

Yazan : Prof. Dr. K. Fikret ARIK

1. *Haksız bir maksat istihsali için verilen şeyin istirdat edilememesi*

(Borç. Kan. Mad. 65).

Borçlar kanunumuzun 65. maddesi haksız veya ahlâka (âdaba) aykırı bir maksat istihsali için verilen bir şeyin istirdada mahal olmadığını bildirir. Bu madde ile Borçlar kanununun 20. maddesi arasında sıkı bir irtibat vardır. 20. maddeye göre, konusu haksız (illicite) veya âdaba aykırı olan hukukî muameleler batıldır, bu bakımdan böyle batıl muamelelere dayanılarak verilmiş şeylerin veren tarafından sebepsiz iktisap hükümlerine göre geri alınması (istirdadı) caizdir (Borçlar kanunu mad. 61). Ancak haksız veya ahlâka aykırı bir gayenin elde edilmesi maksadile ifa edilmiş olan bir edimin istirdadına da imkân verilecek midir? Ta Roma hukukundan beri buna cevaz verilmemiştir. Kanunumuzun 65. maddesi de aynı geleneğe uyarak ve 61; maddede kabul edilen esasın aksine, bu gibi halde istirdad imkânını kabul etmemiştir. Alman Medeni kanununun 817. maddesi bu konuda şu hükmü sevketmiştir: Bir edimin gayesi, o edimi alan kimsenin alması ile kanunî bir yasağa veya ahlâk kaidelerine (die guten Sitten) aykırı bir harekette bulunmuş olacak surette tayin edilmişse, edimi alan kimsenin iade etmesi borcudur. Edimi yapan kimse için de aynı zamanda böyle bir aykırılık bahis mevzuu ise iade bahis mevzuu olmaz, meğer ki edim bir borcun akdinden ibaret olsun; böyle bir taahhüdün ifası maksadile verilen şey geri alınamaz.

65. maddenin dayandığı düşünceleri üç noktada toplamak kabildir:

a) Hukuka veya ahlâka aykırı bir amaç elde etmek isteyen kimsenin bu maksadla verdiği şeyi geri almaması onun için bir nevi *ceza* teşkil eder.

b) Eğer bu maksatla verilen bir şeyin geri alınması hukukan kabul edilirse bu şeyi alan kimse, aldığını geri vermemek endişesi ile, vadedtiği hukuka veya ahlâka aykırı fiili işler. Bundan cemiyet içi zarar doğar.

c) Nihayet, mahkemeler haklı gayeler için verilmiş olan şeylerin geri alınmasına yarayan davalara bakmalıdır; ;haksız veya ahlâksız maksatlar için verilen şeylerin geri alınması davaları bu gayelerin kendileri gibi merduttur, mahkemeleri bu gibi davalarla işgal etmemelidir.

65. *maddeye bazı itirazlar* da yapılmıştır: deniyor ki, haksız bir maksat elde eden kimsenin iyi bir hareket yapmadığı muhakkaktır; fakat bu haksız veya ahlâksız işi görmek vaadi ile bir edim kabul eden kimsenin durumu daha mı ahlâkîdir? Hele bu kimse, haksız veya ahlâksız işi göreceğine dair bir takım hiyle ve desiseler kullanmışsa bu kimseyi ötekine tercih etmemek ve bu kimsenin 65. maddeden istifade etmesini bir nevi hakkın sui istimali olarak kabul edip, edada bulunana istirdad hakkı tanımak icap eder. 65. madde iki taraf ahlâksızlıkta eşit olduğu zaman tatbik edilmelidir. (in pari turpitudine melior est causa possidentis). Nitekim Federal mahkeme biraz sonra etraflı olarak bahsedeceğimiz 27 Ocak 1948 tarihli Widmer - Fischer işinde (bak Journal des Tribunaux 1948 sahife 354, tercemesi için bak *Fikret Arık* : Adalet dergisi 1949 sh. 132 ve devamı) bu meseleye temas etmiş, lâkin o davada meseleyi halletmeyerek askıda bırakmıştır. Fakat haksız veya ahlâka aykırı bir maksat istihlal eden kimsenin ahlâksız ve dürüst olmıyan bir harekette bulunması şarttır; edayı alan kimsenin bir kusur işlemiş veya kusurunun daha ağır bulunmuş olması şart değildir (*Merz-Kummer* : Enrichissement illégitime : La répétit exclue: Fiches juridiques Suisses no. 1040. 1 Haziran 1949). Her halde yaptığı hukukî muamelenin batıl olduğunu bilmeksizin iyi niyetle kendisini edaya mecbur sandığı bir edimi eda eden kimse bunu geri alabilmelidir. Federal mahkeme bu istisnayı kabul etmiştir. (ATF 41 II 486; 66 II 260); Bununla beraber edada bulunan kimsenin edada bulunurken takip ettiği maksat ahlâk ve kanuna aykırı olmakla beraber bu kimsenin onu bilmemesi her zaman istirdada hak vermez; o kimsenin takip ettiği gayenin ahlâk veya kanuna aykırılığı bilmeyişi anlamayışı o kimsenin ahlâk duygularının düşüklüğünden ileri gelmişse verdiği yine geri alamaz (Federal mahkeme kararları 66 II 260). Federal mahkeme kararında geçen hadise şudur : Karıkoca (A), evlerinde kiracı bulunan (B) nin kendilerini mirascı nasbetmeye onu ikna etmesi hususunda avukat (C) ye müracaat etmişlerdir. Bu işte muvaffak olursa edecekleri istifadenin yarısını kendisine ücret olarak vermeği vait eylemişlerdir. Avukat teşebbüsünde muvaffak olmuştur. Davacılar da vadettikleri ücreti ödemişlerdir. Ancak sonradan, avukat ücretinin maktuan tayin edilmeyip iştiraki tazammun eder surette tayini keyfiyetinin avukatlık kanununa aykırı bulunduğunu ve böyle bir anlaşmanın kanunen batıl olduğunu ileri sürerek, sebepsiz iktisap hükümlerine göre verdiklerini istirdat talebinde bulunmuşlar-

dır. Avukat 65. maddeye göre defide bulunmuştur. Mahkeme, işteki ah-lâksızlık; para mukabilinde bir kimsenin vasiyet yapmağa ikna edilmesi olduğu düşüncesile davayı reddetmiştir. Federal mahkemeye göre, davacının, düşkün ahlâkî vaziyetinin, yaptığı işin ahlâka mugayeretini anlamağa mani olduğu müdafaası dinlenemez.

65. maddenin tatbik edilmesi için, *güdülen gayenin haksız (illicite)* olması lâzımdır. Haksızlıktan maksat, 41. ci maddede olduğu gibi hukuk nizamına aykırılıktır.

Misaller : Bir suç işlenmesi için verilen para, suç işlense de işlen-mese de geri alınamaz.

Boşanmaya rıza gösterilmesi için verilmiş olan para geri alınamaz (Oser mad. 66 no. 3; Federal mahkeme kararları 20 sh. 60).

İki istekilden birisinin icra artırımına girmemesi için anlaşma yapılmıştır (Oser, aynı yer BLZR 15 nr. de çıkan Federal mahkeme kararı).

Kendisi memnu olan bir akdin inikadı : Kanton hukuku tarafından me-nedilmiş bulunan dava hasılasına katılma suretine ücret tesbiti akdi (pactum de quota litis). bak Federal mahkeme kararları cilt 41 II sh. 484) Hiyleli iflas suretiyle alacaklılara zarar vermek maksadile üçüncü şahıslara uydurma tediyeler (versements fictifs) (bak, Federal mahkeme kararları 37 II 67)?,

Güdülen gayenin ahlâka aykırı olması halinde de verilmiş olan geri alınamaz. Yukarıda verilen misallerde boşanmaya rıza gösterilmesi için verilen para veya mal ahlâka aykırı bir maksat itihali için verilmiştir, bunun gibi bir avukata bir başka şahsı kendisini mirascı tayin ettirme-ğe ikna etmek (captation d'héritage) para veya mal verme de böyledir.

Haksız bir netice alınması için vadedilen para veya şeyin peşin verilmesi şart değildir: vait yapıldıktan sonra haksız neticenin elde edilmesi ve ondan sonra para veya şeyin tediye edilmesi halinde de bu para veya şey 65. ci maddeye göre geri alınamaz (bir kimseyi, kendisine vadedilen para mukabilinde, bu parayı vadedenleri mirascı nasbetmeğe ikna eden avukata sonradan ödenen paranın istirdadı kabil değildir).

65. maddenin koyduğu *sistemi tatmin edici bulmayan müellifler* de vardır. Oser bunlardan biridir. Bu müellife göre (eski Genel Prusya kanunu (I 16 205) bundan daha tatmin edici bir hal şekli kabul etmiştir: o kanuna göre eda edilmiş şeyin zoralımı (müsaderesi lâzım geli-yordu). Federal mahkeme de bir kararında şunları beyan etmiştir : (ka-nuna ve ahlâka mugayir hareketleri teşvik için verilmiş şeyleri umu-mî menfaatler namına müsadere etmek belki daha doğru olurdu. Ceza kanunu mahkûmiyet halinde cürüm ve kabahatta kullanılan eşyanın

mahkemece zabt ve müsadere edilmesi hükmünü koymuştur. Binaenaleyh 65. madde cezaî müeyyidesi bulunmayan hareketler hakkında tatbik edilmek lâzım gelir (66 II 260).

65; ;maddenin sistemini tenkit eden müellifler içinde bu maddenin çok mutlak yazıldığını, bu itibarla geniş bir şekilde tefsiri tehlikesi bulunduğunu belirten müellifler de vardır. *Von Tuhr* bunlardan biridir (Borçlar hukuku cilt 1 sahife 413). *Oser* (mad. 66 no. 5) de *Von Tuhr*'u tasvip eder. *Von Tuhr*'un fikrine göre madde yalnız haksız veya ahlâka aykırı bir fiilin işlenmesine karşılık mükâfat olarak verilmiş para veya eşya nın geri alınamaması için kullanılmalıdır. Federal mahkeme son verdiği kararlarda bu daraltıcı tefsiri red etmiştir. Federal mahkemeye göre, memnu neticenin gerçekleşmesi için verilmiş olan herşey - bu netice elde edilsin veya edilmesin - istirdat edilemez. Şu halde bir kimseye alım satımı yasak altın satın alıp kendisine getirmesi için verilen bedelin de istirdadına imkân yoktur (halbuki *Von Tuhr*'un tefsirine göre bu bedel yasak muameleyi elde etmek için verilmiş bir mükâfat mahiyetinde olmadığı için 65. maddenin şumulü dışında kalır ve istirdat edilebilirdi). (bak Federal mahkemenin cilt 74 II 28 de çıkan kararı; bu karar Adalet Dergisinde 1949 sh. 132 de tarafımızdan terceme edilmiştir). Yine bu esasa göre, alacaklılardan kaçırmak için bir kimsenin başkasına yaptığı nakdi hibeler de bu kimseden istirdat edilemez (Federal mahkeme kararları 37 II 67). Yine bu esasa göre işletilmesi yasak bir kumar evi açılması için verdiği ödünç parayı bir kimsenin talep edememesi lâzım gelir (Federal mahkeme kararları 29 II 477 PJS. den naklen). *Merz Kummer*. FJS. deki yazısında diyor ki (bu kaidenin bir istisnasını İsviçre Federal Hükûmetinin 19 Ocak 1940 tarihinde yayımladığı kararnamenin 42. maddesinin 2. ci fıkrasında buluyoruz. Bu kararname topraklar üzerinde spekülasyona ve toprakların haddinden fazla borçlanmasına ve hasılat kiracılarını korumaya yarayan tedbirler koyan bir kararnamedir. Bunun sözü geçen fıkrasında; azamî fiyat haddini tesbit eden hükümleri bertaraf etmek için bir gayrimenkulün alım fiyatı resmî senedde kasden çok düşük gösterilmişse bu senedde gösterilen bedelden fazla olarak ödenmiş olan para on yıl içinde istirdat edilebilir. (Bu hal 65; maddeye bir istisnadır).

Widmer-Fischer işinde Federal Mahkemenin verdiği 27 Ocak 1948 tarihli karar :

Hadise : Davacı *Ficher*, davalı *Widmer*'e.' altın para temin etmesi için 26 Nisan 1946 tarihinde 10.000 frank vermiştir. Davalı *Widmer* bu parayı *Hesse* adında birine, vermiş o da bu paraya tekabül eden altını aynı gün kendisine teslim etmeği vadetmiştir. *Hesse* bu parayı *Matti* adın-

da birine, o da Meier adında bir başkasına teslim etmiştir. Fakat alâkalılardan hiç biri kendine parayı verene altınları vermeğe muvaffak olmamış ve bu para da davacıya iade edilmemiştir. Bunun üzerine Fscher, Widmer'i dava etmiştir. Bu paranın kendisine iadesini istemiştir. Davacı davasını önce akde istinat ettirmiştir: davalı aynı günde ya altınları verecek veya paraları geri verecekti, bu seçimlik borç akid icabıdır altınları veremediğine göre parayı vermesi gerekir. Davacı ikinci derecede haksız fiil sebeble zarar talep etmişti, çünkü davacı, davalıya verdiği talimatta, altını almadan parayı başkasına aynı günde vermesi hususunda talimat verdiği halde davalının bu talimata aykırı hareket ettiğini bu sebepten haksız fiil işlediğini iddia etmektedir. Nihayet, davacı davasını sebepsiz iktisap kaidelerine istinat ettirmiştir. Davacı, davalının altın hakkında memnu gaye takip ettiğini ileri sürmüştür (BK. 65).

İlk derece mahkemelerinin kararları :

Her iki mahkemede, davalının altın sikke teslim etmek hususundaki taahhüdünü kanuna aykırı bulmuştur. Bu sebepten batıl bir akid mucibince iade borcu doğmamıştır. Davacının davalıya verdiği bir talimata aykırı hareketin bir haksız fiil teşkil etmediği neticesine de varmışlardır. Hâdisede bir haksız iktisap vaziyeti bulunduğunu, bu sebeple davalının aldığı parayı iade etmesi gerektiği kanaatini izhar etmişlerdir. Bu iki mahkemeye göre davalı 65. maddeye istinat edemez. Zira bu madde hukuka aykırı veya ahlâka mugayir bir netice elde edilmesi için verilen şeyler hakkında tatbik edilir.

FEDERAL MAHKEMENİN GÖRÜŞÜ :

Federal mahkemeye göre sebepsiz iktisabdan mütevellit iddia ancak akde veya haksız fiile dayanan talep varit olmadığı takdirde incelenebilir, çünkü bu talep diğerleri ile aynı zamanda ileri sürülemeyen, ikinci derecede yani yedek bir mahiyet taşır. Bu sebeple Federal mahkeme önce akit veya haksız fiilden doğan bir borç olup olmadığını incelemiştir. Federal mahkemeye göre hâdisede akidden bir borç yoktur. Çünkü altın ticareti ruhsata tabidir. Taraflar ruhsatsız durumdadırlar. Ancak altın alım satımı hakkındaki kararnamenin bu alış verişleri ruhsatlı kimselere hasretmesi yalnız başına, ruhsatsız kimselerin altın üzerinde yaptıkları mukavelenin hükümsüz olmasını gerektirmez. Zira altın alım satımı memnu değildi yani akdin muhtevası itibarile bir memnuiyet yoktu sadece muamelenin tarafları itibarile (yani subjektif) bir memnuiyet vardı. Bu ise muamelenin otomatik olarak butlanı için kâfi değildir. Ancak kararname ruhsatsız kimseler arasında altın alış veriş muamelelerinin batıl olduğunu tasrih etmiştir. Bu sebeple batıl bir akidden doğan ya al-

tının teslimi yahut paranın iadesi gibi bir borçta doğmaz.

Hadisede haksız fiil de bahis mevzuu olamaz. Çünkü altını almadan parayı başkasına vermemesi hususunda davacı tarafından davalıya verilmiş olan talimata davalının riayet etmemesi, kanuna veya objektif hukuken bir emrine aykırı bir hareket, iki taraf arasındaki bir anlaşmaya aykırı bir hareketten ibarettir. Şu halde tarafların altın hakkında yaptığı akid batıl olduğuna göre, davacı davalıya (1000) frank vermek suretiyle haklı bir sebep olmaksızın bir edada bulunmuş demektir.

Demekki bu muamelenin butlanı kararnameden doğmaktadır ve davacı tasarladığı muamelenin kanuna aykırılığını hiç şüphesiz bilmektedir. Altın elde etmek için para vermek suretile kanuna aykırı bir maksat takip ettiğinden şüphe edilmez. Bu itibarla haksız iktisaba dayanarak bir istirdad davası açmasına 65. manidir. Federal mahkeme bu münasebetle Von Tuhr tarafından ileri sürülen fikri şu suretle tenkit etmiştir:

(Kanton mahkemesi 65. ci maddeyi von Tuhr-Siegwart gibi (sh. 413) dar bir surette yorumlamakta ve aksi bir neticeye varmaktadır. Von Tuhr'un fikrine göre 65. madde mucibince sebepsiz iktisap davasının reddedilmesi için, vadedilen para, haksız veya acaba aykırı fiile karşılık bir mükâfat seciyesini taşımak lâzımdır. (Gauerlohn). Federal mahkeme 53 II sh. 41 de çıkan kararında tali mahiyette ve arizî olarak bu fikre temayül etmişti. Meseleyi aynı tarzda bir tetkike tabi tuttuktan sonra şimdi görüşe bağlı kalamıyacağı neticesine varmıştır:

65. madde, geri vermeden imtina keyfiyetini, edanın yapılması sırasında takip edilen niyet ve maksadın mahiyetine bağlı kılıyor. Bu maksat hukuka ve ahlâka aykırı bir amaca erişmekten ibaret ise, bu amaca varılıp varılmaması ve bu edayı kabul eden kimsenin aynı maksadı güdüp gütmemesi, kanunun hükmüne göre, önemli değildir.. Verilmiş olan şeyin iadesinden imtina keyfiyetinin bir ihtar ve uyartıcı vazifesini gören cezaî bir mahiyet taşıdığına hiç şüphe yoktur. Hukuka ve âdaba aykırı bir muamelede kendi üzerine aldığı işi ilk önce yerine getirmesi icap eden tarafın, karşı taraf üzerine aldığı şeyi yerine getirmediği takdirde mahkemenin himayesine nail olmayacağını bilirse böyle bir işe girişmekten korkup çekineceği umulmuştur. Bundan başka, istirdat davasının kabul edilmemesinin bir başka sebebi daha vardır; bu kabil muameleler hukuk nizamı tarafından himaye edilmeğe lâyik değildir. Hukuk ve adabı hiç sayarak bir taraftan diğer tarafa nakledilmiş mallara müteallik bir ihtilâf ile meşgul olmakla hukuk nizamı mükellef değildir. Bu suretle, daha Roma hukukunda kabul edilmiş olan bir prensibin İsviçre hukukunda da tatbik edildiğini görüyoruz: İki taraf aynı derecede ahlâksız olunca zilyedin durumu daha kuvvelidir. (bak Federal mahkeme kararları cilt 37

kısım II s. 68) ve bundan başka 66 II s. 259.

65. ci maddeye göre hukuka veya adaba aykırı bir maksada varmak için verilmiş olan şey geri alınamaz. Güdülen amaç, bu hâdisede olduğu gibi yasak bir mübadele idiyse bu mübadele maksadile verilmiş olan şeyler pek alâ 65. madde şumulüne tabi olur... Tarafların yapmağı tasarladıkları muamele kanuna aykırı ise muamele maksadile verilmiş olan şeyler evleviyetle hukuka aykırı bir maksat güdüyorlar ve bu maksada erişmek için imkân hazırlıyorlar demektir. Şu halde avans olarak verilen paranın, muamele başarı ile sona ermediği takdirde geri verileceğine göre yapılmış olan bu anlaşmayı ihmal etmek mümkündür. Belirttiğimiz gibi 65. madde taraflardan tediye de bulunanı, hukuka aykırı bir maksata erişmek için verdiği şeyi kaybetmek tehlikesine maruz bırakmaktadır. Eğer yalnız hile ve dolandırma, kanuna veya ahlâka aykırı bir fiilin mükâfatını geri vermekten imtina selâhiyeti tanımış olsaydı, yasak edilmiş bir mübadele alış verişin yapılması maksadile para vermiş olan kimse bu parayı kaybetmek tehlikesine maruz kalmayacaktır, çünkü böyle muamelelerde umumiyetle tam manasile bir mükâfat, ivaz karşılık derpiş edilmez, edayı alan taraf mübadele edilen edalara farklı bir kıymet biçilmesinden bir kâr elde etmeği umar. 65. maddenin dar bir surette yorumu bu maddenin güttüğü amaca erişmeğe artık imkân veremezdi...

Federal mahkeme haksız bir netice elde etmek için verilen paranın istirdat edilmesi hakkındaki kaidenin, edayı alan tarafın memnu bir fiili hususiyle dolandırıcılığı bahis mevzuu olan hallerde kabul etmemek niyetindedir. Bunu da kararda belirtmiştir.

Federal Mahkemenin haksız ve adaba aykırı bir maksat istihsali için verilen bir şeyin geri alınamayacağı hakkında verdiği ve yine altın alış verişine taalluk eden yeni bir kararı şudur : (bak. RO 75 II sh. 293; JdT 1950 sh. 301 ve devamı):

HADİSE :

İsviçrede (PZ) 1947 yılı mayıs ayında (MZ) ye her biri 20 dolarlık 100 altın sikke vermiştir. MZ bunları aradaki anlaşmaya göre gizlice İsviçreden Avusturyaya kaçırarak ve orada L. adında birisine teslim edecektir. MZ, (L.) i bulamadığını, yirmi altın sikkeyi L. e vermesi için WG. adında birisine teslim ettiğini beyan etmişse de WG, bu parayı L. e vermemiştir. (MZ), İsviçre'ye dönüşünde geri kalan 80 altını satmış bedelini şahsan temellük etmiştir. (PZ) in müracaatı üzerine MZ güveni kötüye kullanmak suçundan dolayı yargılanmış ve altı ay hapse hüküm giymişse de cezası ertelenmiş bu arada 1740 frangı faizile kendisine ödeyeceğini (PZ) e taahhüt etmiştir. Bu taahhüdünü ceza davası sırasında tekrar etmiştir. Ceza mahkemesi paranın kime ait olduğunu doğru olarak bilme-

diği için (PZ) nin hukuk mahkemesinde istirdad davası açmakta muhtariyetine karar vermiştir.

Bunun üzerine (PZ), (MZ) in sözlü ve yazılı taahhüdüne borç ikramına) ve Borçlar kanununun 17 ve 41 ve 97 (TBK 96) maddelerine ve sebepsiz iktisap hükümlerine göre altınların bedelini faiz ve muhakeme masraflarile birlikte talep etmiştir.

Dava edilen, davacının dava açmağa hakkı olmadığını iddia etmekle beraber Borçlar kanununun 66 — bizde 65 — maddesine istinaden davanın reddini istemiştir.

İlk derece mahkemesi davayı red, Kanton mahkemesi ise kabul etmiş, Federal Mahkeme de bu son kararı onamıştır.

HADİSENİN HUKUKÎ BAKIMDAN TAHLİLİ :

1 — Anlaşma batıldır :

İsviçre'den Avusturya'ya altın çıkarmak hususundaki *mukavele batıldır*. Çünkü İsviçre Gümrük kanununun 73. maddesine aykırıdır; BK. 20. bu kabul anlaşmaları batıl sayar; bundan başka Altın ithal ve ihracının mürakebesine ait 1941 tarihli hararnamenin hükümlerine göre altın alış verişini yapacak kimselerin bir ruhsat alması gerekir, altın ihracı için de önceden izin almak lâzımdır. Bu hükümlere aykırı mukavelelerin batıl olduğu bu nizamnamenin 6. maddesinde açıkça söylenmiştir. Bu hadisede tarafların altın alış verişini için ruhsatı olmadığı gibi altın ihracı için de önceden alınmış bir izni yoktur, bu sebepten mukavele bu kararnamenin altıncı maddesi hükmü itibarile de batıldır.

2 — Kanuna aykırı bir maksadın istihsali için verilen şeylerin iadesi gerekmez :

Akit batıl olunca verilmiş olan altınlar sebepsiz iktisap mahiyetini alır; buna karşı bu altınların kanuna aykırı bir maksat istihsali için verildiği bu sebeple BK. 65. e göre istirdat hakkı olamayacağı ileri sürülebilir mi? Von Tuhr'un fikrine göre bu soruya hayır cevabını vermek lâzımdı, çünkü bu para ve altınlar haksız veya âdaba aykırı bir hareketin mükâfatı olarak verilmiş değildir. Bununla beraber Federal mahkeme kanuna aykırı bir maksada ulaşmak zımında verilen herşeyin bu madde hükmüne tabi olacağını Fischer-Widmer işinde kabul etmiştir (Ro.74 II 23: JdT 1948 p. 354: Adalet Dergisi 1948 sayı 1).

3 — Haksız bir maksat istihsali için verilen şeylerin istirdat edilemezlik kaidelerinin istisnaları :

Böyle istisnalar olduğu muhakkaktır. Federal Mahkeme, Fischer-Widmer işinde bunu kabul etmiş ve misal olarak şeyi elinde bulduranın bunu dolandırıcılık suretile elde etmesi ihtimalini zikretmiştir. Fakat

bazan bu iade etmeyişi keyfiyeti bir hakkın sui istimali (Medeni kanun 2) olamaz mı? Bu hadisede bir kimse kendisine gümrükten gizlice geçirmek için verilen altınların bir mühim kısmını zimmetine geçirmiştir, bu bir suçtur, fakat medenî hukuk bakımından memnu bir mukaveleye murta-bit ve onunla ilgilidir diye bu parayı ona bırakmak adalet hissini biraz incitir görünüyor; kaldı ki ceza davası sırasında sırf bu parayı tazmin etmeği taahhüt etmesi nazara alınarak cezası tecil edilmiştir. Bundan sonra bu kimsenin BK. 65. maddedeki hükmü ileri sürmesi bu maddenin verildiği hakkın sui istimali olmaz mı?. Federal mahkeme kararında bu ihtimali kabule temayül ediyor, fakat hâdisede istiradadı temin edecek başka bir hukukî yol olduğu için bu konuda açık bir neticeye varmıyor.

Acaba bir kimse haksız bir maksat istihsali için kendisine verilen şeyi iade etmeği taahhüt etse bu vaadin hukukî bir değeri olabilir mi?

Bu olayda altınların bir kısmını zimmetine geçiren kimse, tevkif edildiği ve polis tarafından sorgusu yapıldığı sırada zimmetine geçirdiği altınları karşılayacak malı bulunduğunu, davacının zararını çekeceğini ona vaad etteğini, borcunun bir kısmını ödemek için otosunu satmağa razı olduğunu bildirmiştir. Daha sonra ceza mahkemesinde davacıya en geç bir yıl içinde 15.000 fr. vermeği ayrıca 20 dolarlık 2 altın sikke vermeği teklif etmiştir. Hülâsa tevkif edildiği 27 haziran tarihinden ceza mahkemesindeki 8 temmuz tarihine kadar bir minval üzere taahhütlerde bulunmuştur. En son olarak 8 temmuz tarihinde el yazısı ile verdiği bir senedde davacıya yedi ay içinde 17.400 fr. ı iade etmeği taahhüt etmiştir. Acaba davacı bu taahhütlere ve bilhassa sonuncusuna dayanarak bir hak isteyebilir mi? Yoksa bu taahhüdü istirdadı hükümsüz mü saymak lâzımdır?.

Federal mahkeme bu hususta şu düşünceleri ileri sürmüştür :

Batıl bir akit zımnında verilen şeylerin esas itibariyle iadesi icap eder : BK. mad. 61. Fakat 65. madde bu talebi bertaraf etmiştir. Bu hükmün manası nedir? Acaba haksız bir maksat istihsali için verilen şeyi istirdat hakkı hiç mi mevcut değildir, böyle bir istirdat hakkı 65. madde hesabı ile sukut mu etmiştir? Akla yakın gelen bu tezi Federal mahkeme kabul etmemiştir. Federal mahkemeye göre 65. madde haksız bir maksat istihsali için verilen şeylerin istirdadı talebinin sadece mahkemede dermayen etmek hakkının düştüğüne kanidir. Şu halde *haksız veya âdâba aykırı bir maksat istihsali için kendisine bir şey verilen kimse aldığı şeyleri geri vermek veya zarar ve ziyan ödemek hususunda tabîî bir borç ile bağlı kalır.* (Bu fikrin daha önce Becker tarafından 66. maddenin şerhinde ikinci basımda kabul edildiğini ifade edelim.) Bu iki edadan

(yani iade veya tazmin borcundan) *bbirini yerine getirmek* Federal mahkemenin kanaatine göre tamamen muteberdir. Böyle bir *ödeme* tabii bir borcun edası mahiyetinde olacağından sebepsiz bir kazandırıcı muamele sayılmaz, halbuki ortada tabii bir borcun varlığı kabul edilmezse yapılan ödeme sebepsiz bir kazandırıcı muamele olacağından iadesi - sebepsiz iktisap olarak - talep edilebilirdi. Demek ki geri verildiği zaman istirdat caiz değil. Fakat 65. maddeye göre *istirdada mümkün olmayan bir şeyi vermek veya tazmin etmek taahhüdü hukukan icrası lâzım bir borç ihdas eder mi?*

Federal mahkeme ödeme için ileri sürdüğü mülâhazalarla buna müsbet cevap veriyor. Böyle bir taahhüdün ne haksız ne de batıl olmadığını beyan ediyor. Böyle bir vadin muteber bir borç altına girmek iradesile yapıldığı zaman eski tabii borcun yerine icrası lâzım (ekzekütuar) bir borç ihdas ettiğini iler sürer. (Fakat kanun bazan bu gibi tabii borçların ifası taahhüdünün de batıl olduğunu açıkça kaydeder BK. 514, bu gibi halleri Federal Mahkemede istisna ediyor). Federal Mahkemenin kanaatine göre, böyle bir vait, BK. 65. maddenin borçluya verdiği defiden borçlunun vazgeçmesi demektir. Yine Federal mahkemenin kanaatine göre bu hâdisede davalı tabii borcun yerine hukukan icrası lâzım bir borç altına girmek iradesini taşıyordu: gerek en son yaptığı kayıtsız ve şartsız borç ikrarı gerek ondan evvelki ve sonraki hareket tarzı bu iradesini açıklamıştır. Verdiği zararı tazmine hazır olduğunu adli makamlar önünde bir çok defa tekrar etmesi de hukukan bağlanmak iradesini göstermeğe yeter. Nitekim cezayı tecil eden ceza hâkimi de onun teklifini bu manada anlamıştır.

Federal mahkeme bu taahhüdü, batıl olan mukavelenin ayrılmaz bir parçası değil ondan ayrı, müstakil bir taahhüt olarak kabul etmiştir. Eğer bu taahhüt altın kaçıрма hususundaki taahhüdün ayrılmaz bir parçası olsaydı o zaman bizatihi batıl bir taahhüt olacaktı, binaenaleyh icrası istenemiyeycekti. Nitekim daha evvel verdiği kararda batıl olan bir veleye çok sıkı olarak bağlı olan ve onun ayrılmaz bir parçası olan bir geri verme taahhüdünü Federal mahkeme batıl saymıştı (JdT 1948 sh. 354 ki karar). Çünkü o kararda geçen iade taahhüdü şöyle yapılmıştı: bir kimse altın satın alması için başka bir kimseye para vermiş, aynı gün altın temin edilmediği takdirde bu paranın iade edileceği de taahhüt kimse altın satın alması için başka bir kimseye para vermiş, aynı gün altın temin edilmediği takdirde bu paranın iade edileceği de taahhüt edilmişti. O hadisede altın temini hakkındaki mukavelenin butlanı, paranın iade edileceği hakkındaki akde ve taahhüde de şamildir. Çünkü iade taahhüdü butlanla malul ilk

vekâlet akdinin ayrılmaz bir parçasıdır. Sonra o hadisede parayı alan emniyeti suistimal etmemiştir sebepsiz iktisapta da bulunmamıştır, çünkü parayı hemen altını alması gerekli kimseye vermiştir. Halbuki bu hadisede iade hususunda taraflar arasında bir anlaşma yoktur, davacının davasını istinat ettirdiği borç ikrar ve taahhüdü ilk ve aslî mukavelesinin kadrosu dışında ve ondan çok sonra yapılmıştır. Davalının böyle bir borç ikrarında bulunmasının sebebi haksız akdin (altını hududtan kaçırmak) icra edilmemiş olması değildir, belki bu akdin yapılmasından sonra davalının altın paraların mühim bir kısmını zimmetine geçirmesi ve bu sebepten ceza kovuşturmasına maruz kalmasıdır. Görülüyor ki bu taahhüd hususî şartlar altında ve sonradan yapılmıştır. Şu halde altının hududtan kaçırılmasına ait anlaşmanın butlanı, davalının altın bedelini iade vaadine şamil değildir. Bu vaitten doğan alacağı mahkemede dermeyan etmek imkânına gelince, bir kere borç ikrarında defiden zımnen ferağat mündemiçtir. Bundan sarfı nazar 65. maddenin manası hedef ve görevi, istirdat davasının imkânsızlığını izah eden şey : kanuna veya ahlâka aykırı bir maksat elde etmek isteyen kimseyi cezalandırma ve bu gibi kanuna ve ahlâka aykırı muamelelerin mevzuu olan mallara ait ihtilâflarla mahkemeleri meşgul etmemek düşüncesidir. Fakat bu maksat ve mülâhazalar, bu hâdisedeki şartlar altında yapılan tamamlayıcı bir taahhüt hakkında varit olamaz. Bu taahhüdden doğan alacağın kanun himayesinden istifade etmesi lâzımdır.

TEMYİZ mahkemesi içtihadında haksız veya ahlâka aykırı bir maksat istihsali için verilen şeyin istirdad edilmemesi:

1 — *Bir kimseyi nişanlamağa râzı etmek için verilen para istirdad edilemez :*

Bir kimse bir başkasına, onun kızkardeşi ile evlenmesi takarrür etmek ve nişanlı vaziyeti iktisap olunmak için 400 lira vermiştir. Sonra bu paranın istirdadını dava etmiştir (karardan bu maksadın elde edilip edilmediği anlaşılmıyor). Temyiz mahkemesi bu talebi Borçlar Kanununun 65. ve Dügünlerde men'i İsrifat hakkında 55 sayılı kanununun 6. maddeleri gereğince hakkız bir maksat istihsali için verilen şeyin istirdadına mahal olmaması hasebile haklı bulmamıştır (Tepeci:: Notlu Borçlar kanunu 2. ci basım: 4. Cü hukuk dairesi 25/2/946, 54/772).

Bu kararda dikkati çeken iki tâli nokta var:

a) K z kardeşini kendisile evlendirmek için davacıdan para alan bir kimsenin durumu *evlenme dellallığı* mahiyeti arzetmez mi? Borçlar kanununun 408. maddesi, evlenme tellallığı ücrete hak bahşetmez, der. Bu şekilde tavassutta bulunan kimsenin ücreti dava hakkı vermez, fakat ödendiği takdirde geri istenemez: eksik veya tabiî borç teşkil eder. Ev-

lenecek kimseleri birbiri ile tanıştırmak bizatihi gayri ahlakî değildir (*Fick*: mad. 416 no. 16). bununla beraber evlenmenin mahiyet ve vekarına aykırı bir şekilde yapılırsa gayri ahlâkî bir mahiyet alır: müflis, borçlarını ödemededen âciz ve hiç bir kredisi olmayan, 32 yaş nda bir adamın, hiç tanımadığı 57 yaşında bir ihtiyar kadınla sırf serveti için evlenmesine tavassutu gayri ahlâkî sayılmıştır (*Fick*: mad. 416 no. 8; apge 9 ve 10). Bunun gibi sırf kazanç maksadile yapılan tavassut da gayri ahlâkî sayılmıştır: Evlenecek kadının erkeğe getireceği cehiz ile mütenasiben ücret alınması şartı ile evlenmeye tavassut böyle sayılmıştır (*Fick* 416 no. 9; Federal mahkeme cilt 25 kısım II sah' 831). Bir kimsenin kendi kız kardeşini evlendirmek için para alması ahlâka aykırıdır, eğer bu kardeş, evlenmeğe ikna için cebir, tehdit icra edecekse. Fakat böyle bir durum yoksa bu parayı normal hediye olarak veya evlenme dellallığı ücreti olarak saymak mümkündür. Temyiz mahkemesi, bir kimsenin başkası ile evlenmesi veya nişanlamak istemesi ahlâka veya kanuna aykırı bir maksat telâkki etmesini anlamak zordur.

b) Düğünlerde men' israfat hakkındaki kanunun 6. maddesinin bu hadisede tatbiki kanaatimizce doğru değildir. Şöyleki:

13 Rebiilevvel 1339 ve 25 teşrinisani 336 tarihi ve 55 noyu taşıyan bu kanunun bu gün yürürlükte bulunduğu tartışma konusu yapılabilir. Zira bu kanunun hükümleri medeni Kanunun nişanlamada hediye verileceğini ve evlenme münasebetile keza hediye verileceğini kabul eden maddeleri ile zimmen mülga olmak lâzımdır. Bu gün akit serbestisi ve bağışlama serbestisi vardır. Bu hükümler, olağan üstü şartlar içinde ve Millî Mücadele yıllarının buhranı içinde çıkarılan bu kanunu zimmî olarak kaldırmıştır.

Bundan başka bu kanun hükümleri aksi bir örf ile ortadan kalkmıştır. denebilir. Zira içtimaî vicdan aradan geçen 36 yıl içinde bu kanunun hükümlerini hemen hemen hiç tatbik etmemiştir. Kanunların örf ve âdetle veya hiç tatbik edilmemek suretile hükümden kalkacağı münakaşalı olmakla beraber İsviçre ve Almanya'da çoğunluk bunu kabul etmektedir. Bizde aynı fikirdeyiz.

Düğünlerde Men'i İsrifat kanununun bu gün cari olmadığını anlamak için hükümlerine bir göz atmak kâfidir.

1. ci maddesine göre düğünlerde mutlak olarak cehiz teşhiri, cehizin açıktan taşınması, erkek tarafından iki kattan fazla elbise hediye edilmesi, düğün günlerine mahsus olmak üzere bir günden ziyade çalgı çaldırılması, ve ziyafet verilmesi, nişan, çevre merasimi ile ağırlık ve hediye verilmesi ve köçek oynatılması gibi *israflar* memnudur.

İkinci maddesine göre her vilâyetin umumî meclisi bu kanun hükümlerini tatbik için gerekli tedbirleri alacaktır.

Üçüncü maddesine göre bu kanuna aykırı hareket edenlere 50-100 lira para cezası veya bir aydan altı aya kadar hapis rezası verilir (sulh mahkemesi tarafından mad. 4) ve bu para cezası belediyelere ait olur (mad. 3). Sünnet düğünleri ypsılması memnudur (mad. 5).

Temyiz mahkemesinin bu hadisede uyguladığı 6. cı maddeye gelince: İşbu kanun ile *menedilen eşya müsadere ve mahallî belediyeleri namına arttırma suretile satılır ve bedeli irat yazılır!..* Temyiz kararında, alınan şeyin geri istenemeyeceği söylenmekle yetinilmiş, fakat 6. cı madde zikredildiği halde Belediye irat kaydedileceği belirtilmemiştir...

2 — *Bir kimsenin alacaklılarının takibine maruz bulunduğu sırada mücerret alacaklılarını ızzar kasdi ile karısına borç ikrar ve gayri menkullerini ipotek ettikten sonra borç ikrarını geri almak ve ipoteği fek ettirmek için talepte bulunabilir mi?*

Temyiz mahkemesi 4. cü Hukuk Dairesi çoğunlukla verdiği bir kararda bu borç ikrarının ve ipotek muamelesinin ahlâk ve adaba mugayır bir maksat istihsali için verilmiş olduğunu kabul etmiş ve davacının dava hakkı olduğunu 65. maddeye istinaden hükmü tasdik etmiştir. (Tepci, adı geçen eser. 4. Hukuk Dairesi 14/11/940 2056/2430).

Bu kararda dikkati çeken nokta, 65. maddenin yalnız tasarruf muamelelerine değil, borç muamelelerine de tatbik edildiğidir. Halbuki müellifler (ezcümle Von Tuhr, Oser-Schönenberger, Becker ve Alman Hukukunda Ennccerus-Lehann) bu maddenin yalnız tasarruf muamelelerine tatbik edildiği fikrindedir. Borç muamelesi esasen takip edilen gayenin kanun veya adaba aykırılığı hasebile batıl olduğu için borç da batıldır. ifası istenemez. Başka tabirle, borç ikrarı esasen borç tevlit etmediğine göre bunun geri alınması için davaya mahal olmamak lâzım gelirdi.

B u kararda dikkati çeken ikinci nokta, karara yazılan muhalifet şerhidir. Bu şerhde (*muvazaa iddiaları*, borçlar ve icra kanunlarıyla kavani-ni sairenin himayesine mazhar ve binaenaleyh muvaza iddiası mesmudur) denilmektedir.

Gerçekten, yine alacaklıların takibinden kurtulmak için bir takım mallarını inançlı bir muamele ile başkasına veren kimsenin bunları geri almak hususundaki talebinin Borçlar kanununun 65. maddesi gereğince is'af edilemeyeceği Federal Mahkemenin 37. cildde verilen kararında yazılıdır. Fakat dikkat edilirse o muamele ile bu karar arasında şu fark

vardı: Bu hadisede haksız bir maksat istihsali için borç altına girilmiştir, o hâdisede ise menkul malların inançlı temliki (cession fiduciaire) vardır, yani bir tasarruf muamelesi bahis mevzuudur. Mamafi, Von Tuhr o muamelede İcra ve iflas kanunu hükümlerine göre iptal davası açılması gerektiğini kabul etmiştir. İptal davası alacaklılar tarafından açılan bir davadır; onlar muvazaayı isbata yetkilidir. Halbuki bu hadisede senedi veren onun muvazaa olduğunu iddia ve isbat mevkiindedir. Temyiz mahkemesi taraflar arasında bu gibi muvazaa iddialarının ileri sürülebileceğini kabul etmiştir. Ancak isbat şekli bakımından çok mühim bir tahdit kabul etmiştir. Yazılı delil ile isbat mecburiyeti!. Misal: (Davacının dayandığı senet, davalı tarafından kabul edilerek ancak muvazaa olduğu ileri sürülmüş olmasına ve taraflar arasında bu gibi muvazaa iddialarını yine senedle isbap icap edip senede karşı şahit dinlenemesine cevaz bulunmamasına binaen davalının talebi ile davacıya yemin ettirilmek ve muvazaa def'i bu şekilde çözülmek gerektir. 4. Hukuk Dairesi 27:1950-725, 418, Öztürk - Kazancı: sh. 38). Bununla beraber murislerinin verdiği borç senedinin muvazaaya müstenit ve bedelsiz olduğunu mirascıları -üçüncü şahıs mevkiinde oldukları için şahitle isbat edebilirler: (4. Hukuk Dairesi 4/2/949-607/570, Öztürk - Kazancı: sh. 42).

3 — *Evlilik dışı beraber yaşamak için verilmiş şeylerin geri alınamaması:*

Evli olduğu halde bir başka kadınla evli gibi yaşayan erkeğin bu maksatla verdiği hulliyat ve eşyayı geri alamaması Temyiz Mahkemesinin müstakar içtihadı cümlesindedir. Bu içtihat Borçlar kanunu 65. maddeye dayanır.

Misaller: a) Müddebih hulliyat, evli bulunan davacının ahlâk ve adaba mugayır bir surette beraber yaşamak üzere davalı Zeynebe verdiği ve bunlara mumaileyhanın zilyed bulunduğu mevcut delil ve karinelerle sübut bulmuş olduğu cihetle Borçlar kanununun 65. maddesi hükmünce adab ve ahlâka mugayır bir maksadın istihsali için verilen bu hulliyatı davalı iade ile mükellef tutulamaz. (Hukuk Umumî Heyeti 18/7/1944-45/48, Öztürk - Kazancı: sh. 316).

b) Davacının henüz evlenme çağında bulunmayan oğlu ile keza-lik evlenme çağında bulunmayan davalılardan Fatmayı birleştirmek ve karı koca gibi bir arada yaşatmak maksadı ile Fatmanın babasına verdiği başlık ve bu uğurda sarfettiği para ve verdiği takımının BK. 65. maddesi gereğince gayrimeşru bir maksat istihsali için verilmiş olduğundan istirdadına mahal yoktur (4. Hukuk Dairesi 10/10/949-4850/5105, Öztürk - Kazancı: sh. 311).

c) Davacının, davalının kızı Fatma ile gayri meşru bir şekilde birleşmesini teminen verildiği tarafların sözbirliğinden anlaşılmasına binaen BK. 65. maddesi uyarınca, verilmiş olan paranın istirdadına müteallik davanın istima kabiliyeti yoktur. (4. Hukuk Dairesi 21/12/1948-6085/5409, Öztürk - Kazancı: sh. 308).

4 — Evli olan bir erkeğin başka bir kadınla nişanlanma münasebetile ona verdiği eşyayı geri alması meselesi :

Temyiz mahkemesinin bu husustaki kararları biraz müphemdir. Bir kararında evli bir kimsenin nişanlanması muteber olmadığını kabul etmiş ve verilen şeyin muteber olmıyan bir nişan münasebetile verildiğini ve istirdat edilebileceğini, hadisenin BK. 65. madde ile alâkası bulunmadığını kabul etmiştir (4. Hukuk Dairesi 31/1/950-2016-633, Öztürk - Kazancı, sh. 305). Halbuki başka ve biraz önce zikrettiğimiz bir kararında evli bir kimsenin evlenmek için verdiği paraları ve eşyayı geri alamayacağını kabul etmiştir. Aradaki farkı şu suretle belirtmek gerekirdi: Şimdiki hadisede ciddi olarak nişanlanma maksadile evlenmeye tekaddüm eden bir akit bahis mevzuudur ve evlilik dışı birlikte yaşama maksadı yoktur. Bu nişan batıl olunca hediyelerin istirdadı icap eder. Halbuki öteki hadisede nişan perdesi altında evlilik dışı yaşama bahis mevzuudur ve b umünasebetin karşılığı olarak verilenlerin istirdadı bahis mevzuudur. Bu tefrik,, nazarî bakımdan durumu izah ederse de fiiliyatta bu sözde nişanlının dahi evlilik dışı beraber yaşama vaziyetinde olduğu ve verilen şeylerin de bu maksatla verildiği muhakkaktır. Bu itibarla birinci kadının zilyetliğinin himaye edilip bu sözde nişanlının himaye edilmemesi adaletsiz bir harekettir sanıyoruz.

Temyiz mahkemesi, bir başka hadisede kadının boşanmaya razı olmasını temin için kocanın bir gayrimenkulünü karısının adına geçirtmesini hibe etmesini) ve boşanmayı müteakip bu tescilin terkinin için açılan davayı reddetmiştir. Temyiz Mahkemesine göre böyle bir dava BK. 65. maddeye aykırıdır: Davanın mevzuu, boşanmanın fer'i hükümlerine müteallik ve hâkimin tasdikine iktiran etmemiş bir mukaveleye müsteniden kendisi tarafından davalı namına tescil ettirilmiş olan gayrimenkul kaydının iptali ile namına tescili talebinden ibaret bulunmasına ve 5/2/948 gününde iki taraf vekillerinin huzuru ile tapuda yapılan hibe suretile vaki tescil muamelesi sırasında evelki sözleşmelerin bahis konusu edilmediği tapunun cereyanı ile tahakkuk etmiş bulunmasına nazaran, ilk bakışta kayıtsız ve şartsız hibe mahiyetini arz etmekte ise de, cereyanı muhakemeye ve boşanma davasının kesinleştiği tarihe ve davacı tarafından yazılmış bulunan mektuplar münderecetana nazaran iş bu ferağı boşanmayı teshil maksadı ile tanzim edilen 16/12/947 gün-

lü sözleşmeye müstenit olduğu tahakkuk etmiş bulunmaktadır. Mamafî böyle olmayıp ta tapu sicil muhafızının işarı veçhile kayıtsız ve şartsız hibe suretile tescilin yapılmış olduğu kabul edilse dahi akdi ifsad eden sebeplerin mevcudiyeti iddia edilememesine ve saikdeki hatanın butlan sebebi sayılamayacağına nazaran vaki tescilin iptali cihetine gidilemeyeceği gibi boşanmayı teshil maksadı ile yapılan anlaşma neticesi hibe edildiği kabul edilmesi halinde dahi tescil ile davacıya geçmiş bulunan gayrimenkulün geri alınamayacağı BK. 65. madde hükmü iktizasından bulunmuş olmasına mebni bu cihetler göz önünde tutularak davanın reddine karar vermek icap ederken. (2. Hukuk 11/11/1950 esas 7002/kx5339).

5 — *Nişanlanma münasebetile verilen hediyelerin ve paranın istirdadı ile BK. 65. maddenin münasebeti :*

Köylerde kanun dışı evlenme yapılırken kadına bir takım hediyeler vermek hatta kızın babasına veya bu mevkide bulunan kimseye de bir takım eşya ve para vermek âdettir. Erkek kadını terk ettiği zaman bu para ve hediyelerin istirdadını talep ediyor ve bunları nişan hediyesi olarak verdiğini ve nişanın bozulması hasebile Medenî kanununun 86. maddesi gereğince geri istediğini beyan ediyor. Temyiz Mahkemesi 2. Hukuk Dairesi bir kararında kızla oğlanın birleştiği ve buna göre verilen şeylerin gayri ahlâkı maksat zımında verildiği anlaşılmış ve bu cihetle istirdat talebine mesağ bulunmamış olduğu neticesine varmıştır. (2. Hukuk 2/10/1947 esas 2479/k. 4970. Kömürcüoğlu - Ergüney sh. 221).

Yine başka bir kararında: (davacı sebepsiz nişanı bozan davalılara verdiği hediyelerin istirdadını ve tazminata hükmolunmasını talep eylemiş ise de icra kılınan muhakeme neticesinde hadise nişan, nişanlanmadan mütevellik bir alacak olmayup kanuna muhalif olarak haricen vuku bulan evlenme zımında yapılan masraf ve başlık namile veirlen paranın tahsilini talep mahiyetinde olduğu tahakkuk etmiş olmasına ve BK. 19 (!) ve 65. maddeleri hükümlerine nazaran binnetice kanuna uygun olan hükmün onanmasına (2. Hukuk Dairesi k11/2/1941 esas 2455/k 416, Ergüney - Kömürcü sh. 222).

Buna mukabil kız tarafından oğlan aleyhine nişan bozmadan mütevellik manevi tazminat ve hediyelerin istirdadı davasında müddeabih eşyanın nişan hediyesi olarak verildiği iddia edilmiş olmasına göre bu cihetin tahakkuku halinde MK. 86 ye göre kahahat aranmıyarak hediyelerin iadesi lâzım geleceği içtihad edilmiştir. (2. Hukuk dairesi 25/10/948 esas 2812/5172, Ergüney - Kömürcü sh. 221)

6 — *Boşanmayı kolaylaştırma zımında verilen meblağ istirdad edilemez :*

Temyiz mahkemesi bir kararında boşanmayı kolaylaştırmak maksadı ile verilen bir sened muhtevasının istenip istenemeyecevi veya bu sened muhtevası ödenmiş ise bunun istirdat edilip edilemeyeceği hususlarından hangisinin bahis mevzuu olduğunu açıklamadan bir karar vermiştir. Federal mahkeme boşanmaya rıza istihali için verilen paranın geri alınamayacağını kabul etmiştir (ATF. 20 sh. 610, *Fick*'den naklen). Bu hâdisede ise boşanmaya rıza göstermesi için bir borç senedi ile ikrar edilen borcun iptali mi yoksa bu senede göre verilmiş olan paranın istirdadı mı bahis mevzuudur anlaşamıyor. Karar şudur:

(Boşanmaya muhalefet etmemek teahhüdüne mukabil kadına 30000 lira verilmesi şartını havi sözleşmenin; kabahat bahis mevzuu edilmeksizin sırf boşanmayı kolaylaştırmak ve birliğin bozulmasını temin etmek gibi ahlâka mubayir bir maksatla yapılmış olduğu ve bu olayda MK. 150 nin tatbik kabiliyeti bulunmadığı ve BK. 20 gereğince batıl bir mukavele sayılacağı belirtilerek böyle bir mukaveleye müsteniden verilen senetler muhteviyatının istenemeyeceği ve 65. madde sarahatine nazaran verilen paranın istirdadına cevaz olup olmadığı teemmül olunarak o dairede karar verilmesi yönünden evvelki hüküm bozulmuş ve mahkemece bozmaya uyularak hüküm verilmiş olduğundan hükmün onanmasına (2. Hukuk dairesi 16/10/1950, esas 2745 k. 4705. Ergüney sh. 274).

Dava bu senedin iptali için açılmışsa yani bu senedin muhtevasının istenemeyeceğini tesbit ettirmek için açılmışsa bu davaya bakılmak ve senedin ihtiva ettiği borcun batıl olduğunu tesbit etmek icap ederdi. Eğer dava bu senede müsteniden verilmiş paranın istirdadına yönetilmiş idiyse 65. maddeye göre reddi icap ederdi.

65. maddeye göre batıl olan bir borç senedinin muhtevası olan borcun mahiyeti nedir?

Becker böyle bir borcun tabii borç olduğunu kabul eder (66. madde 2. basım) Federal mahkeme yukarıdaki tahlil edilen kararında hudut dışına götürmek için aldığı altınları sarfeden kimsenin bunları tazmin için verdiği borç senedinin muteber olduğu ve buna dayanarak bu kimsenin dava edilebileceğini kabul ederken, 65. maddeye göre istirdadı kabul olmıyan bir şeyi geri verme borcu tabii bir borç teşkil eder Binaenaleyh geri verilmesi halinde sebepsiz iktisap hükümleri cari olmaz. Başka bir tabirle bir kaçakçılık yapmak için verilen parayı kaçakçılığı yapmasa da kaçakçı geri vermekle mükellef değildir, fakat bunu geri vereceğini vait etmişse bu vait ile bağlıdır, çünkü iade borcu tabii borçtur.

NETİCE :

Borçlar kanununun 65. maddesinde - hukukun bu iki bin senelik pren-

sibinin tatbikatında - halâ yenilikler görmek kabildir. Memleketimizde aile hukukunun geçirdiği kanunî buhran yüzünden bu maddenin tatbiki ehemmiyet arzeder: imam nikahî ile birleşenler, evli iken başka bir kadına imam nihâkı ile veya bu nikâh olmaksızın karı koca gibi yaşayan ve içtimaî muhit tarafından köylerde böyle görüldüğü müşahitlerce haber verilen kadınlara bu suretle hediyeler ve eşya ve para 65. madde hasebile geri alınamıyor ve bu suretle bu kadınlar fiilen himaye ediliyor. Bu hal fiilî evlenmeleri bundan başka *mehr* yani *boşanma halinde ödenecek maktu tazminat* şartını bir vait olmamasına dikkat etmek lâzımdır. Bunun dışında boşanmanın vukuunda tazminatın sulhan tesviyesi ve miktarının yine sulhan tayini caizdir (Mehr hakkında karar: Hukuk genel kurulu: 4/2/948: Ömerbaş: Temyiz Genel Kurul kararları cilt 1 sh. 168).

KİRA MUKAVELESİNİN TAPUYA ŞERHVERİLMESİ MESELESİ

Borçlar kanunumuzun 254. maddesi aynî hak ile şahsî hak çlaştığı zaman aynî hakkın üstünlüğü sistemini benimseyen bir hüküm koymuştur: (kiranın akdinden sonra kiralanan, kiralayan tarafından başkasına temlik yahut icra takibatı veya iflas yoluyla kendisinden nez edildiği takdirde; kiracı kiralananın sonrki maliki olan üçüncü şahıstan ancak kabulü şartı ile kiranın devamını ve kiralayandan kat'i icra yahut tazminat itasını isteyebilir. - Bununla beraber kiralanan şey bir gayri menkul olduğu takdirde akid daha evvel feshe müsait olmadıkça kanunen ihbar caiz olan miada kadar üçüncü şahıs, kiraya riayet etmekle mükellef tutulur ve feshi ihbar etmediği takdirde akdi kabul etmiş addolunur)... Yeni maliki kira, akdinin ihtiva ettiği sürenin sonuna kadar akde riayete mecbur etmek imkânı da verilmiştir. 255. maddeye göre: (bir gayrimenkulün kiralanmasında akdin tapu siciline şerh verilmesini iki taraf mukavele edebilirler - Bu şerh, sonraki maliklere kiracının kira akdi dairesinde gayrimenkulden intifaina müsaade etmek mecburiyetini tahmil eder).

Müşterek mülkiyet rejimine tâbi bir gayrimenkulün mevzu teşkil ettiği kira adedinin tapuya şerhverilmesi için hissedarlardan aranacak adet ve hisse ekseriyeti nedir? Yoksa bu takdirde ekseriyet değil ittifak mı aranır?

Medenî kanun hissedarların müşterek mülkü biliştirak idare edeceklerini kabul eder; ancak bu hilafına mukavele caizdir (624 fıkra 1). Bu esası koyduktan sonra ufak tefek tamirat ile ziraat işlerigibi *alelade idarî muamelelerin* hissedarlardan herbiri tarafından yalnız başına yapılacağını fakat çoğunluğun aksine karar verebileceğini kabul eder (mad. 624 f. II).

Daha ziyade mühim olan idarî tasarruflara gelince, bunun için müşterek mülkde adet ve hisse ekseriyetine (yarıda fazla hisseye) sahip olanların birleşmesi lâzımdır (624 f. III). Mühim idarî muamelelerin nelerden ibaret olduğuna dair bizzat kanunda bazı örnekler vardır: ziraat usulünü değiştirmek, büyük tamirat yapmak.

Temyiz mahkemesi müşterek mülkün tamamının kiraya verilmesi muamelesinin mühim idarî muamelelerden olduğu kabul etmiştir ve bu husustaki içtihad müstekardır denebilir (bak Hukuk genel kurulu kararı 19/4/1944 tarihli. öteki kararlar için bak. *Tepeci*: Notlu Türk medeni kanunu m. 624 altındaki kararlar; ayrıca *Lütfü Ömerbaş — Sedat Cetintaş*: Hukuk Gen, Kurul kararları. 2. basım).

Müşterek mülkün kiraya verilmesinin ortaya koyduğu çeşitli meseleler vardır. Bunlardan birisini geçerken belirtmek isteriz: *müşterek maliklerin müşterek mülkten istifade hususunda yaptıkları anlaşmanın hukukî mahiyeti kira mıdır?* Bilfarz bir hanın hissedarları yaptıkları anlaşmada biri üst kattaki otel kısmının istimal hakkını kendisine hasretmiş, öteki alt katta bulunan dükkânların intifa hakkını almıştır. İvazlar arasında teadülü temin etmek için üst katı alan hissedarların her yıl öteki hissedara belli bir miktar meblağ vermesi ve bu mukavelenin dört yıl için akdedildiğini farzedelim, Şimdi bu mukavele alelade bir kira akdi mi sayılacaktır? Yoksa 624.maddenin ilk fıkrasında hissedarların idare hakkını tanıyan hükmün tatbikini tazammun eden bir idare anlaşmasından mı ibarettir? Böyle bir anlaşma nev'i şahsına münhasır bir anlaşmadır ve kira akdi hükümleri ancak kıyas suretile tatbik edilebilir. Fakat bir kimsenin kendi mülkünü kiralaması hukukan ancak istisnaî hallerde (mesela çıplak mülkiyet sahibi olanın intifa hakkı sahibi olan dan kiralaması gibi mümkündür). Yoksa bir şeyi cüzün kiralanmasına cevaz olmadığı hakkındaki içtihad birleştirme kararı gereğince buna cevaz olmamak lâzımdır. Çünkü bir hissedarın kiraladığı şey, bu durumda kendi hisse sayısından başka bir şey değildir, Bu kabil idare mukaveleleri müşterek mülkiyet hakkının istimal şeklini tayin için hissedarların haiz oldukları kanunî bir hakkın kullanılması sadedinde yapılmış nev'i şahsına münhasır ve esas itibarile kira hukuku rejimine tabi olmayan akidlerdir. Bunun en mühim neticesi, Millî Korunma Kanununun tatbiki bakımından kendisini gösterir; tesbit edilen bedel kira olmadığı için dondurulmuş kiralar burada tatbik edilemez; hele fahiş kira bedeli almak suçu asla bahis mevzuu olmamak lâzım gelir. Çünkü cezaî hükümlerin genişletilerek tatbikine tefsir hükümleri müsait değildir. Bununla beraber Temyiz Mahkemesi Ticaret dairesi 1955 senesinde verdiği bir kararda, Ankara 1. ci Ticaret mahkemesinin yukarıda kendi ka-

naatimizce esbabı mucubesini belirtmeğe çalıştığımız bir kararını bozmuştur. Gerekçe şudur: Böyle anlaşmalar, kullanılan kelimeler ne olursa olsun âkidlerin hakikî maksadına göre tefsir edilmelidir. Böyle bir anlaşmada ise hakikî maksat kiradır!. Temyiz Mahkemesinin akidlerin hakikî maksadının kira olduğunu keşfetmesine imkân veren gizli sebepleri ihtiva eden başka bir yazılı belge veya anlaşmalarla idare ettikleri mahallî mahkeme kararından anlaşılmakta olmasına göre bu neticeye nasıl vardığını anlamak zordur. Kaldı ki, arzettiğimiz gibi, hissedarların arasında yapılan işbu idare ve intifa akdini kira saymağa hukuk tekniği bakımından da pek imkân yoktur; bir kimsenin hissei şayıyı kiraya vermesi caiz değildir. Bir kimse kendi mülkünü kiralayamaz!.

Müşterek mülkün kiralanması ile ilgili bir başka mevzu: *Müşterek kiralamak için tevkil edilen şahsın vekâletinde bu icar mukavelesinin serhi için ayrıca selâhiyet bulunmasına ihtiyaç olup olmadığı hususudur.* İstanbul 5. Asliye Hukuk Mahkemesinin esas 51/813 sayılı ve 30/11/1951 tarihli kararında umumî vekâletnamelerin şerh için selâhiyeti de tazammun ettiğini, bu sebepten vekâletnamede şerhin ayrıca bir selâhiyete rabtının icap etmediği fikrini savunmuştur. Buna karşı Borçlar kanununun 388. ci maddesinin 3. cü fıkrasını ileri sürmek icap eder. Bu fıkra göre: *Hususî bir selâhiyeti olmadıkça vekil dava ikame edemez, sulh olamaz, tahkim edemez, kambiyo taahhüdünde bulunamaz, hibe edemez, bir gayrimenkulü temlik veya bir hak ile takyit edemez.* Görülüyor ki bir gayri menkulü bir hak ile takyit etmek hususî bir mezuniyeti gerektirir, umumî vekâlet kâfi değildir. Şerh bir gayri menkulü takyit eden bir aynî hak mıdır?. Bu hususta başlıca müellifler müttetikdir. (*Haab* : mad. 648 No. 9; *Fick* : Borçlar kanunu şerhi mad. 388 sh. 688). Temyiz mahkemesinin bu hususta bir kararına rastlamadık. Federal mahkemenin de bu yolda intişar etmiş bir kararı bulunamamıştır. Biz de mülliflerin fikrin iltihak ediyoruz, çünkü şerhin kira akdini üçüncü şahıs müktesipleri de demayanı kabil bir hale getirmekle mülkiyet hakkını takyit ettiği muhakkaktır. Fakat bununla şerhin kira akdinden doğan şahsî hakkı aynî bir hale getirmiştir demek istemiyoruz.

Müşterek mülkün kiralanması ile başka bir mesele de şudur:

Müşterek mülkte adet ve hisse çoğunluğunu haiz olanlar müşterek mülkü mezun iseler de bu kira akdini tapuya şerhe mezun mudurlar?

/stanbul 5. Asliye Hukuk Mahkemesi yukarıda tarih ve sayısını verdiğimiz kararında bu soruya müsbet şekilde cevap vermiştir. Bu mahkemeye göre şerh, icar akdinin bir nevi teferruatıdır. Bu mahkemeye göre şerh, icar akdinin bir nevi teferruatıdır. Asli yapmağa mezun olanların teferruatını da yapmağa mezun sayılmalıdır.

Tapu ve kadastro Umum Müdürlüğü Temyiz mahkemesi Hukuk umumî heyetinin bir kararına istinaden ve bu karara söylemediği şeyi söyleyerek aynı neticeye varmıştır.

((Şayi hisse ile tasarruf edilen bir gayrı menkulün adeden ekseriyeti teşkil eden hissedarların hisse miktarı gayrimenkulün yarısından fazlasına talluk ettiği takdirde o gayrimenkulün tamamını icare verebilecekleri Temyiz mahkemesi hukuk umumî heyetinin 26/9/934 tarihli kararı cümlesinden bulunmaktadır. Binaenaleyh Temyiz mahkemesinin kararına uygun bir şekilde icare verilmiş olan gayrimenkullara ait icar ve isticar mukavelelerinin tapu kütuğüne şerhi hakkında vaki olacak taleplerin idarlerimizce kabulü zarurî bulunmaktadır (8/4/1942 gün ve 113-14/1032 sayılı emir. Veldet Velidedoğlu - G. Esmer; Gayrimenkul tasarrufları sh. 256-257 den naklen).

Tapu ve Kadastro Umum Müdürlüğü bu tamime ek bir tamimde de şöyle demiştir: (Bu umumî emrin muhteviyatından da anlaşılacağı veçhile, yarıdan fazla hisseye malik ve adetçe ekseriyeti teşkil eden hissedarların bahis mevzuu olan mukaveleyi tanzime ve icar akdini yapmağa selâhiyetli bulduklarına nazaran, tescil talebinin de akdi yapan mezkûr hissedarların cümlesi tarafından vukubulması lâzımdır. Görülen lüzum üzerine tevzihan tebliğ olunur, 15/5/942 gün ve 113-14/1037 sayılı emir. Velidedeolu - Esmer, adı geçen eser ve yer).

Velidedeolu - Esmer (adı geçen kitap sh 256) ise bu hususta aynen şöyle demişlerdir: (Kiraya verilen hisseli gayrimenkuller hakkında kira mukavelesinin tapu siciline şerh verilmesi bakımından, ne suretle muamele olunacağı uzun müddet ihtilâf mevzuu olmuş ve nihayet mesele yargıtay Hukuk Umumî Heyetinin 26/9/934 tarihli bir kararile şayi hisse ile tasarruf edilen bir gayrı menkulün adeden ekseriyeti teşkil eden hissedarların hisse miktarı gayrimenkulün yarısından fazlasına taalluk ettiği takdirde o gayri menkulün tamamını icara verebilecekler) kabul olunmuştur.

Temyiz mahkemesinin adı geçen umumî heyet kararının sadece müşterek mülkün icara verilmesi konusuna münhasır olup adet ve hisse ekseriyetinin aynı zamanda kira akdini tapuya şerh verebileceğini gösteren herhangi bir mütalaası kararda yer almamıştır. Şu halde Tapu ve Kadastro Umum Müdürlüğünün yukarıda yazılı tamimi bu umumî heyet kararına istinat edemez. Tamim, Umum Müdürlüğün kendi tefsir ve kanaatinden ibarettir. Tamimin tavzihi hakkında gönderilen umumî emirde icar mukavelesinin *tescilinden* bahsedilmiş bir zuhul olsa gerektir. Çünkü kira akdi kanunen ancak şerh verilebilir, tescil ise aynî hakların doğumu için zarurî olan ayrı bir muameledir. Velidedeolu - Es-

mer bu tamime atıf yapmakla iktifa etmişler, ayrı bir mütalaa ileri sürmemişlerdir.

Bu mesele doktrin bakımından incelendiği zaman şu mütalâalara tesadüf olunur :

Adalet Bakanlığınca tercüme ettirilen Zurich şerhinin henüz basılmamış bulunan aynı haklar bahsinde *Prof. Dr. Haab* 648. madde altında şunu kaydetmiştir: (bizim 634. maddeye tekabül eder): *Şerh, gayrimenkulü takyit eder.* Bu bakımdan 648. maddeye girer. Netekim yayrıkenkullerin cebrî icra yiluyla paraya çevrilmesine müteallik nizamnamenin 56 ve 104. maddeleri bunu ifade eder. Bundan başka Tapu sicilli nizamnamesinin 70, 13 ve 15. maddelerine göre bir kira akdinin tapuya şerh verilmesi için bütün hissedarların müttefikan beyanda bulunması şarttır. Gayrimenkulün tamamının icarı için ekseriyet kâfi isede şerhin hissedarların ittifakı şarttır. Müşterek mülkün icabı hakkında bir doktora tezi yazan *Leder* dahi bu fikirdedir (Haab mad. 647 sh. 144 No. 9). Federal mahkemenin bu hususta kararına rastlanmamıştır.

İsviçre müelliflerinden *Wieland* (tercüme; Karafakih), *Homberger* (tercüme: Suad Bertan), *Cevad Gücün* eserlerinde şerhin ihdas ettiği netice hakkında müttefikdir: Şerh ile kira akdi üçüncü şahıslara karşı dermeyanı kabil bir hal alır, tesiri çok kuvvetlenir. Ancak bunlardan *Cevad Gücün* ve *Wieland* şerhin bir aynı hak ihdas ettiği zannını uyandıracak ibareler kullanıyorlarsa da bu umumiyetle yeni müellifler tarafından haklı olarak red edilmektedir.

Şerhin, izaleyi suyu ile malın satılması halinde dahi yeni maliklere karşı dermeyan edilebilmesi ve bu halin gayrimenkulün değerini çok düşüreceği düşünülürse, sadece bir alacak hakkı doğuran kira akdini yapmağa selâhiyetli hissedarları ekseriyetinin bu şerh muamelesi ile azınlıkta kalan hissedarların mülkiyet hakkını bu derece ağır bir yük altına sokmaları tecviz edilmek lâzım gelir. Bu sebepten ittifak kaidesinin cari olması lâzım gelir.

Netekim Temyiz mahkemesi, İstanbul 5. hukuk mahkemesinin sözü geçen kararını bozmuş ve ittifak aramıştır. (Temyiz mahkemesi 53/7268 esas sayılı kararı. Bu karar aleyhine yapılan tashihi karar talebi de aynı dairenin 953/179 esas sayılı kararı ile reddedilmiştir).

Tapu ve Kadastro Umum Müdürlüğünün bu karar ve yukarıda ileri sürülen gerekçeler dairesinde eski genel emrini değiştirmesi çok temenni ve ümit edilir.