

T.C.

YARGITAY

İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME GENEL KURULU

E. 1945/20

K. 1947/6

T. 5.2.1947

- NAMI MÜSTEAR ( Gerek Menkule Gerekse Gayrimenkule Taalluk Etsin Meselenin Bir İstihkak ve Mülkiyet Davası Mahiyetini Geçememesi )
- MUVAZAA ( Gerek Menkule Gerekse Gayrimenkule Taalluk Etsin Nami Müstear Meselesinin Bir İstihkak ve Mülkiyet Davası Mahiyetini Geçememesi )
- TAKMA AD ( NAM-I MÜSTEAR ) DAVASI ( Nami Müstear Meselesinin Bir İstihkak ve Mülkiyet Davası Mahiyetini Geçememesi )
- YAZILI KANIT ( Takma Ad Davalarının Dinlenebilmesi ve Yazılı Kanıt İle Kanıtlanmasının Uygun Olması )

743/m. [5](#), [7](#), [29](#), [633](#), [634](#), [928](#), [929](#), [930](#), [932](#), [933](#)

818/ m. [1](#), [12](#), [18](#), [32](#), [111](#), [213](#), [238](#), [393](#)

1086/m. [290](#)

2004/m. [33](#)

10.6.1931 gün E. 1931/2 K. 1931/40 s. Y. İçt. Bir. K.

12.4.1933 gün E. 1933/30 K. 1933/6 s. Y. İçt. Bir. K.

12.4.1933 gün E. 1933/31 K. 1933/7 s. Y. İçt. Bir. K.

27.12.1939 gün E. 1939/11 K. 1939/60 s. Y. İçt. Bir. K.

10.7.1940 gün E. 1939/2 K. 1940/77 s. Y. İçt. Bir. K.

12.2.1941 gün E. 1940/29 K. 1941/5 s. Y. İçt. Bir. K.

2.4.1941 gün E. 1940/19 K. 1941/12 s. Y. İçt. Bir. K.

14.5.1941 gün E. 1940/35 K. 1941/17 s. Y. İçt. Bir. K.

3.2.1943 gün E. 1942/7 K. 1943/8 s. Y. İçt. Bir. K.

1.11.1944 gün E. 1944/9 K. 1944/30 s. Y. İçt. Bir. K.

28.2.1945 gün E. 1944/23 K. 1945/5. s. Y. İçt. Bir. K.

9.10.1946 gün E. 1946/6 K. 1946/12 s. Y. İçt. Bir. K.

26.11.1947 gün E. 1945/9 K. 1947/23 s. Y. İçt. Bir. K.

10.12.1952 gün E. 1950/2 K. 1952/4 s. Y. İçt. Bir. K.

7.10.1953 gün E. 1953/8 K. 1953/7 s. Y. İçt. Bir. K.

**ÖZET** : Gerek menkule gerekse gayrimenkule taalluk etsin namı müstear hadiselerinde mesele bir istihkak ve mülkiyet davası

mahiyetini geçemeyeceğinden ne resmi senet ne de şekil meselesi bahis mevzuu olamaz. Nitekim; ötedenberi mahkemeler vaki olan bu kabil ikrarlara müsteniden hüküm vermekte ve meselede bir şekil meselesi görmemektedirler. Bundan başka meseleyi zati akitte ve isimlerde muvazaayı dahi şumulüne alan ve netice itibariyle namı müsteara müncer olan on sekizinci madde hükmü çerçevesi içinde mütalaa kanunun ruh ve maksadına muvafık olur. Takma ad davaları dinlenebilir ve yazılı kanıt ile kanıtlanması uygun olur.

**DAVA :** Namı müstear davalarının dinlenip dinlenmeyeceği ve adi senetle ispatı mümkün olup olmayacağı hususunda Yargıtay 1. Hukuk Dairesinin 23.3.1942 Tarih ve 4189/777 ve 14.4.1945 tarih ve 5078/1873 sayılı kararlarını taşıyan ilamları arasında içtihat ayrılığı olduğu İstanbul avukatlarından İsak Sages ve Jak Mizrahi taraflarından verilmiş olan 4.6.1945 tarihli dilekçe ile bildirilmiş olmakla uyuşmazlık konusu teşkil ettiği anlaşılın ilam örnekleri çoğaltılarak 22.1.1947 tarihine rastlayan Çarşamba günü saat 9.30 da müzakerenin başlayacağı Genel Kurul Üyelerine bildirilmiştir.

**KARAR :** Bugün toplanan kurula ( elli bir ) zatın iştirak ettiği görüldükten ve müzakere nisabı tahakkuk ettikten sonra Birinci Başkan Halil Özyörük'ün Başkanlığında müzakereye başlanarak uyuşmazlık konusu ilam örnekleri Birinci Başkan tarafından okunduktan ve olayın özeti anlatıldıktan sonra söz alan :

Beşinci Hukuk Dairesi Başkanı Mehmet Gönenli; Dosyada bulunan ilamlardan 23/Mart/1942 tarihli ilamda davacı hanenin yirmi dört hissede altı hissesi kendisinin ve on bir hissesi davalıya ait olduğundan ve bu hisselerin mecmuu olan on yedi hissenin davalı adına kaydedilmiş bulunduğundan ve davalının noter senediyle talep halinde kendisine devir ve ferağı kabul ve taahhüt ettiğinden bahsile altı hissenin kendi namına kayıt ve tescilini dava etmiş mahkemece davanın reddine karar verilmiştir.

Temyizen bu karar şu suretle bozulmuştur: Davacı tarafından ibraz olunup müddeaaaleyh tarafından kendisine aidiyeti ikrar olunan 1934 tarihli senette müddeabih gayrimenkulün on yedi hissede altı hissesinin davacıya aidiyeti sarih bir surette ikrar edilmiş olup mübrez senet bey veya hibe vadi mahiyetinde olmadığı ve müddealeyhin işbu ikrarı muteber ve bu ikrarıyla ilzam edilmesi muktazi bulunduğu halde mahkemece mebus senedin bey vadi mahiyetinde addiyle tapu idaresince vaadin yapılmadığından ve saireden bahsile davanın reddine karar verilmesinde isabet görülmemiş ve bozma dileği bu itibarla varit görülmüş olduğundan temyiz edilen hükmün bozulmasına.

14/Nisan/1945 tarihli ilamda da Davit Musa Şayo tarafından Sait Gözem aleyhine gayrimenkulün müşterek olarak yarı yarıya satın alındığından ve tamamı davalı adına kaydedildiğinden bahsile kaydın tashihi hakkında açılan davanın reddine karar verilmiş ve bu karar temyizen şu suretle onanmıştır: Temyiz isteyen Davit Musa Şayo her iki davada davacı yerinde olup taraflar ve müddeabih ve sebep bir olmasına ve ewelki davanın dayanağı olan ve bu davada dayanılan senet temyizen yeterli görülmemekle ewelki hüküm onanmış bulunmasına ve mahkemece bunlar gözönüne alınmak suretiyle bu davacı hakkında da muhkem kazıyye bulunduğu kabul edilerek hüküm verilmiş olmasına göre yerinde olmyan itirazların reddiyle kanuna uygun olan hükmün onanmasına.

Bu dosyada bulunmayan ve Birinci Hukuk Dairesine bu onama kararının tashihi istenmiş olmasıyla gelmiş olan ve tevhide içtihat neticesini bekleyen dosyada bulunan ewelki dava hakkındaki 6/Teşrinisani/1942 tarihli Birinci Hukuk Dairesi ilamında Davit Şayo ve İbrahim Şayo vekilleri tarafından Sait Gözem aleyhine davalı adına kayıtlı gayrimenkullerdeki Davit Şayoya ait hisse kayıtlarının imzası noterce tasdik edilmiş senetteki salahiyete binaen İbrahim Şayo namına tashihi hakkında açılan davanın gayrimenkullerden bir kısmı hakkında Borçlar Kanununun on sekizinci maddesinin son fıkrasından ve davacı veya emredeceği şahıs namına iadei ferağ vaadinin tapu memuru huzurunda yapılmamış olması itibariyle batıl olduğundan bahsile diğer gayrimenkuller hakkında da kadastro mahkemesine aidiyetinden bahsile reddine karar verilmiş ve bu karar şu suretle onanmıştır: Borçlar Kanununun 111. maddesi eda zamanında tayini kabil üçüncü bir şahıs lehine borç şart edilmesine müsait ise de, borcun nevine göre gözetilmesi lazım gelen şekiller mezkur maddenin mevzuu haricinde kalmasına ve neticesi gayrimenkul temlikine münker olarak bir borç iltizamı muteber olabilmek için böyle bir iltizam hakkındaki beyanın sebebi ne olursa olsun mutlaka resmi şekilde yapılması kanunun amir hükümlerinden bulunmasına hadisede ise gayrimenkul hissenin bedelsiz olsa da, üçüncü şahıs olan İbrahim Şayo namına kayıt tashihi suretiyle hisse mülkiyetinin buna nakli talep ve dava edilmesine bu hususta istinat edilen beyana müteallik olarak ibraz edilen vesika ise kanunun emrettiği resmi şekil mahiyetini haiz bulunmamasına göre davanın reddine dair olup temyizen tetkiki talep edilen kararın neticesi esas itibariyle usul ve kanuna uygun olduğundan ve hüküm fıkrasında sevk edilen sebep ve mütalaaların bazısında zühul mevcut ise de, tatbikatı kanuniyede hata edilmiş olması esas itibariyle kanuna muvafık olan kararın nakzını iltizam etmeyip bozma talebi bu itibarla kararın neticesine karşı yerinde görülmediğinden bu bapta talebin reddiyle ve kararın mucip sebeplerinin yukarıda beyan edildiği üzere ıslahiyle davanın reddi hakkındaki neticesinin tasdikine,

Yine Birinci Hukuk Dairesine gelen ve tevhide içtihat neticesini bekleyen dosyada davacı vekili hududu belli hanenin müvekkiline ait olduğundan ve bazı zaruri sebepler dolayısıyla tapu senedi davalı namına muvakkaten çıkarılmış olduğundan ve bu suretle muvazaaya dair aldığı vesikayı davalının imha etmiş olduğundan bahsile tapu kaydının tashihi dava etmiş, şahit dinlenemeyeceğinden ve yemin de teklif edilmediğinden bahsile davanın reddine karar verilmiş temyizen de senedin yırtıldığına dair davacının iddiasının şahitle isbat ettirilmesi lüzumundan ve saireden bahsile bozulmuştur.

Son bozma kararı üzerine kaydın tashihiine dair verilen hükmün temyizi üzerine gelen bu dosya hakkında inceleme yapılmış ve bu işte muvazaa bahis mevzuu olamayacağından ve saireden bahsile kaydın tashihiine müteallik verilmiş olan son hükmün de bozulması hakkında ekseriyet hasıl olduğu ve tevhide içtihat neticesine bırakılması zaruri olduğu aslı tevhide içtihat dosyasında bulunmayıp sureti Birinci Hukuk Dairesinde bulunan ve yüksek Birinci Başkanlığa yazılan yazıda yazılı bulunmaktadır.

Bu iş ile ilgili ve Medeni Kanunun meriyetinden sonra kanunun meriyetinden mukaddem gayrimenkuller hakkında tesis olunan kayıtlara dair ikame olunacak muvazaa davalarının istimal caiz olmadığına dair 8.5.1941 tarihli bir tevhide içtihat kararı da vardır.

Sözü geçen kararlara ve tevhide içtihat kararıyla bu kararda yazılı ilamlara göre gereğinin tayini yüce kurula aittir.

Birinci Başkan; İhtilafın mevcudiyeti ittifakla kabul olunmuştur. Esasa geçiyoruz dedi.

Birinci Hukuk Dairesi Başkanı Galip Karayalçın; Bir adam gayrimenkulümü şuna sattım dediği zaman nasıl muteber olmuyorsa bu gayrimenkul haddi zatında filandır demek de olamayacağı için adi senet de olayda kabul edilmemek lazımdır. Şekli mahsusa tabidir. İpotek meselesine gelince tahriri beyanı kafi görüyoruz. Yine bunda da noter senedi olmak lazımdır.

Birinci Başkan; Muvazaada akit mevcut değildir zahiridir. Akte taalluk ediyor. Namı müstear malike taalluk ediyor dedi.

Y. K. Arslansan; Yeni mevzuatımıza göre namı müstear davaları dinlenebilir mi? Dinlenmesine cevaz görüldüğü surette sübut delili ne olmalıdır? Şahit ve yazılı beyine kafi midir? Yoksa resmi şekilde yapılmış bir senetle mi ispat olunmak lazım gelir noktaları anlaşmazlığın esas konusunu teşkil etmektedir.

Muvazaadan bahis olan Borçlar Kanununun on sekizinci maddesi hükmüne göre muvaza, akitletlerin üçüncü şahıslar aleyhine bir uyuşmalarından ibaret olup hakikatte aralarında yapmış oldukları akit, rehin olduğu halde hakiki maksatlarını gizlemek suretiyle onu zahiren satış suretinde göstermeleri keyfiyettir. Bununla beraber taraflar arasındaki muvazaa akti haklı bir sebebe de müstenit olabilir. Müzakerenin esas mevzuunu teşkil eden gayrimenkul mallarda muvazaa cari olup olmadığı keyfiyeti şarihler arasında tartışma mevzuu olmaktan hali kalmamaktadır. Von Tuhr isviçre Borçlar Kanunu şerhinin umumi kısmında gayrimenkul satışında muvazaayı mümkün buluyor. Muvazaanın sübutun halinde, satış akti batıl ve buna müsteniden tapuda vaki tescil de hukuki illetin fıkdanı hasebiyle hükümsüzdür diyor. İçtihatların birleştirilmesi mevzuuna esas olan işlerde istişari surette reylerine müracaat olunan biri eski ve yeni mevzuatta betahsis aynı haklarda diğeri Medeni ve Borçlar Kanununda yetkileriyle tanınmış olan İstanbul Hukuk Fakültesi Profesörlerinden Ebülüla ve Sohartz da gayrimenkullerde de muvazaalı satışlar olabilir haklı sebebe müstenit olmayan tapu sicillinin iptali istenebileceğinde birleşiyorlar. 2280 sayılı kanunda gayrimenkul mallarda muvazaa iddialarının mesmuyeti de kabul edilmiş olmasına göre gayrimenkul mallarda muvazaa iddiaları dinlenmek icap eder.

Namı müstear davalarında ise hakiki ve zahiri iki akit bahis konusu değildir. Burada üçüncü şahıs lehine yapılmış bir ikrar bahis mevzuudur. Yeni mevzuatımızda namı müstear derpiş edilmemiş ise de, böyle bir davanın mesmu olmamasını gerektirir ortada kanuni bir sebep mevcut bulunmamaktadır. Binaenaleyh muvazaa davaları gibi namı müstear davaları da dinlenebilir.

Bunların sübut delili ne olabilir meselesine gelince : Şahit dinlenemeyeceği hakkında görüşlerde birlik vardır. Ancak delilin yazılı olması kafi mi? Yoksa resmi şekilde mi olması gereklidir.

Tapuda gayrimenkul uhdesinde kayıtlı şahıs; namının namı müstear olduğunu ikrarla, lehine ikrarda bulunduğu üçüncü şahsa mülkiyetin devir ve naklini taahhüt ediyor. Burada hukuki tasarrufta şekil bahis mevzuudur. Yoksa hukuki tasarrufun ispat şekli bahis konusu değildir. Binaenaleyh gayrimenkul mülkiyetinin lehine ikrar vaki olan şahsa veya onun göstereceği hakiki veya hükmi şahsa devir ve nakli bahis mevzu olmasına göre Medeni Kanunun 634. maddesi gereğince devir ve nakil muteber olabilmek için resmi şekilde yapılmış olması lazımdır. Mücerret yazılı delil olayda kafi değildir.

Netice; Muvazaa iddialarının sübutu halinde haklı bir sebebe müstenit olmayan tapudaki kayıt iptal olunarak düzeltilir halbuki namı müstear iddialarında resmi şekilde yapılmış bir senede müstenit olduğu surette lehine ikrar vaki olan kimse hakkında aynı bir hak değil ancak şahsi bir hak sabit olur ikrarda bulunan kimse uhdesinde kayıtlı bulunan gayrimenkulu devir ve temlik ile ödevli tutulur.

Burada resmi şekil; tapuda tesis edilmiş olan kayıt hüküm ve kuvvetinde bir delile masruf olmak icap eder. Tapuda iki surette tescil maddeten mümkün olamayacağına göre yalnız tarih ve imzanın tasdiki suretiyle değil noterlikçe resen tanzim kılınmış olan bir senet olmak lazım gelir düşüncesindeyim.

İkinci Hukuk Dairesi Başkanı A. Himmet Berki; Namı müstear beyanları daima ikrarı tazammun eder, bu hadisede ne temlik ne de temlik taahhüdü bahis mevzuu olamaz. Çünkü, menkul olsun gayrimenkul olsun bir namın müstear olması ya bir hukuki muamele veya zatı akitte muvazaa veya diğeri bir sebeple bir anlaşma neticesi olur. Bir kimsenin kendi namına ve müvekkili hesabına aldığı gayrimenkul namına kaydedilir. Veya muvazaa suretiyle yapılan bir alım satım üzerine mebi müşteriye izafe olunur ve bir alacaklı olacak senesinde kendi yerine diğeri birini gösterebilir.

Bu muameleler haklı veya haksız olmak mümkündür. Haksız hallerde kanun vazı alakadarların haklarını muhtelif hükümlerle emniyet altına almış bulunuyor. Maahaza bugünkü mevzuata göre muvazaa müessesesinin iptali hakka vesile ittihaz edilip edilmeyeceğini düşünmeye mahal yoktur.

Deniyor ki, bugünkü mevzuatta namı müstear diye bir tabir yoktur. Olmasa dahi mefhum ve hadiseler vardır. Binaenaleyh mahiyetine göre hükmünü tayin etmemiz zaruridir. Yine deniyor ki, vekilin kendi namına ve müvekkili hesabına aldığı şey vekilin mülküdür bu düşünüş temsil müessesesinin ruhiyle kabili telif değildir. Biran mülk vekile sabit olsa dahi müvekkile intikal eder.

Farzedelim ki; ben parasını vererek pazardan bir inek almak için bir şahsı tevkil ettim gitti benim için akit namına izafetle bir inek aldı ve bana getirirken inek yolda hadis, ve semavi bir afetle telef oldu. Bu telef vekilin mülkünden mi? Yoksa, benim mülkümden midir. Elbette benim.

Mahkemede namı müstear olan kimse bu vaziyeti ikrar öderse aleyhine hükmolunur. Halbuki bir şekil meselesi olaydı hükmedilemeyecekti. Nitekim bir kimse gayrimenkulu haricen satın almış olmasına müsteniden mebiin teslimini dava edipte bayi ikrar etse hakim bu ikrarla hükmedemez. Şekle uygun olmadığından davayı reddeder. Zatı akte muvazaa veyahut her hangi bir sebeple bir görüşme neticesi vukua gelen namı müstearlarda ise temlik taahhüdü hiç düşünülemez.

Hulasa; Bu kabil iddialar daima istihkak davası mahiyeti arzeder ve senede karşı olması halinde resmi veya adi senetle ispat olunabilir.

Bir senede karşı dermeyeran olunan iddiaların aynı kuvvetle senetle ispatı nazariyesi kanunlarımızca kabul edilmemiştir. Medeni Kanunun maddeleri ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu 290. maddesi vazihan bunu göstermektedir. Binaenaleyh fikrimce namı

müstear iddialarının resmi senetle ispatı lazım olduğu yolundaki içtihat yanlıştır.

Üçüncü Hukuk Dairesi Başkanı Şefkati Özkutlu; Muvazaa hadisede mevzubahis değildir. Namı müstear nasıl doğar müddei olan Davit diyor ki, şu gayrimenkulu ikimiz için al dedim kendi üzerine yaptırdı. Şu senedi verdi. Şu halde vekil idi sıfatını söylemedi. Malını satın aldı. Aktin neticelerinden kendisi mesul mülkiyet kendisine geçen vekalet yoluyla borç altına girmiştir. Davit vekalet aktine müsteniden kendisine mülkiyetin temlikini isteyecekti. Davit için sabit olan şey aynı değil şahsi bir hakaktır. Aynı bir hak değildir. Böyle olunca ne ile ispat edilecek resmi senetle ispatolunmalıdır.

- ( 29.1.1947 - İkinci Oturum )

Birinci Hukuk Dairesi Başkanı Galip Karayalçın; Medeni Kanunda muvazaa hakkında ahkam vardır. Namı müstear hakkında sarahat yoktur. Muvazaada tahriri beyine olursa dinleriz. Olmazsa yemin ile halli mesele olunur. Namı müsteara gelince; bu bir ihbar mıdır, inşa mıdır hallolunacak mesele budur.

İcra ve İflas Dairesi Başkanı Abdullah Aytemiz; Emvali Gayrimenkulenin Tasarrufu Hakkındaki Kanunun dördüncü maddesinde gayrimenkul mallarda muvazaa ve namı müstear davalarının dinlenmeyeceği yazılı olduğu halde Borçlar Kanununun on sekizinci maddesiyle muvazaa davalarının dinleneceği esas kabul edilmiştir. Acaba bu maddenin gayrimenkullere de şumulü var mı? Geçen toplantıda bu hususta tereddüt izhar ve hatta aksini iddia eden oldu. Bu madde Borçlar Kanununun akitten doğan borçlar ünvanlı faslındadır. Medeni Kanunun beşinci maddesinde ukudun inkadına ve hükümlerine taalluk edip vecibeler kısmında beyan olunan umumi kaideler Medeni hukukun diğer kısımlarında dahi cari olacağı yazılı olup muvazaa bir akit olduğuna göre gayrimenkullerde de cari olacağı tabiidir.

Bununla beraber 2280 sayılı kanunun ikinci maddesinde gayrimenkullerde muvazaa iddiasının dinleneceği zikr ve tasrih edilmiştir.

Muvazaa ile namı müstear arasında mahiyeti itibariyle fark varsa da netice ve sübut delilleri bakımından farksızdır. Bana öyle geliyor ki Vazukanun namı müstearı muvazaa hükmünde tutarak bunlardan bahse bile lüzum görmemiş ve müteradif lafızlardan saymıştır. Muvazaa doğru olmıyan bir şey üzerinde birden ziyade kimselerin anlaşmaları demek olunca namı müsteara eğer taraflar anlaşmışlarsa bu da muvazaa kabilinden bir şey olur. Mesela iki kimse bir gayrimenkulu satın almışlar ve parasını müştereken ödemişler. Halbuki bunlardan biri tamamını kendi adına kaydettirip de tapudaki namının müstear olduğu hakkında bir senet vermiş ise bu muamele muvazaa olmayıp namı müsteardır.

Muvazaa ve namı müstear davalarının sureti ispatına gelince; eğer resmi memur huzurunda yapılması lazım gelse idi Kanun Vazu bunu açıkça yazardı. Kanunda meskut kaldığı içindir ki usul kaidelerinin tatbiki lazım gelir. Tatbikatta ise resmi senede karşı vaki defilerin aynı kuvvette bir senetle ispatı şart değildir. Adi senetle ve hatta mektupla da ispat olunabilir. Medeni Kanunun yedinci maddesi şöyledir. Resmi sicil ve senetlerin doğru olmadığı sabit oluncaya kadar münderecatıyla amel olunur. Bu münderecatın doğru olmadığını ispat, bir şekli mahsusa bağlı değildir. Bu madde ile umumi bir hüküm vazedilmiştir. Bunun hilafına bir madde mevcut olmadıkça her hangi bir delil ile ispat, caiz olmak lazım gelir.

Muvazaada ve bu mahiyette olan namı müstearlarda iki taraf arasında görüşülen bir hususun gizli kalması ve başkaları tarafından bilinmemesi maksuttur. Eğer behemehal tapu kaydıyla ispat şarttır denilecek olursa gaye fevt olur. Çünkü Medeni Kanunun 928. maddesi gereğince tapu sicili alenidir. Alakallılar her vakit tapu idaresine müracaat ederek öğrenebilirler. Halbuki muvazaa ve namı müstearlar çok vakit başkalarını ızrar için veya bir menfaat mülahazasıyla yapılır. Yoksa durup dururken bir hakikati gizlemek maksadiyle zahiri bir akit yapmak manasız olur. Tapu kaydıyla ve hatta noterlikçe resen tanzimli bir senetle ispatın şart olmadığı yukarıda geçen 2280 sayılı kanunun ikinci maddesiyle sabittir. Bu maddede bir gayrimenkulu borç mukabilinde muvazaa yoluyla kati surette ferağ ve satış yapan borçlu dava açarak muvazaayı usulü dairesinde ispat ederse kati refağ ve satışın hükümsüzlüğüne karar verilir denmektedir. Usulü dairesinde yani usul hükümleri veçhile ispat olunabilir demektir. Namı müsteara adı kayıtlı kimse ahârın malı olduğunu ikrar etmiş ve mahkeme huzurundaki ve hatta harici ikrarlar karinenin inzımmiyle muteber bulunmuş olduğundan namı müstear iddiası her hangi tahriri bir delille ispat edilebilir. Bir şekli mahsusa tabi olması matlup olan yerlerde kanun bunu açıkça göstermiştir. Bir misal vereyim. İcar Kanununun otuz üçüncü maddesinde ilam hükmünün geri bırakılması için dermeyan olunan itfa gibi defilerin resmi veya ikrar edilmiş senetle ispatı şarttır.

Hulasa: Her hangi bir iddianın ispatı istisnai bir hüküm bulunmadıkça hususi bir şekle bağlı ve tapu kaydıyla ispat edilmesi hakkında hususi bir hüküm mevcut olmadığına göre muvazaa ve namı müstear davalarının resmi bir senetle veya tapu kaydıyla ispat mecburiyeti yoktur. Şahitten başka her hangi bir delil ile ispatı caizdir.

Y. K. Arslansan; Namı müstear iddialarının ispatına mücerret yazılı bir delil yeter olmayıp Noterlikçe resen tanzim kılınmış bir senetle ispat olunmak lazım geldiği yolundaki görüş ve düşünüşümün müstenidatını da arz etmek istiyorum. Gayrimenkul mallarda dahi muvazaa iddialarının dinlenebileceği esasını tansis 2280 sayılı kanunda "bu iddia usulü dairesinde ispat edildiği surette" denilmekte iktifa olunup bu hususta aranılması gerekli sübut delilleri gösterilmemiştir. Binaenaleyh bu boşluk kazai içtihatla çözülmek gerekmektedir.

Namı müstear davaları tapuda tesis olunmuş bir kayda karşı ileri sürülmekte kararın mevzuu da gayrimenkul mülkiyetinin devir ve nakline taalluk etmekte olmasına göre gerek esas gerekse usul bakımından tapudaki bu kaydın hilafı da aynı mahiyet ve kuvvette bir delil ile ispat olunabilir bu da Medeni Kanunun 634 ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 290. maddeleri hükmünce ancak resmi şekilde yapılmış bir senet olur.

Geçen oturumda arzlediğim üzere olayda resmi şekil, tapuda iki türlü kayıt tesisine cevaz olamayacağından Noterlikçe resen tanzim kılınmış bir senet olarak kabul edilmek icap eder. Aynı zamanda tapuda kayıt tesis edildiği zaman tapuda gayrimenkul namına kayıtlı olan kimsenin, namının namı müstear olduğu yolundaki ikrarın vuku bulduğu "date certaine" anlaşılabilir için tanzim ve tevsik işlerinde görevli Noterlerce senedin tanzim edilmiş olması bu bakımdan da gerekli olduğu mutalaasındayım.

Beşinci Hukuk Dairesi Başkanı Mehmet Gönenli; Bahse konu olan Medeni Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra tapuda bir kimse adına kaydedilmiş bulunan bir gayrimenkul hakkındaki akitte muvazaa veya kayıt sahibinin namının namı müstear olduğuna dair olan davaların dinlenip dinlenmeyeceğidir.

Emvali Gayrimenkulenin Tasarrufu Hakkındaki Kanun, Medeni Kanun ve Tapu Kanunu ile ilga edilmiş ve muvazaa yoluyla yapılan akit, lüzum ifade etmeyen bir tasarruf ve Medeni Kanunun 932. maddesi gereğince haksız veya lüzum ifade etmeyen hukuki bir tasarruf mucibince yapılan tescil de yolsuz bir tescil olduğundan müstesna haller haricinde muvazaa davası esas itibarıyla dinlenebilir. Esasen muvazaa hakkında tevhibi içtihadı gerektirecek bir ihtilaf yoktur.

Namı müsteara gelince; Bunda hukuki manada bir muvazaa yoktur. Çünkü akitlere göre yapılan akit zahiri ve lüzum ifade etmeyen batıl bir akit olmayıp hakikidir. Hadiselerde olduğu gibi akit ile üzerine kaydedilmiş olan gayrimenkulün veya gayrimenkulden muayyen bir hissenin kayda göre maliki olarak görülen kimsenin hakikatta malik olmayıp hakiki malikin kendisi olduğu ve kayıttaki her hangi bir sebeple malik olarak ismi yazılı olan kimsenin isminin ariyet olduğu üçüncü şahıs tarafından iddia edilmektedir. Medeni Kanun ile Emvali Gayrimenkulenin Tasarrufu Hakkındaki Kanundan önce davaya mani başka haller bulunmamış şekli mahsusla tabi diğer bir kısmı ise resmi senede veya tahyan yerlerde böyle bir dava dinlenirdi. Ve davalının bu yoldaki ikrarda muteberdi. Nitekim Mecellenin 1592. maddesinde ( Bir kimse ba senet yedinde olan bir mülk dükkan hakkında bu dükkan falan kimsenindir. Benim alakam yoktur. Ve senedinde muharrer ismim müsteardır deyip yahut ba senet ahardan satın aldığı bir mülk dükkan için bu dükkanı falan kimse için almıştım semen olarak verdiğim akçe dahi onun malındandır ve senedinde ismim müstear olarak kaydolunmuştur dese ol dükkan nefselemerde ol kimsenin mülkü olduğunu ikrar etmiş olur ) diye yazılı olduğu gibi 1594. maddesinde de bu yolda ikrarda bulunan kimsenin ikrarının muteber olduğu yazılıdır.

Emvali Gayrimenkulenin Tasarrufu Hakkındaki Kanunun dördüncü maddesiyle ba senedi hakani tasarruf olunan bilcümle emlak ve emvali gayrimenkulede muvazaa ve namı müstear davalarının istimai menedilmiştir.

Medeni Kanunda namı müsteara dair bir bahis yoktur. Şu halde Medeni Kanunun koyduğu esaslara göre neticeyi tayin icap eder. Son temyiz kararında bahsolunan ve yeterli görülmeyen Noterce imzası tasdik edilmiş senette davalı tapu sicilinde uhdesinde kayıtlı olan gayrimenkullerden muayyen hisselerin davacıya ait olarak iştra edildiğini ve mülkiyeti ona ait ve isminin de müstear olduğunu ikrar etmekte ve davacı da bu yolda iddiada bulunarak bu senede dayanmaktadır.

Tapu siciline göre resmi şekilde yapılmış bir akit ile gayrimenkullerin maliki davalıdır. Aynı hak davalıdadır. Davacı için ikrar olunan hisselerin maliki de davalı olup davalı bu hisseleri de kendisi için almıştır. Davacı için onu temsilen davalı tarafından alınmamıştır. Şayet davacının mümessili olarak bu hisseler davalı tarafından davacı için alınmış ise bu hisselerin mülkiyetinin davalı tarafından davacıya resmi şekilde nakli icap eder. Mülkiyet ikrarı mülkiyet vaziyetinde tebeddülü icap edeceğinden mülkiyetin naklindeki şartlara riayet olunmalıdır. Senet davacıya bu hususta bir hak vermez. Kanunu Medeni 633, 634, 929, 930, 932, 933 Borçlar Kanunu 18, 32

Sabir Erbil, Bir kimse tapuda adına kayıtlı bulunan bir gayrimenkul benim değildir. Mehmedindir adım ariyettir demesi temliki bir tasarruf mudur, yoksa bir hakkı ihbar yani ikrar mıdır? Ve temliki bir tasarruf olduğu takdirde doğuşu yani bir hüküm ifade edebilmesi için tapu siciline geçmesi şart mıdır? Ve yoksa her hangi bir yazılı bir belge ile ispatı caiz midir? Hadisemizi bu şekilde telhis edebiliriz. Muarızlarımız Sayın Şefkati ve Kemal mevzuatı hazırda namı müstear adlı bir müessese yoktur. Bununla beraber bu müessese temliki tasarruf müessesesidir. Her temliki tasarruf tapu siciline geçmedikçe muteber değildir. Ancak bu kabil namı müstearların sicile geçmesi mümkün olmadığından sicil kuvvetinde olan ve Noterlikçe resen tanzim edilmiş bulunan bir senede vücut bulabilir demektelerdir. Kendi noktai nazarımı arz ve izah etmeden önce bu fikrin hukuk kaidelerine aykırı olduğunu ispata çalışacağım.

Ewela mevzuatı hazırda namı müstear adlı bir müessese yoksa onun doğuşu için kanun bir şekli mahsus göstermemiştir. Şekli mahsusla bağlı olmaları akitler, tasarruflar ise Borçlar Kanun gereğince akitlerin arzusuna bağlıdır. Namı müstear şekli mahsusla tabi bir akit olduğunu kabul ettiğimiz takdirde de bunun ancak tapu siciliyle vücudu tasavvur edilir. Yoksa muarızlarımızın buyurdıkları gibi Noter senediyle olamaz. Çünkü, hukukta ikame kanunu usulü cari değildir ki, namı müstear tasarrufunun sicili geçmesi mümkün olmadığından Noterlikçe resen tanzim edilmiş bir senetle vücut bulmasını kabul edelim. Saniyen namı müstear ahkamı esaseti salifede mevcuttur. Mecellenin on ikinci kitabının ikinci faslının 1592. maddesi hadisemizi tam manasıyla aydınlatıyor. Madde aynen ( Bir kimse ba senet yedinde olan bir mülk dükkan hakkında bu dükkan falan kimsenindir benim alakam yoktur ve senedinde muharrer ismim müsteardır deyip yahut ba senet ahardan satın aldığı bir mülk dükkan için bu dükkanı falan kimse için almıştım semen olarak verdiğim akçe dahi anın malındandır ve senedinde ismim müstear olarak kaydolunmuştur dese ol dükkan nefselemerde ol kimsenin mülkü olduğunu ikrar etmiş olur ). Denilmektedir. İkrarının hükmü ise yine Mecelleye göre mükirünbihin zuhurudur ve yoksa bidayeten hudusü değildir. Yani ikrar ihbardır. İnşa değildir. Namı müstear da ikrar ve ikrar da ihbar olunca Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu gereğince tahriri bir belgeye bağlı olması veya hakimnin huzurunda vukubulması muteber olur. Filhakika gerek ahkamı sabika ve gerek mevzuatı hazırda nazaran ukudat ve tasarrufatı kavliye, temliki, ilzami itlaki, iskatî ve mali muavaza ile velayat kısımlarından ibarettir. Bunların bir kısmı şekli mahsusla tabi diğer bir kısmı ise resmi senede veya tahriri belgeye bağlı kanunun sakit kaldığı halde de şifahi olarak münakit olur. Binaberin mevzuatı hazırda namı müstear adlı bir müessese olmadığı ve bu surette kanun şekli mahsusunu göstermemiş bulunduğu cihetle tahriri belge ile ispatı kanunen caiz olduğu kanaatındayım. Hakimnin huzurundaki ikrar ile de namı müstearın sübutuna karar verilmesi lazım gelir.

Üçüncü Hukuk Dairesi Başkanı Şefkati Özkutlu; Üç şey üzerinde duruluyor. Muvazaa, ikrar, namı müstear, Borçlar Kanununda bunların yeri yoktur. Bunlar İsviçre'de nasıl hallolunuyor. On sekizinci maddede muvazaadan bahis var. Muvazaa olabilmemiş o halde nasıl mütalaa edeceğiz. Borçlar Kanununun birinci maddesiyle bu halledilir. İlam, edici akit vukua gelir. İşi buradan mütalaa ile netice alacağız. Mecelle ile tefsire mahal yoktur. Şifahi ikrar muteber olunca ikrar bir taraflı akitlerdendir. Bunun hükmü ne ise o kaideyi tatbik ederiz. Aktin mevzuu resmi şekilde olmak lazım geliyorsa resmi şekilde olması lazım gelir. İkrar her meseleyi olduğu gibi halletmez. Yalnız beyetmek kafi değil ziyetliği de nakletmek lazımdır. Namı müstear davalarının dinlenip dinlenmeyeceği meşküktür. Muvazaa aktinde muvazaa mı önce yapılır bey akti mi önce yapılır? Muvazaa ewel ise akti ewel muvazaa sonra ise

ikinci akit ile birinci akit tadil edilmiş olur. Bu noktadan mütalaa edilirse bana mülayip geliyor. Mahkeme huzurundaki ikrar ise tapu memurundan daha kuvvetlidir. 2280 sayılı kanun muvazaa iddiaları mesmu olsun demiş. Bu kanun borçlu olup da alacaklısına mal verenler hakkındadır. Bu umumi bir kaide değildir. Bir kimse ikrar etse mal bu adamındır dese imtinal halinde mahkeme onu icbar eder. Şu halde bundan şu mana çıkar. Müstear namı altındaki ikrar mülkiyeti nakledici bir tasarruftur resmi şekilde olmak lazım gelir dedi.

Dördüncü Hukuk Dairesi Başkan Fevzi Bozer; Borçlar Kanununun istimlak mukavelesi gibi, akit ve tasarrufların, muteber olması için 213. maddesi gereğince gayrimenkul beyi, bey vadi, beyi bilvefa ve istimlak mukavelesi gibi akit ve tasarrufların muteber olması için resmi senetle yapılması şarttır. Yalnız mukaveleden mütevellit şufa hakkı, bu hükümden istisna edilmiştir bunda yazılı şekil kafidir.

Resmi senetten maksat da Noterlikçe resen yapılan senettir. Fakat bir içtihat birleştirme kararıyla resmi senedin tapu senedi, olduğu kabul olunmuştur. Ancak, ahiren Noter Kanununun bazı maddelerini değiştiren kanunla gayrimenkul satış vadedine dair mukavele tanzimi için Noterlere salahiyet verilmiştir.

Eski kanunla men edilmiş olan muvazaa ve namı müstear iddiaları, Borçlar Kanununun on sekizinci maddesi gereğince mesmu olmak lazım gelir. Hususiyle 2280 sayılı kanunda muvazaa iddiasının caiz olduğu tasrih olunmuştur. Fakat ne bu kanunda, ne de diğer mevzuatımızda muvazaanın resmi senede yahut yazılı şekle tabi olacağı hakkında bir sarahat yoktur. Şurası muhakkaktır ki, muvazaa mevzuunun kanuna, ahlak ve adaba mugayir olmaması şarttır, aksi takdirde muvazaa mesmu olmaz. Bir malikin alacaklısını izar ve ondan mal kaçırmak maksadiyle ve muvazaa suretiyle gayrimenkulünü başkasına satması gibi bu misillu hallerde muvazaa iddiası mesmu değildir. Kanunumuz kötü niyet sahibini himaye etmemiştir. Amma mevzuu kanuna, ahlak ve mugayir, değilse o vakit mesmu olur.

Bir malikin ödünç aldığı paraya teminat olarak vermeyi kastettiği gayrimenkulünü alacaklısına katiyyen ferağ etmesi gibi. İşte bu husustaki muvazaa 2280 sayılı kanunla tecviz olunmuştur. Fikrimce bu gibi muvazaaların, gayrimenkulün borçluya iadeten temlik taahhüdünü tazammun ettiği cihetle resmi senede bağlanması şarttır.

Namı müsteara gelince; Bugün namı müstear denilen bir müesseseyi lüzum ve zaruret yoktur. Zira, bugünkü hukukumuzda göre hükmi şahıslar dahi gayrimenkul tasarruf ve iktisap edebilir. Bugün bu müesseseye ya bir hile ve desise suretiyle yahut gizli bir hibe maksadiyle müracaat olunabilir. Hile ve desise vasıtası ise kanunen mesmu olmamak lazım gelir. Gizli hibede ise Borçlar Kanununun 238. maddesi mucibince resmi senede bağlanması şarttır.

- ( 5.2.1947 : Üçüncü Oturum )

Birinci Hukuk Dairesi Başkanı Galip Karayalçın; Emvali Gayrimenkulenin Tasarrufuna ait 329 tarihli kanunun dördüncü maddesiyle fıkrai muvakkate gereğince muayyen olan müddet geçtikten sonra muvazaa ve namı müstear davalarının dinlenmesine cevaz verilmemiştir. Bu memnuiyet Medeni Kanunun yürürlüğe girmesine kadar devam etti. Medeni Kanunun borçlara ait kitabında muvazaa davaları hakkında hususi hükümlerden de ancak namı müstear davaları ve bu kabil davaların dinlenebilip dinlenemeyeceği hakkında Medeni Kanunda bir sarahat yoktur. Namı müstear davasının Medeni Kanunun 932. maddesine uyup uymayacağı da hukukçular arasında ihtilafdır. Ancak, tevhibi içtihadı arz edilen iş namı müstear davalarının dinlenebilip dinlenemeyeceği hakkında olmayıp bu davanın sübut delili olmak üzere yazılı bir belge kafi midir yoksa resmi bir senet ile tevsik lazım mıdır? Ve bu itibarla muvazaa namı müstear davalarının sübut delilleri arasında bir fark aranmak icap eder mi? Bunun için bazı izahlar da bulunmak lazımdır. Geçen celsede Sayın bazı arkadaşlar tarafından da belirtildiği üzere muvazaa her hangi bir maksatla taraflar arasında zahiri bir akit mevcut ise de, hakikat ve nefselemerde böyle bir akit olmadığından muvazaanın sübutu halinde bu yapılan muamele hükümsüz sayılır. Namı müstear da ise taraflar arasında hiç bir akit yoktur. Yalnız kendi üzerinde sicilde kayıtlı olan gayrimenkul sahibi bu yer gerçi kendi namına tapuda kayıtlı ise de, kendi namı müstear olup hakikatta bu yerin başka birisine ait olduğunu beyandır. Bu vaziyete göre muvazaa taraflar arasında hükümsüz bir muamele olduğundan bu muvazaanın sübut delili tahriri olmak kafidir. Resmi senede ihtiyaç görülmez ve tahriri delil bulunmazsa diğer tarafa da yemin ettirilerek dava ve ihtilaf halledilir. Dairemizce de eskiden beri bu yolda karar verilmektedir.

Namı müsteara gelince; Taraflar arasında bir akit yoktur. Her hangi bir suretle bir adam namına mukayyet olan gayrimenkul kendisinin olamayıp başkasına ait olduğunu beyandan ibarettir. Acaba bu ihbar mıdır ve bu itibarla mücerret bir tahriri beyan yeterli sayılabilir mi? Yoksa kendi üzerinde mukayyet olan bir ayni hakkı başkasına devri taahhüt mahiyetinde bir inşa mıdır? Aranılacak en ince nokta bu cihettir. Bana kalırsa taraflar arasında bir akit olmadığından ve tapu sicilinde namına kayıtlı olan gayrimenkulün maliki ve ayni hak sahibi o şahıs olacağından mücerret tahriri bir beyan ile diğer tarafa bir hak veremez. Medeni Kanunun 634. maddesinde mülkiyeti nakleden akitler resmi şekilde yapılmadıkça muteber olmazlar denmektedir. Ve bu madde gayrimenkul hakkındadır. Ve yine Borçlar Kanununun 213. maddesinde de bey vadi ve işıra hakkı ve beyi bilvefa mukavelesi de resmi senede raptedilmesi şart koşulmuştur. Bu 213. maddenin hadiseye şümulü yoksa da, hemen hemen illette müşterektirler. Evelki celsede namı müstear beyanının tapu siciline kaydı şarttır demiştim. Bu maruzatım Borçlar Kanununun 213. maddesindeki resmi senedin tapu sicili olduğu hakkındaki tevhibi içtihat kararına uymak içindir. Böyle bir muamele tapu siciline kaydedilmese bile resmi Noter senediyle bir beyanın yeterli olacağını kabul zaruridir. Binaenaleyh lehine bu suretle bir beyan vaki olan kimse o yerde şahsi bir hak sahibi sayılır ve namına tescilini isteyerek hüküm istihsal eder ve şahsi hak ayni hakka inkılap eder.

Hukuk alimi Schwarz'ın mutalaaı aynen şöyledir:

Maamafih ( A ) nın beyaniyle senede raptedilmiş olan anlaşmanın maddi mahiyeti her ne olursa olsun Medeni Kanunun 634. maddesi mucibince mülkiyeti nakleden akitler resmi şekilde yapılmadıkça muteber olmazlar. Medeni Kanunun bu hükmü her ne kadar hususi kanunlarla müteaddit defalar tadile uğradıysa da, resmi şekil şartı hep muhafaza edilmiştir. Binaenaleyh ( A ) nin beyanı neticesi olan borçlandırıcı hüküm ( aynı hüküm bahis mevzuu olamaz ) bu beyan vukubulduğu tarihte Türkiye'de gayrimenkullerin devir ve ferağına müteallik şekil kaidelerine uygun olup olmadığına bağlıdır. Şayet bu beyan şekil kaidelerine

tevafuk etmiyorsa bu beyanın borçlandırıcı hükmü yoktur şuna da işaret etmek istiyorum ki, imzanın muayyen bir şahsa ait bulunduğunu göstermekten başka bir ehemmiyeti olmayan imzanın tasdiki resmi şeklin yerini tutmaz ).

Yine Sehwarz mutalaasında tapu sicilinde ne yazılı ise doğrudur. Ancak tescile haklı bir sebep yoksa 932. madde tatbik olunacağını ve fakat bu işin zikrolunan maddeye uymayacağını söylemektedir.

Ve yine Sehwarz ( A ) nın dörtte bir hissenin davacının olduğunu söylemesi tamamiyle namına tescil olan kayıt ile tezat teşkil ediyor. Binaenaleyh ( A ) nin maksadı ( B ) nin mülkiyetini nakil için bir hakkı haiz olduğunu kabul mahiyetindedir. Mutalaası alınan bir hukukçu bu hususta ispat şekli ne olacağı sualine karşı kaçamaklı cevap vermiştir ve meseleyi açıkça izah etmemiştir.

Netice itibariyle muvazaa ile namı müstear aşağı yukarı bir ispat şekline tabi olduğu hakkındaki sayın zevatın beyan ve kanaatları da cayı mülhazadır. Yukarıda arzylediğim gerekçelere göre namı müstear muvazaadan bambaşka bir şeydir ve ispat şekli de resmi senetten olabilir böyle bir belge olmazsa diğer tarafa yemin de tevcih olunamaz.

Y. K. Arslansan; Geçen celsede tapuda tesis edilmiş olan bir kaydın hilafını aynı hüküm ve kuvvette delillerle ispat olunmak gerektiği hakkındaki düşüncelerime bazı noktaların da ilavesini lüzumlu görüyorum. Borçlar Kanununun on ikinci maddesi "kanunen yazılı olması lazım gelen bar aktin tadili de yazılı olması esasını koymuştur" İsviçre Borçlar Kanununun mevzuatımıza alınmayan 115. maddesinde "kanunun veya tarafların vücuda gelebilmesi için şekle tabi tuttuğu bir akit hükmünün kısmen veya tamamen kaldırılması bir şekle bağlı değildir" yolundaki hükmü bazı İsviçreli şarihlerin de ileri sürdükleri veçhile on ikinci madde hükmüne münafi görülmüş ve senede karşı her hangi bir iddianın senetle ispatı memleketimizin ihtiyaçlarına daha uygun görülmüş olduğundan Borçlar Kanun layihasını hazırlayan komisyonca İsviçre Borçlar Kanununun 115. maddesi alınmamıştır. İşte bu mülhazalara müsteniden bir beyinin hilafı aynı hüküm ve kuvvette bir beyine ile ispat olunması usuli hükümler icaplarından bulunmasına ve olayda gayrimenkul mülkiyetinin devir ve nakli bahis mevzuu olmasına göre olaylarda esas ve usul bakımlarından tapuda müesses kaydın hilafı tesis gibi resmi şekilde yapılmış bir senetle ispat olunmak lazım geleceği düşüncesine varıyorum.

Borçlar Kanununun 393. maddesine dayanılarak ileri sürülen mutalaalara gelince;

Tapuda kayıtlı namının, namı müstear olduğunu ikrar ettiği iddia olunan kimsenin temsil ve vekalet sıfatıyla hareket eylediği bahis mevzuu değildir. İşbu madde hükmü de hilafı tezi ileri süren sayın arkadaşların iddialarını ispat eder mahiyette değildir.

Şerhlerde yazılı olduğu üzere, mümessil tasarrufunda temsil ettiği kimsenin makamına kaimdir. Kendi namına fakat temsil ettiği hakiki veya hükmi şahıs hesabına edindiği mal ve alacak o tarihte temsil ettiği hakiki veya hükmi şahsın olur. Halbuki mümessil olmıyan vekilin kendi namına fakat müvekkil hesabına edindiği mal ve alacaklara müvekkilin malik olması ancak vekile karşı borçlarını ifa eylediği zaman tahakkuk eder.

Aynı haklara gelince; Vekil kendi namına müvekkil hesabına edindiği menkul mal üzerindeki mülkiyet ve ziyetlik kendisinin olup ancak aralarındaki akit şartları dairesinde bu mülkiyeti müvekkile devretmekle mükellef olur. Binaenaleyh müvekkilin bu takdirde vekile karşı haiz olduğu hak, o mal üzerinde aynı bir hak olmayıp ancak o malın kendi uhdesine nakil ve temlikini istemekten ibaret şahsi bir haktır. Vekilin aldığı gayrimenkul ise müvekkilin buna malik olması ancak tapu siciline tescil zamanında tahakkuk eder. Müvekkil bu zamana kadar gayrimenkulun aynı üzerinde bir hakka malik olmayıp ancak mülkiyetin kendisine devir ve nakledilmesini ve tapuda o suretle tescil edilmesini istemek şahsi hakkına malik olur. İşte bu izahat gösteriyor ki, vekil kendi adına satın aldığı menkul ve gayrimenkul bir malı kayıt ve şartsız müvekkile intikal etmez. Müvekkil ancak menkul ve gayrimenkul malın aralarındaki akit şartları dairesinde kendisine devir ve temlikini istemek şahsi hakkına maliktir. Bir de sayın bir arkadaşın ileri sürdüğü veçhile işbu madde hükmü yalnız alacağı münhasır değil kıyasen aynı haklara da şamil olduğu da şerhlerde açık kayıtlar vardır.

Von Tuhr Alman Medeni Hukuku umumi kısmında 112. sahife ( tesbit muameleleri hakkındaki fasılda ) "ikrarın mevzuu tarafların iradesiyle ihdas veya tadil olunabilen her hangi hukuki bir münasebet olabileceğine göre mülkiyetin ikrarı, icabı halinde mülkiyet vaziyetinde bir tebeddül intaç edeceği için bu ikrar mülkiyetin naklindeki şartlara tabidir" demekte olmasına Medeni Kanunun 634. maddesinde mülkiyeti nakleden akitler resmi şekilde yapılmadıkça muteber olmayacağı yazılı bulunmasına göre namı müstear iddialarının behemehal resmi şekilde tanzim edilmiş bir senetle ispat olunmak lazımdır mücerret yazılı delil olamaz suretinde mutalaam ilmi içtihatlarla tamamen uygundur.

Eski ve yeni mevzuatımızda ikrarın mahiyeti hakkında bir ayrılık olmamakla beraber hükümler farklıdır. Mevzuatımıza alınmayan Noşatel Kanununun İsviçre Medeni Kanunununa müteallik medhal Kanununun ikrar faslında ikrara müteallik tamamlayıcı hükümler vardır. Düşüncelerim mevzuatımıza alınmış olan bu tamamlayıcı hükümlere ( Von Tuhr ) in şerhine müstenittir. Olayda ikrarın mevzuu gayrimenkul mülkiyetinin devir ve nakline taalluk etmekte olmasına ve Medeni Kanununun 634. maddesi gereğince gayrimenkul mülkiyetin devir ve nakli resmi şekilde yapılmak muktazi bulunmasına göre namı müstear iddiaları mukirrin lehine ikrarda bulunduğu şahsa veya bunun göstereceği hakiki veya hükmi şahıslara mülkiyetin devir ve nakli resmi şekilde yapılmış bir belgeye müstenit olmadıkça şahsi bir hak da tevliet etmez. Kanunun vücuda gelebilmesi hakkında şekle tabi tuttuğu akitlerde mahkeme huzurunda ikrarda mukirri ilzam etmez. Ancak, akit resmi şekilde yapılmış olduğu surette mukir müzlem olur. Düşüncelerim yeni mevzuatın esas kurallarına ve tanınmış şarihlerin mutalaalarına müstenittir.

Üçüncü Hukuk Dairesi Başkanı Şefkati Özkultlu; Mahkeme huzurundaki ikrar her halde kabul olunmaz batla icazet doğru değildir. Mahkemede vereceğim diye olan ikrar yeni bir akit olur. Hakime ancak tescil yapmak düşer. Vekile gelince; vekil ile mümessil arasında kanunen fark vardır. Fakat aşağı yukarı hükümler birleşir ( Madde : 32 ). Hizmetçi benim namına bakkaldan bazı şeyler alıyor. Onun borçlusu ben oluyorum. Satıcının rızası banadır. Mülkiyet benim için sabit oldu. İsviçre'ye göre resmi senetle olmak lazımdır. Şahsi hakka binaen mülkiyet dava olunur. Vekilin kendi nefesine aldığı mal onun için sabit olur. Telef olursa vekalet kaideleri cari olur. Müvekkilinden zararını isteyebilir dedi.

İkinci Hukuk Dairesi Başkanı A. Himmet Berki; Sayın arkadaşlarımdan bazılarının ifadelerinden öyle anlıyorum ki, mutlaka bir gayrimenkulün sicile yazılması kim namına yazılı ise onun için mülk ifade eder. Bence yanlıştır ve hukuki esaslarla kabili telif değildir. Farzedelim ki, ehliyeti haiz olmayan bir çocuk gayrimenkulünü birine satar ve tapuya tescil edilirse müşterinin mülküne geçer mi? Veya bir şahıs vekaleti olmadığı halde vekilim diye birinin gayrimenkulünü diğere satar ve tescil ettirirse ne ifade eder.

Böyle akitsiz kanunsuz tescillerle mülk sabit olmaz. Vekilin müvekkili hesabına kendi namına aldığı gayrimenkulün mülkiyetine gelince eski hukukumuzda da izah edildiği üzere biran için mülkiyet vekile sabit olsa da istikrar etmez derhal müvekkile intikal eder. Geçen celsede mülkiyetin iptidaen vekile sabit olmasının veçhini arzettim.

Arkadaşlarımdan müsaadeleriyle bir şey soracağım mesala ben birine 200 lira verdim bana pazardan sütlü bir inek aliver dedim. Pazara gitti bir inek aldı bittabi benden bahsetmedi. İneği bana teslim etmek üzere getirirken yolda afeti semaviye ile telef oldu. Kimden kimin malından telef olmuş oldu. Vekilin malından diye mi cevap verecekler.

Hulasa vekilin bana nakledeceği yettir. Mülkiyet bana sabittir. Eğer bir şekil meselesi olsa bunların davası mahkemede ikrar muteber olmamak icap ederdi. Halbuki mesele böyle değildir.

Birinci Hukuk Dairesi hem bu kabil davaları hem de bu baktaki ikrarları kabul etmektedir. Bir takım nazariyetlerle hukuk işlerini içinden çıkılmaz karışık hale getirmek doğru değildir. Tatbikatın nazariyyattan daha çok muvaffak olduğunu asla hatırdan çıkarmamalıdır.

Y. K. Arslansan; Vekil müvekkili hesabına alınca şarihler diyorlar ki kendi almış ise mülkiyet ve ziyetlik kendisindedir. Ancak devir ile mükellef olur. Mülkiyet vekilindir. Devir ve nakil etmekle mükelleftir. İkrar eski ve yeni mevzuatta da birdir. İkrarı yeni mevzuatımıza göre manalandırmaktır. Adli ikrarda yeni mevzuat prensipleri malumdur. Gayrimenkulün mülkiyetine taalluk ettiği için resmi senet lazımdır diyoruz. İkrarla akti karıştırmıyoruz dedi.

İkinci Hukuk Dairesi Başkanı A. Himmet Berki; Nereden okuyorlarsa bizim mevzuatımıza uygun değildir. Mütalaaları maslahata da uygun olmaz.

Üçüncü Hukuk Dairesi Başkanı Şefkati Özkutlu; Borçlar Kanununun 32. maddesini okuduk son fıkrası gayet sarıhtir. Bu hüküm dururken bey olamaz buna cevap vermediler.

İkinci Hukuk Dairesi Başkanı A. Himmet Berki; Vekil için sabit olur. Vekil halef olur. Mülkiyet derhal intikal eder. Milki alacak vekilin mülkü olamaz;

Y. K. Arslansan; Düşüncelerimi müellifin eserine dayanarak arzettim. Eser Von Tuhr'a attir. ( Sahife: 206 ) Schwarz'in Birinci Hukuk Dairesindeki dosyada mütalaası da vardır. Kendileri okumadan varit değildir demeleri nasefet kaidelerine muhalif olur dedi;

Birinci Başkan; Borçlar Kanununun on sekizinci maddesi aynen:

( Bir akitin şekil ve şartlarını tayinde, iki tarafın gerek sehven gerek akitteki hakiki maksatlarını gizlemek için kullandıkları tabirlere ve isimlere bakılmıyarak onların hakiki ve müşterek maksatlarını aramak lazımdır ).

Umumi hükümler, borçların teşekkülü ve akitten doğan borçlar silsilesine dahil, kanunun ahkamina riayeti emrettiği hukuk kuralları arasında yer almış bulunan bu madde muhtevası, üzerinde müteaddit celseler devam eden tartışmalarla durduğumuz konunun ruhuna temas eden bir hükümdür.

Maddenin sarih metninden anlaşılıyor ki; Bir akitte kullanılan elfaz ve mebaniden ziyade maksat ve meaniyi aramak gerekmektedir. Elfaz ve metbaniyi büsbütün ihmal doğru olmamakla beraber hakiki ve müşterek maksat taayyün edince aktin şekil ve şartı da ortaya çıkmış olur. Şüphe yok ki; bunu aramayı emreden Kanun Vazı, hakiki maksat belli olunca ihtilafın hal ve intacında bu sonuca kıymet verdiğim de açıkça göstermektedir. Esasen muvazaa denilen yapmacık akitlerde bir meşruiyet aramaktan ziyade halk arasındaki hukuki ve sosyal icap ve amilleri düşünmek ve üçüncü bir şahsın hakkı muhtel olmadıkça taraflara münhasır kalan ihtilaflarda müşterek maksadı, aktin inakadına ve borcun doğmasında bir esas olarak kabul etmek zaruri oluyor.

Muvazaa müessesesinin gerek eski ve gerek yeni mevzuatımızda revaç bulmuş olduğu şüphesizdir. Medeni Kanunumuzun beşinci maddesi: Aktin inakadına ve hükümlerine ve sukutu sebeplerine taalluk edip Borçlar kısmında beyan olunan umumi kaidelerin medeni hukukun diğer kısımlarında da cari olacağını gösterdiği için aynı haklarda da muvazaanın mümkün olacağını düşünmek yerinde olur. Bununla beraber eski mevzuatımızda namı müsteara revaç verilmesinin sebebini, eşhası hükmiyenin gayrimenkul teferruğundan memnu olduklarında aramak mümkün olduğu gibi Sayın arkadaşlar tarafından ileri sürülen uzun mülhazalarda gösterilen sebeplerde bulmak da kabildir. Uzun müddet devam eden tatbikattan sonra eşhası hükmiyenin de gayrimenkul iktisap edebilecekleri kanuni müsadeye iktiran ettiği zamandır ki, muvazaa ve namı müstear davalarını istmadan hükkam menedilmiştir.

Muvazaa, hakiki bir ihtiyacın mevlüdi midir? Belki, fakat bu aktin daima iyi niyete dayandığını iddia etmek hiç bir zaman doğru olamaz. Bazı ıztraı sebepler bulunsa bile alelekser kötü niyet ve maksatlarla kullanıldığı şüphe götürmez bir hakikattir. Bu sebepten, hedefi daha ziyade başkalarını ızrara matuf olan bu müesseseye yeni mevzuatımızda hiç yer vermemek elbette daha musip olurdu. Ne çare ki; Borçlar Kanununun yukarıda arzettiğim on sekizinci maddesi buna imkan vermiş olduğu gibi ahiren ipotekli gayrimenkullerin paraya çevrilmesi ve muvazaa hakkındaki kanun hükümleri de bunu teyit ve kabul etmiştir.

Bu itibarla halkın ifsadı ahlakına hizmet etmekten başka bir faydası olmadığı kanaatında bulunduğum bu akit şeklinin kanunumuzdan çıkarılmasını samimiyetle temenni etmekteyim.

Muvazaa ve namı müstearın elfazı müteradifeden olmadığını muhterem rüfeka izah buyurdular. Borçlar Kanununun on sekizinci



maddesinde hakiki maksat ve ismin ketmedilmiş olduğu beyan edilmesine göre yeni mevzuatımızda da aynı telakkinin mevcudiyeti görülmektedir. Bu böyle olunca, yani muvazaa ve müstear ismin bir akitte vücut bulabileceği tasavvur ve mülhaza edilince buna terettüp edebilecek ahkamı düşünmek iktiza etmektedir.

Birinci Hukuk Dairesi Aliyesinin birbirine uymayan iki kararından birinde müstear isim iddasının resmi senetle ispatı lazım geleceği bildirildiği halde ikincisinde haricen vaki yazılı ikrarın sübut vasta ve sebebi olacağı ileri sürülmüş ve asliye mahkemesinin hükmü bu sebepten bozulmuştur.

Resmi senet mefhumundan anladığımız mana içinde Noterlikçe resen tanzim edilmiş bulunan senet bulunduğu gibi tapu dairelerince tanzim edilmiş olan vesikaların da bulunduğu şüphesizdir. Bundan başka kanunun emrettiği yerlerde hakimler tarafından tanzim edilmiş bulunan senetlerin de bu meyana ithal edildiği tabiidir. Ancak, Birinci Hukuk Dairesi Aliyesinin sübut vasıta ve sebebinin araştırırken resmi senet diye vasıflandırdığı vesikadan ne kastedildiğini katiyetle anlamak biraz güçtür. Huzurunuzda geçen sözlerden bu senedin Noterlikçe resen tanzim edilen senet olduğunu söylediler. Ve bunun için de deliller arasında mümaselet ve tevazün bulunmasının zaruri olduğunu ileri sürdüler. Halbuki gayrimenkullerde mülkiyet belgesinin tapu sicili olduğu kanunen tahsis edilmiş olmakla beraber ewelce müttehaz tevhibi içtihat kararı da bu senedin Noterin resen tanzim ettiği senet olmadığını tesbit etmiş bulunması bakımından dairei müşarunileyhanın bu görüşünde tam bir isabet iddiası ileri sürülemez. Kaldı ki; biraz ewel arzettiğim 2280 numaralı kanunda muvazaa iddiasının usulen ispatına cevaz verilmiş olması da bu iddiayı kuvvetten düşürecek bir müeyyede sayılmak icap eder. Bundan başka Medeni Kanunumuzun yedinci maddesi ahkamı mahsusa ve usulü muayyene haricinde resmi sicil ve senetlerin doğru olmadığını ispat hususunu bir şekli mahsusa bağlı tutmamıştır.

İspat vasıta ve imkanlarının Medeni Kanunun umumi hükümler kısmında bu derece geniş tutulduğu bir mevzuda her hangi bir merciin bunu takyide teşebbüsü açık bir hüküm gösterilmedikçe rehin cevaz olmamak icap eder. Deliller arasında mümaselet ve tevazün bulunması hakkındaki nazariyeyi baltalayan bu hükmün mezkur nazariyye ile nasıl telif edilebileceği de her halde bir sual konusu olmak lazım gelir.

Bununla beraber senetlere ait umumi hükümlerden bahis olan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda gösterilen hukuki kaidelerin tatbikinden hiç bir zaman varestede kalamayız.

İkrarın diğer delil ve beyinelere tekaddüm eden ilzami bir kuvveti haiz olduğunu kabul zaruri olmakla beraber mucibi ihtilaf olan hadiselerde tasarruf belgesine karşı yazılı beyine ile ispat kanunen muktazi bulunmaktadır.

Hulasa; Tasarruf ve temellükü müsbit tapu siciline karşı muvazaa ve müstear isim iddiası kanunen istimaa şayandır. Sübutuna gelince: Bunun da yazılı bir belgeye dayanması icap eder.

Benim acizane fikir ve kanaatım da budur. Takdir yüksek heyetindir. Demeleriyle :

Sonuçta:

Halli gereken meselenin konusu: Namı müstear iddialarının resmi veya adi senetle ispatı caiz olup olmadığı hakkında Birinci Hukuk Dairesi kararları arasında vücut bulan uyumsuzluk.

Birinci Hukuk Dairesi olayda namı müstear iddialarının resmi mahiyette senetle ispatı lüzumuna karar vermiş olduğu halde benzeri diğer bir olayda bu karara aykırı olarak alelittlak yazılı delille ispatın mümkün olacağını kabul etmiştir.

İhtilafa konu teşkil eden işler gayrimenkul sicilinde yazılı adın vekalet münasebetiyle müstear isim olduğuna müteallik ise de; bu husustaki ihtimaller gözönünde tutularak meselenin daha şümüllü bir surette müzakere ve çözülmesi uygun görülmüştür.

30/Mart/1329 tarihli Emvali Gayrimenkulenin Tasarrufu Hakkındaki Kanun ile mahkemelerce dinlenmesi menedilmiş bulunan muvazaa ve namı müstear davalarının bu kanundan evvel yürürlükte bulunan eski mevzuat hükümlerine göre dinlenmeleri caiz olduğu gibi Medeni Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra da Borçlar Kanununun on sekizinci maddesi gereğince muvazaa iddialarının mahkemelerce dinlenmesine bir engel bulunmamış ve ancak Emvali Gayrimenkulenin Tasarrufu Hakkında yukarıda sözü geçen Kanun zamanında istimai memnu bulunmuş olan bu kabil davaların 30.3.1329 ile 4.10.926 tarihleri arasında geçen zaman içinde tekewün etmiş bulunduğu takdirde Medeni Kanunun meriyetinden sonra dinlenip dinlenemeyecekleri Birinci ve İkinci Hukuk Dairelerinin birbirine uymayan iki kararı ile uyumsuzluk mevzuu teşkil etmiş olmasından dolayı 8.5.1941 tarihli tevhibi içtihat kararıyla Medeni Kanunun yürürlüğe girmesinden ewel gayrimenkuller hakkında tesis olunan kayıtlara dair ikame olunacak muvazaa davalarının dinlenemeyeceği tesbit edilmişti.

Bu kerre kurula sevkolunan ve birleştirilmesi icap eden kararlar arasındaki uyumsuzluk ise Medeni Kanunun yürürlüğe girdikten sonra gayrimenkuller hakkında tesis olunan kayıtlarda namı müstear hadisesine müteallik bulunmaktadır. Gerçi bugünkü mevzuatımızda namı müstear diye bir tabir yoktur. Fakat hukuki münasebetlerde namı müstear hadiseslerine her zaman, tesadüf edilmekte ve binaenaleyh bunun hukuki mahiyetini ve hükmünü tayin zaruri bulunmaktadır.

Muhtelif sebep ve maksatlarla bir gayrimenkul kaydına hakiki maliki yerine başka bir nam ve bir mukavelenamede akitlerden biri yerine üçüncü bir şahıs ve bir alacak senedinde alacaklı veya borçlu sıfatını haiz olmanın diğer bir kimsenin gösterilmesi mümkündür. Bu gibi hallerde vekilin kendi namına ve müvekkili hesabına yaptığı tasarruflarda olduğu gibi hukuki bir durum, veya her hangi bir maksatla üçüncü şahıslardan hakikati gizlemek gayesi güdülebilir. Suiniyetle ve haksız gizlemelerde ilgililerin haklarını Kanun Vazu muhtelif hükümlerle teminat altına almış olmakla beraber bu cihet müzakere konusu dışı olduğundan bunun üzerinde durulmaya lüzum görülmemiştir.

Sözü geçen ihtimallere göre, böyle bir dava, gerçekten ya mevcut bir hakka dayanarak bir yedin nakli veya bir hakkın himayesi mahiyetini arzeder. Kurulumuzu en çok münakaşa ve müzakereye sevkeden husus, vekilin kendi namına ve müvekkili hesabına

yaptığı tasarruflarda mülkiyetin vekile mi? Yoksa müvekkile mi? sabit olacağı meselesi olmuştur.

İlmi bir incelik taşıyan meselenin nazari esaslarla halli kabil olduğu gibi bu bapta kanunlarımızın sarahatından istiane de mümkün bulunmuştur.

Temsil ve vekalet münasebetinde, mülkiyette halefiyet esas olarak kabul edilmiş bir keyfiyet olup halefiyeti tashih maksadıyla iptidaen mülkiyetin vekile sübutu düşünülse bile temsil hükümlerine muhalif olduğundan bunun istikrar ve devamına hükmolunamaz. Ve Borçlar Kanununun otuz ikinci maddesinin ikinci fıkrasındaki alacaklar ve borçlar merhumu mülkiyete teşmil edilemez. Nitekim Borçlar Kanununun "müvekkil vekiline karşı muhtelif borçlarını ifa edince vekilin kendi namına ve müvekkili hesabına üçüncü şahıstaki alacağı müvekkilin olur.

Vekilin iflası halinde müvekkil, bu hakkını masaya karşı da iddia edebilir.

Vekilin iflası halinde müvekkil, vekilin kendi namına ve müvekkili hesabına iktisap eylemiş olduğu menkul eşya hakkında dahi istihkak iddiasında bulunabilir.

Vekilin haiz olduğu hapis hakkını, masa dahi haizdir diye yazılı 393. maddesi bu asla müteferridir. Zikri geçen sebepten dolayı maddedeki menkul eşya kaydını vukui olarak kabul etmek zaruri görünüyor.

Gerek menkule gerekse gayrimenkule taalluk etsin namı müstear hadiselerinde mesele bir istihkak ve mülkiyet davası mahiyetini geçemeyeceğinden ne resmi senet ne de şekil meselesi bahis mevzuu olamaz. Nitekim; ötedenberi mahkemeler vaki olan bu kabil ikrarlara müsteniden hüküm vermekte ve meselede bir şekil meselesi görmemektedirler. Bundan başka meseleyi zatı akitle ve isimlerde muvazaayı dahi şumulüne alan ve netice itibariyle namı müsteara münker olan on sekizinci madde hükmü çerçevesi içinde mütalaa kanunun ruh ve maksadına muvafık olur.

Bu esasların müzakere ve münakaşasından sonra bir senede karşı dermeyan olunan iddiaların aynı kuvvette senetle ispatı gerekli olup olmaması meselesine de temas edilmiş ve Medeni Kanunun yedi ve yirmi dokuz ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 290. maddeleri sarahatından açıkça anlaşıldığı üzere kanunlarımız daha ziyade nazari olan bu düşünceyi kabul etmediğinden bunun üzerinde daha fazla durulmaya da lüzum görülmemiştir.

Sonuçta oylara başvurularak yukarıdaki sebeplere binaen namı müstear davalarının mesmu ve yazılı delil ile ispatı caiz olduğuna üçte ikiyi geçen çoklukla 5.2.1947 tarihinde karar verilmiştir.

