

İKİNCİ GÜN

20 AĞUSTOS 1957

20 AĞUSTOS 1957, ÖĞLEDEN ÖNCE

TOPLANTIYA KATILANLAR

Sahir AKEV, Sami AKINCI, Yılmaz ALTUĞ, Aytekin ATAAY, Aydın AYBAY, Tahsin Bekir BALTA, Bülend DAVRAN, Ümit DOĞANAY, Lûtfi DURAN, Halit Kemal ELBİR, Mustafa Emil ELÖVE, Sevinç ERÇMAN, Nihal ERDENER, Ahmet Refik GORBON, İzzet GÜR, Kemal Tahir GÜRSOY, Rayegân KENDER, Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Rabi KORAL, Hüseyin Nâil KUBALI, Muin KÜLEY, Kemal OĞUZMAN, Sami OKAY, Senai OLGAÇ, İlhan POSTACIOĞLU, Vedat SEVIĞ, Hasan Halis SUNGUR, İsmet SUNGURBEY, Server TANİLLİ, Hıfzı TİMUR, Ferih TONGSİR, Kenan TUNÇOMAĞ.

Altıncı Rapor

NAMI MÜSTEAR MES'ELESİ

Prof. Dr. İlhan E. POSTACIOĞLU

Türk hukukunda namı müstear durumu, bilhassa gayri menkuller bakımından haizi ehemmiyet olup şu faraziyelerden birinin varlığı halinde tahakkuk etmektedir. Vekâlet aktı icabı vekil ahardan bir gayri menkulü müvekkili hesabına iktisap etmekte ve binaenaleyh bilâhara müvekkiline ferağ etmek vecibesile mükellef bulunmaktadır. Bu şıkta vekil gayri menkulü kendi namına iktisap edince tapudaki ismi bir namı müstear olarak gözükmektedir. Bu faraziyeeye yakınlık arz eden diğer bir faraziye ise gayri menkulün iktisabında aktin şahısları bakımından muvazaaya yer verilmesi halidir. Üçüncü şahıs C gayrimenkulünü B'ye satmış gözüürken âkidinin hattı zatında A olduğu ve hakikatı halde gayrimenkule A'nın tesahüp edeceği ve eğer satış bedeli peşin olarak te-diye edilmemişse borçlananın B olmayıp A olduğu hususunda her üçü arasında mutabakat teessüs etmektedir. Şahıs bakımından muvazaaya yer veren bu ikinci faraziye tatbikatta pek nadirdir. Üçüncü şahıs çok defa malın kimin hesabına iktisapedildiğini bilmemekte, bilse bile âkidi olarak yalnız kendisile akti inşa etmiş olan şahsı kabul etmekte, o şahsın gerisinde olan şahsı kendi âkidi olarak saymamaktadır. Binaenaleyh ahvalin pek büyük ekseriyetinde birinci faraziye yani bilvasıta temsili tazammun eden durum bahis mevzuu olmaktadır.

Ancak muvazaa faraziyesinin namı müstear durumuna müncer olduğu ve tatbikatta oldukça sık rastlanan diğer bir şekli vardır ki bu biz-zat aktin muvazaaya müstenit olması halidir. Bir borçlunun alacaklılarından malını kaçırmak için bunu ahara muvazaatan ferağ etmiş gözükmesi bu kabildendir. Her ne kadar bu faraziyeyi inançlı muamele çerçevesinde mütalâa eden müellifler mevcutsa da bizde bu şık daima muvazaa mefhumuna ithal edilmiştir ve kanaatımızca bunun için de kuvvetli sebebler vardır. Burada bunun münakaşasına girmeksizin sadece tespitile yetindiğimiz nokta aktin nefsinde muvazaa olduğu yani ferağ

ve teferruğ hususunda izhar ettikleri irade beyanlarının hakikî olmadığı hakkında taraflar arasında mutabakat bulunduğu hallerde aktin zahirin inşa edildiği ve malı iktisap etmiş gözüken şahsın adına bir namı müsteardan ibaret kaldığıdır.

Gayrimenkulü ister aktin nefsinde muvazaa neticesinde ister vekâlet akti mucibince vekil tarafından müvekkili hesabına iktisap edilmiş olsun her iki halde de müktesibin namı müstear sayılması bu iki farklı faraziyenin bizde aynı surette mutalâa edilmesine yol açmıştır. Bu telâkinin menbaini eğer aldanmıyorsak Mecellede bulmaktayız. Mecelle bütün bu halleri 1592 nci maddesinde namı müstear terimi altında toplamış ve bütün bu hallerin aynı hükümlere tâbi tutulacağı hususunda âdeta zihinleri hazırlamıştır. Bilâhara 1329 senesi Kanunu muvakkati namı müstear ve muvazaa dâvalarını aynı hizada tuturak bunların ademi mesmuiyetini birlikte ilân etmekle zihinlerde beliren bu temayülü ayrıca desteklemiştir. Öyle ki Medenî Kanununun neşrinden sonra Temyiz Mahkemesi uzun müddet vekâlet faraziyesini tazammun eden hali muvazaa olarak tavsif etmekte tereddüt göstermemiştir.

Bunun şu mühim neticesi olmuştur ki vekâlet faraziyesinin bahis mevzuu olan şıklarda müvekkilin gayrimenkulü elde edebilmesi için muvazaa faraziyesinin tesiri altında kalınmış, ve aktin nefsinde muvazaa olduğu vakit gayrimenkulün mülkiyeti hattı zatında namı müsteara geçmemiş olduğundan ona karşı serd edilecek iddea kaydın tashihi ve istihkak dâvası mahiyetinde bulunduğu gibi buna imtisalen bilvasıta temsili tazammun eden vekâlet akti neticesinde teessüs etmiş namı müsteara karşı müvekkili tarafından ikame edilecek dâvada kaydın tashihi dâvası mahiyeti görülmüştür. Böylelikle müvekkilin vekile karşı gayrimenkulü elde etmek için serd edeceği iddeanın kabulü için Temyiz Mahkememiz fazla zahmet çekmemiştir. Halbuki bu şıkta gayrimenkulün müvekkile mal edilebilmesi ancak zahmetle ve muayyen maniaların aşılması suretile istihsal edilecek bir neticedir. Vekâletle muvazaa arasındaki farkın gözden kaçırılması ve her ikisinin namı müstear etiketi altında toplanan vaziyetlere müncer olması biri hakkındaki hal tarzının ötekine teşmiline yol açmış, ve bu da meselenin hallini anormal bir şekilde kolaylaştırmıştır.

Halbuki meselenin hallini bu suretle sun'î bir şekilde kolaylaştırmak cihetine gidecek yerde vekâlet mevzuuna hâkim olması iktiza eden prensipler çerçevesinde meselenin vazına girişilecek olursa görülür ki müvekkil kendi hesabına vekili tarafından iktisap olunan gayrimenkulün ferâğını isteyebilmek için dayanacağı yegâne mesnet vekâlet aktidir. Baş-

ka bir deyişle vekili gayrimenkulü üçüncü şahıstan iktisap ettikten sonra müvekkiline ferağa mecbur edecek hukukî sebep aralarındaki vekâlet aktidir. Binaenaleyh vekil için ferağ etmek borcu müvekkil için de ferağı istemek alacağı tamamen şahsî mahiyette kalan bir haktır. Ve bu hak da aralarındaki vekâlet aktinden doğmaktadır. Müşkilât işte kendisini burada göstermektedir. Zira gayrimenkullerin ferağına müteallik akitlerin resmî senetle yapılması lâzım gelmektedir. Medenî Kanunun 634 ncü maddesi bu hususta çok sarih ve katîdir. Bu itibarla gayrimenkulün iştirasına müteallik bir vekâlet aktinin aynı suretle yapılması icap edip etmeyeceği meselesile karşılaşılmaktadır.

Klâsik nazariye şudur ki bir aktin inşası resmî şekle tâbi ise o aktin inşası zımmında verilen vekâlet de aynı suretle resmî şekle tâbi olması lâzım gelir. Belki aklı selim de bu hal tarzını destekler. Zira aksi halde taraflar akti doğrudan doğruya inşa edecek yerde bunun vekilleri marifetile inikadı cihetini iltizam ederlerce resmî şekil mecburiyeti bertaraf edilmiş olur. Halbuki resmî şeklin ihdasındaki sebepler göz önünde tutulur ve tarafların psikolojisi ince bir tahlile tâbi kılınırsa burada resmî şeklin ortaya koyduğu maniyayı yenmek imkânı vardır. Netekim İsviçre Federal Mahkemesi bu maniyayı şu tarzda bir muhakeme ile aşmak imkânını bulmuştur. Yüksek Mahkeme demiştir ki, resmî şeklin başlıca gayesi tarafları mühim akitler arifesinde ikaz ve teemmüle sevk etmek ve kendilerinin hiffetle taahhüt altına girmelerini önlemektir. Vekâlet aktinin en mühim hususiyeti ise bu akte tarafların bir taraflı olarak nihayet verebilmeleridir. Vekil müvekkilinden aldığı talimatı yerine getirmek için ise zamana muhtaçtır. Müvekkil bu zaman zarfında verdiği talimatın isabeti üzerinde teemmül etmek ve icabında bundan rücu etmek imkânını haizdir. Bunun için de vekâlet aktine bir taraflı olarak nihayet vermesi kifayet eder. İşte bu sebeble Federal Mahkeme gayrimenkul iştirası zımmında verilen vekâlet aktinin resmî şekilde olmasa bile muteber olacağını kabul etmiş ve bu hususta müstakar bir içtihat tesis eylemiştir. (Journal des Tribunaux 1939.1.71 ve 1940.1.496 da mün-tesir kararlar).

Bu içtihadı Federal Mahkeme ahiren ittihaz ettiği 15 Haziran 1955 tarihli kararla (J. d. T. 11956.148) teyit etmiş ve Alman dotrinin ve içtihatlarının aynı istikamette olduğunu belirtmiştir. Resmî şeklin müvekkilin gayrimenkulü elde etmesine mâni olamayacağı bu suretle sabit olduktan sonra üzerinde durulması icap eden ikinci mania vekilin gayrimenkulü iktisap ettikten sonra vekâletten istifa etmek suretile ferağ vecibesinden sıyrılıp sıyrılamayacağı noktasında toplanmaktadır. Bu

mania da bertaraf edilebilir mahiyettedir. Federal Mahkemenin 13 Haziran 1939 tarihli kararında (J. d. T. 1940.1.496) belirttiği ve 15 Haziran 1955 tarihli kararında teyit ve tekrar eylediği üzere mükevvil tarafından gayrimenkulün vekile iadei ferağı hususundaki vecibesinin vekâlet aktında serahatan yer almasına hacet olmayıp bu vecibe doğrudan doğruya vekâlet aktinin bünyesinden neşet eden kanunî bir vecibe mahiyetindedir. Filhakika B. K. 392 nci maddesinde vekilin ciheti vekâletten dolayı her ne nam ile olursa olsun elde ettiğini müvekkiline tediyeye daha doğru bir tabirle iadeye mecbur olduğunu tasrih etmiştir. Vekil gayrimenkulü üçüncü şahıstan iktisap etmekle müvekkiline karşı iadei ferağ borcunu **kanunen** yüklediğinden bir taraflı iradesile bundan sıyrılamaz.

İşte bu kabil muhakemelerle müvekkilin hakkını takviye ve vekâlet aktinin mevzuunu teşkil eden gayrimenkulü kendisine mal edebilmek imkânı hasıl olmaktadır. Görülüyor ki bu neticeye bir hamlede değil ancak muayyen yollardan geçmek suretile varılabilmektedir.

Temyiz Mahkememiz ise vekâlet akti neticesinde hasıl olan namı müstear durumunu muvazaadan mütevellit namı müstear durumuyla aynı şekilde mütalâa ettiğinden gayrimenkulü müvekkile mal edebilmek için bu yollardan geçmek lüzumunu hissetmemiştir. Türk Yüksek Mahkemesi muvazaa fikrinin tesirile vekilin müvekkile karşı iddeasını bir tashihi kayıt dâvası şeklinde telâkki etmiştir. Ve mesele 5.2.1947 tarihli tevhide içtihat kararına mevzu teşkil edince (Düstur Cilt 28, sah. 1361) insiyakî olarak bu telâkkinin tesiri altında kalmış ve evvelce benimsemekte fazla zahmet çekmediği görüşüne yeni gerekçeler aramıştır.

Temyiz Mahkememiz bu gerekçeleri Borçlar Kanununun 32 ve 393 ncü maddelerinde bulduğu kanaatındadır. Hatırlanacağı üzere 32 nci madde gereğince aktin diğer taraf için vekil veya müvekkil ile yapılması farksız bulunursa akitten mütevellit hak ve borçlar müvekkile ait bulunur. 393 ncü madde de vekilin iflâsında müvekkilin kendi hesabına evvelce iktisap edilmiş menkul malları masadan ihraç edebileceğini âmirdir.

Bu iki madde şüphesiz müvekkilin himayesi için sevk edilmiştir. Fakat bu şekilde iktisap edilen malın müvekkile airiyeti 32 nci maddeden ve diğer maddelerden istihraç edilebilse idi 393 ncü maddenin sevkine ihtiyaç kalmazdı. 393 ncü madde bilâsik mülkiyetin vekile raci olacağı fakat onun iflâsı halinde istisnaen müvekkilin mahdud tesiri haiz bir aynî hak dermeyan edebileceği düşüncesini temsil etmektedir. Diğer cihetten 32 nci maddenin şahsî hakların iktisabında tatbik edilmesi icap

etmekle beraber aynı hukuk sahasında aynı tesiri haiz olduğu şüphe ile karşılanabilir. Fakat muhakkak olan cihet gayrimenkul iktisaplarının 32 nci maddenin şumulü dışında kaldığıdır. Von Tuhr'un serahatan kaydettiği veçhile «Tapu sicilli sisteminde üçüncü şahıs hesabına gayrimenkul ancak bu üçüncü şahsın namına olmak üzere iktisap edilebilir.»

Binaenaleyh Temyiz Mahkememiz bizce pek ziyade kabili cerh gerekçelere istinat etmek suretile vekil tarafından iktisap edilen gayrimenkulün müvekkile aidiyetini kabul etmiştir. 1947 tarihli tevhidî içtihat kararı vardığı neticeyi şu suretle ifade etmiştir: «Gerek menkule gerek gayrimenkule taallük etsin namı müstear hâdiselerinde mesele bir istihkak ve mülkiyet dâvası mahiyetini geçemiyeceğinden ne resmî senet ne de şekil meselesi bahis mevzuu olamaz.»

Görülüyor ki Temyiz Mahkememiz, Vekâlet aktinin müvekkili gayrimenkule sahip kılması için resmî senet şeklinde yapılmasına ihtiyaç bulunmadığı hususunda Federal Mahkemenin mustakar içtihadile birleşmektedir. Fakat gerekçeler çok farklıdır. Federal Mahkeme vekilin müvekkile karşı haiz olduğu hakkı vekâlet aktinden mütevellit şahsî bir hak olarak gördüğü ve bunun için vekâlet aktinin resmî şekle tâbi olmaması için hususî gerekçeler aramak mecburiyetinde kaldığı halde Temyiz Mahkemesi vekilin hakkını şahsî hak mahiyetinde değil aynı hak mahiyetinde telâkki etmiş ve bu suretle Federal Mahkemenin ihtiyaç duyduğu gerekçeleri aramak külfetinden kendisini vareste saymıştır. Bunda da vekâlet faraziyesini muvazaa faraziyesile bir tutan eski hukukun hissesi büyük olmuştur. Bu tesir o derecede barizdir ki Temyiz Mahkemesi vekilin gayrimenkul üzerindeki mülkiyet hakkının varlığını ispata çalışırken evvel emirde vekâlet aktinin gayri menkul ferağına taallûku hasebile resmî şekilde yapılmaması halinde muteber sayılıp sayılmayacağını münakaşa etmeği dahi düşünmemiştir. Filhakika ferağın muvazaa olması halinde sadece muvazaanın ispatı kâfi gelip hakikî iradenin resmî senedde tecessüm etmesine ihtiyaç yoktur. Muvazaa hakkındaki bu hal tarzı vekâlet aktine hele müvekkilin de vekâlet mevzuunu teşkil eden mal üzerinde mülkiyet hakkını haiz olduğu kabul edildikten sonra âdeta farkında olunmadan kendiliğinden teşmil edilmiştir.

1947 tarihli tevhidî içtihat kararının muvazaa faraziyesinin bu derece derin tesiri altında kalması reaksiyonu davet etmekte geçikmemiştir. Reaksiyon 7.10.1953 tarihli Hukuk heyetinin ittihaz ettiği tevhidî içtihat kararında belirlemiştir. Karı koca arasındaki muvazaa iddealarında şahit ikamesine cevaz olup olmadığı hakkında ittihaz edilen bu karar ispat meselesini halletmeden önce maddî hukuk meselesine el atmak lü-

zumunu hissetmiş, kadının kocasının nam ve hesabına üçüncü şahıstan iktisap etmesi icap eden gayrimenkulü kendi namına teferruğ eylemesi halinde kocanın karısına karşı malın aynı hakkında bir talep serdine hakkı bulunmadığı ve ancak tazminat isteğiyle yetinebileceği neticesine varmıştır.

1953 tarihli tevhide içtihat kararının karakteristik tarafı vekâlet ile muvazaa faraziyesini lâyıkkile tefrik etmesi vekâlet mevzuunu incelerken muvazaa faraziyesinin tesirinden azade kalmasıdır. Ancak 1953 tarihli karar vekâlet aktinin vekili tescile icbar edemeyeceğini hatalı bir görüş neticesinde kabul etmiş ve bundan başka vekâlet aktinin resmî şekli tahakkuk ettirmemesi haline 634 ncü maddenin isteğini yerine getirmemesi hasebile müvekkil için namına tescili temin sadedinde muteber hukukî bir mesnet teşkil edemeyeceği neticesine ulaşmıştır.

Bu kararın Türk hukuk muhitinde yarattığı tepkiler geniş olmuştur. Filhakika 1953 tarihli tevhide içtihat kararında yer alan gerekçeler 1947 tarihli tevhide içtihat kararının verdiği hal tarzının terk edildiğini ortaya koyar mahiyette idi. Kısım umumî heyetinin umumî heyetçe itihaz edilen bir tevhide içtihat kararını değiştirmeye salâhiyeti olmadığından bu hususta tereddüt duyulduğu gibi iki tevhide içtihat karardan hangisinin lâzımülittiba olduğu mevzuunda da tereddüt edildi ve işin yeni bir tevhide içtihat kararı elde edilmek üzere umumî heyete sevk istendi. Fakat Temyiz Mahkemesi 26.5.1954 tarihli kararile bir yandan 1953 senesi tevhide içtihadının müvekkilinden aldığı talimata aykırı hareket eden vekil faraziyesine münhasır olduğunu beyan etmek ve diğer yandan tevhide içtihat kararları arasında mübayenet mevcut olduğu iddiasile müttehaz bir tevhide içtihat kararına karşı bir merci bulunmadığını her kararın taallûk eden hâdisede meri ve lâzümülittiba olduğunu ifade etmek suretile vaki müracaatı reddeylemiştir. Bundan çıkan mâna da 1947 tarihli kararın, hiç olmazsa bilvasıta temsili tazammun eden vekâlet faraziyelerinde meriyetini muhafaza ettiği ve namı müstear mevzuunda Türk pozitif hukukunda cari olan hal tarzını temsil ettiğidir.

Daha evvel tebarüz ettirildiği veçhile 1947 tarihli tevhide içtihat kararı vekâletin mevzuunu teşkil eden gayrimenkulü müvekkile mal etmek bakımından Federal Mahkeme ile birleşmekte ve yine Federal Mahkeme gibi bu neticenin elde edilmesi için vekâlet aktinin resmî senetle yapılmasına ihtiyaç görmemektedir. Yalnız iki Yüksek Mahkeme bu gayede birleşmekle beraber bu gayeye vüsul için baş vurdukları vasıtalarda ayrılmaktadır. Bu ayrılış tâli noktalarda netice ayrılıklarını tazammun eder. Filhakika Türk sisteminde müvekkilin aynî hakka müs-

tenit talebini müruru zamana tâbi olmadan ileri sürebilecektir. İsviçre Federal Mahkemesinin sisteminde ise müvekkilin vekile karşı haiz olduğu bu hak vekâlet aktinden mütevellit şahsî bir haktır ve binnetice on senelik müruru zamana tâbidir. Ancak vekil gayrimenkulü iktisap ettikten sonra hasılatını muntazaman hesap vermek suretile müvekkiline intikal ettirmişse bu kabil icraî hareketler vekâlet aktinin devamını ve müruru zamanın katını sağlayacağından iki sistem arasındaki bu fark birkaç hallerde fiilen meydana çıkmıyacaktır.

Müşahhas bir prooblem dolayısıyla yaptığımız bu tetkiki umumî bir neticeye raptedecek olursak diyebiliriz ki mâzideki hukuk anlayışının yeni hükümlerin tatbikinde zihinlerde bıraktığı izlerin tesiri kabili inkâr değildir. Fakat bu kabil tesirler bazan hiç umulmadık şekilde muhtelif görüşler arasında kısmen de olsa müşterek neticelerin elde edilmesini mümkün kılmaktadır. Ancak bu müşterek neticelerin elde edilmesi tesadüfî ve arızî midir?

Bunu hiç olmazsa mevzuumuz bakımından zannetmiyoruz. Zira gerek Türk gerek İsviçre Yüksek Mahkemeleri müvekkile gayrimenkulü temin etmek gibi müşterek bir gaye ile hareket etmiştir. 1947 tarihli tevhidî içtihat kararı Medenî Kanundan sonra muvazaa dâvalarının istima kabiliyetini haiz olduğunu belirtmek, Borçlar Kanununun 18 nci maddesinin ehemmiyetini tebarüz ettirmek suretile müvekkilin gayrimenkulü elde etmesine şekil mülâhazalarının mâni olmaması icap ettiğini zımnen ifade etmiş olmakta ve muvazaa sisteminin tesiri altında elde edilmesini tabii ve zarurî gördüğü bu gayenin tahakkuku için Borçlar Kanununun 32 nci maddesine âdeta sarılmaktadır. Temyiz Mahkememiz bu gayenin tahakkuk ve muhafazasına o derece ehemmiyet vermektedir ki 1953 tarihli Hukuk heyetinin tevhidî içtihat kararı 1947 hal tarzından rucuu icap ettirdiği halde Türk Yüksek Mahkemesi bu yola girmemiş, her iki kararının gerekçeleri arasında derin tezatları muhafaza etmek bahasına da olsa hiç olmazsa bilvasıta temsili tazammun eden vekâlet faraziyesinde müvekkilin gayrimenkulü elde etmesini mehma emken temin eylemeği şiar edinmiştir.

Federal Mahkemeye gelince; o da müvekkili gayrimenkul sahibi kılmak emelile hareket etmiştir. Vekâlet aktinin resmî yapılmasını âmir bulunan mülâhazaların bertaraf edilmesi pek kolay olmadığı halde vekâlet aktinin bünyesini psikolojik bir tahlile tâbi tutarak bu maniayı aşabilmiş ve müvekkilin, gayri resmî vekâlet aktine müsteniden daha gayrimenkulü elde edebileceği neticesine varmıştır. Ahiren ittihaz etti-

gi 15 Haziran 1955 tarihli kararda da modern temayüllerin inançlı muamelelerde müvekkil durumunda olan şahsın hukukunun tarsin ve takviyesi merkezinde olduğunu tebarüz ettirmekle müvekkile gayrimenkulü temin gayesinin titizlikle muhafazası lüzumunu ifade etmiş olmaktadır. Demek ki gaye birliği baş vurulan vasıtaların farklı olmasına rağmen hal tarzlarında müşterek esasların teminini mümkün kılmaktadır. Namı müstear meselesi etrafındaki Türk ve İsviçre içtihatlarının karşılıklı gelişmesi bu umumî mahiyetteki görüşü teyit eden bir misal olsa gerektir.