

TÜRKİYE TEMYİZ MAHKEMESİ VE İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ KARARLARININ ANALİZİ

Ord. Prof. Mustafa Reşit Belgesay

Haksız bir fiil ile mal iktisabından
doğan borçlar

I

MÜRURU ZAMAN

İsviçre federal mahkemesi kararı 2 Teşrinievvel 1937
J. d. T. 2

1. — Borçlar Kanunu, haklı bir sebep yok iken zararına mal iktisap edilen kimse lehine, iktisap eden kimseye karşı doğan alacak iddialarını kısa bir müruru zamana tâbi tutmuştur. Kanunun 66 ıncı maddesine göre, haksız iktisap davalarında müruru zaman, «mutazarrır olan tarafın verdiği istirdada hakkı olduğunu öğrendiği günden itibaren bir senedir».

Şu kadar ki, zarar gören verdiği istirdat hakkını öğrenememiş olsa bile, dava hakkı doğduğu tarihten itibaren azami on sene sonra müruru zamana uğrar.

Kanun, müruru zaman müddeti bakımından, haksız mal iktisabından doğan alacakları haksız fiilden doğan alacaklara benzetmektedir.

2. — Mutazarrır olan taraf verdiği şeyi istirdada hakkı olduğunu hangi anda öğrenmiş sayılır?

* * İsviçre Federal Mahkemesi, 2 Teşrinievvel 1937 tarihli kararında, J. d. T. 2. 1938, 66 ıncı maddede mevzuubahs olan ittilâ tarihinin tamamı tamamına ne olduğunu tayin için doktrinde ve mahkeme içtihatlarında umumî mülâhazalar yürütüldüğünü kaydettikten sonra, muhtelif müelliflerin bu husustaki görüşlerini hülasa etmektedir.

Federal mahkeme, kanunda mevzuubahs olan öğrenme tarihine dair müelliflerin noktai nazarını ve mahkeme içtihatlarını şöyle hülâsa etmektedir:

Guhl zarar gören, iktisap eden kimsenin şahsını ve iktisabının sebepsiz olduğunu öğrendiği günden bahsetmektedir. Bu günde, zarar gören verdiği istirdada hakkı olduğunu öğrenmiş farzedilir. V. Tuhr «verdiğini istirdada hakkı olduğuna ittilâ» zarar gören tarafından mamelekinin sebepsiz olarak azaldığı ve iktisap eden kimsenin kim olduğu Öğrenilmesi manasına olduğu kanaatindedir (s. 399).

Oser şerhinde daha fazla tafsilâta girişerek, diyor ki: bir senelik müruru zaman yürüyebilmek için mutazarrırın istirdat davasını istinat ettirebileceği bütün sebepleri öğrenmesi lâzımdır; bu da diğerrinin ne gibi bir sebeple kendi zararına bir mal iktisap ettiğini ve bu sebebin haksızlığını bilmesile olur. 60 ıncı madde ile haksız fiil müruru zamanının tâbi tutulduğu şartlar, kıyas yolile, 66 ıncı maddedeki müruru zaman hakkında da tatbik olurur. «İstirdada hakkı olduğuna ittilâ», hakikatte, 60 ıncı maddede mevzuubahs «zararına ve failine ittilâ» kelimelerinin ihtisarıdır.

İsviçre Federal Mahkemesi kararında, bu son müellifin görüş noktasına iltihak ettiğini beyan etmektedir. Çünkü, bu noktai nazarın kabulü hukuk ve adalet telâkkilerine uygun neticeler verir. Bir senelik müruru zamanın yürümesi için, zarar görenin müddeialeyhin iktisabına esas olan akdin hükümsüzlüğünü icap etmiş olan fesat sebebine muttali olması hiç te kâfi değildir; davacının zararına olarak müddeaaleyhin haksız bir şeyi elde ettiğini hissetmesi, veyahut bazı vakıaların esas itibarile kendisine haksız iktisap sebebiyle alacak davasını ikame edebilmek hakkı verdiğini düşünebilmesi de kâfi değildir. Bir senelik müruru zamanın cereyanı başlamak için zarar gören, bu hususta daha geniş malûmat elde etmeli, 60 ıncı maddeye kıyasen, maruz kaldığı zarar hakkında vazıh bir fikre sahip olmalı, vaziyeti makul bir surette muhakemeye, zararının derecesini az çok kat'iyetle ölçmeğe imkân veren vakıaları öğrenmelidir. Federal Mahkeme, bu vakıaların bilinmesini de kâfi addetmiyerek, bu vakıaları isbat edecek vasıtaların da öğrenilmesini lâzım addetmiştir. Bu hususlarda vazıh bir fikir ve kanaati olmıyan kimseden haksız iktisap davası açması beklenemez.

Haksız fiil sebeble zarara maruz kalmış kimse tarafından açılacak davanın müruru zamanı zararın kat'i olarak taayyün ettiği günden başladığı gibi, haksız iktisaplarda da, kıyasen, müruru za-

man, mamelekteki zararın miktar ve şümulü kat'i olarak tahakkuk ettiği, daha doğrusu zarar görenin kayıbının şümulü hakkında fikri olduğu günden başlar.

Haksız iktisap kaidesi, esas hukuk kaidelerine göre meşru addedilemiyen iktisapları izale için konmuştur. Bu mülâhaza, müruru zaman müddetinin başladığı anını tayin ederken göz önünde tutulmalıdır. Davacı sebepsiz olan zararını diğer bir vasıtaya müracaatla telâfiyi mümkün addederek, bu vasıtaya baş vurmuş, mese-lâ, bir dava açmış ise müruru zaman müddeti bu vasıta ile zararını telâfi edebileceği ümidini kestiği tarihten hesap edilmek lâzımdır. Onun zararını telâfi için açacağı davanın neticelenmesinden evvel zararı tahakkuk etmiş sayılamaz.

Hâdise: S... tapu memuruna müracaatla, malik olduğu gayri menkul üzerinde cem'an 32000 franklık 9 adet ipotekli borç senedi tanzim etmesini istedi. Memur S... in bu talebini yevmiye defterine kaydetmiş ise de bazı hukuki sebeplerle bu senetleri tanzim edemedi.

Borçlu henüz tanzim edilmemiş olan senetleri Z... ye devretti. O da davacı olan K... ya sattı ve satışı, tanzim edilecek senetleri doğrudan doğruya K... ya teslim etmesi için tapu memuruna bildirdi. Bu satış ta yevmiye defterine kaydedildi.

Gayri menkulün sahibi olan S... senetler tapu memuru tarafından henüz tanzim olunmadan iflâs etti. Kendisini tanzim edilecek senetlerin sahibi addeden K... iflâs masasına müracaatla, gayri menkul üzerinde rehin iddiasında bulundu. Masa senetlerin henüz tanzim edilmemiş olduğunu ileri sürerek onu rehinli alacaklı olarak kabul etmedi, âdi alacaklılar sırasına kaydetti. K..., masanın bu kararı üzerine henüz mevcut olmayan ipotekli borç senetlerinin satışı hükümsüz olduğunun, ve binaenaleyh, Z... ye verdiği parayı haksız iktisap kaidesine tevfikân geri almak hakkı olduğunun farkına vardı. Fakat K..., masaya bir emniyet sandığının S... aleyhine rehin ile temin edilmiş bir alacağı olarak kaydedilen 10.000 küsur frangı mahkemeye müracaatla iptal ettirebileceği kanaatinde bulunduğundan, borçlusu olan Z... aleyhine haksız iktisap davası açmıyarak, emniyet sandığına karşı iptal davası açtı. K... bu davasını kazanmış olsaydı alacağın 10000 frangını bu paradan istifa edebilecekti (İcra, İflâs Kanunu, m. 235, fık. III). K... davasını kaybetti. İptal davasını kat'i olarak kaybeden K..., Z... aleyhine mevcut olmayan bir şeyin satılması batıl olduğu ve, her halde, karşılık-

lı taahhüdün ifa edilememesi sebebiyle haksız iktisap davası açarak peşinen verdiği parayı istedi. Z... masa tarafından rehin iddiası kabul edilmediği günde davacının uğradığı zararı öğrenmiş olduğunu ve o günden itibaren de bir seneden fazla zaman geçtiği için iddia-nın müruru zaman sebebiyle reddini istedi. Federal mahkeme bu müdafaayı iki sebeple reddetti:

a) Masa K... için haklı veya haksız olarak müflis S... aleyhine âdi bir alacak kabul etmiş olduğundan, ve kendisine bu alacak için masadan ne miktar garame hissesi düşeceği de malûm olmadığından, hakikî borçlusunu olan Z... aleyhine masanın tasfiyesinden evvel dava açması zarureti yoktu. K... nın zararı ancak müracaat ettiği yol ile bir şey alamıyacağına veya alacağı paranın miktarına kanaat hâsıl ettiği andan itibaren tahakkuk eder. Binaenaleyh, müruru zaman o andan itibaren cereyana başlayabilir.

b) Masanın kabul ettiği alacak, K... nın talebi üzerine iptal edilmiş olsaydı, o, bu alacaktan matlubunun bir miktarını istifa ederek zararını tahdit edebilecekti.

Davacı, nihayet, müddeaaaleyhin menfaatine olarak iptal davasını açmış, ve onun neticesine intizaren kendi borçlusunu hakkında iptal davası açmamıştır. O, bu davayı kazandığı nisbette alacağını istifa ederek müddeaaaleyh borçtan kurtulurdu. Federal mahkeme bu şerait dahilinde müddeaaaleyhin müruru zaman def'inin kabulünü hak ve adalet kaidelerine aykırı bulmaktadır.

Filhakika, müddeaaaleyhin kendi menfaati için davacı tarafından geciktirilmiş bir iddiaya karşı müruru zaman def'inde bulunması umumî ahlâk telâkkilerine aykırıdır. Hiç bir kimse ahlâka uymıyan bir iddiayı yapamayacağı gibi, bir müdafaayı da yapamaz. b. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu şerhimizdeki mülâhazalarımız. C. I. s. 102, No. 9.

3. — Borçlar Kanununun 117 inci maddesine göre, borçlu, kendisine isnat olunamıyan haller sebebiyle bircunu ifa imkânsızlığında kalırsa, borç sakıt olur. Karşılıklı taahhütleri havi akitlerde bu suretle borcundan kurtulan borçlu haksız iktisaplara müteallik hükümlere tevfikân almış olduğu şeyleri iadeye mecbur ve kendisine henüz tediye edilmemiş bulunan şeyi istemek hakkından mahrum bulunur.

Binaenaleyh, iki taraflı akitlerde bir tarafın uhdesine düşen vazifeyi ifa edememesi sebebiyle diğerinden aldığı şeyi iade etmesi için aleyhine açacağı dava bir senelik müruru zamana tâbidir.

Karşılıklı taahhütleri havi olan bir akitte diğer tarafın mütemerrit olmasına binaen akdi fesheden alacaklı, 108 inci maddeye tevfikân ödediğini istirdat edebilir.

Federal Mahkeme borçlunun kusuru olmaksızın taahhüdünün ifası imkânsız hale gelmesi sebebiyle alacaklı tarafından aleyhin 108 inci maddeye göre yapılacak istirdat davalarını on senelik müruru zamana tâbi tutmakta idi. J. d. T. 194, 183, 1936, 143.

Federal Mahkeme 12 Teşrinievvel 1937 tarihli kararında, borçlu, kusuru olmaksızın taahhüdünü ifa edemeyecek bir vaziyete düştüğü takdirde alacaklının verdiği istirdat için açacağı davayı haksız iktisap müruru zamanına tâbi tutmuştur. Çünkü, 117 inci madde, sarahaten, bu halde haksız iktisap kaidesinin tatbik edileceğini beyan etmektedir. Fakat, 117 inci madde borçlunun kusuru olmıyarak borcun ifası imkânsız kalması takdirinde tatbik olunabilir. Borçlunun kusur ile borcun ifası imkânsız hale gelmesi halinde, bu hüküm tatbik edilmez, alacaklı umumî müruru zaman müddeti içinde verdiği geri almak salâhiyetini muhafaza eder.

II

BORÇ OLMİYAN ŞEYİN TEDİYESİ

İsviçre Federal Mahkemesi, 5 Nisan 1938, J. d. T. 594. 1938.

i. — 62 inci maddeye göre haksız iktisap sebebiyle ikame edilecek istirdat davasında muvaffakiyet için, davacının, a) bir borcu düşürmek maksalîe ödeme yaptığını, b) hakikatte bu borcun olmadığını; c) kendisi veya mümessili bir hata neticesi bu borcun varlığını kabul ettiğini isbat etmek lâzımdır.

Bir kimse borçlu olmadığını bilerek diğerine bir ödeme yapmış ise, verdiği istirdat edemez. Fakat, edayı kabul eden kimsenin alacağı olmadığını bilmesi iade mükellefiyetini ortadan kaldırmaz. Bu bilme onun iade mükellefiyetinin daha şümüllü olmasını iktiza ettirir.

** İsviçre Federal Mahkemesinin 5 Nisan 1938 tarihli kararına göre J. d. T. 599 1938, davacı haksız iktisap davasını kazanabilmek için ilk üç şartı isbat ettikten sonra, hatasını tam ve aşikâr surette isbat edecek delil göstermesine lüzum yoktur. Çünkü, mevcut olmıyan bir borcun ifası, hususî sebepler, istisnâî şartlar yoksa, mantıkan ancak hataya istinat edilebilir. Müddeialeh istisnâî bir va-

ziyeti, meselâ davacının ahlâki bir vazife telâkki ederek kendisine edada bulunduğunu iddia ederse, hâkim, davacıyı müddeialehye karşı ahlâki bir vazife ifasına mecbur eden bir münasebet bulunup bulunmadığını araştırır. Böyle bir münasebeti sabit farzettığı takdirde de tarafların ifade ve beyanlarına göre davacının yaptığı eda ile ahlâki bir vazifenin ifasını kasetmiş olup olmadığını takdir eder.

Federal mahkemede, mevzuubahs olan hâdisede, bir vapur şirketi müstahdemlerinden birini tekaüt ederek ona nizamnameye göre hakkı olan ikramiyeyi vermiş idi. Bu mütekaidin ölümünden sonra da ailesi nizamnamenin diğer bir maddesine istinat ederek şirketten memurun ölümü sebebiyle tazminat talebinde bulundular. Şirketin nizamnamesi tekaüt edilmemiş, binnetice, ikramiye almamış olan memurların ölümü halinde ailelerine tazminat verileceği kaydını ihtiva ediyordu. Şirket nizamnameyi yanlış tefsir ettiği için, iddia olunan tazminattan mes'ul olduğunu kabul etti. Ölünün ailesine hesap neticesinde tahakkuk eden 6244.90 frangı faizle ödedi. Sonra, şirket hatasını anlıyarak ölenin ailesine karşı, ödediği bu tazminatı geri almak için, haksız iktisap davası açtı.

Federal Mahkeme diyor ki, şirket bu memuruna aylıklarından başka senevî 3600 frank tekaüt maaşı verdiği için, varislerine 6 bin küsur frank ödemeğe ahlâkan mecbur olamazdı. Diğer taraftan, şirketin müddeialehyelere, zaruretlerini nazara alarak bir bağışlamada bulunduğu da isbat edilmiş değildir. Davacı şirketin maksadı bağışlama olsaydı müddeialehyelere tazminatı tam küsuratı ve faizi ile hesaplamaz, yuvarlak bir para verir idi. Şirketin malî vaziyeti de bağışlamağa müsait değildir.

2. — Davacının ödeme yaparken düştüğü *hatanın mahiyeti*, müddeialehyhin iade mükellefiyetini tayin hususunda nazarı dikkate almak lâzım gelip gelmediği doktrinde münakaşa edilmektedir.

62 inci maddede mevzuubahs olan, zarara uğrıyan kimsenin borcun hukukî sebebinde düştüğü hatadır. Bir kimse hukukan kendini borçlu zannederek diğerine bir ödeme yapmış ise verdiği geri alabilir.

Federal Mahkemeye göre, istirdat davasını haklı gösterecek hatanın 23 üncü maddede mevzuubahs mahiyetinde, yani, esaslı olması şart değildir. Filhakika, davacı düştüğü hata neticesinde yaptığı ödeme muamelesini iptal etmiyor. O hatası sebebiyle müddealeyhten elde ettiği kazanç ve istifade nisbetinde tazminat talep etmektedir.

Hatalı edada bulunan kimsenin vaki olmıyan bir şeyi vaki zan netmesi, meselâ, hukukan muteber olmıyan bir mukaveleyi muteber sayması, yahut bir borcu düşmesini mucip olan sebebin tahakkukundan haberi olmıyarak ödemesi halinde haksız iktisap davasını caiz gösteren bir hata mevcut olur.

Bir kanun hükmünün yanlış tefsiri de istirdat davasını haklı gösterir.

Fakat hata, hataya düşen tarafı mazur gösteremeyecek derecede ağır olduğu takdirde nazara alınıp alınamıyacağı bir meseledir.

* * İsviçre Federal Mahkemesi, zikri geçen kararında, 62 inci maddede mevzuubahs olan hata tabirinin, zarar görenin herhangi bir kanun hükmünü yanlış anlamasından, tefsir etmesinden ileri gelen hatalara da şumulünü evveldenberi müstakar içtihatlarla kabul etmiş olduğunu kaydediyor.

Şu kadar ki, istirdat davasını haklı gösteren hataların mazeret kabul eder mahiyette olması lüzumu lehine olarak adalet mülâhazaları ileri sürülebilir. Haksız da olsa bazı şeyler aldığı için fazla, fuzuli masraflar yapmış olan kimsenin aldığını tamamen iadeye mecbur tutulması adalet hislerine aykırı telâkki edilebilir. Çünkü, o bu şeyi almamış olsaydı bütçesi haricinde masraf yapmıyacak idi. İktisap edenin bu türlü zararlara maruz bırakılması adalete uymadığı şüphesizdir. Fakat, bu mülâhaza von Tuhr'un düşündüğü gibi, haksız iktisap davasının büsbütün reddini haklı göstermek için kâfi gelemez. Bir kere, haksız iktisapta bulunan kimsenin de alacaklı olmadığını anlamak için kusuru olup olmadığını araştırmak lâzımdır. İktisap edenin dalgınlıkla, alacağı olmadığını araştırmadan hataen yapılan bir ödemeyi kabul etmesi kusurdur. Bir edayı kabul eden kimseye hakkı olup olmadığını tahkik etmek mükellefiyeti tahmil olunabilir. İade edecek kimsenin bu iade sebeble uğradığı zarar, nihayet iade mükellefiyetinin şumulünü tayin için nazara alınmalıdır. Haksız iktisap eden doğrudan doğruya iktisabın neticesi olan zararlarını iade edeceği kimseye tazmin ettirebileceği gibi, kendisine isnat olunacak hiç bir kusur yok ise iadede mütevellit diğer türlü zararlarını da ona tazmin ettirmesi kabil olur.

Federal Mahkeme yalnız mazeret kabul etmiyen hataların istirdat davasını haklı gösterip göstermeyeceği noktasını münakaşaya mütehammil addetmektedir.

Bu kararda beyan olunduğuna göre, Federal Mahkemenin bu nokta üzerindeki içtihatlarında istikrar yoktur. Federal Mahkeme

bir kararında meseleyi münakaşa etmeksizin, her türlü hatanın istirdat davasını haklı gösterdiğini kabul ettikten sonra, diğer bir kararında haksız iktisap davasının kabulü için davacının esaslı bir hata neticesinde kendini borçlu zannederek ödemede bulunması lâzım geldiğine işaret etmiştir. Federal Mahkeme, müellifler tarafından tenkit edilmesine rağmen, bu içtihadında ısrar etmiştir.

Doktrinde umumiyetle haksız iktisap davasının kabulü için davacının hatası esaslı olması şartı aranmaktadır. (Federal Mahkeme kararlarında bu müelliflerin eserlerine atıflar yapmaktadır). Yalnız, Backer hatanın mazeret kabul eder mahiyette olması şartını aramamaktadır. Von Tuhr ekseriyetin fikrine iltihak etmekle beraber, hatanın mazeret kabul etmeyecek derecede ağır olması halinde aldığı iadeye mecbur olan kimseye 26 ıncı maddeye kıyasen bu iade sebeble tazminat dava etmek hakkını tanımaktadır (S. 377). Federal Mahkeme kararında müelliflerin noktai nazarlarını tebarüz ettirdikten ve meseleyi yeniden tetkik ettikten sonra, eski içtihatlarını değiştirerek haksız iktisap davasının şartlarından biri olan hatanın mazeret kabul edecek derecede olmasını, artık lâzım addetmemiştir.

Kanun, borcu yok iken bir edada bulunan kimsenin verdiği geri almak için açacağı davanın kabulü için hata etmiş olması şartını aramakla, bağışlama, veyahut ahlâkî vazifenin ifası kasdi veya hata olmadıkça hiç bir kimsenin diğerine bir ödemede bulunmayacağı tabii olduğu noktasından yürümüştür.

Ödemede bulunan kimse fiilî, hukukî, mazeret kabul eder, etmez, herhangi bir hata neticesi kendini borçlu zannetmiş ise her halde bağışlama maksadile ödemede bulunmuş olmaz. Bağışlama, ahlâkî vazifenin ifasını istihdaf etmiyen bir edanın gayesi, bir tahhüdün ifasından ibarettir. Borç olmayınca eda gayesiz kalmaktadır. Bu mülâhazalar haksız iktisap davasının kabulü için şart olan hatanın mahiyetini tetkiki faydasız kılmaktadır.

Hususî hukukta cari olan haksız iktisabın manası ve içtimai rolü bu hal tarzını zarurî kılmaktadır.

Hususî hukuk haksız iktisaba dair koduğu hükümlerle meşru sayılmıyan bir kazancın iptali gayesini istihdaf etmektedir. Bu kazanç hukukun esaslarına aykırı görülmüştür. Hatalı bir mülâhazanın mahsulü olan eda sebepsizdir. Bu eda kanunî gayelere, maddî adalet mülâhazalarına uymadığı içindir ki zarar görene dava hakkı verilmiştir. Haksız iktisap davasının sebebi edada bulunan kim-

senin eda sırasındaki iradesinin fesadı değildir. Diğer bir beyan ile, hata, hata olduğu için değil, yapılmış olan edanın gayesiz kalmasını istilzam ettiği için haksız iktisap davasının şartı addedilmiştir; haksız iktisap davasının sebebi hata değil, hatanın iktisap edenin sebepsiz bir şey aldığını tezahür ettirmesidir.

Hülâsa, kanun vaznı haksız iktisap davalarında davacının hata ederek ödemede bulunmuş olması şartını komakla, bilerek, yani bağışlama maksadile yapılan edaları hariç tutmak istemiştir.

3. — İleride mevcut olacak bir sebebi nazarı dikkate alarak halen ödemede bulunan kimse, bu sebebin tahakkuk etmiyeceğini anladığı günden itibaren ayrıca hatasını isbata mecbur olmadan verdiği geri alabilir.

III

İSTİRDADIN CAİZ OLMAMASI

İsviçre Federal Mahkemesi, 17 Kânunuevvel 1940, J. d. T. 245. 1941.

Borçlar Kanununun 65 inci maddesine göre, haksız veyahut ahlâka mugayir bir maksat istihsali için verilen bir şeyi istirdada mahal yoktur.

1. — Kanunen memnu veya ahlâka mugayir bir maksadı istihsal için yapılan mukavele batıl olduğundan (m. 20), böyle bir mukavele zımında verilen şeylerin de geri alınabilmesi kaideye uygun görülürdü. Fakat, kanun, memnu olan veya ahlâka uymıyan hareketleri, önlemek için bu sebeple para veya diğer bir şey vermiş olan kimseye verdiği geri almak hakkını tanımamıştır. Binaenaleyh, kanunun bu hükmü cezaî mahiyettedir.

Para mukabilinde diğerine, kanuna veya ahlâka mugayir bir şey yapmasını taahhüt eden kimsenin hareketi, ahlâkî bakımdan, kendisini bu işe para vererek sevkeden kimsenin hareketinden pek farklı değildir. Bununla beraber, kanun vaznı para veren kimse hakkında oldukça ağır bir ceza tertip ettiği halde, parayı alan kimseyi cezasız bırakmış, hattâ, onu, bu maksatla aldığı şeyleri kendisine temin ederek mükâfatlandırmıştır. Bu hüküm, kanuna veya ahlâka mugayir bir şey yapacağı vadile kendini mes'uliyete sokmadan para kazanmanın yolunu bulanları çoğaltabilecektir.

** İsviçre Federal mahkemesi 17 kânunuevvel 1940 tarihli kararında, J. d. T. 245, 1941, bu hüküm kanuna veya örf ve âdete

aykırı olarak iktisap edilmiş bulunan mallara müteallik nizalarla adliyenin meşgul olmaması kabul edildiğini, kanun vazınının bulanık suya güneş şevki vermek istememiş olduğunu mülâhaza etmektedir.

Kanuna ve ahlâka mugayir hareketleri teşvik için verilmiş şeyleri umumî menfaatler namına müsadere etmek, belki daha doğru olurdu. Ceza Kanunu 36 inci madde de «mahkûmiyet halinde cürüm veya kabahatte kullanılan veya kullanılmak üzere hazırlanan veya fiilin irtikâbından husule gelen eşya fiilde methali olmıyan kimselere ait olmamak şartile mahkemece zabıt ve müsadere» edilmesi, hükmünü komuştur. Binaenaleyh, 65 inci madde cezaî müeyyidesi bulunmıyan hareketler hakkında tatbik edilmek lâzımdır.

2. — 65 inci maddenin tatbik edilmesi için iade talebinde bulunan kimse hareketinin kanun veya ahlâka mugayir olduğunu farketmiş bulunması şart mıdır?

** İsviçre Federal mahkemesi, zikri geçen 17 kânunuevvel 1940 tarihli kararında, bu meselenin İsviçre müellifleri tarafından kâfi derece etüd edilmediğini, fakat, meseleyi Alman hukuku bakımından tetkik eden müelliflerin ekserisi 65 inci maddenin tatbiki için davacının ahlâk veya hukuk kaidesinin *objektif olarak menettiği* bir hareketin icrası için ödemede bulunması, kâfi addedip ahlâk ve hukuk kaidesini ihlâl ettiğini tefrik ve temyiz etmiş bulunmasını lâzım addetmediklerini ve Alman yüksek mahkemesi ise evvelce aynı içtihatta bulunmuş iken sonradan içtihadını değiştirdiğini kaydettikten sonra, hâdisede, meseleyi esasından ve umumî bir tarzda halle lüzum görmeksizin, ve her halde davacının, düşkün ahlâkî vaziyetinin yaptığı işin ahlâka mugayeretini anlamağa mâni olduğu müdafaası dinlenemeyeceğini kabul etmiştir. Düşkün ahlâkî vaziyetlerin himaye edilmesi caiz olamazdı.

Şu kadar ki, davacı, yaptığı işin ahlâka uygun olduğu kanaatinde bulunmuş ve hüsnü niyeti bariz iken, mahkemenin işi ahlâka mugayir telâkki etmesi sebeble, mukaveleyi iptal etmiş ise, verdiğini geri alması doğru görülür. Çünkü, failin hüsnü niyeti, hususile yaptığı hareketin kanuna veya ahlâka aykırı olduğunun farkında bulunmaması halinde cezaî müeyyedenin tatbiki caiz olamaz.

Federal mahkemede mevzuubahs olan hâdisede, karı koca X... evlerinde kiracı bulunan F... yi kendilerine mirasçı yaptıрмаğa ikna için avukat Y... e müracaat ettiler. Ona bu işte muvaffak olur-

sa edecekleri istifadenin yarısını ücret olarak vadettiler. Avukat teşebbüsünde muvaffak oldu. Davacılar vadettikleri mükâfatı verdiler. Fakat, sonra, avukatı ücretinin maktuan tayin edilmeyip işte iştiraki tazammun eder surette tayini, avukatların ahlâkına mugayir olduğu cihetle (Türk Avukatlık Kanunu, 129 uncu maddesi de böyle bir memnuiyeti ihtiva etmektedir) akdin avukata nazaran ahlâka mugayir bulunduğu ve kendilerine gelince, az yüksek olan ahlâkları bu türlü işleri caiz telâkki ettiklerini ahlâka mugayir mukaveleler kanunen batıl olduğunu ileri sürerek, haksız iktisap kaidesine tevfi kan verdiklerini istirdat talebinde bulundular. Avukat, 65 inci maddeye istinaden müdafaa yaptı. Federal mahkeme işteki ahlâksızlık, avukatın yüzde elli ücret almasından olmayıp para mukabilinde bir kimsenin vasiyet yapmağa ikna edilmesi olduğunu mülâhaza ederek, yazdığımız esbabı mucibe ile davayı reddetti.

3. — 65 inci maddeye göre haksız veyahut ahlâka mugayir bir maksat istihsali için verilen şeylerin istirdadı memnu olduğundan, böyle bir maksat istihsalinden sonra maksadı temin eden kimseyi mükâfatlandırmak için verilmiş olan şeylerin geri alınması caiz olup olmadığı federal mahkemesinde mesele olmuştur.

65 inci maddenin elde edilmiş ahlâka uymaz bir menfaat mukabilinde verilen şeyler hakkında kabili tatbik olmadığı iddia olunmuştur.

** Federal mahkeme, zikri geçen 17 kânunuevvel 1940 tarihli kararında, 65 inci madde hükmünün cezaî mahiyette olması itibarile davacının ahlâka mugayir maksadını temin etmiş olan kimseye maksadı hâsıl olduktan sonra, mükâfat için verdiği şeylere de şamil olmasını tabii addetmiştir.

4. — 65 inci madde ahlâka mugayir bir hareketi mükâfatlandırmak için yapılan iddialarda tatbik olunur. Bu madde haksız fiilin icrasında kullanıldıktan sonra iade edilmesi lâzım gelen şeyler hakkında tatbik edilemez. Meselâ, bir evi ahlâka mugayir bir maksat için kiralamış olan kimsenin müsteciri aleyhine tahliye davası açması memnu değildir.

5. — Kanun bazı hallerde zararına mal iktisap olunan kimseye haksız iktisap eden aleyhine istirdat davasını açmak salâhiyetini vermemiştir. Ezcümle, şu hallerde istirdat davası ikame edilemez:

Bir kimse hüsnü niyetle bir malı emini olan kimseden sahibinin zararına olarak bağışlama yolu ile iktisap etmiş ise aleyhine

haksız iktisap davası açılmaz. Kanun bu halde açıkça hüsnü niyeti himaye etmiştir.

İsviçre Federal mahkemesine göre, iflâs halinde alacaklı alacağını masaya kaydettirmemiş ise diğer alacaklılar ona düşecek hisseyi de paylaşacaklarından onun zararına olarak haksız iktisapta bulunmuş olurlar, fakat aleyhlerine istirdat davası açılmaz. Filhakika, iera, iflâs kanunu 236 inci maddesinde vaktinde alacaklarını deftere kaydettirmiyen alacaklılar, iflâsın kapanmasına kadar kabul edilebilecekleri, ve her halde müracaatlerinden evvel kararlaştırılmış paylaşmadan hisse alamamaları hükmünü komuştur. V. Thur. s. 386, not 146.

Alacağı müruru zamana uğriyan veyahut kanuni müddetlere riayet etmemesi sebebiyle düşen kimse de haksız iktisap kaidesine tevfikeyan dava açamaz. Bu davanın kabulü kanunun maksatlarına aykırı olacaktır.

Ord. Prof. Mustafa Reşit Belgesay