

NAMI MÜSTEAR MESELESİ: VEKÂLET VE İTİMAT MUKAVELELERİ İLE MUVAZAAİNİN KARŞILIKLI MÜNASEBETLERİ

Doçent Dr. İlhan E. POSTACIOĞLU

I. — Mefhumun garp hukukunda ve Mecelledeki yeri, tetkiki gereken meselelerin vazı. II. — 5/2/1947 tarihli tevhidî içtihat kararının tahlili. III. — B. K. nun 32 ci maddesinin son ibaresi hakkında münakaşa: mümessil sıfatını gizleyen bir vekilin iktisap ettiği menkul malların müvekkile ait olup olmayacağı. IV. — Mesele- nin gayri menkuller bakımından tetkiki. V. — B. K. nun 393 cü maddesinin mahiyeti ve gayri menkullere şumulü olamayacağı. VI. — Gayri menkullerin istirası hakkın- daki vekâlet akidlerinin şekli. VII. — İspatı, H. U. M. K. 290 ının burada tatbik olunamayacağı. VIII. — Muvazaa IX. — (Fiducie - İtimat mukavelesine) müstenit temlikler. X. — Muvazaa ile (fiducie) arasındaki mefhum farkı. XI. — Hüküm fark- ları: a) mülkiyetin nakli, b) müruru zaman, c) haciz kabiliyeti bakımından. XII. — Alacaklılardan kaçırılmak maksadile yapılan ferağların muvazaalı veya İtimat mu- kavelesine müstenit sayılacağı, Von Tuhr'un tenkidi. XIII. — İtimat mukavelesinin cari olduğu faraziyeler. XIV. — Aktin taraflarında muvazaa. XV. — Muvazaa iddia- larının üçüncü şahıslara karşı ispatı. — XVI. — Umumi netice ve 5/2/1947 tarihli tev- hidî içtihat kararının tenkidi.

I. — Nami müstear fransızca (*prête-nom*) terkiibinin karşılığıdır. Bu terim garp hukuk dilindeki dar ve teknik münasile, bir komisyoncu gibi müvekkilinin ismini gizliyerek bir başkası hesabına ve fakat kendi namı- na hareket eden vekilleri kasdetmektedir [1]. Ancak eski hukuk dilimizde bu tâbirin mânası daha geniş ve şümüllü olmuştur. Ezcümle Mecelle, 1592 nci maddesinde şöyle diyor: «Bir kimse ba senet yedinde olan bir mülk dükkân hakkında bu dükkân filân kemsenindir, benim alâkam yok- tur ve senesinde muharrer ismin *müsteardır* deyip yahut ba senet ahardan satın aldığı bir mülk dükkân için bu dükkânı filân kimsene için almıştım, semen olarak verdiğim akçe dahi anın malındandır ve senesinde ismim *müstear* olarak kaydolunmuştur dese ol dükkân nefsil emirde ol kimsenin mülkü olduğunu ikrar etmiş olur.» Görülüyor ki maddenin birinci cüzünde

[1] Colin et Capitant, Cours élémentaire de Droit Civil français, cilt 2, 8 inci tabı, sahife 784.

muvazaa durumu kastedilmekte, ikinci cüzü ise bugünkü telâkkilerimizle vekâlet aktini istihdaf etmektedir [2]. Keza 1329 senesi kanunu muvakâlatinin 4 üncü maddesinde muvazaa ve namı müstear tâbirlerinin yan yana kullanılması ikisinin birbirinin müteradifi olabileceği intibahını uyardırmıştır. Öyle ki, eski hukukun zihinlerde bıraktığı iz neticesinde bugün namı müstear denilince, bir kimsenin şu veya bu sebeple muayyen hukukî bir münasebetin ekonomik tesir ve neticelerden müstefit veya mutazarrır olması mevzuubahs olmaksızın o hukukî münasebette bir taraf, bir hak sūjesi olarak gözükmesi halleri anlaşılmaktadır. Başka bir deyişle bu gibi hallerde hakkın özü bir başkasına taallūk etmekte ve müstear ismin sahibi o münasebeti hukukiyede âdeta sadece ismen gözükmektedir. Bu tarz bir duruma münceer olan hukukî münasebetlerin başlıcaları vekâlet akti, muvazaa ve bir de muvazaa ile yakın bir benzerlik gösteren ve Alman ve İsviçre hukukunda yer almış (*contrat de fiducie* - itimat mukavelesi) dir.

Bu saydığımız hukukî mefhumlar birbirinden farklı hükümlere tâbi olduğundan aralarındaki kıstasları tayin zarureti vardır. Saniyen namı müstear vaziyetleri bilhassa aynı hak münasebetlerinde biri umumî, diğeri hususî olmak üzere iki meseleyi tazammun eder. Umumî mesele hukukî görünüşün ekonomik hakikate ne dereceye kadar tekabül ettiği, ismen malik gözüken şahsın hiç olmazsa üçüncü şahıslar nazarında malik sayılıp sayılmıyacağıdır. Başka bir tâbirle halli gereken ihtilâf mülkiyetin müstear namı taşıyan şahsa mı yoksa o hukukî münasebette bahis mevzuu olan vekâlet ise müvekkile mi, itimat mukavelesi ise itimat edene mi, muvazaa ise ismi gizli kalmış kimseye mi sübut bulacağı meselesidir. Bu problem gayrimenkulleri olduğu kadar menkulleri de ilgilendirir. İkinci mesele ise hususîdir ve sadece gayrimenkullere münhasırdır. O da hukukî görünüşü ekonomik şeniyete intibak ettirmek için müstear namı taşıyan şahsın gereken ferağ muamelesini yapmağa mecbur kalması için, müstear isim durumunun menba ve sebebini teşkil etmiş olan anlaşmanın resmî senetle yapılmasına lüzum olup olmadığıdır.

Bu iki mesele Yargıtayın 5/2/1947 tarihli tevhibi içtihat kararı ile pratik sahada halledilmiş olmakla beraber ayrıca nazarı bir tetkiki icap ettirecek bir ehemmiyet ve vüs'attedir. Esasen bizzat Yargıtay münakaşa

[2] Ali Haydar, Dürrülhükkâm şerhi Mecellei Ahkâm, 1330 tab'ı, cilt 4 de (nefi mülk ve namı müstear ile vâki olan ikrar) beyanındaki faslına bakınız, sah. 145 ve 151; muvazaanın eski hukuktaki rolü için Bk. Ali Haydar, Risaletülmuvazaa velisti-lal, Ebülülâ Mardin, Kavanini tasarrufiye, 1927, sahlfe 103; Cevat Abdürrahim Güçün, Hukuk Davaları, gayrimenkuller hakkında, sah. 698-704; İ. E. Postacioğlu, Gayrimenkullerin ferağına müteallik aktlerde şekle riayet mecburiyeti, sah. 116-119.

mevzuu olan ihtilâfların ince ilmi meselelere yol açmakta olduğunu gizlemiyor. Diğer cihetten muvazaa ve itimat mukavelesi arasındaki farkları Federal Mahkeme son senelerde müteaddit kararları ile derinleştirmek fırsatını bulduğundan bu bahislerin incelenmesi bir kat daha cazibeli bir mahiyet almaktadır. Maksadımız namı müstear meselesini bütün tarihi tekâmül seyri içinde tetkik etmek değildir. Mevzuu münhasıran pozitif hukuk sahasında kalmak şartıyla, mahiyetini biraz evvel belirttiğimiz ihtilâflar çerçevesinde ele almakla iktifa ediyoruz. Bunun için de zikri geçen 5/2/1947 tarihli tevhidî içtihat kararını mebdî hareket yapmak bize uygun bir yol gözüküyor.

II. — 5/2/1947 tarihli tevhidî içtihat kararının ruhunu iki esaslı noktada toplamak mümkündür:

a) Evvelâ karar meselenin münakaşasında vekâlet aktini esas ittihaz etmiş olmakla beraber verdiği hal tarzını yalnız buna münhasır görmiyerek bütün namı müstear durumlarına şâmil saymıştır. Muvazaa ve alelîtlak sair sebeplere dayanan namı müstear vaziyetlerinin vekâlet sebebine müstenit vaziyetle birlikte aynı rejime tâbî tutulmasında ne dereceye kadar isabet olduğu aydınlatılmaya değer bir meseledir. Biz Yüksek Mahkemenin görüşü hilâfına bu durumların birbirine müşâbih tutulamıyacağı kanaatindeyiz.

b) Saniyen Yüksek Mahkeme bu durumlarda vekâlet münasebetine kıyasen, mülkiyetin ismi gizli kalmış olan şahıs hakkında sabit olduğunu kabul etmiş ve müstear namı taşıyan kimseye karşı açılacak davanın bir istihkak davası olacağını tebarüz ettirerek muamelenin resmî senede bağlanmasına hacet görmemiş, ancak bu nevi taleplerin yazılı delile karşı bir iddia olmak itibarile senetle ispatı lüzumuna kail olmuştur. Vasıl olunan bu neticeyi başka mülâhaza ve gerekçelerle kısmen kabul etmek kabil ise de bilhassa gayrimenkullerde mülkiyetin müvekkil için sabit olacağı düşüncesini biz şahsen kabule asla imkân görememekteyiz.

İşte karara karşı duyduğumuz mukavemetin başlıca noktalarını böylece tespit ettikten sonra şimdi mevzuu evvelemirde Yargıtayın gerekçelerinden başlayarak, kendimize çizdiğimiz çerçeve içinde bütün girinti ve çıkıntılarile ele almamız gerekiyor.

III. — Yargıtay mülkiyetin müvekkile sabit olacağı noktasını kabul için evvelemirde hâdiseye Borçlar Kanununun 32 nci maddesinin tatbik kabiliyeti bulunmadığını söylemek lüzumunu hissediyor, ve saniyen B.K. nun 393 üncü maddesindeki hükmün ihtirazî değil vukuî sayılması meselesinin hallolunacağını bildiriyor.

Kanaatimizce bu muhakeme şekli ciddi itirazları davet edecek mahi-

yettedir. Mülkiyetin müvekkile ait olacağı mütalâasına belki yegâne istinatgâh teşkil edebilecek madde Borçların 32 nci maddesidir. Bu madde, filhakika şöyle bir ibare ile nihayetleniyor: «... Şu kadar ki kendisile akti yapan kimse, bir temsil münasebeti mevcut olduğunu hallerden istidlâl eder, yahut bunlardan biri veya diğeri ile akit icrası kendisince farksız bulunur ise aktin hakları ve borçları temsil olunan kimseye ait olur».

İşte bu hükme dayanmak suretiledir ki Von Tuhr menkullerde mülkiyetin müvekkile raci olacağı fikrini benimsemektedir (fransızca terc. sahife 312). Âlim hukukçunun muhakemesini sevk tarzı şöyledir: vekil sıfatını gizleyerek bir başkası hesabına ve fakat kendi namına hareket ettiği vakit diğer taraf için vekil veya müvekkil ile muameleye girişmek arasında fark bulunmaması hali bilhassa peşin muameleler için varit olabilir. Bilâkis yapılan muamele sıfatını gizleyen tarafından bir borç iltizamı mahiyetinde bulunduğu zaman diğer taraf için akidın şahsı ehemmiyet kazanmaktadır. Çünkü borç iltimadı tazammun eder. Bana karşı tediye kabiliyeti hence malûm olan Ali borçlanırken, Alinin mümessil sıfatı hareket ettiği söylenerek bana borçlanmış olan şahsın servet derecesi meçhulüm olan Veli olduğu bildirilecek olursa bu vaziyeti kabul etmiyeceğim bedihidir. Çünkü bu takdirde âkidimin Ali veya Veli olması benim için pek ziyade haizi ehemmiyettir. Fakat buna mukabil ben malımı Aliye satmış ve bedelini almışsam Alinin haddi zatında Velinin mümessili sıfatı hareket etmesi beni ilgilendirmez. Bu şıkta ha Ali ha Veli, ikisi de nazarımda birdir. İşte bu mülâhazalarladır ki Von Tuhr'a göre menkul satışlarında 32 nci maddenin son ibaresi bir ehemmiyeti fevkalâde kazanmaktadır. Bu fıkra sayesinde mebiin mülkiyetini müvekkile sabit görmek mümkün olunca, 393 üncü maddenin vekilin iflâsı halinde müvekkili himaye için sevkettiği hükümden istifadeye bu gibi hallerde hacet kalmamaktadır. Esasen Von Tuhr 393 üncü maddenin Borçlar Kanununun eski metninde bulunmak suretile yeni metne geçmiş olduğunu, eski metinde 32 nci maddenin bahsi geçen ibaresi olmadığı cihetle 393 üncü maddenin o zamanlar için büyük pratik kıymeti bulunduğunu da kaydetmekten hali kalmıyor.

Oser de Von Tuhr'dan naklettiğimiz bu mütalâaları tamamen paylaşmış gözükmemektedir; Lenel'i zikrederek 32 nci maddenin mevzuubahs ettiğimiz hükmü şumulüne giren muameleler yanında zilyetliğin iktisabı gibi olayları da saymaktadır [3]. Keza hocamız Ord. Prof. Schwarz da aynı telâkkiye sahip bulunmaktadır (Borçlar Hukuku Dersleri, sah. 179).

Eğer Von Tuhr, Oser ve Schwarz'ın bu mütalâaları gayrimenkuller

[3] Oser, Borçlar Hukuku, (Dr. Recal Seçkin tercümesi) sah. 274.

için de varit bulunuyorsa Yargıtayın görüşünü tamamen farklı gerekçelerle destekliyen bu mülâhazalar karşısında uzun uzun düşünmekten hali kalınmaz. Fakat bizzat bu müellifler bu mütalâalarını menkullere hasrettikleri gibi haddi zatında 32 nci maddeye verilen bu şümul karşısında menkuller için dahi biz bazı tereddütlere kapılmaktan kendimizi alamıyoruz.

Bu tereddütlerimiz 32 nci maddenin sadece alacak ve borç doğuran anlaşmaları yani mukaveleleri istihdaf etmiş olmasından ileri gelmiyor. Doktrinin temayülüne uygun olarak bu maddenin mukavele mefhumundan hariç kalan diğer anlaşma ve hukukî muamelelere kıyasen tatbik olunacağı fikrini biz de benimsiyor ve bu itibarla Yargıtayın 32 nci maddeyi yalnız borç doğuran anlaşmalara hasretmek istemesini uygun bulmuyoruz [4]. Bizim tereddüt ve şüphelerimizin sebebi başka noktalarda toplanıyor. 32 nci maddenin bahis mevzuu ettiğimiz ibaresinin biz zilyetliğin ve binnetice mülkiyetin devr muamelelerine tatbik kabiliyeti bulunmadığını sanıyoruz. Şu itibarla sanıyoruz ki, *zilyetlik mahiyeti icabı üçüncü şahıslara karşı açıklanmış bir vaziyettir*, ve bu sebeple mümessil bu sıfatını ketmederek bir malı teslim almışsa teslim keyfiyetinin temsil olunan şahıs namına tahakkuk ettiğini söylemek mümkün olmaz. *Çünkü bu şıkta üçüncü şahıslara karşı açıklanan durum malın mümessil eline asil sıfatile geçtiği merkezindedir.*

Topluca ifade ettiğimiz bu muhakeme tarzı belki biraz tafsile tâbi tutulmak icap eder. Çünkü kanunumuz zilyetliği yalnız maddî unsurlara bağlı görmemiş ve Roma hukukundan gelen bir an'aneye tebaan (*constitut possessoire* - hükmen zilyetlik)e de cevaz vermiştir. Demek ki zilyetliğin devri muamelesi ya eşyanın fiili ve haricî durumunda bu muameleye tekabül edecek gerekli değişiklikleri yapmak suretile tahakkuk eder (zilyetliğin müktesibe maddeten devri). Ve yahut bu maddî teslim muamelesi yerine hükmen teslim muamelesine tevessül olunur, yani eşyanın haricî şeklinde mevzuubahis devir muamelesine tekabül edecek gerekli değişiklikleri yapmaksızın devredenle devralan arasında husule getirilmek istenen değişikliğe tekabül edecek beyanlar teati edilir. (Zilyetlik ve mülkiyeti bir başkasına devreden şahsın malı elinde artık mal sahibi sıfatile değil devralanın kiracısı sıfatile tutacağı hakkında muhatab ile anlaşması halinde olduğu gibi). Velhasıl zilyetliğin devri bilfiil ve maddeten tahakkuk etmediği hallerde devreden ile devralan arasında teati edilecek irade be-

[4] Filhakıka 5/2/1947 tarihli tevhidî içtihat kararındaki (ve Borçlar Kanununun 32 nci maddesinin 2 nci fıkrasındaki alacaklar ve borçlar mefhumu mülkiyete teşmil edilemez) cümlesi Yargıtayın mezkûr maddeyi sadece borç doğuran anlaşmalara hasretmek temayülünü göstermektedir.

yanları devir muamelesinin haricileşmesi ve binnetice tekemmülü bakımından asgarî bir unsur teşkil etmektedir [5].

Şimdi bu mülâhazaların ışığı altında faraziyemize avdet edecek olursak bizi işgal eden misalde mal müvekkile fiilen ve maddeten devredilmemiş, yani husule getirilmek istenilen hukukî neticeyi tecessüm ettirecek fiili durum ihdas edilmemiştir. Buna nazaran üçüncü şahıslarca bilinmesi arzu edilen şekil (yani zilyetliğin müvekkil namına intikali keyfiyeti) hiç olmazsa devredenle devralanın karşılıklı irade beyanları içinde ifade edilmek gerekirdi; zilyetlik devrinin tazammun ettiği asgarî haricileşme şartı ancak bu suretle tahakkuk etmiş olurdu. Bu şart hâdisede yerine getirilmemiş olduğundan zilyetliğin müvekkil namına sübut bulabileceği düşüncesini kabule imkân göremiyoruz.

Bu muhakeme tarzına ihtimal nihaî olarak şöyle bir itiraz ileri sürülebilir. Zilyetliğin devrinin tahakkuku bakımından mademki iki şahıs arasında teati edilen irade beyanına lüzum görülüyor ve mademki bu surette irade beyanları teati edildiği takdirde keyfiyetin kâfi derecede haricileştiği farzediliyor, vekil ile müvekkil arasında vekâlet aktinin inkadı sırasında malın müvekkil hesabına iktisap olunacağı yolunda yapılmış karşılıklı irade beyanları, yalnız satıcının meçhulü kalmakla beraber diğer bütün üçüncü şahıslarca malûm sayılmak suretile zilyetliğin müvekkil üzerine sübutunu gerekli kılamaz mı?

Aradaki vekâlet aktinin yalnız satıcının meçhulü kaldığı ve diğer bütün üçüncü şahıslarca malûm sayılabileceği hakkında ileri sürülen faraziyedeki tezat ve sun'iliğe bir an için göz yumulsa bile yine bu vekâlet aktinin zilyetliğin hükmen müvekkil namına devri bakımından gerekli irade beyanını ihtiva etmediğini itiraf etmek iktiza eder. Çünkü fiili teslim te'kabül edecek, onun yerini tutacak hükmen teslim muamelesinde fiili ve maddî devre nazaran değişiklik, fiili ve maddî intikal yerine *devri yapacak zilyedin bu yoldaki irade beyanıdır*. Halbuki meşgul olduğumuz faraziyede zilyetliği devreden satıcıdan, bu yolda bir irade beyanı sadır olmadığı gibi, *vekilin zilyet bulunmadığı bir sırada müvekkiline karşı yaptığı beyanın zilyetliğin devri ve müvekkil hesabına sübutu bakımından bir kıymeti hukukiyeyi haiz olması beklenemez*. Zira nasıl ki zilyetliğin devri *hâlen hakikî zilyedin* o maldan elini çekip fiili hâkimiyeti diğerine intikal ettirmek suretile tahakkuk ettiriliyorsa, hükmen teslim muamelesinde de fiili teslimin yerini tutacak irade beyanının *hâlen zilyet olan şahıstan* sadır olması iktiza eder. Filhakika zilyetliğin devri iltizamî, borç doğuran bir muamele değildir. Sadece bir hakkın bir kimseden diğerine

[5] Tuor, Le Code Civil Suisse (tr. Deschenaux), sah. 408 ve 498.

intikalini ifade eden bir tasarruf muamelesidir (*acte de disposition*). İltizamî muamelelerde prensip olarak akit yapma vaadi doğrudan doğruya o aktin inikadı mânasına gelirse de (bilfarz satış vaadi bizzat satışa muadil bulunursa da) tasarruf muamelelerinde mücerret vaad o muamelenin yerini tutamaz ve hiçbir zaman zilyetliğin devri vaadi doğrudan doğruya zilyetliğin devrine tekabül edemez. Bu sebeple vekil ancak mala zilyet ve sahip olduktan sonradır ki yapacağı irade beyanı ile müvekkili lehine malın hükmen teslimini mümkün kılacaktır [6]. Tabiatile bu tarzda husule gelebilecek olan hükmen teslim muamelesinin M. K. nun 690 ıncı maddesindeki şartların tahakkuku halinde ledelhace hâkimin kararı ile iptal edilmesi de mevzuubahs olabilecektir.

İşte bu mülâhazalarladır ki bir kimse vekil sıfatını gizliyerek bir mali tesellüm ettiği vakit zilyetliğin hakikati halde müvekkile intikal ettiği görüşüne taraftar olamıyor ve bu bakımdan Von Tuhr, Schwarz ve Oser'in noktai nazarına iltihak hususunda duyduğumuz tereddüt ve endişelere rihayet veremiyoruz. Sade şurasını kaydetmeden geçmiyelim ki tezlerini münakaşa ettiğimiz bu mühim müelliflerin sistemi mülkiyeti müvekkil hesabına sabit görmek itibarile, hiç olmazsa menkuller için Mecellenin 1592 nci maddesindeki hal tarzı ile birleşmektedir. Ancak biz biraz evvel izahına çalıştığımız sebepler dolayısıyla menkuller için dahi mülkiyetin, - namı müstear vaziyetlerinde - müvekkile ait olacağı düşüncesini benimsemekte tereddüt ediyoruz.

IV. — Her ne ise (constitut possessoire - hükmen teslim) in bahsettiği imkânlar ve bu imkânları tahdit eden sınırların müphemiyeti menkuller için münakaşalı ve mütereddüt bir durum ihdas ediyorsa da gayrimenkuller için böyle bir ihtimalin mevcut olmadığını sureti katiyede söyleyebiliriz. Çünkü gayrimenkuller için Medenî Kanunumuz hükmen teslim benzer bir şey tanımamış, zilyetliğin ve mülkiyetin bir şahsa geçmesi için o şahıs lehine tapu sicillindeki kaydın tâdil edilmesi şartını koymuştur. Nitekim menkuller için biraz evvel cerhe çalıştığımız tezi ileri süren Von Tuhr bu mütalâasının gayrimenkullere şümulü olamayacağını açıkça beyan etmeyi ihmal eylememiştir. Âlim hukukçu aynen «tapu sicilli sisteminde bir üçüncü şahıs hesabına gayrimenkul ancak bu üçüncü şahsın namına olmak üzere iktisap edilebilir» (sahife 311 de 14 No.lu nota bakınız).

Oser de zikrettiğimiz satırların hemen akabinde 32 nci maddenin son

[6] Alman hukukunda kabul edilen hal tarzının bu merkezde olduğunu Von Tuhr sarahaten kaydediyor (sah. 313 de 21 numaralı nota bakınız).

ibaresinin «temsil münasebetinin şekil içinde anlatılması gerekli olan hal-lerde şekle bağlı işlemlerde uygulanma yeri yoktur» demekte ve Federal Mahkemenin Recueil Officiel 45. 11. 566) kararını zikretmektedir (Keza bakınız: Schwarz, sah. 179).

V. — Yargıtayın görüşünü takviye zımında 32 nci maddenin son ibaresinden çıkarılabilecek delilleri bu suretle cerhettikten sonra bizzat Yüksek Mahkemenin kendisine mesnet olarak gördüğü 393 üncü madde- nin münakaşasına geçelim.

Evveleminde 393 üncü madde vekilin müvekkil hesabına iktisap ettiği menkul mallar mülkiyetinin müvekkile ait olacağını beyan etmiyor; sa- dece vekilin iflâsı halinde müvekkilin menkuller hakkında istihkak iddia- sında bulunabileceğini ifade ediyor; hattâ bu sebeple F. Fick burada mü- vekkilin ikame edeceği davanın mülkiyet sebebine müstenit olmayacağını sadece mezkûr malların masadan hariç tutulmasını istihdaf eden bir dava mahiyetinde sayılması icap ettiğini yazıyor (Bakınız: Fick ve Schneider, Commentaire, sah. 703, No. 23). Binaenaleyh Borçlar Kanununun 393 ün- cü maddesindeki hükmün menkuller için dahi mülkiyetin müvekkil hesa- bına sübutu mânasına gelmediği ve sadece mevzuubahs malları iflâs ma- sasından hariç bırakmayı sağlayan *mahdut* tesirli bir aynı hak verdiği nazara alınırsa bu maddeye istinatla gayrimenkullerde, mülkiyetin mü- vekkile ait olacağını söylemekte elbette ki müşkülât vardır. Vakıa yine Fick'in kaydettiğine göre Zurich İstinaf Mahkemesi 393 üncü madde hük- münü gayrimenkullere de teşmil etmiştir ve Rossel bu madde ile ilgili olarak verdiği izahatta bu maddeyi menkul ve gayrimenkul mallara aynı surette kabili tatbik görmüştür. Fakat Rossel dahi mülkiyetin müvekkile ait olacağını beyana kadar varmıyor: Şahsî hak ve alacaklar bahis mevzuu olmayıp menkul ve gayrimenkuller üzerinde mülkiyet ve diğer aynı hak- lar bahis mevzuu olduğu vakit hakkın olduğu gibi mi yoksa o hakkın devir ve ferağını talep etmek salâhiyetinin mi müvekkile intikal ettiği suale değer. İcra ve İflâs Kanununun 202 nci maddesi meseleyi halletmek- tedir» [7]. İsviçre İc. ve İf. Kanununun 202 nci maddesi T. İc. ve İf. K. M. 189) ise vekil tarafından satılan eşya bedeline mütealliktir, ve mü- vekkil için bu bedeli olduğu gibi talep etmek salâhiyetinden bâhistir. De- mek ki Rossel, İcra ve İflâs Kanununun bu maddesi istianesile mülkiyeti müvekkile sabit telâkki etmekten ziyade mevzuubahs mal üzerinde iflâs masasına karşı mülkiyetin müvekkil lehine devrini istemek gibi nev'i şah- sına münhasır bir hakkın mevcudiyetini kabul eder görünmektedir.

[7] Rossel, Commentaire du Code fédéral des Obligations, sah. 484.

Fakat, ince sayılabilecek olan bu teferruat bertaraf biz esasen zikri geçen Zurich mahkemesi kararını tenkit eden Fick gibi düşünüyor, ve 393 üncü maddenin gayrimenkulleri içine almadığını sanıyoruz. Filhakika kanunun bu maddesinde betahsis menkulleri zikretmesi cidden mânidar- dır. Esasen eğer vekilin sıfatını ketmederek iktisap ettiği malların mü- vekkile ait bulunması umumî prensiplerin bir neticesi sayılabilseydi 393 üncü maddenin sevkine ihtiyaç kalmazdı. Umumî prensipler bu neticeyi sağlamadığından dolaydır ki bu gibi malları iflâs masası dışında bırak- mak için istisnaî mahiyette bu tarzda bir hükmün vaz'ına lüzum hasıl ol- muştur. Umumî prensiplere nazaran bir istisna teşkil ettiği muhakkak olan bu 393 üncü maddenin bundan böyle mevrudine hasredilmesi lüzumu açıktır.

Netice itibarile 393 üncü madde mülkiyetin müvekkil lehine sübutu- na bir delil teşkil etmekten ziyade bilâkis mülkiyetin vekile aidiyetini ta- zammun eder mahyettedir; ve istisnaî bir hüküm olmak itibarile sadece menkullere münhasırdır.

VI. — Namı müstear durumunun mevzuubahs olduğu vekâlet akit- lerinde mülkiyetin menkuller ve bilhassa gayrimenkullerde müvekkil le- hine sübut bulmıyacağını ve bu bakımdan Yargıtayın görüşünden tama- men ayrıldığımızı tebarüz ettirdikten sonra bu mevzuda gayrimenkuller için varit olabilecek ikinci meselenin tetkikine girişebiliriz: müvekkilin vekilden ferağı talep edebilmesi için aradaki vekâlet aktinin resmî yapıl- masına ihtiyaç olup olmadığı...

Şayanı dikkattir ki Yargıtay bu resmî şekle lüzum olup olmadığı me- selesini halletmek için evvelemerde mülkiyetin müvekkil hesabına sabit olup olmayacağı noktasını halletmek ihtiyacını duymuştur. Halbuki bu iki mesele arasında bu şekilde bir irtibat tesisi zannımızca yanlışır. Zira mülkiyetin müvekkile ait sayılabilmesi için *belki daha evvel, gayrimen- kulün iştirası zımınıdaki gayri resmî vekâlet aktinin muteber olduğunun ispat edilmiş olması lâzımgelir*. Filhakika eğer gayri resmî vekâlet mute- ber değilse o zaman bu vekâlete müsteniden yapılan muamelenin müvek- kile izafe edilip edilmeyeceği bahis ve münakaşa konusu dahi olmaz.

Demek ki ilk kademedede ispatı gereken nokta gayrimenkulün iştirası zımında verilecek vekâlet aktinin gayri resmî olduğu takdirde dahi mu- teber bulunacağıdır. Fakat bu cihet ispat edilince o zaman resmî senetle ihticaca zaruret olup olmadığını anlamak bakımından mülkiyetin müvek- kile sabit olup olmadığını araştırmaya mahal kalmıyacaktır. Çünkü mü- vekkil muteber olduğu tebeyyün etmiş vekâlet aktine istinatla vekâlet ak- tinin icaplarının yerine getirilmesini ve bu cümleden vekilin vekâlet akti

gereğince uhdesine geçirmiş olduğu gayrimenkulü aynı akit hükümlerine tevfikân kendi üzerine devretmesini dava edebilecektir. Velhasıl vekilin kendi namına ve fakat müvekkili hesabına gayrimenkulü iştirâ etmesi hususunda ikisi arasında münakit bulunmuş gayri resmî vekâlet aktinin muteber olduğunu ispat etmek, halli mesele için, *carurî ve kâfi* bir şarttır.

Denilebilir ki bir gayrimenkulün iştirâsı zımında verilecek vekâletin muteber olabilmesi onun resmî senetle yapılmasına mütevakkıf değildir. Federal Mahkemenin bir çok kararlarında tebarüz ettirdiği gibi resmî senede müracaatın taraflara temin edeceği ikaz vesilesini vekâlet akti mahiyeti itibarile tahakkuk ettirecek durumdadır. Filhakika vekil tarafından vekâletin icapları yerine getirilinceye kadar geçecek zaman içinde müvekkil vekâlete nihayet vermek yetkisini muhafaza ettiğinden düşüncesizce verebileceği kararlardan rücu imkânını haiz bulunmaktadır. Federal Mahkemenin müstakar içtihadı her halde bu yolda teessüs edegelmiştir (J. d. T. 1939. 1. 71; 1940. 1. 496) [8].

VII. — Mevzuun bu cephesini terketmezden evvel vekâlet aktinin gayri resmî olunca ispatı bakımından hususî hükümlere tâbi olup olmadığını araştırmak iktiza eder. Bu etüdümüzün mihverini teşkil etmekte olan 5/2/1947 tarihli tevhidî içtihat kararı hâdisede H.U.M.K. nun 290 ıncı maddesinin tatbikini tabii addetmektedir.

Bize kalırsa üçüncü şahısla mümessil sıfatını ketmetmiş olan vekil arasında yapılmış satış ve ferağ muamelelerinde müvekkile karşı 290 ıncı maddeye istinat edilemez. Çünkü müvekkil vekili namına tahakkuk etmiş olan tapu kaydının hilâfını ispat edecek değildir; o yalnız vekili ile arasında muayyen bir gayrimenkulün iştirâsı hakkında vücuda gelmiş vekâlet aktini ispat mevkiinde bulunmaktadır. Başka bir deyişle, müvekkil vekili namına tesis edilmiş tapu kaydının gayri muteber veya hilâfı hakikat olduğunu ileri sürmemekte, bu kaydın hüküm ve kuvvetini şu veya bu şekilde tenkis edebilecek bir iddia serdeylememektedir. O yalnız aradaki vekâlet aktile ihticac etmek isteyerek bunun tamamen icrasını talep etmektedir [9].

Hâdiseye H.U.M.K. nun 290 ıncı maddesini kabili tatbik olmayınca vekâlet akti kıymeti 50 liradan dūn gayrimenkullerin iştirâsına taallūk ettiği vakit şahitle ispatına cevaz vermek ve keza Ticaret Kanununun

[8] Benimsemekte olduğumuz bu noktâi nazar hakkında daha fazla tafsilât için (Gayrimenkullerin ferağına müteallik akitlerde şekle riayet mecburiyeti) adlı tezimiz. Bk. sah. 97. Ord. Prof. Belgesay bu hal tarzına karşı muhteriz davranmaktadır. (Bk. Aynı Haklar, 3 üncü tabı, 634 üncü madde şerhi).

18 inci maddesi şumulüne giren bir gayrimenkul iştirası zımında verilecek vekâletin ticarî mevzua taallûku itibarile şahitle ispatını mümkün görmek iktiza eder [10].

Netice itibarile tamamen farklı gerekçelerden hareket etmek suretile vekâlet aktinin şeklen resmî senede bağlanmasına lüzum bulunmadığı hususunda Yargıtayla birleşiyoruz. Fakat vekâlet aktinde 290 inci maddenin şumulüne giren bir durum göremediğimiz için bu noktada Yüksek Mahkemenin görüşünden ayrılmakta ve yazılı delili sadece gayri ticarî mevzularda H.U.M.K. nun 288 inci maddesi gereğince aramaktayız.

VIII. — Vekâlet münasebetinden doğan meseleleri bu suretle tahlil ettikten sonra namı müstear vaziyetini ihdas eden diğer durumların münakaşasına geçebiliriz: muvazaa ve itimat mukavelesi halleri.

Malûm olduğu üzere muvazaa vardır denilince tarafeynin aralarında yapmış olduğu anlaşmayı başka bir anlaşma altında gizlemeleri hali anlaşılır. Taraflar arasında hüküm tevhit edecek anlaşma gizli kalan akittir. Diğer akit üçüncü şahıslara karşı hüküm ifade etmek üzere yapılmıştır, ve tarafeynin hakikî iradesine uymamaktadır (bir hibenin satış veya bil-mukabele bir satışın hibe şeklinde gösterilmesi gibi).

Muvazaa gayrimenkullere taallûk edince zahirî akitte resmî şekle riayet edilmiş olması hasebile gayri resmî yapılmış gizli aktin muteber sayılıp sayılamıyacağı meselesini ortaya koyar.

Federal Mahkemenin bu mevzudaki sistemi zahirî aktin tarafeynin arzusuna uymaması sebebiyle bâtil, gizli aktin ise resmî şekle uygun olması sebebiyle tarafeyn arasında dahi gayri muteber sayılması merkezindedir. Yargıtay ise umumiyetle zahirî akitte resmî şekle riayeti kâfi görmekte ve gizli akti muteber saymaktadır. Öyle ki taraflar zahirî akitte resmî şekle müracaat etmekle kararları üzerinde düşünmek fırsatını bulmuşlar ve âdeta gizli akti resmî şekil ve kalıplar içinde inşa etmişler gibi hakikî iradelerinin muteber bir şekilde karşılaşması ve hüküm tevhit etmesini mümkün kılmışlardır [11].

[9] Mülkiyetin müvekkile sübut bulacağı tezini reddettiğimize göre ileri sürdükümüz hal tarzları arasında bundan böyle insicam mevcuttur.

[10] Bk. s.g. tezimize, sah. 135. H.U.M.K. nun 290 inci maddesi ticarî mevzularda 12/4/1933 tarihli tevhit içtihat kararı icabı kabili tatbik bulunduğundan bu maddenin hâdiseye tatbikini reddetmenin pratik ehemmiyeti bilhassa ticarî mevzular için belirmektedir. H.U.M.K. nun 288 inci maddesi bittabi sadece hukukî muamelelere münhasırdır.

[11] Muvazaa hakkında daha geniş tafsilât için s.g. eserimizin 114-136 ncı sahifelerindeki bu unvanı taşıyan faslına Bk.

Her ne ise muvazaa hakkında bu umumî hükümleri böylece hatırlattıktan sonra müstear isme müncer olan muvazaa şekillerine gelirsek bunları ikiye irca edebiliriz:

- a) Bir satışta veya ferağ muamelesine diğer bir surette müncer olacak hibe gibi bir akitte *tarafkların şahsı üzerinde muvazaa*,
- b) *Bizzat devir ve ferağ muamelesinin muvazaadan ibaret bulunması hali.*

Müddil hukukî münasebetleri tazammun etmekte olan birinci faraziye-nin münakaşasını ileriye bırakarak ikinci şekil üzerinde duralım. Bu şekil hakikî bir satış yapılmadan yapılmışçasına zahirî bir satış mukavelesi vücudunda getirmek ve bu mukaveleyi sureta icra etmektir. A malını B'ye satmış ve ferağ etmiş gözüküyor. Fakat bu satışın yalnız bir «gösteriş» ten ibaret kalacağı B tarafından hakikatte hiçbir bedel ödenmeyeceği ve hakikatte mevzu bahis mala ilk malik A'nın eskisi gibi tesahüp etmekte devam edeceği hususunda A ile B arasında tam bir mutabakat vardır. Burada tarafeyn ne satışı ve ne de satışın icrası safhasını teşkil etmekte olan mülkiyetin devrini istemişlerdir; sade üçüncü şahıslara karşı istemiş gibi görünmüşler ve satış ve ferağ gibi hukukî kalıpları o şekilde doldurmuşlardır.

İmdi bugünkü hukukumuzda muvazaa mesmudur ve bunun için de resmî senede raptına tabiatile ihtiyaç yoktur. Çünkü mülkiyet hakikati halde mefruğunleh uhdesine geçmemiştir ki bunun bir iadei ferağ vecibesine girmiş olduğundan bahsedilebilsin ve bu suretle M. K. 634 üncü maddenin tatbiki derpiş olunabilsin... Muvazaa iddiası münhasıran gerek satış akti ve gerek ferağ muamelesi zımında tapu önünde yapılmış irade beyanlarının tarafeynin hakikî müşterek maksadına uymadığını ve bir gösterişten ibaret bulunduğunu tespitten ibarettir. Bu itibarla bu yolda bir iddia yazılı delile raptolunmuş tasarrufatın hüküm ve kuvvetini tenkis etmekte bulunan bir iddia mahiyetini taşır, ve tabiatile H.U.M.K. nun 290 ıncı maddesi mucibince yazılı delille ispatı gerekir. Bu sebeplerle Yargıtayın 5/2/1947 tarihli tevhidî içtihat kararında vasıl olduğu neticenin muvazaa bakımından isabetini teslim etmek iktiza eyler. Nitekim Federal Mahkeme de muvazaa iddialarının resmî senede bağlanmış olmasına lüzum görmemiş ve muvazaadan ibaret bulunduğu tebeyyün eden irade beyanlarını bâtil saymakta hiçbir zaman tereddüt etmemiştir. Hattâ İsviçre Federal mevzuatında H.U.M.K. 290 ıncı madde hükmüne benzer bir hüküm bulunmadığı için muvazaanın her türlü delille ispatına cevaz verilmektedir (Meğer ki kanton kanunlarında 290 ncı maddeye müşabih bir hüküm bulunsun).

IX. — Bu muvazaalı ferağ yanında (*fiduciaire*) temlikten bahsetmek gerekir. (*Fiduciaire*) temlik, bir (*Fiducie* mukavelesine) müsteniden yapılmış ferağ demektir. Türk hukuk edebiyatına inançlı muamele, itimat işiemi ismi altında girmiş olan (*fiducie*) şu suretle tahlil olunabilir: malik itimat ettiği bir kimseye malını hakikaten temlik etmekte ve onu malik yapmaktadır, ancak mutemet gayrimenkule tesahüp ettiği müddetçe kendisine itimat etmiş olan şahsın talimatı ile mukayyet bulunmaktadır. Bu talimat meyanında en mühim cihet mutemedin kendisine (*fiducie* - itimat akti) neticesinde devredilmiş olan malı (*fiduciant* - itimat eden şahsın) talimatı dairesinde kullanması ve azcümle istenildiği anda iadei ferağa mecbur bulunmasıdır. Fakat bu iadei ferağ ve malın muayyen şekilde istimali gibi mutemedin omuzlarına yükletilmiş olan vecibeler üçüncü şahısları ilzam edecek mahiyette değildir, ve iadei ferağ vecibesi iki âkit arasında tamamen şahsî bir borç olarak gözükmemektedir.

Binaenaleyh mutemet talimat hilâfına hareket ederek gayrimenkulü bir üçüncü şahsa sattığı takdirde üçüncü şahsın iktisabı muteber olacağı gibi mutemedin iflâsı halinde diğer şahıs istihkak iddiasında bulunamayacak, sadece haiz olduğu mütalebe hakkını iflâs masasına kaydettirebilecektir [12]. Federal Mahkeme muvazaa ile itimat mukavelesinin tefriki hakkında ittihaz etmiş olduğu 8 Mayıs 1945 tarihli prensip kararında (J. d. T. 1945. 1. 472) bu noktaları sarahaten tebarüz ettirmektedir:

«Recueil Officiel 39. II. 800 ve 43. III. 346 (J. d. T. 1919. I. 34) de neşredilen kararlar bu prensiplerle katiyen tezat halinde değildir. O iki hâdisede Federal Mahkeme mülkiyetin itimat anlaşmasına müsteniden devri halinde itimat eden şahsın mutemedin iflâs masasına karşı istihkak iddiasında bulunamayacağına karar vermişti. Çünkü bir (dış mülkiyet) ve bir de (iç mülkiyet) diye bir tefrik yapmak kabil değildir. Malik olarak mülkiyeti resmen iktisap etmiş olan şahsı tanımak lâzımdır. Bu noktaı nazar hakikaten istenilmiş ve şekli mahsusuna tevfikan yapılmış bir ferağın muteber bulunduğu prensibinin mantıkî ve zarurî bir neticesidir.»

X. — Bu durumla müşabehet arzeden vaziyetleri bir mukayese etmek icap ederse denilebilir ki mutemedin iadei ferağa mecbur bulunması ve malik bulunduğu müddetçe mülkiyet hakkını diğerinin talimatı dairesinde istimal etmesi mutemede yapılmış temlik muamelesinin âdeta hakikî olmadığı ve muvazaadan ibaret bulunduğu hissini uyandıracak mahiyette-dir. Bu suretle zarurî olarak şu sualle karşılaşılmaktadır: (*fiduciaire* -

[12] İtimat mukavelesi hakkında V. Tuhr ve Oster'den başka hocamız Schwarz'ın Borçlar Hukuku Derslerinde kıymetli izahat vardır (Bk. sah. 134-136).

itimada müstenit) bir temlik muvazaalı temlikten ayıracak kıstas nedir? Eğer tarafeyn temlik hakikaten arzu etmişler ve ancak bunun netice ve hükümlerini tahdit etmişlerse burada itimat mukavelesine müsteniden tahakkuk etmiş bir temlik vardır demek iktiza eder. Yok eğer tarafeyn hakikat halde mülkiyetin devrini arzu etmemişlerse izhar ettikleri irade beyanı muvazaadan ibarettir ve temlik te hükümsüz ve bätıldır.

İşte tarafeynin mülkiyetin devrini hakikaten istemiş olup olmadıkları bu hususta kıstas vazifesini görecekler [13]. Bu kıstas basittir, fakat hâdiselere tatbiki bir hayli incelik arzeder. Bahusus ki bazan taraflar akdetmiş oldukları bir itimat mukavelesini muvazaaten bir satış kisvesi altında göstermeği uygun görürler ise... Bu takdirde satış muvazaadır diye mülkiyetin devri de muvazaalıdır denilmeyecek fakat itimat mukavelesinin mevcudiyeti ve satış altında gizlendiği tahakkuk ettikten sonra mülkiyetin bu gizli itimat aktine istinatla devredildiğini söylemek icap edecektir (Tıpkı hakiki bir satış, bir hibe akti altında gizlenmiş ve ferağ bu zahiri hibe aktine müsteniden icra kılınmışsa ferağın haddi zatında muvazaalı ve taraflarca istenmemiş olduğu söylenemez, sadece ferağın hakikat halde gizli satış aktine müsteniden icra kılındığını ifade gerekir). Fakat ne zaman itimat mukavelesine müstenit bir devir vardır ve ne vakit sadece muvazaadan ibaret bir ferağ bahis mevzuudur, işte bütün mesele bunu tayindedir. Ezcümle bir şahsın gayrimenkulünü alacaklılarından kaçırarak maksadile yaptığı ferağ muvazaa mı telâkki olunacak yoksa gayrimenkulün mefrugunlehe fariğın mutemedi sıfatile hakikaten geçirilmiş olduğu mu kabul edilecektir?

XI. — Ferağın muvazaalı veya itimat mukavelesine müsteniden yapılmış olmadığını kesitrmenin ehemmiyeti şu noktalarda toplanıyor: Eski tâbirlerle ifade etmek lâzım gelirse semerei ihtilâf aşağıda tespit edeceğimiz hususlarda tezahür etmektedir:

a) Eğer burada muvazaa olduğu kabul edilecek bulunursa ferağ tarafeynin müşterek iradesine tekabül etmediği için bätül sayılacaktır. Demek ki muvazaa halinde devir alan şahıs hiçbir veçhile mala malik olmamıştır. Muvazaa üçüncü şahıslara karşı kabili ispat bulunduğu takdirde zahiri malikin iflâsı halinde hakiki sahibin istihkak iddiasında bulunması mümkün olur. İşte sadece bu gibi muvazaa hallerindedir ki namı müsteara karşı bir istihkak iddiasının serdedilmesi bahis mevzuu olabilmekte, ve

[13] Bk. Federal Mahkemenin zikri geçen (J. d. T. 1945. I. 472) deki kararından başka diğer kararlarına: J. d. T. (1947. I. 117); (1947. I. 134); (1947. I. 167) bu son karar Claude Raymond'un bir notu ile beraber.

Yargıtayın 5/2/1947 tarihli tevhidî içtihat kararında umumî bir gerekçe olarak ileri sürdüğü vaziyet yalnız bu şıkta tahakkuk etmektedir.

(Fiduciaire - itimada müstenit) temlikte ise, itimat eden şahsın istihkak iddiasında bulunamayacağını ve sadece iflâs masasına müracaat hakkı bulunduğunu daha evvelce tebarüz ettirdik.

b) Öyle sanıyoruz ki *Fiducie* vaziyetinde itimat eden şahsın diğerine karşı iadeî ferağı istemek hakkı şahsî bir hak olduğundan 10 senelik müruru zamana tâbî olduğunu kabul gerekecektir. Mutemedin bu şıkta iktisabî müruru zamana istinat etmesi bahis mevzuu olamaz, çünkü zaten maliktir. (Fiduciant - itimat eden şahsın) davasına karşı mutemedin dermeyan edeceği müruru zaman iskatî mahiyette olan müruru zaman defidir.

Halbuki muvazaa halinde mefruğunleh gayrimenkule malik olmamış olduğundan zahirî fariğ ona karşı her zaman istihkak iddiasında bulunabilecektir. Mülkiyet hakkının müruru zamana uğramıyacağını Von Tuhr Federal Mahkemenin (J. d. T. 1922. I. 354; 1933. I. 169) daki kararlarını zikretmek suretile tebarüz ettirmektedir (Torrenté - Thilo terc. sah. 604). Burada iskatî müruru zaman mevzuubahis olmadıktan başka iktisabî müruru zamanın da tahakkuk etmesi mutasavver olamaz. Zira müstear isim sahibi muvazaa hakkındaki anlaşma icabı hüsnüniyet sahibi telâkki olunamayacağından lehinde iktisabî müruru zamanın yürümesine imkân yoktur [14].

c) Gayrimenkulü muvazaaten uhdesine geçirmiş olan şahıs haddî zatında bu malı mamelekine hakikî olarak ithal etmemiş olduğundan üçüncü şahıslar bu malı, - muvazaayı ispat suretile - doğrudan doğruya haczetmek yetkisine maliktirler [15].

Halbuki (*fiducie*) de mal mutemedin mamelekine dahil bulunmuş olduğundan haczedilebilmek için İcra ve İflâs Kanununun istihdaf ettiği

[14] Fransız müellifleri şahsî hakka taallük etse dahi (bilfarz muvazaalı bir borç İkrarı) muvazaanın tespitine dair davaların müruru zamana tâbî olmadığını suretil mutlakada kaydediyorlar (Ezcümle Collin ve Capitant Cours Elémentaire de Droit Civil français, cilt 2, sah. 262).

[15] Federal Mahkeme suretil umumiyede bir akte taraf olmıyan bir şahsın o aktin muvazaa sebeble bâtil olduğu iddiasını serdedebileceğini 19 Mart 1946 tarihli kararı ile kabul etmiş bulunuyor (J. d. T. 1947. I. 167). Bu karar altına enteresan bir not yazmış olan Claude Reymond, Federal Mahkemenin evvelki hâdiseler münasebetile bu prensibi tatbik etmiş olmakla beraber ilk defa zikri geçen kararda sarahaten ifade etmiş olduğunu kaydetmektedir.

mânada (*iptal davası - action paulienne*) açmak gerekecektir. Malûm olduğu üzere bu davanın açılması alacaklının elinde muvakkat veya kat'i haciz vesikası bulunmasına mütevakkıftır ki, iflâs hali bahis mevzuu olmadıkça bu durum evveleminde borçlunun diğer mallarına müracaat edilmiş veya edilmesine imkânsızlık bulunmuş olmasını tazammun eder. Demek ki muvazaanın doğrudan doğruya tespiti imkânına mukabil itimada müstenit temliklerde itimat eden şahsın alacaklıları bu itimat mukavelesine mevzu teşkil eden mal üzerinde istifayı matlûp edebilmeleri için uzun ve karışık bir yol tutmak mecburiyetindedirler.

Vakıa Von Tuhr bu vaziyette alacaklıların iptal davası açmağa mecbur kalmaksızın itimat eden şahsın mutemedine karşı haiz olduğu malın iadei ferağını istemek hakkının doğrudan doğruya haczolunabileceğini ileri sürüyorsa da Federal Mahkeme İcra ve İflâs Dairesi 8 Aralık 1934 tarihli kararında (J. d. T. 1934. 2. 59) bir malın teslimini istemek hakkının, - bu mutalebe hakkı ister şahsî ister aynî mahiyette olsun - kabili haciz olamayacağı neticesine varmıştır. Federal Mahkemeyi bu kanaate sürükleyen sebepler şu suretle hulâsa olunabilir: bir malın teslimine müteallik bir hakkın haczi halinde haczin ne şekilde tasfiye olunacağına, ne yolda paraya çevrileceğine dair kanunda bir madde yoktur. Kanun sadece alacak ve malların paraya çevrilmesinden bahsetmiş ve 131 inci maddede olduğu gibi (T. İc. İf. K. Mad. 120) mahcuz alacağın alacaklıya tediye makamına veya dava hakkının kullanılması zımında devrini derpiş etmiştir. İsviçre İc. İf. K. nun 131 inci maddesinin birinci fıkrasında ise sarahtan *Geldforderungen* (para alacağı) denmiş, ikinci fıkrasında daha geniş bir tâbir olan (*Anspruch - talep*) kelimesi kullanılmışsa da bu tâbirle birinci fıkrada istihdaf edilen mânadan farklı bir mefhum kastedilmemiştir. Bir malı talep etmek hakkı bu suretle 131 inci maddenin şümulü haricinde kalınca bu nevi haklar haczedilse bile haczin tasfiyesi için hiçbir hükme dayanmak imkânı bulunmayacaktır. Tasfiyesi mümkün olmıyan bir haczin iptidaen kabil olmadığını kabul etmek zarurî olur. Diğer cihetten metinlerin müsaadesizliğine rağmen bu tarzdaki bir hakkın haczi ve paraya çevrilmesi mümkün farzolunsa bile bu suretle bu hakkın taallük ettiği mal üzerinde muhtemelen serdolunabilecek istihkak iddialarının tetkik ve halli ileriye talik edilmiş olacağından böyle meşkûk bir durum mahcuz hakkın kıymeti üzerinde geniş mikyasta müessir olacak ve bu şekli tasfiye borçluyu pek ziyade mutazarrır edebilecektir [16].

[16] Bu kararın şu mühim neticesi olmaktadır ki icra dalresine ancak bilfiil el koyup ihale sırasında teslim muktedir olacağı malların haczi salâhiyeti tanınmaktadır. Mülkiyet hakkının bir vechesini teşkil eden hakkı takibin mücerret bir surette

Velhasıl 8 Aralık 1934 tarihli Federal Mahkemenin kararı gereğince bir malın teslimini istemek hakkı kabili haciz telâkki edilmeyince itimat eden şahsın alacaklıları için iptal davasını açmak mecburyeti bertaraf edilemeyecektir. Bahsi geçen Federal Mahkeme kararı kabili tenkit addolunsa bile (16 numaralı nota bakınız) *Fiduciaire* temlik vaziyetinde haciz için muvazaaya nazaran daha karışık ve dolambaçlı yollardan geçmek icap ettiği muhakkaktır.

Görülüyor ki itimada müstenit ferağ ile muvazaalı ferağın birbirinden tefriki bir çok bakımdan pek mühim pratik neticeler tevhit etmektedir. Şimdi biraz evvelki faraziyemize avdet edersek bunda bir muvazaa mı yoksa *fiducie* vaziyeti mi göreceğiz?

XII. — Von Tuhr umumiyetle bir malın alacaklılardan kaçırılması maksadile devrini muvazaadan ziyade *fiducie* muamelesi telâkki ediyor. Çünkü diyor, bu gayeye yani alacaklıların takibinden masun kalmak gayesine ulaşmak mülkiyetin devrini ciddi olarak istemek suretile kabildir. Gaye bu olunca mülkiyetin ciddi olarak devrinin tarafeynin arzu ve iradesine uygun olduğunu teslim gerekir. Çünkü gayeyi isteyen o gayeye isal edecek vasıtayı da istemiş olmalıdır. (Fr. terc. sah. 249). Oser de Von Tuhr'un bu düşüncesini itiraz serdetmeden nakleylemektedir. (Seçkin terc. sah. 147).

İnce tefriklere ihtiyaç gösteren bu tavsif meselesini Federal Mahkeme gayrimenkullerde muvazaa hakkında edindiği sistem dolayısıyla bir çok ahvalde halle mecbur kalmaksızın kolaylıkla halletmek imkânını bulmak-

hazine cevaz verilmemek sebeplerinden biri de icra dairesini teslimden vareste tutacak şekilde haciz yapmağa sevketmemek düşüncesidir. Bu mülâhazalar hakkı takip için varit görülebilirse de T. İc. ve İf. K. nun 120 nci maddesinin 2 nci fıkrasının tatbikini istilzam edecek şekilde bir malın teslimine müteallik şahsı hakların hazine cevaz verilmemesini kanaatımızca icap ettiremez. Aksi takdirde bilfarz malın bedelini ödemiş bir kimse o malı tesellümden sırf kendi alacaklılarının hazine imkân bırakmamak düşüncesile imtina edecek olursa alacaklılarının bir mahalli istifa bulamaları tehlikesi vardır; bu gibi ahvalde hiç olmazsa kıyasen alacaklıları 120/2 den istifade ettirmek lüzumu açıktır. Şayanı dikkattir ki Federal Mahkeme 8 Aralık 1934 kararını sarahaten şahsı mahiyette olan mutalebe haklarına dahi sarahaten tesmil ederken diğer bir kararında (7 Aralık 1934, R. O. 60, III. 224 ve hülâsa olarak J. d. T. 1934. 2. 63) bir satış vaadinde müşteri olan şahsın o vait mucibince haiz olduğu hakkın kabili haciz olduğunu kabul etmiştir ki, satış vaadi satışa muadil olduğuna göre satış vaadinde müşteri mevkiini isgal eden kimsenin hakları meyanında vâde mevzu teşkil etmiş olan malın teslimini de talep hakkı vardır.

tadır. Ekseriyetle bir kimse alacaklılarından bir gayrimenkulünü kaçırmak istediği vakit resmî bir itimat mukavelesi yapmamakta ve gayrimenkulün ferağına bu tarzda yapılmış bir mukaveleye dayanılmak suretile gidilmemektedir. Çok defa tarafeyn aralarında münakit itimat mukavelesini zahiri bir satış kisvesi altında gizlemekte ve ferağ bu zahiri akte müsteniden yapılmaktadır. O zaman da Federal Mahkeme meseleyi kolaylıkla halledebilmektedir.

Nitekim böyle bir durumda İsviçre Yüksek Mahkemesi muhakemesini şu yolda sevketmişti: her ne kadar taraflar anlaşmalarını tapu önündeki resmî akitte satış olarak tavsif etmişlerse de aralarında teati edilmiş olan gayriresmî yazılardan bu satış aktinin hakikî olmadığı ve tarafeynin müşterek arzusuna tekabül etmediği anlaşılmaktadır; ve bu itibarla mezkûr akit bâtıldır. Filvaki aralarındaki hususî senetlerden tarafeynin bir itimat mukavelesi inşa etmek arzusu tebeyyün ediyorsa da hususî senetle yapılmış bu itimat mukavelesi gayrimenkullere taallûku itibarile kanunî şekle uygun olmadığı için muteber sayılamaz. *Şu halde hâdiseye hangi cepheden bakılırsa bakılsın gayrimenkulün mefruğunlehın mamelekine geçmemiş olduğunu kabul gerekir* (J. d. T. 1945, I. 479). İstitrat kabilinden kaydedelim ki Federal Mahkeme tavsif meselesini halle mecbur olmakla beraber bu şıkta fiducie tezini kabule meyyal görünmekte ve bu vaziyeti muvazaa olarak tahlile pek yanaşmamaktadır.

Halbuki Yargıtayın muvazaa hakkındaki sistemi Federal Mahkemenin içtihadı hilâfına gizli kalmış aktin gerektirdiği kanunî şekil zahiri akitte yerine getirilmiş oldukça tarafeyn arasında münakit gizli mukavelelenin sahih ve muteber sayılması merkezindedir. Biz şahsen Yargıtayın bu sistemini benimsemiş olduğumuzdan Federal Mahkemenin muhakemesine benzer bir şekilde meselenin içinden sıyrılmak imkânına malik bulunmuyoruz. Yani demek istiyoruz ki satış muvazaa olmakla beraber tarafeyn arasında yapılmış hakikî anlaşmanın bir itimat mukavelesi sayılması mümkün görüldüğü takdirde bu mukaveleyi resmî şekilde yapılmadığı için gayri muteber telâkki edemeyecek, bilâkis zahiri akit olan satışta resmî şekle riayet edildiği için bu suretle itimat mukavelesi hakkında şekil şartının yerine getirilmiş olduğunu kabul edebileceğiz. O zaman bittabi tarafeynin durumu itimat mukavelesi çerçevesi içinde mütalâa edilmesi icap edecektir. Şu halde sistemimizde çözülmesi gereken mesele bir gayrimenkulün alacaklılardan kaçırılması için muvazaalı bir satış akti neticesinde bir başkasına geçirilirse muvazaaya müstenit satış bâtıl olmakla beraber bu malın gizli kalmış bir itimat mukavelesi gereğince mefruğunlehın uhdesine geçmiş sayılı psayılamiyacağıdır.

Uzun tereddütlerden sonra bu suale menfi bir şekilde cevap verebile-

ceğimizi sanıyor ve Von Tuhr'un bu gibi ahvalde muvazaa tezini reddeden görüşünden ayrılıyor. Filhakika bir kimsenin alacaklılarının takibinden âzâde tutmak için münhasıran bu maksatla bir malı mamelekenden çıkarır gibi yaparak hakikatte bu mal üzerinde mülkiyet hakkının bahşettiği bilcümle salâhiyetleri muhafaza ederse burada itimat mukavelesinden bahsetmemek ve aradaki münasebeti hukukiyeyi muvazaalı bir ferağ olarak tavsif etmek daha doğru olur. Şu bakımdan daha doğru olur ki malın borçlunun mamelekenden çıkmış olmanın tevlit edeceği neticelerin tarafeyn arasında hiçbirinin husule gelmeyeceği kararlaştırılmış olması yapılan ferağın bir gösterişten ibaret olduğu mânasını taşır. Zira mülkiyet bir şey üzerinde bir takım değişik ve bir bakımdan nâmütenahi salâhiyetler bahşeden bir hak demektir. Eğer tarafeyn arasındaki anlaşmada bu salâhiyetlerinin cümlesinin bilfiil devreden tarafından kullanılmakta devam olunacağı kararlaştırılmış bulunuyorsa devrin taraflar arasında hiçbir hüküm tevlit etmediğini münhasıran üçüncü şahısları istihdaf ettiğini kabul gerekir. Bu ise muvazaanın tarifi değil de nedir? *Tarafeyn arasında o şey üzerindeki salâhiyetler bakımından hiçbir şey değişmiş olmayacak, buna mukabil üçüncü şahıslar nazarında hakikî bir devir varmış gibi hareket edilecek*; bu takdirde devrin ancak zahiri yani muvazaadan ibaret bir devir olduğunu teslim etmek iktiza eder. Başka bir tâbirle ifade etmek gerekirse taraflar temlike mevzu teşkil eden şey üzerindeki salâhiyetlerin intikâlini aralarında *külliyen* reddetmiş olduklarından, alacaklıların takibinden kurtulmak gayesini tahakkuk ettirmek için ciddi bir ferağ muamelesi yapmayı ne kadar yapmak istemiş olurlarsa olsunlar, bu tarzda bilcümle muhtevasından boşaltılarak icra kılınmış bir mülkiyet devrinin *hakikî bir ferağ* sayılmasına imkân yoktur. Bu takdirde tarafeynin hakikî olarak devrini kararlaştırdıkları şey mülkiyet değil belki sadece mülkiyetin ismidir, mülkiyetin gölgesi ve hayali ve fakat kendisi ve şeniyeti değil...

Bu durumu hukukî terimlerle tavsif etmek icap ederse denilebilir ki tarafların arzu ve iradesi mülkiyetten tecrit etmek suretile ve mülkiyet hakkının tazammun ettiği salâhiyetleri ihtiva etmemek üzere sırf üçüncü şahıslara karşı hüküm ifade edecek olan *şekli-formel* bir zilyetliği hakikî olarak devretmek olmuştur. Halbuki zilyetliğin mülkiyettin ayrılmak suretile mücerret bir şekilde devri muteber değildir; zira zilyetlik mülkiyetin karinesini teşkil etmekte olduğundan iki mefhumun tecezzi ettirilerek birbirinden müstakil şekilde tasarrufuna cevaz verilemez [17]. Demek ki

[17] 22/XI/1944 t. tevhidî içtihat kararına bakınız. Bu kararın vasıl olduğu neticeyi ve verdiği hal suretini kabul etmemekle beraber gerekçeleri meyanında rastladığımız bu fikri tamamen benimsiyoruz (Bk. s.g. eserimizin ek sayfelerine). Şayanı

(fiducie - itimat mukavelesi) ve muvazaa mefhumlarına girmeksizin farazi-yemiz tarafeynin hakikî ve müspet maksatları zaviyesinden tahlil edilince yine alacaklılardan kaçırılmak maksadile yapılmış bir temlik muamelesinin, - muvazaada olduğu gibi - butlanına hükmetmek icap eylemektedir.

Velhasıl alacaklılardan kaçırılmak maksadile yapılmış ferağların, Von Tuhr'un reyi hilâfına, muteber olmadığını kabul bize zarurî gözüküyor. Hemen ilâve etmemiz gerekir ki Türk tatbikatında, - esasen *fiduciaire* - itimada müstenit temlikler tanınmadığı için - alacaklıların takibinden masun kalmak endişesiyle yapılmış ferağlar ötedenberi muvazaalı ve bâtil sayılmıştır (Bk. Gücün, s.g. eseri, sahife 705). Yukarıki satırlarla da biz bu tatbikatın nazari bir tahlile tâbi tutulduğu takdirde dahî tasvip edilmesi gerektiğini ortaya koymağa çalıştık. Fransada da bu durum muvazaa çerçevesi içinde mütalâa edilmektedir.

XIII. — Bu izahatımızdan Türk hukukunda (*fiduciaire* - itimada müstenit) temliklere yer verilmemek icap ettiği mânası çıkarılmamalıdır. Hak sahibi olmanın bahşettiği imkân ve salâhiyetlerden bir veya bir kaçının hiç olmazsa asgarî olarak birinin hakikî olarak devredilmesini taraflar istedikleri ve işbu devir keyfiyetinin diğer neticelerini tahdit ettikleri takdirde yapılmış olan devrî temlik keyfiyetinin muvazaalı sayılmayıp *fiduciaire* - itimada müstenit ve muteber addolunması iktiza eder. Klâsik misal alacağın tahsili için vekâlet verilecek yerde doğrudan doğruya matlûbu devrine tevessül olunması halidir. Devredilen kimsenin matlûbu tahsil ettikten sonra devreden kimseye hesap verip ona tahsilâtını devretmesi aralarında yapılan temliği matlûp muamelesinin muvazaalı addolunmasını icap ettirmez. Çünkü muvazaalı temlikte devredenle devralanın karşılıklı durumlarında bilfiil hiçbir değişiklik husule gelmiyor. Salâhiyetler bakımından hakikî bir intikal keyfiyeti görülmüyordu. Tahsil için temlikte ise taraflar arasındaki matlûbu tahsil etmek salâhiyeti devredenden alınıp devralana verilmekte ve bu suretle devir keyfiyeti tarafeynin karşılıklı münasebetlerine müspet bir şekilde tesir icra etmektedir.

Bu duruma kıyasen bilfarz şu veya bu sebepler tahtında bir apartmanın kiraya verilmesi ve kiralarının tahsili için vekâletname verecek yerde sahibi itimat ettiği bir şahsa doğrudan doğruya ferağ yaparsa bunun itimat mukavelesine müstenit *fiduciaire* bir ferağ olduğunu kabul ge-

dikkattir ki Yargıtay 22/XI/1944 tarihli kararında verilen hal suretini, kabul ettiğimiz bu gerekçelere dokunmaksızın, 9/X/1946 t. diğer bir tevhidî içtihat kararı ile haklı olarak terketmiş bulunuyor.

rekecektir. Çünkü taraflar mülkiyet hakkının bir veçhesini teşkil eden gayrimenkulü idare salâhiyetinin mefruğunlehe intikalini hakikaten istemiş olduğundan bu maksatla yapmış oldukları devir muamelesini de bittabi cidden arzu etmiş bulunmaktadır. Halbuki bu maksatla yapılmış bir devri mefruğunlehin fariğe hesap vermek mecburiyetinden bahisle muvazaalı bir ferağ sayarsanız üçüncü şahısların muvazaaya istinatla mefruğunlehle münasebete girişmekten imtina edebileceklerini ve ezcümle onunla mukavele aktinden ihtirazla kiralari kendisine vermekten çekinebileceklerini kabul etmeniz gerekir; bu netice ise elbette ki tarafların iradesine tevafuk etmez. Bilâkis tarafların müşterek maksadı kiraların mefruğunlehten tarafından bu sıfatla tahsili olmuştur. Demek ki fiducie mefhumunu pozitif hukuka ithal etmekle irade serbestisine daha geniş bir riayet temin edilmektedir.

Ancak tasrih etmek icap eder ki, itimada müstenit temlik haddi zâtında muteber olmakla beraber kanunun âmir hükümlerini ihlâl etmek ve ya çevirmek maksadile yapıldığı takdirde B. K. nun 19 uncu maddesi muhibince iptal edilebilir. Meselâ gayrimenkuller üzerinde Milli Korunma Kanununun temin etmediği bir tahliye sebebinin elde etmek için taraflar itimat mukavelesini tazammun eden ciddi bir ferağ muamelesi yapmış olsalar, mezkûr itimat mukavelesinin ve hakikat halde bu itimat mukavelesine müstenit olan ferağ muamelesinin butlanı B. K. nun 19 uncu maddesine dayanılmak suretile dermeyan edilebilir.

İtimada müstenit yapılmış temlikler hakkındaki misallerimize devam edecek olursak daha pratik bir mevzu olarak teminat maksadile yapılmış temlikleri nazarı itibara alabiliriz. Bu maksatla yapılmış temlik mumeleleri muvazaalı ve binnetice bâtil değildir. Çünkü tarafeyn arasında dahi rahinin o şey üzerindeki istimal salâhiyeti hakikaten refedilmiş ve üçüncü şahıslara karşı mutlak olarak yapılmış devrin taraflar arasında dahi, mahdud da olsa, netice husule getireceği kabul edilmiştir. Federal Mahkeme rehin maksadile yapılan *fiduciaire* temlikleri haklı olarak muteber addetmektedir (5/7/1946 t. karar. J. d. T. 1947. I. 135). Sade bu gibi teminat maksadile yapılacak temliklerde M. K. 690 ıncı maddesi icabı hükmen teslim cevaz olmayıp mülkiyetin devrine fiili bir teslim muamelesi yapılmak suretile tevessül olunmak icap eder.

Bu uzun izahatı telhisle bir neticeye raptedersek taraflar şey üzerindeki salâhiyetlerin intikalini hiç istememişler ve devrünü temlik bu suretle yapmışlarsa bu devir muvazaadır. Bilmukabele fariğin o şey üzerindeki salâhiyetlerinden bir kısmının olsun refedilerek mefruğunlehe intikali hususunda mutabakat hasıl olmuşsa yapılan ferağ mücerret üçüncü şahısların inandırmağa matuf muvazaalı bir ferağ olmaktan çıkar ve tarafların kâr-

şahlı münasebetlerinde netice husule getirmekte olduğundan *fiduciaire* itimada müstenit bir ferağ mahiyetini alır.

XIV. — Fiducie ile muvazaanın mahiyetleri ve aralarında mevcut olabilecek farklar üzerindeki bu izahatımız zannedersek kâfidir. Daha evvelce söylediğimiz üzere bu iki mefhum ayrı olmakla beraber aynı hukukî münasebet içinde yer alabilir (Hakikatte bir itimat mukavelesinin muvazaaten bir satış şeklinde gösterilmesi hali). Bu iki mefhumun aynı muamelede birleşmesinin calibi dikkat bir misali de *şahıs üzerinde muvazaayı istihdaf eden satışlarda* görülmektedir. AB arasında yapılmış bir satışın hariçte A ile C arasında yapılmış gibi gösterilmesi hali. Hukuk takniği bakımından ince meselelere yol açan bu faraziye üzerinde etraflı bir şekilde durmağa değer.

Vaziyet şu suretle tahlil olunabilir: A gayrimenkulünü B'ye satarken satış mukavelesi ve ferağı C üzerine yapmayı kabul etmiş yani hakikat halde AB arasındaki satışın AC arasında gösterilmesi hususunda alâkadar üç şahıs arasında mutabakat hasıl olmuştur.

Bu durum başkası hesabına mümessil sıfatını gizleyerek hareket eden vekilin tasarrufu ile bir benzerlik göstermektedir. Fakat aradaki fark şu noktada toplanmaktadır ki şahısta muvazaa halinde satıcı malını hakikatte kimin hesabına sattığını bilmekte ve B'ye satış yapmaya rıza gösterirken aynı zamanda bu hakikî satış mukavelesini C ile arada zahiren yapacağı diğer bir satış akti altında gizlemeğe muvafakat etmektedir. Halbuki vekil sıfatını gizleyen bir şahısla yapılmış satışta satıcı hakikatte malını o şahsa sattığını zannetmektedir, ve akitler arasında haricileşmiş müşterek beyanlarını tadil eden ayrıca gizli bir anlaşma yapılmamaktadır [18]. Tabiatile bu tarzda bir vekâlet bahis mevzuu olduğu şıklarda satıcı hakikî alıcının âkidi vaziyetine girmemekte ve binnetice ona karşı şu veya bu şekilde mukaveleye müsteniden bir hakkı mutalebesi bulunmamaktadır.

Buna mukabil muvazaalı durumda hakikî satış A ile B arasında olduğundan A bilfarz bakiye bedelden dolayı B'ye müracaat salâhiyetini haiz bulunmaktadır. Keza B bilfarz malın istenilen vasıfta olmaması,

[18] Buna rağmen vekâlet durumu ile muvazaa durumu Yargıtayca birbirine karıştırılmaktadır. Üzerinde durduğumuz tevhidî ichtihat kararında bu temayül pek sarîh olduğu gibi Genel Kurulun 16/1/1935 tarihli kararında (T. K. 1935, sah. 137) hâdiseyi Yüksek Mahkeme kâh muvazaa kâh vekâlet akti olarak tavsifte beis görmemiştir. İhtimal bu iki mefhumun bu tarzda birbirine karıştırılmasına şaik her iki durumun Mecellenin 1592 nci maddesinde birlikte mütalâa edilmesi olmuştur.

gayrimenkulün garanti edilen mesahadan dūn bulunması gibi sebeplerle satışın A'ya karşı feshini dava edebilmek hakkını elinde tutmaktadır. Velhasıl gerek A, gerek B birbirlerine karşı gizli satış aktile ihticac edebileceklerdir. Bunun için de AC arasında yapılmış satış mukavelesinin haddi zatında aralarında münakit bulunmuş olduğunu ispat etmeleri iktiza edecektir ki bu tarzda bir iddia bir kaydın hilâfını ileri sürmek mahiyetinde olacağından 290 ıncı maddenin şümulüne girecektir. Demek ki AB münasebetleri muvazaa nazarı itibara alınarak aralarındaki gizli satış akti çerçevesinde mütalâa edilecektir [19].

Fakat meşgul olduğumuz faraziyenin hususiyeti şuradadır ki C'nin B ve A ile münasebetleri ayrı esaslara istinat etmektedir. C, A ile B hesabına zahiri bir akit yapmağa rıza gösterirken B'ye bu suretle bir hizmet taahhüt etmiş olmakta ve B'nin vekili sıfatile hareketi kabul etmektedir. Binaenaleyh BC münasebetleri bu vekâlet akti çerçevesinde mütalâa edilmek iktiza eder. Bu bakımdan C gayrimenkulü teferruğ ettikten sonra B'ye ferağdan imtina edecek olursa B, (AC) arasındaki aktin muvazaadan ibaret olduğunu ispata mecbur olmaksızın asdece C ile arasındaki vekâlet aktine istinatla malın kendisine ferağını istiyebilecektir (Binaenaleyh BC münasebetleri ispat bakımından H.U.M.K. nun 290 ıncı maddesine değil ledelhace 288 inci maddesine girer). Esasen B, C'ye karşı AC satışının muvazaadan ibaret olduğunu ileri sürmekte, şu veya bu sebeple menfaat görürse bu imkâna malik olmakla beraber bu takdirde dahî mülkiyetin kendisine aidiyetini iddia edemeyecektir. Çünkü malik C'dir. Gayrimenkullerde mülkiyet tapuya kayıtlı tahakkuk ettiği için B'nin malik olduğu söylenemez. Şüphesiz C maliktir. Fakat C'ye yapılmış mülkiyet devri alelâde bir devir olmayıp (*fiduciaire* - itimada müstenit) bir devirdir. - İşte bu suretle A ile C'nin münasebetlerine geliyoruz -. A ile C arasındaki satış akti muvazaadır, fakat bunun altında bir de zimni bir (*fiducie* - itimat mukavelesi) vardır, ve mülkiyetin devri işte hakikatte bu itimat mukavelesine müsteniden icra kılınmıştır. Filhakika mülkiyetin A'dan C'ye intikali muvazaa değildir, A ve C ferağ muamelesini hakikaten istemişlerdir ve bundan böyle yaptıkları ferağ muamelesi de muteber bu-

[19] AB arasındaki gizli satış aktini biz muteber telâkki ediyoruz. Çünkü taraflar bu akti resmi şekil içinde inşa etmişler gibi resmi şeklin temini ettiği ikaz vesilesini bulmaktadırlar. Filhakika A zahiri akti C ile yaparken resmi şeklin himayesine başvuruyor. B ise C'ye bu zahiri akti inşa hususunda vekâlet vermiş olduğundan vekâlet aktinin hususiyeti itibarile kâfi derecede korunmuş oluyor. AC aktinin inşasına kadar C'nin vekâletine nihayet vermemiş olması B'nin AC arasındaki satış aktile mülzem olması neticesini doğurur.

lunmuştur. Ancak hakikaten istenilen ve tahakkuk ettirilen bu ferağ muamelesi mülkiyetin C tarafından bilâhare B'ye devri için istenmiş bulunuyor ve C mala istediği gibi tasarruf salâhiyetini gerek A ve gerek B'ye karşı haiz bulunmadığından bilâkis onların talimatı ile hareket etmek mevkisinde bulunduğundan kendisine yapılan bu ferağ itimada müstenit fiduciaire bir mahiyet taşıyor. Hulâsa edecek olursak, A malını C'ye devretmekle B'ye karşı bayi sıfatı ile girişmiş olduğu mülkiyetin devir ve teslimi vecibesini C'ye tahmil etmiş oluyor. Binaenaleyh C gerek A'nın ve gerek B'nin müşterek vekili, müşterek mutemedi sıfatı ile hareket ediyor.

Velhasıl âkitlerin şahsında muvazaa faraziyesi karışık münasebetleri tazammun ediyor. Bu tahlilimizi bir neticeye raptedersek AB münasebetleri muvazaa, BC münasebetleri vekâlet akti ve AC münasebetleri ise itimat akti çerçevesinde mütalâa edilmek iktiza eder. Binnetice şahısta muvazaa faraziyesinde mülkiyet müstear ismi taşıyan kimse namına sübut bulmaktadır. Demek ki mülkiyetin namı müsteara ait olması keyfiyeti sadece bizzat aktin muvazaadan ibaret olması haline münhasır kalmaktadır.

XV. — Bu vâdideki izahata nihayet vermezden evvel aktin bizzat muvazaa olması halinde mülkiyetin sübutu bakımından ince bir noktaya temas gerekir. Von Tuhr'un görüşü hilâfına ve Türk tatbikatına uygun olarak alacaklıların takibinden kaçırılmak maksadile yapılmış ferağlarda muvazaa hali gördüğümüzden meselenin pratik ehemmiyeti cidden büyüktür.

İmdi mülkiyet iddiası fariğ tarafından zahiri mefruğunlehe karşı dermeyan edilince muvazaanın sadece âdi bir senetle ispatı kâfi gelir. Fakat bu iddia mefruğunlehin alacaklılarına karşı aynı şekilde ispat olunamaz. Bu ihtimal ise iki şık için bahis mevzuu olabilir: ya mefruğunleh iflâs etmiş ve iflâs idaresi tapuda müflis namına gözüken gayrmenkulü iflâs masasına ithal eylemiştir, yahut mefruğunlehin borcundan dolayı gayrimenkul hacz olunmuştur. Bu iki şıkta hakiki malik müstear namın alacaklılarına (iflâs masasına veya hâciz alacaklıya) karşı istihkak iddiasını ileri sürmek isteyince muvazaa iddiasını ispat edebilmek için H.U.M.K. nun 299 uncu maddesi mucibince tarihi üçüncü şahıslara karşı hüküm ifade edecek bir senede dayanmak mecburiyetindedir. Filhakika muvazaa senedinin ispat bakımından kıymeti haiz olabilmesi için iflâs veya hacizden evvel tanzim edilmiş olduğunun H.U.M.K. nunun 299 uncu maddesi mucibince sübut bulması icap eder. 299 uncu maddenin koyduğu hüküm ise malûm olduğu üzere ihticac olunan senedin evvelce noter veya resmî bir makama ibraz edilmek suretile tarihinin resmen tasdik edilmiş olması ve-

ya senedi imzalıyanın vefatı gibi şartlardır [20].

H.U.M.K. nun 299 uncu maddesi iflâs veya hacizden sonra muvazaa senetlerinin tanzim ve ihdasile alacaklıları izrar etmek imkânını tamamen önlemişse de muvazaalı vaziyetlerin daha başkaca mahzurları her zaman için bertaraf edilmiş değildir. Muvazaalı bir temlikte mülkiyetin kemafis-sabık eski malikte kalması ve zevahirin hakikate tekabül etmemesi iki nevi üçüncü şahısları alâkadar eder. Muvazaalı temlikten haberdar olmayarak zahiri malikle muvazaalı temlike mevzu teşkil etmiş mal üzerinde aynı hak iktisap etmiş şahıslar (*ayant cause à titre particulier*). Bunlar hüsnü-niyet kaideleriyle himaye edildiklerinden muvazaalı durumdan esas itibarile müteessir olmazlar.

İkinci grup ise zahiri malikle başka mevzular üzerinde münasebete girişmiş ve ona, belki de sahip gözüktüğü malların kıymetini nazara almak suretile kredilerini ayarlamış olan kimselerden mürekkeptir. Bunlar (*ayant cause à titre universel*) alacakları vâdesinde ödenmediği vakit borçlularının uhdesinde sandıkları mallara müracaat etmek isteyince kendilerine karşı dermeyan edilebilecek tarihi musaddak bir muvazaa senedile

[20] Malın kaçırılması maksadile yapılan ferağlarda ticari bir muamele görmek mümkün olmadığı için H. U. M. K. nun 300 üncü maddesinin tatbiki bahis mevzuu olamaz. Esasen 300 üncü maddenin tâbi olduğu diğer zimni bir şart senet tarihinin tüccarın defterindeki kayıtlarla teyit edilmesi lüzumudur. Şunu da ayrıca tebarüz ettirelim ki 299 uncu maddeyi yukarıki şekilde tefsirimiz bu maddemiz mukabili olan Fransız Medeni Kanununun 1328 inci maddesinin tefsir tarzına pek uymamaktadır. Şu bakımdan ki 1328 inci maddenin tefsirinde fransız müellifleri umumiyetle üçüncü şahıslar meyanına alacaklıları ithal etmemekte yani (*les ayants cause à titre universel*) i bu madde şümulü haricinde tutarak sadece (*les ayants cause à titre particulier*) leri bu madde mânâsında üçüncü şahıs telâkki etmektedirler. Biz ise bu tefsir tarzından ayrılıyor ve Fransız M. K. nun 1321 inci maddesi (Bk. 21 numaralı notumuza) H. U. M. K. muz tarafından iktibas edilmediği için âmme itimadı gibi içtimal zaruretler altında hiç olmazsa muvazaa mevzuunda alacaklıları da 299 uncu madde muvacehesinde üçüncü şahıs olarak telâkki etmeyi daha uygun görüyoruz. Kaldı ki bazı Fransız müellifleri ezcümle Laborde-Lacoste ve Bonnecase alacaklıları (*ayant-cause à titre universel*) saymıyarak 1328 inci maddenin istihdaf ettiği münada üçüncü şahıs telâkki etmekte ve bundan böyle, -yıpkı bizim tefsir tarzımızda olduğu gibi- bunları da 1328 inci maddenin himayesine mazhar görmektedirler (Bk. Bonnecase, *La condition juridique du créancier chirographaire*, *Revue trimestrielle de Droit Civil* 1920, sah. 102 ve müteakip ve bilhassa sah. 150). Esasen İcra ve Iflâs Kanunumuzca hacze iştirak hususunda kabul edilen sistem de bizim telâkki tarzımızla hemâhenk bulunmaktadır.

karşılaşırlarsa o zaman görünüşe inanmış olmanın zararını çekmiş olacaklardır. Kanunumuz zilyetliği mülkiyetin bir karinesi saydığına göre bu gibi üçüncü şahısların kanunun vazettiği bir karineye istinat etmek suretile mutazarrır olmalarına göz yummak caiz midir?

Onların bu zararını önlemek için iki çare vardır: 1) üçüncü şahıslara karşı muvazaa iddiasının dinlenmesine cevaz verilmemesi. İtiraf etmek gerekir ki kanunumuz böyle bir vasıtayı kabul etmiş değildir [21]. Kanun yalnız (les ayants cause à titre particulier) yani muvazaalı temlike mevzu teşkil etmiş mal üzerinde aynı hak iktisap edenleri korumak için hüküm sevk etmiş yoksun muvazaalı durumun bilcümle üçüncü şahıslar nazarında hakikat ifade edeceğini kabule yanaşmamıştır (ayrıca muvazaalı borç itirafına müstenit yapılan alacak devri için B. K. nun 18 inci maddesine bakınız).

2) Muvazaalı durumu ihdas etmiş olan şahıstan ezcümle zahiri fariğden sebebiyet verdiği zararın tazminini istemek.

Üçüncü şahısların böyle bir hakkı haiz olduklarını hiç olmazsa bin nazariye kabul etmek gerekir. Filhakika kanunun üçüncü şahıslar nazarında hüküm ifade etmek üzere tesis ettiği karinelerin işlemesine mâni olmak ve üçüncü şahısların kredilerini yanlış esaslar üzerine kullanmalarına sebebiyet vermek kanaatimizce bir kusur teşkil eder. Ancak burada müşkülât arzeden nokta üçüncü şahsın maruz kaldığı zararlar kusur arasında tesis edilmek istenilen illiyet rabıtasıdır. Üçüncü şahsın kredisini ayarlamasında zahiri durumun hissesi ne olmuştur? Tapu kayıtlarının üçüncü şahıslarca malûm sayıldığı hükmünü ihtiva eden M.K.nun 928 inci maddesindeki kanuni faraziyeyle istinatla ispat külfetinin bu illiyet rabıtasının mevcudiyetini iddia eden tarafa değil bilâkis inkâr eden tarafa terettüp eylediğini söylemek ne dereceye kadar caiz olabilir?

Öyle sanıyoruz ki vazile iktifa ettiğimiz bu suallere tatbikatta cevap verilmiş değildir. Esasen H.U.M.K. nun 299 uncu maddesinin aradığı şartlar altında tarihi üçüncü şahıslara karşı hüküm ifade edecek bir muvazaa senedinin tanzim edilmemiş olduğu ahvalde bu suallerle karşılaşmağa mahal dahi kalmamaktadır.

[21] Halbuki Fransız Medeni Kanunu, 1321 inci maddesinde hususi muvazaa senetlerinin üçüncü şahıslar aleyhine hükmü olmayacağını ifade suretile derpis etmekte olduğumuz mahzuru tamamen önlemiştir. Alacaklıların akitlere nazaran 1321 inci maddenin istihdaf ettiği üçüncü şahıs mefhumuna girdiği hususunda gerek doktrin ve gerek jurisprudans müttetiklerdir (Hukuk Dalresinin 8 Mart 1893 t. k. D. P. 93. I. 243 ve İstida D. 15/VIII/1896 ve 15/II/1897 t. kararları D. P. 97. I. 460 ve 97. I. 247; 1321 inci maddenin Alman ve İsviçre hukuklarına nazaran arzettiği hususiyet için bak. Gaudemet, Théorie générale des Obligations sah. 234).

XVI. — Her ne ise vasıl olduğumuz neticeleri toplu olarak Yargıtayın 2/5/1947 tarihli tevhidî içtihat kararı ile karşılaştırsak diyebiliriz ki Yüksek Mahkememiz namı müstear durumlarında mülkiyetin ismi gizli kalan şahsa sübutunu kabul etmekle belki de insiyakî bir şekilde Mecelle'nin 1592 nci maddesinin tesiri altında kalmıştır. Bu sureti hal muameleye taraf olmuş şahısların iradesine uygun olabilir. Fakat aynı haklar gibi mahiyeti itibarile üçüncü şahıslara karşı hüküm ifade eden salâhiyetler bahsinde yegâne nazara alınacak keyfiyet tarafeynin maksat ve iradeleri değildir. Kanunumuz bu mevzuu hükümlere raptederken modern kredi ve aleniyet mefhumlarına geniş miyasta yer vermiş, üçüncü şahıslara nazaran tezahür eden vaziyetleri yani bir yandan zilyetliği ve diğer yandan da bilhassa tapu sicillini aynı hak münasebetlerinin tanziminde çok defa başlıca esas ittihaz etmekten çekinmemiştir.

Binaenaleyh bu mülâhazaların ve izahına çalıştığımız diğer düşüncelerin tesiri altında biz Yargıtayın kanaatı hilâfına bütün namı müstear durumlarında mülkiyetin ismi gizli kalmış olan şahsa aidiyetini kabulü gereken bir tez telâkki etmemekteyiz. Sadece 'bizzat temlikin muvazaadan ibaret bulunduğu hallerdedir ki Yargıtayın görüşünü paylaşmaktayız. Fakat buna mukabil bütün diğer namı müstear durumlarında, Yargıtayın mütalâası hilâfına olarak, namı müstearın malik sayılması fikrini tercihe şayan saymakta ve bu durumlarda ismi gizli kalan kimsenin müstear nama karşı açacağı davaları bir istihkak davası mahiyetinde görmiyerek şahsî bir talep mahiyetinde telâkki etmemekteyiz. Bu itibarla bu şıklarda zahiri durumla hakikî durum (zilyetlikle mülkiyet) arasında bir fark husule gelmemekte ve bundan böyle üçüncü şahısların kanaatlarında aldanmaları gibi bir hal bahis mevzuu olmamaktadır. Bu netice ise kanunumuzun tesis ettiği aynı hak sisteminin takip ettiği gayeye tamamen tevafuk etmektedir.

Diğer cihetten namı müsteara karşı açılacak davalarda resmî senetle ihticaca mahal olmadığı hakkında Yüksek Mahkememizin görüşüne tamamen farklı gerekçelere dayanmak suretile iltihak olunabileceğini sanıyoruz. İspat bakımından ise muvazaaya istinat olduğu hallerde Yargıtayın noktai nazarına uygun olarak H.U.M.K. nun 290 inci maddesinin tatbiki gerektiğini kabul etmekle beraber vekâlet aktine müsteniden açılacak davaların bu madde dışında kaldığı kanaatını beslemekte ve bu noktada Yüksek Mahkememizin görüş zaviyesinden ayrılmak iztirarında kalmaktayız. Böylelikle namı müstear meselesinin pratik ehemmiyet arzeden başlıca noktalarında âciz görüşümüzü etraflıca açıkladığımızı sanıyoruz.

(Mühür)

Ilhan E. POSTACIOĞLU