

MUVAZAA KURAMININ IUSTINIANUS'TAN GÜNÜMÜZ MODERN KANUNLAŞTIRMA HAREKETLERİNE KADAR GELİŞİM ÇİZGİSİ

Öğ. Gör. Dr. Arzu OĞUZ*

I. GİRİŞ

Muvazaa, irade teorisi, iradenin açıklanması teorisi ve güven ilkeleri açısından çok büyük bir öneme sahip dogmatik bir konudur. Muvazaanın, Roma Hukuku'nda ortaya çıktıktan sonra, Ortaçağ Hukuk uygulamasında, Pandekt Hukuku'nda (*usus modernus pandectarum*) ve doğal hukuktaki gelişim çizgisini kısaca incelemek, bu çalışmanın amacını oluşturmaktadır.

Roma Hukuku kökenli modern hukuklardaki düzenlemelerden yola çıkarak, muvazaayı kısaca, iki taraflı hukukî bir işlemde tarafların dışarıya karşı yapmış olarak gösterdikleri işlemde başka bir hukukî işlem yapmaları ya da hiç bir işlem yapmamaları olarak tanımlamak mümkündür. Çağımız hukuklarında, tarafların dışarıya karşı yapmış gibi gösterdikleri hukukî işlemin geçersiz olduğu, ancak gerçekten yapmış olmayı istedikleri hukukî işlemin, kanunda o işlem için öngörülen koşulların yerine getirilmiş olması kabulüyle geçerli olduğu genel kuralı yerleşmiştir (BGB §117; OR Art. 18; BK m. 18, ABGB §916).

Bu kurala çok uzun bir gelişim sürecinden geçilerek ulaşılabilmektedir. Genellikle kabul edilen görüşe göre¹, böyle bir genel kural, Klasik Roma Hukuku'na tamamen yabancıydı. Eski Hukuk anlayı-

* A.Ü. H.F. Roma Hukuku Anabilim Dalı

1. Partsch I., J.: Die Lehre vom Scheingeschäfte im römischen Rechte, SZ 42 (1921), 227 vd.; Siber, H.: Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung II, Römisches Privatrecht, Berlin 1928, 437; Kunkel, W. (Aufgrund des Werkes von Jörs, P.): Römisches Privatrecht, 3. Aufl., Berlin 1949, 107; Wesener, G.: Das Scheingeschäft in der spätmittelalterlichen Jurisprudenz, im Usus modernus und im Naturrecht, FS Hübner (1984), 337-338.

şında, tarafların yaptıkları, ancak gerçekte istemedikleri hukukî işlem, tarafların iradelerine rağmen bağlayıcıydı. Çünkü, *Ius Civile*'nin uygulandığı zamanlarda, hukukî işlemlerin geçerli olabilmesi için sadece şekil yeterliydi. *In iure cessio* (mülkiyeti devir işlemlerinden biri), *adoptio* (evlat edinme) ve *emancipatio* (baba hakimiyetinde bulunan bir aile evladının hakimiyetten çıkarılması için yapılan işlem) gibi sonradan başka biçim almış² hukukî işlemler muvazaa sayılmayıp, bağlayıcı işlemlerdi, çünkü taraflar, bu işlemleri isteyerek yapmaktaydılar³. Hukukî işlemlerin bireysel iradeye göre değerlendirilmeye başlamasından sonradır ki, aslında istenmeyen, ancak dışarıya karşı isteniliyormuş gibi gösterilen hukukî işlemler sayılmaya başlandı⁴. Klasik Hukuk Dönemi'nde de henüz tümüyle bu aşamaya ulaşılammıştı.

Başka bir görüşe göre ise, bu anlayış artık geçersizdir⁵. Bu görüşe göre, Romalı Hukukçuların, günümüz hukuklarında olduğu gibi, muvazaanın geçersiz olacağına ilişkin genel bir kurala sahip olmadıklarını ve "muvazaa"lı ismi verilen bir hukukî işlem kategorisine sahip olmadıklarının kabul edilmesi gerekir. Romalı Hukukçular, bir hukukî sorundan diğerine geçerek kazuistik yöntemle karar vermişlerdir. Böylece romalı hukukçular konular arasında bağlantılar kurarak, belli hukukî işlem kategorileri yaratamamışlardır. *Pugliese*⁶de, Romalı Hukukçuların, her türlü pratik hukuk sorunu için duyarlılık gösterdiklerini, ancak belli bir genel ilkeye (*pirincipio unico*) ulaşmadıklarını belirtmektedir. Yine bu görüşe göre⁷, insanların hukukî işlem yapma özgürlüğünü kısıtlayan tatsız emir ve yasakların olduğu her yerde ve her zaman, bu emir ve yasakların dolanılması yoluyla, muvazaalı işlemler yapılmıştır. Örneğin karıkoca arasındaki bağış yasağı, çeşitli muvazaalı işlemler yapılması-

2. *In iure cessio, adoptio ve emancipatio* gibi sonradan başka biçim almış hukukî işlemlerin muvazaa olmadığı kabul edilmektedir, çünkü, bu işlemler uygulandıkları hukukî işlemlerde şekli bir devir işlemi niteliği taşımaktaydılar. Ayrıca taraflar bu işlemleri yaparlarken hiç kimseyi yanıltmak niyeti taşımıyorlardı; Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Rabel, E.: *Nachgeformte Rechtsgeschäfte, Mit Beiträgen zu den Lehren von der Injurezession und vom Pfandrecht*, ZSS 27 (1906), 290 vd.
3. Kunkel (1949), 107, dn. 5; Kaser, M.: *Das römische Privatrecht*, 1. Abschnitt, Das altrömische das klassische Recht (Handbuch der Altertumswissenschaft), 2.Aufl., München 1971, 243.
4. Kaser, RP I, 243.
5. Honsell, H./Mayer-Maly, Th.(Selb, W.: *Römisches Recht. Aufgrund des Werkes von Paul Jörs, Wolfgang Kunkel und Leopold Wenger*, 4. Aufl., Berlin 1987, 121.
6. Pugliese, G.: *Las simulazione nei negozi giuridici*, Padua 1938, dn. 8.
7. Honsell/Mayer-Maly/Selb (1987), 121.

na yol açmıştır⁸. *Trebatius*'un, *Maecenas* ve *Terentia* arasındaki boşanma olayı hakkında verdiği kararda, boşanmadan sonra yapılan bir bağışın geçerli olup olmadığı, *verum divortium* (boşanmanın gerçek olup olmadığı)'na göre değerlendirilmiştir⁹. Başka türlü görünmenin onaylanmaması ise, genç *Plinius*'un mektuplarında ifadesini bulmaktadır¹⁰. Ayrıca, ilk olarak klasik sonrası dönemde değil, M.S. 2. yüzyıldan itibaren, muvazaanın geçersiz sayıldığı durumlar kaynaklarda karşımıza çıkmaktadır¹¹. Herhangi bir satış bedeli kararlaştırılmış olmayan satım sözleşmesi ve herhangi bir kira bedelinin saptanmadığı kira sözleşmesi de geçerli sayılmamıştır¹².

İlk kez *Diocletianus*¹³ zamanında temel prensibin konduğu görülmektedir: *plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur*¹⁴ (Cod. Iust. 4.22 Başlık). *Diocletianus*'un sayısız *rescriptum*'larında satış sözleşmesi ve bir çok başka sözleşme muvazaa nedeniyle geçersiz sayılmıştır. Bunlara aşağıdaki örnekleri verebiliriz:

Cod. Iust. 4.38.3 (Diocl.) *Si donationis causa venditionis simulatus contractus est, emptio sui deficit substantia...*¹⁵

Cod. Iust. 2.4.21 (Diocl. a.293) *...his quae simulate gerundur pro infectis habitis...*¹⁶

Cod. Iust. 4.22.2. (Diocl. a. 294) *Acta simulata, velut non ipse, sed eius uxor comparaverit, veritatis substantiam mutare non possunt...*¹⁷

8. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuz, A: Probleme der Simulation in rechtschichtlicher und rechtsvergleichender Sicht, Diss., München 1997, 58 vd.
9. Iav, D.24.1.64.
10. Pil.ep.5.1.2: Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Tellegen: The Roman Law of Succession in the letters of Pliny the Younger I, Zutphen 1982, 86 vd.
11. Gai, D.23.2.30 *simulatae nuptiae* (muvazaalı evlilik): Paul D. 18.1.55 *imaginaria venditio* (hayali satış): Mod. D 44.7.54 *contractus imaginarii* (hayali sözleşme).
12. Ulp. D.18.1.36; D.19.2.46.
13. *Diocletianus* hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kaser, M.: Das römische Privatrecht, 2. Abschnitt, Die nachklassischen Entwicklungen (Handbuch der Altertumswissenschaft), 2. Aufl., München 1975, 18 vd.
14. Gerçekten kararlaştırılan, yalnızca görünüşe yönelik olarak yazılına göre geçerlidir.
15. Eğer bir bağış nedeniyle, istenmeyerek satış yapılmışsa, satışın önemli bir unsuru yok demektir.
16. ...muvazaa geçersiz olduğu için, muvazaalı bedel boşuna istenmektedir.
17. Gösteriş olarak kendisi için değil de karısı için almış gibi yaparsa, bu konuda yapılmış yazılı anlaşma, gerçeği değiştirmez...

Iustinianus, muvazaalı hukukî işlemleri geçersiz sayarak, *Diocletianus*'un eğilimini devam ettirmiştir (Cod. Iust. 4.22'nin üst başlığı; Cod. Iust. 5.12.30.2 [a.529]; 4.35.23 [a.531-532]¹⁸.

II. GLOSSATOR'LARDA VE COMMENTATOR'LARDA POSTGLOSSATOR'LAR-DA) MUVAZAA KURAMI

Muvazaa Teorisinin dogmatik temelleri *Glossator*'lar¹⁹ ve *Commentator*'lar (*Postglossator*'lar)²⁰ tarafından belirlenmiştir²¹. Bu konuda öncelikle *Bartolus* ve *Baldus*'un yorumları önem taşımaktadır. *Bartolus* ve *Baldus*'da muvazaanın niteliğine ilişkin bilgiler azdır, bunlar çoğu kez *Glossator*'ların yorumlarını tekrarlamışlardır²². *Glossa ordinaria*'da *Codex*'in 4.22 No.lu başlığında ve *dolus*'un tanımının verildiği D.2.14.7.9 ve D.4.3.1.2 bölümlerinde, muvazaanın, gerçekte var olmayan bir konuda yanıltma olduğu belirtilmektedir: "*Quod non est simulo*" (muvazaa gerçekte olmayan bir şeydir) [*Glossa* i.v. D.25.4.1.1.'de "*dissimulare*" (saklı)]. Sözleşme'de tarafların aslında sahip olmadıkları bir irade varmış gibi gösterilmiştir: *Fingat vendere cum non vendat*²³ veya *emere sibi nollet, simulabat tamen*²⁴. *Glossa*'ya göre, sözkonusu muvazaada,

18. Kaser, PR II, 89; Partsch, SZ 42 (1921), 240 vd.; Dumont-Kisliakoff, N.: La Simulation en Droit Romain, Paris 1970, 204 vd.; Pugliese (1938), 17, 359.
19. Bologna Hukuk Okulunda, XII. yüzyılın başlarından itibaren faaliyette bulunan hukukçulara verilen ad. Bu hukukçular, CIC ve özellikle *Digesta* üzerinde yapılan bilimsel araştırma ve inceleme sonuçlarını, üzerlerinde çalışılan metinlerin satırları arasına ya da sayfa kenarlarına açıklayıcı not (*glossa*)'lar koydukları için bu adla anılmışlardır. *Glossator*'lar, oldukça güç anlaşılan eski metinlerin açıklanması ve yorumlanması alanında büyük bir başarı göstermişler, her cümleyi her kelimeyi inceleyerek anlamlarını saptamışlar, birbirine benzeyen kavramları açıklığa kavuşturmuşlardır; bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Çelebican, Ö.: Roma Hukuku, Tarihi Giriş-Kaynaklar-Genel Kavramlar-Şahsın Hukuku-Hakların Korunması, Ankara 1997, 76.
20. *Commentator*'lar, *Glossator*'ların kısa açıklayıcı notlarına karşılık, *Iustinianus* derlemesinin bütün bölümlerini yazmışlardır. Bu okulun en önemli iki temsilcisi ise *Bartolus* ve *Baldus*'tur. Bu hukukçular, çalışmalarında pratik amaçlara daha çok ağırlık vererek, Roma hukukunun uygulamada yeniden geçerli kılınmasını sağlama yolunda çaba harcamışlardır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Çelebican, Roma Hukuku, 78.
21. Partsch, SZ 42 (1921), 227, 229, 240; Coing, H.: Simulatio und Fraus in der Lehre des Bartolus und Baldus, FS Koschaker III (1939), 418.
22. Coing, FS Koschaker III (1939), 403.
23. Satış yapılmadığı halde, satılmış gibi gösterilmiştir: D.18.1.55'deki *nuda* (çıplak).
24. Aslında kendisi için satın almak istememektedir, öyle göstermektedir; D.18.2.4.5'deki *si falsus emptor* (eğer alıcı sahte ise).

tarafların, C.4.22'deki anlamıyla, *veritas actus* (gerçek davranış)'tan oluşan asıl anlaşma ve *substantia*²⁵ (gerçek) yoktur. İstenmeyen şeyler var olamaz.

Bu nedenle de, *Bartolus*'da da sık sık muvazaa anlaşmasının bulunmasının gerekliliği sorusu ele alınmıştır: *...si inter nos agitur quod contractus sit simulatus et sic deficiat substantia*²⁶. *Baldus*'ta da bu sorunlara yer verildiği görülmektedir: *...contractus est simulatus quando praetextu unius causae celebratur figuraliter, sed non essentialiter*²⁷ ya da *“donatio simulata dicitur colorata seu depicta extrinsecus, sed intrinsecus non habet substantiam*²⁸ ve *“ex ipsa voluntate insurgit veritas*²⁹. Bütün bu metinlerden anlaşılacağı gibi, her iki hukukçu da, *Glossa*'ların genel teorisine dayanmaktadırlar. Daha sonraları büyük önem kazanan *animus simulandi* (muvazaa niyeti) onlara yabancı idi³⁰. Gene kavramlara açık birer tanım verme kaygısı taşımadıkları görülmektedir. *Baldus*'un C.4.22.1 için verdiği tanımın da çok başarılı olmadığı söylenebilir. Tanımda hukukçu şöyle demektedir: Eğer *“instrumentum continet mendacium propter simulationem*³¹ ise muvazaa vardır (C.4.22.1 için Nr. 7). *Baldus* burada üç tipten söz etmektedir: *“contrahens ostendere nititur id quod facere alias intendit, contrahens ostendere nititur id quod facere alias intendit*³²” veya *“ostendere nititur id quod facere*

25. C.4.38.3'de *substantia: substantia emptionis et consensus* (gerçekte istenmeyeni satın almanın çok başarılı olmadığı söylenebilir) ve: *non autem consentiunt in venditione qui licet verbis emptionem expriment, corde tamen aliud sapiunt* (Alım satımın özü: Tarafların, yüreklerinde başka türlü olduğunu bilip, dışa karşı alım satıma ilişkin beyanlarda bulunmaları durumunda, alım-satım konusunda anlaşıklaı söyleyemez.

26. ... eğer aramızda bir sözleşmenin muvazaalı olacağını kararlaştırmışsak, sözleşmenin özünde bir eksiklik var demektir: *Bartolus*, D. 30.55 Nr.11.

27. ... sözleşme muvazaalıdır, çünkü bir şey saklanmışır. Sözleşme biçim olarak açıklanmış, ancak gerçekte istenmemiştir: C. 2.6.3.

28. ... muvazaalı olarak yapılan bağışla, dışa karşı yansıyanın istenmediği, gerçek iradenin saklandığı söylenir: C. 4.35.23.

29. bizzat iradeden gerçek doğar: *Consilia*, 3.464.4.

30. Bazen *Baldus*'un *“velle contractum esse simulatum”* u, *“animus ut sit verus contractus”* (Cons. 5.289 ve C.4.36.1)'un karşısı olarak kullandığı görülmektedir, ancak bu anlayışı açık bir biçimde geliştirememiştir. Buna karşılık *Bartolus Glossa*'nın son bölümüne yazdığı yorumda *“deserviant”* D. 4.3.1.2), muvazaanın ne iyi ne kötü olduğunu, aynı zamanda iyi bir amaç için de yapılabileceğini açıklamaktadır. Arada sırada muvazaadan *“ex honesta causa”* olarak söz etmektedir (D. 39.5.15 için Nr. 1-9.).

31. Eğer araçlar, muvazaa amacıyla yalan içeriyorsa...

32. Sözleşmenin tarafları dışarıya karşı bir şey gösteriyorlar, ancak bunu niyet ettiklerinden farklı yapıyorlar, sözleşmenin tarafları dışarıya karşı bir şey gösteriyorlar, fakat bunu niyet ettiklerinden başka bir zamanda yapıyorlar.

*in alia persona intendit*³³". Bu hukukçular için, kesin bir tanımdan çok, "*plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur*³⁴" kuralının uygulanmaması gereken benzer durumların kesin olarak ayırd edilmesi önemli idi. Örneğin, sahte, içeriği doğru olmayan ve hatalı olarak düzenlenmiş belgelerde olduğu gibi. Her iki hukukçu da bu olasılıkları C.4.22.1'e yazdıkları yorumlarda belirtmişlerdir³⁵.

Glossator'larda görüldüğü gibi. Bartolus ve Baldus'da *contractus imaginarii* (hayali sözleşmeler)'i muvazaalı sözleşmelerin özel bir türü saymışlardır. *Glossator*'lar bu kavram altında "*nummo uno*" (bedelsiz sözleşmeler)'yu anlamış, onları, D. 23.3.66'da sözü edilen durumu ayırık tutarak, muvazaalı saymış ve geçersiz ilan etmişlerdir. *Bartolus* ve *Baldus*'ta da bu konuda önemli bir değişiklik görülmemektedir³⁶. Bu hukukçular *simulatus* (muvazaalı), *imaginarius* (hayali) ve *ficticius* (varsayımsal) sözcüklerini eş anlamlı olarak kullanmışlardır³⁷.

Bartolus ve *Baldus* muvazaanın ortaya çıktığı durumlarda da, arkasında başka bir işlemin gizli olduğu muvazaalı işlemle arkasında hiç bir işlemin gizli olmadığı muvazaalı işlemi birbirinden ayırmışlardır. Ayrıca, gizli işlemde neyin gizli olduğu da belirtilmiştir: "*de persona in personam*" (başka bir şahıs) ve "*a causa in causam*" (başka bir sözleşme tipi). Bununla birlikte bu konularda kesin bir şemanın varlığı gözlenmemektedir³⁸. *Simulatio de causa in causam* için en önemli örnek, şufa (geri alım) şartına bağlı satışta kararlaştırılan çok yüksek miktardaki geri ödeme şartı gösterilmektedir³⁹.

Bartolus ve *Baldus*'a göre muvazaalı işlem hiçbir biçimde geçerli sayılmıyordu. Hukuki işlem sanki hiç yokmuş gibi karar veriliyordu: "*ac si facta non esset venditio*⁴⁰". "*simulata venditio non est venditio*⁴¹". Muvazaalı işlemin yemin ile güçlendirilmesi duru-

33. Sözleşmenin tarafları dışarıya karşı bir kişi gösteriyorlar, ancak başka bir kişiyle sözleşmeyi yapıyorlar.

34. Gerçekten kararlaştırılan, yalnızca görüğe yönelik olarak yazılan şeyden daha değerlidir.

35. *Bartolus*, Nr. 1-2; *Baldus*, Nr. 5-6 (Coing, FS Koschaker, 405).

36. *Bartolus*'un D.19.2.46 ve D.41.2.10 için yorumları; *Baldus*'un D. 4.36.1; D.18.1.55 ve özellikle D.4.22.1 için Nr. 7'deki yorumları.

37. Örneğin *Bartolus* Cons. 1.65.

38. *Bartolus*, Cons. 1.65; *Baldus* C.4.22.1. ve C.4.19.18 için Nr.7; Cons. 1.249 Nr.2.

39. Coing, FS Koschaker, 406.

40. Buna ek olarak satımın olmadığı söylenebilir; *Bartolus*, D. 39.3.12.

41. Muvazaalı satış satış sayılmaz; *Baldus*, D.18.1.55.

munda bile işlem geçersiz sayıldığından, *exceptio simulationis* (muvazaa defisinin) ileri sürülebileceği kabul ediliyordu⁴². *Exceptio simulationis*'in yerine getirilebilir bir noter sözleşmesine karşı da ileri sürülebileceği belirtiliyordu. Çünkü bu def'i, belgenin içerdiği yükümlülük doğuran borç nedenine karşı ileri sürülmemekte, taraflar arasındaki irade uyumsuzluğu gündeme getirilmekte idi⁴³. Muvazaalı bir sözleşmeden hiçbir biçimde dava doğmazdı⁴⁴. Satıcı muvazaalı bir satış sözleşmesinden *eviction* (zapta karşı tekeffül) talebinde bulunamazdı⁴⁵, ancak ödemiş olduğu satış bedelini elinde tutabilirdi, bu nedenle de muvazaa ile sakatlanmış kabul edilmiyordu⁴⁶. Muvazaalı bir işlemde hukukî sonuçların doğması mümkün değildi. Örneğin, "*non dicitur successor qui habet titulum simulatum*"⁴⁷ deniliyordu. Bundan dolayı *venditio simulata* (muvazaalı satış) mülkiyetin geçmesi için bir neden oluşturamazdı⁴⁸. Zilyetliğin geçmesi sorununda ise, temel işlemdeki muvazaanın, *traditio* (teslim)'yu da kapsayıp kapsamadığı önem taşıyordu. Eğer kapsıyorsa, zilyetlik geçmiyordu, aksi halde kime verildi ise o zilyet oluyordu⁴⁹.

Eğer muvazaalı işlemin arkasına başka bir işlem gizlenmiş ise, C.4.22'deki temel kural gereğince, başka bir kural bunu engellemediği sürece gizli işlem geçerli idi. *Baldus* bunu en açık bir biçimde, C.2.4.21 için yazdığı yorumda belirtmektedir. "*ubi est vera transactio et simulata emptio, statur transactioni et contractus simulatus nihil operatur*"⁵⁰. Ancak *Baldus* başka bir metinde, C.4.22'deki kuralın, yalnızca gizli işlemdeki özel şekil şartının yerine getirilmesi koşuluyla, gizli işlemin geçerliğinin söz konusu olacağını açıkça yazmaktadır: "*quia ubi est defectus substantialis formae vel qualitatis materiae non habet locum illa regula plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur* (Cons. 1.249 Nr.2)".

-
42. *Bartolus*, D.35.2.27 için Nr.5; *Baldus*, C.4.22.3 ve D.18.1.55.
 43. *Bartolus*, C.4.22.1 için Nr. 4; *Baldus*, C.4.22.1 için Nr. 9 ve C.4.35.23.
 44. *ex simulato actu non oritur actio* (muvazaalı bir davranıştan dava doğmaz); *Baldus*, C.4.36.1; ayrıca bkz., C.2.4.21.
 45. *Baldus*, D.: 18.1.55 için Nr. 4.
 46. *Baldus*, D.18.1.55 için Nr. 4.
 47. Muvazaalı olarak mirasçılık sıfatı olan kişiden mirasçı olarak söz edilemez: *Baldus* D.39.3.12.
 48. *Bartolus*, D.39.3.12 ve D.18.1.55.
 49. *Baldus*, D.18.1.55; başka türlü C.4.22.3 için Nr. 5; Benzer bir biçimde *Bartolus*, D.39.3.12.
 50. Mülkiyetin geçirilmesi muvazaalı alım-satım sözleşmesine dayanıyor ise, bu durumda mülkiyetin geçmesi ve muvazaalı sözleşme geçersiz sayılır.

Bir muvazaanın varlığı, taraflarca dava ya da def'i yoluyla ileri sürülebilir. Dava bir *actio de nullitate* (geçersizlik davası) ve böylece *perpetua* (sürekli) idi, yani 30 yıl içinde açılabilirdi⁵¹. Buna uygun olarak, *exceptio simulationis* (muvazaa def'i) her zaman ileri sürülebiliyor ve bundan vaz geçilemiyordu⁵². Bu def'i metinlerde *exceptio doli* (hile def'i)'ye kıyasen uygulanmak suretiyle kabul edilmiştir. Bu durum, *exceptio simulationis*'in olduğu durumların, *exceptio non numeratae pecuniae*⁵³'nin gerekli olduğu olaylardan ayırd edilmesini sağlıyordu. Böylece, *exceptio simulationis* yoluyla, *exceptio non numeratae pecuniae* için öngörülmüş olan iki yıllık sürenin uygulanarak, yasanın dolanılması önlenmiş oluyordu. Gerek *Bartolus*, gerek *Baldus* bu sorun ile oldukça ayrıntılı olarak ilgilenmişlerdir. Bu teori için çıkış noktası, C.2.6.3. olmuştur. Bu metinde, avukatlık ücreti, müvekkilin, para miktarını ödünç olarak alıkoyacağını açıklaması suretiyle kararlaştırılmış, müvekkil mahkemeye çağrıldığında da *exceptio non numeratae pecuniae*'yi ileri sürmüştür. *Novatio* (yenileme)'nin muvazaalı işlem ile bağlantısını ortaya koyan *Bartolus* ve *Baldus*'un *exceptio simulationis* imkanını incelemeleri gerekiyordu. *Bartolus*, *exceptio non numeratae pecuniae*'nin daima bir kişinin *spe futurae numerationis* yükümlülüğüne girmesi durumunda sözkonusu olduğunu, ancak bir yükümlülüğün *spe futurae causae*, yani yükümlülüğü haklı çıkaran bir olayın gerçekleşmesi beklentisi ile üstlenilmesi durumunda da sözkonusu olacağını belirtmektedir. Burada *exceptio non numeratae pecuniae*, içerdiği iki yıllık zaman sınırı nedeniyle verilmiş, *exceptio simulationis* verilmemiştir, çünkü muvazaa da kesinlikle *causa* olmadığı halde, *spe futurae causae* ile ifa edilmiştir⁵⁴.

Baldus, C.2.6.3 olayında gerçekten var olan *causa*'nın taraflarca başka bir *causa* ile değiştirilmiş olması durumunda da bu zaman sınırlamasını kabul etmektedir. Çünkü burada, muvazaa'dan değil, *novatio* (yenileme)'dan söz edilmesi gerekmektedir⁵⁵. Gene *Baldus*'a göre her iki def'i arasında bir yarışmanın varlığı mümkün gibi görünmektedir. Çünkü başka bir metinde, C.4.22.1 için Nr.12,

51. *Baldus*, Cons. 5.189; 1, 322 Nr. 3.

52. *Bartolus*, D.30.55 Nr. 5.

53. Bir dava ile iadesi talep olunan bir paranın verilmemiş olduğunu beyan ederek ileri sürülen ve imparatorlar tarafından tanınmış def'i (Bkz., Umur, Z.: Roma Hukuku Lügatı, İstanbul 1975, 67).

54. *Baldus* bu sorun için C.4.22.1 Nr.5'de "*aliud est sperare, aliud simulare*" yi (umut etmek başka, bir şeyi istemeden yapmak (*simulare*) başkadır) belirtmektedir.

55. *Baldus*, C.2.6.3.

succedit loco exceptionis non numeratae pecunia olayında, *exceptio simulationis*'in kullanılması da iki yıl ile sınırlandırılmıştır. Hukuki bir sorunun bu kadar detaylı bir biçimde ele alınması, her iki hukukçu için de son derece karakteristik bir durum olarak açıklanmaktadır⁵⁶.

Bartolus ve *Baldus*, muvazaayı *agere in fraudem* (kanuna karşı hile)'den kesin çizgilerle ayırmışlardır. Muvazaa'da *verus actus* (gerçek davranış) bulunmamaktadır. Bu nedenle kesin olarak geçersizdir. Buna karşılık *agere in fraudem*'de, *actus verus* bulunur, ancak bu *iniustus* (hukuka aykırı)'dur. Eğer *agere in fraudem* bir kanuna karşı yapıldı ise, hukukî işlem geçersizdir. Ancak kanuna karşı hile ile bir başkasının çıkarının zedelenmesi sözkonusu ise, işlem bu kişi tarafından geriye etkili olarak ortadan kaldırılabilir⁵⁷.

Her iki hukukçu da, *simulatio* (muvazaa) ve *fraus* (aldatma)'un tipik görünümelerini bir araya toplamış ve her iki olgunun ortaya çıkış biçimleri için de tahmin kuramları geliştirmişlerdir⁵⁸. Bu tahmin kuramı, dolaylı bir ispat oluşturabildikleri gibi, ispatın eksik kaldığı noktaları, belli bir dereceye kadar doldurabilecek nitelikteydiler⁵⁹. Bu tahminler, özellikle zarar gören üçüncü kişilerin işine yarayacak nitelikteydi. Hukuki işlemi yapmış olan taraflar, *fraus*'a dayanarak dava açamıyorlardı⁶⁰.

Ortaçağın sonlarında ve yakın çağın başlarında muvazaanın gelişmesi Commentator'ların eserleri sayesinde olmuştur. *Bartholomaeus Caepolla* (*Cepolla*, *Cipolla*, *Bartolomaeus Veronensis*, aşağı yukarı 1470 yılında doğmuş, 1477 yılında Padua'da ölmüştür), 1335 ya da 1338 yılları arasında yazdığı *Dictionarium Juris* adlı eserinde, *Albericus de Rosciate* (*Rosate*) (aşağı yukarı 1290-1360 yıllarında yaşamıştır), *Repertorium Juris* adlı eserinde, *Johannes Bertachinus* (1448'de doğmuş, aşağı yukarı 1500'de ölmüş, Fermo'da yaşamıştır) ve *Jason de Mayno* (1435-1519)'nun yorumları ve önerilerinde ve Pavia, Padua ve Pisa'daki hukuk öğretmenleri'nin eserlerinde, 16. yüzyılda yaşayan İtalyan hukukçu *Petrus Nicolaus Mozzius* (*Maceratensis*), *Tractatus de contractibus* adlı

56. Coing, FS Koschaker III (1939), 409.

57. Coing, FS Koschaker III (1939), 409; Ankum, dn. 17, 163 vd.

58. Coing, FS Koschaker III (1939) 415.

59. Coing, FS Koschaker III (1939) 416.

60. *Baldus*, C. 4.22.3.

eserinde muvazaa teorisini ele almıştır (art. 4 *de divisionibus contractuum*. n.42-65).

*Jason de Mayno, Consilia*⁶¹ (öneriler) adlı eserinde “muvazaa”yı şöyle tanımlamaktadır (II 170, nr.3):

“*Simulatio enim dicitur quando unum tacite agitur, et aliud exprimitur: toto titu. C. plus val. quod agi. (C.4.22), hinc, dixit Baldus in 1.1 in d. tutu. C. plus val. quod agitur (C.22), quod instrumentum simulatum est tanquam corpus sine spiritu, quia consensus est remotus abtu. Alibi dicit idem Baldus in 1.ei qui C. de distrac. pigno (C:8.27.10), quod simulatio appellatur imago quae habet superficiem veri, sed non medullam: et ideo secundum eum simulatio collusio appellatur. Alibi dicit Baldus in 1. ab Anastasio. per illum tex C. mand. (C.4.35.23) quod simulatus contractus dicitur coloratus seu depictus. qui extrinsecus apparet aliquid, sed intrinsecus non habet medullam*”⁶².

*Bertachinus*⁶³ *simulatio* (muvazaa)'yu, *Baldus*'a atıf yaparak *falsitas largo modo* (büyük ölçüde yalancılık)⁶⁴ ya da *collusio* (gizli anlaşma)⁶⁵ olarak tanımlamaktadır: *Simulata donatio dicitur figurata et depicta*⁶⁶.

*Bartholomeus Caepolla, Tractatus cautelarum*⁶⁷, *Cautela* 308 [243]'de, *De simulatis contractibus* (muvazaalı sözleşmeler hakkında) başlığı altında, muvazaa hakkındaki kuramının kısa bir özetini vermiştir. *Caepolla* muvazaanın üç türünü birbirinden ayırmaktadır: önce gizli anlaşma durumunu (nr. 1: *Una, quando unum agitur*

61. Basım Lugduni 1556.

62. Muvazaanın, bir şeyin sessizce yapıldığı, başka bir şeyin açıklandığı bir durum olduğu söylenir: C.4.22'nin tüm başlığı “gerçekten kararlaştırılan şey, yalnızca görünüşe yönelik olarak yazılan şeyden daha değerlidir.” Aynı şeyi *Baldus*'ta C.4.22'nin tüm başlığını açıklarken söylemektedir. Bundan dolayı araçlar muvazaalıdır, tıpkı ruhsuz bir vücut gibi, çünkü iradelerin uyuşması senden çok uzaktır. *Baldus* C.8.27.10 dolayısıyla bunu başka yerde söylemiştir. Gördüğümüz şey yüzeydeki gerçektir, ancak yürekte istenmediği durumlarda muvazaanın olduğu söylenir ve aslında bundan dolayı muvazaa gizli bir anlaşma olarak nitelendirilir. *Baldus*'ta, C.4.35.23'te aynı şeyi söylemiştir. Muvazaalı sözleşme olarak, peçelenmiş ya da gerçek olmayan, dışarıya karşı başka bir şey gösterildiği, fakat iç ilişkide bu şeyin yürekte istenmediği durumlar gösterilebilir.

63. *Repertorium Juris* (dn.30), *Venetis* 1570, bkz. *Simulatio*.

64. *Baldus*, C.5.16.15.

65. *Baldus*, C.8.27.10.

66. Muvazaalı bağışlamanın bir dış görünüş ve gerçek olmayan bir şey olduğu söylenir; C.4.35.23 ve *Baldus*'un *verum nota* başlığı altındaki yazısı.

67. 1470 yılından sonra ortaya çıkmıştır; Ed. Lausanne et Genevae 1742.

tacite inter contrahentes, et aliud exprimitur)⁶⁸; ikinci olarak muvazaalı işlemin arkasında hiç bir anlaşmanın gizlenmemiş olması durumunu (Nr.2: *secunda species est, quando aliquid simulate exprimitur, et nihil in effectu agitur inter partes*)⁶⁹; üçüncü olarak da tarafların bir hukuki işlemi gerçekten yapmak istemeleri, ancak sözleşmenin kısa bir süre geçerli olmasını kararlaştırmaları durumu (Nr.3: *Tertia species est, quando partes intendunt vere aliquid agere, sed contractus modico tempore est duraturus; et propterea praesumitur simulatus*)⁷⁰ ele alınmıştır.

Caepolla Nr. 3'de bu konu ile ilgili olarak şu örneği vermektedir: Savaş zamanı kişiliğinden ve malvarlığından emin olduğum bir kimseye kitaplarımı başıslıyorum: Amacım o kişinin, bu kitapları Bologna'dan Ferrara'ya taşıdığı sıra, kitapların kendisine ait olduğu konusunda yemin edebilmesini sağlamaktır. Ferrara'da kitapları bana geri vermekle yükümlüdür. Böyle bir sözleşmenin muvazaalı olduğu kabul edilir. Muvazaanın bu üçüncü türü için, Nr.4'de başka bir örnek daha gösterilmektedir: Verona'da geçerli olan bir kurala göre, diğer koşulların yanı sıra *Summa Azonis*⁷¹ veya *Bartolus*'un *omnes lecturas* (bütün yazıları)'na sahip olmayan kişiler Doktorlar *Kollecium*'una giremezlerdi. Bu eserlere sahip olmayan birisi, bir arkadaşından kendisine bu eserleri, *Kollecium*'a kabul edilmiş tarihinde bir gün için başıslamasını isteyebilirdi, böylece bu eserlere sahip olduğu konusunda yemin etmesi mümkün olabilirdi. Daha sonra bu eserleri arkadaşına geri verebilirdi. *Caepolla*, muvazaanın bu türü için D.40.1.4.2'ye atıf yapmaktadır.

Simulatio (muvazaa)'nın bu üç türü için de *fiunt de actu prohibito ad permissum, et sunt de jure prohibita, ut patet ex praedictis*⁷² (Nr.5).

68. İlk olarak, sözleşmenin taraflarınca bir şeyin gizlice kararlaştırıldığı, ancak dışarıya karşı bir şeyin açıklanması sözkonusudur.

69. İkinci olarak, bir şey muvazaalı olarak açıklanmış, ancak taraflar arasında bunun herhangi bir geçerliliğinin olmayacağı kararlaştırılmış olabilir.

70. Üçüncü olarak, taraflar gerçekten bir şey yapma niyetindedirler, fakat sözleşmenin zamanı sınırlandırılmıştır, ve bundan bir muvazaanın olduğu sonucu çıkarılmaktadır.

71. Bkz. Savigny: *Geschichte des röm. Rechts im Mittelalter*, V. 2. Aufl., 1834-1851, 11.

72. ... yasaklanan bir davranış izin verilen bir davranışa dönüştürülmektedir ve yukarıda söylenenlerden de çıkarılacağı gibi, bunlar kanun gereği dönüştürülmektedir.

Caepolla muvazaanın üçüncü türüne örnek olarak, *quae fit de contractu permissio ad contractum permissum*⁷³ (Nr. 6)'dan sözetmektedir. Bu bizimde yapılan işlemler muvazaa nedeniyle geçersiz sayılmıyordu: *Certa talis simulatio est licita, ex quo fit de permissio ad permissum* (Nr. 6)⁷⁴, örneğin ödünç veren bir kimse, geri isteme talebini daha kolay ileri sürebilmek amacıyla, ödünç sözleşmesine ilişkin bir belge düzenlettiriyor (Nr. 6). Böyle bir olgunun gizli işlemi konu edinen durumlara girmesi (Nr. 1) mümkündür. Bununla birlikte, gizli işlem (ödünç) caiz ve geçerli sayılıyordu.

Muvazaanın çok ayrıntılı bir açıklaması, *Johannes Bertachinus*'un⁷⁵ çok tanınmış bir eseri olan *Repertorium Juris* (aşağı yukarı 1471)⁷⁶'in *contractus simulatus* (Pars I, s.487) ve *simulatio* (Pars V, s.71 vd.) başlıkları altında bulunmaktadır. *Bertachinus*, herşeyden önce *Bartolus*, *Baldus* ve *Bartholomeus Caepolla* (Veronensis)'e atıfta bulunmaktadır. Muvazaalı bir sözleşme *ipso iure* (kendiliğinden) geçersizdir: *Contractus simulatus habetur pro non facto. Contractus fictus non dicitur contractus. Simulatione factum pro infecto debet haberi*⁷⁷. Muvazaanın hile ile yapılmış sözleşmeyle olan farkının ortaya konması çok önemliydi⁷⁸: *Contractus simulatus est ipso iure nullus, sicut dolosus. Sed contractus fraudulentus valet, sed rumpitur ope exceptionis et firmatur iuramento. Sed contractus simulatus non firmatur iuramento*⁷⁹. Buna göre muvazaalı sözleşmelerin aksine, hileli sözleşmeler geçerli idi, ancak bir def'i ile geçersiz hale getirilebilirlerdi.

Aynı görüş *Jeson de Mayno*⁸⁰ tarafından da savunulmaktadır: *alienatio simulata et imaginaria est ipso iure nulla... sed (alienatio)*

-
73. ... ki o caiz bir sözleşme üzerinden başka bir caiz sözleşmeye izin verilme şeklinde yapılır.
74. Kesinlikle caiz bir sözleşme üzerinden, başka bir sözleşme yapılması şeklindeki bir muvazaa caizdir.
75. 462 § Saviny, Geschichte des röm. Rechts im Mittelalter VI 482; J.F. v. Schulte: Geschichte der Quellen u. Literatur des canonischen Rechts von Gratian bis auf die Gegenwart II (1877), 349 vd.
76. Basım Venetiis 1570.
77. Muvazaalı sözleşmenin yapılmamış olduğu farzedilir. Hayali bir sözleşmenin sözleşme olmadığı kabul edilir. Muvazaalı bir olay, kusurlu olarak nitelendirilmelidir.
78. Coing, FS Koschaker III (1939), 412; Wesener, FS Hübner (1984), 343.
79. Muvazaalı bir sözleşme hukuk gereği geçersizdir ve hilelidir. Fakat kanuna karşı hileli olarak yapılmış bir sözleşme geçerlidir, bir def'i yardımıyla ortadan kaldırılabılır ve bir yeminle geçerli kılınabilir. Buna karşılık, muvazaalı sözleşmenin bir yeminle geçerli kılınması mümkün değildir.
80. Ad Inst. 4.6.6. nr. 6 ve nr. 42; bkz. Ankum: De geschiedenis der "Actio Pauliana" (1962), 163-165.

*facta in fraudem bene valet et tenet: et ideo requiruntur actiones revocatoriae*⁸¹.

Bir kısmı muvazaalı yapılmış işlemin ise, bu görüşe uygun olarak, muvazaalı bölümü geçersizdir. Bertachinus, *Repertorium Juris s.v.: Contractus simulatus pro parte tantum, et pro parte verus, valet pro parte, qua est verus, non pro alia. Baldus post Bartolum in 1. ab Anastasio in fine. C. mandati (C.4.35.23)*⁸².

Muvazaalı hukukî işlemlerin ispat edilmesi güç olduğundan karineler oldukça önemli bir rol oynamaktaydı⁸³. Genel olarak şu kural geçerli idi: *Contractus in dubio preasumitur verus est non simulatus*⁸⁴. *Simulatum praesumitur id, quod expressim factum repetitur, contra id, quod factum est occulte (C. 4.35.23)*⁸⁵.

Muvazaa karinesi, alacağın temliki (*cessio actionis*) için de kabul ediliyordu: *quando pro parte fuit vendita et pro parte donata*⁸⁶ (*ut D.4.7.11'de*)⁸⁷. Temellük eden (Zessionar) ödeme yaptığı miktar kadar dava hakkına sahipti (*...usque ad quantitatem, quam exbursavit, et in reliqua parte perditur actio: ut. C.4.35.23'te et Abbas (Siculus) c.2x. 1.42*)⁸⁸.

Bir alacağın şartsız satılması ve herhangi bir satış fiyatının belirlenmemiş olması durumunda da muvazaa karinesi kabul ediliyordu (D. 4.7.11 ve C.4.35.23 için Glossa).

-
81. Muvazaalı ve hayali bir devir işlemi hukuk gereği batıldır ... fakat hileli bir devir işlemi geçerlidir ve ayakta kalır ve bu nedenle bir *actio revocatoriae* (eski hale getirme davası) gereklidir; Wesener, FS Hübner (1984), 343.
 82. Bir bölümü ile muvazaalı bir bölümü ile gerçek bir sözleşmenin gerçek bölümü geçerli, diğer bölümü (muvazaalı bölümü) geçersizdir.
 83. Coing, FS Koschaker III (1939), 415; Wesener, FS Hübner (1984), 343.
 84. Şüpheli halinde sözleşmelerin muvazaalı olmadığı, gerçek olduğu yorumu yapılır (Bertachinus, *Repertorium iuris*, bkz. *Contractus*).
 85. İç ilişkide gizli olarak kararlaştırılan şeye aykırı olarak dışarıya karşı gösterilen şey muvazaalı sayılır: Bertachinus, *Repeorium iuris*. bkz. *Simulatio*.
 86. Bir kısmı satılmış, bir kısmı bağışlanmışsa.
 87. Bertachinus, *Repertorium iuris*, bkz. *Simulatio*.
 88. ... ödediği miktara kadar ve artan bölüm için dava kaybedilmiştir: tıpkı C.4.35.23'te ve Abbas (Siculus) c.2 X. 1. 42'ta olduğu gibi; Wesener, FS Hübner (1984), 344.

Karineler dışında muvazaanın ispatı daha çok emareler ve tahminler (*coniecturae*)⁸⁹ aracılığıyla yapılıyordu: *Simulatio contractus probatur coniecturis. Simulatio contractus probatur per indicia, et per coniecturas*⁹⁰.

Bir muvazaa karinesi çok çeşitli *coniectura*'lardan doğmaktadır. Bunu *Mozzius*⁹¹'da görmekteyiz: ... *et (contractus) praesumitur simulatus pluribus coniecturis, et maxime si sine iuramento, quia non iuratus praesumitur simulatus*⁹².

Mozzius, Tractatus de contractibus (art. 4, Nr. 53-63) adlı eserinde bir dizi karine saymış, diğerleri için de Nr. 64'de *Bartholomeus Caepolla (Veronensis)*⁹³'a, *Bertachinus*⁹⁴'a, *Josephus Ludovicus* (16. yüzyıl)⁹⁵'a, *Lucas de Penna* (1343-1382)⁹⁶ ve *Johannes Baptista Lupus* (16. yüzyıl)⁹⁷'a atıf yapmıştır.

89. Coniectura için bkz. Bertachinus, Repertorium juris, bkz. Coniectura: Coniectura dicitur seviplena probatio et sufficit ad iuramentum in supplementum probationis ... Coniecturae sufficunt in his, quae communiter in secreto fiunt. -Donellus, Comment. ad Tit. Dig. de verbor. obligatione (D. 45.1.137.2) [Opera omnia XI. 1642 Nr. 9]: Tunc enimres dubia coniecturis. et definitione atque auctoritate prudentium indiget, ut explicetur. ("Tahmin" yarı ispat sayılmakta ve yemin için tam bir ispatın kabul edilmesinde yeterli olmakta idi ... Tahminler, adet olduğu üzere gizlilik içinde gerçekleştirilen şeyler için yeterliydi. Donellus. De verborum obligationibus (Borçların ifadesi hakkında) (D.45.1.137.2) [Toplam eserler XI. 1642 Nr. 9], adlı Digesta başlığına yazdığı yorumda şöyle demektedir: şüpheli bir olay, hem belirlenmek için hem de hukukcuların onayı için tahminlere ihtiyaç gösterir; Kars. G. W. Wezzell: System des ordentlichen Civilprozesses (1878); 278; J. Partsch. SZ 42 (1921); 229. dn. 2).

90. Muvazaalı sözleşmeler hakkında karineler aracılığıyla hüküm verilir. Muvazaalı sözleşmeler hakkında hem emareler, hem de tahminler aracılığıyla hüküm verilir; Bertachinus, Repertorium juris, bkz. Simulatio.

91. Tractatus de contractibus, art. 4, nr. 51 ve 52.

92. ... ve sözleşmelerin muvazaalı olup olmadığı büyük ölçüde tahminlerle yorumlanır, ve büyük ölçüde de yemin olmadığı zaman muvazaanın olduğuna karar verilir.

93. Tractatus de simulatione contractum.

94. Repertorium juris, bkz. contractus Simulatus und Fraus.

95. Holthöfer, E.: Die Literatur zum gemeinen und partikularen Recht in Italien, Frankreich, Spanien und Portugal, Coings Handbuch der Quellen II/1 (1977), 450.

96. Savigny, Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter VI, 199 vd.; Horn: Die legistische Literatur der Kommentatoren und der Ausbreitung des gelehrten Rechts, Coings Handbuch der Quellen I, München 1973, 270, 275, 327, 363).

97. Tractatus de usuris (Venetiis 1571), in 2. par.] 1: Karş. Holthöfer, Coings Handbuch der Quellen II/1 (1977), 360, 450.

III. HÜMANİST OKUL UYGULAMASINDA MUVAZAA KURAMI

Humanist okul hukuk uygulaması⁹⁸’nda muvazaa kuramının büyük bir gelişme gösterdiği söylenemez⁹⁹. *Duarenus* (1509-1559)¹⁰⁰ *Commentarii* (Yorumlar) eserinin “*Plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur*” (Cod. 4.22)¹⁰¹ başlığında, bir sözleşme ile ilgili muvazaa ile bir kişi ile ilgili muvazaa arasında bir ayırım yapmıştır¹⁰²:

... *Saepe accidit, ut simulatio respiciat contractum, ut pro uno contractu alius contractus exprimatur. Unum exemplum est in 1.3 (Cod. 4.22). Emptio fit aliquando pignoris causa vel mutui causa: et hoc frequentissimum est apud nos..*¹⁰³

...*Quod autem diximus id valere quod agitur, ita est intelligendum (ut admonuimus) si appareat quid actum sit. Aliquando nihil omnino agitur, sicut in exemplo 1. ultimae (Cod. 4.22.5)...*¹⁰⁴

...*Deinde dicendum est, si voluerint contrahentes alium contractum in alium transferre, et modus sit idoneus ad transferendum*

98. Humanist okula mensup hukukçular, *Iustinianus* derlemesini, diğer hukuk ve hukuk dışı kaynakların da yardımıyla daha çok tarihçi ve dilci gözüyle inceden inceye elden geçirmişler. *Iustinianus*’un ve *postglassator*’ların getirdiği değişiklikleri saptama çabasına girişmişlerdir. Bu nedenle iki yüzyıl aşkın bir süre, CIC’deki kuralların asıllarını saptayabilmek amacıyla *interpolatio* araştırmaları yolunu açmış, Roma Roma hukukunu tarihi bakımdan inceleme yöntemini yerleştirmişlerdir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Çelebican, 80 vd.; Hümanist okul ile ilgili literatür için bkz.: Ankum, *De geschiedenis der “actio Pauliana”* (1962) 173, Wesenberg/Wesener, *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte* (1976) 68; Troje: *Die Literatur des gemeinen Rechts unter dem einfluß des Humanismus*, Coings *Handbuch der Quellen II/1*, 615 vd., 622 vd., 627 vd.; Hübner, H.: *Jurisprudenz als Wissenschaft im Zeitalter des Humanismus*, FS Larenz (1973) 41 vd.

99. Wesener, FS Hübner (1984), 345.

100. Bkz. Stintzing/Landsberg: *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft I*, München-Leipzig 1880, 368 vd.; Vogt, *Franciskus Duarenus (1509-1559)*, 1971.

101. *Opera omnia* (Francofurti 1607) 945.

102. *Glossa*’larda *simulation de persona in personam* ve *simulatio causa in causam* arasında yapılan ayırım için bkz. yuk. s. §458.

103. Sık sık bir sözleşme yerine başka bir sözleşmenin dile getirilmesi biçiminde ortaya çıkan muvazaa tipine rastlanır. Bunun için bir örnek, C.4.22.3’te bulunmaktadır. Bir alım-satım sözleşmesi, rehin verilmesine ya da borç verilmesi amaçlarıyla yapılır. Ve buna bizde sıkça rastlanır ...

104. Ancak bizim söylediğimiz, gerçekten istenen şeyin geçerli olduğu, (daha önce de farkettiğimiz gibi), eğer istenen şey ortaya çıkmışsa geçerlidir şeklinde anlaşılmalıdır. Burada D. 4.22.5’te olduğu gibi hiçbir şey istenmemektedir.

*unum contractum in alium: non proprie simulationem esse, nec locum habere, quae hic dicimus de simulatione*¹⁰⁵.

Cujacius (1522-1590)¹⁰⁶ *voluntas contrahentium*¹⁰⁷ (sözleşme yapma iradesi)'un önemini vurgulamıştır. Duaren¹⁰⁸'in öğrencisi büyük sistem kurucusu, Hugo Donellus (1527-1591) *Commentarii in Codicem* adlı eserinde, 1366. sayfada açık bir biçimde C.4.22'nin başlığını ele alarak incelemiştir¹⁰⁹:

*Item, ut titulus inscriptus est: plus valere, quod agitur, quam quod simulate concipitur. Quod agitur, id est, quod fit et geritur vera, non quod simulate concipitur, id est, non quod concipitur verbis in instrumento, dum contrahentes dissimulare volunt et tegere, quod actum est, et verbis aliud simulare. Haec sententia duas partes continet, seu duas sententias particulares. Prior haec est: cum quid simulatum est in instrumento, scriptum non valere. Hoc merito constituitur, quia scriptum falsum est.*¹¹⁰

(s.1367) ... *Altera sententia est: tametsi in proposito scriptum non valeat: tamen nihilominus id quod actum et gestum est, potius valere. Ut fundus emptus est. Placuit in instrumento scribi, fundum*

-
105. Bu nedenle belirtilmelidir ki, eğer taraflar bir sözleşmeyi bir başka sözleşmeye dönüştürmek niyetindelerse ve yaptıkları işlem, bir sözleşmeyi diğerine çevirmeye uygun ise, bu gerçek anlamıyla bir muvazaa değildir ve aynı zamanda, muvazaa hakkında söylediklerimiz burada uygulama alanı bulmaz.
106. *Comm. in l. 219 De verb. significat (Dig. 50.16) (Opera omnia VII (Neapel 1758) col. 637 s.): In hac lege proponitur primum, in contractibus spectandam esse potius contrahentium voluntatem, quam verba... ex quo intellegimus fieri nonnumquam ex mente contrahentium, ut contra consuetudinem sermonis significatio perducatur...* (Bu metinde, sözleşmelerde, tarafların seçtikleri sözlerden önce, iradelerine önem vereceği belirtilmiştir: ... buradan, sözcüklerin alışılmış anlamlarından başka anlamlarda değerlendirilmelerinin tarafların gerçek iradelerine daha uygun olacağı sonucunu çıkarıyoruz).
107. Bkz. Hübner, H.: *Subjektivismus in der Entwicklung des Privatrechts*, FS Kaser (1976), 720.
108. Stintzig/Landsberg, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft I*, 368 vd.
109. *Opera omnia VII (Lucae 1765) 1365 vd.*
110. *Codex* başlığının (C. 4.22 kastedilmektedir) belirttiği gibidir: "Gerçekte yapılan, dışarıya karşı gösterilen şeyden daha değerlidir." "İstenen şey" gerçekten gerçekleşen ya da ifa edilen şey anlamına gelir, yoksa "dışarıya yönelik olarak bildirilen şey" değil. Bu da belgeye yazılan sözcüklerin içerdiği, tarafların kandırmak, gizlemek ve sözcüklerle saklamak istedikleri gerçekte istenen şeydir Bu açıklamanın iki kısmı vardır. Yani bu görüş iki özel düşünceyi içerir. İlkine göre, eğer belgede birşeyler gizlenmiş ise, yazılan şey geçerli değildir. Haklı olarak, yazılanın yanlış olduğu söylenir.

*donatum esse. Donatio non erit, quia scriptum falsum non valet: sed erit valebit emptio, quae revera gestum est*¹¹¹.

... *Est igitur certissima haec sententia: cum aliud actum est, et aliud (s.1368) scriptum, semper plus valere, quod actum est quam quod scriptum est*¹¹².

Hugo Grotius'un (1583-1645) 1620 yılında yazdığı "Inleidige tot de Hollandsche Rects-Geleerdheit (Hollanda Hukuk öğretisine Giriş)"¹¹³ adlı eserinin III 48. 7 bölümünde *metus, dolus* ve yaş küçüklüğü ile ilgili olarak *restitutio* 'yu ele almıştır. Eğer hileli sözleşme her iki tarafça istenerek yapılmışsa hile nedeniyle eski hale getirme şeklindeki hukukî imkan verilmemiştir. Bu durumda sözleşme, başlangıçtan itibaren geçersizdir¹¹⁴. Ancak bununla kastedilen muvazaa değildir. Çünkü burada tarafların üzerinde uyuştukları bir *dolus* sözkonusu değildir. Her bir sözleşme tarafı, diğerinin *dolus*'undan bağımsız olarak hareket etmektedir¹¹⁵.

Alman *usus modernus pandectarum*'un savunucuları, İtalyan yorumcularının muvazaa kuramını hiçbir değişiklik yapmaksızın, benimsemişlerdir.

Frankfurt an der Oder'da profesör olan *Johannes Brunnemann* (1608-1672)¹¹⁶ın, *Commentarii in XII Libros Codicis Justiniani*¹¹⁷ adlı eserinde, muvazaa *a persona ad personam* ve muvazaa *a contractu ad contractum*¹¹⁸ şeklinde çok eski bir ayrıma rastlanmaktadır. *Fraus* içinse şu örneği vermektedir: Eğer bir vasi, karısı aracılığıyla vesayeti altındaki çocuğun mallarını satarsa, D.26.8.5.3'ün getirdiği kurala aykırı olarak bir *fraus legis* yapmıştır¹¹⁹.

111. ... ikinci açıklama şöyledir: Her ne kadar elimizde bulunan yazılı belge geçersiz ise de, istenen ve ifa edilen şey daha geçerlidir. Öyle ki, bir taşınmaz satılmıştır. Belgede taşınmazın bağışlandığı yazılmıştır. Bağışlama yoktur. Yazılı belge geçerli değildir. Satış geçerlidir, çünkü o gerçekten yapılmıştır.

112. ... O halde şu görüş kesindir: Eğer bir şey yapılmışsa, ancak başka bir şey yazılmışsa, yapılan şey yazılmış şeyden daha değerlidir.

113. Bu kitap ilk kez 1631 yılında basılmıştır. Genellikle Fischer'in baskısı kullanılmaktadır (Leiden 1965). İngilizce tercümesi ve yorumu için bkz. Lee, *The Jurisprudence of Holland by Hugo Grotius I* (1926, sonraki basım 1953), II (1936).

114. Karş. Grotius, *Inleidige III 17.3; III 1.19* (Wesener, FS Hübner (1984), 346).

115. Wesener, FS Hübner (1984), 346.

116. Stintzing/Landsberg, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft II*, 101 vd.

117. Lipsiae 1672.

118. Bkz. 468.

119. Baldus (Cons. 249 nr. 2, lib. 1)'a ve Card. Tuschus (Concl. 257, nr. 38)'a atf yapılmıştır. Cardr. Tuschus (1534-1620) için bkz. Holthöfer, *Coings Handbuch der Quellen II/1*, 411, 462.

Muvazaanın ispatı da oldukça büyük bir önem taşımaktaydı¹²⁰; *sive per confessionem, sive per testes, sive per conjecturas, ac praesumptiones*¹²¹. Brunnemann. Alderano Mascardus (ölümü 1606). Jacobus Menochius (1532-1607)¹²² ve Prosper Farinacius (1544-1618) gibi 16. yüzyıl İtalyan hukukçularına gönderme yapıyordu.

Tübingen'de profesör olan Wolfgang Adam Lauterbach (1618-1678)¹²³ Collegium theoretico-practicum ad L Pandectarum libros, Pars I (1726)'da muvazaa konusunu ele almıştır:

*Lib. 18, tit. 1, nr.115Simulare vero dicitur, quasi aliquid rei simile permutare, qui enim simulat, objicit oculis aut menti ejus, quem, quid agatur, latere vult, simile ejus, quod tacite repudiat...*¹²⁴

*nr. 116... Simulate enim gesta, cum sola contractuum verba habeant, nihil autem ex contrahentium mente et consensu, qui tamen omnium conventionum mater est, nisi in hoc, ut nihil vel aliud agatur, proinde in genere pro infectis habentur..*¹²⁵

Lauterbach, yukarıda sözü edilen eserinin 16. numarasında, muvazaanın Bartolus ve Baldus'ta görülen iki türünü "*ut nihil vel aliud agatur*" (hiçbir şey ya da başka bir şey istenmesi) incelemiş ve muvazaanın doktorlar¹²⁶ tarafından *corpora sine spiritu, et cada-vera sine anima* (ruhsuz bir vücut ve cansız bir kadavra) olarak teşhis edildiğini belirtmiştir.

Lauterbach'a göre, *exceptio simulationis, qua Reus dicit, aliud actium, aliud simulate conceptum esse* (dava tarafı tarafından bir şekilde davranılıp, başka bir şeyin gösterildiğini iddia ettiği muvazaa

-
120. Coing, FS Koschaker (1939), 415; Bartachinus, Repertorium juris, bkz. Contractus.
 121. Brunnemann, Commentarii, Lib. IV tit. 22. nr. 2.
 122. De praesumptionibus, conjecturis, signis et indiciis (ister ikrarla, ister tanıkla, ister tahminler'le ve isterse karinelerle olsun (Venetiis 1590, Colon, Agripp . 1595, Genf 1676).
 123. Hukukçu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft II, 139 vd.; Kleinheyder/Schröder: Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten (1983) 337; Luig, NDB 13 (1982), 736.
 124. Bir muvazaa yapmakla, bir şeyi benzeriyle değiştirmek de kastedilir. Muvazaalı bir işlem yapan kişi, kendisinden bir şey gizlemek istediği kişiye, gizlemek istediği işleme benzeyen bir işlem göstermektedir.
 125. ... yalnızca görünüşte, yalnızca bir sözleşmenin sözcüklerine sahip olan, ancak tarafların kafalarından ve her türlü anlaşmanın anası kabul edilen taraf iradelerinin uyuşmasından kaynaklanmayan işlemler, hiç bir şey ya da başka bir şey isteniyor olmadıkça, genel olarak, geçersiz olarak görülürler.
 126. Burada doktorlar ile Ortaçağ'daki hukukçular kastedilmektedir.

def'isi), muvazaalı işlemin taraflarından biri ya da zarar gören bir üçüncü kişi tarafından ileri sürülebilirdi¹²⁷.

Lauterbach, *Compendium juris*¹²⁸ adlı eserinde *Mozzius*'un *Tractatus de contractibus*, art. 4'üne gönderme yapmaktadır.

Augustin von Leyser (1683-1752), muvazaanın sözleşmenin her iki tarafına da etki etmesi gereğine işaret etmektedir¹²⁹: *simulatio est actus, qui non potest proficisci ab uno solo, sed requirit consensum utrisque partis, siquidem ea non pendet a voluntate sola unius, sed perficitur ex consensu et voluntate duorum contrahentium sicut nex confessio unius quid facit, nisi et alter consentiat. Simulatio ex una parte verus dolus est, quia ad alterum decipiendum tendit*¹³⁰.

Yasal faiz sınırının aşılması amacıyla yapılabilen, bağış, şufa, sulh ve cezai şart gibi birtakım sözleşmeler geçersizdi¹³¹. *Leyser* tarafından savunulan bu görüş dayanağını *Lex Anastasiana* (*Cod. 4. 35. I*)¹³² da ve 1577 yılındaki İmparatorluk Polis Yasası (*Reichspolizeiordnung*)'nda (başlık 17, 8 ve 9) bulunmaktadır¹³³. *Luig*¹³⁴'in de belirttiği gibi, *Leyser* kendisini o günün geçerli hukukuyla bağlı hissetmekte ve olayların büyük çoğunluğu itibariyle Roma ve Ortak

127. Lauterbach, *Collegium theoretico-practicum ad L. Pandectarum libros*, Pars III (1725), Lib. 44, tit. 4, nr. 17.

128. Tübingen, 1679; 1697 baskısı esas alınarak atıf yapılmıştır: Pag. 314 s. nr. 429.

129. *Leyser* ve yöntemi için bkz.: *Luig, K.: Richterkönigtum und Kadijurisprudenz im Zeitalter von Naturrecht und Usus modernus: Augustin Leyser (1683-1752). Das Profil des Juristen in der europäischen Tradition*, hrgs. von K. Luig/D. Liebs (1980) 295 vd.; *Schmelzeisen, ZRG Germ.* 99 (1982) 428 vd.; karşı. *Luig, K.: Universales Recht und partikulares Recht in den "Meditationes ad Pandectas" von Augustin Leyser, Dritto comune e diritto locali nella storia dell'Europa* (Milano 1980) 25 vd., 41 vd.; karşı. *Kleinheyer/Schröder, Deutsche Juristen* 339.

130. Muvazaa, yalnız bir taraftan kaynaklanan bir davranış değildir, her iki tarafın da anlaşmasını gerektirir, çünkü, bu yalnızca bir tarafın iradesine tabi değildir, aksine sözleşmenin her iki tarafının da anlaşması ve uygun iradeleriyle gerçekleştirilir, tıpkı sözleşmenin diğer tarafının onayı olmaksızın bir tarafın ikrarının herhangi bir hüküm doğurmaması gibi. Muvazaa gerçek anlamda hiledir. Çünkü, karşı tarafı aldatma amacı taşımaktadır: *Meditationes ad Pandectas*, Vol. V (Hafae 1772) Spec. 290 med. V.

131. *Leyser, Meditationes*, Vol. IV (1772) Spec. 247, med. 2-8; bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Luig, Richterkönigtum*, 312 vd., dn. 88.

132. Alacağını değerinden düşük bir fiyatla temlik etmiş olan alacaklının, borçlusuna, yeni alacaklıya satış bedeli kadar bir miktar ödeyerek borcundan kurtulması imkânını sağlayan, imparator *Anastasius*'un emirnamesi (M.S. 506); bkz. *Umur, Roma Hukuku Lügati*, 113.

133. *Luig, Richterkönigtum*, 312.

134. *Luig, Richterkönigtum*, 304, 319 ve 332 vd.

hukuklara sadık kalmaktadır. Ancak, Leyser'in gene de kendine özgü bir hukukçu olduğu tartışmasız kabul edilmektedir¹³⁵.

IV. ORTAK HUKUK BİLİMİ (IUS COMMUNE, IUS PANDECTARUM-USUS MODERNUS PANDECTARUM)'NDE VE DOĞAL HUKUK KURAMI'NDA MUVAZAA

Ortak Hukuk Bilimi¹³⁶ irade bozukluklarında, özellikle "hata"da belirgin bir biçimde "irade kuramı"ni savunurken, doğal hukuk kuramı¹³⁷ bu konuda açık bir çözüme ulaşamamıştı¹³⁸.

Grotius ve *Christian Wolf*, hataya düşenin iradesine önem vermekteydiler. Bu hukukçular etkileri itibariyle ortak hukuka çok yaklaşan bir irade teorisini savunmaktaydılar¹³⁹. *Pufendorf* da ağır-

135. Wieacker, F.: *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (1967) 221 vd.; Wesener, FS Hübner (1984), 348.

136. İtalya'nın Bologna şehri üniversitesinde *Glossator*'lar okulunun ve *C.I.C.* ve özellikle *Digesta* üzerinde yaptıkları araştırma ve incelemeler sayesinde yeniden tanınan Roma hukuku, *Postglossator*'ların çalışmalarıyla, pratik alanda uygulanma olanağına kavuşmuş ve Avrupa'da uygulanan bir hukuk haline gelmiştir. Roma hukukunun bu şekilde bazı Avrupa ülkeleri tarafından iktibası, 13. yüzyıldan başlayarak 19. yüzyılda her ülkede birbirini izleyen kanunlaştırma hareketlerine kadar sürmüştür. Ancak Roma hukukunun uygulama alanı her ülkede farklı olmuş, her ülkenin ulusal hukuklarının ve Kilise hukukunun etkisiyle değişik içeriklere sahip olmuştur. Roma hukukunun en geç benimsendiği ülke olan Almanya'da bu hukuk resmi yollardan yürürlüğe konulmuş, 1495 yılında kurulan ve "Reichskammergericht" adı verilen imparatorluk mahkemesinin statüsünde, bu mahkemenin Pandekt hukukuna göre hüküm vereceği belirtilmişti. Almanya'da 16. yüzyıldan 18. yüzyıla kadar geçen dönem içinde Roma hukukçuları, Roma hukukunu, çağın koşullarına ve gereksinmelerine uydurabilmek için değişme ve yenileşme çabalarına giriştiler. Bu hukukçular, çalışmalarını, aynı amaca yönelik çabalarını 14. yüzyıl sonlarına kadar sürdüren *Postglossator*'ların kuramına dayandırıyorlardı. Böylece, Roma hukukunun, Germe hukuku kuralları ve Alman mahkemelerinin görüşüyle bağdaştırılarak, modernleşmesini sağlayan bu kuram *usus modernus pandectarum* adını almıştır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Çelebican, Roma Hukuku, 82 vd.

137. Ortak hukuk uygulayıcılarının kuramının yanı sıra, 17. ve 18. yüzyıllarda Almanya'da "Doğal Hukuk Kuramı" adı verilen yeni bir akım doğdu. Eski Yunan felsefesine göre, doğal hukuk insan aklından doğan hukuktur. Bu nedenle de, her toplumda ve çağda geçerli değişmez kuralları kapsıyordu. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Çelebican, Roma Hukuku, 83 vd.

138. Bu konu için bkz. Haupt, P.: *Die Entwicklung der Lehre vom Irrtum beim Rechtsgeschäft seit der Rezeption* (1941), 25 vd.; Hübner, H.: *Subjektivismus in der entwicklung des Privatrechts*, FS Kaser (1976), 715 vd.; Dießhorst, M.: *Zum Vermögensrechtssystem Samuel Pufendorf* (1976), 73 vd.; Wesenberg/Wesener: *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte* (1976), 134; Luig, K.: *Franz v. Zeiller und die Irrtumsregelung des ABGB*, Forschungsband Franz v. Zeiller (1751-1828), hrgs. von Selb. W./Hofmeister, H. (1980) 153 vd.; karşı. Wesener, G.: *Zeillers Lehre "von Verträgen überhaupt"*, ebd. 257 vd.

139. Luig, Franz v. Zeiller 157 vd., dn. 95.

lıklı olarak bu yönde görünmektedir, ancak güven teorisinden etkilendiği yönler de vardır¹⁴⁰.

Christian Thomasius'dan bu yana, Doğal hukuk öğretisinin bir akımı, "*officia circa sermonem* (açıklamalar sırasındaki yükümlülükler)"¹⁴¹ ve "*Pflichten bei Außerung unserer Gesinnungen* (Düşüncelerimizin açıklanması sırasındaki yükümlülüklerimiz)"¹⁴² den irade beyanına muhatap olan kimsenin, iradesini açıklayanın açıklamasına güvenebileceği ve bundan dolayı hatanın temel olarak hataya düşeni zarara sokacağı sonucunu çıkarmışlardır. İradesini açıklayan kişi, iradesini hukuki işlemlerin yapılması sırasında alışlagelmiş bir biçimde açıklamalı, sözcükleri genel anlamlarıyla kullanılmalıdır¹⁴³. Değiştirilmiş bir açıklama kuramı olan güven kuramı özellikle *Kreittmayr* ve *Martini* tarafından açıkça savunulmuş ve etkilerini *Codex Maximilianeus Bavaricus civilis* (IV 1) 25)'te, *Westgalizischen Gesetzbuch* (WGGB) (Batı Galiçya Kanunu)'nda ve biraz daha hafif olarak *Avusturya Medeni Kanunu* (ABGB)'nda göstermiştir¹⁴⁴.

Simulatio, yani karşılıklı anlaşma ile kurulan muvazaa"¹⁴⁵ doğal hukuk tarafından çok sınırlı bir biçimde ele alınmıştır¹⁴⁶.

*Samuel Pufendorf*¹⁴⁷, henüz irade açıklaması (*declaratio voluntatis*) kavramını tanımamaktaydı. Onun yerine *sermo* (konuşmanın içeriği) kavramını, "birbirini anlama" anlamında kullanmıştır¹⁴⁸. § 12 *De jure naturae et gentium* IV c. 1 "*Simulatio in rebus quatenus*

140. Luig, Franz v. Zeiller 158 vd.: *Dießhorst, Vermögensrechtssystem*, 73 vd., özellikle 100 vd.

141. Thomasius, *Institutiones Jurisprudentia Divinae* (1730, daha sonraki basım Aalen 1963) II, 8.

142. v. Martini, K.A.: *Lehrbegriff des Naturrechts*, Wien 1799, daha sonraki bası Aalen 1970, 12. anacümle.

143. Martini, *Lehrbegriff*, 395 vd.; Karş. Kramer, E.A.: *Der Pflichtgedanke bei der Vertragsschließung: Zur vermunftrechtlichen Grundlage der Vertrauensdoktrin*, ÖJZ 1971, 119 vd., 121; Wesener, *Zeillers Lehre*, 258, dn. 95.

144. Wesener, *Zeillers Lehre*, 258 vd.; Luig, *Richterkönigtum*, 159 vd.

145. Bkz. v. Zeiller, F.: *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch III/1*, Wien ve Triest 1812. Art. 916 ABGB için 111. prg.

146. Wesener, *FS Hübner* (1984), 349.

147. *De jure naturae et gentium*, basım 1759 I, C. 4 *De voluntate hominis*: IV c. 1 *De sermone, et quae eundem comitatur obligatione*.

148. Karş. Binder, J.: *Wille und Willenserklärung im Tatbestand des Rechtsgeschäftes*, ARWP 6 (1912/1913) 103 vd.; Pufendorf'un *consensus* (iradelerin uyumu) kavramı için bkz. Mayer-Maly, Th.: *Rechtsgeltung und Konsens* (1976), 95 vd.; irade ve irade açıklaması kavramları için bkz. Hattenbauer, H.: *Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts* (1982), 62 vd.

licita? (eşyanın *simulatio*'su ne derece caizdir?)" başlığını taşımaktadır. Bu paragraf, muvazaa anlamındaki *simulatio*'dan değil, genel olarak vakıaların çarpıtılmasından söz etmektedir¹⁴⁹.

Thomasius'da, *Institutiones Jurisprudentia Divinae* Lib. II cap. 8 adlı eserinin "De officio hominis circa sermonem" başlıklı kısmın 68-71. paragraflarında, *simulatio* ve *dissimulatio* sözcüklerini genel anlamlarıyla kullanmış, muvazaa ve gizli işlem teknik anlamlarında kullanmamıştır:

69. *In eo vero utraque convenit cum falsiloquio, quod in simulatione et dissimulatione intendam alterum fallere et decipere*¹⁵⁰.

70. *Differunt autem simulatio et dissimulatio inter se, quod haec constat in facto omissionis, quale etiam est taciturnitas, haec in facto positivo, adhibendo nempe signa reliqua praeter sermonem, ita, ut non convenient cum animo utentis*¹⁵¹.

Simulatio daha çok *falsiloquium* (yalancılık) olarak görülürken, *dissimulatio* bir *recentia veri* (gerçeğin söylenmemesi) (§71) olarak görülmektedir¹⁵².

Christian Wolff'ün iradelerin uyuşması kuramı köklerini, kendi davranış kuramı (*Handlungslehre*)'nda bulur. *Christian Wolff, consensus* (iradelerin uyuşması)'u, *actiones internae* (işsel davranış)'lara ait sayarak, onu, *volutio, ut fiat, vel non fiat, quod alter fieri vel non fieri vult*¹⁵³ olarak açıklamaktadır. *Wolff*'ün iradelerin uyuşması kuramı, *imputatio moralis* (ahlak için kendini feda etme) kuramına temel oluşturmaktadır¹⁵⁴.

149. Karş. Grotius, *De iure belli ac pacis*, III 1, 7 ve III 1, 8, 1 (Wesener, FS Hübner (1984), 349).

150. Bunun için de her ikisi de yanlış beyanda bulunarak, hem görünen işlemde hem de gizli işlemde bir başkasını hataya düşürmeyi ya da kandırmayı amaçlamışlardır.

151. §70: Muvazaa ve gizli işlem birbirlerinden şu şekilde ayrılırlar: Birincisi, tıpkı susmada olduğu gibi, bir yapmama şeklinde ortaya çıktığı halde, ikincisi olumlu bir davranıştır. Bununla birlikte, bu işlemlerin yapanların iradeleri ile uyuşmaması gibi başka kıstaslarda uygulanabilir.

152. Karş. §74 ve §75; Grotius, *De iure belli ac pacis*, III 1, 7 (Wesener, FS Hübner (1984), 350).

153. Bir başkasının da olmasını ya da olmasını istediği bir şeyin olmasını ya da olmasını istemek; *Institutiones iuris naturae et gentium* §27 (Wesener, FS Hübner (1984), 350).

154. Mayer-Maly, Th.: Der Konsens als Grundlage des Vertrages, FS Seidl (1975), 125.; idem., in: Rechtsgeltung und Konsens (1976), 96 vd.; *Wolff*'ün ahlak anlayışı için bkz. Huweiler B.: Der Begriff der Zession in der Gesetzgebung seit dem Vernunftrecht (1975), 50 vd. *Wolff*'ün irade açıklaması kuramı için bkz. Binder, W.: Wille und Willenserklärung im Tatbestand des Rechtsgeschäftes, ARWP 6 (1912/1913), 88 vd.; Dilcher, H.: Die Willenserklärung nach dem preussischen ALR "frei, ernstlich und zuverlässig", Gedächtnisschrift für H. Conrad (1979), 88 vd.; *Wolff, Jus Naturae* III 4 § 361; *Institutiones* §379.

De obligatione circa sermonem (Jus Naturae III c.2) başlığının son kısmında, Wolff "De sinceritate (dürüstlük), simulatione et dissimulatione" (III c. 3) konusunu ele almış, ancak *simulatio* kavramının altında Ortak hukukun kabul ettiği biçimiyle teknik anlamda "muvazaayı" anlamamıştır¹⁵⁵.

Jus Naturae III c.3 314. *Sincerus dicitur, cujus actiones externae cum internis consentiunt. Unde sinceritas animi est habitus actiones externas cum internis conformandi*¹⁵⁶.

Sinceritas (dürüstlük) her türlü *simulatio* ve *dissimulatio*'yu olanaksız kılar (Wolff. Jus Naturae 316). Hem, bir kişiyi herhangi bir şey yapma yükümlülüğü altına sokan *actiones positivae* (olumlu davranış) hem de bir kimseyi bir şey yapmama yükümlülüğü altına sokan *actiones negativae seu Privativae* (olumsuz ya da özel bir davranış) *sincerae* (dürüst), hilesiz olmalıdır (317)¹⁵⁷.

Jus Naturae III c.3, 326. *Nec actio positiva, ad quam committendum obligamur, nec negativa seu privativa, ad quam omittendum obligamur, simulationem admitti*¹⁵⁸.

§327. *In simulatione actio externa prae se fert animum ab eo, quem agens habet, prorsus diversum*¹⁵⁹.

Wolff sözkonusu eserinin 332. paragrafında, *simulatio* ve *falsiloquium*'u birbirinden şöyle ayırmıştır: *Hinc simulatio definiri poterat per factum, quo alium fallere intendimus, et vicissim Falsiloquium per sermonem quo alterum fallere intendimus* §333: *Falsiloquium est sermo simulatus*¹⁶⁰ (Karş. Wolff. Institutiones) §350 ve 356).

155. Karş. yuk. sh. 453 vd.

156. Doğal Hukuk III c.3, §314: Dışarıya yansıttığı davranışları ile iç iradesi birbirine uygun kişi "dürüst" olarak nitelendirilir. Bundan dolayı, "düşüncenin dürüstlüğü" dışarıya karşı yöneltilen davranışların iç isteklerle uyumlu hale getirilmesi alışkanlığıdır.

157. Wesener, FS Hübner (1984), 350.

158. Doğal Hukuk III c. 3, §326: Ne yapılması ile yükümlü olduğumuz olumlu davranış, ne de yapılmaması ile yükümlü olduğumuz olumsuz davranış bir muvazaaya izin verir.

159. §327: Muvazaada, dışarıya yöneltilen davranış, davranışta bulunanın iradesinden tamamen farklı bir iradeyi ifade eder.

160. Bundan dolayı, *simulatio* şöyle tanımlanır: Başkasını aldatmak amacıyla yaptığımız iş, fiil, buna karşılık yalanda ise sözlü olarak başkasını kandırırız. §333: O halde yalan sözlü muvazaadır.

Wolff, Jus Naturae'nin 338 vd. paragraflarında da, caiz olan ve olmayan *simulatio*'u da birbirinden ayırmıştır:

§338. *Si simulatio pugnat cum officio quodam erga te ipsum, vel erga alios, aut obligatione quadam contracta, qua alteri in singulari teneris, seu si fuerit contre jus perfectum aut imperfectum alterius: illicita est*¹⁶¹.

§345. *Quando alteri ad animi nostri sensa indicanda obligamur, simulatio illicita est*¹⁶².

Wolff'ün öğrencilerinden biri olan J.G. Darjes (1714-1791)¹⁶³'in *Institutiones Jurisprudentialis Universalis*¹⁶⁴ adlı eserinde *simulatio*'yu şu şekilde tanımlamaktadır: *Actus externus internis contradicens vocatur simulatio, simulatio finis cuiusdam non illiciti gratia facta dicitur dolus bonus*¹⁶⁵.

Doğal hukuk kuramında her ne kadar *simulatio*, muvazaa teknik anlamıyla ele alınmamışsa da, taraflar arasında geçersiz olduğu, çünkü gerçekten istenmediği sonucuna varılmıştır. *Franz v. Zeiller* tarafından en eski doğal hukukçu olarak nitelendirilen¹⁶⁶ *Ludwig J. Fr. Höpfner* (1743-1797)¹⁶⁷, bir sözleşmenin gerçek bir sözleşme olmasını ve anlaşmanın taraflar arasında gerçekten bulunması gerektiğini, geçerli bir sözleşmenin varlığı için gerekli koşullar arasında saymaktadır¹⁶⁸.

*Franz v. Zeiller de*¹⁶⁹ birbirine uygun irade açıklamasında bulunanların ya da sözleşmeyi yapanların iradelerinin uyuşmasını, bir sözleşmenin en önemli unsuru olarak saymaktadır. *Zeiller*'e göre

161. §338: Eğer muvazaa sana karşı, başkalarına karşı ya da sözleşmelerden doğan borçlara karşı, senin özel olarak saptadığın yükümlülüklerle ya da *Ius Perfectum*'a (dava ile korunan hak) veya *Ius Imperfectum*'a (dava ile korunmayan hak) karşı ise caiz değildir.

162. Eğer biz bir başkasına irademizi açıklamaksızın yükümlülük üstlenirsek, muvazaa caiz değildir.

163. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kleinheyder/Schröder. *Deutsche Juristen*, 326.

164. 7. baskı, Jena 1776.

165. İç iradeye aykırı olan dış davranışlara *simulatio* denir. İyi niyetle yapılan, iyilik amacıyla yapılan muvazaa caizdir.

166. v. Zeiller, F.: *Das Natürliche Privatrecht*, Wien 1808, §36; Karş., Wesener, Zeillers Lehre, 251, §33, dn. 95.

167. Höpfner ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Stintzing/Landsberg, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft III/1*, Text 442 vd., Noten 284 vd.b; karş., Wesener, Zeillers Lehre, 251, §33, dn. 95.

168. Höpfner, J. Fr. L.: *Naturrecht des einzelnen Menschen, der Gesellschaften und der Völker*. Gießen 1783, §65, §67.

169. *Das Natürliche Privatrecht*, §95.

bu unsurların yokluğu halinde sözleşme geçersizdir; bunun da ötesinde bir muvazaadır. Zeiller, iradelerin uyuşması için açıklamaya önem vermiş, bir şey söylenirken, başka bir şey düşünüldüğü gibi bir bahaneye yer verilmemesi gerektiğini belirtmiştir. Bu kural altında zihni kayıtlı ilgilidir ve hata kuramı için bir anlam ifade eder burada açıklama kuramı (güven ilkesi) sözkonusu edilmektedir. Zeiller §96'da, muvazaa için, açıklamanın, iradeyle eş değer tutulabilmesi için, gerçek iradenin açıkça ifade edilmesi gerektiğini ya da açıkça şaka yapmak amacıyla yapılan açıklamaların, görünüşe yönelik davranışların veya tamamen anlaşılması mümkün olmayan açıklamaların herhangi bir hukuki sonuç doğurmayacağını belirtmiştir. Görünüşe yönelik davranış deyimiyle, sahne sanatıyla ilgili davranışların yanı sıra, gerçek anlamıyla muvazaa da kastedilmiştir.¹⁷⁰

Güven kuramı¹⁷¹ özellikle *Karl Anton Freiherrn von Martini* tarafından güçlü bir biçimde savunulmuştur¹⁷². Bu hukukçu, yeterli bir açıklamanın, iradeyle eş tutulması gerektiği için, bir sözleşmenin, sözleşmeyi yapan taraflarca başka bir biçimde düşünülmüş ve ifade edilmiş olması durumunda bile geçerli olması gerektiğini belirtmiştir. Bu ifadeden de, muvazaanın geçerli olduğu sonucunu çıkartmak mümkündür¹⁷³. Güven kuramına göre yalnızca iyiniyetli üçüncü kişiye karşı muvazaa iddiasında bulunulamaz¹⁷⁴.

Doğal Hukuk kanunlaştırma hareketleri, muvazaayı bir hayli ayrıntılı olarak düzenlemişlerdir. İlke olarak muvazaa geçersizdir; gizli işlemin kaderi ise farklıdır.¹⁷⁵

170. Höpfner, *Naturrecht* §67, dn. 115; Egger, F.: *Das natürliche Privatrecht nach dem Lehrbuche des k.k. Hofrates F. Edlen von Zeiller*, Wien u. Triest 1818, 142 vd., §95 için; 144; 147 vd.) §96 için (görünüşe yönelik davranışlara tiyatro örneği verilmiştir): Zeiller, *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch III/1* (1812), 110 vd., §916 ABGB için; karşı. *Codex Theresianus III cap. II; 2. Art. XI, nr. 120*.

171. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Wellspacher M.: *Das Vertrauen auf äußere Tatbestände*, 1906, 269 vd.; Eichler, H.: *Die Rechtslehre vom Vertrauen* (1950); Bydlinski, F.: *Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes* (1967), 137 vd.

172. *Lehrbegriff des Naturrechts* (1799), §451; bu hukukçu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Wesener, *Zeillers Lehre*, 258 vd., dn. 95.

173. Wesener, *FS Hübner* (1984), 352.

174. Karş., ABGB §916 Abs. 2: Ortak hukuka göre sorun tartışılmalı idi; Fickel, H.: *Scheingeschäft und verdecktes Geschäft im deutschen, französischen und italienischen Recht*, Freiburg 1966, 1, dn. 2; iyiniyetli üçüncü kişilerin korunmasına ilişkin olarak bkz., Dernburg, H. (Bearb. v. Sokolowski, P.): *System des römischen Rechts, Der Pandekten*, 1. Bd., 8. Aufl., Berlin 1911, §100 1 (dn. 6) idem; *Lehrbuch des Preussischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs*, Halle 1884, §104 dn. 9; karşı., Kreller, H.: *Römisches Recht II* (1950), 276, dn. 1.

175. Wesener, *FS Hübner* (1984) 353.

Codex Maximilaneus Bavaricus Civilis (1756 IV 1 5)'e göre bir sözleşme için gerçek, tamamen ciddi ve özgür irade ve uyuşma gerekir. Kişilerin, yalnızca şaka için ya da gösterişe yönelik söz ve davranışları bağlayıcı değildir¹⁷⁶. Bir *consensus* (irade uyuşması), *obligatorius* (yükümlendirici), *mutuus* (karşılıklı), *verus et perfectus* (gerçek ve tamamlanmış) ve *expresse* (açıklanmış) olmalıdır¹⁷⁷. *Kreittmayr*, bir sözleşme için *consensus verus* (iradelerin gerçekten uyuşması)'u şart koşturmaktadır. Bu gereklilik, Prusya Medeni Kanunu (ALR)'ndaki ve Avusturya Medeni Kanunu (ABGB)'ndaki irade açıklamasındaki ciddiyet (die Ernstlichkeit der Willenserklärung)'e paralellik oluşturmaktadır. ALR I 4 §§4'e göre, bir irade açıklaması, "özgür, ciddi ve kesin ya da güvenilir (frey, ernstlich und gewiß oder zuverlässig) olmalıdır"¹⁷⁸. §§70-74 ALR I 1'de muvazaalı satışlar düzenlenmiştir¹⁷⁹.

ALR §§71'de gizli işlemin geçerliğinin bu hukuki işlem tipi ile ilgili hükümlere bağlı olduğu belirtilirken, Avusturya *Codex Theresianus* (tüm Avusturya, Medeni Hukuk Kanunlaştırmalarıyla ilgili ilk tasarı)'u¹⁸⁰, muvazaalı "davranışlara" karşı oldukça sert bir tutum takınmıştır. Kanun, bütün muvazaalı "davranışların", görünen işlem olsun, gizli işlem olsun, tümüyle etkisiz, bağlayıcı olmayan, yok hükmünde (null und nichtig) olduklarını açıklamış (III cap. I, 2. Art., XI. nr. 124) ve muvazaalı davranışları yok saymak ve cezalandırmakla tehdit etmiştir¹⁸².

Codex Theresianus'da ilk kez bir kanunda muvazaanın tanımı yer almıştır¹⁸².

176. *Codex Max. Bav. Civ. IV 3, 6* muvazalı satışları konu edinmiştir.

177. *Kreittmayr*, *Anmerkungen zum Codex Max., Bav. Civ. IV 1. 5*; karşı., *Wesenberg/Wesener, Privatrechtsgeschichte* 118; *Mayer-Maly, Th. FS Seidl (1975)* 128; idem, *Rechtsgeltung und Konsens (1976)* 98; *Wesener, Zeillers Lehre*, 257, A. 75, dn. 95.

178. Karş. ALR I 4 §§52-56 "Ernster Wille" (ciddi irade); §57 "Gewisser Wille" (kesin irade); karşı., ABGB §869 (Kenar yazısı: "wahre Einwilligung" (gerçek onay); bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz. *Dilcher H.: Die Willenserklärung nach dem preussischen ALR "frei, ernstlich und zuverlässig"*, *Gedächtnisschrift H. Conrad (1979)*, 85 vd., özellikle 94 vd.; ABGB için 97 vd.; karşı., *Mayer-Maly, FS Seidl (1975)*, 126; *Dernburg, Lehrbuch des Preussischen Privatrechts I (1884)* 104; *Kreller, H.: Römisches Recht II (1950)*, 275 vd.

179. Prusya ALR'sinde muvazaa hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Oğuz, Simulation*, 68 vd.

180. *Ph. Harras ritter von Harrasowsky'nin baskısı, Der Codex Theresianus u. seine Umarbeitungen I-III, Wien 1883-1884*; kanunlaştırma hareketlerine ilişkin literatür: *Wesenberg/Wesener, Privatrechtsgeschichte* 153; *Kocher, G.: Höchstergerichtsbarkeit u. Privatrechtsskodifikation. Die oberste Justizstelle u. das allgemeine Privatrecht in Österreich von 1749-1811, Wien-Köln-Graz 1979*.

181. *Wesener, FS Hübner (1984)*, 353.

182. Karş., *Tasarı Horten (Harrasowsky tarafından yayınlanmıştır, dn. 125 V, 1886) III 1) 31 ve 32*.

III cap. II. Art §XI, nr. 120. Sözleşmenin her iki tarafının dışarıya yansıyan davranışlarıyla, bir başka işlemin görünüşte, ikiyüzlülük ya da gösteriş yoluyla yapılması durumunda, sözleşme hiç yapılmamış kabul edilir. Bu hiç bir sözleşme yapmama amacıyla yapılabileceği gibi, tarafların karşılıklı olarak birbirlerini yükümlendirmeleri amacıyla ya da sözde davranışın yapılmasıyla, bundan tamamen farklı bir bağlantıya girmek amacıyla da yapılabilir.

Muvazaa üçüncü kişilere karşı da geçersizdi, zarar gören üçüncü kişi, tazminat talep edebilirdi (nr. 121 ve 122).

Muvazaa hakkında genel bir düzenlemeye yer veren *Codex Theresianus*'un tersine, *Martini*'nin tasarısı¹⁸³, muvazaayı yalnızca belli sözleşme tiplerinde ele alan Batı Galiçya Kanunu'nu izleyerek, satım sözleşmesinde (Martini taslağı III 6 8; WGGB (Westgalizische Gesetzbuch) III §181), faizsiz ödünç sözleşmesinde (Martini taslağı III 8 §6; WGGB III §259) ve kefalet sözleşmesinde (Martini taslağı III 15, 11 ve 12; WGGB III 500 ve 501) muvazaayı düzenlemiştir. Gizli bir bağış sözleşmesinin geçerliği veya geçersizliği, bağış için getirilen kurallara bağlıdır (Martini taslağı III 8 §8; WGGB III §181).

İlk olarak ABGB (Avusturya Medeni Kanunu)'nun, *Franz v. Zeiller* danışmanlığındaki, batı Galiçya Kanunu'nun eski bir tasarı olarak temel alındığı redaksiyon çalışmalarında tekrar muvazaa hakkındaki düzenlemelere temel teşkil eden anlayış kabul edilmiştir. Kanunun saray komisyonu tarafından görüşülmesi için düzenlenen 13 Mayıs 1805 tarihli oturumda en eski tasarı (III. 6) §181'i önce *Zeiller*'in önerisinde şu biçimi almıştır¹⁸⁴:

Herhangi bir karşılıksız devir ve temlik işleminde, görünüşte bir karşılık kararlaştırılırsa, işlem karşılıksız sözleşmelerden sayılır ve bunun geçerliği veya geçersizliği için, diğer sonuçların yanı sıra, bu karşılıksız sözleşmeler hakkında belirlenmiş kurallara göre karar verilir.

27 Mayıs 1805 tarihindeki oturumda¹⁸⁵ metne son biçimi verilmiştir (1. Tasarı III) 44; Değiştirilmiş tasarı §911; En son tasarı §917¹⁸⁶.

183. Harosowsky tarafından yayımlanmıştır, dn. 125, V, 1886.

184. Ofner, J.: Der ursprüngliche Entwurf u. d. Beratung-Protokolle des Österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches II, Wien 1889, 72 (42 için).

185. Ofner, II, 87, §181 için.

186. Ofner, II, 760.

ABGB §916 (eski metin). Eğer belirli türden bir işlem yalnızca görünüşte yapılırsa, bu işlem, kanunda kendisi için düzenlenmiş asıl işlemin tabi olduğu hükümlere göre değerlendirilir.

Avusturya hukuk uygulaması, *exceptio simulationis* (muvazaa def'i)'in sadece *inter partes* (taraflar arasında) geçerli olduğunu, üçüncü kişilerin muvazaa iddiasında bulunamayacaklarını savunmakta idi¹⁸⁷. Baskın görüş¹⁸⁸, buna karşılık muvazaanın kesin olarak geçersizliği görüşünü savunuyordu.

BGB §117¹⁸⁹ de muvazaanın geçersizliği açıkça belirtilmiştir¹⁹⁰. Bu geçersizlik hem taraflar arasında, hem de üçüncü kişiler tarafından ve üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir¹⁹¹. İyiniyetli üçüncü kişiye karşı muvazaanın ileri sürülemeyeceği kuralı BGB'ye alınmamıştır¹⁹².

OR'nda ve TBK'nda da muvazaanın geçersiz olacağı açıkça hükme bağlanmış¹⁹³, ancak iyiniyetli üçüncü kişilere karşı muvazaa-

187. Wesener, FS Hübner (1984), 354.

188. Krainz/Ehrenzweig: System der österreichischen allgemeinen Privatrechts I (1913), 279; Klang, H.: Die Einwendung der simulation im Exszindierungsprozeß, JBI 38 (1909), 217 vd.; Kohn, J.: Treu und Glauben, Ein Beitrag zur Auslegung des §916 ABGB. Grünthuts Zeitschrift 36 (1909), 153 vd.b, 157.

189. BGB §117 (scheingeschäft) (1) Wird eine Willenserklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben ist, mit dessen Einverständnis nur zum Schein abgegeben, so ist sie nichtig.

(2) Wird durch ein Scheingeschäft ein anderes Rechtsgeschäft verdeckt, so finden die für das verdeckte Rechtsgeschäft geltenden Vorschriften Anwendung.

(1) Bir başkasına yöneltilmesi gereken bir irade beyanı, o kişinin rızasıyla muvazaa olarak beyan ediliyorsa, geçersizdir.

(2) Muvazaalı bir hukukî işlemle bir başka işlem gizleniyorsa, gizli işlem için geçerli olan hükümler uygulama alanı bulur.

190. Kallimopoulos, G.: Die Simulation im bürgerlichen Recht, Karlsruhe 1966, §117.

191. Motive zum BGB I, 193; Mugdan, B.: Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, 1. Bd., Einführungsgesetz und Allgemeiner Teil, Berlin 1899 (Nachdruck Aalen 1979) 458 vd.; Kallimopoulos, Simulation, 117 vd.; Fickel, Scheingeschäft, 10 vd., 18 vd.

192. Bkz. Protokolle, Mugdan 710 vd.; bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Oğuz, Simulation, 93-97.

193. OR. Art. 18 Auslegung der Verträge, Simulation bei der Beurteilung eines Vertrages sowohl nach Form als auch nach Inhalt ist der übereinstimmende wirkliche Wille und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beachten, die wahre Beschaffenheit des Vertrages zu beachten.

Dem Dritten, der die Forderung im Vertrauen auf ein schriftliches Schuldbekenntnis erworben hat, kann der Schuldner die Einrede der Simulation nicht entgegensetzen.

TBK Md. 18 Akitlerin tefsiri, Muvazaa.

Bir akdin şekil ve şartlarını tayinde, iki tarafın gerek sehven, gerek akitteki hakiki maksatlarını gizlemek için kullandıkları tabirlere ve isimlere bakılmayarak onların hakiki ve müşterek maksatlarını aramak lazımdır.

Tahriri borç ikrarına istinat ile alacaklı sıfatını iktisap eden başkasına karşı, borçlu tarafından muvazaa iddiası dermeyan olunamaz.

nın ileri sürülemeyeceği şeklinde bir genel kurala yer verilmemiştir¹⁹⁴. Tıpkı BGB'de olduğu gibi üçüncü kişiler için özel bir hüküm getirilmesi bir gereklilik olarak görülmemiştir, çünkü üçüncü kişilerin korunmasına yönelik hükümler yeterli görülmüştür¹⁹⁵.

1916 yılında ABGB §916¹⁹⁶ yeniden yazılmıştır. Bu kez baskın görüş dikkate alınarak, 1. paragrafta, muvazaanın geçersizliği açıkça belirtilmiştir. İkinci paragrafta ise, üçüncü kişilerin güveni koruma altına alınmıştır: İrade açıklamasına göre haklar kazanmış olan üçüncü kişiye karşı, muvazaa iddiasında bulunulamaz.

Böylece sonuç olarak, muvazaa kuramının temellerinin, Orta çağ hukuk bilimi, özellikle İtalyan Commentator'ları tarafından geliştirildiği ve 17. ve 18. yüzyılın Doğal hukuk kuramının ise buna güvenin korunması ilkesini kattığı söylenebilir. Bu ilke, herne kadar yalnızca ABGB'de açıkça ifade edilmişse de, Alman, İsviçre ve Türk hukuklarında da uygulama alanı bulmaktadır.

194. OR. Art. 18 II ve TBK md. 18 II bu konuda özel bir düzenleme olarak dikkate alınmalıdır.

195. Jäggi, P./Gauch, P.: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch. Obligationen Recht. Art. 18 OR., Zürich 1986, kenar numarası 132; Gaudy, W.: Die rechtliche Behandlung der Simulation nach OR Art. 18, Zürich 1927, 56; Ehrenzeller, M.: Die Simulation von Verträgen nach schweizerischem Recht mit besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, St. Gallen 1951, 66.

196. Eine Willenserklärung, die einem anderen gegenüber mit dessen Einverständnis zum Schein abgegeben wird, ist nichtig. Soll dadurch ein anderes Geschäft verborgen werden, so ist dieses nach seiner wahren Beschaffenheit zu beurteilen. Einem Dritten, der im Vertrauen auf die Erklärung Rechte erworben hat, kann die Einrede des Scheingeschäftes nicht entgegengesetzt werden.
(Bir başkasına karşı onun anlaşmasıyla, muvazaat olarak bulunan bir irade beyanı geçersizdir. Eğer bir başka işlem gizleniyor ise bu işlem, o işlemin kendi geçerlilik koşullarına göre değerlendirilir.
İrade açıklamasına güvenerek haklar kazanmış üçüncü kişiye karşı, muvazaa iddiasında bulunulamaz).