

## SAĞLAR ARASI İŞLEM ELİYLE ÖLÜME BAĞLI KAZANDIRMA: KARMA İŞLEME KARMA REJİM

PROF. DR.  
RONA SEROZAN \*

Hukukumuzda tipik bir ölüme bağlı kazandırma amacına atipik bir sağlar arası işlem aracılığıyla da ulaşılabilir.

Tipik örnek, tipik bir sağlar arası işlem oluşturan bağışlama işleminin ölüme bağlı kazandırma amacıyla gerçekleştirilmesidir.

Açalım: Kural olarak katıksız bir sağlar arası ivazsız kazandırma oluşturan, daha bağışlayanın sağlığında hukuksal etkiler doğuran, onu bağlayan, lehdarı da devir ve haciz edilebilir güncel bir hakka kavuşturan “bağışlama” işlemi, pekala, ifası (tenfizi) ancak bağışlayanın ölümünden sonra istenebilen, yani bağışlayanın ölümü “vadesine” (eceline), hatta lehdarın bu anda sağ bulunması “şartına” bağlanan bir bağışlama (dar ve gerçek anlamda ölüme bağlı bağışlama) olarak karşımıza çıkabilir. Böyle yapılmakla da şahsına özel bir değer verilen kazandırma lehdarının bağışlayanın ölümünden sonra onun belirli bir değerine sahip çıkması amaçlanmış olur. (BK 240 II) Örneğin A B’ye ölüm sonrasında teslim edilmek üzere hisse senetlerini bağışlarsa, böyle bir olasılıkla karşılaşılır. Bu olasılıkta ölüme bağlı kazandırma da bulunma amacı açıktır.

Ama ölüme bağlı kazandırma amaçlı sağlar arası işlem, “tenfizi ölüme bağlı bağışlama”dan ibaret değildir. En tipik örnek budur ama tek ör-

---

\* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

nek bu değildir. Daha bir dizi örnek bulunabilir:

Kazandırma lehdarının bağışlayandan önce ölmesi “bozucu” şartına bağlı bağışlama bu değişik örneklerden biridir. (BK 242) Bu “geniş anlamda” ölüme bağlı bağışlamada, ölüm anında sağ bulunma geciktirici şartına bağlı dar ve gerçek anlamda ölüme bağlı bağışlamadan ayrımlı olarak, daha baştan tenfiz (ifa) yoluyla lehdara devredilen değer, lehdarın bağışlayandan önce ölmesi halinde bağışlayana geri dönmesi öngörülmektedir. Besbelli, bu kazandırmada da, kazandırmanın ölümünden sonra, şahsına özel bir önem verilen lehdarın mala sahip çıkması amaçlanmıştır. Ölüme bağlı kazandırmada bulunma amacı burada da açıktır.

Öte yandan, üçüncü kişi yararına sözleşmelerde de üçüncü kişinin (lehdarın) hakkını kazanması, sözverdiren – alacaklının ölümüne bağlanabilir. Özellikle hayat sigortalarında, kişi ortaklıklarında, banka hesaplarında, kıymetli evrak depolarında öngörülen “lehdar kayıtları” (klozları) bu şemaya uyar. Somutlaşalım: Kazandırmada bulunan kişi, sigorta şirketiyle, ortaklarıyla veya bankayla şöyle bir anlaşma yapar: “Ölümümde, sigorta tazminatı alacağım, ortaklık payım, banka hesabımdaki param ve kıymetli evrak deposundaki hisse senetlerim lehdarın olsun!”

*Dikkat edilirse, ölüme bağlı üçüncü kişi yararına sözleşmede (BK 111), lehdar (üçüncü kişi), ölüme bağlı bağışlamadan ayrımlı olarak, kazandırmanın ölümünden önce hukukça korunmuş bir beklenen ya da güncel hak kazanmaz da salt güvencesiz bir umut, bir beklenti kazanır. Lehdarın ölüm anında alacak hakkını kazanması da bağışlamadaki gibi kabul yoluyla ve “devren” olmaz da vasiyet benzeri kendine özgü tek yanlı bir kazandırma bağlamında “aslundan” gerçekleşir. (Bu sürpriz kazandırmada lehdarın kabulü şöyle dursun, bilgisi bile söz konusu olmaz!) Kimilerine göre bu iktisaba, aynı etki bile kazandırılabilir.*

*Eklemeli ki ölüm sonrasında da etkili vekalet veya temsil yetkisi verme ya da müşterek hesapta ölüm bozucu şartını öngörme gibi salt dış ilişkiye özgü “yardımcı işlemler” ölüme bağlı kazandırmayı sadece hazırlamakla kalan işlemlerdir. Bunlar tek başlarına ölüme bağlı kazandırma sayılamazlar. Ölüme bağlı kazandırmayı sadece hazırlayabilecek olan bu “dış ilişki iş-*

lemeleri"nin temelinde yatan gizli iç ilişkidir ki işleme hukuksal damgasını vurur. Bu gizli iç ilişki bir ölüme bağlı bağışlama olabileceği gibi, bir ölüme bağlı üçüncü kişi yararına sözleşme de olabilir; ama pekala başka bir işlem, bu arada sağlar arası ivazlı bir işlem de olabilir.

Yargutay, 1941 yılı eski bir İçtihadı Birleştirme Kararı'nda, ölüm sonrasına da yaygın etkili vekaletin (mandatum post mortem'in) geçerli olduğunu ve vekalet verenin ölümünden sonra mirasçılar vekaleti geri almadıkça, vekilin vekalet veren (miras bırakan) adına ve hesabına yaptığı işlemin mirasçuları bağlayacağını vurgulamıştır. (Resmi Gazete, Sayı 4740)

Ne yazık ki yukarıda örnekleri verilen ve gri alanda kalan bütün bu ölüme bağlı kazandırma amaçlı sağlar arası işlemlerin hukuksal rejimi de karanlıkta kalmıştır. Ölüme bağlı tasarrufun öğeleri ve ölçütleri bu alana ışık tutabilecek parlaklıkta değildir. Çünkü bu ölçütlerin çoğu, zaten ölüme bağlı tasarrufun gerekleri veya sonuçları arasından derlenmiştir. Buysa hukukçuyu kısır döngünün içinde tutar.

*Ölüme bağlı tasarrufların özelliklerini kısaca anımsayalım: Ölümün işlemin etkinliğinin koşulu olması, kazandırmayı yapanın sağlığında malvarlığını değil de ölümünde terekesini etkilemesi, onun kendi sağlığında bağlılık, yük ve yüküm altına girmemesi, öte yandan kazandırmayla herhangi bir tasarrufla etki de yaratmaması, onun asıl parasal özveriyi mirasçılarının sırtına yüklemesi, kazandırma lehdarının beklenen halde yoksunluğu, lehdarın ölüm anında sağ bulunması koşulunun varlığı, lehdarın beklentisinin kendi mirasçılara geçmemesi, kazandırılan hakkın kazandıranın ölümünde yasa gereği, kendiliğinden ve külliye yani kabulsüz ve devirsiz doğması. Bütün bunlar ölüme bağlı tasarrufun ayırt edici öğeleri olarak bilinirler. (Bk. Serozan, Miras Hukuku, s. 76 i.s.)*

Ama yalnız bu ölçütlerin güvenilmezliği değil, aynı zamanda işlemler arasındaki sınırların kaypaklığı da sağlıklı bir ayırım yapmayı; bu işlem aktır, yani sağlar arasıdır, şu işlem karadır, yani ölüme bağlıdır demeyi zorlaştırır.

Açıkça ve kolayca söylenebilecek olan sadece şudur: Mirasçı nasbı ile vasiyet su katılmamış ölüme bağlı tasarruflardır; buna karşılık, sağ-

lıkta ifa (tasarruf) süreci tamamlanmış işlemler de katışıksız sağlar arası işlemlerdir. Ama arada, gri alanda kalan karma işlemlere uygulanacak rejim belirsizdir.

Bu konuda BK 240/242 kuralları bize bazı ipuçları verebilirler. Şöyle ki dar ve geniş anlamda ölüme bağlı bağışlamaya ilişkin bu kurallardan anlaşıldığına göre, sağlıkta tenfiz (ifa, tasarruf), açıkçası, sağlıkta dolaysız ve ansız, somut ve güncel bir özveri, başka bir deyişle, kazandırmadan kesin el çekme olasılığında, işleme "sağlar arası işlem" gözüyle bakılacaktır. BK 242'den çıkan sonuç budur. Buna karşılık tenfizin (özverinin) bile bile ölüm sonrasına ertelendiği olasılıkta, işleme ölüme bağlı tasarrufa ilişkin kurallar uygulanacaktır. BK 240'dan anlaşılan da budur.

Yalnız tenfizden (özveriden) ne anlaşılması gerektiği kuşkulu ve tartışmalı olduğu kadar, yasanın göndermede bulunduğu ölüme bağlı tasarrufla ilgili kurallardan hangilerinin uygulanacağı da kuşkulu ve tartışmalıdır.

Sağlıkta tenfiz sayılabilecek iki tartışmalı örnek verelim:

A, B'ye kendi taşınmazı üzerinde ancak ölümünden sonra kullanılabilen bir alım (iştirâ) hakkı tanımış ve bu hakkı tapuda şerh ettirmiştir. Anlaşmada ayrıca A'nın kendi taşınmazında herhangi bir değişiklik yapabilmesi için B'nin olurluğunu alması öngörülmüştür. İşte bu işlemde İsviçre Federal Mahkemesi, A'nın daha sağlığında üstlendiği güncel ve somut bağlılığın ve yükümünün sağlıkta tenfizi varsaymaya yeteceğini kabul etmiştir. (BGE 99 II 268)

Hasta yatağında yatan bir rahip, bir derneğe elden kazandırılmak üzere, kendisine ait hisse senetlerini, ziyaretine gelen dostuna vermiştir. Dost henüz bu senetleri teslim etme fırsatını bulamadan da rahip ölmüştür. Mahkemeye göre, elden bağışlama icabı henüz muhataba varmadan (onun kabulünden) önce, icapçının tesadüfen ölmesi, ölüm icapla bağlılığı kaldırmadığına göre, bağışlamanın sağlıkta tenfiz edilmiş olduğunu kabule engel sayılmaz. Ancak eğer icap aktarımı bile bile ölüm sonrasına ertelenmiş olsaydı, sağlıkta tenfizin, dolayısıyla sağlar arası işlemin varlığı yadsınacaktı. (Alman İmparatorluk Mahkemesi, RGZ 83, 223)

*Eklemeli ki hukuksal etkileri böylesine bilinçli olarak ölüm sonrasına ertelenmiş olan bir icap tek yanlı kendine özgü vasiyet benzeri bir kazandırma oluşturan ölüme bağlı üçüncü kişi yararına sözleşme bağlamında doğrudan doğruya dosta karşı gerçekleşmiş ve onun tarafından da kabul edilmiş olsaydı bile, lehdar üçüncü kişi, kazandırmaya bağışlama icabının kabulüyle değil de, üçüncü kişi yararına sözleşmede geçerli "kendiliğinden iktisap" tekniğiyle ve kabulsüz kavuşmuş sayılabilecekti.*

Yalnız şuna dikkat edilmeli: Ölüme bağlı bağışlamayı sağlar arası bağışlamaya dönüştürebilecek olan tenfiz varlığını kabul etmede, şekil butlanını BK 238 III/ BK 237 I uyarınca sağaltıcı (düzeltici) tenfiz varlığını kabul etmeden daha titiz davranmalıdır. Unutulmasın ki şekil butlanını sağaltıcı tenfizde salt hükümsüzlük aşılır; oysa ölüme bağlı bağışlamayı sağlar arası bağışlamaya dönüştüren tenfizde nice tereke ilgisinin (mirasçının ve alacaklının) çıkarı örselenebilir. Söz (taahhüt) gümüşse, tenfiz altındır. Ama bu altının ayarı BK 237/38 ikilisinde düşük, BK 240/242 ikilisinde yüksek tutulacaktır. Somutlaşalım: Şarta bağlı tasarruf (tenfiz), şekil butlanını sağaltmaya yeter, ama ölüme bağlı işlemi sağlar arası işleme dönüştürmeye yetmez.

İşlemi sağlar arası işleme dönüştüren tenfiz varsayılmayacağı durumlarda, ama öte yanda gerçek anlamda mirasçı nasbı ile vasiyet de sayılmayacak olan karma işlemlerde, en başta da tenfizi ölüme bağlı bağışlamada ve ölüme bağlı üçüncü kişi yararına sözleşmede, hangi ölüme bağlı tasarruf hükümlerinin uygulanabileceği sorununa gelince:

Bir görüşe göre, karma karakterdeki işlemleri önsel ve götürü bir soyutlamayla, ölüme bağlı işlemlerle aynı kaba atmalı; BK 240 II'nin atıf kuralının sözcüklerini en geniş kapsamıyla algılamalı ve bu işlemleri tüm hukuksal gerekleriyle ve sonuçlarıyla ölüme bağlı tasarrufların sıkı rejimine şematik ve mekanik bir biçimde bağlamalıdır. Öyle ki şekil, ehliyet, temsil, irade bozukluğu, geri alma, ifa engelleri, alacaklılar arasındaki öncelik konularında hep ölüme bağlı tasarruf kuralları uygulansın. Nitekim İsv. FM'ne göre, sağlıkta malvarlığını değil de son aşamada ölümden sonra terekeyi etkilemeyi amaç bilen tüm işlemler, hiç ayırım gözetilmeksizin, tüm gerekleriyle ve sonuçlarıyla ölüme bağlı tasarrufların sıkı hukuksal rejimine bağlanmalıdır.

*BGE 113 II 270; ayrıca bk. Ögüz, Elbir'e Armağan, s.400 i.s.*

Buna karşılık, gittikçe güçlenen değişik ve yeni bir görüşe bakılırsa, atipik, karma karakterdeki bu işlemlere, aynen atipik borçlar hukuku sözleşmelerinde olduğu gibi, kıyas ya da yaratma kuramı bağlamında karma bir hukuksal rejim uygulanmalıdır.

*Atipik borçlar hukuku sözleşmelerine uygulanacak kuralların seçiminde izlenecek yol için bk. Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku Özel Bölüm'de Serozan, s. 35 i.s.*

Bu yeni görüş ışığında, şekil, ehliyet, temsil, irade bozukluğu, geri alma, ifa engeli rejimi ile alacaklılar arasındaki ve tenkisteki öncelik rejimi konusunda, borçlar hukukuyla miras hukuku arasında mekik dokuyan, seçmeci, derlemeci bir tutum geçerlidir. Bu arada *in favorem negotii* (işlemin sıhhati için) şekil açısından sağlar arası işlem kuralları benimsenir.

Açılım: Miras bırakanın saklı paylı mirasçılarının ve alacaklılarının öncelikleri korunur. (MK 505, 512, 543) Hatta kazandırmanın kapsamına göre, borçlardan kişisel sorumluluk bile benimsenebilir. Buna karşılık, şekil, temsil, maddi ve şekli anlamda münhasıran şahsa bağlılık kuralı, ehliyet, irade bozukluğu, geri alma ve ifa engelleri alanlarında Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri işletilir. Dikkat edilirse, bu yaklaşımda işlemin geçerlilik gerekleri hafif Borçlar Hukuku rejimine, onun hukuksal sonuçları ise ağır miras hukuku rejimine bağlanmaktadır.

*Ayrıntılı bilgi için bk. Serozan, Sağlar arası işlem yoluyla ölüme bağlı kazandırma, s. 187 i.s.*

*İsviçre'de yayımlanan yeni bir tezde Krauskopf (Der Vertrag zugunsten Dritter, Fribourg, 2000, N 1678 i.s.) atipik ölüme bağlı kazandırmaların prototipini oluşturan "ölüme bağlı üçüncü kişi yararına sözleşme" ile ilgili olarak aynı doğrultuda aynen şunları yazmaktadır. "Böyle bir sözleşmede karşılık ilişkisinde (Valutaverhältnis) lehdara karşı gerçekleştirilen kazandırma, vasiyet benzeri, kendine özgü bir kazandırmadır; yoksa lehdar üçüncü kişinin kabulünü gerektiren bir bağışlama değildir. Böyle olunca da karşılık ilişkisi mantıken şekle bağlı tutulamaz. Hele sözverdirenele sözveren arasındaki kapama ilişkisi-*

*nin (Deckungsverhältnis) -ki asla bağışlama sayılamaz- şekle bağlı tutulması hiç mi hiç düşünülemez. Yalnız şu var: Miras bırakanın alacaklılarının ve saklı paylı mirasçılarının bu ivazsız (ve şekilsiz) kazandırmanın risklerine karşı maddi açıdan korunmalarının zorunlu olduğu da açıktır. Böylece işlemin gerekleri açısından gevşek tutulan ölçütler, işlemin sonuçları söz konusu olunca sıkı tutulmaktadır. Eklemeli ki MK 456/509 kurları da üçüncü kişi yararına ölüme bağlı hayat sigortaları konusunda böylesine uzlaştırmacı bir yaklaşımı seçmişlerdir."*

Bu yeni görüşün iradi mirasçılığı ve ölüme bağlı tasarruf serbestliğini yasal mirasçılık karşısında ön plana çıkaran yeni sosyal eğilimlere de uyduğu söylenebilir. Bilindiği gibi, bu yeni eğilimlerin arkasında, zümre mirasçılarının mirasa duydukları ihtiyacın gitgide azalması olgusu ve zümre mirasçılığının olumsuz ekonomik etkileri yatmaktadır.

*Bu konuda ayrıntılı bilgi için bk. Serozan, Miras Hukuku, s. 8 i.s.*