

Prof. Dr. İlhan Helvacı

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Borçlar Hukuku Genel Hükümler - 6 Hafta - 2. Ders - 16.11.2023

### Borçlandırıcı İşlemler - Tasarruf İşlemleri Ayırımı

Tasarruf İşleminin Borçlandırıcı İşlemden (Hukuki Sebep) Soyut Olması

Tasarruf İşleminin Borçlandırıcı İşleme (Hukuki Sebebe) Bağlı Olması

#### I-) Taşınmaz Mülkiyetinin Nakli Sebebe Bağlıdır (TMK m. 1024/f. 2)

Bir borçlandırıcı işlem var: Örneğin satım sözleşmesi ve bu sözleşme kesin hükümsüz. Bir de tasarruf işlemi var ve geçerli. Yani taşınmazın mülkiyeti tapu kütüğünde alıcıya nakledilmiş. Taşınmaz alıcı adına tescil edilmiş. Kısacası aslında tasarruf işlemi geçerli. Ama taşınmaz mülkiyetinin nakli, illidir yani sebebe (=borçlandırıcı işleme) bağlıdır. Zira TMK m. 1024/f. 2'ye göre:

*“Bağlayıcı olmayan bir hukukî işleme dayanan veya hukukî sebepten yoksun bulunan tescil yolsuzdur.”*

Borçlandırıcı işlem geçersizse tasarruf işlemi geçerli olsa bile, taşınmaz mülkiyeti illi (=sebebe bağlı) olduğu için, borçlandırıcı işlemdeki geçersizlik tasarruf işlemi de geçersiz kılar.

Dolayısıyla eğer durum böyleyse alıcı mülkiyeti kazanamıyor. Bu durumda satıcı ne yapabiliyor? TMK m. 1025/f. 1'e dayanarak tapu kütüğünün düzeltilmesi için bir dava açıyor. Hüküm şöyle:

*“Bir aynî hak yolsuz olarak tescil edilmiş veya bir tescil yolsuz olarak terkin olunmuş ya da değiştirilmiş ise, bu yüzden aynî hakkı zedelenen kimse tapu sicilinin düzeltilmesini dava edebilir.”*

Böylece satıcı tapu kütüğünde tekrar taşınmazın kendi adına tescil edilmesini sağlayabiliyor. Bu dava mülkiyet hakkına dayalı bir davadır. Zamanaşımına tabi değildir ve aynı hakka dayalı olduğu için bu talep herkese karşı ileri sürülebilir.

Ayrıca satıcı alıcıya teslim ettiği taşınmazın zilyetliğini geri almak için TMK m. 683/f. 2 uyarınca istihkak davası da açabilir. Hüküm şöyle:

*“Malik, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabileceği gibi, her türlü haksız elatmanın önlenmesini de dava edebilir.”*

Satıcı her iki davayı birlikte de açabilir.

#### II-) Taşınır Mülkiyetinin Naklinin Sebebe Bağlı Olup Olmadığı Tartışmalıdır

Menkul mülkiyetinin naklinin illî mi yoksa sebepten soyut mu olduğu Medenî Kanunda düzenlenmemiş. Bir tartışma var.

## 1-) Sebebe Bağlılık Görüşü

Sebebe bağlılık görüşü, “*Durum aynı gayrimenkullerdeki gibidir.*” diyor. Durum aynı madde 1024, fıkra 2’deki gibi.

Bir borçlandırıcı işlem var örneğin satım sözleşmesi ve kesin hükümsüz. Bir de tasarrufi işlem var ve o geçerli. Yani taşınır nesnenin mülkiyeti alıcıya nakledilmiş. Zilyetliğin nakli (örneğin malın teslimi) ve aynî akit şartları tamamlanmış.

Tasarruf işlemi aslında geçerli. Ama tasarruf işleminin illî (sebebe = borçlandırıcı işleme bağlı) olduğu görüşünde borçlandırıcı işlem geçersizse bu geçersizlik tasarruf işlemi de etkiler, tasarruf işlemine de bulaşır. Dolayısıyla tasarruf işlemi de geçersiz olur.

Bu durumda satım sözleşmesi örneğinde sonuç nedir? Satıcı mülkiyet hakkını yitirmez. Mülkiyet alıcıya geçmez. Satıcının açacağı dava istihkak davasıdır (TMK m. 683/f. 2). Zamanaşımına tabi değildir. Aynı davadır. Herkese karşı ileri sürülebilen bir mutlak haktan söz ettiğimiz açık.

## 2-) Soyutluk Görüşü

Soyutluk görüşü diyor ki “*Borçlandırıcı işlem geçersiz olabilir. Bunun bir önemi yoktur.*” diyor. “*Önemli olan tasarrufi işlemin geçerli olmasıdır.*” diyor. “*Borçlandırıcı işlemdeki geçersizlik, tasarruf işlemine bulaşmaz, onu etkilemez. Tasarruf işlemi geçerli kalmaya devam eder ve mülkiyet karşı tarafa geçer.*” diyor.

Ama arkasından hemen şunu eklemek zorunda kalıyor. Bu mülkiyetin naklinin geçerli bir hukuki sebebi var mı? Borçlandırıcı işlem = hukuki sebep, değil mi? Borçlandırıcı işlem = hukuki sebep. Bu borçlandırıcı işlem geçersizse yani hukuki sebep geçersizse satım sözleşmesi örneğinde alıcının malvarlığındaki artış sebepsiz bir artıştır. Bu bir sebepsiz zenginleşme hali oluşturur. Sebepsiz zenginleşme oluşturduğu içindir ki bu görüşte satıcı hangi davayı açacak? Sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayalı olarak nispi nitelikteki sebepsiz zenginleşmenin iadesine ilişkin talebi dile getirecek. Bu talep herkese karşı ileri sürülemez ve zamanaşımına tabidir.

TBK m. 82’ye göre:

*“Sebepsiz zenginleşmeden doğan istem hakkı, hak sahibinin geri isteme hakkı olduğunu öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde zenginleşmenin gerçekleştiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.*

*Zenginleşme, zenginleşenin bir alacak hakkı kazanması suretiyle gerçekleşmişse diğer taraf, istem hakkı zamanaşımına uğramış olsa bile, her zaman bu borcunu ifadan kaçınabilir.”*

## III-) Soyut Borç İkrarı ve Soyut Borç Vaadi

Tasarruf işlemlerinde (kazandırıcı işlemlerde) hukuki sebep meselesini ele aldık.

Şimdi geldik borçlandırıcı işlemlerde hukuki sebep meselesine.

Kişi bir adi senet imzalar ve senette der ki: “*Ey A, senden satın aldığım arabanın satış bedeli için sana 10.000 lira borçluyum.*” Bu sebebi gösterilmiş borç ikrarıdır.

Ama kişi bir adi senet imzalar ve senette der ki “*Ey A, sana 10.000 lira borçluyum.*” Bu sebebi gösterilmemiş borç ikrarıdır.

Yani geldik Borçlar Kanunu madde 18’e. Diyor ki kanun koyucu:

*“Borcun sebebini içermemiş olsa bile borç tanınması geçerlidir.”*

Bu bir, tek taraflı hukuki işlemdir diyen yazarlar var ama çoğunluktaki görüş bunun sözleşme olduğu yönünde.

Bu işlemin yazılı şekle tabi olduğunu söyleyen yazarlar var; ama çoğunluktaki görüş herhangi bir sıhhat şekline tabi değildir diyor. Borçlar Kanunu’nun 12. maddesindeki şekil serbestisi ilkesinden hareket ediyorlar. Ama zaten hayatın doğal akışında olayların birçoğunda ortada imzalanmış bir adi senet bulunur.

Soyut borç ikrarı = soyut borç tanınması = sebepten bağımsız borç tanınması = borcun sebebini içermeyen borç tanınması hepsi aynı anlamda kullanılıyor.

Bay B bir kâğıda “*Bay A’ya 10.000 lira borçluyum.*” diye yazdı ve imzaladı. Ne dedi kanun koyucu? Bu bir sebebi gösterilmemiş borç tanınmasıdır dedi.

Şu da olabilir, değil mi? Soyut borç vaadi de olabilir, değil mi? Bay B, “*Bay A’ya 10.000 lira ödeyeceğim.*” diye yazdı ve imzaladı. Bu da bir soyut borç vaadidir.

İlk örnek soyut borç ikrarı, soyut borç tanınmasıdır. İkincisi soyut borç vaadidir ama pratik sonuçları bakımından bir fark yok, değil mi? Sonuç itibarıyla borç tanınması da olsa borcunu ödeyecek, borç vaadi de olsa borcunu ödemekle yükümlü. Zira borçlu borcunu ifa etmekle yükümlü.

#### **IV-) Soyut Borç İkrarının Ele Alınması**

##### **1-) Alacaklı, Soyut Borç İkrarının Geçerli Bir Hukuki Sebebi Bulduğunu İspat Etmekle Yükümlü Değildir**

TBK m. 18’i tekrar edeceğim:

*“Borcun sebebini içermemiş olsa bile borç tanınması geçerlidir.”*

Borçlu Bay B, alacaklı Bay A’ya 10.000 lira borçluyum dedi. Burada artık alacaklı herhangi bir ispat külfeti altında değildir. Bay A sadece ve sadece bu soyut borç ikrarına, soyut borç tanınmasına, sebepten bağımsız olan bu borç tanınmasına dayanarak bir dava açabilir. Bay A, B’ye “*Bana 10.000 lira borçlusun, bu borcu öde*” diyebilir. Sebebini ispat etmek zorunda mıdır? Hayır değildir. Şöyle ki:

a-) Örneğin B’nin borç ikrarının sebebi bir satış sözleşmesi olabilir. Bay A, “*Ben sana mal satmıştım, o yüzden bana 10.000 lira borçluydun.*” diyerek bu satım sözleşmesini ispat etmek zorunda değildir.

b-) Örneğin B'nin borç ikrarının sebebi daha önce A'dan aldığı ödünç olabilir. Bay A *“Ben sana daha önce 10.000 lira ödünç vermiştim, o yüzden sen bana bu 10.000 lirayı iade etme borcu altındaydın.”* diyerek ödünç ilişkisini ve verdiği ödünçü ispat etmek zorunda değildir.

c-) Örneğin B'nin borç ikrarının sebebi B'nin A ile yaptığı bir bağışlama sözleşmesi olabilir. Bay A, Bay B'ye *“Sen bana 10.000 liralık bir bağışlama sözü vermiştin, o yüzden borcun ifasını istiyorum.”* diyerek bağışlama sözleşmesini ispat etmek zorunda değildir.

Alacaklı A soyut borç tanımına dayanmak istiyorsa başka hiçbir şey yapmak zorunda değildir. Onun yapacağı tek şey bu sebebi gösterilmeyen borç tanımına dayanmaktan ibarettir.

Karine hangi yönde? Madem böyle bir borç tanınması var, durup dururken hiç kimse herhangi bir hukuki sebebi olmaksızın kolay kolay ne yapmaz? Soyut bir borç ikrarında bulunmaz, soyut bir borç tanımında bulunmaz. Böyle soyut bir borç tanımında bulunduğuna göre herhâlde söz konusu borç ikrarının, borç tanımının nesi olsa gerekir? Hukuka uygun, haklı bir sebebi olsa gerekir şeklinde bir karine var.

O halde aksini ispat külfeti kime ait? Soyut borç ikrarında bulunan kişiye ait. Hemen aşağıda bu hususa değineceğim.

## **2-) Soyut Borç İkrarının Geçerli Bir Hukuki Sebebi Yoksa Bu Olguyu İspat Külfeti Borçludur**

Peki, şimdi acaba o aleyhine dava açılan Bay B acaba bunun aksini iddia edebilir mi? Bay B örneğin *“Böyle bir borç ikrarı vardı ama ben bu borcu çoktan ödedim.”* diyebilir mi? *“Borç ifa ettiğim için veya alacaklı tarafından ibra edildiğim için sona erdi.”* diyebilir mi? Diyebilir.

Ya da söz konusu borcun sebebinin geçersiz olduğunu iddia edebilir mi? Örneğin hukuki sebebin bir taşınmaz satışı olduğunu ve geçersiz olduğunu iddia edebilir mi? Yani *“Taşınmaz satışı resmi şekilde yapılmadığı, sıhhat şekline uyulmadığı için geçersizdir, o taşınmaz satış sözleşmesinden benim bir satış bedeli ödeme borcum doğmadı.”* diyebilir mi? Diyebilir. İspat külfeti kimin sırtında? İspat külfeti borçlunun sırtındadır.

Borçlu bu soyut borç ikrarının, bu sebepten bağımsız olan, sebebi gösterilmemiş olan borç tanımının geçerli bir hukuki sebebi olmadığını iddia edebilir eğer bunu iddia ederse iddiasını ispat etmek zorundadır.

## **VI-) Soyut Borç İkrarının Geçerli Bir Hukuki Sebebi Yoksa Geçerli Olup Olmayacağı Meselesi**

Şimdi soyut borç ikrarı geçerlidir diyoruz ama bu soyut borç ikrarının gerçekte geçerli bir hukuki sebebi yoksa acaba soyut borç ikrarı yine de geçerli midir? Değil midir? Bu konuda birçok görüş var ama ben sadece iki temel görüşe değineceğim.

## **1-) Fransız Medeni Kanunu'nun Etkisi Altında Olan Görüş = Soyut Borç İkrarının Sadece İspat Kolaylığı Yarattığını Kabul Eden Görüş**

Bu görüşün kısa özeti şudur: Soyut borç ikrarı sadece bir ispat kolaylığı yaratır, soyut borç ikrarı temel borç ilişkisinden doğan alacaktan farklı ikinci bir alacak yaratmaz. Dolayısıyla soyut borç ikrarının geçerli bir hukuki sebebi yoksa soyut borç ikrarı da geçersizdir.

Birinci görüş soyut borç ikrarı sadece ve sadece bu bir ispat anlaşmasıdır görüşünü savunuyor. Alacaklıya sadece ve sadece bir ispat kolaylığı getirir. Alacaklı başka hiçbir şey ispat etmek zorunda değildir diyor. Birinci görüş, Fransız Medeni Kanunu'nun sonraki yıllarda ortadan kaldırılan bir hükmüne dayanıyor. Fransız Medeni Kanunu'nun ilgili hükmü İsviçre'yi etkilemiş, İsviçre Federal Mahkemesini etkilemiş. Bugün İsviçre'deki hâkim görüş eğer soyut borç ikrarının geçerli bir hukuki sebebi yoksa soyut borç ikrarı da geçersizdir diyor.

Bu görüşün sonucu da şu, hâkim bu geçersizliği re'sen görevinden ötürü dikkate almak zorunda mı? Evet, hâkim bu geçersizliği re'sen görevinden ötürü dikkate almak zorunda. Eğer söz konusu hukuki sebep böyle geçersiz bir hukuki işlemse, geçerli olmayan bir sözleşmeysse, kesin hükümsüz bir sözleşmeysse, örneğin hukuka aykırı, ahlaka aykırı bir sözleşmeysse, hâkim bu durumu görevinden ötürü dikkate almak zorundadır ve bu soyut borç ikrarı da geçersizdir diyor bu görüş. Yani ikrarın sebebi geçersizse, kişinin borçlanmasının sebebi geçersizse o zaman bu soyut borç ikrarı da geçersizdir görüşü.

Tekrar vurgulayacak olursam sebebi gösterilmemiş borç ikrarı geçerli, geçerli ama bu soyut borç ikrarının altında yatan hukuki sebep geçersizse o zaman soyut borç ikrarı da geçersizdir. Yani arkadaşlar illî bir borçlandırıcı işlem den söz ediyoruz. Borçlandırıcı işlemin sebebi, *causa'sı*, örneğin bir satım sözleşmesi olsun. Bu borç ikrarını o satım sözleşmesindeki alıcı Bay B imzaladı diyelim. Ama satım sözleşmesi geçersizse bu soyut borç ikrarı da geçersizdir. Hâkim bu hukuki sebebin geçersizliğini görevinden ötürü dikkate almak zorunda.

## **2-) Alman Medeni Kanunu'nun Etkisi Altında Olan Görüş = Soyut Borç İkrarına Kurucu Etki Tanıyan Görüş**

### **a-) Genel Olarak**

Bu görüşün kısa özeti şudur: Soyut borç ikrarı sadece bir ispat kolaylığı yaratmaz aynı zamanda asıl borçtan ayrı, ondan bağımsız, onunla yarışan yeni bir alacak hakkı da yaratır. Soyut borç ikrarının geçerli bir hukuki sebebi yoksa dahi soyut borç ikrarı geçerlidir. Bu durumda soyut borç ikrarı karşı tarafın yani alacaklının malvarlığında bir sebepsiz zenginleşme hali (kalemi) yaratır.

Sebepsiz zenginleşme görüşünde arkadaşlar, hâkim söz konusu soyut borç ikrarının geçerli bir hukuki sebebi olmadığını acaba re'sen görevinden ötürü dikkate alabiliyor mu? Hayır, alamıyor. Sebepsiz zenginleşme görüşü benimsendiğinde hâkim; söz konusu soyut borç ikrarının geçerli bir hukuki sebebinin bulunmadığını dava malzemesinden, dosyadan anlasa dahi bunu kendiliğinden görevinden ötürü dikkate alamıyor. Mutlaka ve mutlaka bunun borçlu tarafından iddia edilmesi lazım ve ispat edilmesi lazım diyoruz. Peki.

İkinci görüş Alman Medeni Kanunu'ndan etkileniyor ve diyor ki her ne kadar bunun sebebi geçersiz de olsa soyut borç ikrarı geçerlidir. Bu görüşte de ispat külfeti kimin sırtında Yine borçlu olduğu iddia edilen kişinin sırtında. Yani borçlu B soyut borç ikrarının geçerli bir hukuki sebebi bulunmadığını iddia ediyorsa bu olguyu ispat edecek.

Bu görüşte B, Bay A'ya karşı dava açacak ve o davada kendisinin borçtan ibra edilmesini isteyecek, kendisinin borçtan kurtarılmasını isteyecek, senedin kendisine iadesini isteyecek. Yani özetle bu sebepsiz zenginleşme meydana getiren alacağın mahkeme kararı ile ortadan kaldırılmasını isteyecek.

### **b-) Bu Görüşün Temeli**

Sebepsiz zenginleşme görüşünü savunan yazarlar görüşlerini neye dayandırıyorlar? TBK m. 82'ye dayandırıyorlar. Bu hüküm sebepsiz zenginleşmede, zamanaşımına ve zamanaşımı define ilişkin bir madde. 2. fıkra arkadaşlar sebepsiz zenginleşme def'ine ilişkin. Hüküm şöyle:

*“Zenginleşme, zenginleşenin bir alacak hakkı kazanması suretiyle gerçekleşmişse diğer taraf, istem hakkı zamanaşımına uğramış olsa bile, her zaman bu borcunu ifadan kaçınabilir..”*

Ne diyorlar yazarlar? Diyorlar ki bu hüküm, soyut borç ikrarının aslında geçerli bir hukuki sebebi olmasa dahi bir alacak hakkı yarattığını; ancak bu alacak hakkının alacaklının malvarlığında bir sebepsiz zenginleşme kalemi oluşturduğunu gösteren hükümdür diyorlar. Aksi olsaydı kanun koyucu “Zenginleşme, zenginleşenin bir alacak hakkı kazanması suretiyle gerçekleşmişse...” ifadesini kullanmazdı diyorlar. Madem kanun koyucu “Zenginleşme, zenginleşenin bir alacak hakkı kazanması suretiyle gerçekleşmişse...” diyor o zaman demek ki soyut borç ikrarının geçerli bir hukuki sebebi olmasa dahi bu soyut borç ikrarı yine de geçerlidir diyorlar. Ama ardından da ne diyorlar? Ama diyorlar geçerli bir hukuki sebebi olmayan bu soyut borç ikrarı sonuç itibarıyla ne meydana getirir? Alacaklının malvarlığında bir sebepsiz zenginleşme kalemi meydana getirir. Borçlu; bu sebepsiz zenginleşmenin iadesini talep edebilir diyorlar. Yani alacağın ortadan kaldırılmasını talep edebilir diyorlar.

### **c-) Soyut Borç İkrarının İfa Uğruna Verilmesi**

Bu noktada bir hususa daha işaret etmem gerekiyor. Alman hukukundan etkilenen bu görüş “Soyut borç ikrarı asıl borcun yanında ondan bağımsız, onunla yarışan yeni bir alacak yaratır”. diyor.

Örnekle ilerleyelim: Bir satım sözleşmesi var. Satıcı ile alıcı arasında. Alıcı 10.000 lira satış bedeli ödeme borcu altına girdi. Örneğin basit taşınır bir nesne (örneğin bir bilgisayar) satımı ve sözlü şekilde yapıldı. Sözleşme geçerli. Bir de alıcı bir senet tanzim etti ve imzaladı. Senetteki ifade “Satıcıya 10.000 lira borçluyum. İmza: Alıcı.”

Bu borç ikrarı hangi sebeple verildi. Satım sözleşmesinden doğan borcun “ifası uğruna verildi”. İfa uğruna verildi. Böylece satıcının satış sözleşmesinden doğan 10.000 liralık satış bedeli alacağının yanı sıra onunla yarışan ikinci bir alacak yaratıldı.

Satıcı soyut borç ikrarına da dayanabilir satım sözleşmesine de dayanabilir.

Birinci ihtimal: Diyelim ki satıcı soyut borç ikrarına dayandı. Alıcı soyut borç ikrarındaki borcunu öderse satım sözleşmesindeki borcu da sona erer. Zira soyut borç ikrarına ilişkin bu adi senet, ifa uğruna verilmiştir. Alacaklı ifa uğruna verilen şeyi (adi senedi) paraya çevirmiş ve alacağına kavuşmuştur. Bilindiği üzere ifa uğruna edimde alacaklı ifa uğruna verilen şeyi paraya çevirerek alacağına kavuştuğu ölçüde (alacaklı alacağı açısından tatmin edildiği ölçüde) borçlu borcundan kurtulur. Alıcı soyut borç ikrarındaki (adi senetteki 10.000 liralık borcunu ödeyince) satım sözleşmesindeki 10.000 liralık satış bedeli ödeme borcu da sona erer.

İkinci İhtimal: Satıcı soyut borç ikrarına dayanmak (bu adi senede dayanmak) yerine sadece satım sözleşmesine dayanırsa o zaman alıcı bir geciktirici def'i ileri sürebilir. “*Ey satıcı borç ikrarındaki alacağına dayanmak zorundasın.*” diyebilir. Bu bir geciktirici def'idir.

Ama alıcı bu savunmayı yapmayıp satım sözleşmesine dayalı talebe boyun eğerse borcunu öderse o zaman, bu Alman Hukukundan etkilenen ikinci görüşte, soyut borç ikrarı sebepten soyut olduğu için yani artık geçerli bir hukuki sebebi kalmasa bile yani hukuki sebebi sonradan ortadan kalksa bile geçerli kalmaya devam eder.

Bu durumda soyut borç ikrarı ile yaratılan ikinci alacak satıcının malvarlığında bir sebepsiz zenginleşme kalemi meydana getirir. Yani alıcı söz konusu bu soyut borç ikrarından doğan alacağın ibra yolu ile ortadan kaldırılmasını ve verdiği borç senedinin iadesini sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edebilir ya da satıcı kendisinden ifa talebinde bulunursa sebepsiz zenginleşme define dayanarak bu talebi yerine getirmekten kaçınabilir.

Bu anlattıklarımız gelecek sene kambiyo senetlerinde de size rehberlik edecek.

#### **d-) Alman Hukukundan Etkilenen Görüşün Sınırlandırılması:**

Şimdi arkadaşlar bu sebepsiz zenginleşme görüşünü benimseyen yazarlardan bazıları bu görüşü sonuna kadar savunuyorlar.

Bazı yazarlar ise “*Soyut borç ikrarının geçerli bir hukuki sebebi yoksa dahi soyut borç ikrarı geçerlidir, ancak, bu durum alacaklının malvarlığında bir sebepsiz zenginleşme hali yaratır ve hâkim soyut borç ikrarının geçerli bir hukuki sebebi bulunmadığını görevinden ötürü dikkate alamaz.*” görüşünün sınırlandırılması gerektiğini ileri sürüyorlar.

Bu görüşün özeti şudur: Borçlunun kumar veya bahis borcu için soyut borç ikrarında bulunması, örneğin bir adi senet tanzim etmesi ve karşı tarafa vermesi halinde durum şudur. Temel borç ilişkisi kumar ve bahis borcu olduğu için bu adi senet de bir eksik borç yaratır. Bu adi senede dayanılarak dava açılmaz ve takip yapılamaz. Borçlu gönül rızası ile kumar ve bahisten doğan borcunu öderse yaptığı ödemeyi geri alamaz.

Ben size, Borçlar Kanunu'nun kumar ve bahisten doğan borçlara dair hükümlerini belli ölçüde açıklamıştım. Kumar ve bahisten doğan borç nasıl bir borçtu? Eksik borçtu, değil mi? Tabii borç (=doğal borç) diyorduk veya eksik borç diyorduk. Daha çok kullandığımız tabir, eksik borç tabiriydi.

Şimdi diyor ki kanun koyucu (TBK 605. maddedeyim 1. fıkradayım):

*“Kumar oynayan veya bahse giren kişi tarafından imzalanmış adi borç veya kambiyo senedi ...”* (kambiyo senedi: gelecek sene okuyacaksınız çek, bono, poliçe).

*“Kumar oynayan veya bahse giren kişi tarafından imzalanmış adi borç veya kambiyo senedi üçüncü bir kişiye devredilmiş olsa bile, hiçbir kimse bunlara dayanarak dava açamaz ve takip yapamaz. ...”*

605. maddenin 1. fıkrasının 2. cümlesi:

*“Kıymetli evrakın iyiniyetli üçüncü kişilere sağladığı haklar saklıdır.”*

Bu son cümle gelecek sene ticaret hukuku derslerinde hocalarınız size kambiyo senetlerini anlattığında açıklanacak olan kısım. Bizim odaklanmamız gereken yer neresi? Bizim odaklanmamız gereken ifade mealen şu: *“Kumar oynayan veya bahse giren kişi tarafından imzalanmış adi borç ... senedine dayanarak hiç kimse dava açamaz ve takip yapamaz.”*

Demek ki arkadaşlar bir kişi soyut borç ikrarında bulundu. *“A'ya 10.000 lira borçluyum.”* dedi. Hangi sebeple? Kumar ve bahisten kaynaklanan bir borcu olduğu için. Ne diyor kanun koyucu? Kumar ve bahis borcu nasıl bir borçtur? Eksik bir borçtur. Kumar ve bahis borcu için bir adi senet tanzim edilse, bu senet üçüncü şahıslara devredilmiş olsa bile, yine ne yapamazsınız? Bunun için bir dava açamazsınız veya bunun için bir takip yapamazsınız diyor. Borçlu gönül rızasıyla öderse sorun yok diyor.

Gördüğünüz gibi arkadaşlar bu hüküm neye aslında hizmet eden bir hüküm? Hangi görüşe hizmet eden bir hüküm? Anlattığımız görüşlerden soyut borç ikrarı geçerlidir ama gerçekte geçerli bir hukuki sebebi yoksa o soyut borç ikrarı yine geçerli kalmaya devam eder görüşüne mi hizmet ediyor yoksa geçersizdir görüşüne mi hizmet ediyor? Geçersizdir görüşüne hizmet eden bir hüküm, değil mi?

Kısacası, bazı yazarlar soyut borç ikrarının sadece bir ispat kolaylığı yaratmadığını, kurucu nitelikli olduğunu, asıl borcun yanında ondan bağımsız onunla yarışan ikinci bir alacak hakkı yarattığını kabul ediyorlar. Bu bağlamda eğer bu soyut borç ikrarının hukuki sebebi geçersiz ise bu durum bir sebepsiz zenginleşme hali teşkil eder diyorlar. Ama bunlardan bazıları, bu son düşüncelerini 605. maddedeki hükümden yola çıkarak yumuşatmak zorunda kalıyorlar.

Diyorlar ki söz konusu soyut borç ikrarının eninde sonunda bir sebebi var, değil mi? Peki, bu hukuki sebep hukuka aykırıysa, bu hukuki sebep ahlaka aykırıysa, acaba bu sözleşmeye dayalı olarak soyut borç ikrarı hâlâ geçerli kalmaya devam etmeli mi?

Ne dersiniz? Kanun koyucu kumar ve bahisten doğan borç için dahi ne demiş? Eğer bunun için bir senet tanzim ediliyorsa bir soyut borç ikrarı varsa bu soyut borç ikrarı da ne meydana getirir en fazla? Bir eksik borç meydana getirir demiş.

Peki, sözleşme ahlaka aykırı veya hukuka aykırı. Örneğin:

*“Ey, A! Filancayı öldürmen kaydıyla sana 10.000 lira ödeyeceğim.”*

*Ey, A! Filancayı kaçırmayı kaydıyla sana 10.000 lira ödeyeceğim.”*



Böyle bir sözleşme geçerli olabilir mi? Biz bu sözleşmeye hangi yaptırımı uygulayacağız? Hukuka (ve ahlâka) aykırı olduğu için kesin hükümsüzdür diyeceğiz. Şimdi böyle bir sözleşmeye dayalı olarak bir soyut borç ikrarının kaleme alındığını varsayalım. İçinde sadece ve sadece “A’ya 10.000 lira ödeyeceğim.” yazıyor ama altında hangi gerçeklik var? Altında hukuka aykırı bir sözleşme gerçekliği var. Ya da ahlaka aykırı bir sözleşme gerçekliği var.

Hâlâ bu soyut borç ikrarı geçerlidir, sebepsiz zenginleşme teşkil eder mi diyeceğiz? Hâkim bütün bunları re’sen (görevinden ötürü) dikkate alamasın mı diyeceğiz? Yoksa hâkim dosya malzemesinden anlıyorsa bütün bunları görevinden ötürü (re’sen) dikkate alabilsin mi diyeceğiz? Ne dersiniz?

Hâkim dosya malzemesinden anlıyorsa bütün bunları görevinden ötürü (re’sen) dikkate alabilsin demek daha doğru. Madem 605. madde böylesine bir soyut borç ikrarının altında bir kumar borcu, bir bahis borcu varsa bu soyut borç ikrarının da eksik borç yarattığı sonucuna varmıştır. O zaman soyut borç ikrarının altındaki ilişki hukuka aykırı bir ilişkiyse ya da ahlaka aykırı bir ilişkiyse bu soyut borç ikrarı da ne olmalıdır? Kesin hükümsüz olmalıdır. Nasıl ki o sözleşme, o temel borç ilişkisi kesin hükümsüzdür, o zaman bu soyut borç ikrarı da kesin hükümsüz olmalıdır. Hâkim görevinden ötürü bunu dikkate almalı mıdır? Dosya malzemesinden anlıyorsa taraflar ileri sürmeseler dahi evet, almalıdır. Mademki kumar ve bahiste durum böyledir. Ahlaka aykırılıkta, hukuka aykırılıkta evleviyetle = *a fortiori*) böyle olmalıdır, değil mi? Evet evleviyetle böyle olmalıdır.

Soyut borç ikrarı ile ilgili söylenmesi gerekenleri de bu şekilde geride bıraktığımı düşünüyorum. Teşekkür ederiz arkadaşlar.

[www.ilhanhelvacidersleri.com](http://www.ilhanhelvacidersleri.com)

\*\*\*