Das Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben, 1. Teilband: Die gesetzlichen Erben, Die Verfügungen Todes wegen, 1. Teil: Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen, Art. 457-516 ZGB. Bern: Stämpfli Verlag AG, 2009: Art. 475, N. 30; Eitel, Nutzniessungsvorbehalt, 39; Piotet, Erbrecht, 305, dn. 52.

<sup>171</sup> Krş. Eitel, Nutzniessungsvorbehalt, 40; Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 40. Son zikredilen yazarın işaret ettiği üzere aksi halde devreden bakış açısı ile saklı tutulma değil kazanım ("*Erwerb*"), alıcı yönünden ise kazandırma ("*Zuwendung*") söz konusu olurdu. Öte yandan yazara göre "*intifa hakkın kendinde kalmak üzere*" "*unter Vorbehalt der Nutzniessung*" ifadesinin yer aldığı ZGB Art. 761 Abs. 1 (TMK m.809) hükmünden yola çıkılarak saklı tutulan intifa hakkının tescilinin hukuksal anı belirlenmemektedir. Yazarın görüşüne göre bunun cevabı saklı tutulan intifa hakkı tesisinin hukuksal anına ilişkin verilecek cevaba göre değişecektir. Bu hükümden çıkarılabilecek olan sadece durumun gerğinin böyle bir istisnayı gerektirmesidir (s. 178). Yine malik intifasına ilişkin yolun örtülü irade ile örtüştüğünün görüldüğü, ancak bu şekilde intifa hakkı ile kayıtlı mülkiyetin devrinde devredende bir şeyin "*kaldığından*", onun bir şeyi kayıtlı tutarak devretmiş olduğundan bahsedebileceği hakkında Bkz. Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 80 vd.

lerden korunması yönündeki menfaati<sup>172</sup>, hayatın olağan gidişatında<sup>173</sup> taraflardan beklenen hareket tarzı ile ekonomik bakış açısıyla yapılacak yorumla varılabilecek sonuçlarla<sup>174</sup> uyumludur.<sup>175</sup>

Ancak bu konuda sözleşme tarafları öncelik- sonralık ilişkisine veya sözleşmenin tipine ilişkin olarak açıkça farklı bir belirleme yapmışlarsa TBK m. 19 hükmü<sup>176</sup> saklı kalmak üzere buna itibar edilme-

<sup>172</sup> Özen, İntifa Hakkı, 37 vd.

<sup>173</sup> Krş. Rumo-Jungo, Nutzniessung, 16; Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 81; Sticher, Vorbehaltenen Nutzniessung, 439.

<sup>174</sup> Krş. Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 177. Yazara göre hukuki yapılanmadan bağımsız olarak (oturma veya) intifa hakkı ekonomik bir bakış açısıyla mülkiyetin gerek devrinden önce gerekse sonra devreden hakimiyet alanındadır. Ekonomik açıdan, bağışlanana yüklü taşınmazın değeri aktarılırken, saklı tutulmuş irtifak hakkının sermaye değeri bağışlananda kalacak, yoksa hemen arkasında bağışlanan geçmek üzere devralana geçmeyecektir (s. 177).

<sup>175</sup> Reiff'in bu konudaki tespitleri açıklamalarımız ile paralel olup bunlar naklen şu şekilde aktarabilir: *"...Mülkiyetin devrine ilişkin ilk yolun (mülkiyetin devrinden sonra intifa hakkı tesisi) ile ikinci yolun (malik intifası) geçerli olduğu tespiti, bunların birbirlerine denk oldukları anlamına gelmemektedir. İrdelenmesi gereken, bunlardan hangisinin saklı tutma kaydı içeren işlemlerin yürütümüne ilişkin tipik bir yol olarak görülebileceğidir. Uygulamada saklı tutma kaydı işlemlerinin taraflarının arzu ettikleri uygulama yolunu açıkça ortaya koymadıkları durumlarda karşılaşmak mümkündür. Bir hukuk uygulayıcısı işlem taraflarının irade beyanlarının yorumunda bir tereddüt yaşadığı durumda, hangi yola öncelik vermesi gerektiğini tespit etmesi önem taşır. Burada esas alınması gereken ölçüt, hangi yolun taraflar için daha avantajlı olduğudur... Burada özellikle bağışlayanın korunmaya değer haklı menfaatleri gözetilmelidir. İntifa hakkı ön sırada yer almaksızın, bağışlayan hiçbir şekilde malını veya hakkını kaybetme riskini göze almamalıdır. Söz konusu sorunun cevabı olası bir belirsizlikte onun yönünden en avantaj sağlan ikinci yolun tercihi sonucunu doğurur...İkinci yol bağışlayana kendi lehine intifa hakkının tesisi hususunda daha yüksek oranda güvence sunar. Öte yandan ikinci aktarılan yol taraflar arasında yapılan (borçlar hukukuna konu) sözleşmelerde sıklıkla kullanılan ve tarafların iradesi ortaya koyan "kendisinde kalmak üzere" (saklı tutmak üzere) ifadesi ile en uyumlu olan yoldur. İlk aktarılan yol ise bu ifadeyi göz ardı eder..." (Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 79 ve 80'den naklen).*

<sup>176</sup> TBK m. 19'un ilgili kısmı şu şekildedir: *"Bir sözleşmenin türünün ... belirlenmesinde ... tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır".* TBK m. 19 (OR Art.18) hakkında daha detaylı bilgi için örneğin Bkz. Fikret Eren ve Ünsal Dönmez, Eren Borçlar Hukuku Şerhi (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2022): 603 vd. Dursun, Sanem Aksoy. "Borçlar Hukukunda "Falsa Demonstratio Non Nocet (Yanlış Niteleme Zarar Vermez) Kuralının Uygulanması". İstanbul Hukuk Mecmuası. 76/1 (2018): 133 vd. Bu anlamda diğer hukuki işlemlerde olduğu gibi İHKKTB'de de taraflarca bunun bi-

lidir.<sup>177</sup> Taşınmaz mülkiyetinin devrinden hukuksal bir an sonra intifa hakkı tesisi öngörüldüğü söz konusu ihtimalde daha önce aktarıldığı üzere, bir sonraki aşamada İHKKTB'nin karma mı, yoksa da mükellefiyetli bağışlama mı olduğu tartışılabilir. Burada bağışlananın saklı tutulan intifa hakkını tescil etmemesine ilişkin risk tapuda gerekli tescil taleplerinin birbirine bağlanması suretiyle sınırlandırılabilmesine işaret edilebilir.<sup>178</sup>

---

linçli veya bilinçsiz bir şekilde yanlış olarak nitelendirilmesinin belirleyici değildir. Onların hukuki nitelendirmesi, ancak söz konusu hukuki işlemin içeriği ile örtüşüyorsa esas alınacaktır. Bu tarz bir kaydın çok istisnai olduğu, hayatın olağan akışına ters bir durum teşkil ettiği, devreden için çok çeşitli riskler barındırdığı dikkate alınarak kanaatimizce bu konuda taraflarca açıkça bir anlaşma yapılmış olması aranmalıdır.

<sup>177</sup> Tarafların birçok dezavantaja rağmen, hayatın olağan gidişatının aksi yönünde sözleşme serbestisine göre mülkiyet devrinden sonra intifa hakkı tesisini tercih etmelerinin mümkün olduğu, bu ihtimalde sadece ekonomik değerlendirme yapmak suretiyle bu işlemi malik intifasıymış gibi kabul etmenin yerinde olmayacağı, ancak Alman hukuk uygulamasında mahkemelerin ve baskın görüşün bu hassasiyete riayet etmeyebildiğinin görüldüğü hakkında Bkz. Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 95 vd.

<sup>178</sup> Diğer hususların yanında özellikle işlemin tek bir resmi senet hazırlanmasını gerektirmesi yüzünden mülkiyetin devri ile irtifak tesisinin birbiri ile ayrılmaz şekilde bağlandığı ve birbirlerini karşılıklı olarak şart koştuklarından yola çıkılabileceği yönünde Krş. Rumo-Jungo, Nutzniessung, 16; Horat, Grundstückschenkung mit Nutzniessungsvorbehalt, 175; Liver, ZGB Kommentar, Art. 732 N. 9 vd., 11; Eitel, Nutzniessungsvorbehalt, 39 vd. İsviçre Tapu sicil Kanunu'na (Art. 47 Abs. 4 GBV) göre tapu sicilinde taşınmazın mülkiyetinin devrinin daha sonra tescil edilecek intifa veya oturma hakkına bağlanması mümkündür. Değinen hüküm dar yorumlanmakta olup bu hüküm birbiriyle bağlantılı başvuruların aynı zamanda gerçekleşmesi durumunda uygulanmaktadır. Bu konuda Bkz. Dieter Zobl, Grundbuchrecht (Zürich/Basel/Genf: Schulthess Verlag, 2004: 403. Alman Hukuku'nda taşınmaz mülkiyetinin devrinden sonra intifa hakkı tesisinin öngörüldüğü söz konusu ihtimalde taşınmaz üzerinde intifa hakkı tesisinden önce başka bir sınırlı aynı hakkın tesisi ihtimalini sınırlayan ve güvence sağlayan olanaklar bulunmaktadır. Birden fazla tescil başvurusu arasında bağlantı kurulabileceğine ilişkin GBO Art. 16 Abs. 2 hükmü ile devreden lehine intifa hakkı tesisinden önce, alıcının taşınmazı üçüncü kişiye devri imkanının sınırlanabilmesi hakkında Krş. Lübtow, Schenkungen, 105. Tapu müdürlüğünün mülkiyetin tescil işleminin yürütümü öncesinde, bunun intifa hakkı tesciline ilişkin başvuru ile örtüşüp, örtüşmediğini GBO Art. 16 Abs. 2 hükmü gereği kontrol etmekle yükümlü olduğu, başvuruların örtüşmediği sonucuna varılırsa, her iki başvurunun da reddedilmesi gerektiği hakkında Bkz. Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 81. Bu bağlantının herhangi bir şekle bağlı olmadığı, örtülü şekilde de gerçekleşebileceği, özellikle yapılan başvurular arasında bunların müştereken icrasının taraflarca istendiğini gösteren hukuki veya ekonomik bir içsel bağlantı bulunmaktaysa, bu şe-

## **D) Ara Sonuç ve Saf Anlamda Bağış Görüşüne İlişkin Bazı Tamamlayıcı Açıklamalar**

Yukarıda intifa hakkı kendine tutularak mülkiyetin geçişine ilişkin hukuki yapılanma bağlamında bazı değerlendirmeler yapılmıştır. Buna göre ilave edimlerin kararlaştırılmadığı bir İHKKTB'de; mülkiyetin devrinden belirli bir zaman önce veya aynı resmi senette yer alması durumunda hukuksal bir an önce intifa tesisinin öngörüldüğü bir hukuki yapılanmada, söz konusu hukuki işlemin saf anlamda bağış sözleşmesi olduğundan yola çıkılabileceği aktarılmıştır. Buna karşılık diğer bazı ihtimallerde karma veya mükellefiyetli bağış sözleşmesinin mevcudiyetinin tartışılabilmesine işaret edilmiştir.<sup>179</sup> Öncelikle son aktarılan duruma ilave edimlerin kararlaştırılmadığı ve mülkiyetin devrinden belirli bir zaman sonra veya (aynı resmi senette yer alması

---

kilde örtülü bir belirlemenin varlığından yola çıkılabileceği belirtilmektedir. Ancak öğretilerde bu hükmün düzen hükmü olduğuna işaret edilmektedir. Buna göre malik lehine intifa hakkı ile kayıtlı taşınmaz mülkiyetinin devrinde, şayet tapu memuru GBO Art. 16 Abs. 2'in sözüne aykırı olarak intifa hakkı tesisine ilişkin başvuruyu reddederken, mülkiyeti alıcı (bağışlanan) lehine tescil ederse, söz konusu işlem geçerli olup tescil yolsuz olmayacaktır. Yapılan açıklamalar için Krş. Hartmut Schönert ve Kurt Stöber, Grundbuchrecht (München: Beck Verlag, 2020): N. 92. Yine GBO Art. 17'a göre aynı hakka ilişkin birden fazla başvuru bulunduğu, sonraki başvuru önceki başvuru yerine getirilmedikten sonra yürütülemez. Bu anlamda bağışlanan yüksüz bir taşınmazı elde etmesi sonucunu doğuracak intifa tesisine ilişkin talebini geri alacak olursa, bağışlayanın da taşınmaz mülkiyetinin tesciline ilişkin talebi işleme konulmayacaktır. Bununla birlikte GBO Art. 17'nin de bir düzen hükmü olduğu ve buna uyulmamasının tapuyu yolsuz hale getirmeyeceği öğretilerde ileri sürülmektedir. Bu konuda Bkz. Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 81. Türk Hukuku'nda eski tarihli Tapu Sicil Tüzüğü m. 13'te tapu sicilinin hiçbir kayıt ve şarta bağlanamamakla birlikte tapudaki tescil taleplerinin birbirine bağlanabileceği açıkça öngörülyordu ve öğretilerde intifa hakkı ile kayıtlı mülkiyet devirlerinde söz konusu hükmün uygulanabilir olduğuna işaret edilyordu. Bu yönde Bkz. Sungurbey, Medeni Hukuk Sorunları, 120 vd. Her ne kadar tapu tescil talebinin kayıt ve şarta bağlanamayacağına ilişkin TST m. 16'da açıkça bu yönde bir hüküm bulunmamakta ise de intifa hakkı ile kayıtlı mülkiyet devirlerinde aynı sonuç günümüzde de kabul edilmektedir. Bu yönde Krş. Akbıyık, Karma Bağışlama, 23, dn. 29. Nitekim daha önce aktarıldığı üzere tapu sicil hukuk uygulamasında intifa hakkı ile kayıtlı taşınmaz bağışlarında (bunun hukuki niteliğine ilişkin tartışmalardan bağımsız olarak) bu tarz bir imkân kabul edilmektedir. Bu konuda Krş. Denkli vd., Takbis Eğitim Dökümanı, 4.

<sup>179</sup> İHKKTB'de karma ve mükellefiyetli bağış ayırımına ilişkin açıklamalar için Bkz. VII, B numaralı başlık.

ve tarafların açıkça kararlaştırması durumunda) hukuksal bir an sonra<sup>180</sup> intifa tesisinin öngörüldüğü İHKKTB dahildir. Ayrıca değinilen tüm ihtimallerde intifa hakkı tesisi yanında ilave edimlerin kararlaştırıldığı durumlar da buna dahildir. Aşağıda saf anlamda bağış görüşüne ve bunun mevcut olduğuna işaret edilen durumlara ilişkin bazı tamamlayıcı açıklamalar aktarılacaktır.

İHKKTB'nin hukuki niteliğine ilişkin görüşler arasında (aynı zamanda bağışlama sözleşmenin unsurları arasında yer alan) bunun devreden malvarlığından yapılan, kazandırıcı işlemi konu alan bir sözleşme olması tartışmalı değildir.<sup>181</sup> Öğretide özellikle tartışmalı olan bu sözleşmenin sağlararası olup olmadığı yanında, karşılıksız olarak yapılmış olup olmadığıdır. Aşağıda saf anlamda bağışlama görüşüne karşı ileri sürülen, İHKKTB'nin karşılıksız olmadığına yönelik

<sup>180</sup> Bundan sonraki açıklamalarda aksi belirtilmedikçe söz konusu ön koşulun gerçekleştiği kabulü edilerek "hukuksal bir an sonra" ifadesi kullanılacaktır.

<sup>181</sup> Bu bağlamda teorik yönden yapılacak bir değerlendirmede intifa hakkının sona ermesine bağlı bağışlanan malvarlığında oluşan değer artışının "bağışlanmış" olma ve sözleşme unsurunu sağlamasına karşı intifa hakkının yasal olarak ölüm ile sona ereceğinin (TMK m. 796 vd. 2) öngörülmüş olması tereddüt yaratabilir. Buna göre intifa hakkının sona ermesinin bağışlayanın ölümüne bağlanmış olmasının kanunda öngörüldüğü, bu anlamda tarafların iradesi dışında ortaya çıkan bu değer artışının bağışlanmış olamayacağı ileri sürülebilir. Ancak bu şekilde olası bir itiraz yerinde değildir. Bu hükmün öngördüğü sonuç taraflarca ve özellikle bağışlayan tarafından istenmektedir. Bağışlayan ölümü ile bağışlanan sahibi olacağı taşınmaz üzerinde yükün kalkacağını biliyordur. Daha somut olarak üç aşamalı değer değişimi yaklaşımının son halkası olan mirasın geçişi ile yüksüz taşınmazın değerinin bağışlanana geçişi taraflarca istenmektedir. Bir başka deyişle taraflarca istenen (tarafların açık veya farazi iradelerinin kapsamında olan) ile kanunun öngördüğü hukuki sonuç arasında bir asimetri bulunmamaktadır. Kaldı ki kazandırma sadece bir kısmının hukuki işleme değil de emredici bir hükme dayanması, bu kazandırmanın bütününe bağışlama sözleşmesi olarak nitelendirilmesine engel olmamalıdır. Örneğin öğretide bir kişinin diğer bir kişiye ait arsasında onun rızasıyla ancak onu borç altına sokmaksızın bir ev yapması durumunda bağışlama sözleşmesinin mevcudiyetinin kabul edilebileceğini belirtmektedir. Bu anlamda aktarılan durumda kazandırmanın tamamı yasal düzenlemeye (bütünleyici parçaya ilişkin TMK m. 684 f. 1'e) dayanırken, intifa hakkı ile kayıtlı devirde kazandırmanın kısmen yasal düzenlemeye dayanıyor olması, sırf bu nedenle söz konusu hukuki işlemin bağış olarak nitelendirilmesinin önüne geçmemelidir. Bu konuda Alman Hukuku'nda TMK m. 796 vd. 2'ye karşılık gelen BGB Art. 1061 S. 1 ("Der Nießbrauch erlischt mit dem Tode des Nießbrauchers") dahilinde yapılan aynı doğrultudaki değerlendirmeler için Krs. Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 119 vd.

argümana ilişkin tamamlayıcı bazı açıklamalar paylaşılacaktır. İHK-KTB'nin sağlararası bir işlem olduğu incelemenin ayrı bir başlığında gerekçelerle ortaya konulmuş olup tekrardan kaçınmak üzere ilgili başlığa atıf yapmakla yetiniyoruz.<sup>182</sup>

Şayet bir kazandırmanın alıcısı buna karşılık kendi malvarlığından herhangi bir edim yerine getirmiyorsa, TBK m. 285 anlamında bir karşılıktan söz edilemeyeceği ve dolayısıyla tam iki tarafa borç yükleyen veya karma bağışlama sözleşmesinin söz konusu olmayacağı söylenebilir.<sup>183</sup> Bu anlamda herhangi bir bedel ödemededen bağışlayan lehine intifa hakkı saklı tutulan bir taşınmaz edinen kişi bir karşı edim yerine getirmemekte, sadece yüklü taşınmaz mülkiyetini elde etmekte olup burada saf anlamda bağışlama söz konusu olur.<sup>184</sup>

Aksi bir kabulün genel uygulamaya ters düştüğü ve tarafların en azından örtülü arzusu ile çeliştiği<sup>185</sup> ve zaten halihazırda söz konusu durumu yansıtan maktu tapu işlem kayıtlarında İHKKTB'nin bağışlama olarak sınıflandırıldığı aktarılmıştı. Kaldı ki eşya hukukunda nasıl yerine getirildiğinden bağımsız olarak borçlar hukuku yönünden ya-

---

<sup>182</sup> Bu konuda Bkz. IV, B numaralı başlık.

<sup>183</sup> Terminolojik olarak “*karşı edim*” ifadesini içeren OR Art. 239 Abs. 1'e ilişkin Krş. Piotet, Erbrecht, 305, dn. 52; Rumo-Jungo, Nutzniessung, 15 vd.

<sup>184</sup> Krş. Eitel, Nutzniessungsvorbehalt, 40 vd.; Eitel, Berner Kommentar ZGB, Art. 626 N. 115; Rumo-Jungo, Nutzniessung, 16; Moritz Seiler, “Grundstückgewinnsteuerliche Folgen der Schenkung mit Nutzniessungsvorbehalt”, ASA, 80/10 (2012): 649. Son zikredilen yazar, taşınmaz gelir vergisine ilişkin bir makalesinde yer alan özel hukuka ilişkin tespitlerinde saklı tutulan intifa hakkının karşı edim olarak kabul edilmemesi gerektiğine işaret etmektedir. Ona göre intifa hakkı ve mülkiyet bir karşılıklı ilişki içinde bulunmamaktadır. Saklı tutulan intifa hakkı devreden için öngörmüş olduğu bir şart olup bununla alıcı daha az kazanmış olmaktadır. Somut olayda ne alıcının sorumluluk riskleri bir karşı edim teşkil etmektedir, ne de intifa hakkının kendisi öyle görünmektedir (s. 649). Benzer bir durum yine sınırlı aynı haklar arasında yer alan ipotekli taşınmazın devrinde de söz konusudur. Ancak son aktarılan durumda şayet alıcı (ipotekli taşınmazı edinmenin dışında) borcu da üstlenirse, artık kendi kişisel malvarlığı ile sorumlu olacak ve bir karşı edim yerine getirmiş olacaktır. Söz konusu açıklamalarımız için Krş. Weimar, Berner Kommentar ZGB, Art. 475 N. 30; Eitel, Nutzniessungsvorbehalt, 40 vd.

<sup>185</sup> Krş. Rumo-Jungo, Nutzniessung, 15; Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 155.

pılacak bir değerlendirmede; taraflardan birinin intifa hakkı saklı kalmak kaydıyla, münferit olarak bir eşyayı karşılıksız (veya mükellefiyetsiz) olarak diğerine devretmesini zorunlu kılan bir sözleşme, saf anlamda bağışlama sözleşmesi olarak kabul edilmelidir.<sup>186</sup>

Zaten intifa hakkının konu olduğu işlemin nitelendirilmesine yönelik TMK m. 809’da geçen “kendisinde kalmak üzere” yapılan bağış ifadesi veya TMK m. 565’in madde gerekçesinde geçen:” saklı tutularak yapılan bağış” ifadesi de bu görüşü desteklemektedir.<sup>187</sup> Saklı tutma kaydı buna konu intifa hakkının karşı edim olarak nitelendirilmesi durumunda anlamsızlaşacaktır.<sup>188</sup> Bununla birlikte İHKKTB bir çatı kavram olarak daha önce aktarıldığı üzere burada değinilen durum haricinde farklı hukuki yapılanmaları da içerir. Bundan dolayı tek başına zikredilen ifadelerin sözünün esas alınması yanıltıcı ve yetersiz olacaktır.

Bu bağlamda İsviçre’de bir Kanton Mahkemesi’nin kararında İHKKTB’nin saf anlamda bir bağışlama sözleşmesi olup olmadığı tartışılmıştır.<sup>189</sup> Söz konusu karar İHKKTB’nin hukuki niteliğine ilişkin karma sözleşme görüşünü benimseyen İsviçre Federal Mahkemesi’ne bazı kanton mahkemelerinin katılmadığı göstermektedir.<sup>190</sup> Bu incelemede aktarılan bazı gerekçeleri özetler nitelikte olan bu mahkemenin tespitleri dikkat çekicidir. Söz konusu kararda bir kişi oğluna taşınmaz bağışlamakta ve eş zamanlı olarak kendisi ve eşi lehine ömür boyu geçerli şekilde taşınmazda intifa hakkı tescil edilmiştir.<sup>191</sup> Mah-

<sup>186</sup> Krş. Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 107.

<sup>187</sup> Krş. Eitel, Nutzniessungsvorbehalt, 40; Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 107; Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 40.

<sup>188</sup> Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 154; Eitel, Berner Kommentar ZGB, Art. 626 N. 115; Eitel, Grundstückschenkung, 71.

<sup>189</sup> Entscheid der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kanton Bern vom 18. Dezember 2012, in: BN. 2013, S. 24 vd.

<sup>190</sup> Söz konusu tespit için Bkz. Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 152.

<sup>191</sup> Ayrıca aktarılan olayda taraflar mirasta denkleştirmeye esas olmak üzere denkleştirme değeri olarak CHF 600.000 kararlaştırmış olup bağışlananın bunun ötesinde denkleştirme ile yükümlü olmayacağını kararlaştırmışlardır. Mahkeme ilk olarak miras hukuku anlamında denkleştirme bedelinin belirlenmiş olmasının,



kemenin saf anlamda bağış görüşüne ilişkin gerekçeleri arasında inceleme konusu taşınmaza ilişkin olarak sadece yüklü taşınmaz mülkiyetinin bağışlanana devredilmiş olduğu; alıcının ise buna karşılık bir karşı edim olarak intifa hakkı tesis etmiş olduğu şeklindeki bir kabulün hayat gerçeğine yabancı olduğu<sup>192</sup>; zaten söz konusu durumun intifa hakkı kendisinde kalmak ifadesinden rahatlıkla çıkarılabileceği; bağışlananın hiçbir zaman hukuksal anlamda taşınmaz üzerinde kullanma ve yararlanma yetkisine sahip olmadığı gibi; söz konusu durumun zaten bağışlayanın öncesinde malik intifası tesis edebilecek olması imkanının mevcudiyetinden çıkarılabileceği yer almaktadır.<sup>193</sup> Nihayet İsviçre Federal Mahkemesi yakın tarihli bir kararında İHK-KTB'nin karma bağışlama olarak nitelendirilmesinin öğretilde eleştirildiğine ilk kez işaret etmiş, ancak bu hukuki işlemin hukuki niteliğinin ne olduğu hususundaki sorunun cevabını somut olayda ucunu açık bırakmış, öğretildeki eleştirileri ayrıca tartışmamıştır.<sup>194</sup>

Yargıtay kararlarında ise yüklü taşınmaz mülkiyetinin bağışlanana devredildiği söz konusu işlemin saf anlamda bir taşınmaz bağışı olduğuna işaret edilmektedir.<sup>195</sup> Bu kararların bazılarında Yargıtay

---

hukuki işleminin hukuki nitelendirilmesine etkisi olmadığını ortaya koymuştur. Bu konuda Krş. BN. 2013, S. 30, E. 2.1; S. 33, E. 3.3; S. 36, E. 5.3 (Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 153). Mahkeme dava kapsamında bağışlayan lehine intifa hakkı saklı tutulan taşınmaz bağışın hukuki niteliğini İsviçre Federal Mahkemesi'nin yukarıda aktarılan 1990 tarihli kararı (BGE 120 II 417 ff) ve öğretildeki buna ilişkin görüşleri tartışarak saf anlamda bağışlama sözleşmesi olduğu sonucuna varmıştır, (Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 152 vd.).

<sup>192</sup> Benzer şekilde Alman Federal Mahkemesi'nde bir kararında (başkaca bir edim yükümlülüğü öngörülmeden tek başına) intifa hakkı ile kayıtlı mülkiyet devrinin ekonomik bir bakış açısı ile („*wirtschaftlicher Betrachtungsweise*") tamamen karşılıksız bir kazandırma („*voll unentgeltlicher Erwerb*") olarak kabul edilebileceği tespitinde bulunmuştur. Bu karar için Bkz. BFH, 28. Juli 1981, NJW 1982, 256 (Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 103).

<sup>193</sup> BN. 2013, S. 36 vd., E. 6, S. 37 vd., E. 6.3 (Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 153).

<sup>194</sup> Bu konuda Bkz. m Urteil 5A\_472/2020 und 5A\_481/2020 vom 25.02.2021, E. 9.1.3.

<sup>195</sup> Y.2.D, K. 1992/11844, Karşı Oy Gerekeçesi; YHGK, K. 1997/163. Yine bu husus ayrıca vurgulanmadan taşınmaz bağışı olduğundan yola çıkılan bazı kararlar için Bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 15.03.2005, E. 2005/1172, K. 2005/3981; Yargıtay

İHKKTB'nın yukarıda paylaşılan ilgili İsviçre kanton mahkemesi kararından farklı olarak karma veya yüklemeli bağış ile değil, ölüme bağlı tasarruflarla ve ifası bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlama sözleşmesinden farkını tartışmaktadır.<sup>196</sup>

## VI. TAM İKİ TARAF TA BÖRÇ YÜKLEYEN SÖZLEŞME GÖRÜŞE İLİŞKİN BAZI DEĞERLENDİRMELER

Söz konusu görüş daha yakından incelendiğinde bu görüşün intifa hakkının mülkiyetin devrinden daha sona tesis edildiğinden yola çıktığı görülmektedir.<sup>197</sup> Bu görüşe göre ebeveynin taşınmaz mülkiyetini altsoyuna devretme yükümlülüğünün karşısında, altsoyunda karşı edim olarak artık sahibi olduğu taşınmaz mülkiyetinin üzerinde ebeveyni lehine intifa hakkı tescil ettirme yükümlülüğü bulunmaktadır.<sup>198</sup>

Söz konusu görüşün zayıf yanlarından biri intifa hakkı kendine tutularak mülkiyetin geçişine ilişkin standart olmayan hukuki yapılanmayı esas almasıdır. Hayatın olağan akışında intifa hakkını tesis eden kural olarak alıcının değil devredendir. Buna göre pasif durumdaki alıcı sadece yüklü taşınmazı devralır. Alıcının herhangi bir edimi yerine getirme yükümlülüğü söz konusu olmadığından, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde aranan tarafların edimleri arasındaki

---

2. Hukuk Dairesi, 31.03.2008, E. 2008/3406, K. 2008/4438; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 10.10.2008, E. 2008/13884, K. 2008/13104; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 15.04.2009, E. 2009/969, K. 2009/7221 sayılı kararı; Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, 24.12.2015, E. 2014/12039, K. 2015/15097; Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, 19.1.2016, E. 2014/6842, K. 2016/469; Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, 10.09.2020, E. 2018/122, K. 2020/3998; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 21.02.2019, E. 2019/521, K. 2019/1157; Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, 10.11.2022, E. 2022/4080, K. 2022/7406 (www.Legalbank.com).

<sup>196</sup> YHGK, K.1997/163; Y.2.D, K. 1992/11844.

<sup>197</sup> Benkö, Verfügungen Von Todes Wegen, 37 vd.

<sup>198</sup> Krş. Benkö, Verfügungen Von Todes Wegen, 38 vd., 53. Yazar değerlendirmelerinde karma bağışlama sözleşmesi nitelendirmesini kabul etmemektedir (s. 45 vd., 48).

synallagma, karşılıklılık (“*do ut des*”)<sup>199</sup> bulunmamaktadır. Öte yandan söz konusu ön kabulün somut olayda gerçekleştiği kabul edilecek olsa bile aşağıda bu ön kabulden hareket edilerek aktarılacağı üzere aynı sonuca varılabilir.

Bu görüşün diğer bir zayıf yanı tarafların edimler arasında makul denklik olmaması durumudur.<sup>200</sup> Öğretide İHKKTB’da objektif olarak edimlerin aynı değerde olmadığına, İ.H.D (“*Nutzungswert*”)’nin söz konusu eşyadan yararlar düştükten K.D’den (“*Substanzwert*”) sıklıkla daha yüksek olduğuna işaret edilmektedir.<sup>201</sup> Öte yandan tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme görüşü mülkiyet devri ile intifa tesisi arasında sübjektif ölçülülük (makullük) bulunduğu iddia eder.<sup>202</sup> Bu argümana karşı bunun psikolojik gerçeklerle örtüşmeyen bir varsayıma dayandığı söylenebilir. Hayatın olağan gidişatında İHKKTB’de bağışlananın kendisi tarafından bir edimin yerine getirildiği şeklinde bir iradeye sahip değildir. İntifa hakkının saklı tutulduğu bir işlemde makul, ortalama seviyede bir devreden kişi mülkiyetin tesisi ile intifa hakkının eş değerde olmadığını, en azından daha önce sahip olduğu mülkiyet hakkından daha fazlasına sahip olamayacağı bilincindedir.

<sup>199</sup> “*Veriyorum vermen için*” „*do ut des*” ilkesi hakkında Krş. Hubert Stöckli, Das Synallagma im Vertragsrecht, Begründung/Abwicklung/Störung (Freiburg: Schulthess, 2008): N. 46.

<sup>200</sup> Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 99. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme görüşü tarafların edimlerinin objektif denkliğine ilişkin fikirlerinin karşılıklı sözleşmenin özüne („*Wesen des gegenseitigen Vertrages*”) yönelik değerlendirmeye dahil olmadığına işaret ederek, özellikle karma sözleşmelerin mevcudiyetine ilişkin aranılan objektif unsuru göz ardı etmektedir. Söz konusu görüşe ilişkin açıklamalarımız için Bkz. Benkö, 51.

<sup>201</sup> Krş. Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 101. Vergi Usul Kanunu’nu esas alınarak hazırlanan bir tabloda E.D ile İ.H.D oranı intifa hakkı sahibinin yaşına göre listelemiştir. Buradan yola çıkılarak intifa hakkı sahibinin 40’lı yaşlardan itibaren aşamalı olarak her on yıldaki İ.H.D’nin E.D’ye oranını şu şekilde paylaşılabilir: 2/3, 3/7, 1/4, 1/9 vd. Bu konuda Bkz. Akduman, Sınırlı Aynı Hakların Değerlemesi, 92.

<sup>202</sup> Söz konusu görüşe göre bir sözleşmesinin makul olup olmadığına ilişkin ölçüt tarafların özel ihtiyaçlarından çıkarılabilir. Burada belirleyici olması gereken sübjektif makullük, orantılılık (“*subjektive Äquivalenz*”) olmalıdır. Bu görüşe göre intifa hakkının saklı tutulmasında ise söz konusu durumun varlığında yola çıkılabilecektir. Bu konuda Bkz. Benkö, Verfügen Von Todes Wegen, 52.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme görüşünün temel gerekçelerinden birine göre; şayet alıcı mülkiyeti devri borcunu yerine getirmez ise devreden sözleşmeden dönebilme hakkına sahip olabilecektir, zira bu imkan sadece iki taraflı sözleşmelerde bulunur.<sup>203</sup> Ancak söz konusu görüşün göz ardı ettiği daha sonra aktarılacağı üzere İHK-KTB'ye ilişkin olarak borçlandırıcı işlem düzeyinde geçerli bir şekilde intifa hakkı tesis edilmemesine bağlı bağışlayan lehine dönme hakkı kararlaştırılabileceğidir.<sup>204</sup> Bunun gibi bağışlama sözleşmesi intifa hakkı tesis etmeme bozucu koşuluna bağlı olarak yapılabilecektir.<sup>205</sup>

<sup>203</sup> Krş. Benkö, Verfügungen Von Todes Wegen, 40- 53.

<sup>204</sup> Yine genel olarak taşınmaz bağışlarının borçlandırıcı işlem düzeyinde koşula bağlanabileceğine ilişkin açıklamalarımız için Bkz. VIII numaralı başlık.

<sup>205</sup> TBK m. 292'de bağışlayana dönme koşulu içeren bağışlama şu şekilde düzenlenmiştir: *"Bağışlayan, bağışlananın kendisinden önce ölmesi durumunda, bağışlama konusunun kendisine dönmesi koşulunu koyabilir"*. Bu sözleşmede taraflar bağışlananın bağışlayandan daha önce ölmesi ihtimalinde bağışlama konusunun yeniden bağışlayanın malvarlığına geçmesi koşulunu kararlaştırırlar. Burada bağışlama hemen ifa edilir, ancak bunun geçerliliği bağışlananın bağışlayandan önce ölmesi bozucu koşuluna bağlanmıştır. Yapılan açıklamalar için Krş. Nedim Peter Vogt, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, ed. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand, (Basel: Helbing Lichtenhahin Verlag, 2015) Art. 247 N. 1; Huguenin, Obligationenrecht, N. 2855. Söz konusu sözleşmenin sağ-lararası nitelikte olduğu hakkında Bkz. Maissen, Schenkungsvertrag, N. 485. Bu bağlamda acaba İHKKTB'de taşınmaz mülkiyetinin devrinden sonraki süreçte intifa hakkı tesis edilmesinin öngörüldüğü durumda, bunun intifa hakkı tesis etmeme bozucu koşuluna bağlı bir taşınmaz bağışlama sözleşmesi olarak kabul edilip edilmeyeceği irdelenebilir. Öğretide bir görüş TBK m. 292 hükmünün uygulamasının sadece bağışlananın bağışlayandan önce ölmesini koşulu ile sınırlı olmadığını ileri sürer. Buna göre burada bozucu koşul olarak, örneğin aşırı hasta bağışlananın tekrar sağ-lına kavuşması gibi başka hususlarda kararlaştırılabilecektir. Bu görüş için Bkz. Tunçomağ, Özel Borç İlişkileri, 408; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, 372; Senai Olğaç, Bağışlama (İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1966): 234. Aksi yöndeki görüş ise TBK m. 292'de hükmün sözünün açıkça bağışlananın bağışlayandan önce ölmesi koşul olarak öngördüğü ve özel bir bozucu koşul öngören hükmün dar yorumlanması gerektiğini savunur. Son zikredilen görüş için Bkz. Ezgi Kutlay, Bağışlama Sözleşmeleri (İstanbul: Turhan Kitabevi, 2016): 51 vd. Ancak zaten TBK'da geçerli olan sözleşme serbestisi ile koşullu bağışlamaya ilişkin genel hüküm olan TBK m. 290 uyarınca taraflar diğer sözleşmeler gibi bağışlama sözleşmesini de koşula bağlayabileceklerdir. Ancak iki görüş arasında şöyle bir pratik farklılık bulunur. Bağışlananın bağışlayandan önce ölmesi koşulu dışında diğer bir bozucu koşulun hükmün kapsamında sayılıp sayılmayacağı, bunun tapu siciline (sınırlı sayı ilkesine tabi olan) şerh edilebilip edilemeyeceğinde belirleyici olacaktır. Bu konuda Krş. Hermann Becker, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI: Obligationenrecht, II. Abteilung:

Öte yandan TBK'da bağışlamanın geri alınmasına<sup>206</sup> ilişkin hükümlerin mevcut olduğu hatırlanmalıdır.<sup>207</sup> Böylece intifa hakkının tesisinden kaçınılması durumunda bağışlamanın geri alınabilmesi mümkün olacaktır.<sup>208</sup>

Bu başlıkta intifa hakkının mülkiyet devrinden sonra tescilinin öngörüldüğü ihtimale ilişkin olarak İHKKTB'nin aktarılan gerekçelerle

---

Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184-551 OR, Bern: Stämpfli Verlag 1934: Art. 247 N. 1; Vogt, Basler Kommentar OR I, Art. 247 N. 2; Bucher, Obligationenrecht BT, 158; Cavin, Schenkung, 193. Bu bağlamda öğretide bozucu koşul olarak bağışlayanın hayatı boyunca bağış konusu eşyada bağışlananın tasarruf işleminde bulunmamasının kararlaştırılabileceği ve bunun bağışlayana dönme koşullu bağışlama sözleşmesinin bir uygulaması olarak tapu siciline şerh edilebileceğini belirtmektedirler. Bu konuda Krş. Feyzioğlu, Akdin Muhtelif Nevileri, 272. Aksi yöndeki baskın görüş şerhlerin sınırlı sayı ilkesine tabi olduğunu işaret ederek, bağışlananın önce ölmesi dışındaki bağış sözleşmesinde öngörülen diğer bozucu koşulların tapu kütüğüne şerh verilemeyeceğini belirtmektedir. Söz konusu görüş için Bkz. Becker, Berner Kommentar OR, Art. 247, N. 1; Vogt, Basler Kommentar OR I, Art. 247 N. 2; Cavin, Schenkung, 193; Guhl vd., Obligationenrecht, § 43 N. 28; Maissen, Schenkungsvertrag, N. 489; Tuor vd., Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, § 95 N. 6. Şerhlerin sınırlı sayı ilkesine tabi olduğu ve dar yorumlanması gerekçesiyle bağışlayana dönme koşullu bağışlamaya ilişkin şerhin sadece saf anlamda bağışlarda söz konusu olabileceği, yoksa karma bağışlarda bağışlayana dönme koşulu kayıtlarının şerh edilemeyeceği yönünde Bkz. Vogt, Basler Kommentar OR I, Art. 247 N. 2. Aksi yöndeki görüş ise kanunda açıkça öngörülmeyen böyle bir sınırlama yapmamakta ve karma bağışlar bu tür kayıtların şerh edilebileceğine işaret etmektedirler. Ancak son belirtilen görüş farklılığı karma bağış sözleşmelerde öngörülen bu tür kayıtların şerh edilip edilemeyeceğidir. Yoksa karma bağış sözleşmelerinde bu tür kayıtların kararlaştırılmasına bir engel olmadığı, bu tür kayıtlar her türlü taraflar arasında borçlandırıcı bir etki göstereceği vurgulanabilir. Söz konusu şerhin hukuki niteliği ve bu kapsamda şerhin üçüncü kişilerin iyi niyetini ortadan kaldıracı etkiye sahip olup olmadığı öğretide tartışmalıdır. Söz konusu görüşler için Bkz. Eitel, Vormerkung, S. 137 vd.; Maissen, Schenkungsvertrag, N. 487; Gümüş, Borçlar Hukuku Özel, 216.

<sup>206</sup> TBK m. 295'te öngörülen geri alma hakkının hukuki niteliği tartışmalıdır. Öğretide kendi içinde (yenilik doğuran hakkın niteliği, tasfiye ilişkisinin hangi hükümlere dayanılarak yürütüleceği, hangi andan itibaren geçersizliğin söz konusu olabileceği gibi hususlarda) farklı alt görüşlerin bulunduğu baskın yaklaşıma göre, buradaki geri alma hakkının dönme hakkı fonksiyonuna sahip olduğu söylenebilir. Bu konuda Bkz. Türkmen, Ahmet Bağışlamanın Geri Alınması (Ankara: Adalet Yayınevi 2019): 106; İlhan, Mükellefiyetli Bağışlama, 266 vd.; Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Cilt-I, 219 vd.

<sup>207</sup> Genel olarak bağışlamanın geri alınması hakkında Bkz. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Özel, 204 vd.; Eren, Borçlar Hukuku Özel, N. 999 vd.; Aydoğdu ve Kahveci, Özel Borç İlişkileri, 351 vd.; Zevkiiler ve Gökyayla, Borçlar Hukuku Özel, 194 vd.

<sup>208</sup> Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 101.

tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme olarak nitelendirilemeyeceği aktarılmıştır. Ancak değinilen hukuki yapılanmada İHKKTB'nin mükellefiyetli veya karma bağış olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği aşağıdaki başlıkta ayrıca tartışılacaktır.

## **VII. KARMA VE MÜKELLEFİYETLİ BAĞIŞLAMA GÖRÜŞLERİNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER**

### **A) Genel Olarak**

Karma sözleşme görüşü alıcının intifa hakkı tesisini, devreden taşınmaz mülkiyeti devri ile eş değerde olmayan bir karşı edimi olarak kabul etmektedir.<sup>209</sup> Bu görüş İHKKTB'yi sanki bağışlamanın yapıldığı sırada yüksüz taşınmaz devredilmiş gibi varsaymanın, eşya hukuku bağlamında ve ekonomik anlamda makul olmadığını belirtmektedir.<sup>210</sup> Ancak bu tespitin intifa hakkı ile kayıtlı mülkiyet devrine ilişkin tipik yapılanma dikkate alınınca daha önce aktarıldığı üzere yerinde olmadığı görülebilir.<sup>211</sup> İHKKTB'nin ifasında bağışlanan aktif değildir, o sadece intifa hakkı ile yüklü olduğu için daha düşük değerde bir taşınmaz mülkiyeti kazanmıştır. Bu sözleşme bağışlananı yükümlülük altına sokmamakta olup hiçbir zaman sahibi bulunmadığı intifa hakkının sermaye değerinin onun karşı edim olarak kabul edilmesi tutarlı değildir.<sup>212</sup> Benzer şekilde bu görüşün ileri sürdüğü intifa hakkının tesisinin bağışlanan taşınmazın devri ile nedensellik ilişkisi içinde olduğu ve bu nedenle karşı edim olarak kabul edilmesi gerektiği<sup>213</sup> şeklindeki gerekçe de yerinde değildir. Bir kişi maliki olduğu taşınmazı kullanabilecek veya kendi lehine intifa hakkı tesis

<sup>209</sup> BGE 120 II 417 vd. (421), E. 4a; Rosenthaler, Nutzniessungsvorbehalt, 410.

<sup>210</sup> Rosenthaler, Nutzniessungsvorbehalt, 411.

<sup>211</sup> Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 102; Sticher, Vorbehaltenen Nutzniessung, 439. Son zikredilen yazar önce bağışlananın kendisine yüksüz taşınmaz devredilip sonra da bunun değerinin intifa hakkının değeri ölçüsünde düştüğü şeklindeki kabulün uygulamaya yabancı olduğunu belirtmektedir (s. 439).

<sup>212</sup> Sticher, Vorbehaltenen Nutzniessung, 439; Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 102.

<sup>213</sup> Rosenthaler, Nutzniessungsvorbehalt, 412.

yetkisine sahip iken zaten sahibi olduğu bu yetkiyi elde edebilmek için taşınmazını bağışlaması hayatın olağan gidişatında beklenebilir değildir. Karma bağış gibi mükellefiyetli bağış görüşü de intifa hakkı ile kayıtlı tipik mülkiyet devri durumu ile örtüşmemektedir. Benzer şekilde intifa hakkı tesisinde bağışlanan tamamen pasif bir durumda olduğundan bağışlananın yerine getirdiği bir mükellefiyet bulunmamaktadır.<sup>214</sup>

Ancak bazı durumlarda farklı bir sonuca varılabilir. Bunlardan ilki taşınmaz mülkiyetinin devrinden belirli bir zaman sonra veya hukuksal bir an sonra intifa tesisinin öngörüldüğü bir İHKKTB'dir. Burada mülkiyet devrinin icrasında bağışlanan aktif bir durumdadır. Bağışlananın intifa hakkı tesisine yönelik yapma ediminin hukuken nasıl nitelendirilebileceğine göre İHKKTB'nin karma mı yoksa mükellefiyetli bağışlama sözleşmesi olarak mı kabul edilebileceği tartışılabilir.<sup>215</sup> İkinci olarak intifa hakkı ile kayıtlı mülkiyetin devrine ilişkin şu ana kadar değinilen ihtimaller dahilinde tek başına ya da intifa hakkı tesisi yanında ilave birtakım yükümlülüklerin üstlenildiği bir İHKKTB'de benzer bir durum vardır.<sup>216</sup> Son aktarılan durumda ilave yüklenen yükümlülüklerin hukuki niteliğine verilecek anlama göre tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme, saf anlamda bağış ihtimalleri hariçinde, karma veya mükellefiyetli bağışlama sözleşmesinin mevcudiyeti tartışılabilir. Aşağıda esas olarak değinilen ihtimallerden ilki gözetilerek bağışlananın intifa hakkı tesisi yükümlülüğü ve buna bağlı olarak sözleşmenin hukuki niteliği karma- mükellefiyetli bağış ayrımı dahilinde incelenecektir. Daha sonra ikinci aktarılan duruma ilişkin tamamlayıcı açıklamalar yapılacaktır.

<sup>214</sup> Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 103.

<sup>215</sup> Krş. Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 140 vd., 165 vd.; Bern, s. 25 vd.; Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 26 vd., 102 vd., 122 vd.

<sup>216</sup> Bu incelemede yapıldığı gibi mülkiyet devrinin şeklinde göre bir ayırım yaparak İHKKTB'yi inceleyen öğretide çeşitli çalışmalar bulunmaktadır. Örneğin aktarılan iki ihtimalde İHKKTB'nin karma bağış olarak nitelendirileceği yönünde Bkz. Benn, Erbrechtliche Ausgleichung, 25 vd.

## B) Karşı Edim İle Mükellefiyet Ayrımı Dahilinde Değerlendirmeler

Genel olarak inceleme konusu İHKKTB’de olduğu gibi pozitif bir yapma davranışının sözleşmeye konu olması durumunda, öğretilerde karşı edim- mükellefiyet ayrımı yapmanın zorlaştığına işaret edilmektedir.<sup>217</sup> Mükellefiyette bağışlanının edimi bir ödev niteliğinde olup karşı edim olarak kabul edilmez.<sup>218</sup> Bu ödev hukuki işlemin ivasızlığını ortadan kaldırmayıp sadece bunu sınırladığından, bağışlamadan bağımsız olan (karşı) edim yükümlülüğü, bir karşılık olmadığından bunu konu alan hukukî işlem karma bir bağış teşkil etmez.<sup>219</sup> Mükellefiyetli bağış ile karma bağış ayrımında öğretilerde çeşitli ölçütlere başvurulmaktadır.<sup>220</sup>

Bu bağlamda mükellefiyet ile karşı edim ayrımında yöneltilebilecek sorulardan biri, devredenin devir borcunun kısmen karşılıksız olup olmadığıdır. Tarafların örtüşen iradelerine göre intifa hakkının

<sup>217</sup> Krş. Cavin, Schenkung, 190; Winistörfer, Die Unentgeltliche Zuwendung, 51, 89.

<sup>218</sup> Vogt, Basler Kommentar OR I, Art. 246 N. 1; Guhl vd., Obligationenrecht, § 43 N. 19; Honsell, Obligationenrecht BT, 219; Winistörfer, Die unentgeltliche Zuwendung, 89; Oser ve Schönenberger, Obligationenrecht, Art. 245 N. 4.

<sup>219</sup> Krş. Guhl vd., Obligationenrecht, § 43 N. 19; Koller Alfred, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Band I, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184-318 OR (Bern, Stämpfli Verlag 2012): § 7 N. 84; Maissen, Schenkungsvertrag, N. 524; Von Büren, Obligationenrecht Besonderer Teil, 268; Winistörfer, Die Unentgeltliche Zuwendung, 50, 89; Feyzioğlu, Akdin Muhtelif Nevileri, 369; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, 365; Akbıyık, Karma Bağışlama, 93.

<sup>220</sup> Olzen, Die vorweggenommene Erbfolge, 26 vd.; Akbıyık, Karma Bağışlama, 93 vd.; İlhan, 161 vd. Öğretilerdeki izlenen çeşitli kriterleri çalışmasında inceleyen Horat karşı edim ile mükellefiyet ayrımında izlediği yol naklen şu şekildedir:” ... karşı edim ile yüklenme arasındaki ayrımında ilk olarak incelenmesi gereken, tarafların iradelerine göre bağışlananın ediminin bağışlayanınkine nazaran ikincil nitelikte olup olmadığıdır. Şayet bu soruya verilecek cevap olumsuz ise somut olayda karşı edim bulunduğu sonucuna varılabilir. Şayet bu soruya verilecek cevap olumlu ise, ikinci aşamada sorulması gereken sorular; bağışlananın edimine erişimin bağışlama sözleşmesinin yapılmasının doğrudan nedenini teşkil edip etmediği ve burada bağışlayanın kendi malvarlıksal menfaatlerinin olup olmadığıdır. Şayet bu iki sorunun her ikisine de olumlu yanıt verilirse, bağışlayanın edimi ikincil nitelikte olmakla birlikte, bunun karşı edim olduğundan yola çıkılabilecektir. Şayet bu iki sorudan birine dahi olumsuz yanıt verilmesi durumunda yüklemenin mevcut olduğu söylenebilir” (Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 145’ten naklen). Ana metindeki açıklamalarda bu kriterler bir çıkış noktası olarak alınarak değerlendirilmemiz paylaşılabilecektir.



tesisinin bir karşı edim ya da mükellefiyet olarak görülüp görüleme-yeceği irdelenmelidir. Şayet taraflarca taşınmaz devri bağış olarak görülürken, bağışlananın intifa hakkı tesisi (taşınmaz devrine nazaran karşı edim veya edimlerin değişimi olarak değil de) taşınmazın değerini azaltan bir olgu ya da ikincil nitelikte görülüyorsa, İHKKTB' de karma değil mükellefiyetli bir bağışlama sözleşmesi olarak nitelendirilebilir.<sup>221</sup>Tarafların açıkça aksini İHKKTB'de öngörmediği ihtimalde; intifa hakkı ile kayıtlı mülkiyeti devreden, tesis edilecek intifa hakkını kısmen bile olsa alıcının devre yönelik yerine getirdiği bir karşılık olarak algılamamaktadır. Kısaca tarafların iradelerinin yorumuna ilişkin bir belirsizlikte tarafların edim değişimine yönelik örtülü iradelerinin bulunmadığı söylenebilir.<sup>222</sup> Bu anlamda söz konusu hukuki işlemin irade unsuru yönünden yapılacak değerlendirmede, tarafların intifa hakkı tesisini bir mükellefiyet olarak kabul etmiş olmaları çok daha olası görünmektedir.<sup>223</sup>

Ancak tarafların alıcının edimini ikincil nitelikte gördüğü yukarıda tespit edilen ihtimalde, bağışlayanın bağışlananın yükümlülüğünü yerine getirmesinde kişisel bir malvarlığı menfaatinin bulunuyor ve ayrıca bu durum bağışlama sözleşmesinin doğrudan nedenini teşkil ediyorsa karma sözleşmenin mevcut olduğu ileri sürülebilir.<sup>224</sup> Bağış-

<sup>221</sup> Krş. Bucher, Obligationenrecht BT, 154; Cavin, Schenkung, 290; Winistörfer, Die unentgeltliche Zuwendung, 89.

<sup>222</sup> Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 166; Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 103 vd. Son zikredilen yazara göre hukuki işlemin psikolojik tabiatı yönüyle yapılacak bir değerlendirmede tarafların intifa hakkı tesisini karma bağıştan ziyade, mükellefiyetli bağışlama (karşı edimden ziyade, devredenin edim yükümlülüğünün en azından yumuşatan bir faktör) olarak kabul etmiş olmaları çok daha olasıdır (104). Yine İHKKTB'nin kuruluşunda somut olayda kullanılan terminolojiden bağımsız olarak tarafların iradesinin kural olarak edimlerin değişimine ilişkin olmadığı; tarafların taşınmazı tamamen bağışlanmış olarak gördüğü; ayrıca tescil edilen intifa (veya oturma) hakkını taşınmaz belli süreyle tamamen bağışlanan tarafından kullanılmaması nedeniyle bağışlamaya ilişkin bir sınırlama olarak kabul ettikleri gerekçeleriyle intifa hakkı tesisinin taşınmaz mülkiyetinin ivazsız devrine karşı ikincil bir nitelikte olduğu sonucuna varılabileceği hakkında Bkz. Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 166.

<sup>223</sup> Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 104.

<sup>224</sup> Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 166.

lananın burada kişisel bir malvarlığı menfaatine sahip olduğu açıktır, zira lehine tescil edilecek intifa hakkının ekonomik bir sermaye değeri bulunur. Ancak söz konusu tespit yeterli olmayıp<sup>225</sup> ayrıca aşağıda bunun bağışlama sözleşmesinin doğrudan nedeni olup olmadığı irdelenmelidir.

Öncelikle bağışlananın davranışının İHKKTB'nin doğrudan nedeni teşkil edip etmediğine ilişkin ölçüte genel esaslardan varılabileceği belirtebilir. Şöyle ki mükellefiyetin ikincil olan tabiatı karşı edim ile karşılaştırmada önemli bir ayırım kriteridir.<sup>226</sup> Karşı edim yüklemekten farklı olarak edim ile öyle bir şekilde birleşmiştir ki yapılan kazandırma karşı edime erişime hizmet etmektedir. Yüklemede ise bağışlayanın edimi ile bunun arasında bir karşılıklılık ilişkisi bulunmamaktadır.<sup>227</sup> Buradan yola çıkılarak öğretilerde bir görüş bağışlamaya konu kazandırma ile bağlantılı, bağışlanana yüklenmiş bir davranışın bağışlama için doğrudan bir neden teşkil edemeyeceğini belirtmektedir.<sup>228</sup> Bu bağlamda İHKKTB'de bağışlananın intifa hakkı tesisine ilişkin edimine erişimin bağışlayan yönünden bağışlama sözleşmesinin doğrudan nedenini teşkil etmeyeceği görülmektedir.<sup>229</sup> Daha önce belirtildiği gibi bağışlayanın kendi taşınmazı üzerinde intifa hakkı elde etmek üzere taşınmazın bağışlaması için makul bir neden bulunma-

<sup>225</sup> Ancak öğretilerde İHKKTB'yi karma bağışlama sözleşmesi olarak gören *Rosenhalter* yukarıda paylaşılan soruya doğrudan olumlu yanıt verip hızlı bir şekilde intifa hakkı tesisini karşı edim ve söz konusu hukuki işlemin karma bağış olduğu sonucuna varmaktadır. Bu konuda Bkz. *Rosenhalter*, 143. Öğretilerde *Rosenhalter*'nin yaklaşımının çok yüzeysel olduğu hakkındaki tespit ve eleştiri için Bkz. Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 167, dn. 146.

<sup>226</sup> Cavin, Schenkung, 190; Guhl vd., Obligationenrecht, § 43 N. 19; Winistörfer, Die Unentgeltliche Zuwendung, 89. Yine Bkz. BGE 80 II 260 vd. (264), E. 2, www.relevancy.bger.ch, 10.01.2023.

<sup>227</sup> Bucher, Obligationenrecht BT, 154; Honsell, Obligationenrecht BT, 219; Huguenin, Obligationenrecht, N.2851; Yine Bkz. Urteil des BGE 4C.346/2000 vom 16.03.2001, E. 1, www.relevancy.bger.ch, 10.01.2023.

<sup>228</sup> Öğretilerde *Maissen* tarafından savunulan ("*Maissen Sandra, Der Schenkungsvertrag im schweizerischen Recht, Diss. Freiburg 1996*") savunulan bu görüşe, İsviçre Federal Mahkemesi'nin incelemiş olduğumuz bir kararında söz konusu eserinde ismen zikrederek katıldığı görülmektedir. Bu konuda Bkz. BGE im Urteil 4C.346/2000 vom 16.03.2001, E. 1, www.relevancy.bger.ch, 08.05.2023.

<sup>229</sup> Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 167.

maktadır. Bağışlayan yönünden bu işlemi yapmasının arka planında mirasın paylaşımını geriye çekmek, kendisine veya mirasçısına belirli bir süre vergi avantajı sağlamak vb. saikler söz konusu olabilecek olup<sup>230</sup> bunlar makalede inceleme konusu yapılmayacaktır. İHK-KTB'de intifa hakkı tesisinin bağışlayan yönünden ekonomik bir değeri bulunur.<sup>231</sup>Buna rağmen intifa hakkı tesisi bağışlama sözleşmesinin doğrudan nedenini teşkil etmediği için İHKKTB'nin bir mükellefiyetli bağışlama niteliğinde olduğu sonucuna varılabilir.<sup>232</sup>

Yukarıda aktarılan haricinde öğretide başka ölçütlerden de mükellefiyetli bağış ile karma bağış ayırımında yararlanılmaktadır. Bunlardan bazıları aşağıda tamamlayıcı olarak paylaşacaktır.

<sup>230</sup> İntifa hakkı sahibinin ölümü durumunda bu hakkın kendiliğinden sona ereceği, içerdiği tüm hak ve yükümlülükleriyle birlikte hukuk dünyasından silineceği, ölüm sebebiyle intifa hakkının ivazsız olarak devredildiğinden bahisle veraset ve intikal vergisi tarh edilemeyeceği yönündeki açıklamalar için Bkz. Danıştay 7. Daire E:2013/5298, K:2016/3872, <https://www.lexpera.com.tr>, 14.04.2023. Yine intifa hakkının niteliği gereği intikali mümkün olmadığı gözetilerek bazı vergi dairesi ve yargı organlarınca veraset ve intikal vergisi kapsamında kabul edilmesinin yerinde olmadığı hakkında Bkz. Aslanpınar, İntifa Hakkının Vergilendirilmesi, 610 vd.

<sup>231</sup> Daha önce paylaşıldığı üzere somut olayda mükellefiyete konu davranışın bağışlayanın ekonomik menfaatlerine hizmet etmesinin zorunlu olmadığı hatırlatılabilir. Öte yandan mükellefiyetin bağışlanan dışında bir üçüncü kişi lehine kararlaştırılabilmesi de mümkündür. Bu konuda Bkz. Krş. Becker, Berner Kommentar OR, Art. 146, N. 3; Bucher, Obligationenrecht BT, 154; Guhl vd., Obligationenrecht, § 43 N. 20; Huguenin, Obligationenrecht, N. 2851; Von Büren, Obligationenrecht Besonderer Teil, 278; Turgut Akıntürk, "Şart ve Mükellefiyet Kavramları Üzerinde Bir İnceleme", AÜHFD, 27/3 (1970): 234; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, 364. Bu bağlamda kimin davranış yükümlülüğünden yararlandığı karma edim- mükellefiyet ayırımında belirleyici değildir. Nitekim karşı edimin de bağışlanan veya bir üçüncü kişi lehine kararlaştırılmış olması mümkündür. Bu konuda Bkz. Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 142 vd. Üçüncü kişi yararına karma bağış sözleşmesinde üçüncü kişi yararına sözleşme gündeme gelir. Bu konuda Krş. Maissen, Schenkungsvertrag, N. 524; Urteil des BGer 4C.346/2000 vom 16.03.2001, E. 1.

<sup>232</sup> Örneğin bağışlananın kendisine bağışlanmış olan sermaye için bağışlayan lehine faiz ödemesi veya kira ödemesi bağışlayan yönünden tereddütsüz kişisel bir malvarlığı değeri teşkil etmektedir. Bununla birlikte bunlar bağışlama sözleşmesinin sıklıkla doğrudan nedenini teşkil etmediği için paylaşılan durumlar yüklemeli bağışlama sözleşmesi olarak kabul edilebilecektir. Bu konuda örneğin Krş. Becker, Berner Kommentar OR, Art. 246, N. 4; Von Büren, Obligationenrecht Besonderer Teil, 278.

Karma bağış sözleşmesinin objektif unsuru olarak, edim ile karşı edim arasında değer farkının arandığı aktarılmıştı. Değinen değer farkının önemli veya açık olmasının aranıp aranmayacağı ise tartışmalıdır.<sup>233</sup> Bu bağlamda bağışlanan tarafından yerine getirilen edimin değerinin, mükellefiyet ile karşı edim arasındaki ayırmada bir ölçüt olarak alınıp alınmayacağı da tartışmalıdır. Bir görüşe göre mükellefiyetli bağışın söz konusu olabilmesi için buna konu mükellefiyetin kazandırmadan değer olarak daha düşük olması gerekir.<sup>234</sup> Buna göre mükellefiyetin değeri bağışlanın değerine eşit veya daha fazla ise, bağışlayanın malvarlığında bir eksilme ve bağışlananın malvarlığında bir artış olmayacağından bir bağış da söz konusu olmayacaktır.<sup>235</sup> Katılmış olduğumuz diğer bir görüş ise değer bu ayırmada belirleyici olmaması gerektiğine işaret eder. Buna göre mükellefiyet sadece manevi nitelikte olabileceği gibi<sup>236</sup>, maddi nitelikte de olabilecektir. Son aktarılan ihtimalde ise bunun değerinin bağışlayanın ediminden daha düşük veya daha yüksek olabilmesi mümkündür.<sup>237</sup> Bu görüşün gerekçeleri arasında mükellefiyetin değerinin bağışlanan şeyin değerini aşabilme ihtimali öngören bağışlananın kaçınma hakkına ilişkin TBK m. 291 f. 3(OR Art. 246 Abs. 3) hükmü bulunmaktadır.<sup>238</sup> Bu bağlamda

<sup>233</sup> Bu yönde Bkz. BGE 84 II 338 vd., 343 vd., E.2; BGE 77 II 36; BGE 98 II 352 vd., E.3a; BGE 54 II 106 vd. (109); BGE 54 II 93 vd. (99), E. 1. Aksi yönde edim ile karşı edim arasında önemli, açık oransızlık olmasının karma bağışlama sözleşmesinin bir unsuru olarak kabul edilmemesi hakkında Bkz. Winistörfer, Die Unentgeltliche Zuwendung, 92 vd Açık oransızlık şartı aramanın karma bağış sözleşmesinin sübjektif unsurunu göz ardı edeceği, bu konuda belirli bir oran koymanın uygun olmadığı, her somut olayın koşulları dahilinde bunun belirlenmesi gerektiği yönünde Bkz. Akbıyık, Karma Bağışlama, 41, 43.

<sup>234</sup> BGE 80 II 260 vd. (264), E. 2.

<sup>235</sup> Tongsir, Bağışlama, 913; İlhan, Mükellefiyetli Bağışlama, 35.

<sup>236</sup> İlhan, Mükellefiyetli Bağışlama, 76.

<sup>237</sup> Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 143.

<sup>238</sup> Huguenin, Obligationenrecht, N. 2852; Maissen, Schenkungsvertrag, N. 511, 515. Bu görüşe göre kanunda mükellefiyetli bağışlamada mükellefiyetin değerinin bağışlama konusu şeyin değerini aşabileceği bir durumda bağışlanan lehine kaçınma hakkı öngörülme suretiyle örtülü olarak mükellefiyetin değerinin bağışlanandan daha yüksek olabileceği ortaya konmuştur. Yapılan açıklamalar için Bkz. Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 143. Ayrıca yazar başka bir gerekçe olarak OR Art. 239 Abs. 1 hükmüne işaret etmektedir. Yazara göre bu hüküm dahilinde tanım olarak bir hukuki işlemin bağışlayan veya üçüncü bir kişi le-

İntifa hakkının somut olaydaki sermaye değerinin bağışlananın yükümlülüğünün hukuki nitelendirilmesinde bir etkisi olmadığı belirtilir.<sup>239</sup> Ancak söz konusu görüş farklılığı İHKKTB'nin hukuki niteliğine ilişkin varılan sonucu sıklıkla değiştirmemektedir. İntifa hakkının değeri daha önce aktarıldığı üzere sıklıkla taşınmazın değerinden daha düşüktür. Bu anlamda her iki görüşe göre de İHKKTB mükellefiyetli bağış sözleşmesi olarak kabul edilebilecektir.

---

hine buna uygun ("entsprechend") bir karşı edim kararlaştırılarak bağışlama olarak nitelendirilmesinin önüne geçilebildiğinden, sadece yüklemenin değerinin yapılan kazandırmanın değerine oranı bir rol oynamamaktadır (s. 143). 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda m. 234'te OR Art. 239 Abs. 1 maddesinde yer alan ifade "*mu-kabilinde muadil bir ivaz taahhüt olmaksızın*" şeklinde metne alınmıştır. TBK. m. 285 f. 1'de ise kazandırmanın "*karşılıksız*" olması ifade edilmektedir. Bu anlamda söz konusu ifade daha geniş bir şekilde kaleme alınmıştır. Ancak söz konusu görüşün ileri sürüldüğü gerekçe TBK içinde kabul edilebilir niteliktedir. Söz konusu görüş esas alınırsa bağışlama sözleşmesinin hukuki nitelendirmesi için belirleyici olanın bağışlananın bağışlama edimine bir karşılık teşkil edecek edimde bulunmaması olup bağışlananın davranışının değerinin esas alınmaması gerektiği ileri sürülebilir.

<sup>239</sup> Bunun yanında haklı olarak irtifak hakkının kimin lehine tescil edilmiş olduğunun da bağışlananın yükümlülüğünün hukuki nitelendirilmesine etkisi olmadığı hakkında Bkz. Horat, Grundstückschenkungen mit Nutznießungsvorbehalt, 166. Mükellefiyet bağışlayan lehine olabileceği gibi bir üçüncü kişi lehine de olabilmeye mümkündür. Bu konuda Bkz. Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, s. 192; Akıntürk, Şart ve Mükellefiyet, 234; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, 264. Mükellefiyetin bağışlanan lehine olup olamayacağı ise öğretilerde tartışmalıdır. Bu yönde Bkz. Honsell, a.a.O.; Koller, Obligationenrecht, § 7 N. 84; Maissen, Schenkungsvertrag, N. 532 vd.; Von Büren, Obligationenrecht Besonderer Teil, 277 vd.; İlhan, Mükellefiyetli Bağışlama, 87 vd. Aksi yönde Bkz. Cavin, Schenkung, 190; Winistörfer, Die unentgeltliche Zuwendung, 89; OFK-OR-Weingart, OR 245 N. 9; Gümüş, Borçlar Hukuku Özel, 212 vd. Böylece katıldığımız görüşe göre İHKKTB'de intifa hakkının somut olaydaki sermaye değeri taşınmazın piyasa değerini aşarsa bu durum İHKKTB'nin hukuki nitelendirilmesini etkilemeyecektir. Ancak aradaki fark kendisine ödenmezse bağışlananın yüklemeyi yerine getirmekten kaçınma hakkı vardır. Bu yönde Krş. Guhl vd., Obligationenrecht, § 43 N. 21; Maissen, Schenkungsvertrag, N. 496, 511; İlhan, Mükellefiyetli Bağışlama, 188 vd. Söz konusu kaçınma hakkının kesin def'i niteliğinde olduğu hakkında Bkz. Huguenin, Obligationenrecht, N. 2852; Maissen, Schenkungsvertrag, N. 511, 515; Oser ve Schönenberger, Obligationenrecht, Art. 245 N. 6. Bağışlananın söz konusu kaçınma hakkını, aradaki değer farkı hakkında sözleşmenin kuruluşu sırasında bilgi sahibi olmaması durumunda kullanabileceği ve sadece aradaki değer farkı ölçüsünde kullanabileceği hakkında Bkz. Vogt, Basler Kommentar OR I, Art. 246 N. 7; Oser ve Schönenberger, Obligationenrecht, Art. 245 N. 6, 246 N. 8; Maissen, Schenkungsvertrag, N. 512, 513.

Yine örneğin öğretilerde bir görüşe göre karma-mükellefiyetli bağışlama ayrımında bağışlananın sözleşmeye konu yükümlülüğü yerine getirirken bunu kendisine bağışlanan şey ile yerine getirip getirmediğine bakılmalıdır.<sup>240</sup> Yüklemenin ikincilliğinin ve yüklemeli bir bağışlama sözleşmesinin söz konusu olabilmesi için karşılıksız kazandırmanın tesisi ile yüklemenin yerine getirilmesi arasında içerik yönünden bir bağlantı olmalıdır. Böyle bir bağlantının mevcudiyeti ise bağışlanan yüklemeyi ancak bağışlamanın ifası durumunda yerine getirebilmekteyse, özellikle yükleme bağışlama konusu veya bunun bir bölümünü kullanılarak yerine getirilebilecek ise kabul edilebilir.<sup>241</sup> Öğretilerdeki diğer bir görüş ise bir yükümlülüğünün mükellefiyet olarak nitelendirilmesinde bunun bağışlamaya konu şeyle mi yoksa bağışlananın kişisel malvarlığı ile mi yerine getirildiğinin belirleyici olmaması gerektiğini ileri sürmektedir.<sup>242</sup> Ancak söz konusu görüş farklılığı İHKKTB'nin hukuki niteliğine ilişkin varılan sonucu değiştirmektedir. Nitekim ilave başka bir edim yükümlülüğü öngörülmeden İHKKTB'de bağışlanan intifa hakkı tesisi için kendisine mülkiyeti devredilen taşınmaz haricinde kendi kişisel malvarlığını kullanmamış olmaktadır. Bu anlamda söz konusu ölçüt bu işlemin mükellefiyetli bağış sözleşmesi olduğuna işaret etmektedir.<sup>243</sup>

Yukarıda aktarılan gerekçelerle kanaatimizce taşınmaz mülkiyetinin devrinden sonra intifa hakkının tesisi kural olarak karşı edim değil, bir mükellefiyet ve bunun sonucu olarak İHKKTB'de mükellefiyetli bağışlama sözleşmesi olarak kabul edilebilir.<sup>244</sup> Bunun sonucun-

<sup>240</sup> Tongsir, Bağışlama, 913; Akbıyık, Karma Bağışlama, 95.

<sup>241</sup> Krş. Becker, Berner Kommentar OR, Art. 246, N. 2; Bucher, Obligationenrecht BT, 154; Cavin, Schenkung, 189 vd.; Koller, Obligationenrecht, § 7 N. 31, 84; Maissen, Schenkungsvertrag, N. 496 vd.

<sup>242</sup> İlhan, Mükellefiyetli Bağışlama, 35.

<sup>243</sup> Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 166.

<sup>244</sup> Maissen, Schenkungsvertrag, N. 499; Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 166. Sözleşmenin kuruluşundan sonra intifa hakkı tesisi ile sınırlı olarak katıldığımız mükellefiyetli bağış görüşü, Alman Hukuku'nda çok baskın görüş ve İsviçre Hukuku'ndaki azınlık görüşü ile örtüşmektedir. Ancak Reiff Alman Hukuku'ndaki çok baskın görüşe karşı tarihi bir yorum elemanı olarak mükellefiyetli bağışlama sözleşmesi kurumunun tarihsel sürecini göstermektedir. Yazara göre baskın görüş mükellefiyetli bağışlama sözleşmesinin tarihsel süreç-

da bağışlanan kendi lehine intifa hakkının tesisini (mükellefiyeti) talep ve dava etme hakkına sahiptir.<sup>245</sup> Bağışlanan haklı bir sebep olmaksızın bunu yerine getirmemişse bağışlayan yerine getirdiği bağışlama sözünü geri alır ve bağışlananın (taşınmazın) geri verilmesini isteyebilir(TBK m. 295 b. 3).<sup>246</sup>

---

teki anlamı ile çelişmesidir. Müşterek hukukta ("*ius commune*") mükellefiyetli bağışlama sözleşmesi „*donatio sub modo*" ("kişi topluluklarına kişiler tarafından yapılan mükellefiyetli bağışlamalar") kavramı ile tanınır. Taslak ve komisyon çalışmalarına atıf yaparak yazar BGB'de yasa koyucunun müşterek hukuktaki bu kurumu içerik ve maddi anlamda değiştirmeden bünyesine dahil ettiğini belirtmektedir. Müşterek hukukta intifa hakkı ile kayıtlı mülkiyet devri „*donatio sub modo*" (mükellefiyetli bağışlama) altında değerlendirilmemektedir. Yazara göre bu mantıklıdır, zira intifa hakkı ile kayıtlı bağış ile mükellefiyetli (kayıtlı) bağışlar sınırlamalara tabi bağışlar ("*Schenkungen unter Beschränkungen*") üst başlığı altında karşı karşıya gelmektedirler. Yaptığımız açıklamalar için Bkz. Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 104 vd. Öte yandan TBK m. 291 f. 4 (OR Art.246 Abs. 3)'de öngörülen kaçınma hakkı (saf anlamda bağışlama yanında mükellefiyetli bağışlama sözleşmelerine de uygulanabilecek olan) TMK m. 809 (ZGB Art. 761 Abs. 1) hükmünün uygulamasına bağlı olarak her iki bağışlama sözleşmesi tipi arasında menfaatleri dengeleyici bir işlev üstlenmektedir. Şöyle ki intifa hakkı kendisinde kalmak üzere yapılan sözleşmelerde TMK m. 809 bağışlayan lehine "*bağışlayandan güvence istenemez*" şeklinde sorumluluk sınırlaması öngörülmektedir. Şayet bağışlananda bağışa konu şeyden dolayı bir zarar meydana geldiyse bu durum bağışın değerini düşürecek olup bu değerde TBK m. 291 f. 4 (OR Art.246 Abs. 3) hükmü gereği yüklemeye ilişkin yapılması beklenen masrafların üst sınırını teşkil edecektir (şayet bu çalışmada karma bağışlama bulunduğu şeklindeki görüş kabul edilmiş olsa idi sorumluluk sınırlaması kısmen, sadece ivazsız olan kısma uygulanacaktı). Böylece bu hükümlerin birlikte uygulanması sonucu saf anlamda bağışlama ile mükellefiyetli bağışlama sözleşmesinde TMK m. 809 (ZGB Art. 761 Abs. 1) uygulamasına bağlı olarak gerekli menfaat dengesini sağlanmış olacaktır. Yaptığımız değerlendirmeye için Krş. Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 178.

<sup>245</sup> Krş. Abdulkerim Yıldırım, Türk Hukukunda Ölümüne Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler (İstanbul: Turhan Kitabevi, 2004): 46 vd. Akıntürk, Şart ve Mükellefiyet, 236.

<sup>246</sup> Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, 381. Bağışlanan mükellefiyetin hukuki niteliği gereği (ödev olması nedeniyle) tazminat istemeyecektir. Bu konuda Krş. Honssell, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 193; Yılmaz, Bağışlama Sözleşmesinin Sona Ermesi, 115 vd. Yine bu yönde Bkz. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 20.11.2009, E. 2009/4651, K. 2009/13622, <https://www.lexpera.com.tr>, 14.04.2023. Mükellefiyetin yerine getirilmemesi durumunda bağışlanan bağışlama sözleşmesine ilişkin hükümlere göre tazminat istemememle birlikte genel hükümlerin (TBK m. 112 vd.) kıyasen uygulanması suretiyle tazminat isteyebileceği hakkında örneğin Bkz. İlhan, Mükellefiyetli Bağışlama, 193 vd., 195.

### C) İlave Birtakım Yükümlülüklerin Üstlenildiği İntifa Hakkı Kendinde Kalmak Üzere Yapılan Taşınmaz Bağışı

Yukarıda aktarılan ihtimaller dışında İHKKTB’de bağışlananın ya da bağışlayanın ilave başka yükümlülükleri üstlendikleri sözleşme yapılanmaları ile karşılaşılabılır. Aşağıda aktarılabılacak durumların ortak noktası intifa hakkı saklı tutularak bir mülkiyet devrinin yapılmış olmasıdır.

Öncelikle bağışlanan intifa hakkı tesisi yanında ilave başka yükümlülükler üstlenmiş olabilir.<sup>247</sup> Buradaki hukuki yapılanmanın saf anlamda bağışlama sözleşmesi olarak nitelendirmesi artık kural olarak mümkün olmaz, zira alıcı bir karşı edim yükümlülüğü veya mükellefiyet altına girmektedir.<sup>248</sup> Bu anlamda öngörülen ilave davranışın hukuki nitelendirilmesine ve ilgili sözleşmeye ilişkin gerekli şartları taşıması durumuna göre; intifa hakkı kendinde kalmak üzere karma veya<sup>249</sup> mükellefiyetli taşınmaz bağışlama sözleşmesi<sup>250</sup> veya her iki

<sup>247</sup> Hatta öğretide söz konusu durumu bağışlananın ilave başka yükümlülük üstlenmediği intifa hakkı kendinde kalmak üzere yapılan mülkiyet devrinden ayırmak için; intifa hakkı ile kayıtlı izole mülkiyet devri ("*Isolierte Übertragungen unter Nießbrauchsvorbehalt*") içeren sözleşmeler ile intifa hakkı ile kayıtlı devir sözleşmeleri ("*Übertragungsverträge mit Nießbrauchsvorbehalt*") şeklinde bir ayırım yapılmıştır. Bu konuda Bkz. Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 97 vd.

<sup>248</sup> Ancak burada sembolik bir satış bedelinin belirlendiği durumda saf anlamda bir bağışlama sözleşmesi olduğundan yola çıkılabilecektir. Bu konuda Bkz. Hon-sell, Obligationenrecht BT, 214; Bucher, Obligationenrecht BT, 155. Yine örneğin burada nisbi muvazaa bulunmakta ise aslında taraflar görünürde kararlaştırdıkları hukuki işlem muvazaa nedeniyle geçersiz olup (TBK m. 19) arka plandaki bağışlama sözleşmesinin geçerli olması gündeme gelebilecektir. Ancak baskın görüş ve uygulamaya göre arka plandaki taşınmaz bağışlaması şekle aykırılıktan dolayı kesin hükümsüzdür. Bu ihtimalde kesin hükümsüzlüğünün ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması itirazı ile karşılaşması ihtimal dahilindedir. Genel olarak muvazaa, onun çeşitlerinden biri olan nisbi muvazaa ve muvazaanın yaptırımı hakkında Bkz. Kocayusufoğlu, Borçlar Hukuku Genel, §35, N.1 vd., 9 vd., 18 vd.; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 188 vd., 190 vd.; Antalya, Borçlar Hukuku Cilt V/1,1, 345 vd., 348 vd., 351 vd.

<sup>249</sup> Bağışlananın ilave başka yükümlülükleri üstlendiği İHKKTB’nin hukuki nitelendirmesinde karma ile mükellefiyetli bağışlama arasında bir tereddüt bulunması daha önce aktarıldığı üzere gündeme gelebilir. Bu durumda şayet tarafların edimleri arasında önemli ölçüde bir değer farkı bulunmakta ise daha önce aktarıldığı üzere söz konusu durum tek başına belirleyici kabul edilmemelidir. Ancak öğretide bir görüş söz konusu hukuki nitelendirmenin tespitinin saklı paylı mirasçılar



durumu içeren bir yapılanma varsa mükellefiyetli karma taşınmaz bağışlama sözleşmesi<sup>251</sup> ile karşılaşılabilmesi mümkündür. Özellikle burada bağışlananın intifa hakkı tesisi yanında, örneğin taşınmaz üzerindeki ipotek borcuna ilişkin yükümlülüğünün devralınması, süt tedariki yükümlülüğü, birtakım borçları üstlenmesi vb. karşı bir edimin yerine getirilmesi kararlaştırılmış ise bu hukuki işlem intifa hakkı kendinden kalmak üzere yapılan karma bir taşınmaz bağışlama sözleşmesi olarak nitelendirilebilir.<sup>252</sup> Ancak karma bağışlama olup ol-

---

gibi üçüncü kişi menfaatlerini etkilediği düşünülerek ve hayatın olağan gidişatı dikkate alınarak; karma bağışlama sözleşmesinin bulunduğu şekilde fiili bir karinenin varlığının kabul edilebileceğini belirtmektedir. Bu görüş için Bkz. Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 126. Yazar tarafların edimlerinin eş değer veya birbirine yakın olması ihtimalinde, satış sözleşmesinin varlığından yola çıkılabileceğine işaret etmektedir (s. 126).

<sup>250</sup> Örneğin annesinin kendisine intifa hakkı ile kayıtlı taşınmaz bağışlanan çocuğun kız kardeşine annesinin ölümünden sonra üniversite eğitimi boyunca ayda belirli bir miktar harçlık vermeyi üstlenmesi böyledir. Bu ödemeler elde edilen taşınmazdan sağlanmaktadır. Ayrıca karşılıklı sözleşmelerden farklı olarak ödemeler taşınmaz devrinin karşılığı olarak aşamalı değil (bunlar arasında karşılık ilişkisi bulunmayıp) mirasın açılmasından sonra yapılacaktır. Verilen örnek için Krş. İlhan, Mükellefiyetli Bağışlama, 80 vd.

<sup>251</sup> Bir hukuki işlemin ivazsız kısmı yüklenme ile ortadan kalkmadıkça mükellefiyetli karma bağışlama sözleşmesinin varlığından yola çıkılabileceği hakkında Krş. Hon-sell, Obligationenrecht BT, 214/219; Urteil des BGer 4C.346/2000 vom 16.03.2001, E. 1, www.relevancy.bger.ch, 10.01.2023.

<sup>252</sup> Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 147 vd. Öncelikle İsviçre Federal Mahkemesi'nin eski tarihli iki kararı örnek olarak zikredilebilir. Bunlardan ilkinde devreden ve onun eşi lehine ivazsız, ömür boyu geçerli bir oturma hakkı saklı tutularak devredenin oğluna bağışladığı taşınmazda, saklı tutulan oturma hakkını sermaye değeri bir karşı edim olarak kabul edilmiştir. Satış bedeli ile oturma hakkının nakdi değeri yanında devreden ve eşi lehine ömürleri boyu süt tedariki yükümlülüğünü nakdi değeri toplamı taşınmazın değerini aşmış ve mahkemede söz konusu hukuki işlemi bütün olarak tamamıyla ivazlı kabul etmiştir. Bu konuda Bkz. BGE 54 II 93 vd., 97 vd., 99, E. 1, <https://servat.unibe.ch/dfr/pdf/c2054093.pdf>, 19.02.2023). İsviçre Federal Mahkemesi'nin başka bir kararında bağışlananın devri yanında aynı zamanda bağışlayanın birtakım borçlarının bağışlanan tarafından üstlenilmesi söz konusudur. Bu kararda söz konusu hukuki işleminde karma bağışlama sözleşmesi olduğundan yola çıkmıştır. Bu konuda Bkz. Urteil des BGer 5A\_670/2012 vom 30.01.2013, Sachverhalt A, www.relevancy.bger.ch, 10.01.2023. Diğer bir İsviçre Federal Mahkeme kararında bağışlayan (mirasbırakan) hayattayken kızlarından birine içinde bir taşınmazın da bulunduğu malvarlığı devretmekte, kızı da buna karşılık taşınmaz üzerindeki ipotegi üstlenme ve ayrıca mirasbırakan lehine taşınmaz üzerinde oturma ve buradaki eşyalar üzerinde intifa hakkı tanıma yüküm-

madığının tespitinde, bunun bağışlama değil de tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme olmasının da ihtimal dahilinde olduğu göz ardı edilmemelidir. Şöyle ki somut olayda intifa hakkı ile yüklü taşınmazın değeri bu sözleşmede alıcı tarafından üstlenilen yükümlülüğün, örneğin üstlenilen ipoteğin değerinden (benimsenecek görüşe göre açıkça) aşağıda kalıyorsa böyle bir durumdan bahsedilebilir.<sup>253</sup>

Uygulamada karşılaşılmaması pek de olası olmayan bir ihtimal olarak bağışlayanın taşınmaz mülkiyetinin devri yanında ilave başka yükümlülükler üstlenmesi düşünülebilir. Özellikle kendi lehine öngörülen intifa hakkı için bağışlanan lehine faiz ödemesi veya kira ödemesi gibi bir bedel ödemeyi üstlenmesi böyledir. Bu durumda da iki ihtimal düşünülebilir: İntifa hakkının taşınmaz mülkiyetinin devrinden bir süre önce veya hukuksal bir an önce tescil edilmiş olma durumu ya da mülkiyetin devrinden bir süre sonra veya hukuksal bir an sonra edilmiş edilmiş olması.

---

lülüğü altına girmiştir. Burada taşınmaz üzerinde mirasbırakan lehine tanınan oturma hakkı karşı edim olarak tanımlanmış ve bunun kapital değerinin de bir bedel olarak dikkate alınması gerektiği ortaya konmuştur. Bu olayda bir önceki aktardığımızdan farklı olarak karşı edim taşınmazın değerine ulaşmadığından, burada kısmen karşılıksız olan ve bu yüzden tenkise tabi olan bir kazandırma tespit edilmiştir. Burada saklı tutulan oturma hakkının sermaye değerinin karşı edim olarak nitelendirilmesinden yola çıkılarak bu sözleşmenin karma bir bağışlama sözleşmesi olarak nitelendirildiği sonucuna varılabilecektir. Orijinal olarak Fransızca yayınlanmış olan ve bu nedenle çalışmada incelenememiş olan bu karara (BGE 54 II 100) ilişkin açıklamalarımızda esas aldığımız Almanca dilinde aktarılan özet ve değerlendirme için Bkz. Horat, Grundstückschenkung mit Nutznießungsvorbehalt, 148 vd. Yazarın aktardığı Fransızca dilinde yayınlanmış İsviçre Federal Mahkemesi'nin 1990 yılındaki başka bir kararda (BGE 116 II 667) devredilen taşınmazda ipoteğin üstlenilmesi haricinde saklı tutulan intifa hakkının nakdi değerini devreden lehine kazandırmanın bir karşı edim olarak kabul etmiş ve söz konusu hukuki işlemi karma bağışlama sözleşmesi olarak nitelendirmiştir (149). Yine yazarın aktardığı Fransızca dilinde yayınlanmış İsviçre Federal Mahkemesi'nin 2010 yılındaki bir kararında (Urteil des BGER 5A\_338/2010 vom 04.10.2010) bir baba kızına taşınmazını devretmiş ve kendi lehine intifa hakkını saklı tutmuştur. Burada mahkeme söz konusu hukuki işlem karma bağışın özel bir türü olarak kabul etmiştir. Mahkeme burada hukuki işlemin karşılıksızlığının kapsamını intifa hakkının piyasa değerinin tespiti suretiyle belirlemiştir (150 vd.).

<sup>253</sup> Krş. Eitel, Erbvorbezüge, 139; Urteil des BGER 5A\_743/2009 vom 04.03.2010, Sachverhalt A, www.relevancy.bger.ch, 10.01.2023.

Bunlardan ilkinde varılan sonuç ek yükümlülük öngörülmemiş durumda önceki başlıklarda varılan sonuçla aynı olup burada saf anlamda bağışlama bulunmaktadır. Şöyle ki burada taşınmazın bağışlanan tarafından kullanılmamasına ve yararlanamamasına ilişkin değer kaybı (kazanç değeri/ “*Ertragswert*”)<sup>254</sup> elde edilen karşılığın miktarına göre kısmen veya tamamen dengelenmiş olmaktadır.<sup>255</sup> Tamamen değer farkının dengelendiği durumda bağışlanan bağışlayan lehine öngörülen intifa hakkından dolayı taşınmazı kullanamaz, ancak ekonomik etki yönünden bağışlanan taşınmazı herhangi bir yük olmadan elde eden kişi ile benzer durumdadır.<sup>256</sup>

İkinci ihtimalde ise kendisine taşınmaz bağışlanan tesis edeceği intifa hakkı için ek bir bedel almaktadır.<sup>257</sup> Şayet kararlaştırılan bedel

---

<sup>254</sup> Canonica, Immobilienbewertung, 183; Fierz Martina, Verkehrswert von Liegenschaften, 71 vd.

<sup>255</sup> Ancak taşınmaz üzerinde saklı tutulan intifa hakkının sonlandırılmamasından dolayı satışının zorlaşmasına bağlı belli bir değer kaybının söz konusu olmaya devam edeceği yönünde Bkz. Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 184.

<sup>256</sup> Burada teknik olmayan bir ifadeyle; bağışlanan yoksun kaldığı faydalara yönelik bir karşılık almış olmaktadır ve sonuç olarak taşınmazın ürün/ kazanç değeri (“*Ertragswert*”) aynı kalmaktadır. İntifa hakkı ile yüklü taşınmazın piyasa değerinin bağışlananın bundan dolayı elde etmiş olduğu karşılık dolayısıyla aynı taşınmazın yüksüz değerine kıyasla çok düşmemiş olduğu, burada saklı tutulan intifa hakkının sonlandırılmamasından dolayı taşınmazın satışının zorlaşmasına bağlı belli bir değer kaybına yol açacağı göz ardı edilmemesi yönünde Bkz. Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 184 vd. Yine Krş. BGE 84 II 338vd. (346 f), E. 4.

<sup>257</sup> İHKKTB’de intifa hakkı tesisinin bağışlanana taşınmaz mülkiyetinin devrinden örneğin altı ay ya da bir yıllık süre gibi belirli bir süre sonra tesis edilmesinin kararlaştırıldığı, ancak henüz ifanın (bağışlayan lehine intifa hakkı tesisinin) gerçekleşmediği aşamada taraflar arasında edim değiştirme sözleşmesinin (“*Abänderungsvertrag*”) yapılması gündeme gelebilir. Özellikle böyle bir durum taraflar arasında sözleşme yapıldıktan sonra bağışlayanın, bağışlananın intifa hakkı tesisine yönelik yükümlülüğünü yerine getirip getirmeyeceği hususunda tereddütleri varsa (ve somut olayda ihtiyati tedbir veya tescile zorlamak gibi yargısal süreçlere başvurulmak istenmiyorsa) bağışlanan ile yapacağı edim değiştirme sözleşmesi ile ek bir bedel kararlaştırabilmesi ihtimal dahilindedir. Ancak burada sözleşmenin konusunun bir taşınmaz ve bu anlamda hukuki işlemin resmi şekle bağlı olduğu dikkate alınarak, borcun konusunun değiştirilmesine ilişkin anlaşmanın resmi şekle uyulmadan geçerli olmayacağı göz ardı edilmemelidir. Edim değiştirme sözleşme hakkında örneğin Bkz. Eyüp İpek, Edime Uygun İfa Kuralı ve Bu Kuralın İhlaline Bağlanan Hukuki Sonuçlar (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016): 187; O.

intifa hakkının sermaye değerinden düşük ise taşınmazın piyasa değeri de bunlar arasındaki fark kadar azalmıştır. Bu farkın karşı edim veya mükellefiyet mi olduğu sorusuna daha önce paylaşılan ölçütler dahilinde cevap verilebilir. Bu bağlamda intifa hakkının somut olaydaki sermaye değerinin miktarının bağışlananın yükümlülüğünün hukuki nitelendirilmesinde etkisi olmadığına ilişkin katıldığımız görüş dahilinde kanaatimizce mükellefiyetli bağışlama sözleşmesinden yola çıkılması daha uygundur. Bu ihtimalde burada, ek bedel öngörülmediği durumda olduğu gibi tarafların edimleri arasında bir karşılıklı ilişki<sup>258</sup> bulunmamaktadır. Buna karşılık teorik bir ihtimal olarak karşılaştırılan ek bedel intifa hakkının sermaye değerinden daha yüksek ise taşınmazın piyasa değeri ve bağışın değeri bunlar arasındaki fark kadar artmış olacak ve bu fark ayrı bir bağışlama olarak kabul edilecektir.<sup>259</sup>

### **VIII. DÖNME HAKKI SAKLI TUTULARAK YAPILAN BAĞIŞLAMA OLARAK GÖREN GÖRÜŞE İLİŞKİN BAZI DEĞERLENDİRMELER**

TBK m. 290 f.1'de bağışlamanın koşula bağlı olarak yapılabileceği öngörülmüştür. Bağışlamanın (bağışlama vadinin) geciktirici veya bozucu koşula bağlanabilmesi mümkündür.<sup>260</sup>

---

Gökhan Antalya, Borçlar Hukuku Cilt V/1,3 (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019): 123 vd.; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2019): N. 2829. Edim değiştirme sözleşmesinin borcun ifası esnasında değil, ifadan önce yapılması gerektiği hakkında Bkz. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-I (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2022): N. 863; Rona Serozan, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa, İfa Engelleri Haksız Zenginleşme (İstanbul: Filiz kitabevi, 2014): § 7, N. 39. Yine söz konusu ihtimalde İHK-KTB artık ivazlı olduğu için miras hukukundaki denkleştirme ve tenkise ilişkin değerlendirmeler yönünden kural olarak dikkate değer olmadığına işaret edilebilir. Bu konuda Krş. Pierre Widmer, Grundfragen der erbrechtlichen Ausgleichung, Eine kritisch-vergleichende Studie zur Theorie des Vorempfangs (Bern: Stämpfli Verlag, 1971): 32; Paul Eitel, Die Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen im Erbrecht, Objekte und Subjekte von Ausgleichung und Herabsetzung (Bern: Stämpfli Verlag 1998): § 1 N. 4, 6; Winistörfer, Die unentgeltliche Zuwendung, 116 vd., 201 vd.

<sup>258</sup> Krş. Honsell, Obligationenrecht BT, 219; Huguenin, Obligationenrecht, N. 2851

<sup>259</sup> Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 185.

<sup>260</sup> Vardar Hamacıoğlu, Gülşah, Bağışlama Sözleşmesi (İstanbul: Adalet Yayınevi, 2020): 274; Eren, Borçlar Özel, N. 961; Zevkliler ve Gökyayla, Borçlar Hukuku

İHKKTB'de bağışlayan lehine kayıtsız şartsız dönme koşulu kararlaştırıldığı ileri sürüldüğü bir durumda, tarafların intifa hakkının taşınmaz mülkiyetinin tescilinden daha sonra veya hukuksal bir an sonra tescilini öngören bir hukuki yapılanma üzerinde anlaşmış olmaları gerekmektedir. Bunun sonucu olarak bağışlanan tarafından intifa hakkının tescil edilebilmesi, bağışlananın malik olması ve bu anlamda bağışlama sözleşmesinin ifa edilmiş olmasını gerektirir. İHKKTB'ye ilişkin değinilen hukuki yapılanmanın hayatın olağan akışına ve sözleşmedeki tipik menfaat durumlarına aykırı olduğu şeklinde saf anlamda bağışlama görüşü dışında diğer görüşlere yönelik aktardığımız eleştiri bu görüş içinde geçerlidir. Devam eden açıklamalarda söz konusu hukuki yapılanmanın taraflarca açıkça kararlaştırıldığı ön kabulünden hareket edilecektir. Buna göre İHKKTB'de taraflar bağışlayanın bağışlananın kendisine belli süre içinde<sup>261</sup> intifa hakkını tesis etmemesi durumunda ya da bağışlayan tarafından serbestçe dönme hakkının kullanılması durumunda, sözleşmenin sona ereceğini kararlaştırmaktadırlar. Aktarılan iki ihtimal dahilinde bu koşulun gerçekleşip gerçekleşmeyeceği taraf iradesine bağlı olduğu için burada iradi bozucu bir koşuldaki bahsedebilir<sup>262</sup>. Bu şekilde İHKKTB özelinde bu koşulun geçerliliğine ilişkin yapılacak değerlendirmede borçlandırıcı ve tasarruf işlemi düzeyi olarak ikili bir ayırım yapılabilir.

Borçlandırıcı işlem düzeyinde bir taşınmaz bağışlama sözleşmesinin bozucu (veya geciktirici) koşula bağlı olarak yapılmasına engel bulunmamaktadır. Yerine getirilmesi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlar<sup>263</sup> ve bağışlayana dönme şartlı bağışlardan farklı olarak TBK'da

---

Özel, 184; Aydoğdu ve Kahveci, Özel Borç İlişkileri, 346. Yazarların işaret ettiği üzere elden bağışlananın sadece geciktirici koşula bağlı yapılabileceği kabul edilmektedir, zira burada bağışlanan şeyin teslimi ile sözleşme hükümlerini doğurmaktadır.

<sup>261</sup> Bu durumda olağan olarak intifa hakkı veya oturma hakkının tescil edilmesi için belirli bir zaman aralığı öngörülmesi beklenir. Bu konuda Krş. Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 168.

<sup>262</sup> Becker, Berner Kommentar OR, Vorbem. zu OR 151-157, N. 15; Gauch/ Schlupe/Emmenegger, Nr. 3965.

<sup>263</sup> Bu konudaki açıklamalarımız için Bkz. IV, B numaralı başlık.

açıkça bağışlayanın kayıtsız şartsız dönme koşuluyla bağışlama sözleşmesi yapabileceği düzenlenmemiştir. Bununla birlikte TBK'da geçerli olan sözleşme serbestisi ilkesi, koşullu bağışlamaya ilişkin genel hüküm olan TBK m. 290 f. 1 ile TMK m. 565'te tenkise tabi tasarruflardan biri olarak sayılması durumu bunun yapılabileceğine işaret etmektedir.<sup>264</sup>

Tasarruf işlemi düzeyinde ise bir taşınmaz bağışlama sözleşmesinin yapılıp yapılmayacağına ilişkin olarak TST m. 16 f. 2'de tapu siciline yapılacak tescilin bozucu veya hükümsüz kılıcı bir kayıt ve şarta bağlanamayacağı öngörülmüştür. Ancak yürürlükten kalkan 10040 sayılı TST m. 13, İsviçre TST m. 47 (ve Alman Hukukun'nda BGB Art. 925 Abs. 2) ile paralel şekilde, amaca göre yorumla tescil talebinin (irtifak haklarının bozucu koşula bağlanabileceğine ilişkin olarak baskın görüş tarafından kabul edilen istisna dışında) hiçbir şekilde kayıt ve şarta bağlanamayacağı kabul edilmektedir.<sup>265</sup> Bu anlamda tasarruf işlem aşaması olan taşınmaz mülkiyetini tescil talebinin bağışlayanın dönmesi hakkını kullanması bozucu koşuluna veya bağışlanın belirli süre içinde intifa hakkını tesis etmemiş olması bozucu koşuluna bağlanması geçerli değildir.<sup>266</sup>

Ancak tasarruf işlemi düzeyinde geçerli olmamakla birlikte, borçlandırıcı işlem aşamasında bağışlama vaadinden yer alan bozucu şart geçerlidir ve bu anlamda değinilen kayıtlar borçlandırıcı işlem etkisine sahiptir.<sup>267</sup> Buna göre İHKKTB gereğince tapuda herhangi bir şarta

<sup>264</sup> Krş. Yavuz, Acar ve Özen, Borçlar Hukuku Özel, 403; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri Cilt I, s. 371.

<sup>265</sup> Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, Eşya Hukuku, N. 848, 2794b; Sirmen, Eşya Hukuku, 194 vd. Son zikredilen yazarın işaret ettiği üzere kanunda öngörülen bozucu koşula bağlı bağışlamada (ve art mirasçı atamada) tescilin sebebe bağlı olma esasına istisna getirilip getirilmediği tartışmalıdır. Bir görüş buna olumlu yanıt verirken (söz konusu duruma aynı etki tanırken), yazarın da katıldığı diğer görüş değinilen durumlarda (TBK m. 292 f. 2; TMK m. 1010 f. 1b. 3) bozucu şartın gerçekleşmesinin aynı etki doğurmayacağını, bir başka deyişle tasarruf işleminin aslında şarta bağlanmamış olduğunu, sadece borçlandırıcı etki doğurduğunu kabul etmektedir (195).

<sup>266</sup> Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Cilt-I, 215; Sirmen, Eşya Hukuku, 195.

<sup>267</sup> Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 168; Sirmen, Eşya Hukuku, 195.

tabi tutulmadan taşınmaz mülkiyeti bağışlanan lehine tescil edilebilir.<sup>268</sup> Aktarılan ihtimaller dahilinde süre içinde bağışlananın bağışlayan lehine intifa hakkını tesis etmemesi veya bağışlananın dönme hakkını kullanması durumunda tapu yolsuz hale gelir.<sup>269</sup> Bu durumda bağışlayanın hukuki niteliği tartışmalı olan bir iade talebi söz konusu olacaktır.<sup>270</sup>

Böylece taraflar isterlerse borçlandırıcı işlem düzeyinde geçerli bir şekilde İHKKTB’de bağışlayan lehine serbestçe dönme hakkı kararlaştırabilirler. Burada bağış sözleşmesine konu olanın bir taşınmaz olduğu için göz arzı edilmemesi gereken, kararlaştırılacak dönme hakkı kaydının geçerliliğinin resmi şekle bağlı olduğudur.<sup>271</sup> İrdelenmesi gereken böyle açık bir anlaşma bulunmaksızın tek başına İHKKTB’nin niteliği gereği kayıtsız şartsız dönme koşuluyla bir taşınmaz bağışlanması sayılıp sayılmayacağıdır.

Bu bağlamda tarihi bir yorum elemanı olarak TMK m. 565 b. 3 ilişkin madde gerekçesi daha yakından incelenebilir.<sup>272</sup> Burada kayıtsız şartsız dönme koşuluyla (serbestçe dönme hakkı saklı tutularak) yapılan bağışlamanın kavramsal olarak geniş yorumlanmaya müsait olduğu ve Yargıtay kararlarının bu yönde olduğu gerekçeleriyle bunun kapsamına intifa hakkı kendinde kalmak üzere yapılan bağışlama sözleşmelerinin girdiği belirtilmiştir.<sup>273</sup> Devam eden açıklamalarda ise

<sup>268</sup> Krş. Sirmen, Eşya Hukuku, 195; Gümüş, Borçlar Hukuku Özel, 215.

<sup>269</sup> Krş. Maissen, Schenkungsvertrag, N. 483.

<sup>270</sup> Öğretide bu talebin hukuki niteliği tartışmalıdır. Nisbi nitelikte olduğu yönünde örneğin Bkz. Benkö, Verfügungen Von Todes Wegen, 40; Gümüş, Borçlar Hukuku Özel, 260. Bu durumda nisbi değil, aynı bir geri iade talebinin gündeme geleceği hakkındaki görüş için örneğin Bkz. Vogt, Basler Kommentar OR, Art. 247, N. 3; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, 371 vd.

<sup>271</sup> Gümüş, Borçlar Hukuku Özel, 215; Eren, Borçlar Hukuku Özel, N. 978; Aydoğdu ve Kahveci, Özel Borç İlişkileri, 349.

<sup>272</sup> Kanunların yorumunda tarihi bir eleman olarak madde gerekçesinden yararlanılması hakkında Bkz. Mustafa Dural ve Suat Sarı, Türk Özel Hukuku Cilt:1 -Temel Kavramlar- (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022): N. 817; Gökhan O. Antalya ve Murat, Topuz, Medeni Hukuku, Cilt I (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021) N. 1433 vd.; Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, Medeni Hukuk (İstanbul: On iki Levha Yayıncılık, 2022): N. 254 vd.

<sup>273</sup> TMK m. 565, madde gerekçesi.

maddeye bu hususu kapsayacak bir ifade eklenmesi düşünüldüğü, ancak metnin söz konusu hususu kapsadığı dikkate alınarak bu eklemenin gereksiz olduğu sonucuna varıldığına işaret edilmiştir.<sup>274</sup>

İnceleme konusuna ilişkin karar incelemesinde Yargıtay'ın İHK-KTB'yi serbestçe dönme hakkı saklı tutularak yapılan bağışlama olarak nitelendirildiği bir kararına rastlanmamıştır.<sup>275</sup> Anılan madde gerekçesinde intifa hakkı kendinde kalmak üzere yapılan bağışlama sözleşmesini hukuki nitelendirmesine ilişkin daha önce aktarılan Yargıtay'ın kararlardaki görüşün doğru olmayacak şekilde aktarıldığı görülmektedir. Nitekim söz konusu hukuki işleme ilişkin aktarıldığı üzere Yargıtay saf anlamda bağış görüşünü savunmaktadır.<sup>276</sup> Ayrıca 4721 sayılı Türk Medeni Kanun Genel Gerekçesi, Alt Komisyon Raporu, Adalet Komisyonu Raporu'nda yer alan açıklamalar arasında metnin söz konusu hususu kapsadığını içeren, bu hususu eklemenin gereksiz olduğuna işaret eden bir açıklama yer almamaktadır.<sup>277</sup>

Söze göre yapılacak yorumda “*serbestçe dönme hakkının saklı tutarak*” yapılan bağışlama ile “*intifa hakkı saklı tutarak*” yapılan bağışlama sözleşmelerinin benzeşmediği görülmektedir. Gerekçede belirtilenin aksine saklı tutulan (benimsenecek görüşe göre bozucu veya değiştirici) yenilik doğuran bir hak olarak dönme hakkının<sup>278</sup>, irtifak hakları arasında yer alan ve sahibine tam bir yararlanma yetkisi veren

<sup>274</sup> Yukarıya a.g.e.

<sup>275</sup> Bu konuda Krş. [www.legalbank.com](http://www.legalbank.com); [www.lexpera.com](http://www.lexpera.com); [www.karararama.yargitay.gov.tr](http://www.karararama.yargitay.gov.tr), 05.04.2023.

<sup>276</sup> Eğer Yargıtay'ın görüşü gerçekten bu doğrultuda olsa idi, bu görüşün kabulünün hukuk uygulaması ile kurulacak benzerliğin beraberinde getireceği, hukuk güvenliği ve öngörülebilirlik bir argüman olarak ileri sürülebilirdi. Nitekim benzer bir şekilde karma sözleşme görüşünde *Rosenhalter*'in argümanlarından biri de karma sözleşme görüşünü benimseyen İsviçre Federal Mahkemesi'nin uygulaması ile kurulacak paralellik ve bunun beraberinde getireceği hukuk güvenliğidir. Bu konuda Krş. *Rosenhalter*, 413.

<sup>277</sup> 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Alt Komisyon Raporu, Adalet Komisyonu, Genel Gerekçesi için Bkz. [www.lexpera.com](http://www.lexpera.com), mevzuat sistemi.

<sup>278</sup> Dönme hakkının yenilik doğurucu etkisi hakkında Bkz. Rona Serozan, *Sözleşmeden Dönme* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007): 43 vd. Genel olarak dönme hakkının borç ilişkisine etkisi hakkındaki görüşler için Bkz. Oğuzman ve Öz, *Borçlar hukuku Genel Cilt I*, N. 1688 vd.; Antalya, *Borçlar Hukuku*, C. V/1, 3, N. 2965 vd.; Nomer, *Borçlar Hukuku*, N. 200.4 vd.; Eren, *Borçlar Hukuku Genel*, N. 3502 vd.



İntifa hakkını kapsamadığı görülmektedir. Kaldı ki kanun metninde yer alan almayan, sadece madde gerekçesinde bulunan bu tespitler bağlayıcı değildir. Ancak hükmün gerekçesinde paylaşılan görüş özellikle hükmün amacı ile örtüşüyor, hükmün arka planındaki menfaat dengesine gözetiyor ve adil sonuçlara sebebiyet veriyorsa ileri sürülebilir niteliktedir.<sup>279</sup> O zaman hükmün amacı ve arka plandaki menfaat dengesi gözetilerek bir değerlendirme yapılmalıdır.

Daha sonra aktarılacağı üzere bağışlamaların mutlak anlamda tenkisini öngören TMK m. 565 b. 3 hükmü istisnai karaktere sahip olup dar yorumlanmalı, ancak sözleşmeden açıkça anlaşılması durumunda serbestçe sözleşmeden dönme beyanının varlığı kabul edilmelidir.<sup>280</sup> Söz konusu görüşün hükmün sözü yanında arka planındaki menfaat dengesinin gözetilmesi gereği ile uyumlu olmadığı görülmektedir. Bu anlamda genellemeye uygun olmayan yapısından ötürü bu hükmün sözünün anlamsal çekirdeği genişletici yorum yoluyla aşılmalıdır.<sup>281</sup> Söz konusu sınır aşıldığında, artık tamamlayıcı yorum ve boşluk doldurma faaliyeti gündeme gelir.<sup>282</sup> Bu bağlamda İHK-KTB'nin ilgili olayda tenkisten kurtulabilmesine bağlı meydana gelecek adil olmayan durumlar dikkate alınarak kanun koyucunun istemeden yarattığı (kuraldışı) bir kanun boşluğu<sup>283</sup> bulunup, bulunmadığı tartışılabilir. Bunun cevabına yönelik değerlendirmede sorulması gereken söz konusu görüşün etkileri yönünden (incelemede intifa hakkı tesisinin taşınmaz mülkiyetinin devrinden sonra olması ihtima-

<sup>279</sup> Krş. Antalya ve Topuz, *Medeni Hukuk*, 369; Oğuzman/ Barlas, N. 256; Ünal Narmanlıoğlu, *Kanunun Anlam Bakımından Uygulanması*, Turhan Tüfan Yüce'ye Armağan, İzmir 2001, s. 93-118, s. 105.

<sup>280</sup> Krş. Ahmet Nar, *Türk Miras Hukukunda Tenkis* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016): 175; Fikret Eren, *Türk Medeni Hukukunda Tenkis Davası* (Ankara: Sevinç Matbaası, 1973): 87; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, 392.

<sup>281</sup> Krş. Narmanlıoğlu, Armağan, 104.

<sup>282</sup> Rona Serozan, *Hukukta Yöntem- Mantık* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017): N. 257 vd.; Antalya ve Topuz, *Medeni Hukuk*, N. 1392 vd.

<sup>283</sup> Mehmet Akçaal, *Medeni Hukuk* (Ankara 2022): 21; Oğuzman ve Barlas, *Medeni Hukuk*, N. 321 vd.; Hüseyin Hatemi, *Medeni Hukuk'a Giriş* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017): § 7, N. 55 vd.; Akkurt, Erdoğan ve Tokat, *Medeni Hukuk*, 83 vd., 86 vd.

linde katıldığımız) mükellefiyetli bağışlama görüşünden farklılaşmış farklılaşmadığıdır. Bu değerlendirme ise hukuki işlemin bağışlanana sağlararası etkisi ile miras hukukuna ilişkin etkileri<sup>284</sup> dahilinde ikili bir ayırmda yürütülebilir.

Kayıtsız şartsız dönme koşuluyla bağışlama bozucu koşul gerçekleşmedikçe geçerli olarak hükümlerini doğuran saf anlamda bir taşınmaz bağışlamasıdır.<sup>285</sup> Genel olarak mülkiyetin bağışlanana devrinden sonra intifa hakkı tesisine yönelik nisbi bir alacak hakkı olan bağışlananın hukuki anlamda risk altında olduğu aktarılmıştı. Bu bağlamda kayıtsız şartsız dönme koşuluyla yapılan bağışlama görüşünce bağışlanana tanınan dönme hakkı borçlandırıcı işlem düzeyinde etki doğuracağından, kendisi hukuki yönünden risk altında olmaya devam etmektedir. Özellikle bağışlanan intifa hakkını tescil ettirmeden önceki dönemde taşınmazı üçüncü bir kişiye devrederse bağışlayan üçüncü kişiye karşı (istisnaen bu kişinin kötü niyetli olduğu ihtimal dışında<sup>286</sup>) ileri sürebileceği bir talep yoktur. Değinilen riskin gerçekleşmesi durumunda bağışlayan aralarındaki bağışlama sözleşmesi hükümleri dahilinde bağışlanana karşı sahip olduğu intifa hakkı tesisine ilişkin aynen ifa talebi sonraki kusurlu imkansızlık hükümleri dahilinde tazminat talebine dönüşecektir.<sup>287</sup> Ancak benzer riskler daha önce

---

<sup>284</sup> Hukuki işlemin hukuki niteliğinin değerlendirilmesinde tamamlayıcı olarak miras hukuku etkilerinin dikkate alınabilirliği hakkındaki açıklamalar için Bkz. IX, A numaralı başlık.

<sup>285</sup> Krş. Tekinay, Selâhattin Sulhi vd., Borçlar Hukuku, Genel Hükümler (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993): 335 vd.; Oğuzman ve Öz, Borçlar hukuku Genel Cilt II, N. 1543; Eren, Borçlar Hukuku Genel, N. 3661.

<sup>286</sup> TBK m. 49 f. 2'de: "Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür" şeklinde öngörülmüştür. Söz konusu hükmün şartları ve özellikle üçüncü kişiye zarar verme kastı ispat edilebilmesi durumunda mağdurun zararının aynen ifa ve bu kapsamda üçüncü kişiyi mağdur (bağışlayan) lehine tescile zorlama davası yoluyla giderilebilmesi mümkündür. Bu konuda Krş. Oğuzman ve Öz, Borçlar hukuku Genel Cilt II, N. 183 vd., 360 vd.; O. Gökhan Antalya, Borçlar Hukuku Cilt V/1,2 (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019): N. 244 vd., 2515 vd.

<sup>287</sup> Sonraki ifa imkansızlığın borç ilişkisine etkisi tartışmalı olmakla birlikte, baskın görüşe göre bu yönde örneğin Bkz Nomer, Borçlar Hukuku Genel, N. 182; Oğuzman ve Öz, Borçlar hukuku Genel Cilt II, N. 1470 vd.; Reisoğlu, Borçlar Hukuku Genel, s. 343 vd.; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel, s. 694 vd.

aktarıldığı üzere mükellefiyetli bağış görüşü ve burada mükellefiyeti yerine getirmemeye bağlı olarak bağışlanana tanınan geri alma hakkına ilişkin de geçerlidir. Sonuç olarak sağlararası düzeyinde her ikisi de benzer etkilere sahiptir. Miras hukukuna etkilerine ilişkin ise; kayıtsız şartsız dönme koşuluyla yapılan bağışlama görüşü dahilinde kanunun ruhunu aşan ("*contra verba legis*") yorumla<sup>288</sup> varılan sonuçlar, aşağıda ayrı bir başlıkta aktarılacağı üzere bu çalışmada savunulan görüşler dahilinde ulaşılabilir niteliktedir.<sup>289</sup> Böylece açık bir anlaşma bulunmaksızın tek başına İHKKTB'nin kayıtsız şartsız dönme koşuluyla yapılan bağışlama olarak nitelendirilemeyeceği sonucuna varılmıştır.

## **IX. İNTİFA HAKKI KENDİNDE KALMAK ÜZERE YAPILAN TAŞINMAZ BAĞIŞININ MİRAS HUKUKU'NDA DENKLEŞTİRME VE TENKİS BAĞLAMINDA BAZI SONUÇLARI**

### **A. Sözleşme Tipinin Nitelendirilmesinde Miras Hukukundaki Etkilerin Dikkate Alınabilirliği**

Bu başlık altında ön bir mesele olarak İHKKTB'nin hukuki nitelendirmesinde miras hukukundaki etkilerinin dikkate alınabilirliği irdelenecektir.

Bir hukuki işlemin hukuki nitelendirmesinde kural olarak sözleşmenin kurulduğu an esas alınır.<sup>290</sup> İHKKTB'nin kuruluşu sırasında taraflar arasında yüklü taşınmaz mülkiyeinte ilişkin kazandırmanın bağışlama amacıyla olduğu<sup>291</sup> konusunda irade uyuşması bulunmak-

<sup>288</sup> Antalya ve Topuz, Medeni Hukuk, 341.

<sup>289</sup> Bu konudaki açıklamalar için Bkz. IX, B ile IX,C numaralı başlıklar.

<sup>290</sup> Bir hukuki işlemin ivazlılığı ile ivazsızlığının kapsamı, edim ile karşı edim dengesi arasındaki farkın sözleşmenin kuruluş anı esas alınarak belirleneceğine ilişkin örneğin Bkz. Winistörfer, Die Unentgeltliche Zuwendung, 97; BGE 98 II 352 (359 vd.), E. 5a; BGE 84 II 338 (344), E. 2, www.relevancy.bger.ch, 28. 01.2023.

<sup>291</sup> Bağışlama sözleşmelerinde sözleşme, karşılıksız olma, sağlararası olma, bağışlayanın kendi malvarlığından yapılan kazandırıcı işlem olma unsurları yanında (TBK m. 285'te açıkça zikredilmeyen) söz konusu karşılıksız kazandırmanın bağışlama amacıyla yapılmış olması aranmaktadır. Bu konuda Krş. Vardar Hamacı-

tadır. Öğretideki baskın görüşe<sup>292</sup> ve uygulamaya göre sadece miras hukukunda denkleştirme<sup>293</sup> bedelinin tespit ediliyor olması inceleme konusu hukuki işlemin gerçek anlamda bağışlama sözleşmesi olarak nitelendirilmesinin önüne geçmemektedir.<sup>294</sup> Zaten denkleştirmeye tabi olan da teknik olarak söz konusu bağışlanan değildir. Şöyle ki denkleştirmede kazandırma yapılan aslında miras payı olduğundan, bu durum hukuki etki olarak bağışlama sözleşmesinin geçersiz olması sonucunu doğurmaz.<sup>295</sup> Kaldı ki sözleşmenin kuruluş anında yapılan bu bağışlamanın mirasçının yasal mirasçısı sıfatını kaybettiği durumlarda terekeye iadesinin söz konusu olup olmayacağı belirsizdir.<sup>296</sup>

---

oğlu, Bağışlama, 98 vd.; İlhan, Mükellefiyetli Bağışlama, 39 vd.; Demiral, Şartlı bağışlama, 15; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, 346; Yavuz, Acar ve Özen, Borçlar Hukuku Özel, 393 vd.; Eren, Borçlar Hukuku Özel, N. 944.

<sup>292</sup> Aksi yöndeki görüşe göre TMK m. 669 anlamında miras payına mahsuben yapılan karşılıksız bir kazandırmada malın mülkiyeti sadece geçici olarak bağışlanana geçer. Halbuki bağışlama sözleşmesinde bağışlama konusunun mülkiyetinin bağışlanana kesin olarak geçişi istenmektedir. Buna göre denkleştirmeye tabi bir kazandırma bağışlama sözleşmesi olarak kabul edilmemelidir. Aktarılan durumdan ötürü öğretide denkleştirmeye tabi kazandırmalar için gerçek olmayan bağışlama nitelendirmesi yapılmaktadır. Bu konuda Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, 465 vd.

<sup>293</sup> Genel olarak denkleştirme kurumunun borçlar ve miras hukuku ile ilişkisi de tartışmalıdır. Öğretide denkleştirmeyi sadece miras hukuku işlemi veya sadece borçlar hukuku işlemi olarak kabul edenler bulunur. Bunun gibi denkleştirmeyi hem borçlar hem de miras hukuku işlemi özelliklerini taşıdığını ileri süren karma görüşler de bulunmaktadır. Bu konuda Bkz. Necati Şükrü Bayramoğlu, Mirasta Denkleştirme (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2021):12 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, 459 vd.

<sup>294</sup> Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 155; Vardar Hamacıoğlu, Bağışlama, 116 vd.; K. Nuri Turanboy, Mirasbırakanın Denkleştirme ve Tenkise Bağlı Sağlar Arası Hukuki İşlemleri (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2010): 78; Akbıyık, Karma Bağışlama, 111 vd.; Dural ve Öz, Miras Hukuku, N. 1390; Bayramoğlu, Mirasta Denkleştirme, 26 vd.

<sup>295</sup> Eren, Tenkis, 82 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, Miras hukuku, 465 vd. Yine miras payına mahsuben yapılan kazandırmaların, hukuki niteliği yönünden sıklıkla bağışlama olduğu dikkate alınınca bağışlamaların iadeye tabi olmaması denkleştirme kurumunun faydaları ortadan kaldıracacağı yönünde katılmış olduğumuz tespit hakkında Bkz. Akbıyık, Karma Bağışlama, 111.

<sup>296</sup> Mustafa Dural ve Turgut, Öz, Türk Özel Hukuku Cilt: IV Miras Hukuku (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022) N. 1390; Bayramoğlu, Mirasta Denkleştirme, 26. Buna karşılık aksi yöndeki görüşe göre lehine kazandırma yapılmış olan kişi yasal mirasçılık sıfatını kaybetmiş olsa bile bu durum miras payın mahsuben yapılmış olan söz konusu hukuki işlemin denkleştirmeye tabi bir bağışlama sözleşmesi olarak nitelendirilmesine engel olmaz. İade yükümlülüğü lehine kazandırma yapılmış olan,

Nitekim TBK m. 286'da miras hukukundan doğan sınırlamalara rağmen geçerli bir şekilde bağışlama yapılabileceği de ortaya konmuştur.

Daha önce aktarıldığı üzere İHKKTB'nin hukuki niteliğine ilişkin bunun bağışlama sözleşmesi olduğunu kabul eden görüşler, bunun tam olarak bağışlama sözleşmesinin hangi alt türüne girdiği konusunda kendi aralarında ayrılmaktadır. İncelemenin şu ana kadar ki bölümünde çeşitli gerekçelerle ilave edimlerin öngörülmediği İHKKTB'nin hukuki niteliğinin intifa hakkının mülkiyetin devrinden bir süre önce veya hukuksal bir an önce tesisinde saf anlamda bağışlama; intifa hakkının mülkiyetin devrinden bir süre sonra veya hukuksal bir an sonra tesisinde ise mükellefiyetli bağışlama olarak kabul edilebileceği aktarılmıştır. Bağışlanan tarafından ilave edimlerin kararlaştırıldığı durumda ise bunun niteliğine göre sıklıkla İHKKTB mükellefiyetli ya da karma bağışlama olarak nitelendirilmektedir. Ancak varılan bu sonuçların diğer bazı görüşlerle karşılaştırılarak miras hukukundaki etkilerinin tamamlayıcı olarak değerlendirilebileceği kanaatindeyiz.

İncelemenin başında İHKKTB'nin özellikle aile içi tereke planlamasında sıklıkla başvurulmuş bir araç olma özelliği gösterdiği, hatta söz konusu hukuki işlemin öne çekilmiş mirasçılığa ("*vorweggenommenen Erbfolge*") hizmet eden önemli araçlardan biri olduğu belirtilmiştir.<sup>297</sup> Söz konusu hukuki işlemin kuruluşunda en azından örtülü olarak miras hukukuna yönelik değinilen fonksiyon dikkate alınmaktadır. Bu hukuki işlemin tipinin belirlenmesine yönelik bağışlama sözleşmesine ilişkin kanun hükümlerin yorumlanmasında söz konusu durum gözetilerek miras hukukundaki etkileri tamamlayıcı olarak<sup>298</sup> dikkate alınabilir. Medeni hukukun yeknesaklığı ilkesi ve bu kapsamda TMK ile TBK'nin birbirinden bağımsız olmaması, bunların hükümlerinin şekli

---

ancak mirasçılık sıfatını yitirmiş olan kişinin yerine alan kişilere geçeceği için varılan sonuç değişmeyecektir. Bu konuda Bkz. Weimer, s. 836.

<sup>297</sup> Westhoff, "Vorweggenommenen Erbfolge", 8; Olzen, Die Vorweggenommene Erbfolge, 21- 43.

<sup>298</sup> Buna karşılık söz konusu durumu doğrudan dikkate alan bir görüş için Krş. Rosenthaler, Nutzniessungsvorbehalt, 417 vd.

ve maddi anlamda bütünlüğü de bunu gerektirir.<sup>299</sup> Öte yandan daha önce paylaşılan geçmiş tarihli Yargıtay kararlarında söz konusu hukuki işlemin hangi bağışlama sözleşmesine girdiğine ilişkin hukuki nitelendirmeye yönelik görüş farklılığının saklı paylı mirasçılar ile bağışlanan arasındaki menfaat dengesine önemli şekilde etki ettiği aktarılmıştı. Bu anlamda söz konusu sosyal etkiler düşünüldüğünde sözleşme tipini belirlemeye yönelik ilgili kanun hükümlerinin amaç değerinin belirlenmesine yardımcı (tamamlayıcı) olmak üzere sonuç merkezli bir yorum yapılabileceği ileri sürülebilir niteliktedir.<sup>300</sup>

Aşağıda çalışmada hukuki niteliğe ilişkin varılan sonuçların miras hukukundaki birtakım sonuçları inceleyecektir. Aşağıda öncelikle denkleştirme ve tenkis hakkında temel bazı bilgiler paylaşılacaktır. Devamında inceleme konusuna ilişkin bazı açıklamalar aktarılacaktır. Miras hukukuna ilişkin sonuçların her biri kendi içinde birçok alt tartışma barındıran başlı başına çok kapsamlı çalışmalara konu olabilecek niteliktedir. Bu durum dikkate alınarak bazı sınırlamalar yapılmıştır. Öncelikle miras hukukundaki sonuçlar denkleştirme ve tenkis bağlamında genel hatlarıyla ele alınmıştır. Ayrıca İHKKTB'nın ise çalışmada ön planda incelenmiş olan, intifa hakkı tesisi yanında ilaveten başka edimlerin üstlenilmediği klasik uygulaması esas alınarak miras hukukundaki sonuçlar incelenmiştir. İlave edimlerin üstlendiği durumlara bazen dipnotta veya ana metinde işaret etmek veya kısaca değinilmekle yetinilmiştir. Bu anlamda çalışmanın bundan sonraki bölümünde özellikle incelemede farklı durumlara ilişkin savunulan saf anlamda bağış görüşü ile mükellefiyetli bağış ve karma bağış görüşleri

<sup>299</sup> Krş. Antalya ve Topuz, Medeni Hukuk, 100 vd.

<sup>300</sup> Sonuç merkezli yorum ve sınırları hakkında Bkz Thomas M. J. Möllers, *Juristische Methodenlehre* (München: Beck Verlag, 2023): 195 vd.; O. Gökhan Antalya, *Hukuk Metodolojisi* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021): 719 vd., 721. Son zikredilen yazar sonuç merkezli yorum araçlarında yer alan kanun hükümlerinin makul olmayan haksızlık oluşturmaması ilkesi, hükmün hakkaniyetle denetlenmesi ilkesi, hükmün yaşama ve uygulamaya uygun pratik sonuçları olması ilkesi, toplumun ilgili kişilerince ve toplumun genelince benimsenmesi ilkesini zikretmektedir. Yazara göre bunlar yapılacak yorumla varılan sonuçların açıkça adalete aykırı sonuçlar doğurmamasına, varılan sonuçların sosyal yaşamın gereklerine ve gelişime uygun ve kabul edilebilir olmasına hizmet etmektedir (726 vd., 732 vd.).

arasındaki<sup>301</sup> bazı farklar hakkında genel bir fikir verebilmesi için tüketici olmayacak nitelikte bazı değerlendirmeler paylaşılacaktır. Öğretide karma bağışın miras hukukundaki sonuçları yönünden mükellefiyetli bağışla sıklıkla örtüştüğüne işaret edilmekte olup bunlar aşağıda birlikte ele alınacaktır.<sup>302</sup> Diğer görüşler hakkında ise sadece tamamlayıcı bazı açıklamalar yapılacaktır.

## **B. Denkleştirme Bağlamında Bazı Değerlendirmeler**

Terekenin aktifinden pasifinin çıkarılması ile bulunan terekeye net tereke denilir.<sup>303</sup> Mirasbırakan sağlığında kural olarak malvarlığı üzerinde dilediği şekilde tasarruf edebilir (TMK m. 527 f. 2) ve bu kapsamda ivazsız sağlararası tasarruflarda bulunabilir. Ancak bu durumun net terekeyi azaltacağı dikkate alınır. Kağıt üzerinde net terekeye mirasbırakanın sağlığında yaptığı birtakım karşılıksız kazandırmalar sanki bunlar hiç yapılmamış gibi eklenerek varsayımsal (fiktif) terekeye ulaşılmaktadır.<sup>304</sup> Eklenecek bu değerler arasında üçüncü

<sup>301</sup> Krş. Eitel, Grundstückschenkung, 72 vd.; Rumo-Jungo, Nutzniessung, 16; Sticher, Vorbehaltenen Nutzniessung, 439 vd. Buna karşılık değinilen sözleşmeler arasında benzerlik taşıyan çeşitli hususlar bulunmakta, hukuki nitelendirme bunu etkilememektedir. Örneğin bir taşınmazın karşılıksız veya kısmen karşılıksız bir hukuki işlemle edinimi resmi şekle bağlı olup burada söz konusu ayırım hukuki işlemin şekline ilişkin bir özellik taşımamaktadır. Karma bağışlama sözleşmelerinde resmi şekil hakkında örneğin Bkz. Maissen, Schenkungsvertrag, N. 325; Akbiyık, Karma Bağışlama, 82 vd. Çalışmada aktarıldığı gibi benzerlik taşıyan hususlara incelemenin kapsamını aşmamak için ayrıca değinilmeyecektir.

<sup>302</sup> Örneği aşağıda değinilecek olan mahsuben iade, hesaplamada orantılılama metodu hem karma hem de mükellefiyetli bağışta uygulanmaktadır. Bu konuda Krş. Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 94, 165; Bertossa, Praxiskommentar Erbrecht, Art. 628 N. 17, Art. 630 N. 16; Eitel, Berner Kommentar ZGB, Art. 628 N. 24, Art.630 N. 27.

<sup>303</sup> Bilge Öztan, Miras Hukuku (Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2021): 96; Antalya ve Sağlam, Miras Hukuku, 324. Terminolojik olarak Yargıtay kararlarında ve öğretilerde bazı yazarlarca varsayımsal (fiktif) tereke ifadesi yerine net tereke ifadesi kullanılmaktadır. Buna göre terekenin aktif değerlerine, denkleştirmeye tabi sağlararası kazandırmalar ile tenkise tabi kazandırmaların eklenip bazı değerlerine çıkarılması sonucunda ulaşılabacak rakama net tereke denilmektedir. Bu konuda örneğin Bkz. Sezer Çabri, Miras Hukuku Şerhi, (TMK m. 495-574), Cilt-I (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022): §507, N. 364; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 07.07.2010, E. 2010/1-360, K. 2010/372, <https://legalbank.net>, 14.04.2023.

<sup>304</sup> Belirli bir kesir ile hesaplanmış olan miras payları, saklı paylar ve mirasbırakanın tasarruf edebileceği kısım terekenin bilinmesi ile rakamsal olarak tespit edilebilir

kişiyi lehtar kılmak suretiyle yapılan hayat sigortası alım bedelinin (TMK m. 509) yanında inceleme kapsamında genel hatlarıyla değinilecek denkleştirme ve tenkis tabi sağlararası karşılıksız kazandırmalar (TMK m. 508, TMK m. 565 vd.) yer alır.

Denkleştirme kurumu yasal mirasçılar arasında denkliği, mirasbırakan tarafından bozulan eşitliği sağlamak amacını güder.<sup>305</sup> Denkleştirmeye ilişkin kanundaki maddeler (TMK m. 669 vd./ ZGB Art. 626 vd.) ise emredici nitelikte olmayacak<sup>306</sup>şekilde düzenlenmiştir.

---

hale gelir. Terekenin hesaplanması hakkında örneğin Bkz. Antalya ve Sağlam, Miras Hukuku, 323 vd.; Öztan, Miras Hukuku, 90 vd.; Dural ve Öz, Miras Hukuku, N. 1097 vd.; Mehmet Ayan, Miras Hukuku (Ankara: Adalet Yayınevi 2020): 226 vd.; İnan, Ertaş ve Albaş, Miras Hukuku, N. 1110 vd.

<sup>305</sup> Sticher, Zuwendungen, 408; Benn, Erbrechtliche Ausgleichung, 10; Eitel, Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen, § 1, N. 7; Antalya ve Sağlam, "Miras Hukuku", 549.

<sup>306</sup> Krş. Rolando Forni ve Giorgio Piatti, "Art. 521 – 536, Art. 626-632", içinde Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, ed. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt ve Thomas Geiser, (Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag 2011): Art. 626, N. 18; Bertossa, Praxiskommentar Erbrecht, Vorbem. zu ZGB 626 vd., N. 8; Widmer, Ausgleichung, 115; Benn, Erbrechtliche Ausgleichung, 13; Eitel, Berner Kommentar ZGB, Art. 626 N. 45; Denkleştirmeye ilişkin düzenlemeler maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflar olduğu, mirasbırakanın denkleştirmeyi belirleme serbestisinin mirasın objesine yönelik olabileceği gibi süjesine ilişkin de olabileceği, kazandırmanın kısmen veya tamamen denkleştirilip denkleştirilmeyeceği, ne kapsamda ve kimin lehine denkleştirileceği, denkleştirmede hangi anın esas alınacağı gibi hususları düzenleyebileceği hakkında Krş. Eitel, Berner Kommentar ZGB, Art. 626 N. 47, 49; Benn, Erbrechtliche Ausgleichung, 50; Widmer, Ausgleichung, 129 vd. Bağışlama sözleşmesinden sonra yapılacak denkleştirmeye ilişkin düzenlemelerin geçerliliği tartışmalıdır. Örneğin sonradan yapılacak negatif denkleştirme (denkleştirme yükümlülüğünü ortadan kaldıran) düzenlemelerinin geçerli olduğu yönünde Bkz. Eitel, Berner Kommentar ZGB, Art. 626 N. 52; Widmer, Ausgleichung, 158 vd.; Winistörfer (Dn. 1), S. 159 vd. Sonradan yapılacak pozitif (denkleştirmeye tabi tutan) denkleştirme düzenlemelerinin geçersiz olduğu yönünde örneğin Bkz. BGE 77 II 228 (233), E. 3b, <https://www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c2077228.pdf>, 27.04.2023. BGE 118 II 282 (286), E. 3, [www.relevancy.bger.ch](http://www.relevancy.bger.ch), 27.04.2023. Sonradan yapılacak denkleştirmeye ilişkin negatif ve pozitif düzenlemelerin geçerliliğine ve geçersizliğine ilişkin aktarılan görüşlerle aynı yönde örneğin Bkz. Antalya ve Sağlam, Miras Hukuku, 540. Buna karşılık sonradan yapılacak sadece pozitif denkleştirme düzenlemelerinin geçerli olduğu yönünde Bkz. Eitel, Berner Kommentar ZGB, Art. 626 N. 54; Widmer, Ausgleichung, 128.



Bir kazandırmanın kural olarak<sup>307</sup> denklistirmeye tabi olabilmesi için mirasbırakanın malvarlığından yapılan bu kazandırmanın karşılıksız olması, sağlar arası olması ve miras payına mahsuben yapılmış olması gerekir.<sup>308</sup> İnceleme konusu altsoy lehine yapılan sağlararası kazandırmaların miras payına mahsuben yapıldığı hususunda kanuni, adi (aksi ispat edilebilir) bir karine mevcuttur (TMK m. 669 f. 2/ ZGB Art. 626 Abs. 2).<sup>309</sup> Bu kapsamda TMK m. 669 f. 2'de "*Mirasbırakanın çeyiz veya kuruluş sermayesi vermek ya da bir malvarlığını devretmek veya borçtan kurtarmak ve benzerleri gibi karşılık almaksızın*" yapılan kazandırmaların denklistirmeye tabi olduğu belirtilmiş. TMK m. 669 f. 2'nin sözü ile gerekçesi<sup>310</sup> sayılanların sınırlayıcı olmadığına işaret eder.<sup>311</sup> Bununla birlikte öğretilerde bu kapsamda mirasbırakanın altsoyuna yaptığı ("*ve benzeri*") ifadesi ile kastedilen) hangi tasarrufların denklistirmeye tabi olabileceği tartışmalı olup çeşitli görüş ve gerçekler bulunmaktadır.<sup>312</sup> Bunlar arasında öncelikle altsoya yapılan tüm kazandırmaları (bağışlamanın iadesi yaklaşımı/ "*Konzept der Schenkungskollation*") buna dahil edenler bulunur.<sup>313</sup> Yine aslında aynı

<sup>307</sup> Denklistirmeden muaf tutulan kazandırmalar için Bkz. Eren, Fikret ve İpek Yücer Aktürk, *Türk Miras Hukuku* (Ankara: Yetkin, 2021): 624 vd. İnan, Ertaş ve Albaş, *Miras Hukuku*, N. 2023 vd.

<sup>308</sup> Turan Başara, *Miras Hukukunda Denklistirme*, 46 vd.; Bedia Güleş, "*Türk Miras Hukuku'nda Denklistirme*", *TBB Dergisi*, 134 (2018): 378 vd.; Çabri, *Miras Hukuku Şerhi*, Cilt III, § 609, N. 607 vd.

<sup>309</sup> Diğer yasal mirasçılar konusunda ise aksi yönde bir karine mevcuttur. Bu konuda Bkz. Ayan, *Miras Hukuku*, 370 vd.; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Miras Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2021): 461. Yine adi (aksi ispat edilebilir) bir karine olduğu yönünde tespit için örneğin Bkz. Yargıtay. 14 Hukuk Dairesi, 5.6.2018, E. 2017/5137, K. 2018/4448, <https://legalbank.net>, 14.04.2023.

<sup>310</sup> TMK m. 669 f. 2 madde gerekçesinde: "*...denklistirmeye tabi olan ve örnek olarak sayılan sağlar arası karşılıksız kazandırmalar...*" şeklinde zikredilmektedir.

<sup>311</sup> İnan, Ertaş ve Albaş, *Miras Hukuku*, N. 2018; Turanboy, *Denklistirme ve Tenkis*, 76.

<sup>312</sup> İsviçre ve Türk Hukuku'nda bu konudaki görüşlerin kapsamlı olarak aktarıldığı ve değerlendirildiği akademik bir çalışma için örneğin Bkz. Turan Başara, *Denklistirme*, 65 vd. Yine görüşlerin daha genel hatlarıyla tartışıldığı bir çalışma için örneğin Bkz. Bayramoğlu, *Mirasta Denklistirme*, 50 vd.

<sup>313</sup> Bu görüşün bazı gerekçeleri arasında bu görüşün adil olduğu; yasal mirasçılar arası eşitliği sağladığı; bu görüşün uygulanabilir olduğu, bu anlamda kazandırmanın hangi amaçla yapıldığını aramanın belirsizlik yarattığı, kaldı ki kanunda sayı-

görüş altında yer almakla birlikte bunu sınırlamak üzere, ancak arka planındaki amaçtan<sup>314</sup> bağımsız olarak) sadece ekonomik olarak büyük kapsamlı kazandırmaları (“*Grosszuwendungen*”) buna dahil edenler yer alır.<sup>315</sup> Aktarılan görüşlerin yanında denkleştirmeyi amaçsal olarak, altsoya yapılan kazandırmanın ona ekonomik yönden bağımsızlık kazandırması, mevcut olan bu bağımsızlığı koruması, sürdürmesi veya genişletilmesi ile sınırlayanlar bulunmaktadır (geçimin/ekonomik donanımın iadesi yaklaşımı/ “*Konzept der Versorgungskollation*”).<sup>316</sup> Bu incelemeyi ilgilendiren taşınmaz bağışlarının

---

lan örnekler arasında genel bir örüntü tespit edilemeyeceği, örneğin malvarlığını devretmek veya borçtan kurtarmanın ekonomik bağımsızlık sağlama dışında da gerçekleştirilebileceği; yine bazılarının ileri sürülen bir gerekçe ise “*ve benzeri*” ifadesinin sadece malvarlığını devretmek veya borçtan kurtarma amacına sirayet ettiği ve bu anlamda amaç unsurunun ekonomik bağımsızlıkla sınırlı olmadığı; öğretilerde diğer görüşlerin ileri sürdüğü ekonomik bağımsızlık amacı veya (bir örnekinden daha fazla belirgin olmakla birlikte) büyük kapsamlı kazandırma ölçütlerinin belirsizliği vb. yer almaktadır. Bu görüşte olanlar için örneğin Bkz. Tuor ve Piconi, Berner Kommentar ZGB, Art. 626, N. 40 vd.; Eren ve Yücer Aktürk, Miras Hukuku, N. 623 vd.; İnan, Ertaş ve Albaş, Miras Hukuku, N. 2018.

<sup>314</sup> Örneğin bu bağlamda öğretilerde Eren’in ekonomik donanımın iadesi yaklaşımına karşı ileri sürdüğü, özel bir hüküm olmamasına rağmen mirasbırakanın saikinin hukuki sebep olarak kabul edilmiş olacağı eleştirisi zikredilebilir. Bu konuda Bkz. Eren, Tenkis, 78.

<sup>315</sup> Bu görüşün bazı gerekçeleri arasında bu şekilde yasal mirasçılar arası eşitliğin sağlandığı, hükümde geçen kazandırmaların müşterek özelliğinin bunların önemli nitelikte olmaları olduğu vb. yer alır. Bu görüşte olanlar için örneğin Bkz. Eitel, Nutzniessungsvorbehalt, 228 vd. 297 vd.; Eitel, Berner Kommentar ZGB, Art. 626, N. 84, 91, 97-98; Tuor ve Piconi, Berner Kommentar ZGB, Art. 626 N. 41; Bertossa, Praxiskommentar Erbrecht, Art. 626, N. 50; Escher, Kommentar ZGB, Art. 626 N. 39; Rona Serozan ve Baki İlkay Engin, Miras Hukuku (İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2019): 573, dn. 37; Ayan, Miras Hukuku, 368.

<sup>316</sup> Bu görüşün bazı gerekçeleri arasında kanunun sözünün tüm kazandırmaları kapsamadığı; denkleştirme kurumunun eşitliği sağlama amacına uygun olduğu; yasal denkleştirmenin sadece altsoy için geçerli olma nedenini daha iyi izah ettiği vb. yer alır. Bu görüşte olanlar için örneğin Bkz. Forni ve Piatti, Basler Kommentar ZGB, Art. 626, N. 14 vd.; Kocayusufoğlu, Miras Hukuku, 472 vd.; Dural ve Öz, Miras Hukuku, N. 1410.; Çabri, Miras Hukuku Şerhi Cilt III, § 669, N. 632; Antalya ve Sağlam, Miras Hukuku, 544 vd.; Turan Başara, Denkleştirme, 65 vd. Yine TMK m. 669 f. 2 (ZGB Art. 626 Abs. 2) amaçlar arasında ortak bir özellik olmadığı eleştirisinin yerinde olmadığı, bunlar arasında geçen “*çeyiz veya kuruluş sermayesi verme*” nin kazandırmanın amacı ile alakalı olduğu, buna karşın “*bir malvarlığını devretme*” veya “*borçtan kurtarma*” nin ise kazandırmanın hangi araçla yerine getirileceği ile ilgili olduğu ve bu anlamda hükümde geçen “*ve benzeri*” ifadesinin de

ise ilk görüşe göre her türlü, ikinci görüşe göre ise büyük bir kazandırmanın varlığından yola çıkılabileceğinden dolayı<sup>317</sup> kural olarak denkleştirme tabi olacağı söylenebilir. Ekonomik donanımın iadesi yaklaşımı dahilinde de baskın görüş taşınmaz bağışlarının geçimi sağlama özelliği bulunduğu ve bunların denklistirmeye tabi olduğu yönündedir.<sup>318</sup>

İHKKTB özelinde ekonomik donanımın iadesi yaklaşımının kabul edilmesi ihtimalinde, bunların denklistirmeye tabi olup olmadığı tartışılabilir. Öğretide bir görüş bu tür taşınmazların denklistirmeye tabi olmayacağını belirtmektedir. Söz konusu görüş buna gerekçe olarak; kendine intifa hakkı ile yüklü taşınmaz devredilen bağışlananın, bağışlayanın hayatı boyunca taşınmazdan bir fayda sağlayamamasını göstermektedir.<sup>319</sup> Ancak söz konusu tespitlere karşı diğer bir görüş bu tür sözleşmelerinde denklistirmeye tabi olduğunu savunur. Bu yönde öğretide sınırlı aynı hakların sınırlı bir süre ile geçerli olduğu, kendisine yüklü taşınmaz bağışlananın bunun maliki olarak söz konusu taşınmazı üzerinde ipotek tesis edebileceği veya değeri çok düşecek olsa bile bunu satabilme imkanına sahip olduğu belirtilmektedir.<sup>320</sup> Son görüşün gerekçeleri daha önce aktarılan üç aşamalı değer

---

araçlara sirayet ettiği hakkında Krş. Eitel, Nutzniessungsvorbehalt, 199; Widmer, Ausgleichung, 85 vd.; Turan Başara, Denkleştirme, 70 vd.

<sup>317</sup> BK- Eitel, ZGB 626 N. 93.

<sup>318</sup> Çabri, Miras Hukuku Şerhi Cilt III, § 669, N. 632; Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 90. Yine İsviçre Federal Mahkemesi'nin yaklaşımı bu yöndedir. Bu konuda Krş. BGE 107 II 119 (131), E. 3b; BGE 131 III 49 (55), E. 4.1.2, www.relevancy.bger.ch, 10.01.2023. Ancak Yargıtay uygulamasında mirasbırakanın taşınmazını hayattayken altsoyuna bağışlamasının denklistirme kapsamında görmediği kararlara rastlanmaktadır. Bu konuda Krş. Yargıtay. Hukuk Genel Kurulu, 19.12.1990, E.1990/2-534, K.1990/648, <https://legalbank.net>, 14.04.2023. Ancak Yargıtay'ın tüm kazandırmaları ekonomik değerinden bağımsız olarak kural olarak denklistirmeye tabi tuttuğu kararları da bulunmaktadır. Bu konuda Bkz. Turan Başara, Denkleştirme, 85.

<sup>319</sup> Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 97.

<sup>320</sup> Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 96. Yazarın incelemiş olduğu (Fransızca yayınlanmış olduğu için bu çalışmada bizzat incelenememiş olan) İsviçre Federal Mahkemesi'nin 2010 yılındaki bir kararında (Urteil des BGE 5A\_338/2010 vom 04.10.2010) yazarın aktardığı üzere mahkeme taşınmazın intifa hakkı ile kayıtlı olmasının tek başına bunun gereksinim sebebiyle ka-

değişimi yaklaşımı dahilinde İHKKTB'ye konu kazandırmaya yüklenen anlam<sup>321</sup> ile tutarlı olup varılan sonuca katılmaktayız.

Bu bağlamda denkleştirme ile bir sonraki başlıkta tekrardan kaçınmak üzere tenkise ilişkin hesaplamada değerlendirme anının ne zaman olduğu irdelenebilir. Bu konuda ilk olarak TMK m. 575 hükmü zikredilebilir. Bu hükümde mirasbırakanın sağlığında yapmış olduğu mirasla ilgili kazandırmalar ve paylaşımların, terekenin ölüm (mirasın geçişi) anındaki durumuna göre değerlendirileceği öngörülmüştür. Öğretideki baskın görüş hükümde geçen mirasbırakanın sağlığında yaptığı miras ile ilgili kazandırmalar ve paylaşımlar ifadesi ile kastedilenin denkleştirmeye ve tenkise tabi kazandırmalar olduğunu belirtmektedir.<sup>322</sup> Yine terekenin hesaplama anına ilişkin olarak benzer şekilde TMK m. 507 f. 1 (ZGB Art. 474 Abs. 1)'de: "Mirasbırakanın sağlığında yapmış olduğu mirasla ilgili kazandırmalar ve paylaşımlar, terekenin ölüm anındaki durumuna göre değerlendirilir" olarak ifade edilmektedir. Bu hükme göre net terekenin (eklenecek ve çıkarılacak değerlerin) hesaplanması yanında, buna eklenmesi gereken gerek denkleştirmeye gerekse tenkise tabi sağlararası kazandırmaların hesaplanmasında mirasın ölüm anı (mirasın açılışı) esas alınmalıdır<sup>323</sup>. Öte yandan denkleştirme değeri başlıklı TMK m. 673 hükmü-

---

zandırma niteliğini engellemeyeceğini ortaya koymuştur (96). Son aktarılan karardaki tespite öğretide eleştirel yaklaşan *Bianchi* İHKKTB'nin gereksinim sebebiyle kazandırma olarak kabul edilemeyeceği, ancak mahkemece verilen kararın sonuçları itibarıyla adil olduğundan kabul edilebileceği belirtmektedir. *Bianchi* nin görüşüne ilişkin yapmış olduğumuz açıklamalar için yine Bkz. Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 98, dn. 127.

<sup>321</sup> Bu konudaki açıklamalarımız için Bkz. IV, A numaralı başlık.

<sup>322</sup> Sezer Çabri, Miras Hukuku Şerhi, (TMK m. 575-639), Cilt-II (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020): § 575, N. 24 vd.; İnan, Ertaş ve Albaş, Miras Hukuku, N. 1111; Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, 520. Buna karşılık TMK m. 673 f. 1 hükmü dikkate alınarak denkleştirmeye tabi kazandırmaların TMK m. 575 hükmünün kapsamının dışında olduğu, bu tür kazandırmaların denkleştirilmesinde mirasın geçiş anının değil denkleştirme anının esas alınacağı yönünde Bkz. Dural ve Öz, Miras Hukuku, N. 1479, dn. 955.

<sup>323</sup> Staehelin, Basler Kommentar ZGB, Art. 474, N. 14; Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 106; Escher, Art. 474, N. 3; Rohner/Muster, S. 1303; Baygın, Cem, Tenkis Davalarında Mirasbırakanın Tasarruf Nisabının Hesaplanması, EÜHFD, C. XII, S. 3-4, 2008, S. 138; Çabri, Miras Hukuku Şerhi Cilt II, § 575, N.26; Nar, Tenkis, 71.

nün ilk fıkrasında, mehaz ZGB Art. 630 Abs.1 ile bunun esas alan eMK m. 697'den farklı olarak mirasın geçiş anını değil kazandırmanın denkleştirme anındaki<sup>324</sup> değerinin esas alınacağı öngörülmüştür. Söz konusu değişiklikte özellikle mirasın geçişi ile denkleştirme zamanı arasında uzun zaman geçmesine ilişkin değer değişimleri dikkate alınmıştır. Hükümde değer değişimlerine bağlı olarak denkleştirme taraflarının birbiri aleyhine haksız şekilde hak kazanmasının önüne geçildiği<sup>325</sup> ve bu anlamda denkleştirme kurumunun amacı ile uyumlu olduğu belirtilmektedir.<sup>326</sup>

TMK m. 673 f. 1, TMK m. 507 f. 1, TMK m. 575 hükümlerinin denkleştirme hesaplaması özelinde bir çelişki olmadan birlikte nasıl yorumlanacağı sorulabilir. Buna ilişkin olarak katıldığımız görüşe göre denkleştirmeye tabi kazandırmalar farazi tereke hesabında kağıt üzerine aktarımında mirasın geçiş anı esas alınırken, denkleştirmenin sonradan ileri sürüldüğü durumda denkleştirme anı esas alınacaktır.<sup>327</sup> Aşağıda denkleştirme hesabına ilişkin hususlarda değinilen

<sup>324</sup> Denkleştirme anının paylaşma aşamasında önce tespit davasının açılması durumunda, bu davanın açılmış olduğu anı; paylaşma aşamasında ise denkleştirmeye yönelik açılacak davanın tarihi olduğu yönünde Bkz. Antalya ve Sağlam, Miras Hukuku, 549. Denkleştirme anının denkleştirme şeklinin seçildiği an olduğu yönünde örneğin Bkz. Cemal Öztürkler, Mirasta Denkleştirme iade ve Tenkis Davalarında Hesap Teknikleri, (Ankara, Seçkin Yayınları, 2004): 105

<sup>325</sup> TMK m. 673'ün madde gerekçesinde şu şekilde ifade edilmektedir: "... Denkleştirmede gerek geri verme yükümlüsünün, gerek mirasçılarının birbirlerinin zararına hak elde etmemesi için, denkleştirme anındaki değeri göz önünde tutulur".

<sup>326</sup> Turan Başara, Denkleştirme, 233 vd.; Bayramoğlu, Mirasta Denkleştirme, 81 vd.; Güleş, "Miras Hukukunda Denkleştirme", 421.

<sup>327</sup> Çabri, Miras Hukuku Şerhi Cilt II, § 575, N. 27; Turan Başara, Denkleştirme, 234. Taşınırlarda mirasın geçişinin esas alınması; buna karşılık taşınmazlarda taşınmazın paylaşmadaki değerinin esas alınacağını öngören TMK m. 657 ile paralel olarak ve TMK m. 673 f. 1 hükmü dikkate alınarak denkleştirme anının esas alınması yönünde Bkz. Serozan ve Engin, Miras Hukuku, 441. Genel olarak denkleştirme konusu malların hesaplanmasında denkleştirme anının dikkate alınacağı, eMK m. 607'den farklı olarak TMK m. 673 f. 1 hükmünde denkleştirme hesabında denkleştirme anının esas alınması ile bölünemez kazandırmaların kısmi tenkisinde karar gününü esas alan TMK m. 564 f. 2 ile paralellik sağlandığı hakkında Bkz. Dural ve Öz, Miras Hukuku, N. 1428.Yine TMK m. 673 f. 1 hükmünün kapsamına taşınmazlar yanında taşınırların da dahil olduğu hakkında Bkz. Eren ve Yücer Aktürk, Miras Hukuku, N. 1708. Ancak yazarın haklı olarak işaret ettiği üzere söz konusu hüküm mirasın denkleştirme şekillerinden sadece mahsuben denkleştirme

ayrım yapılmaksızın, doğrudan denkleştirme değeri esas alınarak açıklamalar yapılacaktır. Bu anlamda sağlararası karşılıksız kazandırmalara ilişkin aktarılan genel esaslar İHKKTB içinde geçerlidir. Saf anlamda bağışlama olarak kabul ettiğimiz söz konusu hukuki işlemde taşınmazın yüksüz değerinin (E.D) tamamının denkleştirme anındaki değeri denkleştirmeye; mirasbırakanın ölüm (mirasın geçişi) anındaki değeri ise tenkise tabidir.<sup>328</sup>

Denkleştirmenin nasıl gerçekleştirilebileceğine ilişkin olarak TMK m. 671 f. 1'de bunun geri verme (aynen denkleştirme/"*Realkollation*") ya da mahsup (mahsuben denkleştirme/"*Idealkollation*") olarak iki şekilde olabileceği düzenlenmiştir.<sup>329</sup> Buna göre İHKKTB'nin hukuki niteliğinin saf anlamda bağışlama sözleşmesi olduğunun kabulü durumunda, denkleştirme borçlusunu (bağışlanan) mirasın geçişi itibarıyla yüksüz taşınmazı aynen iade ile payından

---

usulünde uygulanacaktır. Buna karşılık aynen denkleştirme usulünde zaten eşya mevcut durum ve değeriyle terekeye iade edileceğinden, söz konusu değer üzerinden denkleştirme hesaplanacaktır (N. 1707). Kazandırmanın konusu para ise mahsuben değil, aynen denkleştirmeye tabi olacağı hakkında Bkz. Hayrunnisa Özdemir, Türk Medeni Kanunu'na Göre Mirasın Paylaşılması Şerhi, (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2019): 201; Turan Başara, Denkleştirme, 232; Bayramoğlu, Mirasta Denkleştirme, 136; Kocayusufoğlu, Miras Hukuku, 486. Denkleştirmenin konusunun bir mal veya hak olması yanında para olması durumunda da bunun değerinin denkleştirme anı esas alınarak hesaplanması gerektiği, son aktarılan durumda bunun kabulünün enflasyonist fiyat dalgalanmalarının olduğu ülke şartları gözetildiğinde denkleştirmenin amacı olan yasal mirasçılar arasında eşitliği sağlamaya hizmet ettiği hakkında Bkz. Çabri, Miras Hukuku Şerhi Cilt III, § 673, N. 671 vd.

<sup>328</sup> Bu bağlamda ZGB Art. 630 Abs. 1 denkleştirme değeri olarak mirasın geçiş anı esas alındığından İsviçre öğretisine yapılan bu atıflarda, atfı yapılan metinlerde geçen "*mirasın geçiş anı*" ifadesi "*denkleştirme anı*" şeklinde yazıldığı dikkate alınmalıdır. Söz konusu durum dikkate alınarak Bkz. Winistörfer, Die Unentgeltliche Zuwendung, 131 vd. ZGB Art. 532 Abs. 2 (TMK m. 570)'ye ilişkin yapılan bir değerlendirmede hesaplama anına ilişkin olarak kanunda genel prensibin ortaya konmuş olduğu ve bu konuda (denkleştirme veya) tenkise ilişkin hükümlerde kazandırmanın intifa hakkı ile kayıtlı olup olmaması özelinde bir ayrımı yapılmamış olduğu hakkında Krş. Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 202.

<sup>329</sup> Ayan, Miras Hukuku, 371 vd.; İnan, Ertuş ve Albaş, Miras Hukuku, N. 2031 vd.; Antalya ve Sağlam, Miras Hukuku, 547 vd.; Öztan, Miras Hukuku, 482; Eren ve Yücer Aktürk, Miras Hukuku, N. 1717 vd.; Dural ve Öz, Miras Hukuku, N. 1425 vd.; Kılıçoğlu, Miras Hukuku, 462. Piotet, Erbrecht, 317.

fazla olsa bile bunu muhafaza ederek bunun değerini miras payına mahsup ettirme arasında yenilik doğuran hak niteliğinde<sup>330</sup> bir seçim hakkına<sup>331</sup> sahiptir.<sup>332</sup>

Saf anlamda bağışta aşağıda aktarılacak karma ile mükellefiyetli bağıştan farklı olarak orantılama metodu uygulanmamaktadır. Denkleştirmede denkleştirme anındaki, tenkiste mirasın geçişi anındaki taşınmazın yüksüz değeri esas alınmalıdır. Şayet burada katıldığımız görüşten farklı olarak İHKKTB'nin hukuki niteliğinin karma ya da mükellefiyetli bağış olduğu görüşü kabul edilecek olursa intifa hakkına sahip mirasbırakan taşınmaz üzerindeki ürünleri aldıkça, bağışlanan altsoy çifte fayda sağlamış olur. Şöyle ki bu ihtimalde öncelikle intifa hakkının sermaye değeri taşınmaz kazandırmasının karşı edimi olarak mahsup edilecektir. Ayrıca yasal mirasçı olarak bağışlanan altsoy intifa hakkının kullanımı dolayısıyla artması olası olan<sup>333</sup> mirasbıra-

<sup>330</sup> Eitel, Art. 628, N. 13; Eren ve Yücer Aktürk, Miras Hukuku, N. 1716; Çabri, Miras Hukuku Şerhi Cilt III, § 671, N. 651.

<sup>331</sup> Söz konusu seçim hakkının TBK m. 87 (eBK m. 70) hükmü anlamında seçimlik bir borç olduğu yönünde Bkz. Eren, Mirasta İade, s. 741; Turan Başara, Denkleştirme, 224.

<sup>332</sup> Krş. Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 96.

<sup>333</sup> Mirasbırakan hayatta iken malvarlığı değerlerine ilişkin nasıl hareket edebileceğine ilişkin üç ihtimal düşünülebileceği belirtilmektedir Buna göre mirasbırakan bunları saklayabilir (biriktirebilir), tüketebilir, yatırım yapabilir. Sağlığında malvarlığı değerleri üzerinde serbestçe hareket edebilen mirasbırakan bunları tüketirse zaten bu yararlar artık terekeye dahil olmaz. Ancak intifa hakkı sahibinin kural olarak tasarruf etme yetkisi bulunmadığından, inceleme konusu durumda bu ihtimal gerçekleşmez. Mirasbırakan bunları saklar ise doğal olarak bunlar terekeye dahil olur. Yatırım ise intifa hakkı sırasında bağış konusu taşınmaza onun kıymetini arttıracak tedbirler alınmasını ifade eder, örneğin taşınmazdaki balkonun kumanda ile açılır kapanır bir sistemle kapatılması böyledir. Bu durumda TMK m. 801'de öngörülen intifa hakkı sahibinin tazminat ile söküp almaya ilişkin talepleri terekeye geçer ya da söz konusu işlem bağış iradesi ile yapılmış ise bu kazandırma bağışlanana yapılmış ilave bir bağış kabul edilerek, bu değerle denkleştirme veya tenkise tabi olacaktır. Aktarılan açıklamalar için Krş. Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 238.TMK m. 801'de şu şekilde öngörülmüştür: "intifa hakkı sahibi, yükümlü olmadığı hâlde yaptığı giderler, yenilemeler ve eklemeler için, hak sona erdiğinde, vekâletsiz iş görme hükümleri uyarınca tazminat isteyebilir. Malikin tazminat vermektен kaçınması hâlinde intifa hakkı sahibi, yaptığı eklemeleri, malı eski hâline getirmek kaydıyla söküp alabilir". TMK m. 801 hakkında Bkz. Nomer ve Ergüne, Eşya Hukuku, N. 1663; Özen, İntifa Hakkı, 223 vd.

kanın terekesinden faydalanacaktır. Öğretide böyle bir sonucun tatmin edici olmadığına, bunun yerine mirasın açıldığı andaki yüksüz taşınmaz değerinin esas almanın daha makul olduğuna işaret edilmektedir.<sup>334</sup>

İHKKTB'nin hukuki niteliğinin karma bağışlama sözleşmesi ya da mükellefiyetli bağışlama sözleşmesi olarak kabul edildiği durumlarda ise yüklü taşınmaz bir karşı edim ya da mükellefiyet sonucu elde edilmiştir. Buna göre denkleştirme ile tenkis hesabında karma bağışlamada intifa hakkı haricinde öngörülen karşı edime denk düşen kısmen ivazlı olan kısım; mükellefiyetli bağışlamada mükellefiyete konu (taşınmaz mülkiyetinin devrinden sonra) tesis edilecek intifa hakkının sermaye değeri göz ardı edilmemesi gerekir.<sup>335</sup> İHKKTB'nin karma bağış veya mükellefiyetli bağış nitelendirilmesi bağışlananın lehinedir. Bağışlananın davranışı geniş anlamda bir karşılık (karşı edim ya da mükellefiyet) kabul edildiği ölçüde bağışlamada denkleştirme ve tenkiste dikkate alınmayacaktır.<sup>336</sup> Baskın görüşe göre söz konusu durumlarda denkleştirme borçlusu denkleştirmede sadece ivazsız olan kısmının değerini farazi tereke hesabına eklettirebilme, kısaca sadece mahsuben denkleştirme imkanı bulunmaktadır.<sup>337</sup> Tenkiste de

<sup>334</sup> Krş. Sticher, Vorbehaltenen Nutzniessung, 7 vd.

<sup>335</sup> Krş. Widmer, Ausgleichung, 32; Winistörfer, Die Unentgeltliche Zuwendung, 116 vd., 201 vd.; Eitel, Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen, § 1 N. 4, 6.

<sup>336</sup> Yine bu durumda mirasın geçişinde yüksüz taşınmazın değerinin tamamını değil, sadece bunun bir kısmı denkleştirmesinin bekleneceği hakkında Bkz. Eitel, Grundstückschenkung, 72 vd.

<sup>337</sup> Denkleştirmede karma bağışlama ve mükellefiyetli bağışlama sözleşmesinde baskın görüşe göre bağışlama konusu obje aynen ("*in natura*") terekeye dahil edilmez ("*Realkollation*"), bunun değeri hesaplamada terekeye eklenir ("*Idealkollation*"). Bu konuda Bkz. BGE 98 II 352 vd. (364), E. 6; Eitel, Berner Kommentar ZGB, Art. 628 N. 24; Piotet, Erbrecht, 317; Bertossa, Praxiskommentar Erbrecht, Art. 628, N. 17; Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 96, 98. Öğretide *Akbyık* karma bağış sözleşmelerine ilişkin çalışmasında öğretideki azınlık görüşünün, eski tarihli kararlarında İsviçre Federal mahkemesi'nin (BGE 55 II 163) ve bazı kararlarında Yargıtay'ın (Y. 2HD, 7.7.1977 t. 5197/5546 S.; Y. 2HD. 16.2.1970 T., 5003/1065 S.) katıldığı; bağışlamalarda denkleştirme yükümlüsünün her iki yola da başvurabileceği şeklinde görüşe işaret etmektedir. Bu konuda ve paylaşılan kararlar için Bkz. Akbyık, Karma Bağışlama, 138, s. 132, dn. 65. Karma bağışlamada her iki yola başvurulabileceği hakkında azınlık görüşü için



benzer şekilde karma bağışlama ve mükellefiyetli bağışlama sözleşmesinde iadenin aynen değil, değer olarak gerçekleşeceği kabul edilmektedir.<sup>338</sup> Burada bağışlama anı ile denkleştirme anı arasında taşınmazda bir değer değişimi olup olmadığına bakılır. Bu ise kazandırma esnasındaki taşınmazın değerinden (E.D) birtakım değer/ değerlerin çıkarılması ile bulunur. Buna göre mükellefiyetli bağışlamada E.D'den kazandırma esnasındaki intifa hakkı değeri (İ.H.D) çıkarılır. Karma bağışlamada ise E.D'den mülkiyetin devir şekillerine göre bağışlayan veya bağışlananın intifa hakkı tesis etmesine göre sırasıyla; kazandırma esnasındaki karşı edimin değeri<sup>339</sup> veya karşı edimin değeri ile İ.H.D toplamı çıkarılır.<sup>340</sup>

Ancak özellikle son yıllarda enflasyon etkisi, deprem, salgın hastalık vb. nedenlerle taşınmazlarda bağışlama anı ile mirasın geçişi arasında bir değer değişimi olabilmektedir<sup>341</sup>. Bu duruma karma/ mükellefiyetli bağışlamalarda<sup>342</sup> nasıl yaklaşılacağı tartışmalı olmakla

---

Bkz. Benn, Erbrechtliche Ausgleichung, 130; Wolf ve Genna, Erbrecht. 340 vd.; Eren, Mirasta İade, s. 738.

<sup>338</sup> Bu konuda Krş. Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 108.

<sup>339</sup> Çabri, Miras Hukuku Şerhi Cilt III, § 671, N. 662. Hatırlanacağı üzere katıldığımız görüşe göre tek başına intifa hakkı tesisi karşı edim olarak kabul edilmemektedir. Bu anlamda karma bağışlama sözleşmesinin kabulü için sözleşmede bağışlanan tarafından bağışlayanın edimi olan yüklü taşınmaz mülkiyetinin devri ile oransızlık teşkil edecek bir karşı edim üstlenilmiş olması gerekmektedir. Böylece intifa hakkı karşı edim gibi ele alınmamalı ve denkleştirme veya tenkiste esas alınacak değer, sanki devreden kendi lehine intifa hakkı tesis etmemiş olsaydı, nasıl olacak idiyse ona göre hesaplanmalıdır. Katılmadığımız aksi yöndeki görüş tek başına intifa hakkı tesisini karşı edim kabul eder, söz konusu sözleşmeye olası bir değer değişiminde orantılama metodunu (bağışlama zamanındaki İ.H.D'nin E.D'ye oranını mirasın geçiş anındaki E.D'ye) uygular. Bu konuda Bkz. Rosenthaler, Nutzniessungsvorbehalt, 412 vd.; Staehelin, Basler Kommentar ZGB, Art. 475 N. 8.

<sup>340</sup> Bağışlayanın intifa hakkını tesis ettiği kurgu üzerinden alternatif bir hesaplama yöntemi olarak taşınmazın intifa hakkı ile yüklü değeri ile karşı edim değeri arasındaki farkın esas alınabileceği yönünde Bkz. Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 100.

<sup>341</sup> Bu konuda Krş. TCMB, Konut fiyat Endeksi, <https://www.tcmb.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 01.05.2023; Celal Erdoğan, Konut Fiyat Değişimleri, 2023, <https://celalerdogdu.com/turkiye-gayrimenkul-gostergeleri/konut-fiyat-degisimleri/>, Erişim Tarihi: 01.05.2023.

<sup>342</sup> Orantılama esasının benzer bir şekilde mükellefiyetli bağışlamalarda uygulanması gerektiğine öğretide işaret edilmektedir. ZGB Art. 630 Abs. 1 denkleştirme değeri

birlikte<sup>343</sup> baskın görüş orantılama metodunu (“*Proportionalmethode*”) kabul etmektedir. Orantılama metoduna göre sözleşmenin kuruluş anındaki bağışlananın karşı edime oranı, denkleştirme tarihindeki bağışlananın değerine uygulanarak denkleştirme değeri bulunur.<sup>344</sup> Yine öğretide kabul edildiği üzere tenkis konusu bedelde aynı şekilde bulunacaktır <sup>345</sup>. Mükellefiyetli bağışlamalarda ise sözleşmenin kuruluş anında bağışlananın üstlendiği mükellefiyetin değeri ile bağışlanın

---

olarak mirasın geçiş anı esas alındığından; İsviçre öğretisine yapılan bu atıfta, atfı yapılan metinlerde geçen “*mirasın geçiş anı*” ifadesi “*denkleştirme anı*” şeklinde yazıldığı dikkate alınmalıdır. Söz konusu durum gözetilerek orantılama metodunun mükellefiyetli bağışlamalara da uygulanabileceğine ilişkin Bkz. Winistörfer, Die Unentgeltliche Zuwendung, 132; Eitel, Berner Kommentar ZGB, Art. 630 N. 27; Piotet, Erbrecht, 325; Bertossa, Praxiskommentar Erbrecht, Art. 630, N. 16.

<sup>343</sup> Karma bağışlama sözleşmelerine ilişkin olarak İsviçre Federal Mahkemesi’nin eski tarihli içtihatlarında ve öğretideki azınlık tarafından savunulan sabit oran metoduna (“*Konstantenmethode*”) göre sözleşmenin kuruluşunda bağışlama sözleşmesinin karşılıksız bölümü ile karşı edim (satış anında ödenen bedel) arasındaki değer farkı denkleştirme tabi olur. Bu metoda sabit denmesinin sebebi, sözleşmenin kuruluşundan sonra mirasın açılmasına kadar taşınmazın değerinde bir değişme olsa bile yapılacak değerlendirmede sözleşmenin kuruluşunda aktarılan farkın esas alınmasıdır. Bu görüş hakkında örneğin Bkz. Fikret Eren, “Mirasta İfade”, AD, 54/3-4 (1963): 738. Çıkarma adı verilen metoda göre (“*Substraktionsmethode*”) ise mirasın açıldığı andaki gerçek değeri ile sözleşmenin kuruluşu anındaki karşı edimin değeri (satım bedeli) arasındaki fark denkleştirmeye tabi tutulur. Bu ve diğer görüşlerin tartışıldığı bir İsviçre Federal Mahkemesi kararı için Bkz. BGE 98 II 352 (360 vd.), www.relevancy.bger.ch, 08.01.2023. Bu görüşün oransızlığın sözleşmenin kuruluş anına göre değerlendirilmesi gereğini göz ardı ettiği ve tarafların edimlerini müşterek olmayan esasla dahilinde değerlendirdiği şeklinde haklı eleştirileri için örneğin Bkz. Bkz. Akbıyık, Karma Bağışlama, 132.

<sup>344</sup> Turan Başara, Denkleştirme, 236 vd.; Eren ve Yücer Aktürk, Miras Hukuku, N. 1710. ZGB Art. 630 Abs. 1 ile bunu esas alan eMK m. 607’de denkleştirme değeri olarak mirasın geçiş anı esas alındığından; İsviçre öğretisi ve eMK dönemi öğretisine yapılan bu atıfta, atfı yapılan metinlerde geçen “*mirasın geçiş anı*” ifadesi “*denkleştirme anı*” şeklinde makalenin ana metine aktarılmıştır. Söz konusu durum gözetilerek Bkz. Benn, Erbrechtliche Ausgleichung, 142; Eitel, Berner Kommentar ZGB, Art. 630 N. 27; Tuor ve Picenoni, Berner Kommentar ZGB, Art. 630 N. 4; Piotet, Erbrecht, 322 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, 398; Akbıyık, Karma Bağışlama, 132; Yine İsviçre Federal Mahkemesi’nin bu yöndeki bazı kararları için Bkz. BGE 120 II 417 (422), E. 4b; BGE 98 II 352 (359 vd.), E. 5, www.relevancy.bger.ch, 10.01.2023.

<sup>345</sup> Orantılama metodunun benzer şekilde aynı durumda mükellefiyetli bağışlama sözleşmesi için de uygulanacağı kabul edilmektedir. Bu konuda Krş. Eitel, Berner Kommentar ZGB, Art. 630 N. 27; Piotet, Erbrecht, 325; Bertossa, Praxiskommentar Erbrecht, Art. 630, N. 16; Winistörfer, Die Unentgeltliche Zuwendung, 132.

yüksüz değeri arasında kurulacak orantı üzerinden değerlendirme yürütülecektir.

Yapılan bu açıklamalar dahilinde İHKKTB'nin hukuki niteliğinin karma bağış olduğu, örneğin intifa hakkı tesisi yanında ipoteğin üstlenilmesi gibi ilave bir karşı edimin öngörüldüğü bir ihtimal ele alınabilir. Bu durumda öncelikle sözleşmenin kuruluş anındaki İ.H.D ile karşı edimin değeri toplamının sözleşmenin kuruluş anındaki E.D'ye oranı tespit edilecektir (İ.H.D+ karşı edimin değeri/ kuruluş anındaki E.D). Bu oran denkleştirme anındaki yüksüz taşınmazın piyasa değerine karşılık gelen E.D'ye uygulanarak denkleştirmeye veya mirasın geçişi anındaki E.D'ye uygulanarak tenkise konu bedel bulunacaktır.<sup>346</sup> Sözleşmenin kuruluş anından sonra bağışlanan tarafından intifa hakkı tesisine ilişkin olarak İHKKTB'nin mükellefiyet olarak nitelendirilebileceği incelemede aktarılmıştı. Burada denkleştirmeye veya tenkise esas değer hesabında öncelikle sözleşmenin kuruluş anındaki İ.H.D<sup>347</sup> ile kuruluş anındaki E.D oranı bulunacak ve bu değer denkleştirme anındaki yüksüz taşınmazın piyasa değerine karşılık gelen E.D'ye uygulanarak denkleştirmeye veya mirasın geçişi anındaki E.D'ye uygulanarak tenkise konu bedel bulunacaktır.<sup>348</sup> İHKKTB'nin

---

<sup>346</sup> Krş. Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 191. Yazarın da işaret ettiği üzere hukuki işlemin karşılıksız olan kısmı yüklü taşınmazın değerinden karşı edimin çıkarılması ile bulunulacaktır. Burada yüklü taşınmazın değeri bulunurken bir taraftan yüksüz taşınmazın piyasa değerinin, diğer taraftan da saklı tutulan intifa hakkının sermaye değerinin tespit edilmesi gerekir (s. 226 vd.).

<sup>347</sup> İHKKTB'ye ilişkin miras hukuku dahilinde yapılacak değerlendirmede İ.H.D değeri özellikle iki açıdan önem taşır. İlk olarak hem mükellefiyetli ve karma bağış sözleşmelerinde katıldığımız görüşe göre uygulama alanı bulacak orantılama metodunun uygulamasında ("*Proportionalmethode*") İ.H.D değerinin bilinmesi gerekir. Ayrıca sözleşmede intifa hakkı tesisi haricinde ilave başka edim öngörüldüğü somut olaydaki bir sözleşme yapılanmasında; bunun hukuki olarak karma bağışlama sözleşmesi mi, yoksa ivazlı bir sözleşme mi olduğunun değerlendirilebilmesi için İ.H.D değeri bilinmelidir. Bu konuda Bkz. Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 191 vd.; Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 173 vd.; Reiff, "Nießbrauch und Pflichtteilsergänzung", 242, 246 vd.

<sup>348</sup> ZGB Art. 630 Abs. 1 denkleştirme değeri olarak mirasın geçiş anı esas alındığından; İsviçre öğretisine yapılan bu atıfta, atfı yapılan metinlerde geçen "*mirasın geçiş anı*" ifadesi "*denkleştirme anı*" şeklinde yazıldığı dikkate alınmalıdır. Söz konu-

hukuki nitelendirmesi sadece teorik öneme sahip olmayıp hukuk uygulamasında büyük bir farklılık yaratmaktadır. Daha somut olarak İHKKTB karma bağışlama veya yüklemeli bağışlama olarak hukuken nitelendirildiği durumlarda denkleştirmeye veya tenkise esas alınacak rakamın değeri, saf anlamda bağış olarak kabulü durumunda esas alınacak değerden çok daha az olacaktır.<sup>349</sup>

## C. Tenkis Bağlamında Bazı Değerlendirmeler

### 1) Genel Olarak

Bu başlıkta tenkise ilişkin çok genel hatlarıyla birtakım bilgiler paylaşıldıktan sonra inceleme konusuna ilişkin bazı hususlarda tespit ve değerlendirmeler aktarılacaktır. Terekenin tespiti, denkleştirme yanında tenkiste de uygulanabilir olduğunu belirtilen orantılama metodu, tenkisin hesaplama anı konuları bir önceki başlıkta aktarılmıştı. Değinilen konulara ilişkin tekrardan kaçınmak üzere oradaki açıklama-

---

su durum gözetilerek Bkz. Eitel, Berner Kommentar ZGB, Art. 630, N. 27; Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 94 vd, 105 vd,

<sup>349</sup> İHKKTB'nin hukuki nitelendirmesi sadece teorik öneme sahip olmayıp bu durumun miras hukuku uygulamasına nasıl büyük bir etkisi olabileceği kurgusal bir örnekte şu şekilde paylaşılabılır: Anne (A) kendi lehine ömür boyu intifa hakkı ile kayıtlı olan bir taşınmazı iki kızından biri olan K1'e hediye eder. Bağışlama sözleşmesinin yapıldığı sırada taşınmazın değeri 2.000.000 TL'dir. İntifa hakkının da piyasa değeri 1.600.000 TL'dir. Birkaç yıl sonra (A)'nın ölümü ve taşınmaz üzerindeki intifa hakkı sona erdiği sırada taşınmazın değeri 2.500.000 TL'dir. (A)'nın diğer kızı K2 denkleştirme talep etmektedir. Şayet aktarılan örnekte İHKKTB'de intifa hakkı malik intifası veya mülkiyetin devrinden hukuksal bir an önce tescil edilmiş ise saf anlamda bağış söz konusudur. Bu durumda orantılama metodu uygulanmayacak ve denkleştirmeye esas alınacak rakam denkleştirme anındaki taşınmazın yüksüz değeri olacaktır (TMK m. 673 f. 1). Bu durumda söz konusu değer 2.500.000 TL'dir. Öte yandan burada (olayda karşı edim öngörülmemiş olduğundan dolayı makale katılmadığımız görüş dahilinde karma bir bağışlamanın kabulü ihtimalinde de aynı durum söz konusudur) intifa hakkı mülkiyetin devrinden sonra veya hukuksal bir an sonra tescil edilmişse mükellefiyetli bir bağışlama sözleşmesi bulunmaktadır. Bu ihtimalde orantılama metodu uygulanacaktır. Buna göre bağışlamanın yapıldığı sırada işlemin ivazsız olan kısmı (bağışlamanın yapıldığı sıradaki taşınmazın değeri olan 2.000.000 TL'nin 20%'ne karşılık gelen) 400.000 TL'dir. Orantılama metodunu olaya uygulanırsa (2.500.000 TL x 20/100) bu rakam 500.000 TL'ye karşılık gelir. Görüldüğü üzere İHKKTB'nin hukuki niteliği karma bağışlama sözleşmesi veya yüklemeli bağışlama sözleşmesi olarak kabul edilirse denkleştirmeye esas alınacak rakamın değeri, saf anlamda bağış olarak kabul edilmesi durumunda esas alınacak değerden beş kat daha azdır.

malara atıf yapmakla yetiniyoruz. Öte yandan sonraki başlıklarda incelenecek olan bağışlamanın ne zaman yapılmış sayılacağı, hesaplamaya konu değer hakkında açıklamalar sıklıkla denkleştirme için de geçerli olup tekrardan kaçınmak üzere sadece tenkis başlığı altında bunların aktarılması ile yetinilecektir.

Tenkise tabi sağlararası karşılıksız kazandırmalar (TMK m. 508, TMK m. 565 vd./ ZGB Art. 475 ZGB Art. 527 vd.) aktarıldığı üzere te-rekeye eklenecek değerler arasında yer alır.<sup>350</sup> Yasal bir mirasçının denkleştirme yoluyla miras payını elde edememesi durumunda<sup>351</sup>, kendisi saklı paylı mirasçı (altsoy, anne/baba ya da eş) ise mirasbırakanın tasarruf edebileceği kısmı aşan tasarruflarının tenkisi (indirilmesi) için tenkis davası<sup>352</sup> açabilir (TMK m. 560 f. 1). Denkleştirme-

<sup>350</sup> Staehelin, Basler Kommentar ZGB, Art. 475 N. 2; Piotet, Erbrecht, 440 vd.

<sup>351</sup> Denkleştirme ile tenkisinin birbirini dışladığı, aynı anda değil, aşamalı olarak söz konusu olabileceği hakkında örneğin Bkz. Serozan ve Engin, Miras Hukuku, 571 vd.; Bayramoğlu, Mirasta Denkleştirme, 17; Turan Başara, Denkleştirme, 39 vd.; Öztan, Miras Hukuku, 485. Yine bu yönde Yargıtay'ın bir kararı için Bkz. Yargıtay 1.Hukuk Dairesi, 28.3.2016, E. 2014/15467, K. 2016/3677, <https://legalbank.net>, 14.04.2023. Yine tenkisin denkleştirmeye nazaran ikincil olması hakkında Krş. Escher, Kommentar ZGB, Einleitung zu ZGB 522-533, N. 17; Benn, Erbrechtliche Ausgleichung, 12 vd.; Eitel, Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen, § 1 N. 9, Winistörfer, Die unentgeltliche Zuwendung, 199; Wolf ve Genna, Erbrecht, 499. Doktrinde denkleştirme ile tenkisin bağımsızlığını korumakla birlikte istisnai olarak iki durumda bunların eş zamanlı olarak talep edilebilmesinin mümkün olduğu ileri sürülmektedir. Bunlardan ilki TMK m. 672 (eMK m. 606)'dır. Hükümde kazandırmamanın miras payını aşması durumunda, bu fazlalığın denkleştirmeye tabi olmayacağı belirtilmiş ve bu konuda mirasçılarının tenkise ilişkin haklarının saklı olduğuna işaret edilmiştir. İkinci olarak ise altsoyun denkleştirme ile yükümlü olduğu hallerde, altsoyla birlikte mirasçı olan eşin denkleştirme alacaklısı olamamakla birlikte, saklı payı aşan altsoya yapılmış olan kazandırmaların tenkisine isteyebilme durumu gösterilmektedir. Aktarılan ve istisnai olarak belirtilen hallerde aslında gerçek anlamda bir istisna olmadığı; bunlardan ilkinde zaten miras payını aşan ve denkleştirmeden muaf olan kısım tenkise tabi iken ikinci aktarılan durumda denkleştirme ile tenkisin aynı kazandırmaya ilişkin olmalarına rağmen, bunları talep eden kişilerin farklılaştığı belirtilmektedir. Yapılan açıklamalar için Bkz. Turan Başara, Denkleştirme, 40 vd.

<sup>352</sup> Tenkis davası hakkında Bkz. Gamze Turan Başara, "Ölüme Bağlı Tasarrufların Tenkisi ve Tenkis Davası", TAAD, 7/27 (2016): 387 vd.; Zeynep Tokur, Tenkis Davası (Ankara: Yetkin Yayıncılık 2020). Bu davanın yenilik doğuran bir dava olduğu hakkında Bkz. Peter Tuor, Berner Kommentar. Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band III: Das Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben, Artikel 457 - 536 ZGB, (Bern: Stämpfli Verlag, 1952): Vorbem. zu ZGB 522-533, N. 8; Wolf ve Genna,

den farklı olarak<sup>353</sup> tenkis emredici nitelikte olup<sup>354</sup> saklı paylı mirasçılar koruma amacı güder.<sup>355</sup>

Erbrecht, 497; Escher, Kommentar ZGB, Einleitung zu ZGB 522-533, N. 14. Saklı payı ihlal eden kazandırmanın ifa edildiği ihtimalde, yenilik doğuran dava niteliğinde olan tenkis davasının, aynı zamanda eda davası niteliğinde olup olmadığı öğretide tartışmalıdır. Öğretideki bir görüş ve Yargıtay tenkis davasının amacı gereği (kazandırmanın iadesine yönelik) bir eda davasıyla da bütünlük olduğu, örtülü olarak bunu içerdiğini kabul eder. Bu görüş için Bkz. Wolf ve Genna, Erbrecht, 497 vd.; Tuor vd., Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, § 69 N. 49; Çabri, Miras Hukuku Şerhi Cilt I, §560, N. 1395; Ali İhsan Özüğür, Tenkis, Mirasta Denkleştirme ve Muvazaa Davaları (Ankara 2013): 43 vd. Öğretideki (Türk hukuk öğretisindeki baskın) diğer görüşe göre ise saklı paylı mirasçılar tenkis davasının yanında ya da bundan sonra ayrı bir (hukuki dayanağı yine öğretide tartışmalı) eda davasıyla iadeyi talep etmelidir. Son zikredilen görüş için Bkz. Tuor, Berner Kommentar ZGB, Vorbem. zur. Art. 522-533, N. 13; Escher, Kommentar ZGB, Art. 528, N. 2; Dural ve Öz, Miras hukuku, N. 1197; Serozan ve Engin, Miras Hukuku, 228; Eren ve Yücer Aktürk, Miras Hukuku, N. 385; İnan, Ertaş ve Albaş, Miras Hukuku, N. 1194; Antalya ve Sağlam, Miras Hukuku, 395; Kılıçoğlu, Miras Hukuku, 239.

<sup>353</sup> Denkleştirme ile tenkisin bazı farkları genel hatlarıyla burada şu şekilde aktarılabilir: Tenkis alacaklısı saklı paylı mirasçı olması gerekirken tenkis borçlusunun saklı paylı mirasçı, yasal veya atanmış mirasçı ya da miras ilişkisi dışında bir üçüncü kişi olması mümkündür. Bu davadan sadece bunu talep eden saklı paylı mirasçı yararlanır. Denkleştirmede ise hem denkleştirme alacaklısı hem de denkleştirme borçlusunu yasal mirasçı olmalıdır. Denkleştirmenin sonuçlarından tenkisten farklı olarak bunu talep etmemiş olan yasal mirasçıların yararlanması da gündeme gelir. Tamamlayıcı nitelikte olan denkleştirmeye sağlararası tasarrufların tamamı tabi ike; emredici nitelikte olan tenkise sağlararası tasarrufların yanında ölüme bağlı tasarruflar da tabidir. Denkleştirmeye tabi kazandırmaların tamamı terekeye eklenirken; tenkise tabi kazandırmaların saklı payı aşan kısmının indirilmesi gündeme gelir. Denkleştirme mirasın paylaşılacağı kadar (sonrasında ise istisnai olarak istenip istenmeyeceği öğretide tartışmalıdır) talep edilebilirken, tenkis talebi hak düşürücü sürelerle (TMK m. 571) tabi olup mirasın paylaşım aşamasından önce de sonra da talep edilmesi mümkündür. Denkleştirme konusu şeyin verilmesine ilişkin dava mirasın paylaşılma şeklinde bir eda davası olarak kabul edilirken, tenkis yenilik doğuran bir davadır. Denkleştirme ile tenkis arasındaki farklar için Bkz. Antalya ve Sağlam, Miras Hukuku, 549; Dural ve Öz, Miras Hukuku, N. 1351 vd.; Kılıçoğlu, Miras Hukuku, 458 vd.; Güleş, "Miras Hukukunda Denkleştirme", 371 vd.

<sup>354</sup> Staehelin, Basler Kommentar ZGB, Art. 475 N. 1. Yine Krş. BGE 107 II 119 (128), E. 2d, www.relevancy.bger.ch, 08.05.2023. Bu anlamda mirasbırakan (gerekli şartlar dahilinde mirasçılıktan çıkarma istisna tutularak) saklı paylı mirasçılarının tenkis taleplerini tek taraflı olarak onların elinden alamaz. Ancak bu tür kayıtlar kesin hükümsüz olmayıp iptal edilebilir niteliktedir (TMK m. 557 vd./ ZGB Art. 519 vd.). Bu anlamda mirasbırakanın ölümünden sonra saklı payı ihlal edilen saklı paylı mirasçı iptal hakkını süresinde kullanmazsa, bu tür düzenlemeler geçerli olmaya devam edecektir. Bu konuda Bkz. Stephanie Hrubesch-Millaue, "Art. 522 - 533 ZGB (Herabsetzung)", içinde Praxiskommentar Erbrecht: Nachlassplanung,

Ölüme bağlı tasarruflar yanında sağlararası karşılıksız kazandırmalar tenkise tabidir. Tenkis saklı pay tamamlanıncaya kadar yürütülecektir. Şayet kazandırmaların sayısı birden fazla ise bunlardan sırasıyla önce ilki, şayet bu yeterli olmaz ise sonra sonuncu tenkise tabi olacak; kendi içlerinde ise ölüme bağlı tasarrufların (mirasbırakanın arzusu farklı yönde olduğu buradan anlaşılmadıkça) tamamında eş zamanlı ve orantılı olarak, sağlararası tasarruflarda ise (ilgili tasarrufun tümü üzerinde) yeni tarihliden en eskisine olacak şekilde (“*zamansal öncelik*” / “*Alterspriorität*” esası)<sup>356</sup> geriye doğru indirime tabi tutulacaktır(TMK m. 570 f. 1<sup>357</sup> / ZGB Art. 532).<sup>358</sup>

---

Nachlassabwicklung, Willensvollstreckung, Prozessführung, ed. Daniel Abt ve Thomas Weibel, (Basel: Helbing Lichtenhann, 2016): Vorbem. zu ZGB 522 vd., N. 13. Saklı pay ihlalinin aksi kararlaştırılmadığı için taşınmaz bağışı taraflarına söz konusu durum aktarılması gerektiği ve ayrıca olası tenkis taleplerinin önüne geçmek için saklı paylı mirasçılarla (gerekirse onların buna yanaşması için ivazlı olarak) mirastan feragat sözleşmesi yapılması önerilmektedir. Bu konuda Krş. Paul Eitel, “Erbvorbezüge und Schenkungen – Ausgleichung und Herabsetzung”, içinde Erbvorempfang und Schenkung – Zivil- und steuerrechtliche Aspekte sowie Folgen für Ergänzungsleistungen, Alters- und Pflegeheimkosten, ed. Stephan Wolf, (Bern: Stämpfli Verlag, 2016): 153; Horat, Grundstückschenkungen mit Nutznießungsvorbehalt, 106.

<sup>355</sup> Jean Nicolas Druey, Grundriss des Erbrechts (Bern: Stämpfli Verlag, 2002): § 6 N. 69; Forni ve Piatti, Basler Kommentar ZGB, Vor ZGB 522-533, N. 1; Wolf ve Genna, Erbrecht, 474. Burada dikkat edilmesi gereken mirasbırakanın hayatta iken serbest tasarruf oranını aşarak yapmış oldukları kazandırmaların kendiliğinden geçersiz olmadığı, hakim bu durumu resen dikkate alamayacağı, bunun için kanunda öngörülen hak düşürücü süreler içinde (TMK m. 571) tenkis davası açılması gerektiğidir. Bu bağlamda kazandırmanın ifasına yönelik açılan davalarda tenkis iddiasının her zaman def’i yoluyla ileri sürülebileceğine işaret edilebilir (TMK m. 571 f. 2/ZGB Art. 533 Abs. 3). Bu konuda Bkz. Tuor, Berner Kommentar ZGB, Vorbem. zu ZGB 522-533 N. 11; Escher, Kommentar ZGB, Art. 533, N. 6; Nar, Tenkis, 136; Kılıçoğlu, Miras Hukuku, 250 İnan, Ertaş ve Albaş, N. 1240 vd.

<sup>356</sup> Escher, Kommentar ZGB, Art. 532, N. 2; Forni ve Piatti, Basler Kommentar ZGB, Art. 532, N. 3; Wolf ve Genna, Erbrecht, 491.

<sup>357</sup> Hükmün ikinci fıkrasında ise kamu tüzel kişileriyle kamuya yararlı dernek ve vakıflara yapılacak ölüme bağlı tasarrufların ve sağlararası kazandırmaların en son sırada tenkis edileceği öngörülmüştür (TMK m. 570 f. 2). Ancak birden fazla kamuya yararlı vakıf veya derneğe yapılan kazandırmaların nasıl ele alınacağı kanunda düzenlenmemiş olup öğretilerde tenkisteki sıraya yönelik genel esasların burada da geçerli olduğu kabul edilmektedir. Bu konuda Bkz. Ayan, Miras Hukuku, 270; Çabri, Miras Hukuku Şerhi Cilt I, § 570, N. 1602; Nar, Tenkis, 259; Dural ve Öz, Miras hukuku, N. 1297.

Tenkis davasının konusunu kural olarak ölüme bağlı tasarruflar oluşturur.<sup>359</sup> Ancak TMK m. 565 b. 1- 4'te (ZGB Art. 527 Ziff. 1- 4) öngörülen sınırlı durumlarda sağlararası karşılıksız kazandırmalar da tenkise tabi olmaktadır.<sup>360</sup> Bu durumlar arasında ilk olarak; denkleştirmeye tabi olması gerekirken denkleştirme dışı kalan kazandırmalar (TMK m. 565/I)<sup>361</sup>, miras haklarının ölümden önceki dönemde tasfiyesi amacıyla yapılmış olan kazandırmalar (mirastan ivazlı olarak feragat edilmesi durumunda ödenmiş olan karşılık) (TMK m. 565/II)<sup>362</sup> ile hayat sigortalarına ilişkin TMK m. 567 zikredilebilir. Bunların yanında inceleme konusu açısından özellikle önem taşıyan, âdet üzere verilen hediyeler dışında mirasbırakanın; “ölümünden ön-

<sup>358</sup> Dural ve Öz, Miras hukuku, N. 1191 vd.; Öztan, Miras Hukuku, 122. Yine tenkiste özellik taşıyan bazı kazandırmalar için Bkz. Öztan, Miras Hukuku,133 vd.; Serozan ve Engin, Miras Hukuku, 224 vd. Burada tasarruf işleminin değil, borçlandırıcı işlemin yapıldığı zamanın esas alınması yönünde baskın görüş için Bkz. Roland Fankhauser, “ZGB, Art. 519-533”, içinde Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht Art. 457-540 ZGB, ed. Peter Breitschmid ve Alexandra Rumojungo, (Zürich/Basel/Genf: Schulthess Verlag, 2016): Art. 532 N. 2; Forni ve Piatti, Basler Kommentar ZGB, Art. 532 N. 3; Piotet, Erbrecht, 486 vd.; Hrubesch-Millauer, Praxiskommentar Erbrecht, ZGB Art. 532 N. 6; Escher, Kommentar ZGB, Art. 532, N. 3. Şayet sağlararası tasarrufların yapılma zamanı tespit edilememiş ise; bu işlemler yapılma zamanı tespit edilmiş olan sağlararası tasarrufların öncesinde ve ölüme bağlı tasarruflara uygulanan aynı anda, orantılama esasına göre tenkis edilecekleri hakkında Bkz. Tuor, Berner Kommentar ZGB, Art. 532, N. 4; Forni ve Piatti, Basler Kommentar ZGB, Art. 532 N. 3; Escher, Kommentar ZGB, Art. 532 N. 3. Yine şayet sağlararası tasarruflar eş zamanlı yapılmış ise ölüme bağlı tasarrufta tenkise ilişkin hükümlerin buraya kıyasen uygulanacağı ve bunların orantılama esasına göre tenkis edilecekleri hakkında Bkz. Tuor, Berner Kommentar ZGB, Art. 532 N. 3; Wolf ve Genna, Erbrecht, 491; Druey, Erbrecht, § 6 N. 82; Piotet, Erbrecht, 487.

<sup>359</sup> İHKKTB'nin mutlak anlamda tenkise tabi bir ölüme bağlı tasarruf olarak nitelendirilemeyeceği hakkında Bkz. YHGK, K. 1997/163.

<sup>360</sup> Krş. Tuor, Berner Kommentar ZGB, Vorbem. zu ZGB 522-533 N. 34; Eitel, Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen, § 28, N. 3; Escher, Kommentar ZGB, Einleitung zu ZGB 522-533 N. 13.

<sup>361</sup> Kapsamlı bir inceleme için örneğin Bkz. Eitel, Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen, § 33 vd. TMK m. 565 b. 1 (ZGB Art 527 Ziff. 1)'de zamansal bir sınırlama söz konusu olmadığı hakkında Bkz. Tuor ve Piconi, Berner Kommentar ZGB, Art. 527 N. 6; Druey, Erbrecht, § 6 N. 74. Bu bağlamda tartışmalı olan hususlardan biri mirasbırakanın kanunen iadeye tabi iken denkleştirmeden muaf tuttuğu kazandırmaların bu hükmün kapsamında olup olmadığıdır. Bu konuda örneğin Bkz. Eren ve Yücer Aktürk, Miras Hukuku, N. 815 vd., 823 vd.

<sup>362</sup> Tuor, Berner Kommentar ZGB, Art. 527, N. 9; Nar, Tenkis, 166.



ceki bir yıl içinde yapmış olduğu bağışlamalar” (TMK m. 565/III)<sup>363</sup> ile tenkise tabi olması için herhangi bir süre öngörülmemiş olan (bağışlamanın ne zaman yapıldığına bakılmaksızın)<sup>364</sup>; “serbestçe dönme hakkını saklı tutarak yaptığı bağışlamalar”, (TMK m. 565/III)<sup>365</sup>, “saklı pay kurallarını etkisiz kılmak amacıyla yaptığı açık olan kazandırmalar<sup>366</sup>” (TMK m. 565/IV)<sup>367</sup> şeklinde sıralanabilir. Bu anlamda incele konusu taşınmaz bağışı kısmen veya tamamen denkleştirmeden kurulduğu ve bağışlayanın (mirasbırakanın) altsoyunun, eşinin ve diğer mirasçılarının saklı paylarını ihlal ettiği ölçüde tenkise tabi olacaktır<sup>368</sup>.

<sup>363</sup> Kılıçoğlu, Miras Hukuku, 218 vd.; Antalya ve Sağlam, Miras Hukuku, 331 vd.

<sup>364</sup> Krş. Wolf ve Genna, Erbrecht, 481; Eitel, Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen, § 30, N. 13; Tuor ve Picononi, Berner Kommentar ZGB, Art. 527 N. 12; Fankhauser, Hand Kommentar ZGB, Art. 527, N. 4; Escher, Kommentar ZGB, Art. 527 N. 17, 24.

<sup>365</sup> Öztan, Miras Hukuku, 102; Nar, Tenkis, 175. Bu hükmün kapsamına karma bağışlamaların karşılıksız olan kısmının ve mükellefiyetli bağışlamaların ise değer olarak mükellefiyetsiz olan kısmının girdiği hakkında Bkz. Horat, Grundstückschenkungen mit Nutznießungsvorbehalt, 103. Ancak söz konusu hükmün kapsamında haklı olarak yerine getirilmesi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlamaların girmedığı, zira bunların ölüme bağlı tasarruf gibi ele alınması gerektiği hakkında Krş. Winistörfer, Die unentgeltliche Zuwendung, 218; Wolf ve Genna, Erbrecht, 481 vd.; Escher, Kommentar ZGB, Art. 527 N. 16.

<sup>366</sup> Burada kazandırmanın tipi önem taşımamakta olup inceme konusu bağışlamalar dışında örneğin satış, ölüncüye kadar bakma sözleşmesi gibi diğer hukuki işlemler de bu kapsamdadır. Bu konuda Krş. Eitel, Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen, § 32, dn. 8; Escher, ZGB 527 N. 29 vd.; Çabri, Miras Hukuku Şerhi Cilt I, § 565, N. 1531; Serozan ve Engin, Miras Hukuku, 210. Yine örneğin mülkiyetin devri yanında, sınırlı aynı hakların tesisinin de hükmün kapsamında olduğu yönünde Bkz. Tuor ve Picononi, Berner Kommentar ZGB, Art. 527 N. 20; Forni ve Piatti, Basler Kommentar ZGB, Art. 527, N. 10; Winistörfer, Die unentgeltliche Zuwendung, 224; Escher, Kommentar ZGB, Art. 527 N. 30.

<sup>367</sup> Antalya ve Sağlam, Miras Hukuku, 333 vd.; Hatemi, Miras Hukuku, § 4, N. 30. Çok geniş kaleme alınmış söz konusu hükmün torba hüküm (“*Auffangtatbestand*”) niteliğinde olduğu yönünde bir nitelendirme için Krş. Wolf ve Genna, Erbrecht, 484; Horat, Grundstückschenkungen mit Nutznießungsvorbehalt, 104.

<sup>368</sup> İncelemede savunulan görüş dahilinde daha önce aktarıldığı üzere İHKKTB sağlararası bir tasarruftur. Tenkise ilişkin yapılan açıklamalarda bu durum gözetilerek ölüme bağlı tasarruflara ilişkin hükümlere ilişkin yapılan genel açıklamalarla yetinilmiştir. Sağlararası kazandırmalara konu taşınmazlara yönelik tenkis hesaplamasında özellik taşıyan tartışmalara ise makalenin kapsamını genişletmemek üzere değinilmemiştir. Sağlararası kazandırmalarda taşınmazların tenkisi hak-

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme görüşene karşı önemli eleştirilerden biri de İHKKTB'nin miras hukukundaki etkileri yönünden getirilebilir. İHKKTB'nin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme ve bu alanda ivazlı bir işlem olarak kabulü durumunda, bunun denkleştirmeye ve tenkise tabi olmaması gündeme gelebilecek ve bu durumda hakkaniyetli olmayan sonuçları beraberinde getirecektir. Özellikle dikkat çeken söz konusu görüş yaptığı hukuki nitelendirmenin miras hukukunda adil olmayan sonuçlarını sınırlandırmak üzere şu şekilde bir yaklaşım önermektedir. Bu görüşe göre karşılıksız kazandırmalara uygulanabilir olan, saklı pay kurallarını etkisiz kılmak amacıyla yapıldığı açık olan karşılıksız kazandırmaların tenkisini öngören TMK m. 565 f. 1 b. 4 İHKKTB'ye kıyasen uygulanması gerekir.<sup>369</sup> Böylece medeni ve borçlar hukukunda aynı işlemi farklı şekilde değerlendirmesi, hukuki nitelendirme ile buna bağlanan sonuçlar arasında bir tutarsızlık meydana getirmektedir. Miras hukukun sonuçlarına ilişkin incelemenin devam eden bölümünde azınlıkta kalan söz konusu görüşe daha fazla değinilmeyecektir.

## 2) Bağışlamanın Ne Zaman Yapılmış Sayılacağı

Yargıtay geçmişten günümüze kadarki İHKKTB'ye ilişkin çeşitli kararlarında tenkis ve denkleştirmeye esas kazandırma anı olarak

---

kında farklı ihtimaller dahilinde detaylı bir inceleme için Bkz. Nurcihan Dalcı Özdoğan, "Sağlararası Kazandırma Konusu Taşınmazın Tenkisi", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8/2 (2017): 366 vd.

<sup>369</sup> Alman Hukuku'nda savunulan söz konusu görüş İHKKTB'yi karşılıklı borç yükleyen sözleşme olarak nitelendirir. Buna rağmen bu görüşün miras hukukunda denkleştirmeye ilişkin değerlendirmelerinde mirasbırakanın atanmış mirasçılara zarar vermek amacıyla yaptığı bağışın mirasın açısından sonra onlar tarafından bağışlanandan iadesinin istenebileceğini öngören BGB Art. 2287'yi genişletici yorum yapmak suretiyle buraya uygulanabilir görmektedir. Bu görüş için Krş. Benkö, Verfügung von Todes Wegen, 86. Söz konusu görüşü değerlendiren öğretideki başka bir görüşe göre zikredilen buradaki açıklamalarda tenkise ilişkin hükümlerin bu şekilde geniş yorumlayıp yorumlanmadığı açık olmasa da bunun tenkis yönünden de tutarlı olarak kabulü gerektiğini yoksa kaçınılmaz şekilde hakkaniyete aykırı durumlarla karşılaşılacağına belirtir. Aktarılan tespitler ve değerlendirmeler için bkz. Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 102, dn. 130.

yüklü taşınmaz mülkiyetinin devri anını esas almaktadır.<sup>370</sup> İHK-KTB'ye ilişkin eski tarihli bazı Yargıtay kararlarındaki karşı oy gerekçelerinde ise tenkiste esas alınması gereken zamansal an tartışma konusu yapılarak farklı bir sonuca varılmaktadır. Söz konusu kararlarda intifa hakkı ile kayıtlı olan ve olmayan taşınmaz mülkiyeti devirlerinin durumlarının aynı olmadığı, farklı bir değerlendirmeyi gerekli kılacağı belirtilmekte ve sonuç olarak tenkise esas kazandırma anı olarak mirasın açılış anı esas alınmaktadır.<sup>371</sup>

Hangi görüşün benimseneceği tenkis uygulaması açısından birtakım farklılıklar yaratmaktadır. Şöyle ki aktarıldığı üzere TMK m. 565 b. 3'in uygulama hallerinden biri miras bırakanın ölümünden önceki bir yıl içinde yapılan bağışlamalardır. Şayet yüklü taşınmaz mülkiyetinin devri anı tenkiste esas alınır ve bu devir ile intifa hakkının terkinin arasında bir yıldan daha uzun bir zaman geçmiş ise bu hüküm uygulanmayacaktır. Böyle bir durumda bunun tenkise tabi olabilmesi için özellikle<sup>372</sup> mirasbırakanın kazandırmayı saklı pay kurallarını

<sup>370</sup> Y.2.D, K. 1992/11844; Y.2.D, K. 2005/3981; Y.1.D, K. 2015/15097; Y.1.D, K. 2020/3998; Y.1.D, K.2022/7406. Yine örneğin Bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 10.10.2008, E. 2008/13884, K. 2008/13104, <https://legalbank.net>, 14.04.2023.

<sup>371</sup> YHGK, K. 1997/163, Karşı Oy Gerekeçesi; Y.2.D, K. 1992/11844; Y. 2.D, K. 1996/6702.

<sup>372</sup> Bu kapsamda İHKKTB'de kazandırmaya konu taşınmazın bağışlanan lehine denkleştirmeden muaf olduğunun kararlaştırılmış olması ihtimali gündeme gelebilir. Bu bağlamda tartışmalı olan hususlardan biri mirasbırakanın kanunen iadeye tabi iken denkleştirmeden muaf tuttuğu kazandırmaların TMK m. 565/b. 1 kapsamında olup olmadığıdır. Objektif teoriye göre bu hüküm altında ele alınan durumlardan ilki mirasbırakanın yasal mirasçılık sıfatını kaybetmiş olan mirasçısına miras payına mahsuben yaptığı sağlararası kazandırmalar yanında mirasbırakanın kanunen iadeye tabi iken denkleştirmeden muaf tuttuğu kazandırmalar yer almaktadır. Objektif teoriye katılan görüş için Bkz. Widmer, Ausgleichung, 94 vd.; Weimar, Berner Kommentar ZGB, Art. 475 N. 9; Escher, Kommentar ZGB, Art. 527, N. 8 vd., 10; Wolf ve Genna, Erbrecht, 477; Tuor, Berner Kommentar ZGB, Art. 527, N. 3 vd.; Çabri, Miras Hukuku Şerhi Cilt I, § 565, N. 1490; Ayan, Miras Hukuku, 253; Eren, Tenkis, 67 vd.; Eren/ Yücer Aktürk, N. 815 vd., 823 vd.; Antalya ve Sağlam, Miras Hukuku, 328 vd.; Çabri, Miras Hukuku Şerhi Cilt I, § 565, N. 1495 vd.; Nar, Tenkis, 155 vd. İsviçre Federal Mahkemesi' de içtihatlarında objektif görüşe katılmaktadır. Bu konuda örneğin Bkz. Urteil des BGer 5A\_587/2010 vom 11.02.2011, E. 2.; BGE 126 III 171 (173), E. 3a.; BGE 107 II 119 vd. (130), E. 3b, [www.relevancy.bger.ch](http://www.relevancy.bger.ch), 08.05.2023. Buna karşılık subjektif teori mirasbırakanın denkleştirmeden muaf tuttuğu kazandırmaları hükmün kapsamında görmemekte,

etkisiz kılmak amacıyla yaptığı açık olmalıdır (TMK m. 565 b. 4). Bu durumda İHKKTB incelemede esas alındığı üzere ömürlük yapıldığı dikkate alınınca, bağışlayan sözleşmenin kuruluşundan bir süre sonra öldüğü özel haller dışında TMK m. 565 b. 3 hükmü uygulanamayacaktır. Öte yandan TMK m. 565 b. 4'ün aradığı ve saklı paylı mirasçılar tarafından ispatlanması gereken, kastın özel türünü teşkil eden “*saklı pay kurallarını etkisiz kılmak amacı*” ispat güçlüğüne beraberinde getirmekte olup özellikle aradan geçen çok uzun zaman, delillerin tespitini ve bunun ispatını daha fazla zorlaştırmaktadır.<sup>373</sup> Bu tür işlemlerin en önemli fonksiyonlarından birinin mirasın paylaşımında açıklık sağlama ve kötüniyetli bir takım tasarrufların önüne geçmek olduğu aktarmıştı. İşte söz konusu uygulamanın değinilen amacı göz ardı ettiği, yine bazı Yargıtay kararı karşı oy gerekçelerinde vurgulan-

---

bu tür kazandırmaların TMK m. 565/b. 3-4 ((ZGB Art 527 Ziff. 3- 4)) dahilinde tenkis edilebileceğini ileri sürmektedir. Sübjektif teoriye katılan görüş için Bkz. Eitel, Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen, § 37, N. 75; Piotet, Erbrecht, 450 vd.; Buna göre İHKKTB'de taşınmazın bağışlanan lehine denkleştirmeden muaf olduğunun kararlaştırılması durumunda; objektif görüş benimsenirse TMK m. 565/b. 1, sübjektif görüş benimsenirse bu incelemede katıldığımız görüşe göre öncelikle TMK m. 565/ b. 3'ün uygulama alanı bulması söz konusu olacaktır. Devam eden açıklamalarda İHKKTB'de bağışlanan lehine denkleştirmeden muafiyet kaydı kararlaştırılmadığı ön kabulünden hareket edilecektir.

<sup>373</sup> TMK m. 565 b. 4'ye objektif unsur olarak saklı payın ihlali yanında, sübjektif unsur olarak saklı pay kurallarını etkisiz kılma şartını aranmaktadır. Öğretide bu unsurun varlığını kabulü için dolaylı kastın yeterli olduğu belirtilmektedir. Buna göre mirasbırakanın tek amacının saklı paylı mirasçılara zarar vermek olması aranmayıp kazandırma anındaki ilişkiler dahilinde onun bu durumu öngörmesi ve göze alması yeterli görülmektedir. Bu konuda Bkz. Tuor, Berner Kommentar ZGB, Art. 527, N. 15; Eitel, Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen, § 32, N. 7; Piotet, Erbrecht, 443; Escher, Kommentar ZGB, Art. 527, N. 27; Öztan, Miras Hukuk, s. 106; Antalya ve Sağlam, Miras Hukuku, 333 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, 399. Yine bu yönde Krş. BGer 5A\_267/2016 vom 18.01.2017, E. 2.2.1; BGE 128 III 314 (317), E. 4, www.relevancy.bger.ch, 08.05.2023. Etkisiz kılma amacının kazandırma anında aranması gerektiği hakkında Bkz. Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo, § 69 N. 36; Wolf ve Genna, Erbrecht, 485; Escher, Kommentar ZGB, Art. 527, N. 24. Forni ve Piatti, Basler Kommentar ZGB, Art. 527, N. 11; Eitel, Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen, § 32, N. 7. Saklı payı etkisiz kılma amacının sadece mirasbırakanda bulunmasının yeterli olduğu, karşı tarafın bunu bilinmesinin veya bilinebilir olmasının aranmaması yönünde Bkz. Forni ve Piatti, Basler Kommentar ZGB, Art. 527, N. 11; Tuor, Berner Kommentar ZGB, Art. 527, N. 15; Wolf ve Genna, Erbrecht, 485; Escher, Kommentar ZGB, Art. 527, N. 27; Antalya ve Sağlam, Miras Hukuku, 334; Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, 399; Serozan ve Engin, Miras Hukuku, 210.

dığı üzere bu şekilde sıklıkla tenkis edilemeyen bir kazandırma yapılmasına ve böylece kanunun dolanılmasına sebebiyet verildiği söylenebilir.<sup>374</sup>

Denkleştirme ve tenkisteki bağışlama işlemine ilişkin esas alınacak zaman İHKKTB'nin niteliği, kanunun sözü ve amacı dikkate alınarak belirlenmelidir. İHKKTB'de değer geçişi kademeli olarak üç aşamada bağışlayandan bağışlanana ulaşılmış olup yapılan kısmi kazandırmaların toplamı taşınmazın değerini verecektir.<sup>375</sup> Söz konusu tespit TMK m. 565 b. 3'nin hukuki unsurları arasında yer alan "*yaptığı bağışlama*", daha somut olarak bağışlamanın ne zaman yapılmış sayılacağı ile kastedilen bağış sözleşmesinin ifa edilmiş olmasıdır.<sup>376</sup> Tenkise ilişkin değerlendirmede, buna konu terekenin değerinin son durumda ne ölçüde değişmiş olduğu önem taşımaktadır. Sonuç olarak İHKKTB'nin kuruluş tarihi mirasın geçişi tarihi itibarıyla bir yıldan daha öncesine dayansa bile bu hukuki işlem tenkise tabi olacaktır, zira bunun ifasının tamamlanması mirasın geçiş anına (daha somut olarak üç aşamalı değer yaklaşımına göre mirasın geçişinden hukuksal bir an önceye) denk düşmektedir. Bu anlamda bağışlamanın ne zaman yapılmış sayılacağına ilişkin bu anın esas alınması TMK m. 565 b. 3 hükmü yanında, hukuki işlemin ekonomik boyutuyla da uyumludur.

<sup>374</sup> Y.2.D, K. 1992/11844, Karşı Oy Gereççesi. Söz konusu kararda varılan sonuca katılmakla birlikte kazandırmanın gerçekleşmesine ilişkin tespite katılmamaktayız. Kararda belirtilenin aksine daha önce aktarıldığı üzere üç aşamalı değer değişiminde bağışlamaya konu kazandırma mirasın geçişinde bir anda değil, İHKKTB'na konu yüklü taşınmazın tescilinden itibaren aşamalı olarak gerçekleşmektedir.

<sup>375</sup> Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 231. Bu konudaki açıklamalarımız için Bkz. IV, A numaralı başlık.

<sup>376</sup> Nar, Tenkis, 180; Baygın, Tasarruf Nisabı, 161 vd.; İmre, Miras Hukuku, s. 417. ZGB Art. 527 Ziff. 3'te TMK m. 565 f. 3'ten farklı olarak bu süre beş yıl olarak öngörülmüştür. Bu sürenin hesabında İsviçre öğretisinde hükümde "*yapmış olduğu*" ("*ausgerichtet hat*") ifadesiyle vurgulandığı üzere borçlandırıcı işlemin değil, tasarruf işlemin esas alınması gerektiği belirtilmektedir. İnceleme konusu özelinde ifade edilecek olursa bağışlama konusu taşınmazın tapuda tescilinin yapıldığı an bu sürenin hesabında dikkate alınmalıdır. Bu konuda hükümler arası süreye ilişkin farklılık dikkate alınarak Bkz. Wolf ve Genna, Erbrecht, 483; Escher, Kommentar ZGB, Art. 527, N. 18 Tuor ve Picononi, Berner Kommentar ZGB, Art. 527 N. 11.

Bu bağlamda İHKKTB'nın hukuki niteliğine ilişkin olarak, bunu dönme hakkı saklı tutularak yapılan bağışlama olarak gören görüşe katılmadığımızı gerekçeleri ile ilgili başlıkta aktarmıştık.<sup>377</sup> Bu görüş İHKKTB'yi TMK m. 565 b. 3'nün uygulama hallerinden bir diğeri olan dönme hakkı saklı tutularak yapılan bağışlamanın özel bir uygulaması olarak nitelendirerek, bunu doğrudan mutlak anlamda tenkise tabi tutmaktadır. Daha önce aktarıldığı üzere TMK m. 565 b. 3 tenkisin uygulanabilmesi için yeterli gördüğü hallerden biri kayıtsız şartsız dönme hakkının varlığı olup karşılıksız kazandırmanın ne kadar zaman önce yapıldığı önem taşımadığı gibi<sup>378</sup>, bunun saklı pay kurallarını etkisiz kılma amacıyla yapılıp yapılmadığı da belirleyici olmamaktadır.<sup>379</sup> Bu görüş İHKKTB'nin sağlararası kazandırma olarak tenkise tabi tutulmamasının sakıncalarının önüne geçmekte olup bu anlamda varmış olduğu sonuç adildir. Ancak aynı sonuca bu çalışmada savunulan ve kanunun amacı ve sözüne uygun olduğu aktarılan görüşle de ulaşılabilir. Daha önce aktarıldığı üzere bu incelemede üç aşamalı değer değişimi yaklaşımına göre bağışlama (ve mükellefiyetli bağışlama) sözleşmesinin ifasına yüklenen anlam esas alınınca zaten İHKKTB mirasın geçişinde ifa edilmiş sayılabilecektir. Böylece İHKKTB'ye konu taşınmaz yine TMK m. 565 f. 3 kapsamında, ancak onun diğeri bir alt uygulaması olan “ölümünden önceki bir yıl içinde” yapılmış olma dahilinde mutlak anlamda tenkise tabi olacaktır.

Nihayet İHKKTB'yi yerine getirilmesi bağışlayanın ölümüne bağlı olan bağışlama sözleşmesi olarak kabul eden görüş de yaptığı hukuki değerlendirmede, bunun miras hukukundaki sonuçlarını dikkate alır. Böylece söz konusu hukuki işlem ölüme bağlı tasarruf kabul edilmek suretiyle mutlak anlamda tenkise tabi tutulmuş olmaktadır.<sup>380</sup> İHK-

<sup>377</sup> Bu konudaki açıklamalar için Bkz. III, F; VIII numaralı başlıklar.

<sup>378</sup> Forni ve Piatti, Basler Kommentar ZGB, Art. 527, N. 7; İnan, Ertaş ve Albaş, Miras Hukuku, N. 1162; Hatemi, Miras Hukuku, § 4, N. 26 vd.

<sup>379</sup> Baygın, Tasarruf Nisabı, 160; Çabri, Miras Hukuku Şerhi Cilt-I, §565, N. 1508.

<sup>380</sup> Yargıtay'ın bir kararında yer alan karşı oy gerekçesinde, diğeri bazı kararlarında yer alan karşı oy gerekçelerinden farklı olarak yerinde olmayacak bir şekilde İHKKTB ifası bağışlayanın ölümüne bağlı bağış olarak kabul edilmiştir. Ancak bununla birlikte ilgili kararda tenkise ilişkin değerlendirmelerde ve zikredilen hü-

KTB'yi mutlak anlamda tenkise tabi tutmak adil sonuçlara sebebiyet verebilir. Bununla birlikte daha önce aktarılan gerekçelerle İHK-KTB'nin ölüme bağlı tasarruf sayılamayacağı sonuca varılmıştır. Söz konusu görüş ile varılan sonuçlar bu çalışmada kazandırma anına ilişkin savunulan görüş bağlamında saf anlamda bağış ile karma ve mükellefiyetli bağışlama görüşleri ile ulaşılabilir niteliktedir. İHK-KTB'de değer değişiminin tamamlanma anının mirasın geçişinden hukuksal bir an önce olduğu, bu durumun ona sağlararası nitelik verdiği ve onu bağışlayanın ölümüne bağlı olan bağışlama sözleşmesinden ayırdığı daha önce aktarılmış olup ilgili başlıktaki açıklamalarımıza atıf yapmakla yetiniyoruz.<sup>381</sup>

### **3) Hesaplamaya Konu Değer**

Öğretide tenkise ve denkleştirmeye esas olmak üzere bağışa konu taşınmazın değerinin tamamının (E.D) mı, yoksa kabuk değerinin (K.D) mi esas alınması gerektiği tartışmalıdır. Bu başlıkta yapılan değerlendirmelerin çoğu denkleştirme için de geçerli olup makalenin kapsamını genişletmemek üzere bunlar ayrı ayrı değil tenkis başlığı altında aktarılması tercih edilmiştir.

Bir görüşe göre İHKKTB'de bağışlama olarak sadece K.D değer esas alınmalıdır.<sup>382</sup> Hatırlanacağı üzere K.D, E.D'den intifa hakkının değerinin (İ.H.D) düşürülmesi suretiyle bulunur. Bu görüşe göre bağışlama sözleşmesi dahilinde yüklü taşınmazın devri durumu ile tam mülkiyetin devri arasındaki farklılık tenkise ve denkleştirmeye esas taşınmazın değerinin hesaplanmasında K.D'yi esas almak suretiyle gözetilmelidir.<sup>383</sup> Bu görüş İHKKTB'yi saf anlamda bağışlama olarak kabul etmekle birlikte, denkleştirme ve tenkiste daha düşük bir ka-

---

kümlerde İHKKTB sanki sağlararası tasarrufmuş gibi ele alınmıştır. Bu konuda Krş. Y.2.D, K. 1996/6702.

<sup>381</sup> Bu konuda Bkz. IV, B numaralı başlık.

<sup>382</sup> *Johannsen'* nin aslına ulaşamadığımız söz konusu görüşü ve eserindeki ("Kurt Herbert Johannsen, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 4. Juli 1975- IV ZR 3/74-, LM Nr. 12/ 13 zu § 2325 BGB") değerlendirmeler için Bkz. Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 220 vd.

<sup>383</sup> Krş. Eitel, Berner Kommentar ZGB, Art. 626, N. 115.

zandırma değerini esas alır, taşınmazın piyasa değerini daha düşük belirler.<sup>384</sup>

Katılmış olduğumuz ve aşağıda buna ilişkin gerekçeleri paylaşacağımız diğer görüşe göre ise İHKKTB'de bağışlama olarak sadece kabuk değerın esas alınması ve denkleştirme ile tenkiste bu esas alınarak değerlendirme yapılması yerinde değildir. Miras hukukunun temel esasları ve taraflar arasındaki menfaat dengesi taşınmazın değerinin tamamının ele alınmasını gerektirir.<sup>385</sup>

Benimsenecek görüşe göre sadece K.D'nin esas alınması veya E.D'nin esas alınması uygulamadaki olaylarda varılan sonuçlarda önemli farklılıkları beraberinde getirir. Bu anlamda değinilen temel görüşler arasındaki tercih mirasçılar ile saklı paylı mirasçılar arasındaki menfaat dengesine etki eder.<sup>386</sup>

Saf anlamda bağışlama sözleşmesi görüşünün ve üç aşamalı değer değişimi görüşlerinin sonuçlarıyla, hesaplamada taşınmazın değerinin tamamının dikkate alınması tutarlıdır.<sup>387</sup> Burada bağışlayanın terekisi yönünden taşınmaz son durumda yüksüz olarak terekeden çıkmış olmaktadır.<sup>388</sup> Bunun gibi denkleştirme ve tenkisin anlam ve amacı da diğer saf anlamda bağışlamalarda olduğu gibi İHKKTB'de de intifa hakkının değerinin düşülmemesini gerektirir.<sup>389</sup> Kanun koyucu denkleştirmeye ilişkin hükümlerle mirasçılarının durumunu sanki bağışlama yapılmamış olsaydı ne durumda olacak idiyseleler, o hale ge-

<sup>384</sup> Krş. Wolf ve Genna, Erbrecht, 347; Eitel, Berner Kommentar ZGB, Art. 626 N. 115.

<sup>385</sup> Krş. Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 181 vd.; Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 238.

<sup>386</sup> Böylece E.D esas alınırsa menfaat dengesi saklı paylı mirasçılar lehine değişecektir. Bu konudaki değerlendirmeler için Bkz Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 230 vd.

<sup>387</sup> Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 182.

<sup>388</sup> Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 200; Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 181.

<sup>389</sup> Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 238; Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 181. Özellikle mirasçılar arasında eşitli ilkesi ile bu görüşün uyumlu olduğu hakkında Bkz. Widmer, Ausgleichung, 4, 19 vd.



tirmeyi amaçlamaktadır.<sup>390</sup> Bu anlamda farazi tereke ile net tereke arasındaki farkın denkleştirilmesinde artık terede bulunmayan İHK-KTB'ye konu taşınmazın değerinin esas alınmasını gerekir. TMK'nın tenkise ilişkin hükümlerinde ise saklı paylı mirasçılarının murisin sağlığında yapmış olduğu birtakım ivazsız tasarruflara karşı korunmaları amaçlanır.<sup>391</sup> Ancak bu yapılırken murisin son arzularına saygı gösterilmesi hassasiyetine ve karşılıksız kazandırmadan yararlananlar ile saklı paylı mirasçılarının menfaatleri arasındaki dengenin korunması özen gösterilmelidir.<sup>392</sup> Sadece K.D'nin esas alınması durumunda, saklı paylı mirasçı intifa hakkı ile kayıtsız bağışa göre daha kötü bir duruma getirilmektedir.<sup>393</sup> Oysa aktarıldığı üzere her iki durumda da bağışlanan mirasın geçişi itibarıyla yüksüz taşınmazın malikli durumdadır. Bağışlayanın İHKKTB yapmakla amacı incelemenin başında aktarıldığı üzere terekenin paylaşımına şeffaflık katmak ve sözleşmede tarafların iradesi de mirasın geçişinden hukuksal bir an önce son aktarılan değerle (E.D.2- E.D.1) birlikte<sup>394</sup> E.D'yi bağışlanana karşılıksız kazandırılmasıdır. Bu anlamda taşınmazın değerinin tamamının denkleştirme ve tenkiste dikkate alınmalıdır.<sup>395</sup>

Biraz daha yakından incelendiğinde ilk aktarılan görüşün İHK-KTB ile intifa hakkı saklı tutulmayarak yapılan taşınmaz bağışı arasındaki benzerlikten yola çıktığı görülmektedir. Bu görüşe göre taşınmazın getirisinden yararlanamayan bağışlanana kendisinden alın konulan faydalar ölçüsünde bir ayrıcalık tanınmalı ve onun lehine denkleştirme ve tenkise konu daha düşük bir kazandırma değeri esas alınmalıdır.<sup>396</sup>

<sup>390</sup> Krş. Dural ve Öz, Miras hukuku, N. 1349; Eren ve Yücer Aktürk, Miras Hukuku, N. 1606.

<sup>391</sup> İnan, Ertaş ve Albaş, N. 1193; Antalya ve Sağlam, Miras Hukuku, 316

<sup>392</sup> YHGK, K. 1997/163, Karşı Oy Gereçesi; Y. 2. HD, K. 1992/11844.

<sup>393</sup> Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 238.

<sup>394</sup> Bu konuda Bkz. IV, A numaralı başlık.

<sup>395</sup> Krş. Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 238.

<sup>396</sup> Krş. Wolf ve Genna, Erbrecht, 347; Eitel, Berner Kommentar ZGB, Art. 626, N. 115.

Ancak daha önce aktarıldığı üzere her iki bağışlama sözleşmesinin hukuki nitelikleri örtüşmekle birlikte, incelemede çeşitli yönleriyle değinilen İHKKTB'nin kendine has özellikleri göz ardı edilmemelidir.<sup>397</sup> Bunun gibi yapılacak değerlendirmede terekenin korunması esasının gözetilmesi gereği ve İHKKTB'nin de tereke planlamasına ve paylaşımına hizmet ettiği dikkate alınmalıdır. Bu anlamda hayatta iken malvarlığı değerleri üzerinde serbestçe tasarruf edebilen bağışlayanın, malvarlığının ne kadar zenginleştiği değil, terekenin değerinin bundan ne kadar etkilendiği önemlidir. Taşınmaz üzerindeki sınırlı aynı hak bağışlamanın kapsamını ve değerini düşürür, fakat denkleştirme ile tenkise esas taşınmazın kendisinin piyasa değerini kural olarak etkilemez.<sup>398</sup> Ayrıca mirasçılara eşit muamele ilkesi de taşınmazın değerinin tamamının dikkate alınmasını destekler. Şöyle ki İHKKTB'de görüldüğü üzere mirasbırakan hayattayken taşınmazı elde eden mirasçının, taşınmazı mirasbırakanın ölümünden sonra ilk defa elde eden mirasçıya nazaran ekonomik olarak mirasın paylaşımında daha iyi durumda olacak şekilde değerlendirilmesi makul değildir.<sup>399</sup> Hatta bunlardan ilki fiili anlamda ikincisine nazaran daha iyi durumdadır, zira o daha mirasbırakan hayatta iken taşınmazın maliki olduğundan, taşınmazı yüklü olsa da satabilir veya üzerine başka bir sınırlı aynı hak tesis edebilir ve bu şekilde sermaye elde edebilir.

İsviçre öğretisinde tartışmalı olmakla birlikte denkleştirme bağlamında buna konu değerinin düşük belirlenmesi yönünde ileri sürülen gerekçelerden bir başkası da Art. 630 Abs. 2 ZGB (eMK m. 607) hükmüdür. Buna göre şayet bir taşınmaz yüksüz olarak bağışlanacak olsa değinilen maddeye göre iyiniyetli bağışlananın bağışlayan hayatta olduğu süreçte söz konusu taşınmazdan elde ettiği faydalar ve ürünlerin bedeli taşınmazın değeri haricinde ayrıca denkleştirmeye tabi değildir. Bu bağlamda bu görüşe göre İHKKTB'de kendisinden

<sup>397</sup> Bu konudaki açıklamalar için Bkz. numaralı başlık.

<sup>398</sup> Krş. Weimar, Berner Kommentar ZGB, Art. 475 N. 30; Eitel, Nutzniessungsvorbehalt, 41.

<sup>399</sup> Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 182.

alıkonulan faydalar ölçüsünde bağışlanana bir ayrıcalık tanınmalı ve denkleştirme değeri daha düşük belirlenmelidir.<sup>400</sup>

Öncelikle denkleştirmede kazandırmaya ilişkin gelir ve zararda zilyetlik hükümlerine atıf yapan eMK m. 607 f. 1 c. 2<sup>401</sup> hükmü TMK'ya alınmamıştır. TMK m. 673 f. 2'de: "Yarar ve zarar ile gelir ve giderler hakkında mirasçılar arasında sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanır" şeklinde öngörülmüştür. TMK m. 673 f. 2 sebepsiz zenginleşme hükümlerini esas almak suretiyle aynı durumda zilyetlik hükümlerine atıf yapan eMK m. 607 f. 1 c. 2 ve mehaz ZGB Art. 603 Abs. 2'den ayrılmıştır. TMK m. 673 f. 2'nin mevcut halinin ve zilyetlik hükümlerine yapılan atfın denkleştirmenin niteliğine daha uygun olduğu belirtilmektedir.<sup>402</sup> Bu anlamda burada değinilen denkleştirme yükümlüsünün elde ettiği faydalara (yararlara, gelirlere) ilişkin sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Bundan dolayı bunlar bağışlanan iyiniyetli de olsa kötü niyetli de olsa denkleştirme kapsamındadır.<sup>403</sup>

Aynı durum tenkiste geri verme için de geçerlidir (TMK m. 566). Tenkis borçlusunun iade yükümlülüğü kanunda onun iyiniyetli veya

<sup>400</sup> Rosenthaler, Nutzniessungsvorbehalt, 412 vd. Daha önce aktarıldığı üzere .HKKTB'nin söz konusu hukuki işlemin niteliği gereği sıklıkla tarafların iyi niyetli olduğundan yola çıkılabilecektir.

<sup>401</sup> eMK m. 607 f. 1 c. 2'de: "... Hasılat ve sarfiyattan zamanı mucip olarak ayne veya kıymete arız olan noksanlardan dolayı mirasçılar, zilyedin haklarına malik ve borçları ile mükelleftirler" şeklinde ifade edilmektedir.

<sup>402</sup> Krş. Dural ve Öz, Miras hukuku, N. 1429; Çabri, Miras Hukuku Şerhi Cilt-III, §673, N.674.

<sup>403</sup> Turan Başara, Denkleştirme, 240 vd.; Bayramoğlu, Mirasta Denkleştirme, 83 vd. Genel olarak sebepsiz zenginleşmede iyiniyetli ve kötünüyetli zenginleşenin iade yükümlülüğü için örneğin Bkz. Eren, Borçlar Hukuku Genel, N. 2731 vd., 2743 vd.; Oğuzman ve Öz, Borçlar hukuku Genel Cilt II, N. 1116 vd.; Nomer, Borçlar Hukuku Genel, N.144 vd.; Antalya, Borçlar Hukuku Cilt V/1,2, 713 vd.; Gümüş, Borçlar Hukuku Genel, 633 vd.; Aydoğdu, Murat Borçlar hukuku, s. 275; Kılıçoğlu, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Baskı, Ankara 2016, s. 548 vd.; Furrer, Müller-Chen ve Çetiner, Borçlar Hukuku Genel, N. 1380 vd.; Safa Reisoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Ankara: Beta Yayıncılık, 2020): 279 vd.; Sinan Sami, Akkurt, Kemal, Erdoğan ve Hüseyin Tokat. Borçlar Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022: 227 vd.

kötüniyetli olmasına göre<sup>404</sup> TMK m.566'da düzenlenmiştir. Buna göre zenginleşen ilk durumda sadece mirasın geçmesi anında<sup>405</sup> kazandırmadan elinde kalanı geri vermek ile yükümlüyken<sup>406</sup>, son durumda zenginleşenin iade borcu iyiniyetli olmayan zilyedin geri verme borcuna ilişkin hükümlere (TMK m. 995) tabidir.<sup>407</sup> Çalışmanın

<sup>404</sup> Hayatın olağan gidişatına göre elde etmiş olduğu kazandırmanın mirasbırakanın serbest tasarruf oranını geçeceğini ve saklı paylara zarar vereceğini bilmeyen veya bilmesi gerekmeyen tenkis borçlusunun iyiniyetli olduğundan bahsedilebilecektir. Buna karşılık söz konusu durumu biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, tenkis borçlusunun kötü niyetli olduğundan söz edilebilir. Bu konuda Krş. Tuor ve Piconi, Berner Kommentar ZGB, Art. 528, N. 6, 20; Forni ve Piatti, Basler Kommentar ZGB, Art. 528, N. 7; Pietet, Erbrecht, 466 vd.; Escher, Kommentar ZGB, Art. 528, N. 9; Wolf ve Genna, Erbrecht, 494. TMK m. 3 f. 1 (ZGB Art. 3 Abs. 1) hükmü gereği asıl olan iyiniyetin varlığı olduğundan, bu hükümde de kötüniyetin ispatı için daha yüksek şartlar aranması gerektiği hakkında krş. Wolf ve Genna, Erbrecht, 494.

<sup>405</sup> Geri verme yükümlülüğünün kapsamını belirlemede mirasın geçiş anının esas alınmasının yerinde olmadığı, söz konusu durumun hükmün uygulamasını ifa edilmiş sağlararası tenkise tabi kazandırmalarla sınırlandırmış olduğu, nitekim ölüme bağlı tasarrufların henüz tereden çıkmamış olduğu hakkında Bkz. Nar, Tenkis, 274; Serozan ve Engin, Miras Hukuku, 232.

<sup>406</sup> Bu konuda Bkz. Tuor, Berner Kommentar ZGB, Art. 527, N. 3 vd. Escher, Kommentar ZGB, Art. 527, N. 8 vd.; Çabri, Miras Hukuku Şerhi Cilt I, § 566, N. 1541 vd. Bu bağlamda özellikle tenkis borçlusu (bağışlanan) iyiniyetli ise tüketmiş olduğu, artık elinde bulunmayan ürünleri geri verme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu konuda Bkz. Tuor, Berner Kommentar ZGB, Art. 528 N22; Forni ve Piatti, Basler Kommentar ZGB, Art. 528, N. 5; Fankhauser, Hand Kommentar ZGB, Art. 528, N. 1; Hrubesch-Millauer, Praxiskommentar Erbrecht, ZGB Art. 528 N. 4; Escher, Kommentar ZGB, Art. 528, N. 8.

<sup>407</sup> Şayet bağışlanan (tenkis borçlusu) iyi niyetli değil ise iyi niyetli olmayan zilyede ilişkin iade hükümlere uygulanacak olup her türlü elde edilen veya elde edilmesi ihmal edilen ürünler tenkiste iade kapsamında kabul edilebilecektir (TMK m. 566; TMK m. 566 madde gerekçesi, TMK m. 995). Kötüniyetli zilyedin iade yükümlülüğü için Bkz. Sirmen, Eşya Hukuku, 106 vd.; Serozan, Eşya Hukuk I, N. 740 vd.; Esener ve Güven, Eşya Hukuku, 124 vd.; Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, Eşya Hukuku, N. 567 vd.; Antalya ve Topuz, Eşya Hukuku, 459 vd. TMK m. 566 f. 1 hükmünde düzenlenen tenkiste iyi niyetli zilyedin iade yükümlülüğü ZGB Art. 528 Abs. 1 ile örtüşmektedir. Tenkiste iyiniyetli olan zilyedin iade yükümlülüğü hakkında Krş. Tuor ve Piconi, Berner Kommentar ZGB, Art. 528, N. 22; Forni ve Piatti, Basler Kommentar ZGB, Art. 528, N. 5; Fankhauser, Hand Kommentar ZGB, Art. 528, N. 1; Hrubesch-Millauer, Praxiskommentar Erbrecht, ZGB Art. 528, N. 4; Escher, Kommentar ZGB, Art. 528, N. 8. TMK m. 566 f. 1 kötü niyetli tenkis borçlusunun geri verme yükümlülüğünü haksız zilyedin iade hükümlerine bağlarken, mehaz ZGB Art. 528'de kötü niyetli tenkis borçlusunun geri verme yükümlülüğü düzenlenmemiştir. Ancak yine TMK m. 566 ile benzer şekilde uygulama ve öğretideki baskın görüş tarafından iyi niyetli olmayan zilyedin iade rejiminin burada da

başında İHKKTB'de bağışlananın kural olarak iyi niyetli olduğundan yola çıkılabileceği aktarılmıştı. Bu anlamda iade borcu sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi olan iyiniyetli tenkis borçlusunun (bağışlananın) denkleştirmede olduğu gibi mirasın geçişi anında elde ettiği faydaların elinde kaldığı ölçüde iadesi gündeme gelecektir.<sup>408</sup> Bunun yanında ilk zikredilen görüşe İsviçre öğretisinde taşınmazın değerinin düşürülmesini haklı kılmayan başka bir argüman olarak, denkleştirmedeki Art. 630 Abs. 2 ZGB hükmünün zaten tenkise ilişkin hükümler arasında yer almaması gösterilmektedir.<sup>409</sup>

Nihayet katılmış olduğumuz hesaplama konu değer olarak taşınmazın tamamını esas alan görüşe karşı getirilen bir eleştiri intifa hakkı sahibinin taşınmazın değerini hayatta iken azaltacağı ve bu durumun ölümünden sonra taşınmaza yüksüz olarak sahip olacak bağışlanan için adil olmayan sonuçlar doğuracağıdır.<sup>410</sup> Ancak söz konusu itiraza da taraflar arasında geçerli olan TMK'daki intifa hakkına ilişkin hükümler çerçevesinde yanıt verilebilir. İntifa hakkı kullanımına bağlı risk ve sorumluluk dağılımı TMK'da düzenlenmiştir. Bağışlayan olağan kullanımı dolayısıyla taşınmazda meydana gelen değer azalmasından sorumlu değildir (TMK m. 800 f. 3). Kaldı ki zaten İHKKTB'deki

---

geçerli olduğu ve bağışlananın tenkiste elde edilen veya elde edilmesi ihmal edilen ürünlerin iadesi ile yükümlü olduğu kabul edilmektedir. Bu konuda Bkz. Tuor ve Piconi, Berner Kommentar ZGB, Art. 528, N. 14; Forni ve Piatti, Basler Kommentar ZGB, Art. 528, N. 8; Fankhauser, Hand Kommentar ZGB, Art. 528, N. 1; Piotet, Erbrecht, 467; Hrubesch-Millauer, Praxiskommentar Erbrecht, ZGB Art. 528, N. 7; Escher, Kommentar ZGB, Art. 528, N. 6. Buna karşılık kötü niyetli zilyedin ihmal edilen değil, sadece elde edilen ürünlerden sorumlu olduğu şeklindeki İsviçre'deki azınlık görüşü için Bkz. Piotet, ZSR, s. 117.

<sup>408</sup> Denkleştirme ve tenkise ilişkin genel esasların İHKKTB'nin tarafı olan ve mirasın geçişinde yüksüz taşınmaza sahip olan bağışlanan için de geçerli olduğu hakkında Bkz. Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 111.

<sup>409</sup> İsviçre öğretisinde iyi niyetli zilyedin faydalanması durumunda tazminat ödemeceğini öngören ZGB, Art. 938 Abs. 1 (TMK m. 993 f. 2) hükmünden aktarılan sonucun çıkarılamayacağı, olan hukukta bunun için açık bir kanuni dayanak bulunmadığı için tenkise konu kazandırmanın değerinin etkilenmeyeceği belirtilmektedir. Yapılan açıklamalar için Krş. Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 182.

<sup>410</sup> Karma bağış görüşte olan Rosenthaler'nın söz konusu eleştirisi için Bkz. Krş. Rosenthaler, Nutzniessungsvorbehalt, 412 vd.

tipik menfaat durumu bağışlanın mirasın geçişi anındaki taşınmazın kullanım ve yararlanmaya bağlı olağan değer azalmasını göze almasını gerektirir. Ancak intifa hakkı sahibi bağışlayan hayatta olduğu süreçte kusuru ile bağışlanan taşınmazı yok etmişse, olağandışı kullanımını dolayısıyla veya genel olarak kusuru ile taşınmazın değerini azaltmışsa sorumludur (TMK m. 800).<sup>411</sup> Söz konusu zarara ilişkin sorumluluk bağışlayanın vefatından sonra mirasçalarına geçecektir.

Sonuç olarak yukarıda aktarılan gerekçelerle saf anlamda bağışlama görüşünün kabulüyle miras hukukundaki değerlendirmede İHKKTB'ye konu taşınmazın intifa hakkı ile kayıtlı olup olmaması fark yaratmamaktadır ve hesaplamada E.D esas alınmalıdır. İHKKTB'nin saf anlamda bağışlama kabul edilmesiyle mirasbırakanın malvarlığına bir karşı değer girmediği de kabul edilmiş olmaktadır. İncelemede mükellefiyetli ve/veya karma bağışlamanın bulunduğu kabul edildiği durumlarda ise aynı şekilde yine E.D esas alınmakla birlikte, fark olarak bundan karşı edimin ve/veya mükellefiyetin değeri indirilecektir.

## **SONUÇ**

İHKKTB kendine has özelliklere sahiptir. Bağışlayandan bağışlanana değer değişiminin, bir anda ve tek seferde değil taşınmazın tescilinden mirasın açılışından hukuksal bir an önceye kadarki süreçte üç aşamalı şekilde geçer. İntifa hakkı kendinde tutularak mülkiyetin devrine ilişkin hukuki yapılanma bağlamında İHKKTB'nin hukuki nitelendirilmesini etkileyebilecek çeşitli ihtimaller ile karşılaşılabilir. Buna göre ilave edimlerin öngörülmediği İHKKTB'nin hukuki niteliği, en sık karşılaşılacak ihtimal olarak intifa hakkının mülkiyetin devrinden bir süre önce veya hukuksal bir an önce tesisinde saf anlamda bağışlama olarak nitelendirilebilir. Buna karşılık intifa hakkının mülkiyetin devrinden bir süre sonra veya hukuksal bir an sonra tesisinde

---

<sup>411</sup> Esener ve Güven, Eşya Hukuku, 471; Özen, İntifa Hakkı, 215 vd.; Ayan, Sınırlı Ayni Haklar, 97 vd.

bu hukuki işlemin hukuki niteliği, mükellefiyetli bağışlama olarak kabul edilebilir. Diğer çalışmada aktarılan ihtimallerin yanında özellikle bağışlanan tarafından ilave edimlerin kararlaştırıldığı durumda ise bunun niteliğine göre İHKKTB, sıklıkla mükellefiyetli, karma ya da mükellefiyetli karma bağışlama olarak nitelendirilmektedir.

İHKKTB ivazlı kabul edilebildiği ölçüde denkleştirme ile tenkise tabi olmayacaktır. Bu bağlamda saklı tutulan bağışlama sözleşmelerine konu olan ve denkleştirme veya tenkis hesaplanmasına tabi kazandırma saf anlamda bağışlama sözleşmesi görüşü dahilinde taşınmazın değerinin tamamıdır. İncelemede mükellefiyetli ve/veya karma bağışlamanın bulunduğu kabul edildiği durumlarda ise aynı şekilde yine E.D esas alınmakla birlikte, fark olarak bundan karşı edimin ve/veya mükellefiyetin değeri indirilecektir. Varılan sonuçların miras hukukunun temel esasları ile denkleştirme ve tenkisin anlam ve amaçları ile örtüştüğü aktarılmıştır. Bunun gibi bağışlamanın ne zaman yapılmış sayılacağına ilişkin mirasın geçişinden hukuksal bir an öncenin esas alınmasını ilgili kanun hükümleri ve hukuki işlemin ekonomik boyutuyla uyumludur.

Diğer sözleşmelerde olduğu gibi İHKKTB’de taraf iradeleri yorumla belirlenebilecek olup buna göre ilk olarak tarafların gerçek ve örtüşen iradeleri ve ikinci aşamada ise güven teorisi uygulanmak suretiyle tarafların farazi iradeleri esas alınarak bir değerlendirme yapılmalıdır.<sup>412</sup> İHKKTB’nin hukuki niteliğine ilişkin belirsizlik olduğu ve farklı bir hukuki nitelendirmenin miras hukuku yönünden önemli farklılıklara yol açabileceği dikkate alındığında İHKKTB’nin özenli bir şekilde düzenlenmesi önem taşır.<sup>413</sup> Ancak bir hukuki işlemin nitelen-

<sup>412</sup> Kramer Ernst A. ve Bruno Schmidlin, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband: Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1–18 OR (Bern: Stämpfli Verlag, 1986): Art. 18, N. 117; Antalya, Borçlar Hukuku, Cilt V/1,1. 294 vd.; Eren, Borçlar Hukuku Genel, N. 731.

<sup>413</sup> Bu bağlamda örneğin malik intifasına ilişkin hukuki yapılanmada bağışlananın lehine hukuki nitelendirmeye yönelik bir kayıt konulması ihtimal dahilindedir. Ancak bağışlananın ilave bir edim yükümlülüğü üstlenmediği olasılıkta ve burada

dirilmesi taraf iradelerinin dışında tutulmuştur. Şöyle ki taraf iradele-ri, ancak bunun hukuki işlemin içeriği ile örtüşmesi durumunda esas alınmalı, yoksa kasıtlı veya ihmal sonucu bir hukuki işlemin yanlış nitelendirilmesi veya ifade edilmesi belirleyici olmamalıdır (TBK. m. 19).<sup>414</sup> Aktarılan durumdan ötürü mirasbırakan daha hayatta iken İHKKTB'nin hukuki nitelendirmesine bağlı olarak miras hukukundaki sonuçlarına ilişkin belirsizlikler meydana gelebilir. Buna karşı nasıl hareket etmesi gerektiği sorusu ile karşılaşılmaktadır. Ayrı bir çalışma konusu olabilecek zikredilen soruya nasıl yaklaşılması gerektiğine ilişkin bazı hususlara aşağıda sadece genel hatlarıyla işaret ederek inceleme sonlandırılacaktır.

Tenkisin denkleştirmeye göre ikincil nitelikte olduğu ve denkleştirmeye ilişkin hükümlerin emredici olmadığı dikkate alındığında mirasbırakan (bağışlayan) tek taraflı olarak düzenlemeler yapabilir.<sup>415</sup> Bu kapsamda ilave edim yükümlülüğü söz konusu ise bu da dikkate alınarak miras hesaplamasına konu taşınmazın değerini doğrudan veya dolaylı şekilde belirlemeye, taşınmazın veya intifa hakkının değerlendirilmesine ilişkin hangi metodun<sup>416</sup>, nasıl dikkate alınabileceğine

---

intifa hakkının bağışlayan tarafından tesis edildiği dikkate alınınca bu durum tereddüt yaratmaktadır. Böyle bir nitelendirme mirasçılara eşit davranmak isteyen bir mirasbırakanın (bağışlayanın) iradesi ile örtüşmediği gibi bağışlayanın diğer mirasçılarının menfaatlerini zedelemektedir. Bu konudaki açıklamalar için Krş. Horat, Grundstückschenkung mit Nutzniessungsvorbehalt, 109.

<sup>414</sup> Necip Kocayusufoğlu, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014): § 32, N. 2 vd.; Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Ankara: Turhan Kitabevi, 2016): 268 vd.; Hüseyin Hatemi ve Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Genel Bölüm (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017): §10, N. 1 vd.

<sup>415</sup> Krş. Eitel, Berner Kommentar ZGB, Art. 626 N. 47, 49; Antalya ve Sağlam, Miras Hukuku, 546; Dural ve Öz, Miras hukuku, N.1382 vd.

<sup>416</sup> Taşınmazın piyasa değerinin belirlenmesinde kabul edilen ve kullanılan metotlar arasında örneğin istatistiksel metot/ karşılaştırma metodu ("*statistische Methode/ Vergleichsmethode*") ve bunun altında yer alan nominal değerlendirme yöntemleri, çoklu regresyon analizi ve hedonik değerlendirme metodu ("*die hedonische Bewertungsmethode*"), (saf) gelir değeri metodu ("*die reine Ertragswertmethode*"), eşya değer metodu ("*Sachwertmethode*"), para değeri metodu ("*Barwertmethode*"), geriye dönük hesaplama metodu ("*die Methode der Rückwärtsrechnung*"), tarımsal taşınmazlarda uygulama alanı bulan konum sınıflandırma (sınıfı) yöntemi ("*Lageklassenmethode*"), modern yöntemler üst başlığı altında yer alan yapay sinir ağı yöntemi ("*Methode des künstlichen neuronalen*



veya denkleştirme değeri ve anına ilişkin düzenlemeler yapabilecektir.<sup>417</sup>

Bağışlanan altsoyun taşınmaz bağışından sonra mirasçı olamaması veya diğer bir nedenle kazandırmanın denkleştirme dışı kalması durumunda, kazandırmanın tenkisinin gündeme gelebileceği göz ardı edilmemelidir. İHKKTB'nin hukuki nitelendirmesine bağlı olarak bunun miras hukukundaki sonuçlarına ilişkin belirsizlikleri tamamen ortadan kaldırmak, bundan etkilenebilecek bağışlayanın tüm (saklı paylı) mirasçıları ile bağlayıcı düzenleme yapılmasını gerekli kılar. Bu anlamda saklı payları ihlal edilecekse veya önlem almak üzere saklı paylı mirasçılarla (gerekirse onlara bunu yapmaya yöneltmek için ivazlı şekilde) mirastan feragat sözleşmesi<sup>418</sup> yapılması düşünülebilir. Ancak mirastan feragat sözleşmesinin geçerli olmaması<sup>419</sup> veya burada saklı paylı mirasçı (ların) lehine öngörülen ivazın kendisinin de diğer saklı paylara tecavüz ettiği ölçüde sonradan tenkise konu olabilmesi mümkündür<sup>420</sup>. Öte yandan saklı paylı mirasçı(ların) nın mirastan feragat sözleşmesi yapmaya yanaşmaması da ihtimal dahilindedir. Değinen durumlarda İHKKTB'nin miras hukukunda denkleştirme veya tenkise tabi olmaması için, artık söz konusu hukuki işlemin altsoyun ekonomik imkanlarının elverdiği bir ihtimalde yüklü

---

*Netzwerks*"), bulanık mantık yöntemi ("*Fuzzy-Logik-Methode*") vb. yöntemler bulunur. Bu konuda Bkz. Canonica, Immobilienbewertung, 23 vd.; Fierz Martina, Verkehrswert von Liegenschaften, 143 vd.; Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 198 vd.; Akduman, Sınırlı Ayni Hakların Değerlemesi, 51 vd. Yine intifa hakkı değerinin ve yüklü taşınmazın değerinin hesaplanmasına yönelik yaklaşımlar hakkında Bkz. Reiff, Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt, 173 vd.; Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 189 vd., 199 vd., 226 vd.

<sup>417</sup> Krş. Bertossa, Praxiskommentar Erbrecht, Art. 630, N. 35; Eitel, Berner Kommentar ZGB, Art. 630 N. 8; Escher, Kommentar ZGB, Art. 630, N. 3; Tuor ve Picononi, Berner Kommentar ZGB, Art. 630 N. 6; Piotet, Erbrecht, 356 vd.; Widmer, Ausgleichung, 13 vd.

<sup>418</sup> Mirastan feragat sözleşmesi hakkında Bkz. Çabri, Miras Hukuku Şerhi Cilt I, §528, N. 792 vd.; İnan, Ertaş ve Albaş, Miras Hukuku, N. 842 vd.

<sup>419</sup> Çabri, Miras Hukuku Şerhi Cilt I, §528, N. 819.

<sup>420</sup> Antalya ve Sağlam, Miras Hukuku, 358; Öztan, Miras Hukuku, 269; Eren ve Yücer Aktürk, Miras Hukuku, N. 841 vd.

taşınmazın yaklaşık piyasa değerine karşılık gelecek<sup>421</sup> bir edim karşılığında<sup>422</sup> yapılması önerilebilir. Bu da mümkün değilse denkleştirme veya tenkise daha düşük miktarda tabi olabilmesi için incelemede çeşitli örneklerde paylaşılan karma, mükellefiyetli ya da karma mükellefiyetli bir İHKKTB yapılmalıdır.

YAZAR BEYANI	
<b>Mali Destek/Teşekkür Beyanı:</b>	Bulunmamaktadır.
<b>Yazarların Katkıları</b>	Eserin tamamı yazar tarafından kaleme alınmıştır.
<b>Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı</b>	Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir.
<b>Etik Kurul Onayı:</b>	Gerekmemektedir.

<sup>421</sup> Sözleşmede bağışlayana ödenmesi öngörülecek değinilen değer farkının piyasa değerine yakın belirlenmiş olması önem taşır. Aksi halde mirasın açılışından sonraki bir uyumsuzlukta (nisbi muvazaanın bir uygulaması olan) muris muvazaası iddiası nedeniyle tapu iptali davasının gündeme gelebileceği göz ardı edilmemelidir. Bu konuda Krş. İnan, Ertaş ve Albaş, Miras Hukuku, N.1368 vd., 1378; Antalya ve Sağlam, Miras Hukuku, 363 vd.

<sup>422</sup> Karşı edimin değeri taşınmazın yüksüz piyasa değeri ile tesis edilecek intifa hakkının değerleri arasındaki farka karşılık gelmelidir. Söz konusu karşı edimin taraflar arasında yapılacak bir tüketim ödücü sözleşmesi dahilinde taşınmazı devreden alıcıya bir ödücü olarak kararlaştırılabileceği ve bunun geri ödemesinin devreden ölümünde muaccel olacağı öngörülebileceği; alıcının ise bu bedeli paylaştırmada ödeyebileceği veya onun miras payından mahsup edilebileceği hakkında Krş. Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 108. Aktarılan durumda hukuki işlem tamamen ivazlı olduğundan kural olarak denkleştirme veya tenkise tabi olmaz. Ancak bir ihtimal olarak tüketim ödücü değerinin ("Darlehensvaluta") nominal değere oranının denkleştirme veya tenkise tabi olabileceği göz ardı edilmemelidir. Bu konuda Krş. Eitel, "Ausgleichung und Herabsetzung", 133 vd.; Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt, 108; Urteil BGer 5A\_477/2008 vom 11.08.2009, E. 4, www.relevancy.bger.ch, 08.05.2023.

## **KAYNAKÇA**

- Akbıyık, Cem. Karma Bağışlama Kavramı ve Miras Hukukundaki Yeri. İstanbul: Aristo Yayınevi, 1997.
- Akçaal, Mehmet. Eşya Hukuku. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2022.
- Akçaal, Mehmet. Medeni Hukuk. Ankara : Yetkin Yayıncılık, 2022.
- Akçaal, Mehmet. Borçlar Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.
- Akduman, Umutcan. "Sınırlı Ayni Hakların Değerlemesine İlişkin Esaslar ve Uygulamaları". Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, 2021.
- Akıntürk, Turgut. "Şart ve Mükellefiyet Kavramları Üzerinde Bir İnceleme". AÜHFD. 27/3 (1970): 219-247.
- Akipek, Jale G. Türk Eşya Hukuku – Mahdut Ayni Haklar (Menkul Rehni Hariç). Ankara: Sevinç Matbaası, 1974.
- Akkurt, Sinan Sami, Erdoğan, Kemal ve Tokat Hüseyin. Medeni Hukuk. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Akkurt, Sinan Sami, Erdoğan, Kemal ve Tokat Hüseyin. Borçlar Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Antalya, O. Gökhan ve İpek Sağlam. Miras Hukuku. İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Antalya, O. Gökhan. Borçlar Hukuku Cilt V/1,1. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Antalya, O. Gökhan. Borçlar Hukuku Cilt V/1,2. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Antalya, O. Gökhan. Borçlar Hukuku Cilt V/1,3. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Antalya, O. Gökhan, Hukuk Metodolojisi. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Antalya, O. Gökhan ve Murat, Topuz. Eşya Hukuku, Cilt IV/1. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.

- Antalya, O. Gökhan ve Murat, Topuz. Medeni Hukuku, Cilt I. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Arbek, Ömer. “Ölüme Bağlı İşlemlerde İrade Serbestîsi, Sınırları ve Müeyyidesi”. e-Akademi. 44 (2005): N. 1- 131, <http://e-akademi.org/makaleler/oarbek-2.htm>.
- Aslanpınar, Burak Y.” Gayrimenkullerde intifa hakkı ve kuru (çıplak) mülkiyetin veraset ve intikal vergisi bakımından vergilendirilmesi”. İçinde Prof.Dr. Şükrü Kızılot’a Armağan, ed. Nevzat Saygılıoğlu, 574-616. Ankara: Gazi Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi, 2014.
- Ayan, Mehmet. Eşya Hukuku – I Zilyetlik ve Tapu Sicili. Ankara: Adalet Yayınevi 2017.
- Ayan, Mehmet. Eşya Hukuku – III Sınırlı Ayni Haklar. Ankara: Adalet Yayınevi 2017.
- Ayan, Mehmet. Miras Hukuku. Ankara: Adalet Yayınevi 2020.
- Ayan, Mehmet. Miras Hukuku. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Ayan, Mehmet. Sınırlı Ayni Haklar, Cilt III. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Aydoğdu, Murat ve Nalan Kahveci. Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- Baumann Max. Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band: Sachenrecht, Teilband IV 2a, Die Dienstbarkeiten und Grundlasten, Nutzniessung und andere Dienstbarkeiten, Art. 745-778 ZGB, Nutzniessung und Wohnrecht. Zürich: Schulthess Verlag 1999.
- Baygın, Cem. “Tenkis Davalarında Mirasbırakanın Tasarruf Nisabının Hesaplanması”. EÜHFD, 12/3-4 (2008): 137-179.
- Bayramoğlu, Necati Şükrü. *Mirasta Denkleştirme*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2021.
- Becker Hermann. Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI: Obligationenrecht, II. Abteilung:

- Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184-551 OR. Bern: Stämpfli Verlag 1934
- Benkö, Marietta. "Zur Aushöhlung bindender Verfügungen von Todes wegen". Dissertation, Köln Universität, 1974.
- Benn, Jurij. Rechtsgeschäftliche Gestaltung der erbrechtlichen Ausgleichung. Zürich: Schulthess Verlag, 2000.
- Bertossa, Jacqueline Burckhardt, "Die Ausgleichung". İçinde Praxis-kommentar Erbrecht, ed. Daniel Abt ve Thomas Weibel, Art. 626-632 ZGB. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2019.
- Boehmer Gustav. Grundlagen Der Bürgerlichen Rechtsordnung, 2. Buch, 2. Abteilung. Tübingen: Mohr Verlag, 1952.
- Bucher Eugen. Obligationenrecht, Besonderer Teil. Zürich, Schulthess Verlag, 1988.
- Canonica Francesco. Die Immobilienbewertung, Schätzerwissen im Überblick. Bern: SIV, 2009.
- Cavin, Pierre "Kauf, Tausch und Schenkung". İçinde Schweizerisches Privatrecht, Band VII/1: Obligationenrecht – Besondere Vertragsverhältnisse, ed. Frank Vischer, 1 vd. Basel/Stuttgart: Helbing Lichtenhahn Verlag, 1977.
- Coing, Helmut. "Anmerkung zum Urteil des OGHBrZ vom 18. Nov. 1948 - II ZS 16/ 48". NJW. 7 (1949): 260-261.
- Çabri, Sezer. Miras Hukuku Şerhi, (TMK m. 495-574), Cilt-I. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- Çabri, Sezer. Miras Hukuku Şerhi, (TMK m. 575-639), Cilt-II. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Çabri, Sezer. Miras Hukuku Şerhi, (TMK m. 640-682), Cilt-III. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Çetinel, Merve Ürem. Eigentumsvorbehalt und andere Mobiliarsicherheiten. Tübingen: Mohr Siebeck Verlag, 2018.

- Dalcı Özdoğan, Nurcihan. “Sağlararası Kazandırma Konusu Taşınmazın Tenkisi”. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 8/2 (2017): 363- 392.
- Demiral, Meltem. Şartlı Bağışlama. Ankara: Adalet Yayınevi, 2011.
- Denkli, İlhan vd. Tapu ve Kadasto Genel Müdürlüğü, Bilgi Teknolojileri Daire Başkanlığı Eğimi ve Çağrı Merkezi Şube Müdürlüğü Takbis Eğitim Dökümanı, Bağış İşlemi. 2014.
- Dieckmann, Albrecht. “Anmerkung zum Urteil des BGH vom 9. Nov. 1983 - IVa ZR, 151/82”. FamRZ. (1984): 880-883.
- Doğan, Murat, Gökhan, Şahan ve İsmail, Atamulu. Borçlar Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Druey Jean Nicolas. Grundriss des Erbrechts. Bern: Stämpfli Verlag, 2002.
- Dural, Mustafa ve Suat Sarı. Türk Özel Hukuku Cilt:1 Temel Kavramlar. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022.
- Dural, Mustafa ve Turgut, Öz. Türk Özel Hukuku Cilt: IV Miras Hukuku. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022.
- Dursun, Sanem Aksoy. “Borçlar Hukukunda “Falsa Demonstratio Non Nocet (Yanlış Niteleme Zarar Vermez) Kuralının Uygulanması”. İstanbul Hukuk Mecmuası. 76/1 (2018): 133–152.
- Eichler, Hermann. “Institutionen des Sachenrechts, Bd. II 2”. Berlin: Duncker&Humblot Verlag, 1960
- Eitel, Paul. “Erbrechtliche Tragweite einer Liegenschaftsabtretung mit Nutzniessungsvorbehalt BGE 120 II 417 ff.”. recht. 14 (1996): 34-46.
- Eitel, Paul. Die Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen im Erbrecht, Objekte und Subjekte von Ausgleichung und Herabsetzung. Bern: Stämpfli Verlag 1998.
- Eitel, Paul. Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band III: Das Erbrecht, 2. Abteilung: Der Erbgang, 3. Teilband: Die Ausgleichung, Art. 626-632 ZGB. Bern: Stämpfli Verlag, 2004

- Eitel, Paul. "Eine Grundstückschenkung mit Nutzniessungsvorbehalt (Ausgleichung und Herabsetzung), BGE 5A\_338/2010". *Succesio*. (2013): 68-74.
- Eitel, Paul, "Erbvorbezüge und Schenkungen – Ausgleichung und Herabsetzung". İçinde Erbvorempfang und Schenkung – Zivil- und steuerrechtliche Aspekte sowie Folgen für Ergänzungsleistungen, Alters- und Pflegeheimkosten, ed. Stephan Wolf, 121-154. Bern: Stämpfli Verlag, 2016.
- Enders, Matthias. "Steuerfolgen in der Rechtspraxis. Schenkung von Privatvermögen — in Mischform". *MDR*. (1986): 724-726.
- Erdoğan, Celal. Konut Fiyat Değişimleri, 2023. <https://celalerdogdu.com/turkiye-gayrimenkul-gostergeleri/konut-fiyat-degisimleri/>, Erişim Tarihi: 01.05.2023.
- Eren, Fikret. "Mirasta İade". *AD*. 54/3-4 (1963): 340-358, 720-741.
- Eren, Fikret. *Türk Medeni Hukukunda Tenkis Davası*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1973.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2019.
- Eren, Fikret. *Borçlar hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2019.
- Eren, Fikret ve İpek Yücer Aktürk. *Türk Miras Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2021.
- Eren, Fikret ve Ünsal Dönmez. *Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt I*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2022.
- Ernst A. Kramer ve Bruno Schmidlin. *Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband: Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1–18 OR*, Bern: Stämpfli Verlag, 1986.
- Ertaş, Şeref. *Eşya Hukuku*. İzmir: Barış Yayınları Fakültere Kitapevi, 13. Basım, 2016.

- Escher, Arnold. Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, III. Band: Das Erbrecht, Erste Abteilung: Die Erben, Artikel 457-536. Zürich: Schulthess Verlag, 1959.
- Escher, Arnold. Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, III. Band: Das Erbrecht, Zweite Abteilung: Der Erbgang, Art. 537-640. Zürich: Schulthess Verlag, 1960.
- Fahrettin Aral ve Hasan Ayrancı. Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2020.
- Fankhauser, Roland, "ZGB, Art. 519-533". İçinde Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht Art. 457-540 ZGB, ed. Peter Breitschmid ve Alexandra Rumo-Jungo. Zürich/Basel/Genf: Schulthess Verlag, 2016.
- Fierz. Martina. Der Verkehrswert von Liegenschaften aus rechtlicher Sicht. Zürich: Schulthess Verlag, 2001.
- Forni, Rolando ve Giorgio Piatti, "Art. 521 – 536, Art. 626-632". İçinde Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB, ed. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt ve Thomas Geiser. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag 2011.
- Furrer, Andreas, Markus, Müller-Chen ve Bilgehan, Çetiner. Borçlar Hukuku Genel Hükümler. İstanbul: On iki Levha Yayıncılık, 2022
- Guhl, Theo vd. Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts. Zürich: Schultess Verlag, 2000.
- Güleş, Bedia. "Türk Miras Hukuku'nda Denkleştirme". TBB Dergisi. 134 (2018): 355- 430
- Gümüş, Alper Mustafa. Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt 1. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013.
- Gümüş, Alper Mustafa. Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2021.
- Hatemi Hüseyin ve Emre Gökyayla. Borçlar Hukuku Genel Bölüm. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017.



- Hatemi, Hüseyin. Medeni Hukuk'a Giriş. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Hatemi, Hüseyin. Miras Hukuku. İstanbul: Vedat Kitapçılık 2014.
- Heck, Philipp. Grundriß des Sachenrechts,. Aalen: Scientia Verlag, 1960.
- Honsell, Heinrich. Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil. Bern: Stämpfli Verlag, 2017.
- Horat, Felix. Grundstückschenkungen mit Nutzniessungs- oder Wohnrechtsvorbehalt. Zürich: Schulthess Verlag, 2018.
- Horat, Felix." Die Grundstückschenkung unter «Vorbehalt» einer Nutzniessung zu Gunsten des Schenkers und seines Ehegatten". BN. 2 (2019): 71-85.
- Hrubesch-Millauer, Stephanie, "Art. 522 – 533 ZGB (Herabsetzung)". İçinde Praxiskommentar Erbrecht: Nachlassplanung, Nachlassabwicklung, Willensvollstreckung, Prozessführung, ed. Daniel Abt ve Thomas Weibel, Art. 522 – 533 ZGB. Basel: Helbing Lichtenhann, 2016.
- Hrubesch-Millauer Stephanie, Graham-Siegenthaler Barbara ve Vito Roberto. Sachenrecht. Bern: Schulthess Verlag, 2017.
- Huguenin, Claire. Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil. Zürich/Basel/Genf: Schulthess Verlag, 2014.
- İlhan, Ahmet Furkan. Yüklemeli (Mükellefiyetli) Bağışlama. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- İnan, Ali Naim, Şeref, Ertaş ve Hakan, Albaş, Miras Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- İpek, Eyüp. Edime Uygun İfa Kuralı ve Bu Kuralın İhlaline Bağlı Hukuki Sonuçlar. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016.
- Kessler, Wolfgang. "Einzelwirtschaftliche Betrachtung der Nießbrauchsbesteuerung". BB. 40/21 (1985): 1386-1393.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. Borçlar Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Turhan Kitabevi, 2016.

- Kılıçoğlu, Ahmet M. Borçlar Hukuku Özel Hükümler. Ankara: Turhan Kitabevi, 2021.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. Miras Hukuku. Ankara: Turhan Kitabevi, 2021.
- Klüsener, Bernd. "Grundstücksschenkung durch die Eltern". Rpfleger, (1981): 258-265.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip. Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip. *Miras Hukuk*. İstanbul, Filiz Kitabevi, 3. Basım, 1987.
- Koch, Hens. "§§433-534". İçinde Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, Schuldrecht, Besonderer Teil, §§ 433-610, Finanzierungsleasing, HeizkostenV, BetriebskostenV, CISG, ed. Franz Jürgen Säcker ve Roland Rixecker. München: Beck Verlag. 2012
- Koller Alfred. Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Band I, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184-318 OR. Bern, Stämpfli Verlag 2012.
- Köprülü, Bülent ve Selim Kaneti. Sınırlı Ayni Haklar. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1982-1983.
- Kutlay, Ezgi. Bağışlama Sözleşmeleri. İstanbul: Turhan Kitabevi, 2016.
- Leemann, Hans. Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV: Sachenrecht, II. Abteilung, Art. 730-918 ZGB. Bern: Stämpfli Verlag, 1925.
- Liver, Peter. Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band: Das Sachenrecht, Zweite Abteilung: Die beschränkten dinglichen Rechte, Die Dienstbarkeiten und Grundlasten, Erster Band: Die Grunddienstbarkeiten, Art. 730-792. Zürich: Schulthess Verlag, 1980.
- Möllers, Thomas M. J. Juristische Methodenlehre. München: Beck Verlag, 2023.
- Nar, Ahmet. Türk Miras Hukukunda Tenkis. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016

*İntifa Hakkı Ömür Boyu Kendisinde Kalmak Üzere Ergin Altsoyun Lehine Yapılan Taşınmaz Bağışlama Sözleşmesinin Hukuki Niteliğine Ve Bunun Denkleştirme İle Tenkis Bağlamında Miras Hukukundaki Bazı Sonuçlarına İlişkin Bir Analiz*

- Nomer, Haluk N. Borçlar Hukuku Genel Hükümler. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2023.
- Nomer, Haluk N. ve Mehmet Serkan, Ergüne, Eşya Hukuku. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- Oğuzman, Kemal ve Nami, Barlas. Medeni Hukuk. İstanbul: On iki Levha Yayıncılık, 2022.
- Oğuzman, Kemal ve Turgut Öz. Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-I. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2022.
- Oğuzman, Kemal ve Turgut Öz. Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-II. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2022.
- Oğuzman, Kemal, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir. Eşya Hukuku. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017.
- Olgaç, Senai. Bağışlama. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1966.
- Olzen, Dirk. Die vorweggenommene Erbfolge. Paderborn/München/Wien/Zürich: Duncker & Humblot, 1984.
- Oser, Hugo ve Wilhelm Schönenberger. Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Das Obligationenrecht, 2. Teil: Art. 184-418. Zürich: Schulthess Verlag, 1936.
- Özdemir, Hayrunnisa. Türk Medeni Kanunu'na Göre Mirasın Paylaşılması Şerhi. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2019.
- Özen, Burak. Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008.
- Öztan, Bilge. Miras Hukuku. Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2021.
- Öztürkler, Cemal. Mirasta Denkleştirme iade ve Tenkis Davalarında Hesap Teknikleri. Ankara, Seçkin Yayınları, 2004.
- Özüğür, Ali İhsan. Tenkis, Mirasta Denkleştirme ve Muvazaa Davaları. Ankara: Adalet Yayınevi, 2013.
- Petzoldt, Rolf. "Nießbrauch an Kommanditeilen und GmbH-Geschäftsanteilen- Zivil- und Steuerrecht", GmbHR, (1987): 381-389 und 434-439

- Piotet, Paul, "Dienstbarkeiten und Grundlasten". İçinde Schweizerisches Privatrecht, Band V/1: Sachenrecht, Erster Halbband, ed. Arthur Meier-Hayoz vd., 519 vd. Basel/Stuttgart: Helbing & Lichtenhahn Verlag, 1977.
- Piotet, Paul. Schweizerisches Privatrecht, Band IV/1: Erbrecht. (Basel/Stuttgart: Helbing&Lichtenhann Verlag, 1978).
- Pohlmann, Petra, "§§ 1030 - 1089 BGB (Nießbrauch)". İçinde Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6, Sachenrecht, §§ 854-1296, WEG, ErbbauRG, ed. Reinhard Gaier, 1889 - 2096. München: Beck Verlag, 2013.
- Reiff, Peter. Die Dogmatik der Schenkung unter Niessbrauchsvorbehalt und ihre Auswirkungen auf die Ergänzung des Pflichtteils und die Schenkungsteuer. Berlin: Duncker&Humblot Verlag, 1988.
- Reiff, Peter. "Nießbrauch und Pflichtteilsergänzung". ZEV, 7 (1998): 241-248.
- Reisoğlu, Safa. Borçlar Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Beta Yayıncılık, 2020.
- Rey Heinz. Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts, Band I. Bern: Stämpfli Verlag, 2007.
- Riemer, Hans Michael. Die beschränkten dinglichen Rechte, Dienstbarkeiten, Grund- und Fahrnispfandrechte, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts, Band II. Bern: Stämpfli Verlag, 2000.
- Rosenthaler, Simon. "Abtretung von Liegenschaften unter Nutznießungsvorbehalt". AR. 10 (2016): 410-414.
- Rumo-Jungo, Alexandra. "Nutznießung in der Erbteilung". Successio. 1 (2011): 5-18.
- Saymen, Ferit H. ve Halit K. Elbir. Türk Eşya Hukuku. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1954.

- Schaufelberger, Peter c. ve Katrin Lüscher, Keller, "ZGB 617". İçinde Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB, ed. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt ve Thomas Geiser. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag 2011.
- Schöner, Hartmut ve Kurt Stöber. Grundbuchrecht. München: Beck Verlag, 2020.
- Seiler, Moritz, "Grundstückgewinnsteuerliche Folgen der Schenkung mit Nutzniessungsvorbehalt". ASA 80/10 (2012): 633- 658.
- Serozan, Rona. Sözleşmeden Dönme. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007.
- Serozan, Rona. Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa, İfa Engelleri Haksız Zenginleşme. İstanbul: Filiz kitabevi, 2014.
- Serozan, Rona. Hukukta Yöntem- Mantık. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017.
- Serozan, Rona ve Baki İlkay, Engin. Miras Hukuku. İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Sert Sütçü, Selin, "Bağışlama Sözleşmesi". İçinde Borçlar Hukuku Özel Hükümler, ed. Turgut Öz, 175-191. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Sirmen, Lale. Eşya Hukuku. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2021.
- Simonius, Pascal ve Thomas, Sutter. Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Band II: Die beschränkten dinglichen Rechte. Basel/Frankfurt am Main: Helbing & Lichtenhahn Verlag, 1990.
- Speckmann, Werner."Anmerkung zum Urteil des BGH vom 25. Mai 1970 - III ZR 141/68". NJW. 37 (1970): 1638.
- Stahelin, Daniel. "Art. 470-476, 48-483". İçinde Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB, ed. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt ve Thomas Geiser, 61 vd., 118 vd. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag 2011.
- Sticher Walter, "Erbrechtliche Aspekte der vorbehaltenen Nutzniessung bei Liegenschaftsübertragungen", Vortrag vom 23.11.2010 Fachgruppe Erbrecht ZAV, Zürich (Erişim Tarihi 13.02.2023), <http://www.sticher->

rechtsanwalt.ch/files/cto\_layout/pdf\_referate/Erbrechtliche-Aspekte-der-vorbehaltenen-Nutzniessung-bei-Liegenschaftsabtretungen.pdf

- Stöckli, Hubert. Das Synallagma im Vertragsrecht, Begründung/Abwicklung/Störung. Freiburg: Schulthess, 2008.
- Stürner, Michael, “§§ 516-534 BGB”. İçinde Prütting BGB Kommentar, ed. Hanns Prütting, Gerhard Wegen ve Gerd Weinreich, 979-991. Köln: Hermann Luchterhand Verlag, 2018.
- Sungurbey, İsmet. Medeni Hukuk Sorunları Cilt-II. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1974.
- Tandoğan, Haluk. Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008.
- TCMB, Konut fiyat Endeksi, <https://www.tcmb.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 01.05.2023.
- Tekinay, Selâhattin Sulhi vd. Borçlar Hukuku, Genel Hükümler. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993.
- Thurnherr, Christoph, “Art. 745- 778 ZGB”. İçinde Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht Art. 641-977 ZGB, ed. Peter Breitschmid ve Alexandra Rumo-Jungo, ZGB Art. 745 vd. Zürich/Basel/Genf: Schulthess Verlag, 2016.
- Tiziana, J. Chiusi. “§§ 516–534”. İçinde J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, ed. Michael Martinek. Berlin: de Gruyter Sellier Verlag, 2013.
- Tokur, Zeynep. Tenkis Davası. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2020.
- Tongsir, Ferih Bedii. “Bağışlama”. İstanbul Üniversitesi Hukuk Mecmuası. 18/3-4 (1952): 903-987.
- Tunçomağ, Kenan. Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C. II. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1974.
- Tuor, Peter. Berner Kommentar. Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band III: Das Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben, Artikel 457 – 536 ZGB. Bern: Stämpfli Verlag, 1952.

- Tuor, Peter ve Vito Picononi. Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band III: Das Erbrecht, 2. Abteilung: Der Erbgang, Artikel 537-640 ZGB. Bern: Stämpfli Verlag, 1964.
- Turan Başara, Gamze. "Ölüme Bağlı Tasarrufların Tenkisi ve Tenkis Davası". TAAD. 7/27 (2016): 365- 408.
- Turan Başara, Gamze. Miras Hukukunda Denkleştirme. Ankara: Turhan Kitabevi, 2013.
- Turanboy, K. Nuri. Mirasbırakanın Denkleştirme ve Tenkise Bağlı Sağlar Arası Hukuki İşlemleri. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2010.
- Turhan, Esener ve Güven Kudret. Eşya Hukuku. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2019.
- Türkmen, Ahmet. Bağışlamanın Geri Alınması. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Ünal, Mehmet. "Malik Lehine Sınırlı Aynî Hak Kavramı". Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 12/1-2 (2008): 223-236.
- Ünal, Mehmet. Sınırlı Ayni Hak. Ankara: Savaş Kitabevi, 2021.
- Vardar Hamacıoğlu, Gülşah. Bağışlama Sözleşmesi. İstanbul: Adalet Yayınevi, 2020.
- Vogt, Nedim Peter. Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, ed. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand. Basel: Helbing Lichtenhahin Verlag, 2015.
- Von Büren, Bruno. Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil (Art. 184-551). Zürich: Schulthess Verlag, 1972.
- Von Lübtow, Ulrich. Schenkungen der Eltern an ihre minderjährigen Kinder und der Vorbehalt dinglicher Rechte. Lahr: M. Schauenburg, 1949.
- Von Lübtow, Ulrich, "Der Eigentümersniessbrauch an Grundstücken". In: NJW 1962, 275-278.

- Von Tuhr Andreas ve Arnold Escher. Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II. Zürich: Schulthess Verlag 1974.
- Von Tuhr Andreas ve Arnold Escher. Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I. Zürich: Schulthess Verlag 1979.
- Wacke, Andreas. Das Besitzkonstitut als Übergabesurrogat in Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik. Köln: Hanstein Verlag, 1974.
- Weibel, Thomas. "Art. 607 – 613 ZGB". İçinde Praxiskommentar Erbrecht: Nachlassplanung, Nachlassabwicklung, Willensvollstreckung, Prozessführung, ed. Daniel Abt ve Thomas Weibel. Basel: Helbing Lichtenhann, 2016.
- Weimar, Peter. Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band III: Das Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben, 1. Teilband: Die gesetzlichen Erben, Die Verfügungen Todes wegen, 1. Teil: Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen, Art. 457-516 ZGB. Bern: Stämpfli Verlag AG, 2009.
- Westhoff, Franz. "Fragen zur vorweggenommenen Erbfolge". DB. 6 (1972): 809-814.
- Widmer Pierre. Grundfragen der erbrechtlichen Ausgleichung, Eine kritisch-vergleichende Studie zur Theorie des Vorempfangs. Bern: Stämpfli Verlag, 1971.
- Winistörfer, Michèle. Die unentgeltliche Zuwendung im Privatrecht, insbesondere im Erbrecht. Zürich: Schulthess Verlag, 2000.
- Wolf, Ernst. Lehrbuch des Sachenrechts. Köln/Bonn/Berlin/München: Carl Heymanns Verlag, 1979
- Wolf, Stephan, Gian Sandro, Genna. Schweizerisches Privatrecht, Band IV/1: Erbrecht. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2012.
- Yavuz, Cevdet, Faruk, Acar ve Burak, Özen. Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, I. Cilt. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2022.



*İntifa Hakkı Ömür Boyu Kendisinde Kalmak Üzere Ergin Altsoyun Lehine Yapılan Taşınmaz Bağışlama Sözleşmesinin Hukuki Niteliğine Ve Bunun Denkleştirme İle Tenkis Bağlamında Miras Hukukundaki Bazı Sonuçlarına İlişkin Bir Analiz*

Yıldırım, Abdulkerim. Türk Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler. İstanbul: Turhan Kitabevi, 2004.

Yılmaz, Merve. 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu İle Karşılaştırılmalı Olarak Bağışlama Sözleşmesinin Sona Ermesi. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011.

Zevkliler, Aydın ve Emre, Gökyayla. Borçlar Hukuku Özel Hükümler. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020.

Zobl Dieter. Grundbuchrecht. Zürich/Basel/Genf: Schulthess Verlag, 2004.