

RAPORUN GÖRÜŞÜLMESİ

(Ses alma makinesiyle tele alınan görüşmelerdir.)

Asistan Dr. Kemal OĞUZMAN

«Efendim, kıymetli hocamız Sayın Profesör İlhan Postacıoğlu'nun derin hukukî tahlilleri ihtiva eden raporunu büyük bir zevkle dinledik, kendisine hakikaten candan teşekkür ederiz. Yalnız bu mevzuda bendeniz de bir nebze çalışmış olduğum için kıymetli hocamızdan bazı noktaların açıklanmasını rica edeceğim. Yalnız eğer müsaade buyurulursa bu noktalar biraz uzun olduğu için belki konuşma 5 veya 6 dakikayı tecavüz edecektir. Bu hususta yüksek heyetin tasvibini rica ediyorum.

Sayın hocamızın konuşmalarına başlarken namı müstearı tasnif hususunda ileri sürdükleri üç veya iki nazariye var. Birisi dolayısıyla temsili tazammun eden vekâlet durumu, diğeri de muvazaa durumu. Bu muvazaayı da iki şekilde nazara alıyorlar: Şahısta muvazaa, aktin tarafında muvazaa veya akdin mevzuunda muvazaa.. 1953 tarihli tevhid-i içtihat kararı nam-ı mütear meselesini bu hallerin dışında mütalâa etmiştir. Binaenaleyh, kanaatimce de namı müstear kelimesini, ne doğrudan doğruya akdin mevzuunda muvazaa, ne de dolayısıyla temsil hallerinde kullanmak iktiza eder. Her ne kadar nam-ı müstearın fransızca karşılığı Fransa'da dolayısıyla temsili tazammun eden vekâletler için kullanılırsa da bizim hukukumuzda böyle bir tâbir kullanılmasına lüzum yoktur. Nitekim 1953 tarihli tevhid-i içtihat kararı da dolayısıyla temsili tazammun eden vekâleti nam-ı müstear meselesinin dışında bırakmıştır. Birinci nokta bu.

İkinci nokta, kıymetli hocamıza göre, akdin taraflarında muvazaa kabildir. Yani A, B, C arasında A gayrimenkulü B ye satar, fakat C ye satmış gözükmesi iktiza eder. Bu bir muvazaa olabilir buyuruyorlar. Âcizane bizim noktaî nazarımız, böyle bir muvazaanın kabil olmadığıdır. Zira malûmuâlileri olduğu veçhile, muvazaa bir akitte tarafların irade beyanlarının hakikî arzularına tevafuk etmemesidir. Bu ya bir basit muvazaadır; irade beyanlarının hiçbir hüküm ifade etmemesini is-

terler. Veya mevsuf muvazaadır, başka hükümler meydana getirmelerini, yaptıkları akdin hükümlerini değil, başka bir akdin hükümlerini meydana getirmelerini arzu ederler. Şimdi bu faraziyeyi, muvazaanın bi-zatihi tarifini üçlü muvazaaya tatbik edersek bunun mümkün olmadığını görürüz. Zira A, B ile bir akit yapıyor. Bu yaptığı akitte diyor ki, ben sana bu gayrimenkulümü satıyorum ve namına tescil ediyorum, ama sanki C ye satılmış ve tescil edilmiş gibi olsun. Bu mümkün değildir. Burada ya A'nın B ile yaptığı akit muvazaalıdır; ama bu taraflar arasında muvazaa değil, bir basit muvazaadır. A'nın B ye yaptığı temlikin hüküm ifade etmemesidir. C'nin namına bu temlikin hüküm ifade etmesine imkân yoktur ki bir mevsuf muvazaa, yani irade beyanlarıyla harice karşı açıklanan durumun hüküm ifade etmeyip de gizli kalan durumun hüküm ifade etmesi mümkün olsun. Binaenaleyh A, B ile zahiren bir satış yapmış, bir temlikte bulunmuş gibi gözükürken gayrimenkulü hakikatte C ye temlik etmiş olamaz. Bu mümkün değil. Binaenaleyh isterse nam-ı müstear meselesinin içinde mütalâa edilsin, isterse dışında mütalâa edilsin, akdin taraflarında muvazaa kanaatimizce mümkün bir hal tarzı değildir. Menkullerde de mümkün değildir. Bu takdirde ortadaki duruma C iştirak etmeksizin, sadece A ile B arasında yapılan muameleye C'nin herhangi bir şekilde iştiraki bahis konusu olmaksızın C namına menkullerde de bir neticenin istihrac edilmesi mümkün değildir. C namına netice ancak şu halde istihraç edilebilir: Akitlerden birisi, A veya B, C'nin mümessili ise. Aksi halde, C namına bir durumu ihdas etmelerine imkân yoktur. Eğer C duruma iştirak ederse bu takdirde muvazaa problemi kalmaz, doğrudan doğruya veya dolayısıyla temsil problemi ortaya çıkar. Binaenaleyh, âcizane nokta-i nazarımız, üçlü muvazaanın mümkün olmaması noktasında toplanıyor.

Temas etmek istediğimiz bir diğer nokta da, kıymetli hocamızın Federal Mahkeme kararından da bahsederek vekâlet akdinde resmî şeklin aranıp aranmaması noktasıdır. Hakikaten bugün gerek Türk tatbikatında, gerekse İsviçre'de gayrimenkul satışına müteallik vekâletlerde resmî şekil bir sıhhat şartı olarak aranmamaktadır. Buna mukabil, tapu memuru, hiç değilse imzası noterden müsaddak vekâletnameleri aramaktadır. Fakat hakikaten 1953 tarihli tevhid-i içtihat kararı, vekâletin sıhhatini bir şekle tâbi tutmaksızın gayrimenkulün devrine salih bir akit olmadığı noktasında hata işlemiştir. Ya vekâletin sıhhati şekle tâbi tutulur, bu takdirde şekilsiz yapılan vekâlet bir hüküm ifade etmez. Veya şekilsiz yapılan vekâlet hüküm ifade eder, bu takdirde Borçlar Kanununun 392 nci maddesine göre temlik borcunu da ihtiva eder. Fakat kana-

atimizce vekâlet akdinin bizatihi sıhhatinin şekle tâbi olması iktiza eder. Burada Federal Mahkemenin nokta-i nazarına da iştirak edemiyoruz. Zira ileri sürülen durum şudur: Diyorlar ki, resmî şeklin gayesi tarafları himayedir. Halbuki vekâlet akdinde vekâletten azil ve istifa her zaman için mümkündür. Binaenaleyh himaye bizatihi bu imkânın içinde mündemiştir. Şu halde ayrıca bir şekil ortaya atarak bu himayeyi aramaya lüzum yoktur. Kanaatimizce burada ufak bir nokta gözden kaçıyor. O da, vekâletten azil ve istifa her zaman mümkündür ama vekâletten azil ve istifa, ancak vekâletten doğan borç ifa edilinceye kadar neticelerini hasıl eder. Şayet kendisine temsil selâhiyeti verilen kimse, bu selâhiyet mevzuunu teşkil eden işi yapmış ise, bu takdirde vekâletten ne azil, ne de istifa bunun neticelerini ortadan kaldıramaz. Şu halde, bir gayrimenkul alım satımında şekil, tarafları himaye için mevcutsa alıcı vekili gayrimenkulü aldıktan veya satıcının vekili gayrimenkulü sattıktan sonra onu vekâletten azletmek hiçbir koruyucu durum ihdas etmeyecektir. Şu halde düşüncesiz olarak bir an için verilmiş olan vekâlet, bir kimsenin elinden gayrimenkulünün çıkmasını intaç edebilecektir. Şu halde şayet resmî şekil, bir kimse gayrimenkulü satarken veya alırken, bilhassa satıcı için mühim gayrimenkulü satarken daha fazla düşünsün, için konmuş ise, bu gaye tahakkuk etmeyecektir. Çünkü vekil kendisine temsil selâhiyeti verildikten sonra gayrimenkulü sattıkta onun vekâletten azledilmesi bunun neticelerini bertaraf edemeyecektir. Şu halde himaye gayesi tahakkuk etmeyecektir. Kaldı ki, aynî haklarda kıymetli bir şerh yazmış olan Wieland'ın da açıkça ifade ettiği gibi, gayrimenkullerde iltizamî muamelenin resmî şekle tâbi tutulmasının sebebi, asıl sebebi, tarafları himayeden ziyade tapu sicilindeki itimad prensibini korumaktan ileri gelir. Zira tapuya itimad prensibi, yapılan muamelenin hiç değilse azamî şekilde sıhhata varmasını tazammun eder. İşte memurun huzurunda muamelenin cereyanı, memurun tarafların ehliyetini kontrol etmesi, tarafların rızalarındaki fesad imkânının mümkün mertebeye azaltılması; bu, tapu siciline itimadı korumaktan ileri gelir. Binaenaleyh şayet vekâlet resmî şekilde verilmezse bu itimad da sarsılmış olacaktır. Çünkü bu vekâletin sahih olup olmadığı, gayrimenkul mülkiyetinin intikalinden sonra bir çok problemlere yol açacak ve bu tapu siciline itimad noktasından bazı aksaklıklar ortaya koyacaktır.

Sayın hocamıza göre 1947 tarihli tevhid-i içtihat kararı tatbikî bakımdan iyi bir hal tarzına varmıştır. Fakat, eğer ben sözlerini yanlış anlamıyorsam, pek de mühimsenmemesi lâzım gelen bir şekilde nazari bakımdan, sırf nazari bakımdan tecviz edilemeyecek bir hal tarzıdır. Âci-

zane şu noktaya temas etmek isterim ki, burada nazari bakımdan sözü, doktrinal bakımdan değildir; kanun bakımından sakattır. 1947 tarihli tevhid-i içtihat kararı. Binaenaleyh 47 tarihli tevhid-i içtihat kararının hal tarzını, tatbikî bakımdan dahi tasvip etmeğe imkân yoktur. Çünkü kanuna aykırı bir tevhid-i içtihat kararıdır. Her an, bir mahkemenin tevhid-i içtihat kararını değil, kanunu nazara alarak bir karar vermesi, her an mümkündür. Çünkü tevhid-i içtihat kararı kanunu tadil edemez. Kendilerinin de açıkça belirttikleri gibi, 1947 tarihli tevhid-i içtihat kararı bizim gayrimenkul iktisap sistemimize aykırı bir tevhid-i içtihat kararıdır. Mümkün değildir bir kimse namına tescil yapıldığı zaman bundan başka birisi namına mülkiyetin geçmiş olması. Bu, bizim sistemimizde kabil-i tasavvur bile değildir. Binaenaleyh 47 tarihli tevhid-i içtihat kararının vardığı netice tamamen hukuka aykırıdır, nazariyata değil. Binaenaleyh 47 tarihli tevhid-i içtihat kararının hal tarzını benimsemeye imkân yoktur.

Yalnız 1953 tarihli tevhid-i içtihat kararının gayet şümüllü ifadesi hatalı olmakla beraber, sırf tetkik ettiği hâdise bakımından vardığı netice doğrudur. Ve böylece 1947 tarihli tevhid-i içtihat kararı isterse baki olsun, kanaatimce yani bu karardan dönülmemiştir demek, mahkemeleri bağlayacak bir durum değildir; çünkü karar, kanuna aykırıdır. 1953 tarihli tevhid-i içtihat kararının şümüllü ifadesi - zira bir çok şeyler kullanıyor - diyor ki: Vekâlet temlike icbara salih bir akit değildir veya vekâlet resmî şekilde yapılmadığı için temlike icbar edemez. Buna benzer bir çok şümüllü ifadeleri bakımından yalnız ise de, hâdisedeki vardığı netice bakımından doğrudur. O da şu: Siz bir kimseye vekâlet veriyorsunuz, bu vekil sizin nîminize ve hesabınıza hareket edeceği yerde kendi nam ve hesabına hareket ediyor ve gayrimenkulü iktisap ediyor. Bu takdirde hangi hukukî mesnede istinaden siz bu kimseden, kendisi vekil olarak hareket etmemiş olan şahıstan nasıl olur da bu gayrimenkulü size temlik etmesini talep ediyorsunuz? Talep edilememeye kanaatimce gayet doğru bir hal tarzıdır. Vekil ancak vekil sıfatıyla hareket ederse bu takdirde, müvekkil namına iktisapta bulunmuşsa kendisinden gayrimenkul geri istenebilir.

Kanun açıkça vekil sıfatıyla hareketten bahsetmiştir. Şayet vekil, vekil sıfatıyla hareket etmemişse, kendi nam ve hesabına hareket etmişse, ondan vekâlet akdine istinaden gayrimenkulün temlikini talep etmeye hukuken imkân yoktur. Kanaatimce bu bakımdan, burada tatbikî bakımdan da bir ihtiyaç bulunduğuna kani değilim. Zira burada bir spekülasyon da yok. Zira iktisap anında vekilin ne şekilde hareket ettiğini nazara alacağız. Yoksa vekilin sonraki beyanına değil, iktisap anında vekil,

vekil sıfatıyla hareket etmişse temlike icbar edeceğiz, vekil sıfatıyla hareket etmemişse kendisini temlike icbar edemeyeceğiz. Burada bir spekülasyon mevzuu da olamayacaktır.»

Doç. Dr. İsmet SÜNGURBEY

«Efendim, önce geç kaldığım için özür dilerim. Ben de konuşmak istediğim için sabahleyin hazırlık yaptım biraz. Kemal Oğuzman arkadaşımız buyurdular ki, vekil gayrimenkulü iktisap ederken ne sıfatla hareket etmiştir? Buna bakacağız. Eğer kendi hesabına hareket etmişse artık ondan gayrimenkulün temliki istenemeyecek. Öyle değil de müvekkil hesabına hareket etmişse ancak o zaman kendisinden gayrimenkulün temliki istenebilecektir. Kanaatimce, vekile, müvekkil için satın alacağı gayrimenkulü, sözleşmeye aykırı olarak kendisi için satın almış olduğunu ileri sürerek yalnızca borca aykırılıktan dolayı tazminat ödeyip gayrimenkulün kendisini devir borcundan sıyrılma imkânı tanınmamalıdır. Çünkü vekilin içinden saklı tutarak, yani zihnî kayıtle gayrimenkulü kendisi için satın alması hiç gözönünde tutulmıyacağı gibi, kendisi için olduğunu açıklıyarak alması durumunda da yargıç, hele para değerinin hızla düşüp gayrimenkul değerlerinin yükseldiği günlerde, Borçlar Kanunu, md. 43 e dayanıp aynen tazmin olarak gayrimenkulü müvekkile geçirmesine karar verebilir; vekilin vekillikten çekilmesinden sonra gayrimenkulü kendisi için alması da dürüstlüğe, yani objektif hüsnüniyete aykırı düşebilir.

Vaktim dolmadıysa, değerli hocamız Prof. İlhan Postacıoğlu'nun raporları hakkındaki düşüncelerimi de söylemek isterim. Kendileri bu mesele üzerine zaten eskidenberi himmetle eğilmişlerdi. Son olarak da «Nam-ı müstear meselesi hakkında yeni görüşler» diye değerli bir yazı yazmışlardı ki ben de bu yazıyı İstanbul Barosu Dergisinde (1) eleştirerek önem ve değerini belirtmiştim. Hocamızın bugünkü raporlarının okunuşuna yetişememekle birlikte konuşmalardan da anlıyorum ki görüşlerinde bir değişiklik yoktur. İstanbul Barosu Dergisindeki eleştirmemde de belirttiğim üzere, 1953 yılındaki son içtihatları birleştirme kararının tersine olarak, hocamızın vekâlet sözleşmesi resmî şekilde yapılmış olmasa bile vekilden gayrimenkulün temlikinin istenebileceği yolundaki görüşlerine tamamen iştirak ediyorum. Nitekim Alman doktrini de bu devir borcunu vekillik sözleşmesinin kanunî sonucu sayıyor ve bundan dolayı da vekilden gayrimenkulün temlikini isteyebilmek için

(1) İstanbul Barosu Dergisi, 1955, cilt 29, s. 398. Ayrıca bakınız: gene bu dergi, 1958, cilt 32, sayı 3-4 e ek, s. 51/52, not 5a.

resmî şekil gerekli değildir, diyor. Bu, başlıbaşına bir borç değildir, vekâlet sözleşmesinin kanunî bir sonucudur, diyor ki hocamızın görüşü de aynı sonuca varmaktadır.

Yalnız, gene adı geçen eleştirmemde de belirttiğim üzere, hocamızın muvazaada gizli işlemi mutlak olarak muteber tutan görüşünü biraz aşırılı buluyorum.»

Prof. Dr. İlhan POSTACIOĞLU

«Bu meseleye, bu raporda temas etmedim, efendim.»

Doç. Dr. İsmet SUNGURBEY

«Etmediniz mi, hocam? Öyleyse bu nokta üzerinde konuşmam.»

Asistan Dr. Kemal OĞUZMAN

«Efendim, sözlerimin bazı noktalarda yanlış anlaşıldığını hissettiğim için tekrar söz almak ihtiyacını (Bir gürültü)... Bir dakika müsaade buyrulursa İsmet Bey'in temas ettiği noktayı cevaplandırayım. İsmet Bey arkadaşımız buyurdular ki, vekilin beyanına itibar edilecektir. Binaenaleyh kendisi «Ben bunu kendi nam ve hesabıma aldım» deyince mesele hallolacaktır ve mülkiyeti nakletmiyecektir. dediler. Ben bunu kastetmiş değilim. Sadece vekilin «Ben şu sıfatla, ben bunu alırken şöyle hareket etmişim» diye sonraki beyanına itibar edilecek değil. Umumî isbat kaideleri tatbik edilerek, durum isbat ettirilecektir. Eğer vekâlet doğrudan doğruya temsili tazammun eden bir vekâletse, yani vekilin muameleyi yaparken müvekkili nam ve hesabına hareket etmesi vekâlet icabı ise ve vekil kendi namına muameleyi yapmışsa, burada karrine, vekilin müvekkili namına hareket, nam ve hesabına hareket etmediği noktasındadır. Bu takdirde müvekkilin, her ne kadar vekil kendi namına yapmışsa da muameleyi, müvekkili hesabına yaptığını isbat etmesi iktiza eder. Fakat bunun tersine ise, şayet dolayısıyla temsil mevzuubahs ise, verilen vekâlet akdinde bir dolayısıyla temsil selâhiyeti verilmişse ve vekil kendi namına muameleyi yapmışsa, bu takdirde «Efendim, ben kendi namıma yaptım, kendi hesabıma da yaptım», dediği takdirde «İsbat et bakalım, kendi hesabına yaptığını» dedemiz iktiza eder. Bunu nasıl isbat edebilir? Birinci şekli, daha muameleyi yapmadan evvel istifa etmiş olabilir. Vekâletten her zaman istifa caizdir ya. Vekâletten istifa etmiştir. Vekâletten istifa ettikten sonraki iktisabının artık kendisi hesabına olduğunda tereddüt etmeğe imkân yoktur. İstifa ettiğini mektupla bildirmişti müvekkiline ve ondan sonra iktisap etmiştir.

«Efendim, sen bunu kendi hesabına iktisap etmedin» diyemeyiz. Binaenaleyh problem bir isbat problemidir. Yoksa vekilin sonradan ortaya koyacağı beyan problemi değildir.

Diğer bir nokta da, bendeniz de vekâlet akdinin gayrimenkulün temlike, icbara salih bir akit olduğunda hocamızla ve arkadaşımızla tamamen hemfikirim. Burada, bu noktada ihtilâfımız yok. Yalnız ihtilâfımız şu noktadadır ki vekil, vekil sıfatıyla hareket etmişse Borçlar Kanununun 392 ve 393 ncü maddeleri tatbik edilir. Ama vekil, vekil sıfatıyla hareket etmemiş, lâlettayin bir şahıs gibi hareket etmişse artık 392 ve 393 ncü maddeleri tatbik edemeyiz, ancak kendisinden bir tazminat isteyebiliriz.»

Prof. Dr. Kemal Tahir GÜRSOY

«Mesele mûdil. Onun için bu mûdil bir problem karşısında hazırlıksız konuşmak ihtiyatsızlığında bulunmayacağım. Yalnız Kemal Oğuzman'ın söylediği şey, en son söylediği şey, bana pek makul gözükmemektedir. Nokta-i nazarına göre temsil eden kimse akit icra ederken temsil edilen adına hareket ettiğini söylerse şöyle olacak, söylemezse böyle olacak, diyorlar. Öyle zannediyorum ki, temsil eden kimse, mümessil ki biraz da bazan yanlış olarak vekil deniyor. Bu iki tasnif her zaman yapılmıyor. Mümessil bu şekilde beyan ederse tapu memuru veya resmî makam zarurî olarak yapacak muameleyi, müvekkil adına itmam edecektir. O halde en mühim hâdisede sizin nokta-i nazarınız tatbik sahası bulaamayacaktır.»

Asistan Dr. Kemal OĞUZMAN

«Affedersiniz amma, bu sözlerinizi anlayamadım».

Prof. Dr. Kemal Tahir GÜRSOY

«Ben anladığıma göre cevap veriyorum.»

Prof. Dr. İlhan POSTACIOĞLU

«Bu mesele üzerinde biraz emek sarfetmiş olmaklığım hasebiyle bugünkü münâkaşaları büyük alâka ile dinledim ve gönlüm arzu ederdi ki, vakit daha müsait olsa da bu meseleleri bol bol konuşabilsek. Onun için cevaplarımı telhise, mümkün mertebe telhise çalışacağız.

Evvelâ Kemal Bey arkadaşımıza, Kemal Oğuzman arkadaşımıza cevap vermek istiyorum. Diğer arkadaşlarla zaten hemfikir vaziyette ol-

duğum gözüküyor. Bir iki nokta üzerinde durmaklığıma müsaade buyurulsun.

Taraflar bakımından muvazaa fikrini Kemal Bey arkadaşımız kabul etmiyor. «Olmaz böyle şey» diyor. Ve kendim tavzih talebinde bulundum; «Menkul ve gayrîmenkul bilâ tefrik her ikisi hakkında da akitler bakımından muvaza olmaz» dedi. Ben olabileceği fikrindeyim. Sâdece kendisini tatmin için şunu söyleyeyim ki, taraflar bakımından muvazaa oldu mu, üç kişinin mevcudiyeti şartı ve bu üç kişi arasındaki münâsebet-i hukukiye, muvazaa ile birlikte vekâlet aktine tabiatıyla yer verir. Çünkü ben Bülent Bey arkadaşına rica etsem: «Şu akitte benim namıma, benim yerime gözük, namıma değil, benim yerime gözük» desem, Halit Kemal Bey arkadaşımız da bu şerait dahilinde mukaveleyi benimle akdetmeyi kabul etse: «Evet, seninle akdedeceğim, hukuk ve cevaibi sana ait olacak» diyor Halil Kemal Bey. «Fakat akdi Bülent Bey'le inşa etmiş gözükeceğim, bunu kabul ediyorum» diyor. Bülent Bey de bu kombinazona lütfen muvafakat ediyorlar. Bülent Bey'in bu lütfen muvafakati işte vekâlet akdidir. Aramızdaki bir vekâlettir. Böyle bir hizmette bulunmayı bana deruhte etmiş oluyorlar. Şu halde belki bu tavzihle nokta-i nazarlar birleşebilir. Üçlü taraflar arasında muvazaa olabilir. Akit bakımından, âkidin şahsı bakımından muvaza olabilir. Fakat böyle bir muvazaanın harekete geçmesi, mekanizması, harekete geçmesi, tekevvün edebilmesi için tarafların hiç olmazsa ikisi arasında da bir vekâlet akdine yer vermek ihtiyacı var. Bilmiyorum belki de kendisi bu tavzihle kabul ederler. Fakat şunu hemen ilâve edeyim ki bu benim şahsî görüşüm de değildir. Âkitler bakımından muvazaaya yer verilebilmesi şahsî görüşüm değildir. Fransa'da benimsenmiş olan görüş budur. Ben de benimsiyorum. Hocam Profesör De La Morandière bana bu şekilde bu bahsi tedris etmişti ve bundan ayrılmam için bilâhare bir sebep göremedim ve Kemal Bey'in mülâhazaları da beni bundan rücuva sevkedecek mahiyette bulunmadı.

Saniyen nam-ı müstear kelimesinin istimaline gelince... Bunda da fazla hassasiyet gösterilmesine taraflar değilim. «1953 tarihli karar, bilvasıta vekâlet faraziyesi için nam-ı müstear kelimesini kullanmamıştır» diyorlar. Ve binaenaleyh bizim de kullanmamızı pek hoş karşılamıyorlar. Dikkat edilecek olursa, ben kelime ve etiketin muayyen bir hal tarzına varmak için kâfi olmadığını tebarüz ettirdim ve Temyiz Mahkemesini de tenkid değil, yani bu bakımdan biraz eski hukukun tesirinde fazla kaldığından dolayı muaheze de ettim, diyebileceğim. Böyle bir müşahedede bulundum ve tasvipkârane olmadı herhalde, müşahedem. Binae-

naleyh nam-ı müstear kelimesine ben muayyen meseleleri hal için bir tılısım izafe etmiyorum. Bir tılısım kuvveti izafe etmiyorum. Bu meselede Feyzioğlu arkadaşımız, burada yok, uzun bir yazı yazdılar. Nam-ı müstear meselesi hakkında 53 tarihli kararı için ve benim yazılarımı da bahis mevzuu ederken «Nam-ı müstear müessesesiyle izaha kalkışıyor, filân» diye. Hâşâ!.. Yani benim fikirlerimin daha yanlış anlaşılması belki kâbil değildir. Ben hiç bir zaman nam-ı müstear müessesesinin nazariye olarak muayyen hal tarzlarının elde edilmesi için bir basamak yapılacağını iddia etmiş değilim, bilâkis tamamen aksini iddia ediyorum. Binaenaleyh, nam-ı müstear kelimesini burada kullanmışım, kullanmamışım, haiz - i ehemmiyet değildir. Yani bir semere - i ihtilâf doğmaz bunda.

Bu, bilhassa bu tavzihi yaptıktan sonra, üçüncü mesele beni çok yakından alâkadar eden meseledir. Bilmiyorum, 5 dakika konuşabilir miyim? Bu 53 tarihli kararın istihdaf ettiği hususî faraziye bakımından da hatalı olduğu hakkında tam bir kanaate sahibim. Ve bu hususta Kemal Bey arkadaşımızdan tamamen ayrılıyorum, tamamiyle ayrılıyorum. Yani ne o bana ivaz verebilir uyuşmamız için, ne ben ona. Faraziye şudur: Bir koca karısına: «Benim namıma şu gayrimenkulü al, al sana da 100 bin lira.» diyor. Kadın kocası namına alacak yerde filân sokatta filân numaralı vekâlet mevzuu teşkil eden - bu çok mühim - vekâlet mevzuu teşkil eden filân numaralı haneyi kendi namına, alıyor, kadın kendi namına. Şimdi Kemal Bey arkadaşımız diyor ki: «Madem ki kendi namına almıştır, vekâleti ifa etmemiştir, vekâleti ifa etmemek kasdıyla hareket etmiştir. Çünkü vekâlet ona ne vazife tahmil ediyordu? Kocası namına almak vazifesini tahmil ediyordu. Halbuki kendisi kocası namına almamış, kendi namına almıştır. Kastı, kocası hesabına da hareket etmemektir.» Bu tahlili ben katiyyen yerinde görmüyorum. Bir karine bulmağa çalışıyorlar. Diyorlarki: «Mademki kendi namına almıştır, işte nihayet kendi namına, kendi hesabına hareket etmiştir.» Gözden kaçırdıkları bir nokta var: Mevzu aynıdır, vekâlet mevzuu ile iktisap mevzuu aynıdır. O zaman karine değişir. Vekâletten istifa ettiğini daha evvel isbat etmedikçe, vekâlet mevzuu olan şeyi alması vekâlet mucibince alması demektir. Profesör Savatier bu hususta çok sarihtir. Sonra buna ayrıca desteklemek için şöyle bir muhakeme silsilesine de yer verebiliriz. Lüumsuz ve zait görülebilir, ama belki Kemal Bey'i ikna edebilirim diye söylüyorum. Bunu yazmıştım da Annales'de bir yazımda. Türkçe olarak intişar etmedi bu argüman. Bu argümanım da şu: Ben bir vekâlet akdi verirsem, «Bülent Bey, benim namına al» dersem şu gayrimenkulü, bu

aramızda münakit bulunan vekâlet akdi, bir müsbet vecibeyi tazammun ediyor. Müsbet vecibe, o gayrimenkulü almasıdır. Benim namıma almasıdır. Fakat bu müsbet vecibenin altında bir de menfî vecibe vardır. Menfî vecibe de Bülent Bey'in, benim vekilimin, kendi namına o gayrimenkulü almamasıdır. Binaenaleyh bu tarzda bir vekâlet akdine, af buyurun isimsiz söyleyeyim, ihanet etmiş olursa vekilim, kendisinin yapmamak vecibesini ihlâl ediyor, ihlâl etmiş mevkiine düşmektedir. Kendisi için bir şeyi yapmamak vecibesini vekil ihlâl etmiş oluyor. Fransız hukukunda eski bir nazariye vardı. Bir şeyi yapmamak vecibesinin ihlâli behemehal tazminata yol açar. Bu nazariye yıkılmıştır. Aynen tazminine prensip itibariyle yol açacağı kabul edilmiştir. Profesör Hugueney, bir cezası olan fakat bu mevzuda fevkalâde güzel bir not yazmış olan Profesör Hugueney'nin bu notu, bunu bütün vuzuhuyla ortaya koyuyor: «Birşeyi yapmamak vecibesi ihlâl halinde aynen tazmine yol açabilir.» Binaenaleyh vekâlet mevzuuna bu düşünceyi tatbik edersek vekil, vekâlet mevzuunu teşkil eden gayrimenkulü kendi nam ve hesabına iktisap etmemek vecibesini ihlâl edince bu ihlâle nihayet vermek için gayrimenkulü müvekkiline devre icbar edilebilmektedir. Bu suretle, menfî vecibeden hareket etmek suretile de maksat hasıl olmaktadır.»