

# Borçlar Hukukunun Umumî Nazariyeleri

1929 Ders senesi esnasında

Mr. SAUSER - HALL tarafından

Istanbul Hukuk Fakültesinde tahrir edilmiştir.

Mütercimi: *Mehmet Osman*

— Baştaftı Ellinci Sayımızda —

## FASIL VI

### HAKSIZ MAL İKTİSABI [1]

*Hulâsa:* Haksız mal iktisabı mefhumu: Mahiyeti; dava hakkı; tefrikler; medeni ehliyete hacet olmama; haksız iktisabın tatbikatta görülen şekilleri. — Haksız malartımının şartları: 1<sup>o</sup>) muteber sebebi olmayan ödençler; 2<sup>o</sup>) sebebi tahakkuk etmeyen ödençler; 3<sup>o</sup>) sebebi nihayet bulan ödençler; 4<sup>o</sup>) B K. m. 61 ve 62 haricinde haksız iktisap — Haksız iktisapta iade; iadenin mevzuu: 1<sup>o</sup>) şey aynen mevcut ise; 2<sup>o</sup>) şey aynen mevcut değilse; iadenin şümulü; iadenin vüs'at ve şümulü hakkında B K nun kıstasları: 1<sup>o</sup>) malartan hüsnüniyetli ise;

[1] Haksız mal iktisabı, haksız iktisap, haksız malartımı, haksız maledinme tabirlerini müteradif olarak kullanıyoruz.

20 ) malıartan suiniyetli ise; haksız iktisap davasının mahiyeti; haksız iktisap davasının müruruzamanı..

## I – Haksız mal iktisabı mefhumu

**Mahiyeti** — Haksız mal iktisabı şibihakitler zümresindedir. B K. nda, tarifi mevcut olmadığı gibi umumî nazariyesi de gösterilmiş değildir. Kanun yalnız birkaç haksız mal iktisabı hali kaydiyle iktifa etmiştir; maamafih bu esaslardan bir umumî nazariye çıkarılabilir.

Kukuk nazariyatında haksız mal iktisabına lâtince ismiyle **condictio** derler ki fransızcanın “condiction,, kelimesi bundan alınmadır. İki şahıs arasında hukukî bir alâka ve münasebet tevhit eder; bu şahıslardan birine lâtince “accipiens,, yani ( zenginleşen, malıartan) (1) diğerine “solvens,, yani (zarar gören, malheksilen) (2) denir. Haksız mal iktisabı husule gelebilmek için mutlaka bir şahsın serveti diğer bir kimsenin zararına olarak muhik sebep olmadan artmış olmak lâzımdır. Bu takdirde malıartan, malheksilenin nesi elinden çıkmış, nesi eksilmişse onu iade ile mükelleftir.

### Dava Hakkı:

Haksız mal iktisabına müteallik dava hakkının esası zararuziyan dava hakkınınakinin aynıdır; şöyle ki her ikisinde de esas mutazarrırın duçar olduğu bir zararın tamir ve tazminidir. Lâkin bu iki dava hakkı arasında, vüs'atleri noktai nazarından, büyük bir fark vardır: Zararuziyan davası mutazarrırın uğradığı zararların tekmilini telâfi etmek lâzım geldiği halde haksız mal iktisabı davası bilâkis, malıartanın mamelekinde husule gelen fazlalık ve artım ile ölçülüdür; eğer malheksilen dava açtığı zaman, malıartan zenginleşmiş olma vaziyetinden çıkmış, daha açık bir ifade ile, malında bir zaman husule gelen ziyade ve artımı dava zamanına kadar hüsnüniyetle elinden çıkarmış bulunuyorsa kendisi artık malheksilene hiçbirşey borçlu değildir.

[1] “L'enrichi,,. Bu kelimeye “malıartan,, diyeceğiz.

[2] “Le lésé,,. Buradaki manası ile bunu da “malheksilen,, suretinde ifade edeceğiz.

### Tefrik:

Yukarıki bahislerimizden birinde, zararuziyan davası müna-sebetiyle doğrudandoğruya veya aşikâr zarar (damnum emer-gens) [1] ve dolayısıyla zarar (lucrum cessans) [2] diye bir tefrik yapmıştık. Haksız mal iktisabı da, malieksilenin şimdiki ser-veti ile bunun, maliartanın haksız iktisabı haylûlet etmeseydi bulunacak idiği hal arasındaki farktan ibarettir. Haksız mal ik-tisaplarında da iki türlü iktisap veya malartımı [3] ayırıyorlar, onlar da şunlardır:

#### **Lucrum emergens, damnum cessans.**

*Lucrum emergens* aşikâr malartımı, ve *damnum cessans* dolayısıyla malartımıdır. Bunları bir az izah edelim.

Lucrum emergens veya doğrudandoğruya malartımı, maliartanın servetinin, meselâ, buna birtakım yeni hakların inzimam ve ilâvesi suretiyle, haklı bir sebep olmaksızın çoğalan miktarından ibarettir. Damnum cessans veya dolayısıyla malartımı, maliartanın serve-tinin eksilmesi icap ettiği halde eksilmeden kalan miktarından, ve malieksilenin servetinin alâhalihi kalması muktazi iken duçar olduğu bir azalmadan ibarettir. Dolayısıyla malartımında, mali-artanın serveti, bunda normal olarak vukua gelmesi icap eden eksilme ve azalma husule gelmiyerek, aynı ve evvelki gibi kalır; ve azalma keyfiyeti aynı minvalde kalması icap eden bir servette, yani malieksilenin servetinde kendini gösterir. *Meselâ*, B hataen Anın bir deynini (4) öderse bu hadise ile A mal iktisap etmiş olur, çünkü servetini takyit eden bir "verecek," meşru bir sebep yokken ortadan kalkmış, sukut etmiş olur.

#### *Başka bir misal:*

A, B nin çocuğunu okutup terbiye edip yetiştirirse, normal

[1] Le donmage apparent.

[2] Le donmage indirect.

[3] Enrichissement.

[4] Yeni Kanunlarımızda "borç," kelimesi "obligation," a tahsis edilmiş olduğu için "la dette," ıstılahını "deyin," veya — "alacak," ile mü-tenazır olarak — "verecek," diye tercüme ediyoruz.

olarak Bnin cebinden çıkması icap eden bu uğurdaki masraflar haksız mal iktisabı teşkil eder, zira onun serveti eksilmediği halde A nınki tenakus etmiştir.[1]

### **Medenî ehliyete hacet yoktur:**

Haksız mal iktisabı daima iki *mamelek*, (iki patrimuvan) arasında hâdis olur. Bunun içindir ki bu hadise bir zihakkın *medenî ehliyeli* ile asla meşrut değildir. Bir ehliyetsiz de haksız mal iktisabından istifade edebilir, ve kanunî mümessilinin hiçbir müdahalesine hacet olmaksızın iade ile mükellef tutulabilir. Haksız mal iktisabı hattâ bir şahsa ait müteaddit mamelekler arasında bile vukua gelebilir ve iade borcunu intaç edebilir. *Meselâ*: malartımı, bir şahsın kendi hususî mülkü ile başka kimşelerle iştirak halinde temellük ve tasarruf etmekte olduğu malları arasında hudus edebilir; keza malartımı, karı koca mallarının idaresi sahasında karının şahsî mallarıyla mahfuz malları beyninde de olabilir. Bu takdirde iade, aynı şahsa ait servetin iki unsuru arasında vuku bulur; bir patrimuvandan (meselâ şahsî mallardan) fazla alınan şey öteki mameleke (meselâ mahfuz mallara) tahsis ve iade olunmak icap eder.

### **Haksız mal iktisabının tatbikatta görülen şekilleri:**

Haksız mal iktisabı *ekser ahvalde malheksilenin*, malıartan lehinde *yaptığı bir ödenç* ile vaki olur. Bununlaberaber başka sebeplerden de neş'et edebilir; nitekim *malıartanın bir fülinden* veyahut bir *üçüncü şahsın sun'u olan bir hadiseden* de tevellüt edebilir.

Malheksilenin rızası ile yaptığı bir ödençten mümbais oldukça, haksız mal iktisabı ancak bu ödencin, meşru sebebin mefkudiyyetine rağmen muteber olması halinde husule gelebilir. Mücerret borçlar ismini verdiğimiz bütün vecibelerde de böyledir; İsviçre mahkemelerinin içtihadına göre, tapuya tescili muktazi tasarruflar yani gayrimenkul aynı hakların intikaline müteferri tasarruflar müstesna olarak mülkiyetin nakline müteallik diğer bütün tasarruflar "mücerret," tirlir. Gayrimenkul aynı hakların intikalleri ise

[1] Tatbikat: İsv. Fed. Mahkemesinin 8 teşrinievvel 1929 tarihli kararı ile mukayese.. Bakınız: Hukuk Fakültesi Mecmuası sayı: 49, s. 1024 ve mab,

TK M. m. 932 ( İK M. m. 974 §2 ) mucibince daima ve kanunen “sebebe bağı,” tasarruflardır.

Kezalik vereceğın nakli ( naklideyn ), ibra, mücerret akitlerden neş’et eden alacakların temliki, mevcut olduğuna veya olmadığına dair “ mücerret deyin ikrarları „ (1) ve nihayet poliçeler gibi ( bu bapta İsv. F. Mahke - mesinin “Journal des Trib.„ un 1904 cildinin 304<sup>cü</sup> ve mab. sahifelerinde intişar etmiş olan bir kararını okuyunuz. ) mücerret tediye vaitleri... bu saydıklarımızın hepsi “mücerret„ tirler; ve bir haksız mal iktisabı davasına mahal verebilirler.

Haksız mal iktisabı veya malartımı aynı zamanda fakat ender olarak zilyetliğin bilâsebeb naklinden de neş’et edebilir. Zilyedinin elinden gaspolunduğu zaman bir şeyin zilyetliği bundan mahrum kalan için bir maleksilmesi teşkil ettiği gibi yeni zilyet için de bir malartımını tazammun eder; ve bu şahıs şey üzerinden, bilfarz, intifa hakkı, kullanma hakkı gibi menfaatler istihsal eder. Böyle olmakla beraber zilyetlik, haksız mal iktisabı dava hakkı ile ancak nadiren müeyyettir, çünkü zilyetliği gaspolunan zilyet evveli emirde şu davaları açabilir:

1° ) Eğer zilyet o şeyin maliki ise istihkak dava hakkını haizdir.

2° ) Şayet o şeye bir akit mucibince vaziyyet ise, zilyetliğinin mevzuu olan şeyin iadesini istemek yolunda kendisinin akti bir dava hakkı vardır.

3° ) Zilyet şeyi istemeyerek bilâihtiyar kaybetmişse veya yeni zilyet suiniyetle iktisap etmişse, zilyet, zilyetlik hakkını istirdat etmek için “zilyetlik davası„ denen bir dava hakkına maliktir.

4° ) Ninayet, zilyetliği ildâl olunan kimsenin hertürlü gasp ve tecavüzü men ve defetmek için “yedin iadesi„ [2] dava hakkı vardır..

Haksız zilyetlik iktisabının [3] rolü görülüyor ki mahduttur; fakat bu dava hakkı, aşağıdaki misalden anlaşılacağı veçhile,

[1] Les reconnaissances abstraites.

[2] Réintegrande K M. m. 895 matlabına müracaat buyurunuz.

[3] La condition possessoire.

kabul olunmak lâzımdır; zira aksi takdirde malieksilen bazen hukukî himayesiz kalır. *Misal*

Kiracı A, C ye ait olan "kiralanan," in[1] ("mecur," un) zilyetliğini ahara nakletmiş. Bu üçüncüşahsa da B diyelim. Herne sebeptense A ile B arasındaki akit batıldır farzediyoruz. Bu vaziyette A zilyetliğini tekrar elde etmek istiyor, fakat kendisi 1° ) malik olmadığından istihkak davası açamaz; 2° ) diğer taraftan B ile yaptığı mukavele hükümsüz olduğundan aktî dava hakkı da yoktur; 3° ) A şeyi istemeyerek kaybetmediği B de suiniyetli olmadığı cihetle zilyetlik dava hakkı da mevzuubahs değildir; 4° ) nihayet, zilyetliğin nakli A nın kendi rızasıyla yapıldığı cihetle B gasıp mevkiinde olmadığından A "yedin iadesi," davasına da malik değildir. Ohalde çare<sup>2</sup> Şudur: böyle bir hadisede kiracı A üçüncüşahıs B yi, haksız mal iktisabı esasına müsteniden dava edebilir; zira filhakika B haksız olarak zilyet bulunmaktadır.

Mücerret borçlardan maada, istisnaen, muteber bir hukuki sebebe müstenit olmayan bütün ödençler dahi bir haksız mal iktisabına meydan verebilirler.

## II. Haksız mal iktisabının şartları

B K m. 61 ve mab. (İBK m. 62.... ) nde üç türlü haksız mal iktisabı derpiş olunmuştur: 1° muteber olmayan 2° veya tahakkuk etmemiş bulunan, 3° veyahut vücudu nihayet bulmuş olan... sebeplerden biri ile alınan ödençler.

### 1° ) Mutebes sebebi olmayan ödençler

Bu ödençler "borcolmayan şeyin gerialınması," [2] davasına yol açarlar; buna lâtince "condictio in debiti," denir; hükmü B K m. 62 de ( İBK. m. 63 ) yazılıdır. Borcolmayan şeyin gerialınması davasını açmak isteyen kimse (malieksilen) şu şartları haiz olmak lâzımdır:

A) *Vakta olarak ödencini, yani bir borcu ifa maksadı ile ödediğini ispat etmelidir.*

B) *Ödediği borcun yokluğunu yani borcun ya hiçbir-*

[1] Yeni İcra ve iflâs kanunu m. 343 e müracaat buyurunuz.

[2] Répétition de l'indû.

*zaman mevcut olmadığını, yahut ta ödeme zamanında zalen sukut etmiş olduğunu ispat etmelidir. Misal:*

A, bir akitle ve B nin kendisine 1000 lira vermesi şartıyla, B ye karşı bir tahhüt altına girdiği halde acele ederek borcunu şartın tahakkukundan evvel ödemiş bulunursa, kanun kendisine "borcolmayan şeyin istirdadı," dava hakkını bahşetmiştir; bu sayede, şartın tahakkuk edip etmiyeceği meselesi mevzuubahs olmadan 1000 lirasını geri alır.

*Başka bir misal:*

B, 1000 lira borçlu olduğu halde, öderken B ye 1500 lira vermiş farzederek, kendisinin 500 lirayı istirdada hakkı vardır.

Vadeli borçların da, ecel hulûl etmeden ödeme halinde, "borcolmayanın gerialınması davası," na mevzu olabilip olamayacağı meselesi İsviçre doktrininde ihtilâflı bir noktadır. Hadise, maddî bir misalle göstermek lâzım gelirse, şudur: A, borçlu olduğu 1000 lira kira karşılığının eceli mayısken tutup bunu martta öderse gerialma hakkı var mıdır? İsviçre müelliflerinden Bekker'e göre borçlu verdiği istirdat edemez; çünkü, kendisi "vade,"den istifade etmekten vazgeçmiş sayılır. Fikrime kalırsa, sonra ödeme ile mükellef olsa bile kendisine mezkûr dava hakkı tatınmalıdır.

Kat'i defilere [1] mukarin deyinleri gayrimevcut vereceklere kıyas etmelidir.

*Meselâ:* mebi, bayiin zaman olduğu ağır ayıplarla ( B K m. 197 ve mab. İBK m. 200 ve mab.) malûl iken müşterinin semeni vermiş olması gibi... Burada alıcı verdiği parayı mebiin kıymet eksikliği nisbetinde, ve hatta icabında, eğer akit fesholunabilirse, semenin hepsini geri almak hakkını haizdir.

Buna mukabil borçlunun sadece tavikî defilere [2] malik olduğu bir vereceği ödemesi halinde kendisine haksız mal iktisabı davasını tanınamalıdır. *Misal:*

A, B ye kefil olur; B vadesinde ödemez; bunun üzerine A, BK m. 486, (İBK m. 495) şartlarını araştırmaksızın, alacaklının alâkasını keser.

Bunun gibi, borçlunun takas dermeyan edebileceği bir deyni tesviye etmiş olması halinde de haksız mal iktisabı davasına

[1] Exceptions péremptoires.

[2] " dilatoires.

mahal yoktur; bu takdirde alacaklısına karşı ancak bizzat kendî alacağına müstenit hukukî defileri ileri sürebilir.

Buna mukabil, tediyeyi yapan rızadaki fesadi bilmemiş olmak şartıyla, topal bir aktin (1) ifası uğrunda yapılan tediyelerde “borcolmayan şeyin istirdadı,, dava olunabilir. Borçlu olunan şeyden başka bir şeye mütaallik olarak yapılan ödençler için de vaziyet böyledir. Bir tanesinin intihabı kendisine bırakılmış müteaddit şeylere taallük eden bir vecibe borçlusu tasavvur edelim. Bu borçlu şeylerden istediğini vermekte muhtar iken hataen kendisini muayyen bir tanesinin borçlusu zanni ile onu eda etmişse verdiği geri alabilir; bittabi o takdirde kendisinin intihap edeceği diğer ödenci ifa etmek şartıyla..

Hakkaniyet kaideleri iktızasınca borçlunun başkasına yaptığı ödemelerle borçtan kurtulduğu haller müstesna olmak üzere, alacaklı olmayan bir üçüncü şahsa ifa olunan ödençler dahi borcolmayan şeyin istirdadı davasını mucip olabilir. Bir ân evvel ihtirazî bir kayıt olarak beyan ettiğimiz istisnanın bir misaline BK. m. 165 te [BK.m 167] rasgelinir.

Kezalik borçlu olmadığı halde kendisini öyle sanan bir kimşenin ifa ettiği ödençler haksız iktisap suretinde dava olunabilir. Bu neviden haller hakikatte malı artan şahsın kim olduğunu bulup meydana çıkarmak hususunda pek büyük müşkülâtı bâdi olurlar. *Misal:* A, B ye gûya C nin vereceğini öder, halbuki C nin hiçbir vereceği yoktur. Burada malıartan B dir ve istirdat davası ona karşı tahrik olunmak lâzımdır. *Başka bir misal:*

A, kendisinin de C ye medyun olduğunu zannederek, tutar C nin B ye olan hakikî bir deynini öder. Bu misalde malıartan C dir, B değil; çünkü C borcundan kurtulmuştur; halbuki B, o kendisine zaten borçlu olunan bir ödenci istifa etmiştir; borcolmayan şeyin gerialınması davası C ye tevcih olunmalıdır.

*C) Müddei borcun mevcut olmadığı hakkında hatasını (erreur) ispat etmelidir.*

Malieksilenin bu hatası borcolmayan şeyin istirdadı davasının muvaffakiyeti için zarurîdir. Vereceği hakkında şüphesi olup ta buna rağmen *ihliyarile birrıza* (volontairement) ödeyen kimse, bilâhara borcun ademimevcudiyeti tebeyyün ettikte, istirdat

[1] Un contrat boiteux.



davası açamaz; meğer ki bu ciheti *sarahaten mahfuz* bulundurmuş ola.

Bilfarz bir sulh, borcolmayan şeyin gerialınması davasına mahal veremez, zira zaten o da bir ihtilâfı bertaraf etmek için aktedilmiştir; fakat şayet sulhte sarih ihtirazi kayıtlar yapılmışsa dava kabul olunabilir, çünkü alacaklı tediye kabul etmekle borçlunun bubaptaki ihtirazi kayıtlarını da kabul etmiş olur. *İsv. F. Mahkemesinin* müstakir içtihadı bu vadidedir. (İsv. Fed. Mahk. Resmî karar mecm. cilt 32, kısım 2, s.635.)

Eğer bir kimse borcolmadığını bilerek bir şey verirse istirdat davası ikame edemez. Borcolmayan şeyin gerialınması davasında lâzım olan hata *hukuki sebep* hakkındaki hatadır; binaenaleyh B.K.m. 24 e göre *esaslı* değildir, ve bunun içindirki ödenç hükümsüz olmayıp ancak haksız mal iktisabı davasını davet edebilir.

Maamafih *İsviçre Federasyon Mahkemesi*, içtihadına nazaran borcolmayan şeyin istirdadı davasını ancak malieksilen hatasında *mazur* (excusable) ise kabul etmektedir. Mezkûr jürisprüdans şu fikre müstenittir ki malieksilenin kendi ihmal ve teseyyübü neticesi olarak yaptığı bir ödeme hatasından malıartana bir zarar gelmemelidir. Fikrimce bu içtihat fazlaca şiddetli ve mufrittir. Malieksilenin ihmal ve teseyyübü bulunan yerlerde ya uhdesine bundan malıartan için hasıl olan zararı tahmil etmek, yahut ta — malıartan, malieksilenin hatasını bilmedikçe veya bilmesi iktiza etmedikçe — malieksilene borçlu olunan miktarı tenkis eylemek lâzım gelecektir. Bu halsureti burada mevzuubahs olan hatayı bir tarafın kusurundan mütevellit hata (B.K.m. 26) ile bir tutmak demektir. *Meselâ*: A'nın B'ye 1000 lira vereceği var; ödemekle mükellef olduğuna kanidir, çünkü evvelce yaptığı tediye makbuzunu bulamıyor; bunun üzerine ikinci defa ödedikten sonra makbuzu bulmuş farzedelim. İ. F. M. içtihadına göre bu şahsın istirdat davası yoktur, çünkü ihmal ve teseyyübü vardır. Mumaileyh malieksilene, B'nin istirdat dolayısıyla uğrayacağı zararları hesap ve tenzil ederek, dava hakkı tanımak maddete daha uygundur.

D) *Malieksilen kendi hatasıyla, yapılan tediye arasında bir illiyet alakası olduğunu, diğer bir ifade ile, hatası sebe-*

*biyle bilihtiyar ödediğini ispat etmelidir.* Bu kaide mutlak değildir maliksilen istemeden, *rızası olmadan* (involontairement) ödemişse illiyet alâkasının ispatı lâzım gelmez. Bu takdirde, borçolmadığını bilerek ödemiş olsa bile kendisine istirdat davası açabilmek hakkı tanınmalıdır. Bu neviden hadiseler «gabin» ile İsv. İcra ve İflâs kanunda hükmü mansus olan bazı hallerde tesadüf olunur. Bu sonunculardan da bahsetmek lâzımdır. Çünkü Türkiye bu kanuna müstenit bir İcra ve İflas kanunu kabul etmek üzere-dir. Gabin halinde, maliksilen akti iptal (annulation) ile verdiğini, hukukî sebep olmadığını bilerek ödemiş olsa bile, geri almak salahiyetini haizdir; çünkü o akti içinde bulunduğu ve alacaklı tarafından istismar olunan bir muzayaka ilcasıyla yapmıştır. İstirdat davasını mucip olan hilâfırıza ödemelere İcra ve İflâs usulünde hassaten şu hallerde tesadüf olunur: Ya borçlu İcra dairesince tebliğ olunan ödeme emrine itiraz etmeği ihmal eder veyahut vaki olan itirazın hâkim tarafından refine karar verilirse... işte bu hallerde icra usulü mucibince borçlu borçolmayan bir meblâğı tediyece cebrolunmuş olabilir ki kanun burada kendisine, velevki borçlu olmadığını bilerek ödemiş olsun, istirdat hakkını sarahaten mahfuz bulundurmaktadır; zira burada borçlunun bir hatası değil cebir vardır; icra usulünün devamı sırasında işlenen bir kusur alacaklının haksız mal iktisap etmesine müncer ve müsait olamamak pek doğru ve pek tabiidir.

Borçolmayan şeyin gerialınması davasına mahal veren hadiselerden bir tanesi de: sebebi hakkında tarafların mutabık kalamamış oldukları tediyelerdir. *Mesela:* B ye, A 1000 lira C de 200 lira borçlu olup ta A kendi vereceğinin bir kısmını ödemek niyetiyle 100 lira vermişken B bunu C nin deynine mahsuben kabul ederse, burada, maliksilenin hatası (erreur) yoktur, daha değrusu hataen tediye yoktur; böyle olmakla beraber şayet B ödenen 100 lirayı, ödeyenin maksadı dairesinde kabul etmezse bu şahıs istirdat davası açabilir.

Maliksilen bir tabii borcu ödemişse, borçolmayan şeyin istirdadı davası mesmu değildir; bilfarz müruruzamana uğramış bir borcun ifası tamamen hüküm ifade eder, bubapta verilen şey geri alınamaz. Ahlâkî bir vazifenin icrası uğrunda yapılan ödemeler dahi aynen böyledir, hattâ velevki maliksilen bu ahlâkî borcun hukukî bir müeyyi-

desi var zannetmiş olsa bile... Şuhalde, bir kumar veya bahis vereceğini ödemek için tesviye olunan para geri alınmayacağı gibi bir mukavelenin ifası emrinde evlenme tellalına verilen mablâğ dahi istirdat olunamaz. Tediye hetaen vaki olsa bile hüküm gene böyledir; bilfarz mirasçılarının müteveffanın bir borcunu kumardan mütevellit olduğunu bilmeksizin ödemiş olmaları gibi...

Maahaza bu noktainazar İsvişre doktrininde muhtelefünfihdir; nitekim Oser bunu kabul etmiyor.

## 2° ) Sebebi tahakkuk etmeyen ödençler.

*Haksız mal iktisabının ikinci mev'i de sebebi tahakkuk etmemiş ödençlerdir.* Buna doktrinde lâtince bir tabir olarak "*condictio ob causam futuram* veya *ob causam non sacutam*" denir. *Misal:* A, B ye borçludur, fakat borcu şarta bağlıdır. Eğer A şart tahakkuk etmemiş ve artık tahakkuk ta etmiyecek iken borcu ödemişse bu neviden bir dava ile ödencini gerialabilir.

*Diğer misaller:*

A nın B ye vadeli bir vereceği vardır. Faizlerini peşin olarak öder; halbuki diğer taraftan ana borç "alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi,, (confusion) [1] sebebiyle sukut eder. Bu hadisede A verdiği faizleri istirdat edebilir, çünkü bunların hukukî sebebi tahakkuk etmemiştir.

A, yeğeni olan küçük hanımı evlenecek diye çeyizler de evlenme tahakkuk etmezse A "*condictio ob causam futuram*,, davasını açabilir, verdiklerini geri alır.

Bütün bu hallerde, tahakkuk etmeyen bir hukukî sebep uğrunda yapılmış bir tediye mevzuubahstir ve maliartan bunu iade ile mükelleftir. Böyle bir istirdat davası olmak için şunlar lâzımdır: Ya ödenç nihai ve kat'i olarak vadedilmiş telâkki olunama malı, yahut ta bir akitte lâzım olan şekle riayet olunmadığı halde taraflardan biri takaddüm ederek borcunu bervçipeşin ifa etmiş bulunmalıdır. Buna mukabil, şayet maliksilen ödenci şakkuşe fesiz, *kat'i* olarak vadetmiş ise "*condictio ob causam futuram*,, davasına imkân yoktur. *Misal:*

A B ile nihai ve kat'i bir satım akti yapıp semeni derhal

[1] BK. m. 116 matlabına müracaat buyurunuz.

ödediği halde B mebli teslim etmiyor farzedersek, bu muamelede "haksız mal iktisabı,, davasına mahal olamaz; ancak mukavelenin ifası ve indelhace ademiifa sebebiyle zaruruziyan talep ve dava olunabilir.

Şu [ 2° ] numaralı bentte izahı ile meşgul olduğumuz istirdat davası ( *condictio ob causam futuram* ) bundan evvel [ 1° ] numaralı bentte anlattığımız istirdat davasından ( *condictio in debiti* ) bilhassa şu noktalarda farklıdır: Birincisinde ( yani No: 2° ), malieksilen sadece ödencinin ve hukukî sebebinin mevcudiyetini ve bir de bu hukukî sebebin tahakkuk etmediğini ispat etmeğe mecburdur. Bu neviden istirdat davalarında malieksilen hataya düşmüş değildir ve kendisi (*Conditio in debiti*) de olduğu gibi hataen ödediğini ispat ile mükellef değildir. *Misal:*

A, ödencinin hukukî sebebi olan evlenme tahakkuk etmeyecek kanaatiyle, C nin nişanlısı olan B ye bir şey bağışlamış iken, izdivaç aktolunursa, A nın herhalde B aleyhinde " haksız mal iktisabı ,, davası derkârdır.

### **İstisnaen istirdada cevaz olmayan haller :**

Maamafih aşağıda arzolunan üç halde, tahakkuk etmeyen hukukî sebepten mütevellit malartımının, yani haksız iktisabın geri alınmasına imkân yoktur:

a) Ödencinin menut olduğu şartın veya herhangi müstakbel bir hadisenin tahakkuk etmesine, malieksilenin suiniyetle mâni olması.. *Misal:*

B ile C iki nişanlıdır, A da bir üçüncü şahıs... A, B ye nişanlısıyla evlenmek şartıyla bir çeyiz verdikten sonra bizzat kendisi nişanın bozulmasına sebep olursa B ye karşı " *Condictio ob causam futuram* ,, davasını açarak verdiği şeyleri geri isteyemez.

b) Her iki tarafın daha aktin iptidasında, borçlarının hukukî sebebinin asla tahakkuk etmeyeceğini bilmeleri halinde de vaziyet aynıdır; bu takdirde muvazaalı bir akit muvacehesinde bulunulur ki "muvazaa,, bahsinde izah ettiğim kaidelere nazaran eğer muvazaalı akit kanuna uygun diğer bir akti örtmekte ise

bu sonuncusuna itibar olunur, yeter ki kanuni şartları mevcut olsun.

c) Nihayet, malieksilen ödenci kanuna veya ahlâka mugayir bir gaye uğrunda vermişse bunun da geriahınması mümkün değildir. B K. m. 65 de ( İ B K. m. 66) haksız veyahut ahlâka (adaba) mugayir bir maksat istihsali için verilen bir şeyi istirdada mahal yoktur, hükmü ile bu cihet tasrih edilmiştir. Bununla beraber şayet malieksilen ödencinin ahlâka veya kanuna mugayir gayesini bilmiyor imişse B K. m. 62 ( İ B K. m. 63) mucibince "Condictio in debiti," davası ikame edebilir; bu dava hakkını m. 65 bertaraf etmez, çünkü malieksilen, misalimize göre, gayrikanunî veya gayriahlâki bir netice istihsali niyetinde bulunmamıştır.

Ödencin gayesi kanuna veya ahlâka mugayir olmak mülâbesesiyle, "Condictio ob causam futuram," davasının mesmu olmaması bazı ahvalde, göze batan ve mâdeleti rencide eden tesirler husule getirir; şu itibar ile ki, kendisi de malieksilen ile aynı derecede töhmet altında bulunduğu halde karşı taraf aldığı ödenci muhafaza edebilir, yani hertürlü iade mükellefiyetinden azade olarak... *Misal:*

A, komşusunun karısını igfal etmek şartıyla B ye 1000 lira vadeder; B bu işte muvaffak olduğunu iddia etmesi üzerine A kendisine bu parayı verir. Bilâhara B nin ademimuvaffakiyetini ikrar ve itiraf etmiş olduğunu farzedelim. A artık verdiği geri alamaz, çünkü akit gayriahlâkîdir; binaenaleyh B nin hareketi de A nınki kadar ahlâksız olmasına rağmen A nın istirdat hakkı yoktur.

Eski Prüsyâ hukuku bu kabîl ahvalde verilen meblâğın musaderesini derpiş etmekte idi. İsviçre müelliflerinden Von Tuhr bu hal suretini tasvip eder. Bence Türk ve İsviçre sistemi daha müreccahtır; zira bu sistem, karşı tarafı aldığı meblâğı iadeye mecbur olmaktan masun kalmak için ahlâksız fiili yapmağa sevk mahzurundan salimdir. Bununlaberaber B K. m. 65 in ( İ B K. m. 66) geniş tefsire tahammülü yoktur. Bunu hassaten kanuna veya ahlâka mugayir fiiller için vadolunan mükâfatlara tatbik etmeli; tarafların mukavelesine göre ivazı, karşılıködenci (contre-prestaion) verilmediği takdirde iadesi icap eden ödençlere (prestations) tatbikinde ihtiyat ve teenni göstermelidir. *Misal:*

Farzedelim, A kanuna veya ahlâka mugayir bir iş gördürmek üzere B ye 1000 liralık bir poliçe vermiştir. Bu poliçe A nın hini tevdideki fena niyetine rağmen muteberdir; çünkü bu bir mücerret vaittir (promesse abstraite). Mesele şuradadır: acaba B poliçe bedelini aldıktan sonra tediyyeden maksut olan kanunsuz veya ahlâksız fiili yapmazsa bunun aleyhinde A nın “ borcolmayan şeyin gerialınması „ davası var mıdır, yok mudur? Von Tuhr’a göre B K. m 65 ( İ B K. m. 66) buna mâni teşkil etmemek iktıza eder, aksi takdirde B lüzumundan fazla gözetilmiş, himaye edilmiş olur. Bu mütalea şayanı rettir, çünkü himaye edilmeyince B, A nın istediği gayrikanunî veya gayriahlâkî fiili işlemeğe sevk edilmiş olur. Bana kalırsa “izhar ettiği fena niyet ve kastin bütün neticelerine katlanması lâzımdır,, mülâhazasıyla A ya B aleyhinde dava hakkı tanımak hakkaniyete daha uygundur. Fakat şayet poliçe ciro edilmişse ikinci hâmilin tediyyeyi istemek hakkıdır; A yaptığı kanuna veya ahlâka mugayir fiil arkasına saklanamaz, çünkü poliçe bir mücerret taahhüttür, ve muamelenin haksızlığı veya gayriahlâkiliği üçüncü şahsa karşı dermeyan olunamaz.

### 3° )Sebebi nihayet bulan ödençler.

Haksız mal iktisabı davası bir de nihayet bulan bir sebep için verilmiş ödençlerin istiradı zımnında vakidir. Doktrinde “ borcolmayan şeyin gerialınması „ davasının bu nev’ine “condictio ob causam finitam,, derler. Bir borcun hukukî sebebinin nihayet bulması birçok hallerde husule gelebilir: *Meselâ* B K. m. 108 ( İ B K. m. 109) mucibince: akitten rücu eden taraf borcunun hukukî sebebi ortadan kalkmış olduğu için artık ödenci vermekten imtina ve tediye ettiğini istirdat edebilir.

Keza B K. m. 117 ( İ B K. m. 119) hükmünce: ikitaraflı bir aktin ifası imkânsızlaşınca borç sakıt olur; ve bundan da bir “haksız iktisap,, davası çıkabilir. Hibenin iptalinde de vaziyet aynıdır (B K. m. 244. İ B K. m. 249). Hata, hile ikrah, gabın sebeplerinden biri dolayısıyla taarruz olunan bir akitte mağdur, borcu ifa etmiş bulunuyorsa gene böyledir (B K. m. 21, 31). Taraflar birbirlerine mahza nışanlanma sebebiyle bazı şeyler

bağışlamışlarsa nişan bozulduktan bunların karşılıklı geri verilmesi lâzımdır (K M. m. 86 İ K M. m. 94) vesaire hep bu kabıldendir. Bütün bu misallerde, görülüyor ki, iptidada muteber bir hukukî sebebe müstenit bir ödenç var iken sonradan bu sebebin zevali ile, ortaya bir haksız maledinme çıkıyor. Binaenaleyh borcun veya ödencin hukukî sebebi zail olunca: malheksilen dava zamanında malıartanın elinde ne kalmışsa geri isteyebilir.

#### 4° ) B K m. 61 ve 62 haricinde haksız iktisap.

B K. m. 61 ve 62 de (İ B K. m. 62,63) derpiş olunan şu üç nev'inden başka haksız maledinmenin bir dördüncü türüsü daha vardır ki o da malıartanın doğrudandoğruya bir haksız fiilinden neş'et eder. Bu haksız işlenen fiil zararuziyan davasına varabileceği gibi *kusur* olmayan yerlerde haksız maledinme davası ile de kalabilir. Buna birçok yerlerde tesadüf olunur; birkaçını zikredelim:

a) K M. m. 699 da (İ K M. m. 726) mansus olan hukukî tağyir... *Misal*: A, B ye ait bir şeyi işlemiş, veya tağyir etmiştir, farzedelim. İşin kıymeti şeyin kıymetinden fazla ise kanun hükmünce yeni şey amilin, işleyenin olur. Maamafih A, haksız edindiği maddei iptidaiyenin kıymetini, maddenin asıl veya eski sahibi olan B ye vermekle mükelleftir.

b) İki malın birbiriyle karışması veya birleşmesi ( K M. m. 700, İ K M. 727 ye bakınız) . . Bu iki halde de (a) fıkrasında söylediğimiz hükümler aynen tatbik olunur.

c) Başkasına ait malzemeyi kendi inşaatında kullanmak ( K M. m. 649; İ K M. m. 672). *Misal*; A evini tamir ettirirken B nin taşlarını kullanmıştır; (A) yı büyük bir zarara uğratmadan bu taşların yerlerinden sökülmesi kabil değildir; binaenaleyh A evvelce B ye ait olan taşların sahibi olmuştur; B artık bu malzeme üzerinde istihkak iddia edemez; fakat buna mukabil A, B ye karşı, kanun mucibince muhik bir tazminat vermekle mükelleftir ki bu da kendisinin haksız olarak edindiği miktar ve kıymettir.

d) Gerek müruruzaman ve gerekse müşterinin hüsnüniyeti sebepleriyle sahih ve muteber addedilmeleri icap eden yerlerde: gayrın hakkına müteallik tasarruf muameleleri ... *Misal*:

A buna asla hak ve salâhiyeti yokken tutup B nin atını C ye satmış diyelim. İmdi şayet arada iktisap müruruzamanı cereyan etmiş veyahut atı iktisap eden C hüsnüniyetli ise B at üzerinde istihkak talebinde bulunamaz; mülkiyeti zail olunmuştur. (A) ya gelince: onun vaziyeti haksız yere malı artmış bir kimse yani kısaca "malıartan," vaziyetidir; binaenaleyh B nin ona karşı "haksız iktisap," davası vardır, bu davanın mevzuu da tabii at satılırken C nin (A) ya verdiği semendir.

Bir misal daha verelim:

A nın, muvazaalı bir senet mucibince B den alacağı vardır, farzedelim. Bu vaziyette B daima muvazaa def'ini dermeyan edebilir. İşin farkında olan A bu def'i hükümsüz bırakmak için muvazaalı alacağı bir üçüncü şahsa C ye temlik ediyor. C alacağı hüsnüniyetle ve tahriri bir deyin ikrarına müsteniden temellük etmiş bulunduğundan B nin ona karşı muvazaa iddiası mesmu değildir. (BK. m. 18).

Neticede: A nın elinde iken hiç kıymeti olmayan senedi temellük için C para vermiştir; bu miktar A nın iktisabını ve B nin de ziyanını teşkil eder; çünkü bu zat mukarrünbihi haddi zatında (A) ya borçlu değilken C ye vermek mecburiyetinde kalmış bulunuyor. Bu itibarla B nin A aleyhinde bir haksız maledinme davası mevcuttur. Şayet A aynı zamanda B ye karşı mezkûr muvazaalı senedi tedavüle çıkarmamağı da taahhüt etmiş ise o takdirde B onu ayrıca zararuziyan talebi ile takip edebilir; çünkü bu son hadisede A aleyhinde bir de akti kusur vardır.

Yukarıki misalde şeyin beyi yerine hibe edilmiş olduğunu farzederek mesele bir az karışır: B nin malını A bilâsebep C ye bağışlamıştır, farzedelim. Burada ivaz yani semen olmadığı için A bir şey almamış binaenaleyh malıartmamıştır. Şu halde B nin (A) ya karşı haksız iktisap davası olamaz. Fakat acaba A nın mevhubünle olan C ye karşı B lehinde bir dava hakkı olamaz mı? bu olsun mümkün değil midir? Bazı müellifler bunu kabul ediyorlar. Diyolar ki hakkaniyet, hakiki ve meşru malikin himaye edilmesini amirdir; şayet dava hakkı tanınmayacak



olursa, C, hüsnüniyet kaidelerinin iktıza ettirdiğinden pek fazla ileri giden mufrit bir himayeye mazhar kılınmış olur.

Fikirlerine iştirak ettiğim diğer bir kısım erbabı hukuk ise bu hal suretini reddetmektedirler. Bunların mütaleasına göre iktisap bahsinde hüsnüniyetli olan kimsenin himayesinde hâkim olan fikir *umumî menfaat* (intérêt général) mülâhazalarıdır, yani hüsnüniyetli şahıs bu sebeple himaye edilmektedir. Bu itibarla C nin malartımını ve B nin maleksilmesini çaresiz telâkki etmek lâzımdır. Bu noktainazar bilhassa Lausanne fakültesinde (Les Conditions générales de l' enrichissement illégitime) isminde bir tez yazan Bussy tarafından müdafaa edilmiştir.

İltihak ettiğimi söylediğim bu noktainazarın doğruluğuna şununla daha ziyade kanı oluyorum ki haksız iktisap kaidelerinin birçok istisnaları vardır ve hepsi de kat'i ve mutlak mahiyeti haiz kanun hükümlerinden imbias etmektedir. Filhakika, malartımı iktisap müruruzamanından mümbais ise haksız maledinme davası gayrimesmudur (K. M. m 638, 701; İ. K. M. m 661, 728). Malartımının sebebi sukut müruruzamanı (prescription extinctive) ise hüküm gene böyledir. Mebiin ayıplarına karşı teminat dava müddetini geçiren müşterinin kendisini aldatan satıcı aleyhindeki haksız iktisap davasının dinlenmediği kesretle görülmüştür. *Misal:*

A satınaldığı halının çürümüş olduğunu sonradan anladığı halde satıcı aleyhinde senesi içinde dava açmağı ihmal ederse artık bir daha 61<sup>ci</sup> maddeye istinaden dava ikame edemez, velevki bayi bu işte müşterinin zararına olarak semen miktarınca haksız iktisaba nail olmuş bulunsun. İsviçrede kanton mahkemelerinden çıkan birçok kararlar bu vadide verilmiştir. Maahaza Federasyon Mahkemesinin içtihadı pek bu kadar kesip atıcı mahiyette değildir.

Kat'i mehillerin (délais de péremption) geçmesinden mütevellit ise, gene haksız iktisap iddiasına cevaz yoktur. *Misal:*

Müflis bir borçlu zimmetindeki matlubunu kanunî mehil içinde bildirmemiş olan bir alacaklı tasavvur edelim. Pek tabii olarak bu kimsenin alacağı iflâsın tasfiyesinde hiç kale alınmaz. Buna rağmen, yani iflâs masası bu alacaklı zararına olarak haksız iktisapçı mevkiinde bulunmakla beraber dayinin masa aleyhinde dava hakkı yoktur.

Haksız iktisabın bunlardan başka bir istisması daha vardır:

kaziyeimuhkeme. Haksız iktisap kaideleri kaziyeimuhkeme karşısında tesirsizdir. Kat'iyet kesbetmiş bir hüküme haksız iktisap davası ile taarruz olunamaz. Sâdir olan hüküm hatalıdır, binaenaleyh ortada haksız maledinme vardır iddialarıyla kaziyeimuhkeme prensibinin bertaraf edilmesi imkânsızdır. Maamafih mahkemenin ısdar ettiği nihaî bir hüküm muahhar birtakım hadiselerle talil edilmişse bazen istisnaî olarak mahkûm leh aleyhinde bir haksız iktisap davası kabul olunmaktadır. Böyle haller son derece ender olmakla beraber İsviçre jürisprüdansında bunun bir misali mesbuktur:

A nihaî bir hükümlerle, B nin tabii babası tanınarak gayrimeşru çocuğuna senevî bir nafaka vermeğe mahkûm edildikten sonra çocuğun anası olan C, D ile evlenmişti. Bu ikinci evlenme ile ve D tarafından vaki olan bir tanıma sayesinde C ile D, B nin nesebini tashih ettiler. Bunun üzerine nihaî bir karar ile babalığına hükmedilmiş olup, nesebin şu şekilde tashihinden haberdar olmaksızın bermucibi karar nafaka vermekte devam etmiş olan A nesep tashih edildikten sonra verdiği şeyleri geri almak zımında bir dava açtı. Davayı rüyet eden Cenevre hukuk mahkemesi bu talebi terviç etmiştir. (Decreuse — Ondratscek davası)

### III. Haksız iktisapta iade.

**İadenin mevzuu: 1°) şey aynen mevcutsa :**

Her haksız iktisapta iadenin mevzuu, malieksilenin patrimonundan çıkmış olan şeyin kendisidir; binaenaleyh şey malıartanın elinde hâlâ aynen mevcutsa aynen geri verilmesi lâzımdır. Şey malikinin elinden gaspolunmuşsa ona iade olunmalıdır. Eğer maledinme, malıartan lehinde bir matlup temlikinden tahaddüs etmişse bu şahıs ta mezkûr matlubu malieksilene iadeten temlik etmelidir. Şayet haksız iktisap bir vereceğin ibrasından mütevellit ise borçlu, malieksilene karşı yeni bir deyin iltizam etmekle mükelleftir. Malieksilen bu vaziyete düşmeden yani malı eksilmeden evvel istifade etmekte idiği bütün teminata müstahiktir, onların da iadesini isteyebilir. Meselâ, eğer bilâsebep ibra olunan deyin kefalete bağlı idi ise malieksilen kendi lehine aktolunan yeni vereceğin de kefalete raptolunmasını talep edebilir. Eğer

sebepsiz ibra olunan borç bir senette ikrar olunmuş idi ise malieksilen alacağı için yeni bir senet isteyebilir.

### 2°) Şey aynen mevcut değilse :

Haksız iktisabın mevzuunu aynen iade kabil değilse mahartan onun kıymetini malieksilene nak:entesviye ile mükelleftir. *Misal:*

A hukukî sebep yokken B nin hizmetinde bulunmuş, bazı işlerini görmüştür. Neticede B bu hizmetler dolayısıyla bir iktisapçı, bir mahartan mevkiine çıkmıştır, binaenaleyh bunların değerini ücret olarak (A) ya iade etmesi iktiza eder.

### İadenin şümulü:

Haksız iktisap teşkil eden şeyin mahartan tarafından iade mükellefiyeti şeyin bütün teferruatını kucaklar, istiap eder: Binaenaleyh malieksilene geri verme esnasında bütün faizlerin veya haklı sebep olmadan istihsal olunmuş teknil semerelerinde iadeye dâhil olması icap eder. İsviçre doktrininde bir mesele muhtelefünfıhtir: Mal malieksilenin elinde kalmış olduğu müddetçe bu şahsın istismar edemiyecek idiği bazı faideler mevcut olup ta mahartan bunlardan istifade etmenin yolunu bulmuşsa acaba malieksilen bu kabil semere ve menfaatler hususunda dava hakkına malik midir? Bu mesele hukukçular arasında epice münakaşalara meydan vermiştir. Bussy (N° 193) ve Von Tuhr (T. des droits des Obligations) meseleyi menfi olarak halletmektedir. Fakat *İsv. Federasyon Mahkemesinin içtihadı* bunun hilâfına takarrur etmiştir. *Mesela:*

Batıl bir sigorta mukavelesimucibince haksız yere prim alan sigortacının yalnız bu primleri değil bunların dava gününde hesap olunan mürekkep faizlerini de geri vermek mecburiyetinde olduğuna karar verilmiştir. Bu karar İsviçre doktrininde pek çok tenkidi davet etmişti.

### İadenin vüs'atı hakkında B K nun kıstasları.

Mahartanın mükellef bulunduğu iadenin vüs'atını tesbit için, BK, bu şahsın vaziyetinin namuskârlık ve cıvanmertlik (loyauté) derecesine göre bir tefrik yapılmak icap edeceği noktainazarından hareket etmekte, bu fikri esas tutmaktadır.

### 1° Malıartan hüsnüniyetli ise.

Eğer kabz esnasında malıartan hüsnüniyet sahibi idi ise, malieksilene karşı ancak iade anında halen elinde kalan miktarı geri vermekle mükelleftir. Bu hüküm B K m. 63 te (İ B K. m. 64) yazılıdır. Şuhalde iade borcu, hüsnüniyetle ve hukukî sebep olmaksızın edinilen şeyin bilâhara malıartanın elinde uğradığı akibete göre tahavvül eden bir vüs'ati haizdir. Binaberin iade mükellefiyetine hâkim olan esasî prensip şu olmak gerektir:

*Malıartanın kusuru bulunmayan yerlerde, haksız iktisap onun servetinin eksiltilmesini intaç etmeyip belki sadece haklı sebep olmadan orada husule gelen artını gidermelidir, yalnız ve ancak buna maluf olmalıdır.*

Bu prensip muhtelif hüküm ve tesirler husule getirir:

\* a ) Haksız maledinmenin mevzuu malıartanın patrimuvanından çıkmış yani iade zamanında mevcut değil ise o şahıs artık iade ile mükellef tutulamaz, hatta velevki bu şeyi herhangi bir şekilde bizzat kendisi tasarruf ve istihlâk etmiş bulunsun. Hüsnüniyeti onu hertürlü matalipten masun bulundurur, yeter ki bu tasarruf veya istihlâk keyfiyeti neticesinde servetinde bir *istibdal kıymeti* ( valeur de remplacement ) husule gelmiş olmasın; daha açık bir ifade ile: elverir ki bu şey, patrimuvandan çıkacak başka bir şeyin yerini tutmuş veya patrimuvana bunun yerine başka bir şey girmiş olmasın. *Misal:*

A bilâsebeb B nin atına malik olmuş ve badehu C namında bir üçüncü şahıs kusuru ile hayvanın ölümüne sebebiyet vermiş farzedelim: C şüphesiz (A) ya karşı mes'uldür; mürdolan atı tazmin edecektir. Malieksilen B, malıartan A dan atı isteyemez, çünkü haksız iktisabın mevzuu olan bu şey helâk olmuştur; fakat buna mukabil C nin borçlu olduğu zararuziyan tutarını talep ve dava edebilir, zira bu meblâğ A nin patrimuvanında atın istibdal kıymetini teşkil etmiş yani atın yerine bu para ka-im olmuştur ve mamelekte o şekliyle mevcuttur.

*Diğer misaller:*

A sebepsiz, B nin bir alacağını iktisap etmiş ve sonra da bunu C ye satmıştır, diyelim. Malieksilen B kendi lehinde yeni bir alacak isteyemez; lâkin bunun istibdal kıymetini, yani C nin tesviye ettiği parayı talep edebilir.

A sebepsiz olarak mülkiyetine geçirdiği birkaç çuval unu kendi fırınında pişirip satmıştır; asıl malik olan B unları istiyemezse de bunların istibdal kıymetini alabilir. Çünkü bu kıymet A'nın patrimuvanında başka bir şekilde mevcuttur: Filhakika A, bu unları kullanmakla başka un satın almaktan kurtulmuştur, buna vereceği parayı tasarruf ve iktisat etmiş ve binaenaleyh bu para - B'nin unları sayesinde - A'nın patrimuvanında kalmıştır.

A, bilâsebeb B'nin bir şeyini kabullenmiş sonra da bunu başkasına satmış ise semeni B'ye iade etmekle mükelleftir. Pek ucuza satmışsa, aradaki kıymet farkından dolayı zararuziyan istenemez; değerinden fazlaya satmışsa prensip olarak B'nin bu kıymet artımını (fazlai kıymeti) istemeğe hakkı yoktur, meğerki kendisi dahi bunu A'nın sattığı fiata satarak aynı kârı temin edebilecek idiğini ispat etmiş ola.

A sebep olmaksızın B'nin bir miktar parasına tesahup ederek bununla bir otomobil satın alırsa istibdal kıymetini teşkil eden bu otomobile B'nin hakkı taallûk ederse de elinden çıkan meblâğ hususunda hak iddia edemez.

A hiç sebep yokken B'nin bir mücevherini hüsnüniyetle temellük ettikten sonra tutup onu güzel bir kadına hibe eder. Burada B'nin (A) ya karşı hiçbir dava hakkı yoktur; çünkü evvelâ, A bütün yukarıki misallerimizde olduğu gibi, hüsnüniyetlidir; saniyen, dava gününde artık A malı artmış olmaktan çıkmıştır; salisen, A'nın patrimuvanında hiçbir istibdal kıymeti de mevcut değildir.

A, C'nin zannıyla B'ye ait bir malı almıştır. C'ye parasını vererek bu şeyi kullanır. B'nin A aleyhinde davası olamaz, zira A'nın malı artmış değildir; fakat C'yi dava edebilir, çünkü B'ye ait olmak lâzım gelen semeni o almıştır.

b) Mahartan, iadesiyle mükellef olduğu şey veya kıymete dair bazı masraflar ihtiyar etmiş olabilir. Bu takdirde B K. 64<sup>cü</sup> maddesinde (İ B K. m. 65): faideli veya lüzumlu ve zarurî olmak şartıyla, hüsnüniyetle yapılan bu kabîl masrafları istemek hususunda mahartana bir hak tanıyor. Diğer masraflar ve hassaten süs masrafları için böyle bir hak tanınmamıştır; bu neviden bir masraf yapan kimsenin yalnız refi ve kali hakkı vardır yani, lüks ihtiyacı ile veya kendisi için daha kullanışlı bir hale ifrağ etmek kaygusuyla şeye ilâve olunmuş ne varsa onları söküp

alması caizdir; meğer ki malieksilen bu masrafları vermeğe amade olsun.

c ) Eğer malıartan bizzat maledinme sebebi ile bazı ziyanlara uğramışsa bu zararların, indeliade nazara alınarak, geri vermeğe mecbur olduğu kıymetten tenzili icap eder. *Misal:*

A sebepsiz fakat hüsnüniyetle B den bir altın saat aldıktan sonra, mahza bu sebeple, kendi gümüş saatını tutup C ye bağışlamıştır. Eğer kendisi B nin altın saatini katiyen iktisap ettiğini zannetmese C ye karşı böyle bir hibede bulunmayacaktı. Binaenaleyh A hernekadar altın saati B ye iadeye mecbur ise de bilmukabele B de (A) ya gümüş saatin değerini ödemekle mükelleftir.

Malıartanın malının artması ile eksilmesi arasında daima bir illiyet alâkası mevcut olmalıdır. Bittabi tatbikatta bu hususta müşkülât çıkabilir. Binaenaleyh bu alâkanın nereelerde ve nasıl teessüs ettiğini araştıralım.

Eğer malıartan, mahza edindiği şey sebebiyle doğrudandoğruya bir ziyana giriftar olmuşsa aradığımız illiyet alâkası mevcut demektir. *Mesela:* A haklı bir sebep yokken B nin koyununu temellük etmiş olup ta, bu hayvan musap olduğu bulaşık hastalıkla A nın bütün sürüsünü bulaştırmış ise artık bu şahsın B ye karşı hiçbir iade borcu yoktur.

Bundan başka eğer sırf bu haksız iktisap yüzünden, malıartanın bir hakkı kısmen veya külliye zayı olmuşsa gene bu illiyet alâkası teessüs etmiş sayılır. *Misal:*

A senet mucibince B ye 1000 lira borçlu iken C hataen A nın bu vereceğini ödemesi üzerine B senedi iptal ve imha eder veyahut borcun muacceliyet kesbetmesinden sonra A hali acze düşerse: malieksilen C tesviye ettiği meblâğı B den isteyemez, zira B, senedini imha etmesi veya A nın hali acze düşmesi yüzünden hakkını kısmen veya külliye zayı etmiştir. C nin isteyebileceği bir şey varsa o da B nin A daki alacağıının kendisine, olduğu gibi, yani senetsiz veya öderliliği ( ödeme kabiliyeti) [1] sifıra inmiş bir borçlu aleyhinde olarak temlik olunmasıdır.

[1] Bu yazılarımızda: ( solvable = öderli ); ( insolvable = ödersiz veya âciz ); ( solvabilité = öderlilik veya ödeme kabiliyeti ); ( insolvabilité = ödersizlik veya aciz ) olarak kullanıyoruz.

Haksız maledinme maliartan için bazı sarfiyatı mucip olmuş, meselâ bu şahıs tartma, nakil veya gümrük ücretleri gibi bazı masraflar ihtiyar etmiş ise, keza, illiyet akâkası tahakkuk eder; ve binnetice maliartanın iade ile mükellef olduğu kıymetten bu masraflar düşülür. Eğer bizzat iade keyfiyeti de masarifi intaç etmiş ise bunlar da hesaba katılır; bu takdirde de illiyet alâkası sabittir, ve maliartan hüsnüniyetli olduğu için bu harcanan paralar onun uhdesinde kalmaz, kendisine ödetilmez.

Maliartan sebepsiz iktisabının kat'i ve nihai olduğuna kani olduğu için bir zarara uğarmışsa, illiyet alâkası gene vardır. *Misal:*

A hüsnüniyetle B nin senetlerini (kıymetli evrakını) aldıktan sonra bu iktisabının kat'i olduğu ümniyesiyle onları ahare satmışsa iktisap batıl olmuş olur, ve B mümasil evrak verilmesini isteyebilir, çünkü kıymetli evrak, misliyatandır. Şimdi fasıla esnasında bu senetlerin rayicinin yükseldiğini farzedelim:

A bunları daha pahalıya tedarik edebilecektir. Bu nokta nazara alınır; Sinaenaleyh iade borcundan bu fark — yani senetleri kendi sattığı zaman ile evrakı tekrar satın almak mecburiyetinde kaldığı zaman arasındaki kıymet farkı — tenzil olunur.

Haksız iktisabın, bilâhara iptal olunmuş ikitarafli bir akit zımnında verilmiş ivazdan (karşılıködençten) mümbais olduğu ahvalde, şu meşgul olduğumuz illiyet alâkasının mevcudiyeti meselesi müşkülâtı bâdi olabilir. *Misal:*

A ile B bir satım akti yapıyorlar; satılan bir miktar emtaadır. A, satıcı; B de alıcı.. B, (A) ya taksit olarak 1000 lira vermiş, bilmukabele A da ona malların hepsini teslim etmiş.. Bilâhare şu beyi akti A nın rızasındaki fesat sebebiyle ikale ve iptal olunuyor... Mesele şudur: acaba B tesellüm etmiş olduğu malları geri verirken, tesviye etmiş olduğu 1000 liraya mukabil bir miktarını alıkoyup mütebakisini iade etmek salâhiyetini haiz midir? Yoksa emtiayı kâmilten geri verip sadece bu 1000 lirayı mı, daha doğrusu bu taksitten iade zamanında A

nın elinde kalan miktarı mı talep edebilir? Doğru olan bu son hal suretidir. A'nın ve B'nin malartımları ayrı ayrı mütalea olunmalıdır. B, (A) ya mallardan elinde kalanı veya bunların istibdal kıymetlerini iadeye mecburdur; eğer malların hepsi henüz elinde ise tamamını, satmışsa semenini iade eder; şayet bunları kendisine hiçbir menfaai temin etmiyecek şekilde herhangi bir suretle istihlâk etmişse hiçbir şey iade etmeğe mecbur değildir. Diğer taraftan A aldığı taksiti: geri vermekle mükelleftir. Şayet bunları faydasız yere kullanmış, meselâ, birine bağışlamışsa B ye karşı hiçbir şey iadesi ile borçlu değildir.

*Başka bir misal:*

A İngilterede B ye nehirde seyrüsefere mahsus bir gemi sipariş ve avans olarak ta bir milyon lira tediye ettikten sonra harp patlıyor. Tahtelbahir muharebelerinin tevlit ettiği buhran üzerine İngiliz hükûmeti bütün bahriye inşaat tezkâhlarını seferber ettiği gibi B yi de tersanesinde kurulu gemiyi yıkmaya icbar idiyor. Bu mucbir sebep tahtında sipariş mukavelesi mefsuhtur. Bu vaziyete göre: A hiçbir şey almadığı cihetle B ye iade edeceği bir şey de yoktur. B ise 1 milyon lira almış olduğundan bu parayı (A)ya iade etmeli; ancak bundan elemegi, iptidaî maddeler bedeli gibi aktin icrasına başlamakla ettiği masrafları tenzil edebilir. (İsv. Fed. Mahk. Resmî karar mcm. cilt 33, kısım 2, s. 539 ).

Bütün bu hal suretleri malıartanın lehindedir. Bunları doğru gösteren cihet şudur: Bu şahıs hüsnüniyetli olduğu için iade borcu ona en ufak bir zarar iras etmemelidir. Kanun, ortada bu kimsenin edindiği bir iktisap, bir malartımı varsa onun istirdadını derpiş ediyor, yoksa onun "borcolmayan,, şeyi almadan evvelki servetinden bir parçasının eksilmesini değil... Borcolmayan şeyin iadesi bahanesiyle bu şahsın servetini azaltmaya mesağ yoktur.

**2° Malıartan suiniyetli ise:** — Eğer malıartan kabz esnasında suiniyetli idi ise malıeksiline karşı sadece dava zamanında elinde kalan miktar ile mahdut değil belki tam ve şamil bir iade ile mükelleftir. Malıartan nezaman suiniyetli addolunur? Şayet ahiz ve kabz esnasında şu iktisabının haklı sebebe müstenit olmadığını biliyor veya bunu bilmesi iktıza ediyor idise suiniyet-



lidir. Bundan başka bir kıymet veya şeyi hüsnüniyetle iktisap etmiş olmakla beraber malieksilen tarafın adanleyhinde dava açıldıktan sonra bunları boş ve faydasız yere sarfeden de suiniyetlidir. Keza, malartımının bir an gelip haksız olabilmek ihtimaline vâkîf olan veya vâkîf olması lâzım gelen kimse dahi suiniyetlidir.

*Misal:*

Şarta bağlı bir akit mucibince bir meblâğ lan şahıs, aktin kat'ileşmesini beklemeden, daha henüz şart tahakkuk etmeden bu parayı har vurup harman savurmuşsa, bilâhara şart tahakkuk etmeyip te iade lâzım geldikte hüsnüniyetinden istiane ve onunla ihticaç edemez; ve kendisini dava eden malieksilene karşı malartımı mevcut olmadığını, çünkü elinde bir şey kalmadığını def'en dermeyan edemez.

İptidada şeyi alırken hüsnüniyetli olup ta iktisabın haksız olduğunu sonradan öğrenerek dava zamanında suiniyetli olan kimseyi de aynı suretle telâkki etmelidir. Romalılar bu hali şu vecize ile telhis ederlerdi: "mala fides super veniens nocet (1)".

Görülüyor ki suiniyetli malıartan, malieksilene tam ve kâmil bir iade ile mükelleftir. Bu iade borcunun vüs'at ve şümülü şu suretle tayin olunabilir: Malıartan, ister kendisi kullanmak veya istihlâk etmek ve isterse hatta bir üçüncü şahsın sun'uyla veyahut kendi iradesinden tamamen müstakil ahval sebebiyle mahvolmak suretlerinden herhangi biriyle elinden çıkmış olan şeyi geri vermeğe mecburdur. Binaenaleyh kazahalinden (Cas fortuit) bile mes'uldür. Suiniyetli malıartanın borçlu olduğu iade, şeyin azamî kıymetine masruf olmak lâzımdır.

Aldığı anaparanın faizlerini, kendisine tevdi olunmuş şeylerin semerelerini.... vs yi borçludur; hatta okadar ki bunları, hakikatte istihsal veya elde etmemiş olsa bile, malieksilene vermeğe mecbur tutulur; yeter ki bunları istihal veya elde etmek imkânına malik bulunmuş ola. Eğer suiniyetle mal iktisap eden bu kimse iadesi lâzım gelen şeylere dair faydalı masraflar ihtiyar etmişse malieksilenden bunların kıymetini, karşılığını isteyebilir; fakat ancak iktisap ettiği bu şey veya kıymetlerin iade anında mevcut kıymetartımı (plus - value) nisbetinde olarak....

(1) Sonradan hâdis olan suiniyet te muzirdir.

### Haksız iktisap davasının mahiyeti:

Malieksilen aleyhinde olarak kanunun mallartana bahsettiği dava hakkı bir zararuziyan davası değildir. Mallartan daha iktisabının başlangıcında malieksilene karşı hukukî bir iade borcu olduğunu bilmektedir. Fakat biz biliyoruz ki borçlunun malûmu olan bir borcun ifa edilmemesi B K. hükmünce bir haksız fiil teşkil etmez. Bundan şu pek mühim netice çıkar ki, mallartan yalnız malieksilenin patrimuvanından aldığını yalnız bunu iadeye mecbur olup, bu malieksilmenin malieksilen için mucip olduğu belki de daha büyük zararları iade ve tazmin ile mükellef değildir. Mallartan malieksilene karşı ne "mahrum kalınan kâr," (lucrum cessans) ne de hatta "dolayısıyla uğranılan zarar," (damnum emergens indirect) ödemekle mukayyet değildir. Suiniyetli iktisapçının iade mükellefiyetinin bir haksız fiil teşkil etmediği keyfiyeti dava müruruzamanı itibariyle de ehemmiyetlidir; burada tatbiki kabil olan 60<sup>cı</sup> madde değil B K m. 66 dır (İ B K. m. 67).

*Bütün haksız mal iktisabı davaları şahsî davalar olup aynî dava değildirler.* Hatta maledinme, mallartanın **aynen** iade ile mükellef olduğu bir şeyi kabzetmesinden ibaret dahi olsa hüküm gene böyledir. Bu taktirde bile malieksilenin mallartan aleyhinde bir **istihak davası** olmayıp ona karşı ancak bir **şahsî dava** hakkı vardır. Bu keyfiyet mallartanın iflâsı halinde pek göze çarpar: Hemen hemen kül halinde Türkiyede aynen kabul edilecek olan İsviçre İcra ve İflâs kanunu, malieksilenin hakkının paraya çevrilmesine müsaade etmektedir. (1) Binâenaleyh malieksilmenin mevzuu olan şey müflisin masasında hâlâ aynen mevcut olsa bile malieksilen bunun kendisine teslimini isteyemez; onun ancak karşılığını, kıymetini talep edebilir, çünkü söylediğimiz gibi, haksız iktisap davası aynı bir hak değildir.

Haksız maledinme dava hakkının şahsî oluşundandır ki bu dava malieksilen tarafından ancak mallartan veya onun mirasçuları aleyhinde açılabilir; yoksa şeyi temellük ve iktisap

[1] Türk İc. İf. K. m. 193 e bakınız.

etmiş bulunan bir üçüncüşahsa karşı asla ikame olunamaz.

*Misal:*

A haksız olarak B den iktisap ettiği bir şeyi C ye satmıştır. C, A nın mülkiyetinin fesatlı menşei bilmesine rağmen satınaldığı şeyi geri vermekle mükellef değildir; zira onu bir malikten almıştır, ve kendisinin hüsnüniyetli, suiniyetli oluşunun ehemmiyet ve alâkası yoktur; çünkü maliksilen B, patrimuvanından eksilen bu şeyi tekrar ele geçirmek için bir aynı dava hakkına malik değildir. Buna mukabil A, C den aldığı semeni B ye iade etmelidir. B nin haiz olduğu "haksız iktisap dava hakkı," bu paranın istirdadınadır ki masruf ve matuf olmalıdır. Eğer B nin şeyi A tarafından C ye bağışlanmışsa B nin (A) ya; karşı hiçbir dava hakkı yoktur, çünkü bunun malı artmış değildir. Yalnız tabii A nin hüsnüniyetli olması şarttır; eğer suiniyetli ise C ye hibe ettiği şeyin kıymetini tamam olarak (A) ya ödemekle mükellef olur. Bir İsviçreli müellif, Von Tuhr, zikrolunan misaldeki mevhubünleh C iadeye mecbur tutulmalıdır, zira hakikî malıartan odur, reyini müdafaa etmektedir. Bu müellifin İsviçre mahkemelerine tefsir yoluyla tatbikini tavsiye ettiği bu hal sureti Alman Kanunu medenisinin 822ci maddesinde sarahaten derpiş olunmuştur. Hernekadar Alman hukukundaki şu hal şekli hakkaniyete uygun ise de bu hüküm ne İsviçre hukuku ve ne de Türk hukukundan madut değildir.

A nın B den bir şey satınalıp ta semeni vermiyerek onu başkasına bağışlamasında haksız maledinme meselesi mevzuu-bahs olamaz. B nin uğradığı zarar, burada, haksız iktisaptan mümbaiş olmayıp belki A ile aktolunmuş muteber bir akitten mütevellittir; zarar A nın alıcıya terettüp eden borçlarını yerine getirmemesinden çıkıyor. Diğer taraftan, mevhubünleh olan C nin kazancı da haksız maledinmeden ileri gelmeyip belki sadece muteber bir hibeden husul bulmuştur. Eğer B, (A) yı dava edecekse bunu satım aktine müsteniden yapmalıdır, yoksa haksız iktisaba binaen değil.. taki A maledimneye mevzu olan şeyi hibe ettiğinden bahisle kendisinin malı artmış olmadığını iddia edemesin. Böyle olmakla beraber bazı müellifler bu neviden bir hadisede haksız iktisap davasının kabulüne taraftardılar.

Kanaatimce bu esasi bir hatadır; öyle bir hataki akitten neş'-

et eden borçlarla haksız iktisaptan neş'et edenler arasında en fena karışıklıklara saik olabilir.

### Haksız iktisap davasının müruruzamanı:

Borçlar kanunu haksız maliedinme davaları için ayrı, mahsusî bir müruruzaman tesis etmiştir; hükmü Bk.m. 66 da (İBK. m. 67) yazılıdır. Bu maddede üç hal derpiş olunmuştur:

1° Haksız surette mal iktisabından dolayı ikame olunacak dava, mutazarrır olan tarafın ( malieksilenin ) verdiği istirdada hakkı olduğuna ve malıartanın şahsına itilâından itibaren bir senelik bir müruruzamana tâbidir. Görülüyor ki bu ilk müruruzaman, zararuziyan davası ile aktin rıza fesadı sebebiyle feshi davasındaki müruruzamanların aynıdır.

2° Müruruzaman herhalde istirdat hakkının doğumundan itibaren 10 senedir. *Misal:*

A malı eksildiğini haber almakla beraber bunun kimin lehinde vaki olduğunu, yani malıartanın şahsını ancak haksız iktisap dava hakkının doğumundan 10 sene sonra öğrenmiş olsa artık dava açamaz; çünkü müruruzaman vaki olmuştur. Müruruzaman başlangıcı, malieksilen tarafından dermeyen edilen haksız iktisap şekline göre tahaliif eder: Muteber sebebi olmayan ödençlere müteallik istirdat davasında (conditio in debiti) malieksilen tarafından *ödencin ifa olduğu gün* müruruzamana mebde teşkil eder. Sebebi nihayet bulan ödençlere müteferri istirdat davasında, *sebebin zail olduğu gündür*. Sebebi tahakkuk etmeyen ödençlere mütedair istirdat davasında ise malieksilenin *borcunun sebebi tahakkuk etmeyeceğine emniyet getirdiği gün* müruruzamana başlangıç olur.

3° Nihayet haksız iktisap malıartan lehinde bir alacak tevilit etmeden ibaret bulunmuşsa, malieksilen, malıartanın haksız iktisabını def'en dermeyen, ve buna müsteniden alacağı vermekten her zaman imtina edebilir. BK m. 66 nın son cümlesinde ( İBK. m. 67§2) hükmü yazılı olan şu vaziyete göre malieksilenin hakları müruruzamana uğramaz. Malieksilenin haklarının bu "müruruzamana uğramazlığı," (imprescriptibilité,) ancak malıartanın malieksilen aleyhindeki iktisabı bir *mücerrel alacak* esasına müstenit olan yerlerde kabili tahasassüldür. *Misal:*

A, bir *mücerret* deyin ikrarı veya bir poliçe esası üzerinden B ye karşı 1000 lira ödemeği taahhut etmiş ve bu vadin hakikatte hiçbir sebebi yoktur, diyelim. Borçlu A, B den deyin ikrarının veya poliçenin istirdadını dava edebilir. Şayet bir seneyi geçirmiş olmasına binaen dava hakkı müruruzaman haddine varmış olsabile, meselâ 18 ay sonra B kendisinden deyin ikrarını veya poliçenin ödenmesini istedikte, ona karşı gene muvaffakiyetle defide bulunabilir; yani B nin iktisabındaki haksızlık şaibesini serdederek borcu ödemekten imtina edebilir.

Bazen maleksilenin malıartana karşı müteaddit dava hakkı olur; hem bir zararuziyan davasını, hem de haksız iktisap dava sını haiz olmak gibi.. Faraza, bir haksız fiilin bir taraftan mutazarrır için bir ziyayı, diğer taraftan fail için bir maledinmeyi mücip olması halinde bu vaziyet hâdistir. *Meselâ:*

A, ihmal ve teseyyüple B nin bir şeyini kullanmıştır, farzedelim; bununla kendisi B nin zararına olarak maledinmiş olur. B şu iki davadan birini intihapta muhayyerdir: Ya zararuziyan davası açar ya haksız mal iktisabı davası.. Eğer birinciyi açarsa artık ikinciyi ikame edemez. Ancak şu da müsellemdir ki, şayet ikinciye tercih etmişse — davacının uğradığı zarar maleksilmesinden daha şümüllü olmak veyahut malıartan dava zamanında şeyi elden çıkarmış bulunmak şartlarıyla — maleksilen, haiz olduğu zararuziyan dava hakkını muhafaza eder.



## FASIL VII

### BORLARIN NEVİLERİ (1)

**HULÂSA:** Umumî mülâhazalar. -- Başkası lehine şart; mahiyeti ve neveleri: Başkasının fiilini taahhüt yanlış manasıyla başkası lehinde şart; asıl manasıyla başkası lehine şart; başkası lehine şartın mevzu; başkası lehine şartın temsil ile müşabeheti ve farkları; asıl başkası lehine şart ile yanlış manasıyla başkası lehine şartın tefirinde kıstas; fesih hakkı: üçncüşahsın hakkının onun akte iltihakı ile fesholunamaz hale gelmesi; fesih hakkının alacaklının alacaklıları tarafından kullanılması; başkası lehine şartın sıhhati; başkası lehine şartta ödencin ifasını isteme hakkının kine ait oluğu; başkası lehine şarttaki ödençlerin tahlili: 1° borçlunun meşrutünlehe olan ödenci; 2° alacaklının meşrutünlehe olan ödenci; başkası lehine şartta şekil meselesi; başkası lehine şartın inikadı ve hukukî sebebi; feshi, Müteselsil borçlar, neveleri: kümülâtif borçlar, müteaddit teselsül, lâzım teselsül, asıl müteselsil borçlar, korreal teselsül -- Lâzım veyahut pasif teselsül: tarifi ve mahiyeti; neveleri: 1° akti pasif teselsül, 2° zimni pasif teselsül. 3° kanunî pasif teselsül; 4° haksız fiillerden mütevellit pasif teselsül; pasif teselsülün hükümleri alacaklının jus variandi'si, birlikteborçluların defileri: şahsi defiler müşterek defiler; müteselsil birlikteborçta temerrüt, müteselsil birlikteborçta kusur; teselsülde ifanın neveleri ve bunların hükümleri: a) ödeme ile sukut, b) ödemededen gayrı bir sebeple sukut: 1° ibra ve tecil, 2° tecdit, 3° konfüzyon, 4° müruruzaman, 5° alacaklının temerrüdü, 6° ilâm. Rücu hakkı: 1° mütesaviyen taksim prensibi, 2° borçlunun ancak kendi hissesinden mâadasında rücu hakkı prensibi, 3° kanunî halefiyet prensibi. -- Yanlış manasıyla teselsül: mahiyeti, asıl teselsül mukayesesi tefirki; hükümleri: 1° müruruzaman itibariyle, 2° rücu hakkı itibariyle, 3° halefiyet itibariyle. -- Müteaddi veyahut aktif teselsül: tarifi ve mahiyeti. -- Gayrıkabiltaksim borç: tarifi ve mahiyeti; müteaddit borçluların bir ödençle mükellef olması; pasif teselsül ile aradaki müşabehet.

#### UMUMİ MÜLÂHAZALAR.

Borç münasebetlerinde alekser yalnız iki zihakka, iki söjeye tesadöf olunur; biri, ödenci istemek

[1] Des modalits des obligations. B K. nun 4cü babına bakınız.

ahkını haiz olan alacaklıdır; öteki ödenci vermekle mükellef olan borçludur. Muamelelerin en çoğunda hal böyle ise de başka kombinezonlar, tertipler de mümkündür: Bazen alacaklı ile borçlu arasında, borçlu ödençe mükellef olmaksızın bir borç mevcut olabilir ki bu takdirde ödenç bir üçüncüşahsın uhdesine tahmil edilmiş demektir. Kezalik bir borç alacaklı ile borçlu arasında münakit olmakla beraber ödenci istemek hakkı bir üçüncüşahsa dahi ait olabilir, böyle borçlar da vardır. Nihayet, borç bir üçüncüşahıs lehine ihdas edilmiş olur da bu şahıs ödenci talep edemez, bu da mümkündür. Bütün bu hallere "*başkası lehine şart*," itlak olunur ki bunlar aa, üç türlü hukukî münasebete mahâl verirler.

Bundan başka, bir borcu tazammum eden münasebetler: bir alacaklı müteaddit borçlu, birçok alacaklı birtek borçlu, veyahut ta müteaddit alacaklı ve müteaddit borçlulardan mürekkep iki zihak beyninde de vücut bulabilir. Bu son üç ihtimalde "**çoktarafli, veya birlikteborçlardan** (1) bahsolunur ki bunlar "*müteselsil taahhütler*,"e menşe ve kaynak teşkil ederler.

## I. BAŞKASI LEHİNE ŞART. (2)

### MAHİYETİ VE NEVİLERİ:

Bir akitte yalnız doğrudandoğruya akittaşlar (co - contractants) arasında olmayıp aynı zamanda başkalarının, akte iştirak etmeyen üçüncüşahısların leh veya aleyhinde birtakım haklar da derpiş olunmuş ise bu kabîl akitler üç nevi taahhüt teşkil edebilir. Bunları şu yolda tefrik ve tesbit etmek lâzımdır: A) Başkasının fiilini taahhüt; B) yanlış olarak "*başkası lehine şart*," denen taahhütler; C) Asıl "*başkası lehine şart*," lar..

### A. Başkasının fiilini taahhüt (3)

Bu taahhüt bir akittir ki onda borçlu doğrudandoğruya alacaklıya kendi, ödencini vermeyi iltizam edecek yerde, ne vekilî

(1) Les obligations conjointes ou multiples.

(2) Stipulations pour autrui.

(3) La promesse de parte-fort.

ne de mümessili değilken, bir üçüncüşahsın fiilini vadeder.

**Misal:**

A, B ye bir üçüncüşahıs olan C nin 1000 lira ödeyeceğini vadetmiş, tasavvur edelim: C ifaya mecbur değildir; böyle olmakla beraber A, B ye karşı C nin 1000 lira tesviye edeceğini iltizam ve taahhüt etmiştir. Başkasının fiilini taahhüt bir nevi teminat aktidir; zira şayet C ödenci ifa etmezse, borçlu A, alacaklısı B ye karşı üstüne aldığı borcun ifasızlığından dolayı zararuziyan vermeye mecbur tutulur. Şu haliyle bu mukavele, mahiyeten, aharın vereceği bir ödenci teminata bağlamaktan ibarettir. Mezkûr ademiifa halinde zararuziyan tediyesi vücubu B K. m. 110 da (İ B K. m. 111) mansustur.

*B. — Yalnız manayla başkası lehine şart (1)*

Bu şart bir akittir ki, orada borçlu kendi nam ve hesabına hareket ederek alacaklıya karşı borcu bir başkası lehine ifa etmeği taahhüt eder; fakat ifayı talep hakkı munhasıran alacaklıya ait olduğundan bu üçüncü şahıs kendi lehine koşulan şu şartın yerine getirilmesini borçludan resen isteyemez. **Meselâ:**

A, C ye 1000 lira vermeği B ye karşı iltizam etmiş olup ta tediyeyi C isteyemeyip bu hakkın yalnız B ye ait olacağı mukarrer bulunmuş olması halinde olduğu gibi.

Burada da kat'iyen temsil salâhiyet ve münasebeti yoktur. Bu hal I B K. m. 112 § 1 de derpiş olunmuştur (T B K. m. 111 in 1<sup>ci</sup> cümlesini okuyunuz). Üçüncü şahıs sadece borçlunun vereceği ödenci almak hakkını haizdir, o kadar; kendisinin hiçbir müeyyide hakkı yoktur, yani borçluyu ifaya cebredemez. Diğer taraftan borçlu da ancak bu üçüncüşahıs lehine ödeyebilir. Temerrüt ve mumataba halinde borçluyu icraen takip edebilecek olan, üçüncüşahıs değil munhasıran alacaklıdır. İcra dairesi yapılan takibatın hasilını alacaklıya değil üçüncü şahsın eline tesviye etmeğe mecburdur.

Başkası lehine yapılan bir aktin mevzuu her zaman para olmaz. **Meselâ:**

[1] Stipulation pour antrui impropement dite.



A, B ye karşı C ye bir şey vermeği, bir iş yapmayı taahhüt edebilir. Neticede bu borç ifa edilmeyince zararuziyana tahavvül ve inkılâp eder; alacaklı B, ademiifadan dolayı üçüncüşahıs C ye terettüp eden zararın tamir ve tazminini A dan talep edebilir. Başkası lehine alacakta yalnız alacaklı tasarruf edebilir; zira üçüncüşahıs akitte taraf değildir. Alacaklı bu alacağı başkasına temlik edebilir; o zaman üçüncüşahıs, lehindeki ifayı ancak alacağı temellükedenden isteyebilir. Bunun gibi, alacaklı borçluyu ibra dahi edebilir. Bu takdirde üçüncüşahıs bütün haklarını zayı eder, zira başkası lehine şartın meşgul olduğumuz şekilde: meşrutünleht, kendi lehine olan ödencin ifasını talep etmek hakkını haiz değildir.

### C. — Asıl manasıyla başkası lehine şart (1) :

Buna lâtince "pactum in favorem tertii," de derler. Bu bir akittir ki, onda, borçlu alacaklıya karşı, borcunu bir üçüncüşahıs lehine eda edeceğini taahhüt eder, fakat ötekinden farklı olarak burada bu üçüncüşahıs ta ödencin ifasını talep edebilir. Meselâ gerek B ve gerekse C tediyei isteyebilecek şekilde olmak üzere A nın, B ye karşı, C ye 1000 lira vermeği taahhüt etmesinde olduğu gibi... Şartın bu türlüğü İ B K. m. 112 § 2 de (T B K. m. 111 in 2<sup>ci</sup> cümlesini okuyunuz) mezkûrdur. Bu nevi mukavele "aktin hakları ancak âkitlere aittir," yolundaki büyük prensibe bir istisna teşkil eder. Buna cevaz vermeyi muhik gösteren mülâhaza şudur ki başkası veya başkaları lehine şartta üçüncüşahıs hiçbir borç deruhde edemez yalnız birtakım haklar kazanır. Bu hakları istimal edip etmemekte tamamen muhtar ve serbestir, tabii. Bilfarz mütevaffanın ölüme bağlı bir tasarrufla kendisine vasiyet ettiği bir alacağı musaleh isterse borçludan mutalebe eder isterse etmez. Diğer bir ifade ile: üçüncüşahıs kendi lehine şart ile asla beğli değildir; tarafların kendi lehine tesis ettikleri borcu daima reddebilir.

"Pactum in favorem tertii," Roma hukukunda da vardı. Fakat orada kanunumuzdaki vüŝ'ati haiz değildi; ancak birkaç mahsus

(1) Stipulation pour autrui proprement dite.

hale hasır ve tahdit edilmişti. Bu nevi şartlar bilhassa Alman hukuku adiyesi tarafından taammüm ettirilmiş idi. Bugün gerek Fransız hukukunda (F K M. m. 1121) ve gerek Alman hukukunda (A K M. m. 328) kabul edilmiştir.

### **Başkası lehine şartın mevzuu :**

Üçüncü şahıslara bu suretle tafviz olunan haklar B K m. 19 ve 20 ile menedilmeyen her nevi ödenç olabilir. Üçüncü şahsa borçlu olunan ödenç şahsî veya nakdî veya aynı bir ödenç olabileceği gibi kendisine herhangi bir suretle zararlı olabilecek bir fiili yapmamak borcu olabilir. Bu ödenç, üçüncü şahsa tanınan bir akit yapmak hakkından da ibaret olabilir ; meselâ :

A ile B bir adi şirket teşkil etmişler.. Bu şerikler aralarında C nin (bir üçüncüşahsın ) şerik olarak şirkete girebilmesini , yani A ve B ile bir akit yapmasını takarrur ettirmiş , şart koşmuş olabilirler .

Bazen kefalet akti de başkası lehine şart şekline bürünebilir ; doğrudandoğruya alacaklı ile mukavele edeceğine , kefil, borçluya karşı alacaklı lehine olarak akitleşebilir. Bilfarz :

A, C nin borçlusu olan B ye karşı kefil olmayı deruhde ederse , görülüyor ki, mukavele alacaklı C ve kefil A arasında değil belki kefil A ile borçlu B arasında ve alacaklı C nin lehine olarak aktedilmiş oluyor .

### **Başkası lehine şartın temsil ile müşabeheti ve farkları**

Başkası lehinde akit, temsil ile bazı müşabehetler arzeder. Şu noktaya evvelce de nazarı dikkati celbetmişim: Bu akit temsilden şu itibarla ayrılır ki temsilde mümessil ancak temsiledilenden aldığı mezuniyet ve salâhiyetle veyahut bunun icazeti kaydı ihtirazîsi altında olarak hareket eder; halbuki başkası lehine şart ve akitte ise bilâkis, üçüncüşahsın iştiraki asla lâzım değildir; alacaklı daima bizzat kendi namına hareket eder, hiçbir

zaman başkasının namına iş görmez. Biliyoruz ki temsilde aktin bütün hükümleri temsiledilenin şahsında tecelli eder, şu suretle ki mümessile hukuki noktai nazardan temas eden bir şey yoktur, yani bu suretle yaptığı muamelenin hak ve borçları ona ait değildir. Bilâkis “asıl manasıyla başkası lehine şart,” dediğimiz şeyde üçüncüşahıs dahi borçluya karşı bir alacak iktisap eder, ve fakat aktin bütün diğer hükümleri bizzat akittaşların (âkitlerin) şahıslarına muzaf olur. Şayet, bilfarz, borçlunun bir üçüncüşahıs lehine bir şey taahhüt etmesi için alacaklı kendi tarafından ona (borçluya) karşı herhangi bir hususu iltizam etmiş bulunuyor ise bubaptaki taahhüt ve borçlar alacaklının şahsına aittir; halbuki temsilde bunlar temsiledilene geçer, mümessil daima her türlü taahhütten beridir. Binaenaleyh tatbikatta, bir temsil mi yoksa başkası lehine şart mı müvacehesinde bulunulduğunu kestirmek kolaydır. Meselâ:

B, (A) ya karşı C lehinde bir hibe taahhüt etmiş farzederek burada acaba A, C nin mümessili midir yoksa B nin alacaklısı mıdır? ve keza C, A tarafından temsil mi edilmiştir, yoksa iştirak etmediği bir akitten üçüncüşahıs sıfatıyla istifade eden bir kimse mevkiinde midir? Mesele tafsile tâbidir: Eğer B, C ye bir hibede bulunmak istiyor idi ise A ancak mümessil sıfatıyla hareket ediyor demektir, binaenaleyh ya C nin bubapta salâiyetini haiz olmalı veyahut onun icazetini mahfuz bulundurmalı yani hibeyi onun icazetine mevkuף olarak kabul etmelidir. Yok böyle değil de B, (A) ya bir bağışlama yapmak niyetinde iken A bu hibenin üçüncüşahıs olan C ye yapılmasını şart etmişse hadise bir “pactum in favorem tertii,” dir, yani ortada C lehine bir hibe vardır. Filhakika bu neviden bir akitte alacaklı daima taraftır, ve borçlu ile alacaklı beynindeki akti münasebet borçlunun başkası lehine olan ifasından ayırdedilmek iktiza eder. **Misal:**

A ile B semen C nin eline tesviye edilmek şartıyla bir satım akti yaparlarsa A ile B, velevki semen bir başkasına ödensin, gene biri alıcı öteki satıcı olarak akitte taraf olmakta devam ederler.

### Diğer bir misal :

A ile B, kirakarşılığı kiracı tarafından C ye ödenmek şartıyla bir icar aktetseler burada da gene A, mucir, ve B müstecir kalırlar, kira bedellerinin üçüncüşahıs olan C ye verilmesi şartının bu münasebete tesiri yoktur.

Üçüncüşahıs C ye devrolunmayan bütün haklar tarafların uhdesinde baki kalır. **Meselâ:** Yukarıki iki mısalde alıcı, mebi ayıplı olduğu takdirde semenin azaltılması veya aktin feshi gibi bütün haklarını muhafaza eder; diğer taraftan icar bir üçüncüşahıs lehine münakit olmakla beraber, akti feshetmek hakkı yalnız kiracıya aittir.

### Asıl manasıyla başkası lehine şart ile yanlış manasıyla başkası lehine şartın tefrikinde kıstas :

Başkası lehine şartta, görülüyor ki, alacaklı üçüncüşahıs lehine olarak ifayı daima istemek salâhiyetini haizdir; üçüncüşahıs ta bazan bizzat bu ifayı talep edebilir. Bir asıl başkası lehine şart mı yoksa yanlış olarak böyle yadedilen bir şart mı muvacehesinde bulunulduğunu bilmek mes'elesi her şeyden evvel bizzat tarafların niyetlerine ve sonra da örfüadete menuttur. Bu neviden itilâf ve mukavelelerde tarafların niyeti alelekser zahir ve belli değildir; bunlar: üçüncüşahsa hakikî bir alacaklının bütün haklarını mı vermek istediklerini yoksa bir ödencin onun lehinde ifasını murat etmekle mi iktifa ettiklerini açıkca beyan etmezler, bu noktayı meskût bırakırlar. Bazı ahvalde örf, üçüncüşahsa ödenci istemek hakkını verir; başkası lehindeki bazı mukaveleler daima "asıl başkası lehine şart," seciyesini haizdirler, meselâ, üçüncüşahıs lehine sigorta akitleri, üçüncüşahıs lehine nakliyat mukaveleleri bu kabildendir.

Bu hususta tarafların niyetleri vazih olmayan veyahut örf ve âdet mevcut olmayan birçok ahval vardır, bunlarda vaziyet ne olacaktır ? Bu takdirde , eğer işin ahval ve zurufuna ve aktin istihdaf ettiği gayeye mülâyim ve mutabık düşüyorsa, üçüncüşahsın hakikî bir alacaklınıkilere mümasil haklara malik olduğunu

kabul etmelidir. Şayet şu kabul olunabiliyorsa ki, taraflar eğer aktin bütün avakip ve netayicini derpiş edebilseydiler üçüncü şahsa ödenci talep hakkını tanımış olacaklardı . . eğer bu kabul olunabiliyorsa ozaman tam manasıyla başkası lehine şart mevzuubahs demektir. Nitekim muhtelif ihtimalâta bu hadise vakidir. Bunların hepsini burada sayıp dökerek değilim ; ancak misal kabilinden birkaç tanesini zikretmekle iktifa edeceğim : Üçüncü şahıs lehinde tesis olunan kaydi hayat şartıyla bakma aktinde , kabul etmek lâzımdır ki , üçüncü şahıs ödencin ifa edilmesini isteyebilir; zira bunun böyle olması mezkûr aktin mahiyeti icabındandır , hatta velevki tarafların niyeti zahir ve aşikâr olmasın , ve bubapta bir âdetin mevcudiyeti ispat olunamasın .

Muayyen bir şahıs lehine vaki şarta bağlı hibelerde , bundan müstefit olan üçüncü şahıs dahi , taraflar sarahaten hilâfını kastemiş olmadıkça , alacaklı gibi hareket edebilir ; B bilfarz şahsı malûm bir kimse için toplanan ianede bu şahsın hakkı yalnız kendisine verilecek şeyi almaktan ibaret değildir, belki toplanan paraların kendisine teslim edilmesini de isteyebilir , yeter ki ianeyi tertip edenler tarafından açıkça hilâfı kararlaştırılmış , şart edilmiş olmasın .

Bir evin alıcısını, ev üzerinde mevcut icarlara riayete mecbur eden bir mukavele dahi mahiyetten tam manasıyla başkası (yani kiracılar) lehine şart hükmündedir, ve kiracılar mukavele mufadınca, malik oldukları haklara riayet edilmesini doğrudan doğruya alıcıdan mutalebe edebilirler, zira bu aktin manası budur.

Bankaya bir üçüncü şahıs hesabına para yatırma halinde bu şahıs derhal ve doğrudan doğruya bankanın alacaklısı olur. Meselâ: A, B bankasına C hesabına 1000 lira tevdi ederse C, B den bu paranın kendisine teslimini isteyebilir, burada bir „ tam manasıyla başkası lehine şart „ tahakkuk etmiştir.

Müstevdam vediaı borçlunun alacaklısına teslim etmesi mükellefiyeti altında olarak: bir borçlunun borçlu olduğu şeyi B K. m. 91 (İ B K. m. 92) mucibince „tevidi „ etmesinde de vaziyet gene böyledir. **Misal:**

A, C ye borçlu olduğu bir meblağı, ona verilmek üzere B bankasına tevdi ederse bu hadisede A ile B arasında C lehine bir "ida," münasebeti vardır; C vedianın iade edilmesini B den talep edebilir.

Bir satım aktinde satıcı A, semenin, alıcı B tarafından bir üçüncüşahsa, C ye, tesviyesini şartettikte, C nin tediye şahsî bir menfaati oldukça, ortada tam manasıyla başkası lehine şart mevcut olur; C nin şahsî menfaati keyfiyeti bittabi ahval ve şeraite bağlıdır. **Misal:**

C, A nın alacaklısıdır; borç B tarafından tesviye olunacak bir para ile ödenecektir; şimdi A ile B arasında C lehine vaki mukavele asıl manasıyla başkası lehine şart teşkil eder.

Bir işçinin (A) gündeliğinin bilfarz ailenin iâşe ve bakımını teminen karısının (C) eline verilmesini patron ile (B) kararlaştırmış olması da aynı hükümdedir; binaenaleyh burada da (C) yevmiyeleri patron B den doğrudandogruya talep edebilir.

Maahaza diğer birçok hallerde sadece yanlış manasıyla başkası lehine şart mevzuubahs olabilir; binnetice bu kabil hadiseler üçüncüşahsa hakikî bir alacaklının hukukunu temin etmez. Hâmile muharrer senetlere müteallik nazariye kâmilen, tam ve asıl manasıyla başkası lehine şart esası üzerine kurulmuştur. Hâmile muharrer bir senet veren borçlu ( A ) yalnız ilk alacaklıya (B) değil hini hacette bu senedin sonradan alacaklısı olmuş olan C, D, E, v. s. nin hepsine karşı borç iltizam etmiş olur; sonraki alacaklılar C, D, E v. s. ise bu kıymetli evrakı usulüne muvafık ve muntazam bir surette iktisap ettikleri ândan itibaren borçluya karşı doğrudandogruya hak sahibi olurlar.

Başkası lehine şart, miras hukukunda da epeyce rol oynar. Bir miras mukavelesi ile de üçüncüşahıs lehine birtakım haklar ihdas etmek kabildir : Müteveffa A , B ile aktettiğ bir miras mukavelesinde üçüncüşahıs olan C yi kendi mirasçısı veya musalehi naspemeyi tekabbül edebilir ; böyle bir miras mukavelesi muteberdir; bir asıl manasıyla başkası lehine şartı tazammun eder ve C ye , yani üçüncüşahsa mirasçılık veya musalehlik haklarına riayet olunmasını talep hakkını bahşeder .

B K m. 111 ( İ B K . m . 112 ) hükmüne göre, başkası

lehine mukavele ile sadece, üçüncüşahıs lehine bir borcun **ifası** şartolunabilir. Doktrin bu maddeyi tefsir ederek üçüncüşahıs lehine bir borcun **ibrası** da mümkün olduğunu kabul ediyor .  
**Meselâ :**

A ile B aktettikleri bir mukavelede : B nin C yi borcundan ibra edeceğini kararlaştırmış olmalarında olduğu gibi . .

Bundan maada doktrine göre, başkası lehine şart tarikiyle bir rehin hakkı da tesis olunabilir , şu sebepten naşı ki, rehin hakkı bir borcu garanti etmeye onu teminata bağlamaya yarar .

**Misal :**

A ile B bir akit yaparlar ; bununla A , B ye verdiği bir senet, bir kıymet veya bir şeyin bizzat kendisinin C ye olan borcuna teminat teşkil edeceğini şarteder . . .

Başkası lehine şartın borçlardan ve borçlala müteallik teminattan mütevellit olanlar haricinde diğer hukukî münasebetlere teşmili mümkün olup olmadığı meselesi doktrinde pek ziyade münakaşa edilmektedir. Kanaatimce mesele menfi şekilde halledilmelidir; diğer hukukî münasebetler hususunda temsile müteallik kaideler kifayet eder. Başkası lehine şart ve mukaveleleri kanununda derpiş olunmayan hukukî münasebetlere taşımak mümkün değildir, çünkü bu nevi şart ve mukaveleler daima gayrın hukukuna, ona ait olan hukukî sahaya bir müdahale mahiyetini tazammun ederler. Meselâ A bir akit yapmak ve bununla da B nin bir malını C ye temlik etmek isterse bunu üçüncüşahıs lehine şart suretiyle yapamaz; bunun bir yolu vardır : C nin mümessili olarak hareket etmek.

Asıl manasıyla başkası lehine şart, üçüncüşahısa, (meşrutünlehe) borcun kendi lehinde ifasını istemek hususunda **şahsan** bir hak bahşeder. Bu borç bilâhara meşrutünlehe geçmek üzere evvelâ alacaklının şahsında sabit olmayıp bilâkis doğrudandöğruya meşrutünlehte sabit olur. Binaenaleyh, borcun ihdasına alacaklı tarafından mübaşeret olunmakla beraber, üçüncüşahıs hukukan onun bir **halefi** menzilesinde değildir. Bunun bir deliline hayat sigorta mukavelelerinde tesadüf olunur; şayet bilfarz, bir sigortaettiren öldüğü zaman sigorta bedelinin çocuklarına

verilmesini şartederse bunlar sigortacıdan parayı miras haklarına müsteniden değil belki lehlerine münakit şartlı mukavele mucibince doğrudandogruya iktisap ederler; hatta o kadar ki mirası reddetmiş olsalar dahi sigorta bedeli onların hakkıdır. (1)

Bu nevi şartlarda üçüncüşahsın hakları, kaide olarak, mukavelelenin inikadı zamanında doğar. Böyle olmakla beraber, eğer bizzat taraflar bunların daha sonra doğacağını, bir şarta veya ecele bağlı olmasını derpiş etmişlerse vaziyet değişir. **Meselâ:**

Borçlu A alacaklı B ye karşı, C ye bir irat tesviyesini taahhüt etmekle beraber bu taahhüdünü C nin de kendisine bir koleksiyon veya herhangi mühimsediği bir şeyi bağışlamasına talik etmesinde olduğu gibi..

**Fesih hakkı. — Üçüncüşahsın hakkının onun akte iltihakı ile fesholunamaz hale gelmesi:**

Kaideten, şarttan istifade eden üçüncüşahsın hakları âkitler tarafından fesih ve ikale olunabilir. Bu keyfiyet şu hadisenin neticesidir ki üçüncüşahsın hakları onun iştiraki olmadan ihdas olunmuştur; binaberin aktin muhtevasını alacaklı ile borçlu karşı karşıya istedikleri gibi tesbit etmişlerdir. Bunlar sonradan üçüncüşahsın haklarını tadil etmeyi muvafık görebilirler; bunu yapabildikleri gibi akti feshederek mezkûr hakları külliyyen de ortadan kaldırabilirler. Binaenaleyh, üçüncüşahsın haklarının muhtevası ve şumulü herşeyden evvel alacaklı ile borçlu arasındaki anlaşmaya bağlıdır. Alekser mezkûr anlaşma ve mukavele bu bapta sakit bulunur, taraflar üçüncüşahıs lehine takabbül olunan borçların tadil veya fesih hakkını sarahaten tezekkür ve derpiş etmezler. Bu takdirde üçüncüşahıs **akte iltihak** (2) ederek yani haiz olduğu hakları istimal etmek istediğini; borçluya beyan etmek suretiyle bunları fesholunamaz hale getirebilir. Bu hüküm B K. m. 111 in son cümlesinden ( İ B K. m. 112 § 3 )

[1] Türk T K. m. 997 mütalea buyurunuz.

[2] Accession au contrat. M. O.



müsteban olmaktadır, (bu maddeyi okuyunuz). Üçüncüşahıs tarafından yapılan bu iltihak beyanının hükmü tarafların fesih hakkını yok etmektedir. Bu, başkası lehine şartın onu temsilden vazıhan tefrik eden bir unsurdur. Temsilde hukukî münasebetler tamamen başka türdür: Filhakika, B nin mümessili olan A, üçüncüşahıs olan C ile bir akit yaparken salâhiyetini tecavüz ettiği takdirde B nin icazet vererek akti kabul etmek hakkını ondan asla rezedemez; temsiledilen B ancak akti ya kabul ya reddedebilir, C ile yeni bir anlaşma aktetmeksizin bunu tadil ve tadil ve tahfif edemez.

Üçüncüşahıs kendi lehindeki akte, bu akit veya şarta ıttılardan itibaren iltihak edebilir, hatta velevki borç vadeli veya şartlı olsun. Fakat B K. m. 111 de (İ B K. m. 112 § 3) derpiş olunan bu iltihak hakkı hiçbir veçhile ahkâmıamireden, kanunun emredici hükümlerinden değildir. Binaenaleyh borçlu ile alacaklı, üçüncüşahsın akte iltihak hakkını sarahaten bertaraf edebilirler. Taraflar, bunu birtakım şekil ve suretlere de tâbi bulundurabilirler; iltihakın ancak, üçüncüşahsa yapılacak bir tebliğ veya ihbardan sonra mümkün olabileceğini kararlaştırabilirler; mezkûr âkitler hatta üçüncüşahsın iltihakını tecviz ve derpiş etmekle beraber ve vaki olan bu iltihaka rağmen akti tadi veya feshetmek hak ve salâhiyetini mahfuz bulundurabilirler.

Alacaklı, hini akitte intifai meşrut olan üçüncüşahsı borçluyu yapılacak basit bir beyanla değiştirmeyi, onun yerine bir başkasını ikame etmek hakkını mukavelede mahfuz bulundurabilir. Alacaklı üçüncüşahsın yerine kendi geçeceğini dahi mukavele edebilir. Şuhalde fesih hakkı ilânihaye sürmez, bunun da sonucu vardır: Üçüncüşahıs muteber ve taraflar arasındaki akte muvafık bir iltihak ile haklarını sağlamlaştırdıktan, onları "fesholunamaz" kıldıktan sonra artık kullanılmaz. Bazen de fesih hakkı iltihaka rağmen berdevam olur; fakat bu takdirde ya akitte sarih bir şart veyahut ta kanunda kat'î bir hüküm mevcut olmak lâzımdır. İşte İsviçre sigorta ahkâmı buna bir misal teşkil eder; filhakika bu kanuna nazaran: üçüncüşahıs lehine sigorta akteden kimse bizzat kendisi fesih hakkından vazkeçtiğini sigorta poliçesi üzerine yazıp bunu mezkûr üçüncüşahsa teslim etmiş olma-

dıkça bu hakkını muhafaza eder [1]. Bu fesih hakkı doğrudan-doğruya ve tamamen şahsa bağlı bir haktır (un dait personnalissime), şu manada ki miras ile intikal etmez; alacaklının mirasçıları bunu kullanamazlar.

### **Fesih hakkının alacaklının alacaklıları tarafından kullanılması :**

Üçüncü şahsın hakları doğrudan doğruya ona raci ve matuf olur, onun şahsında doğar, yoksa alacaklının kinde değil.. Binaenaleyh şahsın aktifine, onun mevcudatına dâhil olup alacaklının mamelekine girmezler; şöyle ki alacaklının kendi dayinleri üçüncü şahıs lehine meşrut alacağı haczettiremezler.

Maahaza, gerek alacaklı ile borçlu arasındaki mukavele mufadinca zaten fesih her zaman mümkün olmak dolayısıyla ve gerek üçüncü şahıs kendi lehine meşruh mukaveleye henüz iltihak etmemiş olmak gibi bir sebeple alacaklı fesih hakkını istimal etmek salâhiyetini haiz olduğu müddetçe bunun alacaklılarına da bu hak tanınmaktadır. **Misal :**

A, B nin 1000 lira vermesini C lehine şartetmiş.. Şuhalde A nın B zimmetinde C lehine ifa edilmek üzere bir alacağı vardır; A nın alacaklıları bu 1000 liralık matluba haciz koyamazlar, çünkü C nin mamelekine dâhildir; fakat A nın haiz olduğu fesih hakkını kullanabilirler, ancak demincek söylediğimiz gibi bir şart ile ki: meşrutün leh C, lehindeki akte henüz iltihak etmemiş olmak veyahut ta A, B ile yaptığı akitte C iltihak etse de gene fesih salâhiyeti olacağını tasrih ederek bu hakkını mahfuz buldurmuş olmak lâzımdır. Bu takdirde A nın alacaklıları, meşrutün leh C nin yerine (A) yı ikame ederek böylelikle A nın B de olan alacağını haczedebilirler, zira bu halde C nin artık hiçbir hakkı kalmaz.

### **Başkası lehine şartın sıhhati:**

Lehine şart edilenin, bu bapta ki akitle sabit hakları pek ta-

(1) Türk T. K. m. 998 § 2 ye müracaat buyurunuz.

bii olarak bu aktin sıhhatine bağlıdır. Bu sıhhat bir taraftan alacaklının diğer taraftan borçlunun şahıslarına nazaran takdir olunmak iktiza eder, meşrutünlehin şahsına bakılmaz. Eğer taraflar (yani alacaklı ile borçlu) arasındaki akit muvazaalı ise üçüncü şahsın (meşrutünlehin) hiçbir hakkı olamaz. Bunun gibi âkitler şayet şarta bağlı bir akit yapmışlarsa, lehineşartedilen şartın tahakkukundan evvel hak sahibi olmaz; şayet alacaklı veya borçludan biri bir rıza fesadı dermeyeran ediyorsa akit sa-  
rahaten veya zımmen icazetlenmedikçe, meşrutünlehe beklemek düşer, hiçbir hakkı yoktur. Eğer bizzat lehineşartedilen, bir hilenin faili veya vâkîfi ise akte müsteniden hiçbir hak iddia edemez, zira B.K.m. 28 § 2 buna mânidir. Aktin mahsusi bir hükmü mucibince taraflara ait olan fesih veya ilga hakkının kullanılmasıyla, başkası lehine meşrut olan mukavele hükümden düşer, meşrutünlehin artık hiçbir hakkı kalmaz. Borçlu, alacaklının iki-tarafli bir akit mucibince kendisine terettüp eden mükellefiyetleri ifa etmediğini def'en dermeyeran eyleser, keza, meşrutünle akitten istifade edemez. *Misal:*

A, B ye karşı C ye bir mücevher vermeyi iltizam ve B de (A) ya karşı 1000 lira itasını taahhüt etmiş bulunsalar B akit mucibince 1000 lirayı (A) ya tesviye etmedikçe C, A dan mücevherin teslimini isteyemez.

### **Başkası lehine şartta ödencin ifasını isteme hakkı kimindir?**

Asıl başkası lehine şartta gerek meşrutünle gerek alacaklı her ikisi, borçludan ödenci isteyebilirler. Şuhalde alacaklı ile meşrutünle iki murtabıt alacaklılardır (créanciers conjoints); bunların vaziyetleri aynen o mahiyette olmamakla beraber, müteselsil alacaklılarınkini andırır. Teselsülde her alacaklı borçludan ödencin tamamını talep edebilir; halbuki başkası lehine şartta borçlu bu alacaklılardan yalnız birine karşı muteber, bir ifade bulunabilir: o da meşrutünlehtir. Meşrutünlehin kendi haklarını bizzat arayıp tahakkuk ettiremeyeceği bazı ahval olabilir; buralarda, alacaklının ödenci onun lehine olarak isteyebilmesinin ameli bir ehemmiyeti vardır. *Misal:*

A bankası, aksiyonlu B şirketi tavassutu ile mali piyasaya birtakım obligasyonlar çıkarıyor, ve ihracı yapan mezkûr B şirketi ile de obligasyon hâmilleri C lehine bazı mali menfaatler şart ediyor, farzedelim. Burada başkası lehine bir şart vardır; meşrutünle hâmillerdir. Borçlu şirket taahhütlerini tutmadıkta kanun yoluna müracaat için obligasyonluların hepsini bir araya toplamak güçtür. Böyle olunca, üçüncüşahıslar lehine akitte alacaklı olan A bankası faaliyete geçer, bu ehliyet ve salâhiyet kendisinde vardır.

Birtakım başka misaller daha tasavvur olunabilir; bilfarz: "gelecekteki veya gayrimuayyen bir şahıs lehine şart gibi; bu takdirde alacaklı borçludan —daha intifai meşrut olan kimse malûm olmadan, ödencini ifadan hulfetmek ihtimaline binaen — teminat istemek hakkını haizdir.

### **Başkası lehine şarttaki ödençlerin tahlili:**

Her başkası lehine şartta, tahlil edilirse, herbirinin hukukî sebebi ayrı iki ödenç vardır:

1) *Borçlunun meşrutünlehe olan ödenci*. — Başkası lehine şart evvelâ **borçlunun meşrutünlehe** ödencini tazammun ve ihtiva eder. Bu ödenç, aralarındaki akit ile müesses hukukî münasebetler mucibince borçlunun alacaklıya karşı mükellef olduğu bir "**dolayısıyla ödenç**," e muadildir. Çünkü borçlunun taahhüdü alacaklıya karşıdır. **Misal**

A ile B bir satım akti yapmışlar. . Alıcı A satıcı B ye karşı, satış parasının bir üçüncüşahsa, C ye, verilmesini vadetmiş olursa, borçlu A nın meşrutünlehe olan ödenci, aralarındaki beyi akti mucibince A nın B ye ifa ile mükellef olduğu ödece müsavidir, bu iki ödenç birdir.

Eğer borçlu alacaklıya meccanî ( ivazsız, karşılıködençsiz) bir ödenç vadetmişse o zaman hakikatta borçlu alacaklıya dolayısıyla hibede bulunmuş demektir. Şekil meselesi noktai nazarından bunun ehemmiyeti vardır: Borçlu tarafından başkası lehine takabbül ve iltizâm olunan şart ve akit, **alacak-**

**ı ile borçlu** arasında riayeti lâzım gelen kanunî şekle mutlaka uygun olmalıdır. **Meselâ** : A ile B arasında C lehine mukarrer ivazsız bir ödenç herhalde hibenin tabi olduğu kanunî şekle makrun olmalıdır; keza , A ile B , C lehine yaptıkları bir gayrimenkul satımını resmî senede raptetmelidirler.

2° *Alacaklının meşrutünlehe olan ödenci.* — Başkası lehine şart bir *dolayısıyla* ödenci daha ihtiva eder; bu ödenç *alacaklının meşrutünlehe* ödencidir, ve bu sonuncuya borçlunun ödencinden istifadeyi temin eder. Alacaklının meşrutünlehe olan bu ödencinin hususî, ve borçlu ile alacaklı arasında deruhde olunan taahhütlerininkinden başka hukukî sebepleri olabilir. Alacaklı bir vereceği iskat ve itfa etmek üzere üçüncü şahıs lehine bir borç şart edebilir. **Meselâ**: alacaklı A borçlu B ile, üçüncü şahıs olan C lehine olarak bir akit yapar ve bunda kendisinin C ye olan deynini B nin vermesini şart koşabilir. Alacaklının bu ödenci hibe şeklinde vaki olabileceği gibi üçüncü şahsa bir kredi açmak suretinde dahi olabilir. Bilfarz, A nın B bankasıyla, bankanın bir üçüncü şahıs olan C ye kredi küşat edeceğini kararlaştırmasında olduğu gibi.. Binaenaleyh, alacaklının meşrutünlehe olan ödencinin sebebi, alacaklı ile borçlu arasında mevcut olup borçluyu meşrutünlehe bir ödenç vadetmeğe sevkedeni ödencinin sebebinden ayırdedilmek iktiza eder. Bazı defa, başkası lehine şartta ancak alacaklının ölümünde ödenir bir ödenç bulunur. Bu hakikî bir ölüme bağlı teberrudan başka bir şey değildir, fakat şu var ki bir vasiyetname veya bir miras mukavelesi şekline bürünmüş değildir.

Üçüncü şahıs lehine münakit hayat sigorta mukavelesinde hep böyledir. **Misal**:

A nın, vefatında bedeli üçüncü şahıs olan çocuklarına verilmek üzere, kendisini B kumpanyasına 2000 liraya sigorta ettirmesi gibi...

### Şekil meselesi:

Aktin tâbi olacağı şekil hususunda daima borçlunun alacaklıya olan ödencinin mahiyetine bakılır, yoksa alacaklının meş-

rutünlehe olan ödenci bubapta haizi tesir olamaz; zira, alacaklı kendisi üçüncüşahsa bir vecibe vadetmiyor, belki ona zaten borçluya karşı mevcut bir matlubunu veriyor. Binaenaleyh şayet alacaklı A üçüncüşahıs C ye B de olan ve bir satım aktinden mütevellit bulunan bir alacağını hibe etmek isterse tahriri şekle lüzum yoktur; B başkası lehine şart esası üzerinden C ye tediye etmeyi kabul etti mi başka şey aramağa hacet kalmaz. Ameli olarak mes'ele şudur: filen ifası mevzuubahs olan şey A nın C ye olan hibesi olmayıp belki A ile B arasında münakit olup C nin istifade edeceği bir beyi aktidir.

### Başkası lehine şartın inikadı, ve hukukî sebebi:

Şuna dikkat etmelidir ki başkası lehine ödenç bu üçüncüşahsın iştiraki ve dahli olmadan münakit olduğundan alacaklı ile borçlu —alacaklı ile meşrutünleh aralarında henüz ödencin hukukî sebebi hakkında herhangi bir hususu kararlaştırmadan evvel— kendi aralarında mutabık kalabilir ve akti itmam edebilirler. **Misal:**

A, C hesabına olarak B tasarruf bankasına 1000 lira yatırır. C derhal borçlu B ye karşı hak sahibi olur; fakat A bu ödencin sebebi hakkında kendisi ile akitleşmedikçe C nin hakları hukukî sebepten mahrumdur; eğer yapılmak istenen şey hibe ise bubapta A tarafından bir icap sepketmek ve C tarafından da kabul vaki olmak icap eder; bunların zımnî dahi olabileceği derkârdır. Lâkin şayet alacaklı A, meşrutünleh C ye hiçbir ihbarda bulunmazsa C nin lehine vaki olan bu ödenç sebepsiz bir ödenç olur ve borçolmayan şeyin iadesi davasına yolaçabilir; yahutta A, C ye icapta bulunmaksızın vefat etmiş ise mirasçıları tarafından istirdat davasına zemin teşkil edebilir. Bu keyfiyet B K.m. 239 (İ B K. m. 244) hükmüne dâhil bağışlama hallerinde pek aşikârdır ( Bu maddeyi okuyunuz).

Başkası lehine şarttan maksat ölüme bağlı bir teberru yapmaktan ibaret ise borçlunun meşrutünleh lehindeki ödencinin hukukî sebebi hakkında alacaklı ile meşrutünleh arasında bir itilâfa hacet yoktur. Bu husus bütün ölüme bağlı tasarruflara şamil

umumi bir kaidedir; burada, intifai meşrut olan kimşenin hukukî sıfatı bizzat müteveffanın rıza ve iradesinde meknuzdur, ayrıca hukukî bir sebep aramaya ihtiyaç yoktur. Bu suretle, alacaklı ile meşrutünleh arasında bir anlaşmanın mefkut oluşuna pek ziyade tesadüf olunur; nitekim üçüncüşahıs lehine hayat sigorta mukavelelerinde bu itilâf ve anlaşmanın bulunmaması pek ziyade cari, adeta müteameldir. **Misal:**

A, vefatından sonra bedeli çocuklarına (üçüncüşahıslara) verilmek üzere hayatını B kumpanyasına 50000 liraya sigorta ettirmiş farzederek meşrutünleher (çocuklar) bu parayı sigorta mukavelesi mucibince ve lehlerine vaki şu teberru hakkında müteveffa A ile kendi aralarında mukarrer bir anlaşma bulunduğunu ispata mecbur olmaksızın iktisap ederler; vaziyetleri bir musaleh vaziyetine benzer.

Ölüme bağlı hibede de böyledir. **Misal:**

A, ölümünden sonra C ye verilmesini şart ederek B ye 1000 lira tevdi etse, bu, ölüme bağlı ve C yi alacaklı tarafından kendi lehine vaki şu ödencin hukukî sebebini ispattan vareste kılan bir hibe aktüdür.

Olabilir ki üçüncüşahıs kendi lehine meşrut olan ödenci iktisap edemez; bu takdirde başkası lehine şart ya batıl yahut ta mefsuttur. Mezkûr şart ve aktin batıl olması ödencin imkânsız olması sebebiyle üçüncüşahsın bundan istifade edememesi halinde tahakkuk eder. İşte bilfarz şu hallerde vaziyet böyledir: Ödenç gelecekteki bir şahsa verilmek icap edip te bu şahsın hukukî bir varlık iktisap etmemesi ile, bir de, akit ölüme bağlı olup ta meşrutünlehin alacaklıdan evvel vefat etmesi hallerinde olduğu gibi,.. Ve nihayet bir de meşrutünlehin mevcut olmaması veya lehindeki şartın mevzuu B K. m. 20 hükümünce haksız veya ahlâk ve adaba mugayır bulunması gibi.. **Misaller:**

1 — A, B yi C ile D nin izdivaçlarından ilk doğacak çocuğa 1000 lira vermeye memur etmişken D (kadın) henüz çocuk doğmadan vefat etmiştir.

2 — A, banker B yi mevhum bir isme doldurulmuş bir tasarruf

cüzdani mucibince 1000 lira vermeye mecbur ve borçlu kılsa, akit tamamen batıl ve keenlemyekündür.

### **Başkası lehine şartın feshi:**

Başkası lehine şartın feshedilmesi keyfiyetine gelince : meşrutünleh kendi nef'ine olan ödenci reddeder, veya bu ödencin ifası borçluya atfolunamaz birtakım sebeplerden dolayı imkânsızlaşırsa mezkûr şart mefsuh olur (B K. m. 117 yi, İ B K. m. 119 u okuyunuz). Bu hallerde alacaklı artık borçluya karşı, bizzat kendine terrüp eden ödenci de yerine getirmez, şayet evvelce ifa etmiş bulunuyorsa borçlu aleyhine BK. m. 117 ye müstenit bir haksız maledinme davası açabilir.

Maamafi, taraflar aktin ve şartın, meşrutünlehin ödenci kabulden imtinasına rağmen devam edeceğini, ve bu takdirde şartın alacaklı veya halefleri (ses ayants- doit) lehine olarak ifası lüzumunu mukavele edebilirler. Hassaten hayat sigortalarında hal böyledir. Maahaza hibeler için B K. m. 244 te ( İ B K. m. 249 ) başka bir hal sureti derpiş olunmaktadır. Bu madde hükmünce mevhubu bir üçüncüşahsa teslim kayıt ve şartı ile mevhubünleh olan kimse, şayet hibenin bu üçüncüşahıs lehine ifasına imkân yoksa, mevhuba muhafaza eder; maahaza bu kimse vakip tarafından bir "haksız maledinme davası,, na maruzdur.

