

BORÇ İKRARI ve BORÇ VAADI

Doçent Dr. İsmet Sungurbey

§ 6. SEBEBİ GÖSTERİLMİYEN BORÇ İKRARI VE VAADİNİN MÜCERRETLİĞİ

I. De lege lata = Yürürlükteki kanun bakımından.

Bu paragraf altında inceleyeceğimiz mesele şudur: Sebebi gösterilmeyen ihdasî borç ikrarı ve vaadlerinin hüküm ve sıhhati muteber bir hukukî sebebin varlığına ve gerçekleşmesine bağlı (illî) midir? yoksa bundan ayrı (mücerret) midir¹ ?

Yukarıda § 2 de gördüğümüz gibi, taraflar hukukî sebebi borç ikrarı ve vaadi aktine ithal ederek ve akitte göstererek onun bir cüzü, parçası haline getirdikleri takdirde illî-ihdasî borç ikrarı ve vaadi aktinin hüküm ve varlığı da bu sebebe bağlı olur. Bundan dolayı, aktin cüzü haline getirilen bu hukukî sebep hususunda gerçekte muteber bir anlaşma olmaz veya bu sebep gerçekleşmezse borç ikrarı ve vaadi akdi de hükümsüz olur. İllî-izharî borç ikrarı ve vaadi de hilâfının, yani sebebin bulunmadığının ispatı hükmünü kaybeder.

Buna mukabil, taraflar hukukî sebebini göstermedikleri ihdasî borç ikrarı ve vaadi akitlerinde hukukî sebep anlaşmasını borç aktinin dışında, ayrı bir akit halinde bırakmışlardır. Bu takdirde ihdasî borç ikrarı ve vaadinin hüküm ve muteberliğini, dışında bulunan hukukî sebep anlaşmasının varlığına ve gerçekleşmesine bağlı tutmak için bir zaruret yoktur. Burada şu noktaya dikkat lâzımdır ki, taraflar sadece hukukî sebep anlaşmasını borç ikrarı ve vaadi aktinin cüzü haline getirirler veya onu borç aktinin dışında bırakırlar. Meselâ akitte edimin ifa veya bağışlama sebebiyle vaad edildiğini zikrederler veya edimin hangi sebeple vaad edildiğini akitte göstermezler. Aktin cüzü haline getirilen sebebin bulunmamasının akti batıl kılacağı veya aktin dışında bırakılan sebebin bulun-

1) Bazı eserlerde illî-mücerret yerine sebepli-sebepsiz denilmesini doğru bulmuyoruz. Çünkü illî bir kazandırıcı muamele sebepsiz (sine causa) ve bu yüzden bâtil olabilir; öte yandan mücerret kazandırıcı muamelelerin de normal hallerde sebebi vardır.

maması veya gerçekleşmemesinin akti keza butlana yahut sebepsiz iktisap talep ve define uğratacağı ise hukuk tekniğine ait bir mesele olup nasıl çözüldüğü *kanun hükümlerinden* anlaşılır. Yoksa borç ikrarı ve vaadi aktinin dışında bırakılan hukukî sebep anlaşmasının bulunmaması veya gerçekleşmemesi halinde de aktin butlana veya sebepsiz iktisap talep ve define uğrayacağını tarafların kasıt ve irade eylemiş olmalarına hacet yoktur. Zaten bilhassa hukukçu olmayan taraflar hukukî sebebin yokluğu veya gerçekleşmemesi halinde borç aktinin butlana mı, yoksa sebepsiz iktisap talep ve define mi uğrayacağını düşünüp bilemedikleri gibi ² bizzat hukukî sebep mefhumundan da bu netice çıkmaktadır. Çünkü ancak tarafların kazandırıcı muamelenin gayesine erişileceğinden emin oldukları ve bu yüzden gayeye erişilememesi, hukukî sebebin gerçekleşmemesi ihtimalini düşünemedikleri ve bunu aktin şartı haline getirmedikleri hallerdedir ki, hukukî sebepten ve sebepsiz iktisaptan bahsedilebilir. Taraflar sebebin gerçekleşmemesi ihtimalini derpiş etmişlerse zaten çok defa sebebin gerçekleşmesini aktin sarîh veya zımnî şartı haline getireceklerinden sebepsiz iktisap hükümlerinin tatbikine de yer kalmaz ³.

İmdi, Fransız MK. sebebi gösterilsin gösterilmesin, yani aktin cüzü haline getirilsin getirilmesin borç aktinin hüküm ve sıhhatinin muteber bir hukukî sebebin varlığına ve gerçekleşmesine bağlı olduğunu kabul etmiştir. Gerçek, Fransız MK. 1108 e göre: «Bir mukavelenin muteberliği için dört şart zarurîdir: Borçlanan tarafın rızası; akit yapma ehliyeti; taahhüdün maddesini teşkil eden muayyen bir mevzu; borçta hukuka uygun bir sebep.» Keza Fransız MK. 1131 e göre de: «Sebebi olmayan veya yanlış veya hukuka aykırı bir sebebe dayanan borcun hiç bir hükmü yoktur.» Bu hükümler gereğince muteber hukukî sebebi bulunmayan veya gerçekleşmeyen borç akitleri batıldır, hükümsüzdür.

Buna mukabil, Roma hukukuna ^{3 a} ve Müsterek hukuka uygun olarak BGB. § 812, II de ihdasî borç ikrarı akitlerinin de hukukî sebep bulunmadığı takdirde sebepsiz iktisap kaidelerine göre iadesi gereken bir kazandırma teşkil edeceği kabul edilmiştir. Bundan başka, yine BGB. § 821 de açıkça bir kimsenin hukukî sebep olmaksızın bir mükellefiyete girmesinden bahsedilmiştir. Alman MK. nun bu hükümleri, hukukî sebep anlaşması aktin dışında bırakılan ihdasî borç ikrarı ve vaadi akitlerinin

2) Bak. yukarıda § 4, not 22.

3) Bak. yukarıda § 1, not 26/27.

3 a) Sayın Ord. Prof. Dr. Birsen'in No. 300 deki «Roma hukuku, esas itibariyle muamelelerin sebepli olmasını aramıştır.» yolundaki sözleri ise, — bu müellifin No. 300/308 de birbirinden ayırt etmediği — hukukî sebep mefhumuna ihtiyaç olup olmadığı meselesi ile kazandırıcı muamelelerin sıhhatinin hukukî sebebe bağlı olup olmadığı meselesinden birincisine ilişkin sayılmalıdır.

hüküm ve muteberliğinin, sebebin varlığına ve gerçekleşmesine bağlı (illî) tutulmadığını, bilâkis muteber bir sebep olmasa ve sebep gerçekleşmese bile aktin muteber olacağını ve borcun (alacağın) doğacağını, fakat alacaklı için sebepsiz iktisap teşkil eden bu alacağa karşı borçlunun sebepsiz iktisap talep ve definde bulunabileceğini göstermektedir.

İşte İsviçre - Türk BK. da sebebi gösterilmeyen borç akitlerinde sebebin varlığı ve gerçekleştiği hususunda karine koyan Fransız MK. 1132 hükmünü 17. maddesine aldığı halde, aynı kanunda borç akitlerinin illiliği prensibini ifade eden bir önceki md. 1131 ve md. 1108 hükümlerini almamış, bilâkis Alman hukukunda da mücerretlik sisteminin dayanağı olan BGB. § 821 hükmüne OR. 67, II/BK. 66, 2 de aynen yer vermiştir. Zaten OR. 62, II/BK. 61, 2 deki sebepsiz iktisap hallerini sayan hüküm de kazandırıcı muamelelere dair olup bunlara tasarrufî muameleler gibi iltizamî muameleler de girmektedir. Bundan dolayı İsviçre - Türk BK. nun sebebi gösterilmeyerek aktin dışında bırakılan borç ikrarı ve vaadi akitlerinin muteber sebebi bulunmaması veya gerçekleşmemesi halinde hüküm ve muteberliğine zarar gelmeyeceğini, ancak sebepsiz iktisap kaidelerine göre talep ve defi ileri sürülebileceğini, yani mücerretlik sistemini kabul ettiğini hiç tereddütsüz söyleyebiliriz. Böylece Roma hukuku, Müsterek hukuk ve Alman hukukundaki sebebi gösterilmeyen ihdasî borç ikrarı ve vaadi (akti) nin mücerret olduğu telâkkisi ve klâsik «*condictio liberationis*» ve «*exceptio*» çâresi mefhumu İsviçre - Türk borçlar hukukunda da yaşamaktadır. von Tuhr, Braun, Schwarz, Arsebük, Gönensay, Velidedeoğlu/Kaynar ve bir kısım kararlarında İsviçre Federal Mahkemesi bu fikirdedirler⁴.

4) von Tuhr/Siegwart, § 32, not 18, § 3, not 31; Braun, § 15 ve ZBJV. 71, s. 376/377; Schwarz, s. 286/287 (Bu büyük hukukçunun İsviçre - Türk hukuku için bir yandan s. 282/283'te menkul mülkiyetinin illiliğini kabul ederken, öte yandan burada sebebi gösterilmeyen borç akitlerinin mücerretliğini kabul etmesi, bana pek ahenkli görünmemektedir); Arsebük, § 36, not 85; Gönensay, § 13, III; Velidedeoğlu/Kaynar, s. 24/25 ve BGE. 20, s. 1191; 26 II, s. 403/404; 40 III, s. 463; 41 II, s. 459 ki bu kararlarda muteber hukuki sebebi olmayan borç ikrarı ve vaadlerine karşı sebepsiz iktisap talep ve defi ileri sürülebileceği, yani mücerretlik sistemi kabul edilmiştir. — Yargıtayın BK. 66, 2'yi tatbik ettiği şu kararlarına rastlamış olmakla beraber, bu olaylarda gerçekte BK. 60, III teki durum bahis konusu bulunduğu için böyle yanlış anlaşılan bir hükmün tatbikinden yüksek mahkemenin mücerretlik sistemini kabul ettiği neticesini çıkarmayı doğru görmedik: «Müvekkillerinin murisleri Ayşe bundan 4 sene evvel vefat etmeden dâvalıya borç senedi vermiş ise de bu senet tehdit ve cebir ile alınmış ve bedelsiz bulunmuş olduğundan iptali istemine müteallik dâvanın zamanaşımından reddine mütedair hüküm: olayda haksız olarak iktisap olunan şey, bir borç teşkilinden ibaret bulunmuş olduğu cihetle dâvacının hakkı zamanaşımı ile sâkıt olmuş olsa bile bu borcu ifa etmeyeceği BK. 66 icabından olmasına binaen dâvacının hile iddiası usulen tahkik edilerek neticesine göre bir karar verilmek

İşaret edelim ki Braun, OR. 67, II den başka OR. 17 nin de İsviçre hukukunda mücerretlik sisteminin kabul edilmiş olduğunu gösterdiğini ileri sürer. Çünkü, bu müellife göre, sebebi gösterilmeyen bir borç ikrarile sebep hususunda ispat yükü değişimi, bu ikrar ancak mücerret bir borç doğurur telâkki edildiği takdirde kabul edilebilir. Tamamen şekilsiz olan bir akitte sebebin gösterilmemesi, sebebin aktin muhtevasına ait olmadığı ve borç için önemsiz olduğu mânasında anlaşılmalıdır. OR. 17 nin bahsettiği borcun doğumu, borç sebebi hususunda hiçbir anlaşmayı şart koşmazsa bu, mücerret bir aktin de borç doğurabileceğini, sebepsiz borçların da muteber olduğunu ifade eder. Böylece OR. 17, tarafların mücerret borçlar ihdas etmelerinin hukukî esasını teşkil eder⁵. Braun'un bu iddiasının ilk gerekçesinin doğru olmadığı ve OR. 17 nin hakikî mâna ve şümulü, yukarıda § 3, II sonunda gösterilmiştir. İkinci gerekçesi de kabul edilemez. Çünkü OR. 17 sadece sebep anlaşmasının akitte gösterilmesini, yani akte ithalini şart koşmamıştır; fakat akitte gösterilmemek, yani aktin dışarısında bırakılmakla beraber bu sebep anlaşması mevcut da değilse yahut gerçekleşmezse bu hallerin aktin ve borcun hüküm ve sıhhatine nasıl bir tesir yapacağını, butlana mı, yoksa sebepsiz iktisap talep ve define mi uğratacağını OR. 17 asla göstermiş değildir. Mücerretlik sisteminin hukukî esası olan bir hükmün ise ikinci neticeyi göstermesi lâzımdı. — Bussy de mücerretlik sistemine taraftar olmakla beraber⁶, kanunun bu sistemi kabul ettiğini gösteren Art. 67, II nin bu mühim mânasına hiç temas etmiyerek⁷: «BK. 17 nin renksiz metni karşısında İsviçre BK. nun hal tarzının ne olduğunu söylemek güçtür.» ve «İçtihatlar müphemdir.» der⁸. Halbuki § 3 te görüldüğü gibi, BK. 17 illîlik - mücerretlik meselesini değil, başka bir meseleyi çözmektedir. — Sayın Ord. Prof. Dr. Birsende: «Sebec teorinin kabulü hususunda ... birlik yoktur. Fransız MK. na göre sebebin *mevcut olmaması* ... halinde akit sahih olarak teşekkül edemez. Kanunumuzla İsviçre ve Alman MK. ları sebepsiz bir borç aktinin sıhhatini kabul etmişler, mükellefiyet sebebinin *göstermeyen* akitleri muteber saymışlardır. BK. 17 de ... hükmü vazedilerek sebepsiz (mücerret) borç akitlerinin muteber olduğu esas kabul edilmiştir.»^{8 a} diyerek

lüzumundan bozulmuştur. 4 HD. 10.3.1950, 1209/1469; Öztürk/Kazancı, s. 37.» Aynı mealde: 4 HD. 25.12.1940, 3521/2829; Öztürk/Kazancı, s. 327 = Tepeci, s. 220 ve 4 HD. 30.11.1940, 3057/2583; Öztürk/Kazancı, s. 327/328 = Tepeci, s. 222. Bu son kararda BK. 60 ve 66 nın son fıkraları aynı hâdisede birlikte kabili tatbik görülmüştür.

5) Braun, § 15 ve ZBJV. 71, s. 376.

6) Bussy, No. 75 sonu.

7) Bussy, No. 250.

8) Bussy, No. 73/74.

8 a) Birsende, No. 303.

sebebin gösterilmemesi ile bulunmamasını birbirinden ayırt etmemiş, bundan başka İsviçre - Türk BK. nun mücerretlik sistemini kabul ettiğini gösteren OR. 67, II/BK. 66, 2 nin bu mühim mânasına da hiç temas etmemiştir.

Buna mukabil Oser/Schönenberger, Becker, Baetschi, Yung, Guhl, Schweickhardt, Tongsir, Saymen, İsviçre - Türk borçlar hukukunda sebebi gösterilmeyen borç ikrar ve vaadlerinin (akitlerinin) mücerretliği sisteminin kabul edilmiş olmadığı fikrindedirler. İsviçre Federal Mahkemesinin son görüşü de budur. Yargıtayın da illilik sistemini kabul ettiği mânası çıkarılabilecek bir kararı bu I. in sonunda derc edilmiştir. İsviçrede von Tuhr'un temsil eylediği görüş, önce Baetschi tarafından tenkit edilmiş⁹ ve daha sonra Yung, Baetschi'ye dayanarak daha da ileri giden tenkitlerde bulunmuştur. Yung'a göre, von Tuhr'un OR. 17 nin BGB. § 781 mânasında mücerret hukukî muameleye cevaz verdiğini söylemesi doğru değildir. OR. 17 sebepsiz mukavele ve borçtan değil, fakat borç sebebi gösterilmeyen borç ikrarından bahseder. OR. 17 nin doğuşu da von Tuhr'un tefsirini tekzip eder: Bu madde hazırlanırken mücerret borç teorisi henüz hiçbir kanuna alınmadığından kanunu yapanlar bu teoriyi kabul etmelerini sağlayacak bir örneğe sahip değillerdi. OR. 17 nin Fransız MK. 1132 den alındığı Fransada da mücerret borç teorisi bilinmiyordu. md. 1132 nin, sebep şartını arayan md. 1108 ve 1131 in bir tahdidi olduğu unutulmamalıdır. md. 1132 sebep tasrih edilmese de mukavele muteberdir, demekle beraber sebebin varlığı daima zarurîdir. O halde md. 1132 sebep teorisini teyid ve mücerretlik teorisini reddeder. OR. 17 için de durum böyle olup borç ikrarı mücerret bir borç doğursaydı bu maddenin hiçbir mânası olmayacaktı. Bunu anlamak için OR. 17 nin BGB. § 781 den sonra gelmesini tasavvur etmek yeter: bu iki hüküm arasında açık bir tenakuz olacaktı. Borç, sebebine bağlı değilse sebebin tasrihi şart olmadığını söylemeye ne lüzum vardır? Öte yandan, OR. müellifleri md. 17 nin Fransız MK. 1132 den geldiğini açıkça biliyorlardı ve bu iki hükmün benzeyişi iltizamîydi. BGB. müellifleri kanuna mücerret borcu derpiş eden sarih hüküm derc etmek lüzumunu duydukları halde, pek sun'î olan ve ancak bir kanun hükmüne dayanabilen mücerret borcu BGB. den yirmi sene önce sarih hükümlerle bildirmek evleviyetle zarurî idi. Bilâkis İsviçre BK. nun 1876 tasarısı, md. 48, II deki mücerretliği gösteren hüküm çizildi. Bir kanunkoyucu mücerretlik gibi bir teoriden mülhem olursa bütün hukuk sistemi ondan müteessir olur. Bilhassa borç olmayan şeyin istirdadına dair hükümlerin teoriyi tamamlaması zarurîdir. Böylece Alman kanunkoyucusu, BGB. § 812, II de mücerret borcun da kabili istirdat

9) Baetschi, s. 106/110.

bir kazandırma teşkil ettiğini sarahaten derpiş etmekten hâli kalmamıştır. Halbuki 1881 İsviçre kanunkoyucusu ise buna eşit hiçbir hüküm derpiş etmemiştir. Şu halde md. 17 nin borç ikrarı, sebebine bağlı olmayarak muteber bir borç doğursaydı, BK. borçluya ifayı red için hiçbir kanunî çare vermiyecekti. Gerçi 1912 revizyonunda md. 67, II ilâve edilmiştir. Fakat Yung'a göre bu hüküm, BK. nu yeniden gözden geçirenlerin ellerinde BGB. leri olduğu halde çalışmış bulduklarından başka hiçbir şey ispat etmez. Revizyon sırasında BGB. § 853 ten haksız fiilden doğan alacağa karşı defi hakkının daimî olduğu hükmü md. 60, III e alınırken, haksız fiildekine eşit müruru zaman süreleri kabul edilen sebepsiz iktisaba da tam simetriyi temin için BGB. § 821 den sebepsiz iktisap teşkil eden alacağa karşı defi hakkının daimî olduğu hükmü bu md. 67, II ye alınmıştır. Yoksa ihzarî çalışmalarda md. 67, II nin, ispat yükü değişimi sistemi yerine mücerret borç sistemini ikame gayesile dercedildiğini gösterecek hiçbir şey yoktur. Şu halde md. 67, II İsviçre hukukuna mücerret borcu getirmemiştir. Bunun için, kanuna gerek BGB. § 780 deki gibi müstakil bir borç doğurma imkânını derpiş eden sarih bir hüküm, gerekse BGB. § 812 gibi borç ikrarına karşı ancak borç olmayan şeyin istirdadı kaidelerine göre saldırılabileceğini derpiş eden hükümlerin dercedilmiş olması zarurîydi. Bundan dolayı Yung, OR. 67, II nin hiçbir mânası olmadığını söylemektedir. Ancak kanun bir hukukî muameleyi mücerret kılabilirdiğinden taraflar istemiş olsalar bile — Oser ve Baetschi'nin fikri hilâfına — mücerret borç ihdas edemezler; meselâ bir menkul temlikinin mücerret bir hükmü olacağını ve ancak sebepsiz iktisap kaideleri gereğince geri alınabileceğini kararlaştıramazlar¹⁰. Yung'un bu tenkit ve düşüncelerini Tongsir de haklı ve doğru bulmuştur¹¹. *Kanaatimizce*, Yung'un bu tenkit ve düşünceleri inandırıcı ve tatmin edici olmaktan uzaktır. von Tuhr, OR. 17 nin BGB. § 780 de ifadesini bulan tekâmüle ve Fransız MK. 1132 ye uygun olarak sadece sebebi gösterilmeyen borç senetlerine (cautio indiscreta'ya) cevaz verdiğini belirtmiş olup¹² yoksa bu maddenin değil, fakat OR. 67, II nin kanunun mücerretlik sistemini kabul etmiş olduğunu tam bir açıklıkla gösterdiğini söylemiştir¹³. OR. 17 hazırlandığı sıralarda başka bir kanunda ve bu maddenin alındığı Fransız hukukunda mücerretlik sisteminin kabul edilmiş olması da İsviçre hukukunda mücerret borç sisteminin bulunmadığını göstermeye yetmez. Çünkü kanunun bir sistemi kabul etmesi için daha önce başka bir kanunda bu sistemin yer bulmuş olması şart ve

10) Yung, s. 95/101.

11) Tongsir, s. 182/185.

12) Bak. von Tuhr/Siegwart, s. 248.

13) Bak. von Tuhr/Siegwart, s. 250.

kanunkoyucu da mutlaka bir örneğe muhtaç değildir. Diğer taraftan İsviçrenin eski BK. hazırlanırken bilhassa Baehr'in tesiriyle Müşterek hukukun son devrinde hukuk ilmi ve tatbikatında mücerretlik sistemi kabul edilmiş bulunuyordu. Hattâ bundan dolayı da 1876 tarihli İsviçre BK. tasarısı, md. 48, II de mücerretlik sistemini gerektiren şöyle bir hüküm bile konulmuştu: «Bununla beraber, böyle bir vaade borç olmayan şeyin istirdadı hükümleri gereğince saldırılabilir.»! BGB. § 812, II hükmünün İsviçre BK. na alınmaması mücerretlik sisteminin kabul edilmediğine delil sayıldığı halde, Fransız hukukunda illîlik prensibini koyan Fransız MK. 1108 ve 1131 in alınmaması illîlik sisteminin kanuna ithal edilmek istenmediğine niçin hem de çok daha açık ve kuvvetli delil sayılmıyor? Fransız MK. 1132 ve OR. 17 illîlik-mücerretlik meselesini değil, esasta başka bir meseleyi çözer¹⁴. Bunun yanında, bu maddenin mücerretlik sisteminde de bulunması bir tenakuz ve lüzumsuzluk teşkil etmeyip querela non numeratae pecuniae yoluyla netice itibarile illîlik sistemine dönülmesi ve düşülmesini önlemeye yaramaktadır¹⁵. İsviçre BK. nun 1876 tasarısının yukarıya dercedilen md. 48, II nin çizilmesi de mücerretlik sistemini ret için değildir. Borç ikrarı ve vaadine yalnız *condictio indebiti* hükümlerine göre değil, fakat *condictio sine causa*, *condictio ob causam futuram*, *condictio ob causam finitam* hükümlerine göre de saldırılabileceğinden ve sistematik bakımdan meselenin yeri sebepsiz iktisaba dair OR. 62/BK. 61 v.d. olup umumî mahiyetteki bu hükümler borç ikrarı ve vaadlerine de şamil bulunduğundan bu fıkra çizilmiştir. Görülüyor ki, Yung'un, sebebi gösterilmeyen borç ikrarı mücerret borç doğurduğu takdirde İsviçre BK. nun borçluya ifayı ret için hiçbir çâre vermiyeceği yolundaki endişesi yersiz olup sebepsiz borçlanan kimse OR. 62/BK. 61 v.d. hükümlerindeki sebepsiz iktisap talep ve definden faydalanabilir. Bu hükümler arasına ayrıca BGB. § 812, II gibi bir hüküm konulmaması ise İsviçre BK. nun muhtasarlığıyla izah olunabilir. Sebepsiz iktisaba BGB. de § 812/822 tahsis edildiği halde, İsviçre BK. da bunun ancak yarısı olan md. 62/67 hükümlerile iktifa olunmuştur. BGB. § 812 gibi kazandırmayla olan ve olmayan sebepsiz iktisapları bile ayırt etmeyen OR. 62 nin, borç ikrarının da sebepsiz iktisapla geri istenebilen bir kazandırma teşkil edeceğini tasrih etmesi beklenemezdi. Kaldı ki, kanunda tam bir açıklıkla mücerretlik sistemini gerektiren bir hüküm de yok değildir: OR. 67, II. Bu fıkranın OR. 60, III ile simetriyi temin maksadile ilâve edilmiş olması, ilâve edenlerin ihzarî çalışmalarındaki maksatları, kanunun başka bir hükmüne de aykırı olmayan bu hükmünün objektif varlığına ve yürür-

14) Bak. yukarıda § 3.

15) Bak. yukarıda § 3, II.

lüğüne mâni ve inkârına sebep olamaz. Fransız MK. 1132 nin alınması, hem de bu maddenin dışında kalan Fransız illilik sisteminin kabulüne delil sayılıyor da, açıkça mücerretliği gerektiren BGB. § 821 in OR. 67, II ye alınması neden dolayı sadece revizyoncuların BGB. leri ellerinde çalışmış olduklarını göstermekten başka bir şey ispat etmez deniyor ve sırf Alman MK. dan alındığı için fıkra her türlü mânadan mahrum görülüyor? Kanunun açık hükmüne dayanan mücerretlik sisteminin böylece inkârından sonra, tarafların anlaşmalar bile bir borcun mücerretliğini kabul edemeyecekleri düşüncesi de doğru değildir. Bu hususta mülkiyetin nakli misaline dayanılması bu düşünceye sebep olmuştur. Çünkü eşya hukukunun mülkiyetin naklinin illiliğine dair olan hükmü — ki menkul mülkiyetinde böyle bir hüküm yoktur —, emredici bir hüküm olduğundan taraflar hilâfına mukavele yapamazlar. Halbuki borçlar hukukunun bir borcun illiliğine dair hükmü — ki BK. da böyle bir hüküm yoktur — emredici olmadığından hilâfını, yani mücerretliği kararlaştırabilirler.

Nitekim Oser/Schönenberger ve Baetschi, OR. 17 nin sebebi gösterilmeyen borç ikrarının sadece ispat mücerretliği verdiği, yani sebep hususunda ispat yükünü değiştirdiği fikrinde olmakla beraber, OR. 19 daki akit serbestisi gereğince ve bu sınırlar içinde tarafların alacak mücerretliğini de kararlaştırabileceğini kabul etmektedirler. Causa'dan doğan defilerin mukaveleyle ortadan kaldırılmasında durum böyledir¹⁶. İsviçre Federal Mahkemesinin de son bir kararında bu müelliflerden mülhem olduğu anlaşılmaktadır: «Dâvalı, Goldzieher - Penso Bankasına OR. 17 gereğince bir mücerret borç vaadi vermiştir. İsviçre hukukuna göre bu mükellefiyetin hususiyeti sadece *ispat mücerretliğinden* ibarettir. Alacaklı, talebinin dermeyanı için ne borç sebebini, ne de borç senedinde yazılan şartlardan başkasını ispat yükünde değildir.»¹⁷. «Böylece tatbiki gereken İsviçre hukukuna göre taraflar şüphesiz anlaşmayla, meselâ bir borç mükellefiyetine karşı muayyen defileri ortadan kaldırarak, OR. 17 mânasında bir mücerret borç vaadindeki sırf ispat mücerretliğinininkinden daha yüksek bir mücerretlik derecesi getirebilirler.»¹⁸. Baetschi'ye göre, sebep-

16) Oser/Schönenberger, Art. 17, N. 23; Baetschi, s. 111/112.

17) BGE. 65 II, s. 83.

18) BGE. 65 II, s. 81. BGE. 19, s. 162; 42 II, s. 56; 45 II, s. 298 de de ahlâki bir vazifenin ifası vadinin hukuki sebepten mahrum ve bu yüzden hükümsüz olduğu kabul edilmektedir ki, bu kararlardan Federal Mahkemenin hukuki sebebi olmayan borç vaadlerini hükümsüz saydığı, yani illilik sistemini kabul ettiği mânası çıkar. (Bak. aşağıda § 8, not 30.) Buna mukabil, mücerretlik sisteminde de ahlâka veya hukuka aykırı sebepli borç ikrar ve vaadleri batıl olabileceği için Federal Mahkemenin ahlâka veya hukuka aykırı sebepli borç ikrar ve vaadlerini bătıl sayan şu kararlarından — Yung'un fikri hilâfına (Bak. Yung, s. 103/105) — illilik sistemini kabul

siz irade düşünülemediğinden ve taraf iradesinin hiç bir sebebi olmayan, bundan dolayı sebepsiz iktisap defileri de ileri sürülemeyen bir borcu istemesi de saçma olacağından mücerret iradeden bahsedilemez ve BGB. § 780 imkânsız görünür. Bunun gibi, akit değil, fakat ancak borç causa'sından ayrılabilen mücerret akitten de bahsetmek doğru değildir. Bundan dolayı ancak borcu causa'sından ayıran « = mücerret kılan irade ve akit » ten bahsetmek lâzımdır. Borcu sebebinden ayırmak için de (borç kaynağı hukukî muamele mânasında) bir causa ve bir borcun esasen mevcut olması lâzımdır. Fakat mücerretlik = tecrit iradesi karine sayılmayıp bundan faydalanan alacaklı tarafından ispat edilmek gerekir. Bu hususta en basit hali, borçlunun causa'dan doğan defilerden vazgeçmesi teşkil eder. Meselâ alıcı mebiin ayıplarından doğan defileri bile bile semen borcu için ikrarda bulunmuşsa defilerden vazgeçme yani mücerretlik kabul edilmelidir. Fakat tarafların mücerretlik iradesi daha da ileri giderek causa'dan doğan defilerin¹⁹ doğrudan doğruya değil de ancak sebepsiz iktisap defisi olarak ileri sürülebileceğini kararlaştırabilirler. Bu takdirde pratik bakımdan OR. 17 nin şeklinde tezahür eden BGB. § 780 deki gibi bir borç ikrarına sahip olunur; burada sadece ispat mücerretliği değil, alacak mücerretliği de doğmuştur. Şu var ki hele hukukçu olmayan tarafların mücerret kılma iradesini tesbit çok güç olduğu için — daha önce Rümelin'in yaptığı gibi — taraflarca güdülen dâvayı kolaylaştırma, borç değiştirilmesi, tesbit, defisi ve diğer haklardan vazgeçme gibi «muamele gayeleri» ne uygun düştüğü takdirde mücerret bir borcun varlığı kabul edilmelidir. Böylece OR. 67, II tarafların mukaveleyle mücerret kıldıkları borçlarda tatbik sahası bulacaktır²⁰. Yazılı borç ikrarlarında da üçüncü şahıslara karşı OR. 18, II ve 164, II (BK. 162, II) den dolayı ispat mücerretliğinden daha ileri giden bir alacak mücerretliği doğmaktadır²¹. *Kanaatimizce*, bir borcun mücerretliğinin tarafların anlaşmasına da dayanmasına bir mâni olmamakla beraber, kazandırıcı muamelelerin illiliği veya mücerretliği tarafların görüş ve mukavele sahasını aşan teknik bir mesele olduğundan kanunun teknik hükümlerile çözülmüştür²². Bundan dolayı, borcun mücerret olacağı yolundaki mukaveleyle tatbikatta hemen hiç rastlanmayacağı gibi, zaten kanunen kabul edilmiş bulunduğu buna lüzum da yoktur. Her ne kadar adı geçen

ettiği mânası çıkarılamaz: BGE. 29 II, s. 477; 37 II, s. 392/393. (Bak. aşağıda § 9, not 42/43.)

19) Baetschi, «Einreden = defiler» sözünü kullanıyor (s. 112) ise de «Einwendungen = itirazlar» olsa gerektir.

20) Baetschi, s. 103, not 14, s. 109, h) ve s. 111/116.

21) Oser/Schönenberger, Art. 17, N. 16; Baetschi, s. 118.

22) Bak. yukarıda not 2.

İsviçreli müellifler ve Federal Mahkeme temel borç mânasındaki causa'dan doğan defilerin ortadan kaldırılmasını mücerretlik olarak göstermişlerse de bu bir mücerretlik anlaşmasının kabulü için yetmeyip ihdasî bir borç ikrarının hüküm ve muteberliğinin ancak bizzat causa'nın varlığına ve gerçekleşmesine bağlı olmayacağına kararlaştırılması halinde bir mücerretlik anlaşması mevcut olabilir. Yoksa illî-izharî bir borç ikrarı ile de causa'dan doğan defilerin ortadan kaldırılması pek âlâ mümkündür²³. Tarafların causa'dan doğan itirazların doğrudan doğruya değil de sebepsiz iktisap yoluyla ileri sürülebileceğini kararlaştırmaları da gerçekte mücerretliğin kabul edilmesinden başka bir şey olmayıp ilk tenkidimiz bunun için de varittir. Baetschi'nin mücerret iradeyi ve mücerret akti hiçbir sebebi olmayan ve bundan dolayı sebepsiz iktisap defî de ileri sürülemeyen saçma bir irade ve akit mânasında anlaması hiç şüphesiz yanlıştır. İrade beyanlarının ve aktin mücerretliği, sadece hüküm ve muteberliğinin hukukî sebebe bağlı olmaması demektir; yoksa mücerret akitlerde de kazandırmanın hukukî sebebi aranmakta ve muteber bir hukukî sebep bulunmaz veya gerçekleşmezse sebepsiz iktisap talep ve defî çâreleri verilmektedir. Mücerretliğin bir akte dayandığı farz edilse bile, bu suretle meydana gelen akit ve borç yine mücerret olacağından mücerret akit ve borç deyimleri doğrudur ve muhafaza edilmek gerekir. Baetschi de böyle bir tecrit iradesinin tesbitinin fevkalâde güç olduğunu teslim ettiği için — daha önce Rümelin'in ileri sürdüğü gibi — muamelelerin gayelerine uygun düşerse mücerret borcun varlığını kabul etmek gerektiğini söylemekte ise de hakikatte bu mevcut bir iradenin tefsir yoluyla ortaya konulması değil, fakat bir faraziyeden ibaret olacaktır. OR. 67, II deki mutlak ve açık hükme, hakkı olan tatbik sahası yerine bu kadar güçlüklerle ihdasa çalışılan son derece dar bir tatbik sahası tanınması kabul edilemez. OR. 18, II ve OR. 164, II/BK. 162, II gereğince yazılı borç ikrarına hüsnüniyetle güvenerek alacak iktisap eden üçüncü şahıslara karşı muvazaa ve devredilememek müdafaalarının yapılması da mücerretlik demek değildir; devredilen alacağın hüküm ve muteberliği ancak hukukî sebebin varlığına ve gerçekleşmesine bağlı olmadığı takdirde mücerretlikten bahsedilebilir.

Fakat Baetschi ve Oser/Schönenberger daha ileri giderek OR. 67, II nin sureti mahsusada mücerret borçlara taallûk etmediğini ve mücerretlik sistemini gerektirmediğini ileri sürmektedirler. Baetschi'ye göre, BGB. § 821 hukukî sebebi olmayan bir mükellefiyetten bahsettiği halde OR. 67, II zarar gören aleyhine bir alacaktan bahsetmektedir. Baetschi, Oser'in 1. basımına dayanarak OR. 67, II nin OR. 60, III ve 31 ile birlikte

23) Bak. yukarıda § 2, not 20.

gözönünde tutulmasını ve böylece «zarar gören» deyiminin tam hakkının verileceğini söyler. Bu takdirde OR. 60, III gereğince haksız fiil (hile, ikrah) ile zarar gören aleyhine ihdas edilen alacağa karşı defi hakkı müruru zamana uğramaz olacak, fakat OR. 31 gereğince zarar verene karşı akitle bağlı olmayı düşünmediğini süresi içinde bildirmek gerekecekti. Bu açıklamayı yapmadığı takdirde OR. 67, II gereğince sebepsiz zenginleşme miktarınca sebepsiz iktisap defi bahis konusu olacaktır²⁴. *Bizce*, Baetschi'nin bu fikrini kabule imkân yoktur. OR. 60, III ün meha-zını teşkil eden BGB. sisteminde hile ve ikraha rağmen muteber bir alacak doğar ki bu, borçlu için bir zarar teşkil eder. İsviçre hukuk sisteminde ise OR. 28, 29 ve 31 e göre hile ve ikrah halinde akit aldatılanı ve korkutulanı ilzam etmez, yani muteber bir alacak doğmaz. Bundan dolayı aldatılan ve korkutulan bir zarar da görmez. Ancak OR. 31 deki 1 yıllık süre içinde bağlanmak istemediğini bildirmezse akit düzelir ve o da bağlanmış olur. İşte OR. 60, III deki müruru zamana uğramayan defi hakkı da ancak bundan sonra bahis konusu olabilir²⁵. Görülüyor ki, Baetschi'nin fikri hilâfına, OR. 31 deki sürenin geçmesi OR. 60, III teki defi hakkının doğumunun ve bu hükmün tatbikinin şartı olup mâniî değildir ve yine bu süre geçtikten sonra OR. 67, II ye dayanmaya da hacet ve imkân yoktur. Bu müellif, OR. 60, III deki müruru zamana uğramayan defi hakkının OR. 31 deki süre içinde aldatılan ve korkutulan bağlanmak istemediğini beyan ettiği takdirde mevcut olacağını ileri sürmüştü de bu beyanla akit ortadan kalkmış olacağından artık OR. 60, III deki defi hakkı bahis konusu olmayıp her zaman için hakkın bulunmadığı itirazı yapılabilir.

Oser/Schönenberger de von Tuhr'un OR. 67, II nin mücerretlik sistemini gösterdiği yolundaki fikrini tenkitle bu hükmün sadece ödenenin veya daha önce borç senedinin geri verilmesine matuf sebepsiz iktisap talebinin, borç ikrarından dolayı borçlu olan kimse için tek çâre olmayıp temel münasebete göre alacak batıl veya feshi kabil idiyse borç ikrarile durumun değişmediğini ve borçlunun borç ikrarı yokmuşçasına defini muhafaza ettiğini, yalnız sebepsizliği ispat etmesi gerektiğini gösterdiğini söylerler. Böylece OR. 67, II kendiliğinden anlaşılan bir şeyi söylemektedir ki, öğretici gayesi olan bu hükmün kanuna alınmaması şüphesiz daha iyi olurdu²⁶. *Kanaatimizce*, OR. 67, II sebepsiz iktisabın bir alacak ihdası olmasından bahsetmek suretile hukukî sebep olmaksızın da bir alacağın ihdas edilebileceğini, yani mücerretlik sistemini açıkça gösteren çok

24) Baetschi, s. 108/109, not 23.

25) Bak. Oser/Schönenberger, Art. 60, N. 16; Becker, Art. 31, N. 13; von Tuhr/Sieglwart, § 39, not 56; Sungurbey, İsviçre - Türk hukukuna göre iktisabi müruru zaman, İst. 1956, § 5, not 279 ve aşağıda § 8, not 9.

26) Oser/Schönenberger, Art. 17, N. 22.

önemli bir prensip - hükümdür. Mücerretlik sistemi kabul edilmeseydi, ne alacaklının bir iktisabı, ne de borçlunun doğan borcunu ifadan imtinaı, yani defi hakkı bahis konusu olacaktı; borç ikrarında bulunan kimse her zaman için borcun bulunmadığı itirazını yapabilecekti. Halbuki borçluya sebepsiz iktisap talep ve defi hakları tanınmış ve sebepsiz iktisap talebinin müruru zamana uğrıyacağı kabul edilmiştir. İmdi, sebepsiz iktisap talebinin müruru zamanından sonra, bu talebe bağlı olan sebepsiz iktisap defi hakkının da müruru zamana mı uğrayacağı, yoksa bir süreye bağlı olmadan devam mı edeceği sorulabilir ve münakaşa edilebilirdi. Nitekim ilim sahasında birinci çözümü müdafaa edenler de yok değildir²⁷. İşte OR. 67, II bu meselede ikinci çözümü kabul etmektedir. Görülüyor ki, Oser/Schönenberger'in düşüncesi hilâfına bu hükmün mahiyeti, öyle kendiliğinden anlaşılan şeyleri söylemekten ibaret değildir. Zaten bu şârihler, OR. 17 şerhindeki bu düşüncelerine aykırı olarak, OR. 67 şerhinde, açıkça bir kimsenin bir mükellefiyete girerek bir başkasını sebepsiz zenginleştirmesi halinde mükellefiyetten kurtulma talebi'nden bahsetmekte ve bilhassa OR. 67, I deki kısa müruru zaman süresi karşısında OR. 67, II hükmünün önem kazandığını söylemektedirler²⁸.

Becker de, Baetschi ile Yung gibi, mamelek muamelelerinin muteber olmak için bunları haklı gösteren bir sebebe muhtaç olduğunu, mantığın hâkim olduğu bir düzen olarak hukukun gaye ve sebepsiz vaadleri bağlayıcı tanımıyacağını, von Tuhr'un OR. ye md. 67, II nin eklenmesiyle hukukî sebep olmaksızın da mücerret bir borcun doğabileceğini kabul etmesinin revizyon malzemelerinde bir dayanağı bulunmadığını söylemektedir^{28 a}. Bundan dolayı, yukarıda Baetschi ile Yung'a karşı yapılan tenkitler, kendisi için de söylenebilir.

Guhl, hukukî sebebi veya borç sebebini, borçlunun mükellefiyet beyanını yaparken veya edim yapanın kazandırmada bulunurken gözü önünde bulunan ve objektif hüsnüniyete göre yapabileceği esaslı şartların heyeti mecmuası olarak tarif etmekte ve bundan dolayı hukukî muamelenin muteberliğinin buna bağlı olduğunu söylemektedir: yani hukukî sebep olmaksızın kazandırma sebepsizdir ve sebepsiz zenginleşmeden dolayı geri istenebilir (OR. 62 v.d.); borç sebebi olmaksızın irade izharı ve akit kaideten muteber değildir²⁹. Bu düşüncelerinin neticesi olarak Guhl, OR. 67, II hükmünün — Yung'un ileri sürdüğü gibi — mânasız olduğunu söylemektedir: ya alacaklının alacağı (sebepli mânasına) haklı ve muteberdir, o takdirde borçlu fakirleşmiş değildir; veya alacaklının alacağı muteber

27) Bak. aşağıda § 9, not 84.

28) Oser/Schönenberger, Art. 67, N. 5.

28 a) Becker, Art. 1, N. 28, Art. 17, N. 3.

29) Guhl, s. 79.

değildir, o takdirde bu kimse zenginleşmiş te değildir³⁰. Yukarıda Giriş'te izah olunduğu veçhile, yalnız kazandıranın gözönünde bulundurduğu ve anlaşma konusu yapılmamış hususlar hukukî sebep mahiyetinde görülemeyeceği gibi³¹, hukukî sebep şarttan da başka mahiyettedir³². Hukukî sebep, kazandırıcı muamelenin hükümsüzlüğünü gerektiren şart mahiyetinde olmayınca OR. 67, II nin mânasız olduğu iddiası da mesnetsiz kalır: hukukî sebebi olmayan akit ve alacak ta muteber ve böylece alacaklı sebepsiz zenginleşmiş olabilir. Bundan başka, şart mahiyetinde görülen hukukî sebebin bir yandan borç aktini hükümsüz kıldığı kabul edildiği halde, öte yandan yine akit mahiyetinde olan diğer kazandırıcı muamelelere niçin böyle bir tesir yapamadığı izah edilemez.

Schweickhardt ise mücerret mükellefiyetlerin mevcudiyetini inkâr etmemekle beraber, OR. 67, II de OR. 17 ye atıf yapılmadığından bu maddedeki sebebi gösterilmeyen borç ikrarının mücerret mükellefiyet doğuracağı fikrine itiraz etmektedir³³. Kanaatimizce, OR. 67, II de bahis konusu edilen mücerret alacakların, sebebi gösterilerek aktin cüzü haline getirilmeyen borç ikrar ve vaadlerinden (akitlerinden) doğan alacaklar olduğu kabul edilmelidir. Böyle değilse, OR. 67, II ne türlü muamelelerden doğan alacaklara taallûk etmektedir? Schweickhardt bunu göstermemiştir.

Türk doktrininde sayın Ord. Prof. Dr. Saymen, tıpkı Fransız MK. 1108 ile 1131 de olduğu gibi, sebebi ehliyet, irade, mevzu gibi aktin inikat şartları ve unsurları arasında saymak ve muteber sebebi olmayan akitlerin bâtil olacağını söylemek suretile illîlik sistemine taraftar görünmektedir³⁴. Yargıtayın da aşağıdaki kararından — eğer borç ikrarında sebep gösterilmemiş idiyse³⁵ — illîlik sistemini kabul ettiği mânası çıkarılabilir: «Çocuğun iaşesine, tahsil ve terbiyesine kanunen bakmakla mükellef olan babanın bu uğurda oğluna sarfettiği paranın edası hakkında oğlundan aldığı taahhütname kanun nazarında muteber olmayan bir sebebe müstenit ve binaenaleyh ikrarı vâki bâtil ve hükümsüzdür»³⁶.

30) Guhl, s. 156/157.

31) Bak. yukarıda § 1, not 17.

32) Bak. yukarıda § 1, not 26/27. — Sayın Prof. Dr. Göktürk ise Guhl'ün sebepsiz alacakların butlanını kabul eden fikrini benimsediği halde (Bak. Göktürk, s. 116 ve 242), bu fikre aykırı olarak esere BK. 66, 2 nin BK. 17 deki mücerret borç ikrarlarında tatbik edileceği yolunda bir cümle eklenmiş bulunmaktadır. (Bak. Göktürk, s. 242, son cümle.)

33) Schweickhardt, s. 118.

34) Saymen, s. 58, 116 vd.

35) Bak. yukarıda § 2, not 19.

36) 4. HD. 31.3.1936, 2012/816; Öztürk/Kazancı, s. 319 = Tepeci, s. 211.

II. De lege ferenda = Yapılacak kanun bakımından.

Görülüyor ki İsviçre - Türk Borçlar Kanunu, md. 17 deki hukukî sebebi gösterilmeyerek dışarısında bırakılan ihdasî borç ikrarı ve vaadi akitlerinin mücerretliği sistemini kabul etmiştir. Bu sisteme karşı, bunun dolaşık ve sun'î bir sistem olduğu, muteber hukukî sebep olmayınca veya gerçekleşmeyince sebepsiz iktisap talep ve defi ileri sürülebilen bir alacak ortaya çıkarılacağı yerde Fransız hukukunda olduğu gibi aktin butlanının ve alacağın doğamamasının kabulünün daha kestirme olacağı yolunda tenkitler yapılabilir. Nitekim Yung'a göre, mücerretlik teorisi bir tek borçta iki mütenakız vasfı birleştirmiştir: muteberlik ve butlan. Halbuki bir borç ya muteber olur, ya olmaz. Borçlusu ifaya zorlanamamakla beraber muteber olan şekli (mücerret) bir borç mefhumu, modern hukukta bir anormallik teşkil eder. Roma hukukunda stipulatio'nun sebebi olmasa da muteber olması, o hukukun şekilperestliğinin bir neticesiydi; adaletin şekil üzerinde nihaî zaferi istenince buna karşı *condictio sine causa* ve *exceptio doli* veriliyordu. Bugün ise tek bir borçta muteberlik ve butlan gibi birbirine aykırı iki vasfı birleştirmek itibarile mantığa aykırı, realiteden uzak ve pek sun'î olan bu mücerret borç teorisini bizi kabule zorlayan hiçbir sebep yoktur. Hüsünüyetli üçüncü şahısların korunması, ticarî senetlerin sür'atli tedavülü gibi ciddî sebepler olmadıkça, şekli-sert hukukla hakkaniyet arasında bir aykırılık yaratılmamalıdır³⁷.

Câri hukuku değiştiremeyeceği şüphesiz olan bu tenkitler, ancak de lege ferenda = yapılacak kanun bakımından faydalı ve önemli olabilir.

Bununla beraber, hemen şu noktayı belirtelim ki, mücerretlik sisteminde iddia edildiği gibi mantığa aykırı bir taraf yoktur; muamele hem muteber, hem bâtil sayılmış değildir. Mücerretlik sisteminde tarafların beyan ettikleri iradeye ve isteğe uygun olarak kazandırıcı muamele muteber sayılmıştır. Şu kadar ki, kararlaştırılan, fakat muamelenin şartı haline getirilmeyen gayeye erişilememesi, hukukî sebebin gerçekleşmemesi halinde sebepsiz iktisap talep ve defi hakları verilmiştir. İrade bozukluklarından dolayı tanınan fesih ve defi haklarında da durum bundan pek farklı değildir: irade bozukluklarında hukukî muamele feshedilebilir; sebep (gaye) noksanlarında ise noksanın mahiyetine uygun ve hususî bir çâre olarak kazandırıcı muamele (ile meydana gelen zenginleşme) geri alınabilir. Fakat bugün hiç kimse — eski irade teorisinde olduğu gibi — irade bozukluklarındaki bu çözümün aynı muamelede muteberlik ve butlan gibi iki mütenakız vasfı topladığı için mantığa aykırı olduğunu ve irade bozukluklarında muamelenin bâtil sayılmak gerektiğini iddia etmemektedir. Her iki halde de muamelenin mukadderatını iradesi

37) Yung, s. 77/83; keza: Tongsir, s. 185. Aynı fikirde: Schweickhardt, s. 111.

bozukluğa uğrayanın veya sebepsiz fakirleşenin iradesine bırakmak gerekir ve yeter. Buna karşı Schweickhardt hata, hile, ikrah gibi fesatsız irade uygunluğunun borcun doğum şartlarından olduğu için irade bozuklukları halinde borcun doğmadığını, sebep ise mücerretlik sisteminde borcun doğumu şartlarından sayılmadığına göre sebepsizliğin mücerret borcu sebepsiz iktisap yoluyla ortadan kaldırabilmesinin mantıksız olduğunu ileri sürmüştür³⁸. Fikrimizce, bir hukuk nizamının aktin inikat ve borcun doğum şartlarından saymadığı muayyen hususlara borcun varlığı üzerinde böyle daha hafif bir tesir tanınması mümkün ve makuldür. Nitekim BGB., irade bozukluklarını borcun doğumuna mâni saymamış, fakat öte yandan iradesi bozulana teknik mânasile bir fesih hakkı vermiştir. İsviçre - Türk Borçlar Kanunu da meselâ OR. 163, III/BK. 161, III ve OR. 230/BK. 226 da olduğu gibi teknik mânada fesih kabiliyetini kabul etmiştir. İşte sebepsiz iktisap talebi de aynı hukukî düşünce tarzına dayandığı için ona da Müşterek hukukta «vasıtalı veya iltizamî fesih» deniyordu³⁹. Yukarıda gördüğümüz gibi⁴⁰, Baetschi'nin mücerret iradeyi ve mücerret akti hiçbir sebebi olmayan ve bundan dolayı sebepsiz iktisap defii de ileri sürülemeyen bir borca mâtuf saçma bir irade ve akit mânasında anlaması⁴¹, mücerretlik sisteminin ne kadar haksız tenkitlere uğradığını göstermektedir.

Bundan başka, mücerretlik sistemi vaktile Roma hukukunun hususiyetlerinden çıkmış olmakla beraber — sistemi mantıksız bulan Yung'un da ticarî sahada teslim ettiği gibi — bugünkü hukuklarda da hukuk tekniğine ait sebeplerden ve sağladığı bir takım faydalardan dolayı vazgeçilmez bir sistem mahiyetinde bulunmaktadır.

Bir kere, hukukî sebebi gösterilmeyip dışarısında bırakılarak alacaklıya hakkını takip kolaylığı vermek gayesi güdülen⁴² borç ikrar ve vaadlerindeki bu gayeye fikrimizce ancak mücerretlik sistemi uygun olabilir. Çünkü alacaklı böyle bir borç aktine dayanarak hakkını dâva edince mücerretlik sisteminde hâkimin bakacağı cihet, sadece bir borç ikrarı-vaadinin ve bunun kabulünün, yani bir borç aktinin mevcudiyetinden ibarettir. Aktin şartları bu sistemde mümkün mertebe basitleştirilmiştir. Yoksa hâkim, illilik sistemindeki gibi aktin ve alacak hakkının şart ve unsurlarından olmadığı için, muteber bir hukukî sebebin bulunup bulunmadığını ve gerçekleşip gerçekleşmediğini re'sen gözönünde tutacak değildir. Bundan dolayı bir yandan alacaklının hakkını dâva ve takip

38) Schweickhardt, s. 111/112.

39) Bak. von Tuhr/Siegwart, s. 220; Braun, § 7, not 7 ve ZBJV. 71, s. 379, not 1.

40) Bak. yukarıda not 23 ten sonra gelen metin.

41) Bak. Baetschi, s. 103, not 14. Bunun gibi: Schweickhardt, s. 108/109 ve s. 113.

42) Bak. yukarıda § 1, III.

etmesi kolaylaştırıldığı gibi, öte yandan hâkimin de işi kolaylaştırılmış ve yükü azaltılmıştır.

Bunun yanında, mücerretlik sistemi ancak bu sistemin bir neticesi ve sebepsiz zenginleşmenin iadesi çâresi olan *condictio indebiti*'nin hususî bünyesinden dolayı alacaklıyı emniyetli bir hukukî duruma koymaktadır. Gerçek, *solvendi causa* = ifa sebebiyle yapılan bir borç ikrarı ve vaadini, alacaklı sadece hukukî sebebin yokluğunu veya gerçekleşmediğini iddia ve ispat ederek istirdat edemez; OR. 63, I/BK. 62, 1 gereğince hataen, yani kendisini borçlu sanarak ikrar ve vaadde bulunduğunu da ispatlaması lâzımgelir⁴³. Ancak hata edeni *condictio indebiti*'ye lâyük görmek suretile alacaklının hukukî durumunda emniyet sağlanmış olur. Halbuki illilik sisteminde hukukî sebep mevcut olmaz veya gerçekleşmezse sıhhati buna bağlı olan borç ikrarı ve vaadi de mihanikî surette bâtil olur; borçlunun hatasını ispat etmesine hacet kalmaz.

Yine mücerretlik sistemidir ki, alacakların tedavül emniyetini daha iyi sağlamaktadır. Gerçi mülkiyetin naklinin illiliği - mücerretliği sistemleri arasındakine nisbetle⁴⁴, borç ikrar ve vaadlerinin (akitlerinin) illiliği ile mücerretliği arasında tedavül emniyeti bakımından büyük bir fark yoktur; çünkü OR. 169, I/BK. 167, I hükmünden dolayı borçlu, sebepsizlik halinde illilik sisteminin kendisine tanıyacağı borcun mevcut olmadığı itirazı gibi, mücerretlik sisteminin kendisine vereceği borcun sebepsiz iktisap teşkil ettiği defini de alacağı temellük eden üçüncü şahsa karşı dahi ileri sürebilir⁴⁵. Brütt, sebepsiz iktisap definin böyle mutlak bir hükmü olmasının borcun mücerret mahiyetini büyük ölçüde hayalî kıldığını söylemiş ve Yung da bu durumu mücerretlik teorisine mühim bir gedik saymıştır⁴⁶. Bununla beraber, alacağı temellük eden kimse illilik

43) Bak. aşağıda § 9, not 67.

44) Mülkiyetin naklinin illiliği sisteminde fariğ, sebep yokluğunu bilen veya bilmesi gereken, yani suiniyetli üçüncü şahsa karşı da istihkak dâvası açarak şeyi geri alabilir. Mücerretlik sisteminde ise sebepsiz iktisap alacağı şahsî-nisbî bir hak olup üçüncü şahsa karşı ileri sürülemediği ve bu şahsî borcu bilmek veya bilmesi gerekmemek te suiniyet demek olmadığı için sebepsiz temlik edilen şey üçüncü şahıstan istirdat edilemez. — Görülüyor ki, MK. 687, son fıkra, 901 ve 931 deki hüsnüniyeti koruyan hükümlerin mevcudiyetine rağmen, illilik sistemi üçüncü şahıslara fariğlerinin iktisabının muteber hukukî sebebe dayanıp dayanmadığını araştırmak külfetini yüklediği için muamelât emniyetini tamamen gerçekleştiremez. Halbuki üçüncü şahıslara böyle bir külfet yüklemeyen mücerretlik sistemi muamelât emniyetini tamamen gerçekleştirmektedir. Bundan dolayı, hüsnüniyeti koruyan hükümlerden sonra artık mücerretlik sistemine ihtiyaç kalmadığı yolundaki bugün İsviçrede hâkim olan düşünceye katılmıyoruz.

45) Bak. aşağıda § 9, V.

46) Yung, s. 59/60 ve orada zikredilen Brütt; keza: Yung, s. 155.

sisteminde alacağın sebepsiz, bu yüzden bâtil olduğu itirazına ve keza butlanı tesbit dâvasına maruz kalacağı halde, mücerretlik sisteminde sadece bir sebepsiz iktisap def'i hakkına maruz kalır; borçlu kendisine karşı sebepsiz iktisap dâvasında bulunamayacağı gibi, hâkim de sebepsiz iktisap def'ini re'sen gözönünde tutamaz⁴⁷. Bu bakımdan sebebi gösterilmeyen borç ikrar ve vaadlerinin (akitlerinin) mücerretliği sisteminin, illîlik sistemine nisbetle, cüz'î halefleri bir dereceye kadar daha elverişli duruma koyarak alacakların tedavül emniyetine hizmet ettiği inkâr olunamaz.

Mülkiyetin naklinin mücerretliğinde muteber sebep olmaksızın temlik eden kimsenin borçluya itibar göstermediği halde itibar göstermiş olan diğer alacaklılar gibi sebepsiz iktisap alacağı için iflâs masasına katılmasında görülen tek adaletsiz netice de, sebebi gösterilmeyen borç ikrar ve vaadlerinin mücerretliği sisteminde ortaya çıkmayacaktır; çünkü sebepsiz borç ikrarı ve vaadinde bulunan kimse, masaya karşı da sebepsiz iktisap def'ini ileri sürerek borcunu ödemekten imtina edebilir.

Fransız hukuku, irade teorisinin aşırı tesirile, sebebin varlığındaki hatayı ve gerçekleşmesindeki ümidin boşa çıkmasını borcun butlanı sebebi saymıştır. Nitekim Planiol/Ripert/Boulanger, bu tanzim tarzını Fransız hukukundaki irade teorisinin bir icabı olarak görmektedirler; böyle hallerde Fransız hukuku iradenin borca girebileceğini kabul etmemiştir⁴⁸. Muamelât emniyeti uğruna irade beyanı veya itimat teorisini irade teorisinden üstün tutan modern hukuk nizamlarının ve ezcümle İsviçre - Türk hukukunun bu temayülüne mücerretlik sisteminin daha uygun bulunduğu şüphesizdir.

Hukukî sebebi gösterilmeyerek dışarısında bırakılan borç ikrar ve vaadlerinin de sebebin varlığına ve gerçekleşmesine bağlı (illî) olduğu kabul edilirse netice itibarile şart ve hukukî sebep mefhumları arasında fark kalmayacak ve bu iki mefhumun tefriki pratik bakımdan faydasız olacaktır. Halbuki şart ve hukukî sebep mefhumlarının ayrı olması⁴⁹, bunlara bağlanacak hükümlerin de ayrı olmasını gerektirmektedir. Şöyle ki, şart kadar kuvvetli bir mahiyeti olmayan hukukî sebebin bulunmaması veya gerçekleşmemesi halinde hususî bir neticeye ihtiyaç vardır. İşte bu

47) Bak. aşağıda § 9, not 90 ve not 81.

48) Planiol/Ripert/Boulanger, No. 302. — Sayın Ord. Prof. Dr. Birsen ise, İsviçre - Türk hukukunda irade beyanı teorisinin üstün tutulmuş olmasından, yalnız alacaklının gösterilmeyen sebebi ispat yükünden kurtulacağı sonucunu çıkarmakta ve Fransız hukukunda alacaklının sebebi ispat yükünde olduğunu söylemektedir. (Birsen, No. 307, not 2*.) Halbuki, irade teorisini kabul eden Fransız hukukunda da alacaklı sebebi ispat yükünde değildir. (Bak. yukarıda § 3, not 7.)

49) Bak. yukarıda § 1, not 26/27.

hallerde şartın gerçekleşmemesine mahsus bir netice olan butlan ve hükümsüzlük neticesini değil, fakat sebepsizliğe mahsus ve daha yumuşak bir kanunî çâre olan sebepsiz iktisap talep ve defi neticesini tanımak kâfi ve isabetli bir çözüm mahiyetinde bulunmaktadır.

Menkul mülkiyetinin naklinde Alman mahkemelerinin yaptığı gibi ⁵⁰, bütün hallerde tarafların gaye (hukukî sebep) anlaşmasını ve gerçekleşmesini borç aktinin zımnî şartı olarak kabul ettikleri, bundan dolayı gaye yoksa veya gerçekleşmezse aktin bâtil olacağı ve borcun doğmayacağı da ileri sürülemez. Gerçi taraflar gayenin varlığı ve gerçekleşmesini, bundan şüphe ettikleri hallerde kazandırıcı muamelenin şartı haline getirebilirler; bu takdirde zaten hukukî sebepten de bahsedilemez. Fakat bunun dışında, taraflar gayenin varlığından ve gerçekleşmesinden emin oldukları hallerde gayenin bulunmaması veya gerçekleşmemesi ihtimalini derpiş edemezler ve bunları kazandırıcı muamelenin şartı haline getirmeyi, yani kazandırıcı muamelenin hükmünü gayenin varlığı ve gerçekleşmesine bağlamayı da düşünemezler. İşte hukukî sebep bahis konusu olan böyle hallerde de tarafların gayenin varlığını ve gerçekleşmesini kazandırıcı muamelenin hüküm ve muteberliğinin zımnî şartı haline getirdikleri farz edilerek gerçek duruma uymayan bu farazî anlaşma hot-behot akte ithal edilemez. Kanunkoyucu, sebepsiz bir zenginleşmenin iadesine yarayacak çâreyi göstermek için böyle bir farziyeyi (fiksiyonu) tavsite muhtaç değildir ve olmamalıdır.

Mücerretlik sisteminin tarafların maksat ve iradelerine uygun olmadığı yolundaki düşünce de doğru değildir. Çünkü yukarıda görüldüğü gibi ⁵¹, hukukî sebebin bulunmaması veya gerçekleşmemesinin akti butlanı mı, yoksa sebepsiz iktisap talep ve define mi uğratacağı hukuk tekniğine ait ve kanunun tamamen teknik mahiyetindeki hükümlerle çözülen bir mesele olup hele hukukçu olmayan tarafların görüşlerinin ötesinde kalır ve onlarca düşünülmez bile.

§ 7. MÜCERRET BORÇ İKRARI VE VAADİNİN TEMEL BORÇ MÜNASEBETİ KARŞISINDAKİ DURUMU

I. Mücerret borç ikrarı ve vaadinin yardımcı muamele vasfı.

Credendi ve donandi causa = iktisap ve bağışlama sebepleriyle yapılan borç ikrarı ve vaadlerinden doğan mükellefiyet, taraflar arasında önceden mevcut başkaca bir borç münasebetine dayanmaz. Keza, BK. 459 a

50) Bak. Schwarz, § 33, not 4.

51) Bak. yukarıda not 2.

göre havalenin kabulünden de, taraflar arasında bir temel borç münasebeti mevcut olmaksızın mücerret bir mükellefiyet doğar. Fakat çokluk mücerret borç ikrarı ve vaadi, taraflar arasında önceden mevcut illî bir temel borç münasebeti ile ilgili bulunur. Keza, mücerret borç kendisile aynı zamanda ihdas edilen illî bir borç münasebeti ile de ilgili bulunabilir: meselâ bir kıymetli evrak veya mücerret borç ikrarı ve vaadini havi senet karşılığında bir mal satılır veya bir ödünç verilirse, satım veya ödünçten illî bir alacak ve bunun yanında kıymetli evrak veya mücerret borç ikrarı ve vaadinden mücerret bir alacak doğar. Bundan başka mücerret borç ikrarı ve vaadi, kendisinden daha sonra ihdas edilecek illî bir borç münasebeti ile de ilgili bulunabilir: meselâ alınacak bir ödünç veya akdedilecek bir satımı bekleyerek mücerret bir borç ikrarı ve vaadinde bulunulmasında durum böyledir¹. İşte böylece temel münasebet mahiyetindeki illî borç ile ilgili bulunan ve bu «temel muamele» den doğan alacağın tahsiline yarayan mücerret borç ikrarı ve vaadi «yardımcı muamele» olarak tavsif olunabilir. Fakat mücerret alacak, temel münasebet mânasındaki causa'ya bağlı olmadığından, fer'î hak denilen haklardan değildir². Burada mücerret borç ikrarı ve vaadinin yardımcı muamele olarak temel borç münasebeti karşısındaki durumu ve onunla ilgisi belirtilecektir.

II. Temel borcun tecdit, ifa veya teminine yaraması.

İllî - temel borç münasebeti ile ilgili durumda bulunan mücerret borç ikrarı ve vaadinin muhtelif gayeleri ve böylece temel borç münasebeti üzerinde muhtelif tesirleri olabilir:

1) Mücerret borç ikrarı ve vaadinden doğan borç, illî - temel borcun yerine geçebilir. Buna tecdit (novatio) denir: bir yenisinin ihdasile eski borç sukut eder. Buna benzeyen ifa yerine geçen edim (datio in solutum) da borçlu borcundan tamamen kurtulduğu halde, tecditte yeni bir borçla mükellef olmaktadır. Tecditte eski borç sukut ettiği için bir yandan yeni borç eskisinin noksanlarından temizlenmiştir; öte yandan BK. 113, I e göre eski borcun aynî ve şahsî teminatları onunla birlikte sukut etmişlerdir. Fakat BK. 114, I e göre borcun tecdidi akitten vuzuhla anlaşılmalıdır. (Mehazda: «karine olarak kabul edilmez» denmektedir.) Bundan dolayı ve muamelâttaki telâkkiye uygun olarak BK. 114, II de mevcut bir borç için kambiyo teahhüdünde (poliçe ihdası, devri veya kabulünde)

1) von Tuhr, § 73, not 128/129.

2) von Tuhr, § 73, not 130 ve orada zikredilen Rümelin ve not 145; Oser/Schönenberger, Art. 17, N. 3.

bulunulması veya yeni bir borç (ikrarı ve vaadini havi) senet verilmesi hallerinde tecdidin karine olarak kabul edilmeyeceği tasrih olunmuştur. Bunun gibi, BGB. § 364, II ye göre de: «Borçlu, alacaklının tatmini gayesile buna karşı yeni bir mükellefiyet yüklendiği takdirde, şüphe halinde onun ifa yerine mükellefiyet yüklendiği kabul edilmez». Roma hukukunda da bu çözüm kabul edilmişti; stipulatio'nun bir novatio meydana getirebilmesi için novandi causa aktedilmesi gerekiyordu. Gerçi Klâsik hukukta bu hususta çeşitli karineler vardı. Fakat Justinianus bunları ortadan kaldırdı ve animus novandi'nin zâhir olması gerektiğini, yoksa stipulatio'nun novatio değil, cumulatio doğuracağını, yeni borcun eskisi yerine değil, yanına geçeceğini tesbit etti³. Yukarıki hükümlerden dolayı bilâkis:

2) Şüphe halinde, kıymetli evrakın veya mücerret borç (ikrarı ve vaadini havi) senedin illî-temel borç yerine geçerek ve onu tecdit ederek = novandi causa değil, fakat causa solvendi = ifa sebebi'nin hususî bir nevi olan ifa uğruna⁴ yapıldığı, yani alacaklıya temel borç münasebetinden doğan illî alacak yanında, paralel ve mütelâhik bir alacak hakkı verdiği kabul edilmelidir. Bu mücerret borç ikrarı ve vaadi, kendisine temel olan illî borç münasebetini sona erdirmeyip alacaklıya hakkını istihsal için başkaca bir vasıta daha bahşetmek suretile illî alacağı kuvvetlendirmektedir. Hülâsa, BK. 114, II deki karineden dolayı, kıymetli evrak veya borç (ikrarı ve vaadini havi) senet ile eski borcun tecdit edildiğini iddia eden kimse, tarafların bu yoldaki anlaşmasını (animus novandi) ispat etmelidir⁵. — Bundan başka, borçlu mücerret borç ikrarı ve vaadinin illî-temel alacağın temini gayesile yapılmış bir inançlı muamele mahiyetinde bulunduğunu, yani ancak illî borç muaccel olduğu ve ödenmediği takdirde kendisine karşı ileri sürülebileceğini de ispat edebilir⁶.

III. İfa uğruna yapılan mücerret borç ikrarı ve vaadinin temel borçla ilgisi.

İfa uğruna yapılan mücerret borç ikrarı ve vaadi ile alacaklı, aynı edim için biri temel borç münasebetinden doğan illî, öteki yardımcı muamele mahiyetindeki borç ikrarı ve vaadinden doğan mücerret olmak üzere iki mütelâhik alacak ve talep hakkı kazanmıştır. Temel-illî borç münasebetinin sona ermeyip devam ettiği kabul edildiğinden alacaklı bu

3) Czyhlarz, s. 216; Koschaker, s. 258.

4) Bak. yukarıda § 1, not 9.

5) BK. 114 deki hükmün hilâfına, MK. 824, I ipotekli borç senedi ve irat senedi ihdası halinde, temel münasebettteki alacağın tecdit ile sona ereceğini kabul eder.

6) Bak. yukarıda § 1, not 14 ve tesbit sebebi için: aşağıda § 9, II.

temel borç münasebetine ait aynı ve şahsî teminatlarını da muhafaza edecektir. Görülüyor ki, illî alacağın yanında alacaklı için takip kolaylığı sağlayan⁷ mücerret bir alacağın ihdasından başka eski alacağın da mütelâhik bir tarzda devamının kabul edilmesile alacaklının edimi elde etmesi imkânı çoğaltılmakta ve durumu sağlamlaştırılmaktadır.

Biri illî, öteki mücerret olan bu iki alacak, kendi hususî hükümlerine tâbi olurlar. Meselâ illî alacak daha kısa bir müruru zaman süresine tâbi olsa bile, mücerret alacak BK. 125 teki umumî müruru zaman süresine tâbi olur⁸. Alacaklı her iki alacak üzerinde birlikte veya ayrı ayrı tasarruf edebilir. Meselâ mücerret alacağı alıkoyup illî alacağı temlik edebilir; veya bilâkis illî alacağı alıkoyup mücerret alacağı temlik edebilir, meselâ mücerret borç ikrarı ve vaadini havi senedi veya kıymetli evrakı, bunlara temel olan satım bedeli alacağını alıkoyarak devredebilir⁹. Böyle devirler sonucunda her iki alacak çeşitli ellerde bulunursa aralarındaki telâhuk münasebeti yine devam eder.

Her iki alacak birbirinden müstakil bulunmakla beraber, aralarında bir ilgi mevcuttur: mücerret alacak, temel borç münasebetinden doğan illî alacağın ifası uğruna ihdas edilmiştir. İşte bu ilgiden dolayı alacaklı yalnız bir kere edimi talep edebilir. Burada bir ayırma yapmak gerekir:

1) Mücerret alacağın ifasile, ödenmesi için mücerret ikrar ve vadin yapıldığı illî alacak da sukut eder. Mücerret borç ikrarı ve vadinin ifa uğruna yapılmış olması (causa'sı), bu sonucu gerektirir. Bunun gibi, mücerret borç ikrarı ve vadi meselâ irade bozuklukları yüzünden muteber olmasa bile, mücerret alacak muteber bir illî alacağın ifası uğruna ihdas edilmiş olduğu takdirde, haddizatında caiz olan mücerret alacağın tediyesinin istirdadı reddedilir. Çünkü yardımcı muamelenin muteber olmamasına rağmen, bu ödeme ile tarafların temel-illî borcun itfasına mâtuf nihaî ve aslî gayesine erişilmiştir. von Tuhr, bu çözüm kabul edilmek istenmezse, aynı sonuca borçlunun *condictio indebiti*'sine karşı alacaklının illî alacağını takas etmesile varılacağını söylemektedir¹⁰.

2) İllî alacak ifa edilirse mücerret alacak kendiliğinden ortadan kalkmaz. Çünkü mücerret alacak muteber hukukî sebebi olmadığı veya hukukî sebebine erişilemediği takdirde muteber olduğu gibi, hukukî sebebi ortadan kalktığı hallerde de muteber olarak kalır; şu kadar ki, sebepsiz iktisap talep ve define uğrar¹¹. — İşte illî ve mücerret alaktan doğan her

7) Bak. yukarıda § 1, III.

8) Bak. aşağıda § 8, not 13/15.

9) Bak. yukarıda not 2.

10) von Tuhr, § 73, not 138.

11) von Tuhr, § 73, not 141 ve orada zikredilen Brütt.

iki talep aynı edime mâtuf olmakla beraber, mücerret alacağın ödenmesiyle illî alacak ta sona erdiği halde, illî alacağın ödenmesiyle mücerret alacak doğrudan doğruya sona ermediği için bu hallerde tam değil, eksik bir telâhuk vardır ¹².

İllî ve mücerret alacaklardan biri üçüncü bir şahsa temlik edilmişse, edim kime yapılırsa onun alacağı ödenmiş demektir. Fakat alacaklı her iki alacağı da muhafaza etmiş ve başkasına devretmemişse veya her ikisini de başkasına devretmişse edimin hangi alacağın ifası olarak yapıldığı şüpheli olabilir. Bu takdirde, makbuz muhteviyatı veya mücerret borç senedinin iadesi gibi hususlardan hangi alacağın ödendiğini tayine yarayacak mesnetler çıkarılabilir ¹³.

Kaide olarak, tarafların anlaşmasından veya ifa uğruna girilen mücerret mükellefiyetin gayesinden, alacaklının edimi önce mücerret alacağı (keza: kıymetli evrakı) tahsil ederek veya satarak elde etmek gerektiği ve ancak ikinci olarak illî alacağı takip edebileceği, tarafların maksadının bu yolda olduğu anlaşılır. Çünkü alacaklının ifa uğruna yapılmış mücerret alacağı takip ederek edimi elde edip tatmin olmak imkânı varken, bunu bırakarak illî alacağı kullanması aralarındaki anlaşmaya aykırıdır ¹⁴. Alacaklı bu mücerret alacağı kullanmadığı müddetçe illî alacak geciktirici bir defiyeye maruz kalır; bundan dolayı mücerret alacağın ifası için bir vade tayin edilmişse illî alacak ta bu vâdeden önce ileri sürülemez. Yani borç ikrarı ve vaadinin ve kıymetli evrakın kabulünde, bunların vâdesine kadar illî borcun da imhalinin bulunduğu mütaddır. Şu var ki, alacaklı, ifa uğruna elde ettiği mücerret borç ikrarı ve vaadini (havi senedi) iadeyi teklif ederek bu defiyeye bertaraf edebilir. Öte yandan illî alacağın imhali, belli bir andan önce ileri sürülmemesinin kararlaştırılması (pactum de non petendo) halinde de, borçlu lehine mücerret borç ikrarı ve vaadinden ve kıymetli evraktan çıkan alacağa karşı geciktirici bir defiyeye doğar ¹⁵.

Dâva önce yalnız mücerret borç ikrarı ve vaadinden dolayı açılmış, fakat sonradan temel borç münasebetine dayandırılmışsa bu, dâva sebebinin değiştirilmesi mahiyetinde olduğundan Alman medenî usul hukukunda dâvanın değiştirilmesi, bizim usul hukukunda da işlâh yoluna başvurmak icap eder. Çünkü temel borç münasebetine dayanmak, dâvayı izah veya dâva sebebine bağlanan hukukî neticenin (tavsifin) değiştirilmesin-

12) von Tuhr/Siegwart, § 56, not 20.

13) von Tuhr, § 73, not 139.

14) Karş. BK. 458, II; von Tuhr/Siegwart, § 56, not 14.

15) von Tuhr, § 73, not 143/144 ve orada zikredilenler; Oertmann, § 363, 3 a; von Tuhr/Siegwart, § 56, not 14; § 76, not 20.

den ibaret olmayıp¹⁶ başlangıçta ileri sürülen bir alacak yerine veya onun yanında, fakat dâvada şimdiye kadar dayanılmamış başka bir alacağın ileri sürülmesi mahiyetindedir¹⁷. Fakat dâva sırasında sadece mücerret borç ikrarı ve vaadinin hukukî sebebi değiştirilmekle dâva sebebi değiştirilmiş olmaz. Bu nazik mesele, Yargıtayımızın bir kararına mevzu teşkil etmiştir: «Dâva: Dâvacı vekili, müvekkilinin dâvalıda üç kıt'a emre muharrer senetle alacağı olan 3340 liranın tahsilini istemiştir. Hüküm: Dâvaya mesnet teşkil eden mübrez senetlerde bedelin malen alındığı yazılı olup buna müsteniden açılan dâva da bizzarur mal bedeline taallûk etmektedir. Halbuki dâvalıya herhangi bir mal verilmediğinde taraflar tesaduk eyledikleri cihetle senetlerin hukukî sebebi ortadan kalkmaktadır. Her ne kadar dâvacı vekili senetler muhteviyatının dâvalıya nakten verildiğini ve dâvalının mal göndermemesi sebeble nakdî tediyatın dâvalı zimmetinde kaldığını dermeyan etmişse de müddeabihi mal bedelinden bu suretle nakde tahvil suretile dâvasını tebdil etmesine dâvalının sarîh ve zımnî muvafakati olmadıkça kanunen mesağ yoktur. Yargıtay kararı: Dâva 3340 liranın tahsili talebinden ibaret olup dâvacı evvel ve âhir bu meblâğın tahsilini talep eylemiş bulunmasına mebni dâvanın tebdili mevzuu bahis bulunmadığı cihetle dâvacıdan istinat ettiği üç kıt'a emre muharrer senetle yazılı meblâğın nakden dâvalıya verildiği hususunda delil istenerek incelenip neticesine göre bir karar verilmek lâzım gelirken dâvanın tebdil olunduğundan bahisle dâvanın reddi cihetine gidilmesi yolsuz görüldüğünden hükmün nakzına ittifakla karar verildi»¹⁸. Fikrimizce, Asliye mahkemesinin senette bedelin malen alındığının yazılı olmasına dayanarak dâvanın bizzarur mal bedeline taallûk ettiğini söylemesi yanlıştır. Kıymetli evrakta da sebebin böyle umumî bir tarzda gösterilmesi, senedin mücerret-ihdasî mahiyetini değiştirmez¹⁹ ve açılan dâva satımdan doğan mal bedeline, yani semen alacağına değil, kıymetli evraktan doğan mücerret alacağına dayanır. İmdi, dâvacının, dâvalıya mal değil, kendisine mal göndermesi için para verdiğini ve emre yazılı senetleri bu sebeple aldığını ileri sürmesi de dâva sebebinin değil, fakat sadece dâva sebebi olmakta devam eden mücerret alacağın hukukî sebebinin değiştirilmesinden ibarettir. Görülüyor ki, Asliye mahkemesi, birbirinden tamamen başka iki mefhum olan²⁰ dâva sebebi ile teknik ve gerçek mânada hukukî sebep'i birbirine karıştırdığı için bu hataya düşmüştür²¹. Buna

16) Bak. Schönke, § 49, II 1; Rosenberg, § 100, I 1; Ansay, s. 161/162.

17) Aynı fikirde: Enneccerus/Lehmann, § 422, not 10; başka fikirde: orada zikredilen Rümelin ve Reichsgerichtskommentar, § 780, 3.

18) Tic. D. 5.1.1953, 3925/43; TYK. 1953, s. 1181.

19) Bak. von Tuhr, § 73, not 111/112.

20) Bak. yukarıda § 1, not 24 den sonra gelen metin.

21) Bu kararı tahlil eden sayın Prof. Dr. Postacıoğlu da, dâvalının kendisine

mukabil, Yargıtay kararında denildiği gibi, dâvacının sadece «evvel ve âhir 3340 liranın tahsilini talep etmiş bulunmasına mebni dâvanın tebdili bulunmadığı» da her zaman kabul edilemez²². Dâvacı, meselâ emre yazılı senetlerin butlanı yüzünden sonradan dâvasını temel borç münasebetine dayandırsaydı, aynı meblâğı istemekte berdevam olmasına rağmen dâva sebebini değiştirmiş olurdu.

Dâva sebebi değiştiği takdirde kesin hüküm bahis konusu olamayacağı için, mücerret alacağa dayandırılan bir dâvada verilen hüküm temel-illî alacağa dayandırılan başka bir dâvada kesin hüküm teşkil etmiyeceği gibi, temel-illî alacağa dayandırılan bir dâvada verilen hüküm de mücerret alacağa dayandırılan dâvada kesin hüküm teşkil etmez²³.

§ 8. MÜCERRET BORÇ İKRARI VE VAADİNE KARŞI MÜDAFAALAR

Mücerret borç ikrarı ve vaadi (akti) ne karşı dâvalı bizzat mücerret borç aktine taallûk eden müdafaalarda bulunabileceği gibi, teknik mânada veya temel borç münasebeti mânasında¹ causa = hukukî sebep'ten çıkacağı müdafaalar da yapabilir.

I. Bizzat mücerret borç ikrarı ve vaadi (akti) ne taallûk eden müdafaalar.

Dâvalı, dâvacının hakkını ve dâvasını dayandırdığı böyle bir ikrarı ve vaadi (akti) inkâr edebilir; bu ikrara ve vaade karşı hakkın doğumuna mâni olan veya hakkı ortadan kaldıran vakıalar (itirazlar) ileri sürebilir; yahut ta defide bulunabilir. Burada dâvalının hukukî sebebini ispatına girişmesine hacet yoktur; ileri sürdüğü müdafaalar bizzat mücerret borç aktine taallûk etmektedir.

1) Dâvalı, dâvacının dayandığı böyle bir ikrarı ve vaadi inkâr edebilir. Dâvacı, hakkının doğumu için şart olan bu ikrar ve vaadin mevcu-

mal verilmediği müdafaasına karşı dâvacının nakten tediye bulunduğunu söylemekle Hukuk Usul K. 209 daki cevaba cevap hudutları içinde kaldığı ve dâva tebdili bulunmadığı fikrindedir. (Postacıoğlu, İst. Baro D. 1953, s. 35.) Fakat hâdisede emre muharrer senet bahis konusu olduğuna göre ancak mücerret borç nazariyesine göre durumun incelenmesi mümkün bulunduğu halde, sayın müellif karine ve beyyine külfeti tebdili nazariyesine göre de durumu incelemektedir. (Bak. Postacıoğlu, İst. Baro D. 1953, s. 35/37.)

22) Postacıoğlu, Yargıtayın bu ifadesini benimsemektedir. (Bak. Postacıoğlu, İst. Baro D. 1953, s. 37.)

23) Bak. Yung, s. 71 v.d.

1) Bak. yukarıda § 1, II.

diyetini — 50 lirayı geçerse Hukuk Usul K. 288 e göre senetle — ispat etmekle mükelleftir. Mücerret borç ikrarı ve vaadini havi senede karşı dâvalı, senetteki imzanın kendisine ait olmadığı müdafaasını yapabilir. Hukuk Usul K. 295 ve Noterlik K. 48/49 gereğince noterin re'sen tanzim veya imzasını tasdik ettiği senetlerde dâvalı, imzanın ancak sahte olduğunu iddia ve ispat edebilir. Buna mukabil, hususî senetlerde dâvalının sahtelik iddia etmesine lüzum yoktur; yalnız imzayı inkâr veya tanımadığını beyan edebilir. Bu takdirde hususî senet ispat kuvvetini şimdilik kaybeder ve senedin doğruluğunu ispat yükü dâvacıya düşer. Gerek bu ispat, gerekse sahteliğin ispatı hakkında Hukuk Usul K. 308 v.d. hususî bir tetkik usulü kabul etmiştir². Bunun gibi, dâvalı mücerret borç ikrarı ve vaadi aktinin inikadı için gerekli irade uygunluğunun bulunmadığını ileri sürebilir.

2) Dâvalı, dâvacının akte dayanmasına rağmen onun hakkının mevcut olmadığını gösteren vâkıaları *itiraz* olarak iddia ve ispat edebilir.

a) Dâvalı, mücerret alacak hakkının doğumuna mâni vâkıaları *itiraz* olarak ortaya koyabilir. Dâvalı, mücerret borç aktinin henüz — geniş bir tâbirle — *tamamlanmamış* olduğundan hüküm ifade etmediğini ortaya koyabilir. Meselâ, aktin talikî şarta bağlı olduğunu ve şartın henüz gerçekleşmediğini iddia ve ispat edebilir. Senede bağlı borç ikrarı ve vaadi (akti) ne karşı aktin şarta bağlı olduğu itirazı senedin hüküm ve kuvvetini zayıflatacak mahiyette olduğundan Hukuk Usul K. 290 a göre yine senetle yapılmak icap eder³. Mahdut ehliyetsiz denilen mümeyyiz küçük ve mahcurların da iltizamî muameleleri icazete kadar tamamlanmamış sayılır; ancak icazetle borca girerler, yani borç doğar. Dâvalı alacağın henüz muaccel olmadığını da ileri sürebilirse de burada alacak doğmuştur. Bundan başka, dâvalı mücerret borç ikrarı ve vaadi aktinin *butlanını* ileri sürebilir. Meselâ, akti yaparken medenî hakları kullanma ehliyetinin bulunmadığını iddia edebilir. Mümeyyiz olmayanların hukukî muameleleri hükümsüzdür (MK. 15, I). BK. 20, I e göre aktin mevzuu imkânsız veya hukuka aykırı olursa yahut gayesi ahlâka aykırı ise bâtıldır⁴. Aşağıda izah edileceği veçhile⁵, temel münasebet mânasındaki hukukî sebebi ahlâka veya kanuna aykırı mücerret borç ikrar ve vaadlerinin (akitlerinin) gayeleri de çok defa ahlâka aykırı olacağından bu kabil akitler BK. 20, I gereğince bâtıl sayılmalı ve burada mütalâa edilmelidirler. BK. 18, I gereğince borç ikrarı ve vaadi, meselâ zahirî alacaklının kredisini arttır-

2) Bak. Ansay, No. 147; Belgesay, No. 212 v.d. ve 229 v.d.; Karafakih, No. 169/170.

3) Bak. Postacioğlu, Şehadetle ispat memnuiyeti, No. 150.

4) Bak. aşağıda § 9, not 58.

5) Bak. aşağıda § 9, III 1 b, bb.

mak veya diğer alacaklılarla beraber hacze iştirakini sağlayarak mal kaçırmak için yapılmış bir muvazaadan ibaretse yine bâtıldır. Şu kadar ki, BK. 18, II ye göre, yazılı borç ikrarına hüsnüniyetle güvenerek alacağı iktisap eden kimseye karşı borçlu muvazaa itirazını ⁶ ileri süremez. Bu hüküm, üçüncü şahıslara karşı da muvazaanın hükümsüz olduğu ve BK. 167 deki borçlunun alacağı temlik edene karşı haiz olduğu müdafaaları temellük edene karşı da yapabileceği kaidelerinin bir müstesnasını teşkil eder ⁷. Yazılı borç ikrarına güvenen müktesibin hüsnüniyetinin korunmasıyla o, temlik edenin sahip olmadığı bir alacak hakkını iktisap eder ve borçlu için kendi iradesine dayanmayan, kanunun emrettiği bir borç doğar. BK. 162, II de olduğu gibi, bu hükmün de sebebi, muvazaalı borç ikrarını havi senedi tanzim eden kimsenin iş hayatı, hukukî muamelât için tehlikeli bir harekete girişmiş olması ve bundan dolayı âkidi güvenini suiistimal edip mevcut olmayan alacağı hüsnüniyetli bir kimseye temlik ettiği takdirde kendi ihtiyatsız hareketinin neticesine katlanması lâzımgeldiğidir. Şüphesiz o, temlik edenden uğradığı zararın tazminini isteyebilir. Bu hükmün şumulüne illî borç ikrarları girdiği gibi, mücerret borç ikrarları da girer; yeter ki yazılı olsunlar. Fakat muvazaalı alacağı temellük eden kimsenin borç senedinin zilyedliğini de iktisap etmiş olması şart değildir ⁸. — Bâtil hukukî muamele hiçbir hüküm ifade etmediğinden, hususile bâtil borç ikrarı ve vaadi aktinden hiçbir borç doğmadığından, butlan sebebini hâkim re'sen nazara almakla mükelleftir; dâvalının itirazda bulunmasına bile hacet yoktur.

Dâvalı, mücerret borç ikrarı ve vaadinin hakkın doğumuna mâni mahiyette bozulabilir (feshi kabil) bir akit olduğu müdafaasını da yapabilir. İsviçre - Türk BK. sistemine göre hata, hile ve ikrah şeklindeki irade bozukluklarından birine uğramış akit karşı tarafı bağladığı halde yanılanı, aldatılanı ve korkutulanı daha başlangıçtan ilzam etmez. Ancak yanılan v.s. BK. 31 deki 1 yıllık süre içinde yapacağı beyanla bağlanmak istemediğini beyan etmezse akit kendisini de ilzam eder. Halbuki BGB. sisteminde akit, yanılan v.s. yi başlangıçta ilzam eder; fakat o, akti feshedebilir. Görülüyor ki, İsviçre - Türk hukukunda irade bozuklukları, hakkın doğumuna mâni vâkıalar olarak itiraz mahiyetindedirler. Durum, mahdut ehliyetsizlerin borçlarına benzemekte ise de mahdut ehliyetsizin borca girmediğini hâkim re'sen nazara aldığı halde irade bozuklukları yüzünden hakkın doğmadığı itirazına dayanmak, yanılan v.s. nin isteğine bırakıl-

6) Mehazdaki «defi» sözü teknik mânada kullanılmamıştır. (Bak. von Tuhr/Siegwart, § 35, not 17.)

7) Karş. BGB. § 405.

8) Bak. von Tuhr/Siegwart, s. 812/813; Oser/Schönenberger, Art. 18, N. 20/21 ve aşağıda § 9, not 98.

mıştır; bu itirazla birlikte yanılan v.s. nin bozucu, daha doğrusu BK. 31 deki 1 yıllık süre geçince ilerde bağlanmasını «önleyici» diyebileceğimiz bir yenilik doğuran hakkı da vardır. Bundan dolayı kanaatimce İsviçre - Türk hukuk sisteminde irade bozukluklarının yargılamada ileri sürülmesi, hakkın doğmadığı *itirazı* ile ilerde bağlanmayı *önleyici yenilik doğuran muamele* unsurlarından meydana gelen karma, sui generis bir müdafaa (itiraz - yenilik doğuran muamele) dir⁹. Hukuk Usul K. 293, bent 5 e göre akitlerde hata, hile, ikrah ve gabin vukuu şahitle ispat olunabilir.

b) Dâvalı, doğmuş mücerret alacak hakkını ortadan kaldıran vâkıaları itiraz olarak ortaya koyabilir. Şöyle ki, alacağın ifa, ibra, tecdit, edimin kusuru olmadan imkânsız hale gelmesi, takas, infisahî şartın gerçekleşmesi ile sukut ettiğini veya borcun nakli ile borcundan kurtulduğunu iddia ve ispat edebilir¹⁰. Hukuk Usul K. 288 de gösterilen ve 50 lirayı geçen müdafaalar ile Hukuk Usul K. 290 gereğince senede karşı müdafaalar senetle yapılmak lâzımdır¹¹.

9) Karş. von Tuhr/Siegwart, § 39, not 55 ile § 3, not 18, 47 a, § 20, X 1. Oğuzman ise von Tuhr'da yalnız § 39, not 55 i göz önünde tutup tenkit ederek hâkim re'sen nazara alamadığı için irade bozukluklarının itiraz değil, defi olduğunu söylemektedir. (Oğuzman, Bir aktin hile sebebiyle iptali âzamî bir müddetle tahdit edilmiş midir? İst. Baro D. 1953, s. 188, not 31.) Halbuki itiraz ile defi hakkının mahiyet bakımından kriteriyumu, birincisinde borcun veya talebin doğmadığı (ya da ortadan kalktığı), ikincisinde ise borç doğmakla birlikte borçluya mukabil bir ifadan imtina hakkı tanınmasıdır. Hâkimin itirazla defi hakkını re'sen nazara alıp alamaması ise ancak bir sonuç olup kendi başına defi hakkını ayırt etmiye, mahiyetini belirtmiye yetmez. Çünkü hâkimin re'sen nazara alamadığı her müdafaa, defi hakkı mahiyetinde değildir, başka deyişle hâkimin re'sen nazara alamaması yalnız defi hakkına vergi bir sonuç değildir: yenilik doğuran haklar da re'sen nazara alınamadıkları halde modern hukukta defi hakkı olmadıkları gibi, İsviçre - Türk hukuk sisteminde irade bozuklukları da defi hakkı teşkil etmezler, hâkimin re'sen nazara alamaması bunlara doğmuş alacak hakkına mukabil ifadan imtina hakkı mahiyeti vermez. Ancak BK. 31 deki 1 yıllık sürenin geçmesiyle akit düzelip ilzam edici hale gelerek aldatılan veya korkutulanın yukarıda arzedilen itiraz - yenilik doğuran hak'kı ortadan kalktığı anda kendisine BK. 60, III gereğince bu borcu ifadan imtina hakkı yılanmaz şekilde sabit olur ki işte bu bir defidir. (Bak. Sungurbey, İsviçre - Türk hukukuna göre iktisabi müruru zaman, İst. 1956, § 5, not 279, İst. HFM. cilt XIX, s. 787/788 ile aşağıda not 15 a). — BK. 21 in lâfzına tamamen uygun olmamakla birlikte, gabinli aktin de gabne uğrıyan tarafı ilzam etmediği — fikrimce evleviyetle ve ittıradı sağlamak bakımından da — kabul edilmelidir. (Bak. von Tuhr/Siegwart, § 40, not 13 a; aksi fikirde: Schwarz, s. 375.)

10) İfa, takas v.s. ile borcun sukut ettiği itirazını Braun'un defi olarak göstermesi (Braun, § 22, 5) doğru değildir.

11) Tafsilât için bak. Postacıoğlu, No. 25 v.d., 143 v.d.

3) Dâvalı, bizzat mücerret borç ikrarı ve vaadi aktinden doğan teknik mânasile *defi*'de¹² de bulunabilir, yani mücerret borç ikrarı ve vaadi muteber ve borç mükellefiyeti mevcut olmakla beraber bazı sebeplerden dolayı ifadan imtina edebilir. Defi hakkını kullanıp kullanmamak borçlunun iradesine kalmıştır; hâkim re'sen nazara alamaz. Meselâ borçlu, mücerret borç ikrarı ve vaadinden doğan alacağın müruru zamana uğradığını dermeyan ederek borcu ödemekten imtina edebilir. Temel borç münasebetinden doğan alacak daha kısa bir müruru zamana tâbi olsa bile, mücerret borç ikrarı ve vaadinden doğan alacak, kanunda buna ait başkaca bir hüküm bulunmadığından BK. 125 gereğince 10 senelik müruru zamana tâbi olur. Esasen mücerret borç akti (ikrarı ve vaadi), kendisine esas teşkil eden borcun varlığının ikrarını da tazammun ettiğinden¹³ buna ait müruru zaman da kesilir; BK. 135 gereğince eski müddet yeniden cereyana başlar, fakat borç bir senette ikrar edilmişse temel borç münasebetinden doğan alacağın yeni müruru zamanı da 10 sene olur. Diğer taraftan, BK. 127 nin muhalif mefhumundan anlaşılacağı veçhile, Borçlar Kanununun 3. Babı dışındaki müruru zaman süreleri mukaveleyle kaideten değiştirilebileceğinden¹⁴, temel borç münasebetinden doğan alacak hakkındaki müruru zaman süresinin, mücerret borç ikrarı ve vaadinden doğan alacak hakkına da tatbik edilebileceğini taraflar kararlaştırabilirler. Daha kısa müruru zamanlı bir temel alacak, mücerret borç ikrarı ve vaadinin hukukî sebebi diye umumî bir surette gösterildiği takdirde böyle bir anlaşmanın mevcudiyeti şüphe halinde kabul edilmelidir¹⁵. — Hile veya ikrah ile yaptırılan ve başlangıçta ilzam etmeyen mücerret borç ikrarı ve vaadinin BK. 31 deki 1 yıllık süreyi geçirmekle ilzam eder hale gelmesi halinde borçlunun BK. 60, III gereğince haiz olacağı defi hakkı da^{15 a}, borçlunun hukukî sebebin ispatına girişmesine ihtiyaç kalmadan yapabileceği ve bizzat mücerret borç ikrarı ve vaadi aktine taallük eden bir müdafaadır.

II. Mücerret borç ikrarı ve vaadinin hukukî sebebinden çıkan müdafaalar.

Dâvalı, bu müdafaaları hukukî sebebin ispatına girişerek yapabilecektir. Bunları da şöyle tasnif edebiliriz:

12) Bak. aşağıda § 9, not 80.

13) von Tuhr/Siegwart, § 81, II 1 a; Enneccerus/Lehmann, § 422, III.

14) Bak. von Tuhr/Siegwart, s. 660.

15) Planck/Landois, § 780, 3 d; Staudinger/Kober, § 780, VII; Enneccerus//Lehmann, l. c.

15 a) Bak. yukarıda not 9.

1) Hukukî sebepten çıkıp mücerret borç ikrarı ve vaadi aktinin sıhhatine (hüküm ve kuvvetine) tesir eden müdafaalar:

a) Dâvalı, mücerret borç ikrarı ve vaadini donandi causa = bağışlama sebeble yaptığını ispat edebildiği takdirde ikrar ve vaadin hükümsüzlüğünü gerektirecek çeşitli durumlar olabilir: Bağışlama sebebiyle borç ikrarı ve vaadinde bulunurken mümeyyiz küçük veya mahcur idiye, böyleleri için bağışlama yasak muamelelerden olduğundan (MK. 392), bağışlama olarak yaptığı mücerret borç ikrarı ve vaadi de bătıldır. Keza, dâvalı şifahen vaki mücerret borç ikrarı ve vaadinin bağışlama sebebiyle yapıldığını ispat ederek BK. 238, I deki yazılı şekil noksanından dolayı bătıl olduğunu (BK. 11, II) ortaya koyabilir. Bunun gibi, dâvalı hukukî sebep münasebetini göstererek başlangıçta muteber bulunan mücerret borç ikrarı ve vaadi aktini ve bundan dolayı alacak hakkını iptal ettirip ortadan kaldırabilir veya ortadan kalkmış olduğunu ileri sürebilir; meselâ yine bağışlama sebebiyle veya cezaî şart olarak yapılan mücerret borç ikrarı ve vaadinin BK. 235, III, İcra - İflâs K. 277 v.d. ve BK. 161, III gereğince makable şâmil olarak mahkeme vasıtasıyla fesih (iptal) ettirilmesinde durum böyledir¹⁶.

b) Dâvalı, temel münasebet mânasındaki¹⁷ hukukî sebebin tabii veya daha doğru bir tâbirle eksik borç denilen kumar veya bahis borcu olduğunu ispat ederek sebebi gösterilmeyen¹⁸ borç ikrarı ve vaadinin de BK. 505 gereğince aynı suretle eksik borç doğurduğunu ortaya koyabilir¹⁹. Hattâ taraflar borç senedini tanzim ederlerken hukukî sebepteki eksikliğin telâfisini istemiş olsalar bile ikrar ve vaadden doğan alacak, tıpkı kendisine esas teşkil eden kumar ve bahis borcunda olduğu gibi²⁰, yine eksik borç olarak kalır; yani dâva edilirse borçlu vaad ve ikrarda gösterilmeyen temel münasebet mânasındaki hukukî sebebin bir kumar ve bahis borcu olduğunu ispat ettiği takdirde²¹ hâkim bunu *talep* hakkının doğumuna mâni bir vâkıa olarak re'sen nazara alır ve dâvayı reddeder²².

16) von Tuhr/Siegwart, s. 219/221.

17) Bak. yukarıda § 1, not 18.

18) Bak. aşağıda not 26 ve § 9, not 54.

19) Bak. BGE. 29 II, s. 477.

20) Planck/Oegg, § 762, 3 f; Enneccerus/Lehmann, § 409, II 2.

21) Bak. yukarıda § 5, not 10 ve aşağıda § 9, VI 2.

22) Oertmann, § 781, 2 b; Schwarz, s. 94. Buna mukabil, Schwarz'ın s. 287 deki: «Dâvanın cereyanı esnasında hâkim borç senedinin bir kumar veya bahis borcundan neş'et ettiğini anladığı takdirde dâva edilen taraf sebepsiz iktisap defini dermeyan etmemiş olsa dahi, alacaklının dâvasını reddedecektir» yolundaki sözleri isabetli değildir. Çünkü kumar borcundan dolayı verilen senedin talepsiz (dâvasız) da olsa bir hukukî sebebi bulunduğu gibi, böyle bir senede karşı borçlunun ileri süreceği

Kumar ve bahis her zaman ahlâka aykırı sayılmamakla beraber, taraflar için iktisadî bakımdan çok tehlikeli mamelek değişiklikleri yaptıklarından hukukan tasvip edilmemiş ve dâva ile himayeye şayan görülmemişlerdir²³. İşte böyle akitlerden doğan borcun eksik borç olacağı yolundaki BK. 504 hükmünün pratik netice itibariyle bertaraf edilememesi için BK. 505 ile kumar borcundan dolayı verilen borç senedinin de dâva edilemeyeceği kabul olunmuştur. Kumar ve bahse dair hükümler, BK. 504, 2 ve 506, 2 gereğince bu maddelerdeki kumar ve bahis için bilerek yapılan avans ve ödünçlere, kumar ve bahis vasfını haiz olduğu takdirde borsaya dahil emtia ve kıymetli evrakın fiyat farkı esası üzerine yapılan vadeli alış verişlere ve hükümetçe izin verilmemiş piyangolara da tatbik olunacağından, bu muamelelerden doğan borçlar için verilen senetler de dâva edilemez.

Keza, kanunda sarahat olmamakla beraber, yapılan hizmet için ücret istenmesi ahlâka aykırı görüldüğünden dolayı BK. 408 ile eksik borç sayılan evlenme tellâllığından doğan ücret borcu için de, BK. 505 te olduğu gibi, sebebi gösterilmeksizin yapılan borç ikrarı ve vaadini havi senetlere dayanarak ücret talep ve dâva edilemeyeceğini kabul etmek zarurîdir. Aksi halde evlenme tellâlı, yeni evlilere sebebi gösterilmeyen borç senedi imzalatılarak kabili dâva bir alacak elde etmiş ve böylece BK. 408 hükmünden sıyrılmış olurdu; yani borçlu, borç senedinin temel münasebet mânâsındaki hukukî sebebinin evlenme tellâllığından dolayı ücret borcu olduğunu ispat etse bile senetten doğan alacağı ödemek zorunda kalırdı. Nitekim BGB. § 762, II de kumar veya bahis borcunun ifası uğrunda girilen bir mükellefiyetin, hususiyle bir borç ikrarının eksik borç olacağı kabul edildiği gibi, BGB. § 656, II ile de evlenme tellâlına vaad edilen ücretin ifası uğrunda girilen bir mükellefiyetin, hususiyle bir borç ikrarının da eksik borç olacağı, yani ifa için zorlanamayacağı, fakat ifa edilebileceği kabul edilmiştir.

• BGB. deki ve evlenme tellâllığına da kıyasen tatbik elverişli olan BK. 505 deki bu hükümler, kumar ve bahis ve evlenme tellâllığı ücreti borçlarının eksikliğine dair kanun hükümlerinden kaçınılmasını önlemek için kabul edilmişlerdir. Sebebi gösterilmeyen borç ikrar ve vaadlerinin hüküm ve kuvvetinin hukukî sebebe bağlı olmayacağı yolundaki mücerretlik prensibi câri olan hukuklarda kumar, bahis, evlenme tellâllığı ücreti borçlarının eksikliğine dair hükümlerden kaçınılmasını temin edecek borç ikrar ve vaadlerinin nasıl bir hükme tâbi tutulacağı şüpheli olabi-

müdafa da defiden ibaret olmayıp talep hakkının doğumuna mâni olan ve re'sen nazara alınan bir itirazdır.

23) von Tuhr/Siegrwart, § 4, 1; Schwarz, s. 93/94.

lirdi. Nitekim, meselâ BGB. nin ilk tasarısı, kumar ve bahis için bir borç ikrarında bulunan kimseye ifadan imtina etmek ve borçtan kurtulmayı talep etmek hakkını veriyordu. Fakat fikrimce burada eksik te olsa muteber bir borç sebebi mevcut olduğundan, sebepsiz iktisaptaki gibi defi ve talep hakkı verilmesi tatminkâr değildi; öte yandan temel münasebette bile butlan kabul edilmediği halde ifa uğrunda borç ikrarını bâtil saymak ta aşırı ve yanlış olurdu; en doğrusu borç ikrarını da temel münasebetteki kadar bir eksikliğe uğratmaktı²⁴. Her halde böyle borç ikrarlarının nasıl bir hükme bağlanacağını kanunun göstermesi maksada uygun sayılıyordu. BGB. yi hazırlayan İkinci Komisyon kumar, bahis ve evlenme tellâllığı ücreti borcunun eksikliğine dair hükümlerin, bu borçların ifası uğrunda yapılan borç ikrarlarına da tatbik edileceğini en basit hal tarzı olarak kabul etti²⁵.

Görülüyor ki, burada kanunun, bu borçların eksikliğine dair hükümlerden kaçınılmasını önlemek maksadile temel münasebet mânasında hukukî sebepteki eksikliğin ihdasî borç ikrarı ve vaadinde de câri olacağını kabul eden hususî hükümleri karşısındayız. Bu hususî hükümler, sebebi gösterilmeyen ihdasî borç ikrarı ve vaadinin hüküm ve kuvvetinin hukukî sebebe bağlı olmayacağı prensibinin müstesnasını teşkil ettikleri ve yalnız kumar, bahis ve evlenme tellâllığı ücreti borçlarının eksikliğine dair hükümlerden kaçınılmasını önlemek maksadile konuldukları için, böyle bir gaye bahis konusu olmayan diğer eksik borç hallerine ve hukukun tasvip etmediği sebeplere dayanan mücerret borç ikrar ve vaadlerine işmal edilemezler²⁶. Meselâ BK. 62, 2 gereğince, kendisini hukukan borçlu sanarak ahlâkî bir vazifeyi ifa eden kimse edimini istirdat edemez; BK. 234, III gereğince de hukukan mecbur olmadığı iki tarafça bilinse dahi ahlâkî bir vazifenin ifası bağışlama sayılmaz. Bu hükümlerden, ahlâkî vecibenin hukukî mânası ile ifası kabil bir eksik borç olduğu anlaşılır. İmdi bu borç ifa edilebileceği gibi, ifası muteber surette vaad de olunabilir ve bu noktada kumar, bahis ve evlenme tellâllığı ücreti eksik borçlarından ayrılır. Bu vaad, bağışlama vaadi olmadığı için onun şekline de tâbi değildir²⁷. Fakat Bussy'nin ve von Tuhr'un belirttikleri gibi, İsviçre Federal Mahkemesi bu esası kabulde oldukça geri kalmıştır: BGE. 19, s. 162; BGE. 42, II, s. 56; BGE. 45, II, s. 298 de hâlâ, ahlâkî bir vazifenin ifası vaadinin hukukî bir sebepten mahrum ve bundan dolayı hükümsüz olduğu kabul edilmektedir²⁸. von Tuhr, vaad edenin âlicenabâne maksa-

24) Bak. aşağıda § 9, not 54.

25) Planck/Oegg, § 762, 5.

26) Planck/Landois, § 780, 3 a; Enneccerus/Lehmann, § 422, II 2.

27) von Tuhr/Siegwart, § 4, not 8 a/b.

28) Bussy, No. 75; von Tuhr/Siegwart, § 4, not 8 b.

dını vaadin hukukî sebebi olarak görür. Müellife göre bundan dolayı, BK. 234, III de ahlâkî bir vazifenin ifasının bağışlama ve bu yüzden böyle bir ifa vaadinin de bağışlama vaadi sayılmıyacağı tesbit edilmiş olmasaydı, vaad bağışlama olacak ve şekle tâbi tutulacaktı. Federal Mahkemenin daha sonraki BGE. 53 II, s. 199 daki kararı da bu mânayı ifade eder. Fakat Federal Mahkeme böyle vaadlerde çokluk hukukan bağlanmak maksadının eksik bulunduğuna haklı olarak işaret eder²⁹. Fikrimizce, kanun ahlâkî vazifede eksik te olsa ifa edilebilen bir borcun varlığını kabul ettiği gibi, vaad eden de kendisine düşen bu vazifeyi ifa gayesinde olduğundan vaadi hukukî sebepten mahrum saymak yanlıştır. Fakat İsviçre Federal Mahkemesinin yukarıdaki eski kararlarının önemi, hukukî sebepten mahrum olan borç vaadlerini hükümsüz sayması, yani illilik prensibinin kabulünü ifade etmesidir³⁰. Şüphesiz, hukukî sebep mevcut olduğundan illilik sisteminde de ahlâkî vazifenin ifası vaadlerini muteber saymak lâzımgelirdi³¹. Nitekim illilik sistemi câri olan Fransız hukukunda ahlâkî vazifenin ifası vaadinin, bunda bir bağışlama vasfı görmeksizin vaad edeni bağlayacağı kabul edilmektedir; böylece ahlâkî vazifenin medenî borca çevrildiği kabul edilir³². von Tuhr da MK. 315 sınırları dışında kalan yakın akrabaya veya evlilik dışı çocuğa yardım vaadini ahlâkî bir vazifenin hukukî bir vazifeye çevrilmesi (tahvili) olarak görür³³. Ahlâkî vazifede olduğu gibi, borç ikrarı ve vaadiyle hukukî borca çevrilmesi (yahut eskisi gibi kalması) veya başlı başına yeni bir borç doğurulması meselesi bahis konusu olabilecek diğer eksik borçlar da şunlardır: müruru zamana uğrayarak müruru zaman defii ile eksik hale gelen borç; MK. 907 ye göre hüsnüniyetli zilyedin ve BK. 64 e göre sebepsiz müktesibin yaptıkları masraflardan doğan, fakat bu maddelerin lâfızlarına rağmen gerçekte kelimenin tam ve teknik mânasiyle talep edilemeyip ancak şeyi iadedden imtina etmek suretile defii olarak ileri sürülebilen ve sebepsiz iktisapta iade borcunun azalması olarak nazara alınan eksik borçlar³⁴; BK. 65 e göre hukuka veya ahlâka aykırı bir maksatla verildiği için geri alınamayan şey mevzuundaki sebepsiz iktisap

29) von Tuhr/Siegwart, 1. c.

30) Bak. yukarıda § 6, I.

31) Bussy ise, ahlâkî vazifenin ifası vaadinin muteber olmasını, vaadin mücerret sayılmasına bağlı görmüş ve vaadin mücerretliği kabul edilmediği için vaad edenin ifaya zorlanamayacağını sanmıştır. (Bak. Bussy, 1. c.)

32) Bak. Planiol/Ripert/Boulanger, No. 1337; Bussy, 1. c.

33) von Tuhr/Siegwart, § 4, not 9 a

34) von Tuhr/Siegwart, § 4, 3, 5, not 19, § 53, not 26; Ostertag, Art. 939, N. 10; Homberger, Art. 939, N. 15.

alacağı³⁵; eksik borç mahiyeti münakaşalı olan³⁶ konkordato bakiyesi; MK. 321 e göre ana baba ile birlikte yaşayan ve ivazından sarahaten feragat etmeksizin emeğini veya gelirini aileye tahsis eden reşit çocukların alacağı³⁷; taraflarca dâva ve takip edilemeyeceği kabul edilen bir alacak³⁸. Fikrimizce borç vaadi ve ikrarında hukukî sebebin gösterilip gösterilmemesi, bu meselede bakılması gereken baş miyar (kriteriyum)-dur. Borç ikrarı ve vaadinde hukukî sebep olarak eksik borç münasebeti gösterilmişse, bu illî-izharî borç ikrarı ve vaadine karşı borçlu temel münasebet mânasında hukukî sebepteki bütün müdafaaları, bu arada hukukî sebebin eksik borç olduğunu ileri sürebilir. Borç ikrarı ve vaadinde hukukî sebepteki eksikliğe işaret ve temas edilmesi, kaide olarak borçlunun bundan doğan müdafaalardan vazgeçmek istemediğini gösterir; yoksa eksik bir borcun illî-izharî şekilde ikrar ve vaad edilmesi, mihanikî surette eksik (tabîî) borcun tam hukukî borç haline getirilmek istenmesi ve borçlunun hukukî sebepteki müdafaalardan feragat ettiği şeklinde yorumlanamaz. Aksi takdirde, müruru zamanın tamamlanmasından sonra yapılan ikrarın vâki müruru zamanı kesemeyeceği, daha doğrusu ortadan kaldıramıyacağı esası da ihlâl edilmiş olurdu. Alacaklı ancak ikrar edenin BK. 139 gereğince müruru zaman definden feragat etmek istediğini ispat ederse mevcut borçtaki eksiklik giderilmiş ve hukukî borca çevrilmiş olur. — Bununla beraber, eksik borç mahiyetindeki hukukî sebebi ikrar ve vaadde gösteren borçlu, borcu ispat vasıtası vermekle birlikte aynı zamanda borcunun eksik borç vasfından ve bu yoldaki müdafaasından da vazgeçmek istemiş ve böylece vereceği ispat vasıtasının pratik kıymetini de arttırmış olabilir. Ancak bu takdirdedir ki, o zamana kadar mevcut eksik borcun hukukî borç haline getirilmesinden veya causa = hukukî sebep'teki eksikliğin giderilmesinden bahsedilebilir. Bunu ispat yükü ise, illî-izharî borç ikrarı ve vaadine dayanan dâvacıya düşer. Alacaklı, illî-izharî borç ikrarı ve vaadiyle borçlunun şimdiye kadar mevcut eksik borcu hukukî borç haline getirmek ve causa'daki bu müdafaasından feragat etmek istediğini münferit hâdisenin icaplarından ortaya koyabilir; meselâ borçlunun kendisine yazdığı bir mektupta ahlâkî vazifesinden, müruru zamana uğramış borcundan, v.s. den bahsetmesinde eksiklik mevcut ve berdevam ve hukukan bağlanmak maksadı gayrimevcut olduğu halde, aynı vazife ve borç için sureti mahsusada bir senet tanziminde causa'daki eksikliğin giderilmesi ve hukukî borç haline getirilmesi maksadı kolayca çıkarılabilir. — Sebebi gösterilen borç ikrarı ve vaadiyle

35) BGE. 75 II, s. 296/297.

36) Bak. von Tuhr/Siegwart, § 4, 6.

37) von Tuhr/Siegwart, § 4, 8; Egger, Art. 334, N. 1.

38) von Tuhr/Siegwart, § 4, 9.

gerek sadece eksik borç için ispat vasıtası verilmesi, gerekse bununla birlikte eksik borcun tam hukukî borca çevrilmesi hallerinde ikrar ve vaadin hükmü, causa'nın yani eksik borcun varlığına bağlıdır. Borç ikrar ve vaadinde bulunan kimse, buna karşı gerçekte sebebin, yani eksik borcun dahi mevcut olmadığını iddia ve ispat ederse tam hukukî borcun da mevcut olmadığına hükmedilir; yoksa sebepsiz iktisap kaidelerinin tatbikine mahal kalmaz.

Buna mukabil, sebebi gösterilmeksizin yapılan borç ikrarı ve vaadin hükmü, ne sadece ispat vasıtası teşkilinden, ne de aynı zamanda mevcut borç sebebindeki eksikliğin giderilmesi ve onun hukukî borca çevrilmesinden ibaret olmayıp bizzat ikrar ve vaad başlı başına borç doğurur. Kumar, bahis ve evlenme tellâllığı ücreti borcu hukukî sebeplerinden farklı olarak, bu diğer eksik borçlar causa'larını teşkil ettikleri ikrar ve vaadlerin de tarafların isteğine rağmen eksikliğini mucip olmazlar; bundan dolayı ikrar ve vaad eden kimse, causa'nın böyle bir eksik borç olduğunu ileri sürse bile bu müdafaası ikrar ve vaadin hukukî kıymetini ihlâl etmez. İmdi, borçlunun böyle bir ikrar ve vaadde bulunmakla borcun eksikliği mevzuundaki defî hakkından feragat ettiği kabul edilmelidir. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi, hukuka aykırı maksatla verilen şeyi iktisap eden borçlunun, eksik iade borcu için sebebi gösterilmeyen bir borç ikrarını havi senet tanziminde, şimdiye kadarki tabii borç yerine zorla yerine getirtilebilen bir borç ihdası ve OR. 66/BK. 65 deki defiden feragat mahiyeti görmüştür³⁹. — Borç ikrarı ve vaadinin hukukî sebebi (meselâ alacaklı gerçekte yardıma muhtaç olmadığından ahlâkî vazife) mevcut değilse, hukukî sebep akte ithal edilip onun cüzü, unsuru haline getirilmediği cihetle ikrar ve vaad sıhhatçe mücerret olduğu için borçlu sebebin bulunmadığını iddia ve ispat ederek sadece sebepsiz iktisap kaidelerine göre zenginleşmenin iadesini, yani borçtan ibra edilmesini talep edebilir veya defide bulunabilir.

2) Hukukî sebepten çıkıp mücerret borç ikrarı ve vaadi aktinin sıhhatine tesir etmeyen, yalnız borçluya ifadan imtina = defî hakkı veren müdafaalar:

a) Borçlunun temel borç münasebetinden çıkan defileri (meselâ BK. 81 deki *exceptio non adimpleti contractus* = aktin ifa edilmediği defî'ni, BK. 140 daki müruru zaman defîni, BK. 207, II deki semenin tenzili veya mebiin tebdili defîni, BK. 486 daki kefilin mukaddem dâva defîni) bile bile mücerret borç ikrar ve vaadinde bulunması, kaide olarak bunlardan feragat ettiğini gösterir⁴⁰. Demek ki borçlu, ancak bu defileri bilmiyerek

39) BGE, 75 II, s. 297.

40) Karş. Planck/Landois, § 780, 3 a ve c.

yaptığı mücerret ikrar ve vaadlere karşı bunları ileri sürebilir. İsviçre Federal Mahkemesi ise, sebebi gösterilmeyen borç ikrarı ve vaadine, temel borç münasebetindeki defilerden feragat yolunda bir anlaşma mânası da vermek istemiştir. Bununla beraber kararın aşağısından anlaşılacağı gibi, bu hâdisede borç senedinin tanzimiyle birlikte borçlu için önceden ifa defî hakkının da tanınması, karardaki çözümü haklı göstermektedir. Yüksek mahkemeye göre: «Defilerden iddia edilen feragat borçlu için pek büyük şümulde olduğundan, karine olarak kolayca kabul edilemez. Feragat, daha ziyade sarahaten vuku bulmalı ve tamamen belirli bir defîye taallûk etmeli, o halde vâzih olmalıydı. Medenî bir borç ikrarında bir emre kaydının kabulü, bu şartların yerine getirilmesine yetmez. Senede muayyen bir muamelât fonksiyonu atfedilmesinden de feragat çıkartılamaz; çünkü bu gayeye alelâde bir temlik ile de kâfi derecede erişilebilirdi. Hâdisede borç senedinin ihdasındaki duruma göre senedi ihdas edenin temel münasebetten çıkan defilerden, hususiyle mükellefiyetin vâdesinden yarım ay önce karşılığın aynı anda kararlaştırılan önceden ödenmesinin dermeyeranından feragat etmek iradesinde olduğu doğrudan doğruya gerçeğe aykırı bulunduğu cihetle sadece emre kaydından iddia edilen tarzda bir feragat çıkarılamaz»⁴¹.

b) Borçlu, mücerret borç ikrarı ve vaadinin muteber hukukî sebebi bulunmadığını yahut bulunup ta gerçekleşmediğini veya ortadan kalktığını ispat ederek sebepsiz iktisap defî ile ifadan imtina edebilir ve bundan başka sebepsiz iktisap talebi (dâvası) ile sebepsiz girdiği borçtan kurtarılmasını da isteyebilir. Mücerret borç ikrarı ve vaadine karşı borçlunun ileri sürebileceği, mücerretlik sistemine has olan bu müdafaa ve taarruz vasıtasının sistematik yeri burası olmakla beraber, hususî önem ve incelikleri bulunduğu için hemen aşağıda § 9 da başlı başına incelenmesi uygun görülmüştür.

§ 9. DEVAM: MÜCERRET BORÇ İKRARI VE VAADİNE KARŞI SEBEPSİZ İKTİSAP TALEBİ VE DEFİ

I. Mefhum.

Sebebi gösterilmeyen ihdasî borç ikrarı ve vaadi (akti), yukarda § 6 da görüldüğü veçhile, mücerrettir, yani sıhhati, hüküm ve kuvveti muteber bir hukukî sebebin varlığına ve gerçekleşmesine bağlı değildir; muteber bir hukukî sebep bulunmasa veya bulunup ta gerçekleşmese bile mücerret borç ikrarı ve vaadi (akti) ve bundan doğan alacak hakkı

41) BGE. 65 II, s. 82.

meydana gelir. Fakat mücerretlik sistemi haksız, sebepsiz iktisapları zenginleşenin yanına olduğu gibi kâr bırakmak demek değildir. Causa'nın mevcut, muteber ve gerçekleşmiş olmamasına rağmen, borç ikrarı ve vaadinin muteber olması ve ikrar veya vaad edeni borca sokması, alacaklı için bir sebepsiz iktisap teşkil eder ki BK. 61 ve devamındaki sebepsiz iktisap talebi ile geri istenebilir. Nitekim, İsviçre Kanununa nisbetle daha mufassal hükümler koyan BGB. nin ilk tasarısında, § 654 te mücerret bir alacak ihdasının sebepsiz zenginleşme teşkil edebileceği sarahaten beyan edilmişti. BGB. § 812, II de bu yalnız (mücerret) borç ikrarı için beyan olunmuş¹, mücerret borç vaadi içinse kendiliğinden anlaşılır sayılarak tasrih olunmamıştır². İsviçre - Türk Borçlar Kanunlarının sebepsiz iktisap müessesesinin başında böyle bir sarahat yoksa da BGB. § 821 den alınan OR. 67, II de sebepsiz iktisabın zarar gören aleyhine bir «alacak teşkili» nden (BK. 66, 2 de «borç teşkili» nden) ibaret bulunduğu halden bahsedilmektedir. Borçlu, hukukî sebebi bulunmayan veya gerçekleşmeyen mücerret borç ikrar ve vaadi ile alacaklının elde ettiği sebepsiz zenginleşmenin iadesini (condictio liberationis), yani ibra ile alacağın ortadan kaldırılmasını ve borç senedinin iadesini isteyebilir³. Lâkin ancak borç ihdas eden mücerret, yani hukukî sebebinden ayrılmış borç ikrar ve vaadleri sebepsiz iktisaba ve sebepsiz iktisap talebine konu teşkil edebilirler. Yoksa hilâfının ispatı ile cerh edilebilen ispat vasıtası mahiyetindeki illî - izharî borç ikrar ve vaadlerinin⁴ sebepsiz iktisap talebine istenmesine imkân ve lüzum olmadığı gibi, hukukî sebebini kendi içinde bir cüzü, unsur olarak taşıyan illî - ihdasî borç ikrar ve vaadlerinin (akitlerinin), hükmü hukukî sebebin varlığına bağlı olduğundan⁵, hukukî sebep mevcut ve gerçekleşmiş olmadıkça alacak ve dolayısıyla sebepsiz zenginleşme de mevcut olamaz. Karşılıklı taahhütleri havi akitlerde de iki taraftan her biri diğerinin taahhüdü ile alacak hakkını iktisap ettiği için kendi taahhüdünün (kazandırmasının) causa credendi = iktisap sebebi gerçekleşmiştir; bundan dolayı o, karşı tarafın taahhüdünü ifa etmemesi halinde sebepsiz iktisap değil, ifa talebinde ve BK. 81 deki aktin ifa edilmediği definde bulunabilir. Ancak, karşı - edim talebini aşan bir netice aktin muhtevası haline sokulmuş, yani taraflarca karşılıklı mükellefiyetler

1) BGB. § 812, II: «Bir borç münasebetinin varlığının veya yokluğunun akitle vaki ikrarı da edim sayılır». BGB. § 812 v.d. ndaki «edim» sözü, bir borcun ifasının bahis konusu olmasına bakılmaksızın hemen hemen kazandırma kadar geniş bir mânada kullanılmıştır (Bak. von Tuhr, II 2, s. 54).

2) von Tuhr, § 73, not 159.

3) von Tuhr, § 73, not 153/154; von Tuhr/Siegwart, s. 250; Schwarz, s. 286/287.

4) Bak. yukarıda § 2, II.

5) Bak. yukarıda § 2, I.

doğuran akitle istihdaf edilen bir neticeye erişilmesi aktin gayesi olarak kararlaştırılmışsa, bu gaye topyekûn karşılıklı aktin hukukî sebebi mertebesine çıkarılmıştır; bundan dolayı, kararlaştırılan gayeye erişilememesi halinde topyekûn karşılıklı aktin sebepsiz iktisap yoluyla ortadan kaldırılması istenebilir⁶. Bundan başka, karşılıklı aktin konusunu teşkil eden edimlerden her biri hakkında mücerret bir borç ikrarı veya vaadinde bulunulmuşsa bu, icabında sebepsiz iktisap talebine konu teşkil edebilir⁷.

II. Tesbit muamelesi mahiyetindeki mücerret borç ikrarı ve vaadi ve sulh akitlerine karşı sebepsiz iktisap talep ve defii hakkı bulunmadığı.

Fakat mücerret borç ikrarı ve vaadi, hukukî durum değişikliğini istihdaf eden «Zuwendungsgeschaef = kazandırıcı muamele» değil de, hukukî durumda şüphe veya niza varsa bunları ortadan kaldırıp kesin ve belirli bir hukukî duruma kavuşmayı istihdaf eden «Feststellungsgeschaef = tesbit muamelesi» denilen mahiyette ise ikrar ve vaad edenin ikrar ve vaadle ortadan kaldırılan nizalı veya şüpheli bir hususa ait hatasından dolayı fesh edilemeyeceği gibi, sebepsiz iktisap talep ve define de mevzu teşkil edemez. Meselâ, borcun varlığı şüpheli veya nizalı olup ta bu meşkûk ve nizalı durumdan kurtulmak için yapılan borç ikrarı ve vaadinin, sonradan borcun mevcut olmadığı anlaşılınca hatadan dolayı feshi mümkün olmadığı gibi, sebepsiz iktisap talebile geri alınması da mümkün değildir. İkrar ve vaad eden hukukî durumu şüpheli saydığı takdirde BK. 23 v.d. hükümlerine göre hatadan dolayı ikrar ve vaadi fesh edemez. Çünkü hata değil de şüphe etmek feshe yetmez; hata etmiş olsa bile buradaki hata BK. 23 v.d. ndaki beyan hatası değil, saik hatasıdır⁸. Bundan başka, işin mahiyeti de hatadan dolayı fesh edilememeyi gerektirir: taraflar bu belirsiz durum yerine güvenilir bir durum getirmek istediklerine göre belirsizliğin kalkmasından sonra artık hukukî durumu yeniden niza ve dâva konusu yapamamalıdır⁹.

Borç ikrarı ve vaadi tesbit muamelesi mahiyetinde olmak için borç münasebetinde şüphe veya niza bulunması ve ikrar ve vaadin bunu ortadan kaldırmak maksadiyle yapılması şarttır. Tesbit muamelesi mahiyetindeki borç ikrarı ve vaadi de hukukî sebebi gösterilerek (illî) veya gösterilmeyerek (mücerret) şekilde yapılabilir. Tesbit muamelesi mahiyetinde olup sebebi gösterilmeyen borç ikrarı ve vaadinden mücerret bir

6) Planck/Landois, § 812, 3 β, ββ; Staudinger/Lechner, § 812, I 4 d δ.

7) Planck/Landois, § 812, II; Staudinger/Lechner, § 812, I 1 c a.

8) von Tuhr, § 79, not 109; von Tuhr/Siegwart, § 52, not 75.

9) Becker, 1. bası, Art. 24, N. 21.

alacak doğar ve taraflar arasında nizalı veya şüpheli alacak hakikaten mevcutsa onun yanında yer alır¹⁰ veya tecdit suretile onun yerine geçer. Gerçi tesbit muamelesi mahiyetindeki mücerret borç ikrarı ve vaadi de, gerçek hukukî durumdan inhiraf ettiği nisbette, arzu edilen tesbit yerine bir hukukî değişiklik meydana getirir¹¹. Buna rağmen bu hak değişikliği ikrarın doğru olmadığını isbat ve sebepsiz iktisap talebile de geri alınmaz. Çünkü tesbit muamelesi mahiyetindeki borç ikrarı ve vaadi sebepsiz değildir: kazandırıcı muamelenin solvendi, credendi, donandi gayeleri (causa'ları) gibi, ikrar ve vaad edenin şüpheli ve nizalı bir durumun muhtemel zararlarından kurtularak kesin ve belirli bir duruma, hukukî emniyete kavuşmak gayesi de başlı başına bir hukukî sebeptir ve borç ikrarı ve vaadi ile buna erişilmiştir¹².

Borç ikrarı ve vaadi yine hukukî münasebetteki şüphe veya nizayı ortadan kaldırmak gayesile, fakat karşılıklı fedakârlık yoluyla yapılırsa ortada bir *sulh akti* vardır. Bu karşı - fedakârlık, bir karşı - edim veya imhal olabileceği gibi, varlığı nizalı veya şüpheli olan borcun kısmen ikrar ve vaad edilmesine mukabil kısmen de feragat edilmesi (yani aynı borcun muhtelif kısımlarında tesbit gayesiyle ikrar ve ibra akitlerinin birleşmesi) şeklinde de olabilir¹³. Sulh aktinde de aslî gaye, hukukî münasebetteki şüphe veya nizayı ortadan kaldırmak olup karşı - edim talî bir unsur teşkil eder; bundan dolayı sulh akti de tesbit muamelesidir¹⁴. İmdi, sulha bağlanan hususlardaki bir hatanın, kesin ve emin bir hukukî duruma erişmek gayesine aykırı olmamak için, sulhün muteberliğine zarar vermiyeceği ve nazara alınmayacağı BGB. ilk tasarısında, § 667, I de tasrih ve umumen kabul edilmiştir. Filhakika, âkitlerden biri veya her ikisi sulhün inikadında ihtilâf veya şüphenin konusunu teşkil eden bir hususta

10) von Tuhr burada ifa uğruna alacak ihdası haline atıf yapmaktadır (von Tuhr, § 79, not 68). Fakat burada ifa uğruna edim değil, tesbit gayesi ile yapılmış bir hukukî muamele vardır. İfa uğruna edim olsaydı, borcun bulunmadığı anlaşılınca sebepsiz iktisap talep ve defii caiz olmak lâzım gelecekti; halbuki tesbit muamelesinde bunlara cevaz yoktur.

11) von Tuhr: «Gerçek (iradê beyanı mânasındaki) ikrar, gerçek hukukî durumdan inhiraf ettiği nisbette, ikrar edenin muhtemel bir kazandırmasını ihtiva eder» diyor (von Tuhr, § 79, VI başı) ise de, fikrimce tesbit muamelesi mahiyetindeki mücerret borç ikrarı gerçek duruma uysa bile bir alacak doğurduğu için daima bir kazandırmadır; lâkin tesbit gayesidir ki bu kazandırmaya tesbit muamelesi mahiyetini verir.

12) von Tuhr/Siegwart, § 52, not 76. von Tuhr, bu gayeyi «tesbit gayesi» (sebebi) olarak göstermektedir (von Tuhr, § 79, not 99); bak. yukarıda § 1, not 16.

13) Planck/Strecker, Vorb. z. § 779, 1 c; Oertmann, § 779, 1; Enneccerus/Lehmann, § 418, I 2; Staudinger/Kober, § 779, I 4; Ansay, s. 156/157; aynı müellif, Ank. HFD. 1944, cilt 1, s. 202; Thilo, İzm. Baro D. 1936, s. 188/189.

14) von Tuhr, II 2, s. 264/265.

hata etmişlerse, sulhün muteberliğine bundan dolayı zarar gelmez. BGB. ilk tasarısının zikredilen bu mühim hükmünü, İkinci Komisyon kendiliğinden anlaşılır diye çizmiştir. Hakikatte bu, sulh aktinin tesbit gayesinden çıkarılabilmektedir. Taraflar sulh akti gereğince niza veya belirsizliği ortadan kaldırmak istemişlerdir. Nizalı veya şüpheli noktaların gerçekte nasıl olduğuna bakılmamak lâzımdır. Bundan dolayı, âkitlerden biri veya her ikisi bu noktalardan birinde hataya düştüğü için sulhün muteberliğine hâlel gelmesi bahis konusu olamaz¹⁵.

İşte yine bu tesbit gayesi bulunan borç ikrar ve vaadlerinde de, aynı mülâhazalardan dolayı, ikrarın hakikate uymamasının ve ikrar edenin borç ikrarı ile ortadan kaldırılan şüpheli veya nizalı bir hususa ait hatasının da nazara alınamayacağı tereddütsüz kabul edilmelidir¹⁶. Gerçi von Tuhr, hâkim olan kanaatin, meselâ Enneccerus (§ 422, II 1) ve Planck (§ 397, 5) in *condictio*'yu mümkün gördüğünü söyleyip onları tenkiden sulhtaki hal tarzını, tesbit muamelesi mahiyetindeki borç ikrarı için de veriyor¹⁷ ise de zikredilen yerlerde *condictio*, tesbit gayeli, yani tesbit muamelesi mahiyetindeki borç ikrarı için değil, kazandırıcı muamele mahiyetindeki borç ikrarı için derpiş olduğundan von Tuhr'un yaptığı tenkide katılmıyoruz. Nitekim Planck/Landois ve Staudinger/Lechner, borç ikrarı tarafların iradesine göre, borcun gerçekte mevcut olup olmadığına bakılmaksızın, istikbal için vazih bir hukukî durum getirecek idiyse borcun mevcut olmadığı sonradan anlaşıldığı takdirde akitle vaki değişikliğin sebepsiz olmadığını, çünkü değişikliğin tarafların arzu ettikleri gibi vuku bulduğunu, bundan dolayı kondiktionun reddedileceğini belirtmektedirler¹⁸.

15) Planck/Strecker, § 779, 5 a; Oertmann, § 779, 3 b; Ansay, Ank. HFD. 1944, cilt 1, s. 203 ve orada zikredilen İsviçre Federal Mahkemesi kararı.

16) Fakat gerek sulhta, gerek tesbit muamelesi mahiyetindeki borç ikrarı ve vaadinde sadece bu âkitlerle son verilen şüphe veya nizalı bir hususa ait hata nazara alınmayıp, yoksa bu âkitler umumî hükümlere göre batıl veya hata, hile, ikrah yüzünden fesihleri kabil olabilir (Karş. Planck/Strecker, Vorb. z. § 779, 3 c). Bundan başka, aşağıda gelen izahata da bakınız.

17) von Tuhr, § 79, not 111.

18) Planck/Landois, § 812, II; Staudinger/Lechner, § 812, I 1 c β. Ne var ki bu şarihler, taraflar gerçek durumu, *binaenaleyh* borcun kendilerince kabul edilen mevcudiyetini ikrar ile *tesbit etmeyi* (*festzustellen*) kastetmişlerse ve fakat kendilerince doğru farzedilen hukukî durum hakikate uymuyorsa ikrarın sebepsiz iktisap yoluyla talep edilebileceğinden bahsetmektedirler. Halbuki taraflar şüphe veya nizadan âri olarak borcu mevcut ve doğru kabul ettiklerine göre maksatları onu «tesbit etmek» olmayıp BGB. § 780/781 mânasında ve kazandırıcı muamele mahiyetinde ifa uğruna veya *novandi causa* bir borç ikrarı yapmaktır. Her iki serhte de mükerreren kullanılan «tesbit etmek maksadında iseler» sözleri bundan dolayı şaşırtıcıdır.

Aynı hüküm, «menfi borç ikrarı» denilen tesbit muamelesi için de câridir. Menfi borç ikrarı ibraya benzediğinden BGB. bu ikisine bir tek § 397 de yer vermiştir. Fakat ibra aktiyle taraflar varlığından şüphe etmedikleri bir alacağı ortadan kaldırdıkları halde, menfi borç ikrarı denilen akitle varlığından şüphe ettikleri veya borçlu tarafından itiraz (niza) edilen bir alacağın — hakikatte mevcut ise — ortadan kaldırılması bahis konusudur. (Alacağını ortadan kaldıran alacaklı bir karşılık alırsa menfi borç ikrarı sulh akti mahiyetini arzeder.) Böylece menfi borç ikrarına mevzu olan borç hakikatte mevcut ise alacaklı borçluya bir kazandırmada bulunmuş demektir. Fakat bunun gayesi belirsiz veya nizalı bir duruma son verilmesi olduğu için tesbit muamelesi mahiyetindedir ve alacaklının yokluğunu ikrar eylediği borcun hakikatte mevcut idüğü sonradan anlaşılırsa ikrar sebepsiz iktisapla geri alınamaz. Çünkü tesbit gayesine erişilmiş, muamelenin hukukî sebebi gerçekleşmiştir¹⁹.

Bununla beraber, daha Müsterek hukukta bile «temel teorisi» denilen teori, taraflarca muhakkak sayılarak sulh aktine temel tutulan bir durumdaki hatadan dolayı sulh aktinin feshine cevaz veriyordu. Meselâ şekil noksanından dolayı nizalı olan bir vasiyetname hakkında sulh yapan tarafların, vasiyetnamenin muristen sadır olduğunu, yani sahte olmadığını muhakkak farzetmelerinde olduğu gibi²⁰. Sulh aktinin inikadına esas teşkil eden ve her iki tarafça sabit sayılan bir durumdaki bu karşılıklı hatanın akte nasıl bir tesir yapacağı BGB. nin hazırlanmasında da münakaşalara sebep olmuştu. BGB. ilk tasarısı meseleyi sebepsiz iktisap esaslarına göre çözmek istiyor ve hata eden âkide sulhün geri istenmesine mâtuf bir sebepsiz iktisap talebi veriyordu. İkinci Komisyon ise uzun müzakere ve münakaşalardan sonra hükme bugünkü şeklini vermeği kabul etmiştir; BGB. § 779, I e göre: «Tarafların bir hukukî münasebet hususundaki niza veya şüphesinin karşılıklı fedakârlık yoluyla ortadan kaldırıldığı bir akit (sulh), aktin muhtevasına göre sabit sayılarak esas tutulan durum gerçeğe uymazsa ve niza veya şüphe için bilinmesi halinde doğmayacak idiyse hükümsüzdür». Böylece BGB. yi hazırlayan İkinci Komisyon, aktin muhtevasına göre sulha esas teşkil eden durumun mevcut olmaması halinde sulhün hükümsüz olmasını, hayat telâkkisine ve sulhün gayesine en uygun hal şekli saymıştır²¹. BGB. § 779, I deki butlan hükmünün dayandığı hukukî esas, Alman doktrininde neticede pek farklı olmayan çeşitli telâkkilerle izah edilmektedir: sâbit sayılan durumun varlığının sulh aktinin muteberliği için her iki tarafça zımnen

19) von Tuhr/Siegwart, § 75, VII.

20) Müsterek hukuktaki diğer teoriler için bak. Becker, 1. bası, Art. 24, N. 22.

21) Planck/Strecker, § 779, 2.

şart (Voraussetzung) koşulması²², muamelenin gayesine erişilememesi²³, sulhün mevzudan mahrum olması²⁴, muamelenin temelinin gerçekleşmemesi²⁵ gibi. Sulh aktinin BGB. § 779, I gereğince hükümsüz olmasına dair de ezcümle şu misaller verilmektedir: tarafların varlığını sâbit saydıkları bir borcun yalnız muhteva veya miktarındaki şüphe veya nizayı ortadan kaldırmak için bir sulh akti yapmaları ve sonradan borcun hiç mevcut olmadığına anlaşılması, taraflarca mevcut sayılan bir borcun yalnız ifa edilip edilmediği hususundaki şüphe veya nizayı ortadan kaldırmak için ve keza taraflarca muteber sanılan bir vasiyetnamenin gayrivazıh hükümlerinden doğan ihtilâfı ortadan kaldırmak için bir sulh yapıp ta sonradan borcun mevcut olmadığına, vasiyetnamenin muteber bulunmadığına anlaşılması gibi²⁶. BGB. nin § 779, I de sulh akti için tasrih ettiği bu çözümün, karşılıklı fedakârlığı, karşı-edimi ihtiva etmemekle beraber yine sulh gibi bir tesbit muamelesi mahiyetinde olan borç ikrarı için de câri olduğu kabul edilmek icap eder²⁷. Buna göre, yukarıki misallerde taraflar borcun ifasındaki, miktarındaki, vasiyetname hükmündeki şüphe veya nizayı ortadan kaldırmak için sulh akti değil de borç ikrarı aktetseler, sonradan borcun veya vasiyetnamenin mevcut veya muteber olmadığı anlaşıldığı takdirde borç ikrarı da hükümsüz olur. Kanaatimce, *Alman hukukunda* sulh aktinin inikadına taraflarca sâbit sayılarak temel tutulan durum'un varlığı (misallere göre: borcun varlığı, vasiyetnamenin muteberliği, v.s.), sulh aktinin sarîh veya zımnî şartı haline getirilmişse, yani aktin hükmü bu durumun varlığına bağlanmışsa BGB. § 779, I deki hükümsüzlük neticesi kolayca anlaşılır. Fakat tarafların aktin inikadına esas teşkil eden bu durumu sulh aktinin şartı olarak kararlaştırmadıkları hallerde BGB. § 779, I deki hükümsüzlük neticesi, ilmen ancak sulh aktinin cüzü haline getirilen tesbit gayesine erişilememesi, yani tesbit sebebinin gerçekleşmemesi ile izah olunabilir. Gerçek, aktin muhtevasına göre, yani yalnız bir tarafın düşüncesine göre değil, her iki tarafın anlaşmasile sâbit sayılarak onun bir cüzü haline getirilen borcun varlığında veya vasiyetnamenin muteberliğinde hata edilmiş ve böylece akte ithal edilen tesbit gayesi gerçekleşmemişse sulh veya borç ikrarı şeklindeki illî tesbit akitlerinin aktin cüzü, unsuru bulunmadığından bâtil, yani

22) von Tuhr, II, 2, s. 268/269; Planck/Strecker, § 779, 3 a.

23) Lenel, Schnorr; Staudinger/Kober, § 779, B I 1 ve Oertmann, § 779, 3 c de zikredilmişlerdir.

24) Enneccerus; Enneccerus/Lehmann, § 419, not 6 da zikredilmiştir.

25) Oertmann, § 779, 3 c.

26) Planck/Strecker, § 779, 3; Enneccerus/Lehmann, § 419, not 4; von Tuhr, II 2, s. 268.

27) von Tuhr, I. c.

hükümsüz olduğu kabul edilmelidir²⁸. Buna karşı, sulh veya tesbit muamelesi mahiyetindeki borç ikrarının muhtevassından aktin inikadına saik olan borcun varlığının veya vasiyetnamenin muteberliğinin sâbit sayıldığı ve tesbit gayesi anlaşılmıyorsa, yani akit mücerretse her iki tarafça aktin inikadına esas tutulan borcun varlığı veya vasiyetnamenin muteberliği hususlarında hata edilmesi halinde sulh veya tesbit muamelesi mahiyetindeki borç ikrarı akitleri, (misallerimize göre: ifadaki, borcun miktarındaki, vasiyetname hükmündeki şüphe veya nizayı) tesbit gayesine erişilemediğinden, yani hukukî sebep gerçekleşemediğinden sebepsiz iktisap kaidelerine göre geri istenebilmelidir. — *İsviçre - Türk hukukuna gelince*, OR/BK., md. 24, bent 4 ile Müşterek hukukun sulh akti hususundaki temel teorisini umumî bir kaide haline getirerek kabul etmiştir. Buna göre, yukarıki misallerde sulh veya tesbit gayeli borç ikrarı ve vaadi akitlerinin temel hatasından, yani taraflarca aktin zarurî şartları hakkındaki müşterek ve eşit surette önemli düşüncelerindeki hatadan dolayı fesihleri mümkün olacaktır. Gerçek, yukarıki misallere göre borcun varlığı, vasiyetnamenin muteberliği gibi muayyen bir durum, her iki tarafça sâbit sayılmış ve yine her iki taraf için aktin zarurî şartı olmuştur. Borcun ifa edilip edilmediği veya miktarı, vasiyetnamedeki borcun miktarı hususunda taraflar sulh veya tesbit gayeli borç ikrarı akitleri yaparlarken bu akitler, her iki taraf için borcun mevcudiyeti veya vasiyetnamenin muteberliği düşüncesine dayanmaktadırlar; öyle ki, taraflar borcun da mevcut olmadığını veya vasiyetnamenin iptal edileceğini bilse-lerdi ne biri ötekine bir şey vaad ederdi, ne öteki bu kimseden objektif hüsnüniyete göre bir şey talep edebilirdi. Bundan dolayı, borcun varlığı veya vasiyetnamenin muteberliği hususundaki her iki taraf için müşterek ve aynı zamanda önemli düşünce, sulh ve tesbit gayeli borç ikrarı ve vaadi akitlerinin temeli olmuş ve bu temelde hata edilmiştir²⁹. Menfî borç ikrarı denilen tesbit muamelesi mahiyetindeki akitler de her iki tarafça sâbit, emin sayılan ve ikrara temel tutulan muayyen bir durumun bulunmadığının anlaşılması halinde OR/BK. 24, bent 4 e göre yanılanı ilzam etmez. Meselâ, bir makbuzun nizalı alacağa taallûk edip etmediğinde şüphe mevcut ise ve alacaklı alacağın yokluğunu ikrar ettikten sonra makbuzun sahteliği (alacaklıdan sâdir olmadığı) anlaşılırsa durum böyledir³⁰.

28) Bak. yukarıda § 2, I 1.

29) von Tuhr/Sieglwart, § 37, not 46 a; Becker, Art. 24, N. 37; Thilo, İzm. Baro D. 1936, s. 188 v.d.; Ansay, Ank. HFD. 1944, cilt 1, s. 203 ve oralarda zikredilen İsviçre yüksek mahkeme kararları.

30) von Tuhr/Sieglwart, § 75, not 53.

III. Muteber sebebi olmayan, gerçekleşmeyen veya ortadan kalkan mücerret borç ikrar ve vaadleri.

Borçlar Kanunu, md. 61, fıkra I de sebepsiz iktisapların (geniş mânada *condictio sine causa* ile) iade edilmesi yolunda umumî bir prensip koyduktan sonra, «hususile» diye başlayan fıkra II de kazandırıcı muameleyle vuku bulan en mühim sebepsiz iktisap hallerini tasrih etmektedir³¹. Buna göre, muteber bir hukukî sebep (gaye) anlaşması olmayan ve olsa bile kararlaştırılan bu sebebe (gayeye) erişilemeyen veya ortadan kalkan kazandırıcı muameleler (ve bu arada mücerret borç ikrarı ve vaadi akitleri) sebepsiz iktisap teşkil ederler³².

1) Muteber bir gaye (sebepe) anlaşması olmayan mücerret borç ikrar ve vaadleri (akitleri).

a) Tarafların sebebi üzerinde anlaşmadıkları mücerret borç ikrar ve vaadleri (dar mânada *condictio sine causa*): Buraya bilhassa tarafların sebep hususunda anlaşmalarına inanmalarına rağmen gerçekte böyle bir anlaşmanın inikat edemediği haller girer. Meselâ B, ifa uğrunda borç ikrarı veya vaadinde bulunmuştur, halbuki A bu ikrar veya vaadi donandi *causa* sanarak kabul etmiştir. B nin kendi borcunun ifası uğrunda yaptığı borç ikrarı veya vaadini A, bir üçüncü şahsın borcunun ifası uğrunda sanarak kabul etmiştir³³. Hukukî sebebi daha sonra kararlaştırılmak üzere yapılan bir borç ikrarı ve vaadinin hukukî sebebinde anlaşma olmadığı veya sonradan taraflardan biri medenî hakları kullanma ehliyetini kaybetmişken hukukî sebep tayin edildiği takdirde de durum böyledir³⁴. Bu hallerde taraflar mücerret borç ikrarı ve vaadi (akti) nin hukukî sebebi hususunda gerçekte uyuşmadan ikrar ve vaad eden borç altına girmiştir. Hukukî sebep hususunda uyuşulamayan bu hallerde fakirleşen B nin sebepsiz iktisap alacağı (dar mânada *condictio sine causa*), hemen aşağıda b) de göreceğimiz *condictio indebiti*'den farklı olarak, onun hatasına dayanmaz³⁵.

b) Ödenecek borç mevcut olmadığı halde ifa uğrunda yapılan mücerret borç ikrar ve vaadleri (*condictio indebiti*): Kanun bu haldeki hususî ve önemli sebepsiz iktisap talebini md. 62 de ayrıca düzenlemiştir.

31) Becker, Art. 62, N. 10/11; von Tuhr/Siegwart, § 52, not 16 devamı ve not 22.

32) Mücerret borç ikrarı ve vaadine karşı bu üç halde sebepsiz iktisap talep veya defini ileri sürececek kimsenin neleri ve nasıl ispat yükünde olduğu aşağıda VI. da incelenmiştir.

33) von Tuhr/Siegwart, § 52, not 31.

34) Karş. von Tuhr/Siegwart, § 52, not 23.

35) von Tuhr/Siegwart, § 52, not 31.

Burada da kazandırıcı muamelenin hukukî sebebi gerçekleşmezse de bazı müelliflerden ³⁶ farklı olarak, bu halin aşağıda 2) deki hukukî sebebin gerçekleşmemesi halleri arasına değil, buraya 1) altına konulması daha uygun görülmüştür. Çünkü kararlaştırılan hukukî sebebin gerçekleşmediğinin düşünülmesine gitmeden, mevcut olmayan borcun ödenmesi yolundaki hukukî sebep anlaşması mevzuu imkânsız olduğu için BK. 20 ye göre bătıldır; bu yüzden daha ortada muteber bir hukukî sebep anlaşması yoktur. Bundan başka, «hukukî sebebin gerçekleşmemesi» (gayeye erişilememesi), kazandırıcı muamelenin mahiyetine göre doğrudan doğruya ve derhal meydana getirmesi istenen neticesinin, hükmünün (ifa sebebiyle yapılan kazandırmalarda borcun ifa edilerek ıskatının) vukubulmaması halinde değil de, istikbalde meydana gelecek bir neticeye erişilememesi halinde bahis konusu edilmektedir ³⁷. Nihayet borç olmayan şeyin ifasında temel münasebet mânasındaki ³⁸ sebebin mevcut olmadığı düşünülerek te bu hal «muteber bir sebebin bulunmaması» kategorisinde incelenmektedir ³⁹.

Mevcut olmayan borcunu ifa gayesile borç ikrarı ve vaadinde bulunan kimsenin buna karşı sebepsiz iktisap talebi (condictio indebiti) veya defini ileri sürebilmesi için BK. 62 ye göre bulunması gereken şartlar kısaca şöyle istikra ve izah edilebilir:

aa) *Solvendi causa*, yani tarafların anlaşmasına göre bir borcu ifa gayesile yapılmış mücerret bir borç ikrarı veya vaadi olmalıdır.

bb) Ödenecek borç mevcut olmamalıdır. Zenginleşenle arada borç doğuracak aktin hiç mevcut olmaması ile bătıl olması farketmez. Meselâ, alacaklı olmayan bir kimseye yapılan kazandırma istirdat olunabileceği gibi, şekilsizlik yüzünden bătıl olan bir aktin ifası uğrunda yapılan borç ikrarı ve vaadi de — MK. 2 deki objektif hüsnüniyet kaidesine ve hakkın suiistimali yasağına aykırı düşmedikçe — istirdat olunabilir.

Kanuna veya ahlâka aykırı bir hukukî sebebi bulunan borç ikrar ve vaadlerine (akitlerine) gelince, bunların bătıl ve hükümsüz mü olacağı, yoksa muteber bir sebebi olmadığından sebepsiz iktisap kaidelerine göre geri istenebilen bir alacak mı doğuracağı mühim bir meseledir. Haksız veya ahlâka aykırı bir neticeyi elde etmek için borç vaadi veya ikrarında bulunulmuş ve bu akit illî tanzim edilmiş ,yani borç sebebi akte ithal edile-

36) Meselâ: Planck/Landois, § 812, 3 β aa da; Oser/Schönenberger, Vorb. z. Art. 62, N. 10, Art. 62, N. 15.

37) Enneccerus/Lehmann, § 442, I 1 a, § 444, I 1.

38) Bak. yukarıda § 1, not 18.

39) Hâkim olan görüş te budur: von Tuhr/Siegwart, § 52, III, 1; Becker, Art. 62, N. 13/14.

rek akitte gösterilmişse BK. 20 ye göre bătıl olur⁴⁰. Buna mukabil, hukukî sebebin akte ithal edilip belirtilmediği mücerret borç ikrar ve vaadlerinde ise başka başka görüşler mevcut bulunmaktadır. Fransız hukukunda olduğu gibi illilik sistemi kabul edilirse hukukî sebebi ahlâka veya kanuna aykırı olan borç ikrar ve vaadleri de mihanikî surette bătıl olur⁴¹. İsviçre Federal Mahkemesi de sebebi gösterilmemiş bir «borç ikrarının ahlâka veya hukuka aykırı bir sebebi haiz olarak bătıl» bulunduğunu kabul etmiştir⁴². Yargıtay da senette gösterilmeyen hukukî sebebi ahlâka aykırı borç ikrar ve vaadlerinin iptali gerektiğini kabul etmektedir: «iptali istenilen senedin metreslik hizmeti karşılığı verilmiş olduğunda taraflar ittifak eylemesine ve nikâhsız olarak birlikte yaşamak üzere yapılan akit ahlâk ve âdaba mugayir olduğu cihetle bu bapta tanzim edilen borç senedinin iptali icap eder»⁴³. Fakat Alman hukukunda ve İsviçre hukuku için mücerretlik sistemini kabul eden müellifler arasında mesele ihtilâflıdır. Alman hukukunda bazı müellifler kanunen tasvip edilmeyen bir hukukî sebebin sadece § 817 ye göre sebepsiz iktisap talep ve defi doğurmayıp, mücerret borç ikrarı ve vaadini § 134 ve 138 e göre bătıl kılacağını ileri sürmüşlerdir⁴⁴. Fakat Alman hukukunda hâkim olan ve Alman Yargıtayınca da kabul edilen telâkkiye göre, illî münasebetteki noksanlar kaide olarak mücerret borç ikrarı ve vaadinin muteberliğine doğrudan doğruya tesir etmez. Sebep münasebetindeki hukuka veya ahlâka aykırılığın da mücerret borç aktinin sıhhatini ihlâl etmeyip yalnız bir sebepsiz iktisap talebi ve defi vereceği BGB. § 817, 2 den anlaşılır. Bu hükme göre, kazandırıcı muamele bir borç mükellefiyeti ihdasından ibaretse sebep anlaşmasında her iki taraf ta (yani kazandıran da) kanuna veya ahlâka aykırılıkta bulunsan bile — diğer kazandırmalardakinden farklı olarak — sebepsiz iktisap edilen alacak hakkının iadesi lâzım gelir. BGB. § 817, 2 deki bu hükümle kanunkoyucu causa'nın hukuka veya ahlâka aykırılığının mücerret borç

40) von Tuhr/Siegwart, s. 414; ayrıca bak. Oertmann, § 781, 2 b.

41) Bak. yukarıda § 6, I.

42) BGE. 37 II, s. 392/393; aynı mealde: BGE. 29 II, s. 477. Bununla beraber, aşağıda görüleceği gibi, mücerretlik sistemi içinde de hukukî sebebi ahlâka veya hukuka aykırı borç ikrar ve vaadleri bătıl olabileceği için, bu çözümden Federal Mahkemenin illilik sistemini kabul ettiği neticesi çıkarılamaz. Bundan başka aşağıda not 57 deki Federal Mahkeme kararına bakınız.

43) 4 HD. 10.10.1949, 7313/5069; Öztürk/Kazancı, s. 40; aynı mealde: Öztürk/Kazancı, s. 60. Fakat bu kararlarda teknik bakımdan yanlış kullanılan «iptal» kelimesinin BK. 61 v.d. gereğince sebepsiz iktisap dâvası mı, yoksa butlandan dolayı menfi tesbit dâvası mı mânasında kullanıldığı belli değildir.

44) Planck/Landois, § 780, 3 a) da zikredilen Neubecker, Klingmüller, Dernburg, Cosack, Crome, Düringer/Hachenburg.

ikrarı ve vaadinin muteberliğine mani olmayacağını kabul etmiş demektir. Çünkü mücerret borç ikrarı ve vaadi ve ondan doğan alacak causa'sındaki kanuna veya ahlâka aykırılıktan dolayı bâtil olsaydı, mevcut olmayacak ve bir sebepsiz iktisabın iadesi talebine konu teşkil edemiyecekti⁴⁵. Bununla beraber, bu telâkki taraftarlarından bazıları, ifa muamelelerinin mücerret mahiyetinin sert tatbikine karşı umumî surette mevcut şüphelerin, mücerret muamele bizzat bir mükellefiyete girilmesi olduğu takdirde daha kuvvetlendiğini söylemektedirler⁴⁶. BGB. nin ahlâka aykırı sebebin, daima ahlâka aykırı mahiyet arzermeyen, fakat iktisaden tehlikeli olan⁴⁷ kumar sebebine nisbetle mücerret borç aktinin sıhhatine daha kuvvetle tesir edeceğini kabul etmemesinin hukuk politikası bakımından isabeti şüpheli görülmektedir⁴⁸. Bu müelliflere göre BGB. § 817 kanun koyma bakımından isabetsizdir. Bununla beraber, câri olduğu müddetçe ona riayet edilmek lâzımdır⁴⁹. Bundan başka, Alman Yargıtayı, *açıkça* kanuna veya ahlâka aykırı gayretlerin hukukça himaye görmeyeceğini ve bir hukukî muamelenin *mevzuu* ahlâka aykırı olmasa bile muhteva, saik ve maksadının heyeti mecmuasından anlaşılan *müşterek vasfı* ahlâka aykırı olduğu takdirde ahlâka aykırılıktan dolayı bâtil olacağını kabul etmiştir⁵⁰. Bundan dolayı, mücerret borç aktinin, kendisine esas teşkil eden hukukî muamelenin ahlâka veya kanuna aykırılığından dolayı değil de, muhteva, saik ve maksadına göre bizzat kendisinin ahlâka veya kanuna aykırı ve BGB. § 134, 138 gereğince bâtil olabileceği kabul edilmektedir⁵¹. İsviçre - Türk hukukuna gelince, Federal Mahkeme başka bir kararında borç ikrarının «ob turbem causam yapıldığını ve bundan dolayı derhal vaki bir edimin istirdat edilebileceği ölçüde OR. 62 ye göre feshi (condictio mânasına) kabil olduğunu» kabul etmiştir⁵². von Tuhr, mücerret bir vaadin (meselâ poliçanın) hukuka veya ahlâka aykırı bir neticeye erişmek için yapıldığı takdirde borçlunun ahlâka aykırı maksadına rağmen muteber olacağı, fakat muteber bir hukukî sebep mevcut olmadığından BK. 61 e göre sebepsiz iktisap alacağına ve bu alacağa uyan bir defiye tâbi bulunacağı fikrindedir. Ahlâka aykırı maksatla ihdas edilmiş bir mücerret borç senedinin sebepsiz iktisap yoluyla iadesi talebine

45) von Tuhr, § 70, not 145, § 73, not 149; Planck/Landois, 1. c.; Enneccerus/Lehmann, § 422, II 2; Enneccerus/Nipperdey, § 178, not 17.

46) Enneccerus/Lehmann, 1. c.

47) Bak. von Tuhr, § 70, not 7.

48) Oertmann, § 781, 2 b ve orada zikredilen yazısında von Tuhr.

49) Enneccerus/Lehmann, 1. c.; Oertmann, 1. c.

50) Bak. Staudinger/Kober, § 780, IV, 1; Enneccerus/Lehmann, § 422, not 9.

51) Planck/Landois, § 780, 3 a.

52) BGE. 40 III, s. 463.

BK. 65 de engel olmaz. Çünkü bu hükümle yalnız hukuka veya ahlâka aykırı bir netice doğurulması için *verilmiş* şeylerin iadesi talebi reddedilir; halbuki bir borç senedi ihdas eden kimse vermiş değil, *vaad etmiştir*. Ahlâka veya hukuka aykırı hareket eden kimse, gerçi kanunun tasvip etmediği maksatla verdiği kaybetmelidir; fakat bu maksatla ihdas ettiği, mücerret bile olsa, vaadi ifaya zorlanamamalıdır⁵³. Böylece von Tuhr, BGB. § 817, 2 deki çözümü, böyle bir hüküm ihtiva etmeyen İsviçre hukukuna da getirmiş demektir. Fakat BGB. § 817, 2, yukarda gördüğümüz gibi, bizzat Alman hukukunda bile hukuk politikası bakımından sert tenkitlere uğramakta, hattâ bu hükmün mevcudiyetine rağmen bir çok Alman müellifleri ahlâka veya hukuka aykırı hukukî sebebin mücerret borç vaadini — BGB. § 817, 2 ye tercihan tatbik ettikleri — § 134, 138 e göre bâtil kılacağını kabul etmektedirler. Alman hukukunda bile beğenilmemekle beraber, BGB. § 817, 2 deki sarih hükümden dolayı çarnâçar riayet edilen hal tarzını, von Tuhr'un böyle bir hüküm ve zaruret mevcut olmayan İsviçre hukuku için teklif, hattâ kabul etmesine iştirak edemiyoruz^{53 a}. Buna mukabil, muhterem hocamız Schwarz kumar ve bahis borcuna müteallik mücerret (sebebi gösterilmeyen mânasında) borç akitlerinde BK. 505 hükmüyle hukuk siyasetine ait mühim mülâhazalara binaen kanunun mücerretlik prensibini bir dereceye kadar⁵⁴ terkettiğini söyledikten sonra bunu kıyasen ve daha geniş ölçüde mücerret (sebebi gösterilmeyen mânasına) borç senedine esas teşkil eden borç münasebetinin, BK. 20 gereğince ahlâka aykırı olduğu hallerde de kabul etmek lâzım geldiğini söylemektedir. Bu fikre göre, hâkim mücerret bir borç aktinin altında böyle ahlâka aykırı bir münasebet mevcut olduğunu görür görmez dâvayı reddeder⁵⁵. Görülüyor ki Schwarz, akitte gösterilmeyen hukukî sebebi, yani kendisine esas teşkil eden borç münasebeti ahlâka aykırı borç akitlerini, mücerretlik prensibinden ayrılıp burada (kumar ve bahistekine kıyasen) illilik prensibine yer vermek suretiyle bâtil saymaktadır. *Kanaatimce*, hukukî sebebi ahlâka veya kanuna aykırı olan mücerret borç ikrar ve vaadlerinin (akitlerinin) butlanı, İsviçre - Türk BK. nun kabul ettiği mücerretlik prensibi⁵⁶ burada da mahfuz kalmakla beraber, ahlâka aykırı gayeli akitleri bâtil sayan BK. 20 den ileri gelmektedir. Ger-

53) von Tuhr/Siegwart, § 32, not 22; § 52, not 115/116.

53 a) Bundan başka, bak. aşağıda not 61.

54) Kanaatimce, BK. 505 ile hukukî sebep = temel münasebetteki noksanın sebebi gösterilmeyen borç aktine bir dereceye kadar değil, tamamen tesir edeceği kabul edilmiştir; çünkü ifa uğrundaki borç aktinin, temel münasebetteki «eksik borç» olmaktan daha ileri bir noksanlığa, butlana uğraması beklenemezdi.

55) Schwarz, s. 287.

56) Bak. yukarıda § 6, I.

çek, kanunun kabul ettiği mücerretlik sisteminden dolayı mücerret borç ikrarı ve vaadine esas teşkil eden sebep münasebetinin muteber olmaması, mücerret borç ikrarı ve vaadinin hüküm ve sıhhatini ihlâl etmez; sadece borçluya sebepsiz kazandırdığı alacağın iadesini talep hakkını verir. Meselâ mücerret borç ikrarı ve vaadinin hukukî sebebinde taraflar hakikatte uyuşmamış oldukları takdirde durum böyle, yani mücerret borç ikrar ve vaadi muteberdir, fakat borçlu sebepsiz iktisap talep ve definde bulunabilir. Hukukî sebep ahlâk veya kanuna aykırılıktan dolayı muteber olmadığı takdirde de mücerretlik prensibi gereğince yalnız bu durum başlı başına mücerret borç ikrarı ve vaadinin hüküm ve sıhhatini ihlâl etmez; fakat bu takdirde bizzat mücerret borç ikrar ve vaadi gayesi ahlâka aykırı ve bu yüzden BK. 20 gereğince bâtil olabilir. Meselâ A, B ile 100 lira mukabilinde C nin malını çalmak hususunda anlaşsın. Bu akit, mevzuu hukuka (ayni zamanda ahlâka) aykırı olduğu için bâtildir. Şimdi B, kendi borcu olan 100 lirayı mücerret borç akti ile vaad veya ikrar ederse bu kazandırıcı muamelenin kararlaştırılan (en yakın) gayesi mânasındaki hukukî sebebi, *causa solvendi*'nin hususî bir nevidir: ifa uğrunda borç ikrarı ve vaadi ile ifayı, alacağın takibini kolaylaştırmak ve sağlamlaştırmaktır. Bundan sonra gelen müşterek maksat ve gaye ise böylelikle ahlâka aykırı bir neticenin istihsalidir ki mücerret borç akti de işbu gayeden dolayı BK. 20 gereğince bâtil olmaktadır. *Causa credendi* ve *causa donandi*'de de mesele böyle çözülmelidir. Meselâ bir kızı baştan çıkarmak saik ve maksadile donandi *causa* = bağışlama sebeble verilen mücerret borç senedinde sebep anlaşması mevzuu ve gayesi ahlâka aykırılıktan dolayı bâtil olduğu gibi, bizzat mücerret borç akti de saik ve maksadı (*causa donandi*'den sonra gelen gayesi) ahlâka aykırı olduğundan BK. 20 gereğince bâtil olur. Nitekim, İsviçre Federal Mahkemesi de, zina gibi bir münasebet sebebi (saiki) ile ve bağışlama sebebi gösterilmeksizin yapılan bir borç ikrarında borcun *OR. 20 gereğince ahlâka aykırılıktan dolayı* bâtil olacağını kabul etmiştir⁵⁷. İsviçre BK. 20 ye göre ancak mevzuu hukuka aykırı akitler bâtil olduğu halde, mevzuu ahlâka aykırı olmasa bile gayesi ahlâka aykırı olan akitler de bâtildir. Gerçi Türk BK. 20 hukuka aykırılıkta olduğu gibi ahlâka aykırılığı da ancak mevzuda olduğu takdirde butlan sebebi sayan bir ifade taşımakta ise de kanunkoyucunun mehzadan ayrılmak maksadı bulunmadığından ve gerek İsviçrede, gerekse diğer Avrupa memleketlerinde gayesi ahlâka aykırı akitler de bâtil sayıldığından bu hüküm aslına uygun olarak tefsir edil-

57) BGE. 39 II, s. 89. Becker de, zaten borç vaadlerinin muteberliği için sebebin bulunması gerektiğini söylemiş olduğu gibi (bak. yukarıda § 6, not 28 a), ayrıca Art. 66, N. 7 de de «Daha ancak vaad edilmiş edimden *md. 20 uyarınca* hukuka ya da ahlâka aykırı diye kaçınılabılır» demektedir.

meli⁵⁸ ve sadece gayesi ahlâka aykırı akitler de bâtil sayılmalıdır. İmdi, hukuk nizamı ve ahlâk geniş ölçüde birbirini kesen, tedahül eden iki daireye benzetilebilir. Hukuk kaidelerinin büyük çoğunluğuna aykırılık, aynı zamanda ahlâka da aykırılık teşkil edeceğinden⁵⁹, hukuka aykırı bir sebebe dayanan mücerret borç ikrar ve vaadlerinin maksat ve gayesi yalnız hukuka değil, ahlâka da aykırı olacak ve bundan dolayı bâtil bulunacaktır. Bu hallerde mücerret borç ikrarı ve vaadi hükümsüz olduğu için, hâkim butlan sebebini, yani aktin ahlâka aykırı gayesini resmen öğrenir öğrenmez dâvayı re'sen reddedecektir: yani aktin gayesinin ahlâka aykırı olması dâvalı için itiraz teşkil eder. Buna mukabil ihlâli aynı zamanda ahlâka da aykırılık teşkil etmeyen hukuk kaidelerine aykırı sebebe dayanan mücerret borç ikrar ve vaadleri, gaye ahlâka aykırı olmadığından BK. 20 gereğince bâtil olmayacak ve sadece muteber sebebi bulunmadığı için BK. 61 v.d. gereğince sebepsiz iktisap defii ileri sürülebilecektir. Bundan başka, ancak her iki tarafın da gayesi ahlâka aykırı olduğu veya hiç olmazsa karşı taraf ta diğerinin gayri ahlâkî gaye takip ettiğini bildiği ve bundan istifade veya bunu teshil ettiği takdirde akit BK. 20 ye göre bâtil olacağından⁶⁰, yalnız bir tarafın akitte ahlâka aykırı gaye gütmüş olması butlanı mucip olmaz. Meselâ A, bir metresine hediye etmek gayesile aldığı bir şeyi bu hovardalıktan istifade ederek gayet yüksek fiyatla B ye sattığı takdirde bu satım akti ahlâka aykırı gayesinden dolayı BK. 20 ye göre bâtildir. A nın ölümünden sonra satımdaki ahlâka aykırı gayeyi bilmeyen, sadece defterdeki semen alacağını gören oğlu C ye B mücerret borç ikrarı veya vaadinde bulunursa, bu mücerret borç aktinde C nin karşı tarafın ahlâka aykırı gayesinden haberi bile olmadığından bizzat mücerret borç ikrarı ve vaadi bâtil olamaz; ancak kendisine esas teşkil eden satım akti bâtil olduğu cihetle sebepsiz iktisap defii ileri sürülebilir. Görülüyor ki, İsviçre - Türk hukukunda mücerret borç ikrarı ve vaadine (aktine) esas teşkil eden sebep münasebetinin hukuka veya ahlâka aykırılıktan dolayı bâtil olması, illilik sistemindeki durumdan ve Schwarz'ın telâkkisinden farklı olarak, doğrudan doğruya ve herhalde mücerret borç ikrarı ve vaadinin de butlanını gerektirmemektedir. Mücerretlik prensibi yine mahfuz ve burada da müstesnasızdır. Ancak, bizzat mücerret borç ikrarı ve vaadinin gayesi

58) Yargıtay 28.11.1945 gün, 13/15 sayı ve 20.9.1950 gün, 4/10 sayılı içtihadı birleştirme kararlarında kanun hükümlerinin mehaza uygun surette yorumlanması gerektiğini kabul etmiştir.

59) Bak. Schwarz, s. 331.

60) von Tuhr, II 2, s. 27 v.d.; Enneccerus/Nipperdey, § 178, not 14 b; von Tuhr/Siegwart, s. 241; Oser/Schönenberger, Art. 20, N. 45 v.d.; Schwarz, s. 356/357.

ahlâka aykırı olduğu takdirde — ki kendisine esas teşkil eden münasebet ahlâka veya kanuna aykırı olan mücerret borç ikrar ve vaadlerinin gayesi de çok defa ahlâka aykırıdır — bu yüzden ve BK. 20 gereğince mücerret borç ikrarı ve vaadi de bâtil olmaktadır. Bu telâkkimize göre, hukukî sebebinin ahlâka veya kanuna aykırılığı belirtilen mücerret borç ikrar ve vaadlerinin aynı zamanda saik ve gayelerinin de ahlâka aykırı olup olmadığına bakılmalı ve gaye de ahlâka aykırı ise bizzat mücerret borç ikrarı ve vaadi de BK. 20 gereğince bâtil sayılarak sistematik bakımdan yukarıda § 8, I 2 a) daki butlan sebepleri arasına ithal olunmalıdır; sadece akte esas teşkil eden temel münasebet mânasındaki causa kanuna veya ahlâka aykırı olup bizzat mücerret borç ikrarı ve vaadinin müşterek gayesi ahlâka aykırı değilse kazandırıcı muamelenin (alacağın) muteber sebebi bulunmadığından sebepsiz iktisap defiyle ifadan kaçınılabilmelidir ki bu halde sistematik yeri burası, yani § 9, III 1 b) dir. — Mücerret borç ikrarı ve vaadini havi senedi veren kimse mücerret borç aktinin gayesi ahlâka aykırı olduğu takdirde butlanını ileri sürebileceği gibi, bizzat mücerret borç aktinin gayesi değil de sadece temel münasebet kanuna veya ahlâka aykırı olduğu takdirde de sebepsiz iktisap defini ileri sürebilir; BK. 65 bunlara mâni olmaz. Çünkü mücerret borç ikrarı ve vaadinde bulunan kimse senedi vermiş olsa bile, BK. 65 mânasında bilfiil «vermiş», yani tasarrufî muamelede bulunmuş değildir. BK. 65 sadece hukuka veya ahlâka aykırı bir maksatla verilmiş şeylerin ceza olarak kaybedilmesini emreder, yoksa bu maksatla tanzim edilmiş bir senetteki bâtil veya sebepsiz vaadin de ifasını gerektirmez. BK. 65 ile yalnız sebepsiz iktisap dâvası reddedilir, yoksa defi değil. Ahlâka veya hukuka aykırı sebeple yapılmış bir vaadin alacaklısı da hukukî himayeden mahrum bırakılır⁶¹. Fakat İsviçre Federal Mahkemesi not 57 de zikre-

61) von Tuhr/Siegwart, § 32, not 22, § 52, not 115/116; Becker, Art. 66, N. 10; BGE. 39 II, s. 89. İmdi, Alman hukukunda BK. 65 in karşılığı olan BGB. § 817, 2 gereğince kazandırma bir borca girme mahiyetinde ise, buna karşı sebepsiz iktisap definde bulunulabileceği gibi sebepsiz iktisap dâvası da açılabilceği kabul edilmekte ve von Tuhr, bu çözümü de İsviçre hukukuna getirmektedir. (Bak. yukarıda not 53; keza: not 52 deki BGE.) Kanaatimce, ahlâka veya hukuka aykırı fiillerin mükâfatı, karşılığı diye bir şey veren kimse sebepsiz iktisap dâvası açamayacağı gibi, böyle bir sebeple borç ikrarı ve vaadinde bulunan kimse de, bu ikrar ve vaadin muteber olduğu durumlarda, BGB. § 817, 2 ile BK. 65 in dayandığı «Nemo auditur in iudicio turpitudinem suam allegans» ve «in pari turpitudine melior est causa possidentis» prensipleri gereğince borçtan kurtulması (ibrası) için sebepsiz iktisap dâvası açamamalı, dâva yoluyla Devlet organlarının yardımını istiyememeli, yalnız açılan dâvaya karşı sebepsiz iktisap definde bulunarak ifadan kaçınabilmelidir. Böylece hem BGB. § 817, 2 ile BK. 65 in dayandığı prensiplere bu türlü kazandırmalarda da uyulmuş ve tenakuza

dilen kararında «borç senedi alacak hakkını bir kıymetli evrak tarzında tecessüm de ettirmediği için senedin iptali dâvasını haklı» görmüştür. Kanaatimce, ahlâka aykırı sebeple kıymetli evrak şeklinde ihdas edilen mücerret alacaklar da hukukun ve devlet organlarının himayesinden mahrum bırakılmalıdır. Kaldı ki, hâdisede Federal Mahkemenin âdi borç senedinin BK. 20 gereğince ahlâka aykırılıktan dolayı butlanını kabul ettiği gibi, kıymetli evrakın da butlanını kabul etmesi lâzım gelirdi ⁶¹ a. Bundan dolayı, aşağıda not 63 te gelen Yargıtayımızın çözümünü daha doğru bulmaktayız. Yargıtay, ahlâka aykırı sebeple verilen borç senetlerinin iptali icap ettiği yolundaki kararlarında ⁶² BK. 65 hükmünden bahsetmemiştir. Bundan başka: «Bu mukavele, boşanmayı kolaylaştırmayı ve birliğin bozulmasını ve bu cihetle ahlâka mugayir bir maksadı istihdaf etmektedir. Binaenaleyh BK. 20 hükmü mucibince bâtil olan bir mukaveleye müsteniden verilen (emre muharrer) senetlerin muhteviyanın istenip istenemeyeceği ve 65. madde sarahatine nazaran verilen paranın istirdadına cevaz olup olmadığı teemmül olunarak dâvanın o dairede hal ve intacı lâzımgelirken...» ⁶³. Görülüyor ki, Yargıtay bu kararında, BK. 65 gereğince verilen paranın geri alınmayacağını kabul ettiği halde, mücerret borç senetlerinin ifası gerekmediğini kabul etmiştir. Buna mukabil, yüksek mahkeme bazı kararlarında BK. 65 i borç senetlerinde de kabili tatbik saymıştır: «Alacaklının takibine maruz kalan dâvacının mücerret alacaklıları ızzar maksadiyle karısına borç ikrar ve gayrimenkullerini ipotek etmesi ahlâk ve âdaba mugayir olup BK. 65. maddesi mucibince ahlâk ve âdaba mugayir bir maksat istihsalı zımında verilen şeyin istirdadına mahal ve cevaz olmamasına binaen dâvanın reddine dair verilen kararın onanmasına» ⁶⁴. Dip notuna dercedilen muhalefet şerhinin

düşülmemiş, hem de sebepsiz borçlanan kimseye sebepsiz iktisap defii tanındığından bu kimsenin ifaya zorlanamaması ihtiyacı «miktarınca takdir edilmiş» ve yeterince karşılanmış olur.

61 a) Gerçi Becker, Art. 66, N. 7, Planck, § 817, 7 ile oralardaki Alman Yargıtay kararlarında, taraflardan başka birinin çektiği bir poliçanın verilmesi, borca girme değil de esasen mevcut bir mamelek kıymetinin devri mahiyetinde görülmüş, çek te görüldüğünde ödenecek olması ve karşılık ödevinden dolayı parayla ödeme gibi tutulmuştur. Fakat kanaatimce İsviçre - Türk hukukunda bu senetleri veren kimse, BK. 20 gereğince butlanı ileri sürebilmelidir. Bunların muteber bulunduğu durumlarda da, fikrimce verdiği kimsenin rücuuna karşı sebepsiz iktisap definde bulunabilmesi gerekli ve doğru görünür. (Karş. Planck, § 817, 5 c.)

62) Bak. yukarıda not 43.

63) 2 HD. 24.6.1949, 1812/5659; TYK. s. 234.

64) 4. HD. 14.11.1944, 1752/2680; Öztürk/Kazancı, s. 315. Aynı mealde: Öztürk/Kazancı, s. 54/55, 318 ve Tepeci, s. 217. Yalnız bu son kararda şöyle bir muhalefet.

de anlatmak istediği gibi, alacaklıları ızzar kastile yapılan borç ikrar ve vaadleri çok defa muvazaalı olduğu için ikrar ve vaad eden muvazaayı ispat ederse hakikatte bir ikrar ve vaadin ve bunu temin eden bir ipoteğin mevcut bile olmadığını ortaya koyabilir ve bu yolda bir menfî tesbit hükmü alabilir. Alacaklıları ızzar kastiyle borç ikrarı ve vaadini havi senedin ancak inançlı muameleyle verilmesi gibi istisnâî bir halde⁶⁵ gerçekten bir ikrar ve vaad yapılırsa da, BK. 65 in kanuna veya ahlâka aykırı fiilleri mükâfatlandırmak için yapılan edimlerin sebepsiz iktisap dâvası dışında inançlı kazandırmaların akte dayanan iade dâvasına da uygulanacak surette genişletici tefsiri doğru görünmediği gibi^{65 a}, hüküm böyle yorumlansa bile yukarıda belirtildiği gibi fiilen verilmiş bir edim de söz konusu değildir; fikrimizce, aradaki anlaşmaya dayanarak ifadan kaçınılabılır. Böyle bir alacak için tasarrufî muamele mahiyetindeki ipotek tesisi de durumu değiştirmez; çünkü ipotek, mülkiyet veya irtifak gibi başlı başına bir aynî hak olarak verilmiş bulunmayıp sadece alacağı kuvvetlendiren bir fer'î aynî haktan ibarettir, sebepsiz iktisap define engel olmaz^{65 b}.

Eksik borçların ifası uğrunda yapılan mücerret borç ikrar ve vaadlerine gelince, bunlar yukarıda § 8, II 1 b) de incelenmiştir.

cc) Borç ikrar ve vaadinde bulunan kimse borçlu olduğu hususunda *hata* ederek bu ikrar ve vaadi yapmış olmalıdır. İsviçre hukukundaki bu çözümün Müşterek hukuka uygun bulunmasına karşı, BGB. § 813 kazandıran için daha yumuşak davranarak ancak borçlu olmadığını bile bile kazandırması halinde sebepsiz iktisap talebini reddetmektedir⁶⁶. *Condictio indebiti* için aranan bu şartın hikmeti, ancak yanılanın yardıma lâyık görülmesidir⁶⁷; borçlu olmadığında hata etmeden ifa edene BK. 62, I sebepsiz iktisap talebini vermemektedir. Şurasına dikkat lâzımdır ki, borçlu olmadığında hata etmeden kazandıranın sebepsiz iktisap talebinde

şerhine rastlamaktayız: «Muvazaa iddiaları, Borçlar ve İcra Kanunlarıyla kavanini sairenin himayesine mazhar ve binaenaleyh muvazaa iddiası mesmudur.»

65) Bağışlama sebeble verilmişse, bağışlama muteber bir hukukî sebep olduğu için geri alınamaz; fakat alacaklıların İcra İflâs Kanunu 277 v.d. daki iptal dâvası hakkı mahfuzdur.

65 a) Bak. von Tuhr/Siegwart, s. 413/414; Alman hukuku için: Planck, § 817, 5 c. Aksi fikirde: von Tuhr/Siegwart, § 52, not 114 te tenkit edilen BGE. 37 II, s. 67.

65 b) Enneccerus/Lehmann, § 446, not 4 teki Alman Yargıtay kararlarında da, sebepsiz iktisap dâvasıyla geri istenebilen borç için rehin göstermenin ifa olmadığı, bundan dolayı da BGB. § 817, 2 gereğince sebepsiz iktisap dâvasına engel olmayacağı belirtilmiştir.

66) von Tuhr/Siegwart, § 52, not 66.

67) von Tuhr/Siegwart, § 4, not 4.

bulunamaması BK. 62, I deki hükme dayanır. Yoksa borçlu olmadığından yanılmadan ifa ile hakikatte bir bağışlama sebebi = causa donandi doğmuş olmaz. Kazandırmanın bağışlama sebebine dayanabilmesi için iktisap edenin de alacağı olmadığını bilmesi lâzımgelir. Ancak bu takdirdedir ki borç olmayan şeyin ifasında ifa sebebi zahiri ve muvazaalı bir sebep olup kazandırmanın (mülkiyetin naklinin veya mücerret borç ikrarı ve vaadinin) hakikî sebebi causa donandi = bağışlama sebebidir⁶⁸. Kanun, conditio indebiti için hatayı şart koştuğundan, borcun varlığında hata değil de şüphe ederek ifa etmiş olmak sebepsiz iktisap talebi için yetmez⁶⁹. Borcunun varlığı veya miktarı hususunda şüphe eden kimse, çok defa bu şüpheli durumdan ve bunun doğuracağı muhtemel zararlardan kaçınmak gayesiledir ki tesbit muamelesi mahiyetinde borç ikrarı ve vaadi ve sulh akitleri yapar; bu tesbit muamelelerinde sonradan borcun mevcut olmadığı veya daha az olduğu anlaşılrsa bile tesbit gayesi başlı başına bir hukukî sebep olup gerçekleşmiş bulunduğundan kazandırma sebepsiz sayılamaz ve geri alınamaz⁷⁰. Buna mukabil, borcun varlığında şüphe eden kimse borcun varlığı kaydı ihtirazîsiyle kazandırmada (temlik veya mücerret borç ikrarı ve vaadinde) bulunursa, kazandırma şarta bağlanmış olduğu için sonradan borcun mevcut olmadığı anlaşıldığı takdirde şart gerçekleşmediğinden kazandırmanın hatası aranmaksızın kazandırıcı muamele (temlik veya mücerret borç ikrarı ve vaadi) kendiliğinden hükümsüz kalır⁷¹. — Kanun, solvendi causa = ifa sebeble yapılan kazandırmalarda ödenecek borcun varlığındaki (mahiyetçe: saikteki) hataya, beyan ve temel hatalarından farklı olarak, kazandırıcı mumelenin feshi neticesini bağlamamış, muteber kalacağını, fakat sebepsiz iktisap yoluyla istirdat edilebileceği neticesini, conditio çaresini kabul etmiştir⁷².

dd) BK. 62 deki hata şartı, borçlu olmadığı şeyi ancak *ihhtiyarile* ifa eden veya ifa uğrunda eda eden kimse içindir; yoksa istek hilâfına,

68) von Tuhr, § 73, not 162, § 72, not 142; von Tuhr/Siegwart, § 52, not 30, § 35, not 28 a.

69) von Tuhr/Siegwart, § 52, not 75; aksi fikirde: Oser/Schönenberger, Art. 63, N. 10; Becker, Art. 63, N. 9.

70) Bak. yukarıda II.

71) von Tuhr, Becker ve Oser/Schönenberger ise, bu takdirde müktesibin vaadine dayanan ve OR. 62/BK. 61 hükmü çevresinde bir kondiktion kabul ederler (von Tuhr/Siegwart, § 52, not 78; Becker, Art. 63, N. 10; Vorb. z. Art. 68/96, N. 4; Oser/Schönenberger, Art. 63, N. 11). Sayın Ord. Prof. Dr. Arslanlı ise bu halde de BK. 62'yi kabili tatbik görmekle beraber, kazandırmanın ihtirazi kayıtlı maddedeki hata unsurunu kaldırmayı teklif ettiği fikrindedir. (Arslanlı, Ticari Bey', s. 110/111.)

72) von Tuhr/Siegwart, § 52, not 68, § 36, not 9.

meselâ müzayaka halinin veya ikrahın zoruyla yapılan borç ikrar ve vaadleri BK. 21 ve 29 gereğince ikrar ve vaad edeni ilzam etmez.

2) Kararlaştırılan müstakbel gayesine erişilemeyen (hukukî sebebi gerçekleşmeyen) mücerret borç ikrar ve vaadleri (*condictio ob causam futuram* veya *non secutam*): Meselâ ödünç istenen paranın teslim edileceğini bekliyerek ifa uğrunda mücerret borç ikrar ve vaadini havi bir borç senedi verilmesi, fakat para teslim edilmediğinden alacağın doğmaması halinde mücerret borç ikrarı ve vaadi sebebi gerçekleşmediği için geri alınabilir⁷³. Bunun gibi, şartlı veya müstakbel bir alacağın ifası uğrunda önceden mücerret borç ikrarı ve vaadi yapılması, fakat alacağın doğmaması halinde; cihaz olarak mücerret borç ikrarı ve vaadinin yapıldığı evliliğin inikat etmemesi halinde; mücerret borç ikrarının kararlaştırılan, fakat ilzam etmeyen bir karşı-edim beklenerek yapılması, fakat karşı-edimin yerine getirilmemesi halinde borç ikrarı ve vaadi kararlaştırılan gayesine erişilemediği, hukukî sebebi gerçekleşmediği için sebepsiz iktisap yoluyla geri alınabilir. Buna mukabil, karşılıklı taahhütleri havi bir akitte taraflardan biri önceden ifası lâzımgelen edimini ifa etmezse diğerinin *credendi causa* = iktisap sebeble yapılmış taahhüdünün sebebi gerçekleşmemiş sayılmaz; karşı tarafın daha taahhüdü ile o, alacak hakkını iktisap ettiği için kendi taahhüdünün *causa credendi* = iktisap sebebi gerçekleşmiştir. Bundan dolayı o, ancak ifayı isteyebilir ve karşı tarafın temerrüdü halinde de BK. 106/107 ye göre akitten rücu edebilir. Bu takdirde evvelce kendi borcunu ifa etmiş veya ifa uğrunda mücerret borç ikrarı ve vaadinde bulunmuşsa bunları aşağıda 3) teki sebebi ortadan kalkan iktisap olarak geri alır. Bununla beraber, karşılıklı taahhütleri havi bir akitte karşı-edimi aşan bir neticeye erişilmesi de aktin gayesi yapılmışsa, bu gayeye erişilememesi halinde *topyekûn* akit sebepsiz iktisaptan dolayı geri alınabilir⁷⁴.

Condictio indebiti'den farklı olarak, *condictio ob causam futuram*'da kazandıranın hatası şart değildir; sebebin gerçekleşemeyeceğine inanarak kazandırsa bile sebepsiz iktisap talebinde bulunabilir⁷⁵. Fakat sebepsiz iktisap alacağı gelecekteki bir olaya bağlı olmak itibariyle şartlı bir alacağa benzediğinden⁷⁶, BK. 154 e kıyasen kazandıran hukukî sebebin gerçekleşmesine (gayeye erişilmesine) objektif hüsnüniyete aykırı surette engel olursa sebepsiz iktisap talebinin reddedileceği kabul edilmelidir⁷⁷.

73) Enneccerus/Lehmann, § 444, I 1 a.

74) Bak. yukarıda not 6.

75) von Tuhr/Siegwart, § 52, not 102; Becker, Art. 62, N. 18.

76) Bak. yukarıda § 1, not 26/27.

77) von Tuhr/Siegwart, § 52, not 104; Becker, Art. 62, N. 18.

3) Kararlaştırılan ve erişilen gayesi (hukukî sebebi) sonradan ortadan kalkan mücerret borç ikrar ve vaadleri (condictio ob causam finitam): Meselâ, ifa uğrunda yapılmış olan mücerret borç ikrarı ve vaadi, ödenecek borç ifa veya başka bir suretle sukut ettiği takdirde sebebi ortadan kalkan (sona eren) iktisap olarak geri alınabilir.

IV. Borçlunun sebepsiz iktisap talep ve defi hakları.

Mücerret borç ikrarı ve vaadinden doğan alacağa karşı borçlunun sebepsiz iktisap talebi OR. 67, I/BK. 66, 1 deki kaide gereğince fakirleşenin istirdat talebini öğrenmesinden 1 sene ve herhalde talebinin doğumundan 10 sene geçmesile müruru zamana uğrar. Böylece eski BK. ve BGB. den ayrılarak BK. 60, I deki haksız fiilden doğan tazminat talebinin müruru zamanına benzer bir hüküm kabul edilmiştir. BK. 60, I de müruru zamanın başlangıcı «zararı ve tazmin mükellefinin şahsını öğrenme» olarak gösterildiği gibi, OR. 67, I/BK. 66, 1 de aynı mânayı toplu ve kısaca anlatacak ve tekrardan kaçacak bir şekilde «talebini (hakkını) öğrenme» diye gösterilmiştir. Yani sebepsiz iktisap talebi müruru zamanı da sebepsiz fakirleşmeyi ve zenginleşenin şahsını öğrenmeden başlar; yoksa fakirleşenin sebepsiz iktisap talebi, hakkı olduğunu öğrenmesine de lüzum yoktur. OR. 67, I/BK. 66, 1 in lâfzî ifadesine dayanan böyle bir yorum, haksız fiil müruru zamanı ile ahenk tesis etmek isteyen kanunun ruhuna aykırı ve sebepsiz iktisap talebine hakkı olduğunu bilip bilmediği gibi bir olayı esas aldığından ihtilâf membaı olur⁷⁸. — Muteber hukukî sebep anlaşmasının bulunmamasında ve condictio indebiti'de sebepsiz iktisap alacak hakkı ve talebi mücerret alacağın ihdasile birlikte doğar. Condictio ob causam finitam'da sebepsiz iktisap talebi hukukî sebebin sona ermesile, condictio ob causam futuram'da da hukukî sebebin, yani kazandırmanın gayesinin gerçekleşmeyeceğinin anlaşılmasıyla doğar⁷⁹.

Mücerret borç ikrarı ve vaadinden doğan alacağa karşı fakirleşenin sebepsiz iktisap alacağından, sebepsiz iktisap talebinden başka, bir de sebepsiz iktisap defi doğar. OR. 67, II de hukukî sebep olmaksızın bir borç altına giren kimsenin bu borcu «ifadan imtina edebileceği» nden bahsedilmektedir ki bir borç altına girmekle beraber onu ifadan imtina edebilmek hakkına teknik mânasile «defi hakkı» denir⁸⁰. Hukukî sebep

78) Aynı fikirde: von Tuhr/Siegwart, § 54, not 26; Oser/Schönenberger, Art. 67, N. 3; Aksi fikirde: 1. bası, Becker, Art. 67, N. 2; Bussy, No. 246.

79) von Tuhr/Siegwart, s. 432.

80) Bak. von Tuhr/Siegwart, § 3, IV. Bertan, defi hakkı yerine «dâva hakkı» sözünü kullanmakta (Bertan, s. 309/310) ise de borçlunun meselâ müruru zaman

olmadan borca giren kimseye sebepsiz iktisap definin de tanınması, şu düşüncelere dayanır: o, sebepsiz yaptığı mücerret borç ikrarı ve vaadinden doğan alacak hakkını sebepsiz iktisap yoluyla talep edebileceği ve şayet bu borcu ödemişse ödediğini de yine bu yoldan derhal geri alabileceği için, böyle bir ikrar ve vaadi havi senetten dolayı dâva edildiği takdirde daha başlangıçta ifadan imtina da edebilmelidir. Defi, itirazdan farklı olarak dâvalı lehine tesir eden — borcun doğumuna mâni olan veya onu ortadan kaldıran⁸¹ — bir vâkıa olmayıp onu ifadan imtina edebilmek hakkıdır. Defin kullanılması da bir vâkıanın ileri sürülmesi olmayıp irade beyanı ile bir hakkın kullanılması olduğundan itirazdan farklı olarak mahkemece re'sen nazara alınamaz. Borçlu sebepsiz iktisap definden diğer haklarda olduğu gibi⁸², tek taraflı irade beyanı ile feragat edebilir. Halbuki borcun doğumuna mâni veya onu ortadan kaldıran itirazların bu yoldan bertaraf edilmesine imkân yoktur; ancak alacaklı da kabul ederse yeni bir borcun doğumu bahis konusu olabilir⁸³. Sebepsiz iktisap defi hakkı diğer bir hakka, sebepsiz iktisaptan doğan alacak hakkına dayandığından «gayrimüstakil defi» denilen defiler nevine girer; dayandığı sebepsiz iktisap alacak hakkının savunma yolu ile kullanılması mahiyetini arzeder. İmdi borçlunun bu karşı - hakkının ne zamana kadar mevcut veya kullanılması mümkün olacağı sorulabilir. Bir kere borçlunun sebepsiz iktisap alacağının müruru zamana uğramasıyla beraber sebepsiz iktisap definin de müruru zamana uğraması lâzımgeldiği düşünülebilir. Meselâ Oertmann, bu çözümü şüphesiz de lege ferenda doğru bulur: aynı şeyin (alacağın) sadece birer tezahür şekillerinden ibaret olduklarından taleple birlikte defi de müruru zamana uğramalıdır⁸⁴. Buna mukabil BGB. ve OR. defilerin müruru zamana uğramaması prensibini daha doğru bulmuşlardır. Gerçek, defi hakkının kullanılması ile yeni bir şey talep edilmeyip sadece mevcut ve müesses durumun idamesi istendiği için esasen bu gayeyi güden müruru zaman ile bu defi hakkının da kullanılmasını tahditte mâna ve lüzum yoktur. Bundan dolayı BGB. § 821 den alınan OR. 67, II/BK. 66, 2 hükmüne göre zenginleşme fakirleşene karşı bir alacak ihdasından (borç teşki-

defini ileri sürerek ifadan imtina etmekle alacaklısından neyi dâva ettiği ve öte yandan hakiki mânada dâva hakkı yerine ne denileceği belli değildir!?

81) Bertan, BK. 106 ya göre akitten rücu edilmiş olmasını kendi tâbiriyle «hakkı dâva» yani defiye misal diye vermekte (Bertan, s. 310) ise de bu, borcun ortadan kalktığı itirazıdır.

82) Fakat alacak haklarından hak sahibinin tek taraflı beyanile feragat mümkün olmayıp alacaklı ile borçlu arasında ibra denilen bir akit lâzımdır (Bak. vom Tuhr/Siegwart, § 75, not 7).

83) von Tuhr/Siegwart, s. 25, 27.

84) Oertmann, § 821, 1.

linden) ibaretse, bu kimse sebepsiz zenginleşme talebi müruru zamana uğrasa bile ifadan imtina edebilir. — Hukukî sebebi borcun doğumu için bir unsur telâkki eden illîlik sisteminde de sebebin yokluğu hakkın doğumuna mâni bir vâkıa olarak müruru zamana tâbi olması bahis konusu olmaksızın daima ileri sürülebildiğiyle beraber, o sistemde durum tamamen başkadır: borç doğamamıştır ve sebep yokluğunu resmen öğrenen hâkimin bunu re'sen nazara alması icabeder. BGB. ve OR. nin mücerretlik sisteminde ise sebep yokluğuna rağmen doğmuş bir borcun ifasından müruru zamana uğramıyacak surette imtina hakkı bahis konusudur.

Alman doktrini, mücerret borç vaadi ve ikrarı (akti) ile hukukî sebep olmaksızın borca girilmesi hali için BGB. § 821 de tasrih edilen ve müruru zamana tâbi olmayan sebepsiz iktisap defini, müktesibin sebepsiz zenginleşmesine yarayan bir talebine mâruz kalan herkese — isabetli olarak — tanımaktadır. Meselâ bir kimse, hak sahibi olmayan birinin muteber bir tasarrufu ile ivazsız olarak mülkiyeti iktisap eder ve zilyet olan evvelki mâlikten şeyin kendisine verilmesini isterse, ona karşı § 821 deki gibi sebepsiz iktisap defini ileri sürülebilir: çünkü şimdiye kadarki mâlik BGB. § 816, I 2 ye göre müktesipten, onun kazandığını sebepsiz zenginleşme olarak geri isteyebilirdi ⁸⁵.

BGB. de § 812 de, yâni sebepsiz zenginleşme müessesesinin başında prensip halinde borç ikrarı (akti) nin de sebepsiz zenginleşme mükellefiyetine mevzu teşkil edebileceği tasrih edildiği halde, OR. 62/BK. 61 de böyle bir sarahat olmadığından BGB. § 821 den alınan OR. 67, II/BK. 66, 2 hükmü mehzazına göre daha büyük önemi haizdir: Kanun, bu fıkrası ile hukukî sebep olmaksızın da muteber surette borç altına girilebileceğini, borç akitlerinde mücerretlik sisteminin kabulünü ifade etmektedir ⁸⁶. Keza, BGB. de sebepsiz iktisap alacağı gibi mücerret borç vaadi ve ikrarından doğan alacak ta § 195 teki 30 yıllık mûtad, yâni aynı müruru zaman süresine tâbi olduklarından, sebepsiz borçlanan kimsenin sebepsiz iktisap talebi müruru zamana uğradığı anda karşı tarafın sebepsiz borç vaad ve ikrarından doğan alacağı da müruru zamana uğrar; bundan dolayı sebepsiz borçlanan kimse kendisini sebep yokluğunu isbata mecbur bırakacak olan ⁸⁷ § 821 deki sebepsiz iktisap defini değil de, doğrudan doğruya ve kolayca mücerret borç vaad ve ikrarından doğan alacağın müruru zamana uğradığı defini ileri sürmeyi tercih eder. Görülüyor ki, Alman hukukunda § 821 deki defin pratik önemi azdır ve sebepsiz iktisap

85) Karş. Planck/Landois, § 821, 1; Staudinger/Lechner, § 821, 1.

86) Bak. yukarıda § 6, I.

87) Bak. aşağıda VI.

talebi müruru zamana uğradığı halde, borç ikrarı ve vaadinden doğan alacağın kesilme, durma, rehinlenme gibi sebeplerle henüz müruru zamana uğramadığı veya ileride de uğramıyacağı hallere münhasırdır⁸⁸. Buna mukabil İsviçre - Türk Borçlar Kanunu, md. 67, I/66, 1 de sebepsiz iktisap alacağı için öğrenmeden başlayan 1 yıllık kısa müruru zaman süresi kabul ettiğinden, defi hakkını veren II. fıkra (cümle) hükmü, mehzına göre çok daha büyük pratik önem kazanmıştır⁸⁹: sebepsiz iktisap edilen mücerret borç ikrarı ve vaadinden doğan alacak hakkı BK. 125 deki 10 yıllık müruru zamana tâbi olduğundan borçlunun sebepsiz iktisap talebinin bu 1 yılda müruru zamana uğramasına mukabil, alacaklının mücerret borç aktinden doğan talebi daha 9 sene müruru zamana uğramadan devam eder; bu müddet zarfında borçlu için savunma çaresi OR. 67, II/BK. 66, 2 deki sebepsiz iktisap defidir.

Sebepsiz borçlanan kimse için sebepsiz iktisap talebine nisbetle sebepsiz iktisap defi — müruru zamandan başka — alacağın temlikinde de daha müessir ve faydalı bir korunma vasıtası teşkil eder: üçüncü şahsa karşı sebepsiz iktisap talebi ileri sürülemediği halde, sebepsiz iktisap definde bulunulabilir⁹⁰. Öte yandan, sebepsiz iktisap defini, sebepsiz borçlanan kimseden başka, borç yüklenen kimse ve kefil de kullanabilir⁹¹. Bundan başka, yukarıda not 61/61 a daki durumlara da bakınız.

Doktrinde, sebepsiz borçlanan kimse alacaklıdan bir karşı - edim almışsa borç ikrarı ve vaadinin sebepsizliği defini ileri sürdüğü takdirde bu karşı - edimi geri vermesi lâzımgeldiği kabul edilmektedir⁹². Oser'e göre burada kazandırma sebebinin, defin ileri sürüldüğü anda sona ermiş olduğu kabul edilir ve borçlu karşı - edimi *condictio ob causam finitam* ile iade zorunda kalır. (Yani alacaklının da karşı - edim hususundaki sebepsiz iktisap talebinin müruru zamanı bu andan, daha yeni başlar.) von Tuhr'a göre ise, borçlu sebepsiz iktisap defini ileri sürdüğü takdirde *hakkaniyet*, aldığı karşı - edimi geri vermesini icap ettirir. Aynı neticeyi kabul eden Becker, fikrinin mesnedini göstermemektedir. Kanaatimizce, bu çözüm tek bir şekilde izah edilemez; bir tefrik yapmak lüzumludur. Şuna dikkat lâzımdır ki, burada borçlunun bir karşı - edim almasına

88) Planck/Landois, § 821, 3; Staudinger/Lechner, § 821, 2; Oertmann, § 821, 2.

89) Aynı fikirde: Oser/Schönenberger, Art. 67, N. 5.

90) Oertmann, § 821, 1 ve oradaki Alman Yargıtay kararı; aşağıda not 95 e de bakınız.

91) Planck/Landois, § 821, 5; Staudinger/Lechner, § 821, 2; von Tuhr/Siegwart, § 99, not 80; Oser/Schönenberger, Art. 502, N. 9.

92) von Tuhr/Siegwart, § 54, not 30; Oser/Schönenberger, Art. 67, N. 6; Becker, Art. 67, N. 5.

rağmen borç ikrarı ve vaadinin (aktinin) sebepsiz kalması bahis konusudur. Böyle bir hal, bir kere, karşılıklı bir aktin meselâ bir satımın sebepsiz zenginleşme teşkil etmesinde düşünülebilir. Kaideten karşılıklı akitlerde bir taraf vecibesini ifa etmezse diğeri ifayı ve ancak BK. 106 v.d. na göre akitten rücu halinde verdiği sebebi sona eren iktisap olarak talep edebilir. Müstesna olarak, karşı - edim talebini aşan bir netice aktin muhtevasına gaye olarak ithal edilmişse, bu neticenin gerçekleşmemesi ve bu gayeye erişilememesi halinde doğrudan doğruya satım aktinin sebepsiz iktisap talebile ortadan kaldırılması istenebilir. Meselâ, bir gayrimenkul hususundaki bir satım akti alıcıya gayrimenkulde iktisadî işletmesini mümkün kılmak *gayesile* aktedilmiş olduğu ve bu gayenin bir akdî edim değil, karşılıklı edimlerin dışında bulunduğu kabul edildiği bir halde durum böyledir⁹³. İmdi, sebebin gerçekleşmeyeceği kesin olarak anlaşıldığı anda satım akti kendiliğinden sebepsiz iktisap haline gelmiştir. Alıcı, sebebine erişilemeyen satım aktinin sebepsiz iktisap yoluyla müruru zaman süresi içinde ortadan kaldırılmasını talep edebileceği gibi, müruru zamana tâbi olmayan defi yoluyla da sebepsizliği ileri sürerek ifadan imtina edebilir. Alıcının, sebepsiz iktisap talebinde bulunduğu ve onun neticesinde satım aktini ortadan kaldırdığı takdirde daha önce aldığı karşı - edimi (mebii), *condictio ob causam finitam* ile iade etmek zorunda kalacağına hiç şüphe yoktur. Fakat alıcı sebepsiz iktisap talebile satım aktinin ortadan kaldırılmasını ileri sürmeksizin sadece semen dâvasına karşı BGB. § 821 - OR. 67, II/BK. 66, 2 deki defide bulunur ve semen borcunu ifadan imtina ederse meseleyi nasıl çözmek gerektiği şüpheli olabilir. Bu şüpheyi bertaraf etmek için BGB. yi hazırlayan İkinci Komisyonda türlü teklifler yapılmıştır. Fakat çoğunluk, sarih hüküm olmaksızın da ilim ve tatbikat tarafından tatminkâr bir netice bulunabileceğinden bunları reddetmiştir. Gerçek, karşılıklı akitlerin her iki tarafın hak ve mükellefiyeti arasındaki ayrılmaz bağlılık doğurucu mahiyetinden, bir taraf mükellefiyetini ifadan imtina ederse karşı - edime olan hakkı da sukut edeceği ve karşı - edimi daha önce almışsa iktisabının sebebinin sona ereceği (*condictio ob causam finitam*) neticesi çıkarılmaktadır⁹⁴. Görülüyor ki, burada karşı - edimin iadesi, sebepsiz iktisap definin kullanılmasiyle henüz doğan ve müruru zamanı da yeni cereyana başlayan *condictio ob causam finitam*'a dayanmaktadır.

Ne var ki, ifa uğrunda veya tecdit sebeble (*novandi causa*) yapılan mücerret borç ikrar ve vaadlerinde de borçlunun bir karşı - edim almış

93) Karş. Planck/Landois, § 812, 3 β ββ; Staudinger/Lechner, § 812 I 4 d γ ve yukarıda not 6.

94) Planck/Landois, § 821, 2; Staudinger/Lechner, § 821, 3.

olmasına rağmen borç ikrarı ve vaadinin sebepsiz bulunması düşünülebilir. Meselâ, mücerret borç ikrarı ve vaadi hakikatte mevcut veya muteber olmayan bir satım aktinde semen borcunun ifası için yapılmışsa gerek mücerret borç ikrarı ve vaadi, gerek mebiin mülkiyetinin nakli daha baştan beri sebepsizdir. Bundan dolayı, satıcının mebiddeki sebepsiz iktisap talebinin müruru zamanı mebiin tesliminden başlayarak tamamlanmış olabilir. Bu takdirde ancak hakkaniyet ve objektif hüsnüniyettir ki, borç ikrarına karşı haiz olduğu sebepsiz iktisap definin müruru zamana uğramamasından faydalanan borçlunun, vaktile aldığı karşı - edimi (misalde mebi) de iade etmesini gerektirir.

V. Sebepsiz iktisap defi hakkının hüsnüniyetli üçüncü şahıslara karşı da ileri sürülebilmesi.

Hukukî sebep olmaksızın borçlanan kimsenin sebepsiz iktisap alacağı şahsî - nisbî bir hak olduğundan yalnız sebepsiz alacaklı olan kimseye karşı sebepsiz iktisap talebinde bulunabilir; yoksa alacağı temellük eden bir üçüncü şahıstan sebepsiz iktisap yoluyla alacağın ortadan kaldırılmasını talep edemez. Buna mukabil, BK. 167, I deki prensibe göre borçlu alacağın temlikini öğrendiği zaman temlik edene karşı haiz olduğu defileri temellük edene karşı da ileri sürebilir⁹⁵. OR. 169, I/BK. 167, I deki «defi» sözü, teknik mânada kullanılmış değildir; bundan dolayı borçlu gerek borcun doğumuna mâni olan veya ortadan kaldıran itirazları, gerekse teknik mânasiyle defileri ve bu arada OR. 67, I/BK. 66, 1 deki borç ihdasının sebepsiz iktisap teşkil ettiği defini alacağı temellük edene karşı da ileri sürebilir. Başka bir deyişle, alacağın temellükünde hüsnüniyet korunmaz; alacak hukukî halefe ancak temlik edende mevcut olduğu nisbette ve imtiyazlarıyla olduğu gibi zayıflıkları (defileri) ile birlikte geçer. Görülüyor ki, alacağın temlikinde, müktesibin hüsnüniyetine bakılmaksızın Romalıların «Kimse sahip olduğu haktan fazlasını devredemez» esası câridir. Bundan dolayı, alacak iktisaplarının mahiyetinde müktesep için bir riziko mevcuttur. Alacağın temellükünde hüsnüniyetin himayesi, bir kimseye, temlik edene karşı borçlanmadığı bir borcun temellük edene karşı yükletilmesi gibi haksız bir netice doğuracaktı ki bu, hukuk politikası bakımından da kabul edilemez⁹⁶. von Tuhr, bunu şöyle izah etmektedir: hüsnüniyet, fariğın haklılığını gerçek gibi yapan bir dış unsura, temele ihtiyaç gösterir; gayrimenkul ve menkullerin hüsnüniyetle iktisabında fariğdeki tescil ve zilyedlik gibi. Halbuki alacakların iktisabında

95) Bak. yukarıda not 90.

96) von Tuhr/Siegwart, § 96, V.

hüsnüniyete esas teşkil edecek böyle bir haricî temel yoktur. Temlik eden-
de bulunan borç senedi de kâfi bir temel olamaz; çünkü (BK. 89 a tekabül
eden) BGB. § 371 e göre alacaklı borç senedini iade etmeksizin de ifaya
zorlanabileceğinden senet alacağın olsa olsa doğumunu ispat eder, yoksa
devamını ispat etmez. Buna mukabil, bir kıymetli evrakta tecessüm eden
ve eşya hukuku esaslarına göre devredilen alacaklarda durum başkadır:
Borçlu ancak evrakın verilmesi mukabilinde ifaya mecbur olduğundan
(BGB. § 797 ve WO. Art. 39), evrak tedavül ettikçe alacağın da devam
ettiği hususunda büyük bir gerçek gibilik (Wahrscheinlichkeit) mevcut
olur; bunun için kanun evrakın hüsnüniyetli müktesibine ihtiva ettiği
alacağı bahşedebilir⁹⁷. Fikrimizce, bir kanunkoyucu alacağı temlik eden-
de duran borç senedindeki hukukî görünüşe hüsnüniyetle güveni (itimadı)
ve hak iktisabını koruyabilir. Tescilin aynı hak durumuna uymaması ve
zilyedin (meselâ kısa elden teslim yoluyla) mülkiyet hakkının sona ermiş
olması ihtimalleri tescilin ve zilyedliğin bir hak karinesi ve hüsnüniyetin
himayesi için haricî bir temel teşkil etmesine nasıl mâni olmuyorsa,
borcun ifa veya başka bir sebeple sona ermiş olmak ihtimali de öylece
senedin alacağın varlığına (doğumuna ve devamına) delil ve hüsnüniyetin
himayesi için de haricî bir temel teşkil etmesine mâni olmaz. Şu var ki,
kanunkoyucu, MK. 901 e esas teşkil eden düşünceye benzer bir şekilde
ancak muvazaalı bir borç senedi vererek bu görünüşü yaratan kimse
aleyhine, temellük edenin hüsnüniyetini korumuştur⁹⁸. Gerçek, hüsnüni-
yete esas teşkil eden haricî unsurların varlığına rağmen himayenin ölçü-
sünü tayin, kanunkoyucuya aittir; nitekim MK. 902 de rızasız çıkan
mallarda zilyedlik haricî unsurunun varlığına rağmen hüsnüniyet korun-
mamaktadır. Tedavül fonksiyonu gaye bilinmeyen âdi borç senetleri için
hüsnüniyetle iktisabın bu ölçüde korunması yeter görülmüştür. — Teknik
mânasile defiler hususunda alacağı temellük edenin hüsnüniyetinin korun-
mamasına gelince bu, alacak temliki borçlunun rızası, hattâ haberi bile
olmadan yapılabileceğinden, temlik neticesinde borçlunun hukukî durumu-
nun kötüleştirilmemesi yolundaki hakkaniyet prensibi ile izah edilir⁹⁹;
alacaklı alacağı temlik ederek bu defilerden sıyrılamamalı ve borçluyu
ifadan imtina hakkından mahrum ederek daha kötü bir duruma koya-
mamalıdır. Bundan dolayı borçlu, borç altına girmesinin alacaklı için
sebepsiz iktisap teşkil ettiği defini, bu alacağı hüsnüniyetle yani alacağın
sebepsizliğini bilmeden temellük edenlere karşı da ileri sürebilir; yoksa

97) von Tuhr, § 49, IV 1.

98) BK. 18, II. Bir de BK. 162, II deki hale bakınız.

99) von Tuhr/Siegwart, § 96 başı ve V, 2; Becker, Art. 169, N. 1; Oser/
Schönenberger, Art. 169, N. 1.

üçüncü şahısların hüsnüniyeti korunmaz. Görülüyor ki, Rossel'in burada BK. 18, II yi kıyasen tatbik ederek alacağı hüsnüniyetle temellük edene karşı sebepsiz iktisap definin ileri sürülemediğini kabul etmesi¹⁰⁰ yanlıştır. Hüsnüniyeti koruyan hükümlerde kanunkoyucu tarafından bütün menfaatler tartıldıktan sonra aynı derecede şayanı hörmet olan ve birbirine ihtilâf halinde bulunan hak emniyeti ile muamelât emniyeti prensiplerinin uygun görülen bir uzlaştırılması bahis konusu olduğundan, bu hükümler kanunda kabul edilen hallerden başkasına işmal edilemez¹⁰¹. Kaldı ki, sebepsiz iktisap definin muvazaa itirazına kıyas edilecek tarafı yoktur.

Buna mukabil ,mücerret alacak emre veya hâmiline yazılı bir kıymetli evrakta tecessüm etmişse durum başkadır. OR. 979 ve 1007 ye, Türk Ticaret K. 571, II, 599 a göre ciro edilene veya hâmile karşı dâvalı bunların selefiyle kendi arasındaki şahsî münasebetten doğan defileri kaideten ileri süremeyeceğinden, sebepsiz iktisap defini yeni alacaklıya karşı ileri süremez; ancak ilk müktesipten onun kıymetli evrakı devirle elde ettiği mukabil kıymeti (surrogat) sebepsiz iktisap olarak talep edebilir. Keza bu emre ve hâmile senetlerde fariğ malik veya tasarrufa yetkili olmasa bile hüsnüniyetli müktesip korunur. MK. 837 gereğince kıymetli evrak vasfını haiz olan ipotekli borç senedi ve irad senedinde de müktesip MK. 834/835 e göre hüsnüniyetin himayesinden faydalanır ve MK. 841 e göre selefın şahsından dolayı defilere karşı korunur. Görülüyor ki, kıymetli evrakın ticaret hayatındaki tedavül fonksiyonuna uygun olarak emre ve hâmile yazılı senetlerden doğan alacaklar, BK. 17 nin mûtad (âdi) borç senetlerine nisbetle daha büyük ölçüde mücerret ve tedavüle elverişli kılınmışlardır¹⁰².

Müşterek hukuka ve Alman hukukuna uygun olarak BK. 167 borçluya, alacağın temlikini öğrendiği zaman sadece doğum temeli mevcut olup temlikten sonra doğan müdafaaları da temellük edene karşı ileri sürmek imkânını vermiştir¹⁰³. Bundan dolayı, borçlu şarta bağlı bir alacağın temlik halinde temellük edene karşı temlikten sonra talikî şartın gerçekleşmediği veya infisahî şartın gerçekleştiği ve böylece alacağın hükümsüz olduğu itirazını nasıl yapabilirse, aynı suretle temellük edene karşı temlikten sonra alacağın hukukî sebebinin gerçekleşmediği veya

100) Rossel, s. 49.

101) von Tuhr/Siegwart, § 32, not 23; von Tuhr, § 49, not 69.

102) von Tuhr/Siegwart, § 32 sonu, § 93, VII 3 c, 4 b; Braun, § 36/37; Arslanlı, Ticarî Senetler, s. 119 v.d.

103) von Tuhr/Siegwart, § 96, not 64; Becker, Art. 169, N. 9; Oser/Schönenberger, Art. 169, N. 7.

ortadan kalktığı ve böylece alacağın sebepsiz iktisap teşkil ettiği defini de fikrimce ileri sürebilir. Çünkü temlik edilen alacak, temlikten sonra hukukî sebebinin gerçekleşmemesi veya ortadan kalkması halinde sebepsiz iktisap haline gelme tehlikesini, zayıflığını bünyesinde taşımaktadır ki bu zayıflık, borçlunun ileride doğacak defi hakkına temel teşkil eder.

VI. Sebepsiz iktisap talep ve defi hakkını ileri süren borçlunun ispat yükü ve ispatın şekli.

1) Mücerret borç ikrarı ve vaadinin muteber bir hukukî sebebi bulunmadığını, böylece sebepsiz iktisap talep veya defini ileri süren borçlu, bu hususu ispatla mükelleftir¹⁰⁴. Burada dikkat edilecek nokta, ikrar ve vaad eden kimsenin sadece ikrarı ve vaadi yaptığı zaman borçlu olmadığını, yani karşı tarafla aralarında borç ikrarı ve vaadine esas teşkil eden hiç bir münasebetin, temel münasebet mânasındaki causa'nın¹⁰⁵ bulunmadığını ispat etmesinin, borç ikrarı ve vaadinin sebepsizliğini ispata yetmeyeceğidir. Çünkü borç ikrarı ve vaadi yalnız mevcut bir borcun ifası uğrunda veya onu tecdit, temin gibi hukukî sebeplerle değil, fakat credendi causa veya donandi causa da yapılmış olabilir¹⁰⁶.

Doktrinde, sebebi gösterilmeyen mücerret borç ikrarı ve vaadinin sebepsizliğini ileri süren kimsenin önce borç ikrarı ve vaadinin hukukî sebebinin ne olduğunu (ikrar ve vaade esas teşkil eden sebebi), sonra da bu sebebin yokluğunu ispat etmesi lâzımgeldiği ifade edilmektedir¹⁰⁷. Yargıtay da 12.4.1933 gün, 30/6 sayılı içtihadı birleştirme kararında bu fikri şöyle benimsemektedir: «Borç ikrarını mutazammın beyyine aleyhine delil ikamesi caiz olup ancak ikrarda borcun sebebi musarrah ise müddei-aleyh de bu sebebin tahakkuk etmediğini ispat edebilir¹⁰⁸. Eğer borcun sebebi tayin olunmamış ise, müddeialeyh evvelâ ikrarın bir sebebi muayyeni bulunduğunu, saniyen bu sebebin tahakkuk etmediğini ispat hakkını haizdir. Şu hale göre senede müstenit iddiaya karşı yukarıda yazılı defi dermeyan edip bu defini alelusul ispat edemeyen müddeialeyhin hasmına bir yemin teklifine hakkı olduğu ekseriyetle tekarrür etmiştir»¹⁰⁹. Fikrimce, borçlunun ispat edeceği hususları gereği gibi belirtebilmek için,

104) Yoksa alacaklı böyle bir defi karşısında borç ikrarı ve vaadinin muteber hukukî sebebe dayandığını ispat edecek değildir (Bak. yukarıda § 3, II 2).

105) Bak. yukarıda § 1, not 18.

106) Oser/Schönenberger, Art. 17, N. 13; Becker, Art. 17, N. 4.

107) von Tuhr/Siegwart, s. 251; Oser/Schönenberger, l. c.

108) Bak. yukarıda § 2, not 5.

109) Resmî Gazete, sayı 2504.

borç ikrarı ve vaadinin sebepsiz olabileceği çeşitli halleri ¹¹⁰ ayrı ayrı gözönünde tutmak lâzımdır:

a) Muteber bir hukukî sebebi bulunmayan borç ikrar ve vaadlerinde:

aa) Hukukî sebebinde anlaşma olmayan borç ikrar ve vaadlerinde (dar mânada *condictio sine causa*): borçlu, ikrar ve vaadinin herhangi bir hukukî sebebi bulunduğunu ileri sürecektir ve ispat edecek değildir. Bilâkis muhtelif âmiller yüzünden ¹¹¹ muteber bir sebep anlaşmasının inikat edemediğini ispat edecektir. *Condictio indebiti*'den farklı olarak, *condictio sine causa* kazandıranın hatasına da dayanmadığından hatasını ispat yükünde değildir.

bb) Borç olmayan şeyin ikrar ve vaadinde (*condictio indebiti*):

aaa) ikrar ve vaadin bir borcun ifası uğrunda yapıldığını, bbb) halbuki ödenecek borcun mevcut olmadığını, ccc) borcun varlığı hususundaki hatasını ispat edecektir. İlk iki hususun ispatı ile çokluk halin icabına göre hata da kendiliğinden anlaşılacağından, yani mevcut olmayan borcun ödenmesi çokluk ancak hata ile izah edilebileceğinden ikrar ve vaad eden için bu ispat kolay olacaktır. Nitekim BGB. § 814 hatanın ayrıca ispatını aramamış, yalnız borcun mevcut olmadığını bilmenin sebepsiz iktisap hakkına bir müstesna teşkil edeceğini kabul etmiştir ¹¹².

b) Hukukî sebebi gerçekleşmeyen (gayesine erişilemeyen) borç ikrar ve vaadlerinde (*condictio ob causam futuram*): borçlu sebebin ne olduğunu ve gerçekleşmediğini ispat edecektir. *Condictio ob causam futuram*'da dâvacının sebebin gerçekleşmediğini mi, yoksa dâvalının sebebin gerçekleştiğini mi ispat edeceği umumiyetle münakaşalı olmakla beraber ¹¹³, fikrimce *condictio ob causam futuram*'ın mevzuu borç ikrarı ve vaadi olduğu takdirde BK. 17 deki hüküm meseleyi münakaşaya yer vermiyecek şekilde halletmektedir. Bu hükmün yukarıda § 3, II 2 de belirtilen mânasına göre dâvacı, yani borçlu sebebin gerçekleşmediğini ispatla mükellef olur; yoksa sebebi gösterilmeyen mücerret borç ikrarı ve vaadine dayanan alacaklı sebebin gerçekleştiğini ispat yükünde bırakamaz. Borçlu sebebin gerçekleşmediğini defi olarak ileri sürdüğü takdirde de durum aynidir, yani ispat yükü kendisindedir.

110) Bak. yukarıda III.

111) Bak. yukarıda III 1 a.

112) Enneccerus/Lehmann, § 443, II; von Tuhr/Sieglwart, § 52, not 88.

113) Bak. Becker, Art. 62, N. 26; von Tuhr/Sieglwart, § 52, not 105; buna karşı:

c) Hukukî sebebi (gayesi) ortadan kalkan borç ikrar ve vaadlerinde (condictio ob causam finitam): kezalik sebebin ne olduğunu ve ortadan kalktığını ispat yükündedir.

Görülüyor ki, yukarıda a, aa) daki hukukî sebepte anlaşma olmaması halinden sonra gelen bütün hallerde borçlu, sebebi gösterilmeyen mücerret borç ikrar ve vaadine karşı önce bu ikrar ve vadin hangi hukukî sebeple yapıldığını, sonra da bu hukukî sebebin bulunmadığını (condictio indebiti'de ayrıca hatasını) ispat etmek külfetindedir. Halbuki sebebi gösterilen illî borç ikrarı ve vadinde alacaklı sebebin gerçekleştiğini ispat edecektir; sebep gerçekleşmiş gösterildiği takdirde de borçlu sadece bu gösterilen sebebin gerçekleşmediğini ispat edecektir¹¹⁴. Bundan dolayı, sebebi gösterilmeyen borç ikrarı ve vadinin sebepsizliğini ileri sürecektir olan borçlunun durumu — illî borç ikrarı ve vadindekine nisbetle — daha güçleşmiş demektir. Öyle ki, bu hususları ispat edemediği takdirde edimi, onu ikrar ve vaad ettiği için yerine getirmeye mecbur olacaktır. Burada borçlu için mücerret alacağın dâvayı kolaylaştırma gayesiyle zarurî surette bağlı bulunan bir sertliği mevcuttur; her kim mücerret bir borç ikrarı ve vadinin havi bir senet ihdas ederse, icabında kararlaştırılan sebep münasebetini ve onun sonraki cereyanını açıklayabilmek hususunda dikkat göstermekle mükellef olur¹¹⁵.

2) Son olarak, Fransız MK. 1341 den alınan Hukuk Usul K. 290 hükmü karşısında sebebi gösterilmeyen borç ikrarı ve vadinin havi senede karşı mücerret borç ikrarı ve vadinin sebepsiz iktisap teşkil ettiği definin yine senetle mi ispat edilmek gerektiği, yoksa şahitle ispatının da mümkün mü bulunduğu meselesini incelemeliyiz. Bu mühim meseleye Türk hukukunda sayın Prof. Dr. Postacıoğlu'nun temas ettiğini görüyoruz. Sayın profesör aynen şöyle demektedir: «Senette şartsız olarak gözükken alacağın haddizatında şarta muallâk olduğu ve şartın da tahakkuk etmemiş olması hasebilen senedin hüküm ifade etmediği hakkındaki müdafaa da 290 inci maddenin şümül dairesine girmek icap eder. *Bu bapta*ki 12.4.1943 tarihli tevhide içtihat kararında deniyor ki: (Burada, yukarıda not 109 daki içtihadı birleştirme kararı dercedilmektedir...) Tevhidi içtihat kararı «alelusul ispat» tan bahsetmekle yazılı delille ispatı istihdaf etmiş olmalıdır. Filhakika senette tahakkuk ettiği yazılı sebebin haddizatında tahakkuk etmemiş olduğu iddiası senette beyan olunan hukukî

Oser/Schönenberger, Art. 62, N. 18. Alman hukukundaki münakaşalar için bakınız: Enneccerus/Lehmann, § 443, II; von Tuhr/Siegwart, § 52, not 88.

114) Bak. yukarıda § 1, not 30; § 2, I 1.

115) von Tuhr, § 73, not 161; Oser/Schönenberger, Art. 17, N. 13.

vakıanın inkâr ve reddi olması itibariyle senede karşı müdafaa mefhuna dahil olduğu gibi, senette şartsız gözüken bir borcun haddizatında şarta muallâk bulunduğu ve şartın da tahakkuk etmemiş bulunduğu iddiası senedin hüküm ve kuvvetini tenkis eden bir mahiyet arzeder ve bu itibarla 290 ıncı maddenin şümulü dairesine girmesi tabii bulunur»¹¹⁶. Görülüyor ki, bu izahatında sayın Postacıoğlu, şart ve sebep mefhumlarını birbirinden ayırt etmeyerek borç ikrarının sebebinin gerçekleşmemesine dair olan içtihadı birleştirme kararını, borç ikrarının şartının gerçekleşmemesi «babında» saymış ve fikrimce bu yüzden karardaki «alelusul ispat» sözlerine de senette — şartı gibi — sebebi gösterilmeyen borç ikrarının muayyen sebebi bulunduğu ve bunun gerçekleşmediği hususunun yine senetle ispat edileceği mânasını vermiştir. Kanaatimce, şart ve sebep mefhumları birbirinden gerek mahiyet, gerek hüküm bakımından tamamen ayrı mefhumlar olup¹¹⁷ borç ikrarının senette gösterilmeyen bir hukukî sebebi bulunduğu iddiasını, senette gösterilmeyen bir şartı bulunduğu itirazına hattâ benzetmeğe bile imkân yoktur. Çünkü bir hukukî muamelenin şartlı olduğu itirazı, onun hükmünü muallâkta bırakan istisnaî ve bundan dolayı ispata muhtaç bir iddia olduğu halde, her kazandırıcı muamelenin bir gayeyle (hukukî sebeple) yapılmış olduğu asıldır, tabiidir. Kazandırıcı muameleler sırf kazandırmak için değil, fakat bundan başka bir takım gayelerle, hukukî sebeplerle yapılırlar. Bir kazandırıcı muamelenin şartlı olduğu itirazı onun hükmünü muallâkta bırakacağı halde, bir sebebi bulunduğu değil, fakat bilâkis sebebi bulunmadığı iddiası onun hükmünü zayıflatabilir. Senette sebebi gösterilmeyen borç ikrarı ve vadinin hangi hukukî sebeple yapılmış olduğunun ispatı ise senetle sabit bir hususa karşı müdafaa mahiyetinde olmadığı gibi bu hukukî sebebe erişilemediğinin ispatı da yine bizzat senedin delil teşkil ettiği, senetle sabit bir hususa karşı müdafaa mahiyetinde değildir ve bundan dolayı senetsiz ispat olunabilir¹¹⁸. Nitekim Fransız hukukunda meseleye temas eden Planiol/Ripert/Boulanger'ye göre de, sebebi gösterilmeyen borç ikrarını havi senetle sabit olan borcun varlığı, sebebin de varlığına (gerçekleştiğine) sadece karine teşkil eder; borçlu, senede karşı bir iddia bahis konusu olmadığından bu karinenin hilâfını, yani sebebin yokluğunu (gerçekleşmediğini) her vasıtayla ispat edebilir¹¹⁹. Kanaatimce, sebebi gösterilmeyen borç ikrar ve vaadlerinin de illî sayıldığı, bundan dolayı sebebin gerçekleşmediği itirazının senet-

116) Postacıoğlu, Şehadetle ispat memnuiyeti, No. 150.

117) Bak. yukarıda § 1, not 26/27.

118) Bak. yukarıda § 5, not 9/10.

119) Planiol/Ripert/Boulanger, No. 309 sonu.

teki borcun butlanını gerektireceği Fransız hukuk sisteminde bile müdafaa edilen bu fikir, sebebi gösterilmeyen borç ikrar ve vaadlerinin mücerretliğini, yani sebebin gerçekleşmemesi halinde borcun butlanını değil de muteber, ancak sebepsiz iktisap talebile kabili istirdat olmasını kabul eden ¹²⁰ Türk hukuku için evleviyetle kabul edilmelidir. Çünkü Hukuk Usul K. 290 ın umumî ifadesine rağmen, ancak bizzat senedin delil teşkil ettiği hususların hilâfını iddia senede karşı müdafaa demek olup yine senetle ispat edilmek lâzımgelir. Yoksa hukukî muamelede meselâ tarafların ehliyeti gibi bizzat senedin ispat etmediği, fakat varlığı asıl, tabîî, karine sayılan bir unsurun mevcut olmadığı nasıl her vasıtayla ispat olunabiliyorsa ¹²¹, gerçekleştiği senetle sabit olmayıp sadece karine olarak kabul edilen ¹²² hukukî sebebin gerçekleşmediği de her vasıtayla ispat edilebilir. Kaldı ki, senede karşı bile olsa, ancak senede raptı mümkün bulunan hususların senetle ispatı lâzımgelir ¹²³. Halbuki muhtelif sebepsiz iktisap halleri yakından tetkik olunursa, senette gösterilmeyen borç sebebinin gerçekleşmediğini ispat için ikrar ve vaadde bulunan kimsenin alacaklıdan senet tedarik edebilecek durumda bulunmadığı anlaşılır. Gerçek:

a) Borç ikrarı ve vaadinin hukukî sebebi hususunda muteber bir anlaşma bulunmadığı ve hususile: aa) tarafların sebep üzerinde anlaşamadıkları hallerde (dar mânada *condictio sine causa*): tarafların buna rağmen sebep üzerinde anlaştıklarını veya anlaşacaklarını sanmaları, tabiatile gerçekte sebep anlaşmasının mevcut olmadığını senede raptetmelerine mâni olur. bb) Ödenecek borç mevcut olmadığı halde ikrar ve vaadin ifa uğrunda yapıldığı hallerde, *condictio indebiti* için ikrar ve vaad edenin borcun varlığı hususunda hata ederek ikrar ve vaadde bulunmuş olması şarttır. Bundan dolayı, ödeyeceği borcun ve böylece hukukî sebebin mevcut olmadığını senede raptetmiş olması da düşünülemez. Çünkü ancak borçlu olmadığını bilen kimse bu yolda bir senet alabilirdi; halbuki borçlu olmadığını bilen kimse de BK. 62, 1 hükmünden dolayı ikrar ve vaadinin istirdat edemez.

b) Borç ikrarı ve vaadinin hukukî sebebinin gerçekleşmemesi hallerinde (*condictio ob causam futuram*): bizzat hukukî sebep mefhumu, burada da sebepsizliğin ispatında senet aranmamasını gerektirmektedir. Çünkü şarttan farklı olarak, ancak tarafların erişebileceklerinden emin

120) Bak. yukarıda § 6, I.

121) Bak. Postacioğlu, Şehadetle ispat memnuiyeti, s. 178.

122) Bak. yukarıda § 3, II.

123) Bak. Postacioğlu, Şehadetle ispat memnuiyeti, No. 157.

oldukları netice ve gayeler, kazandırıcı muamelenin hukukî sebebi diye tavsif edilebilirler¹²⁴. Bu güven ise, borçlunun ikrar ve vadin sebebinin gerçekleşmemesi halinde sebepsizliği ispat için senet almasına mâni olur. Borçludan, ileride tekevvün edecek olan sebebin gerçekleşmemesi olayı için zaten önceden senet alması istenemeyeceği ve bu hususu her vasıta ile ispat edebileceği açıktır.

c) Borç ikrarı ve vadinin hukukî sebebinin sonradan ortadan kalkması halleri (condictio ob causam finitam): için de yukarıda b) deki mülâhazalarımız kıyasen varittir.

İçtihadı birleştirme kararındaki «alelusul ispat» sözlerinden, Yargıtayın da senette sebebi gösterilmeyen borç ikrarının muayyen sebebi bulunduğu ve bunun gerçekleşmediği hususunun ispatı için yine senet aradığı mânası kesinlikle çıkarılamaz. Bilâkis daha isabetli olarak «alelusul ispat» sözleri: sebebin gerçekleşmediği hususunun, sebebi (gerçekleşmiş) gösterilen borç ikrarını havi senetlere karşı yine senetle, gösterilmeyenlere karşı ise her vasıta ile ispat edilebileceği şeklinde yorumlanabilir. Hakikati halde yüksek mahkeme, bizim burada 2) altında incelediğimiz problemi de içtihadı birleştirme kararında çözmiyerek «alelusul ispat» gibi iki yana da çekilmeğe müsait, umumî bir ifade kullanmakla iktifa eylemiştir.

İsmet Sungurbey

124) Bak. yukarıda § 1, not 26/27.