

4

# İSVİÇRE HUKUKUNDA

## Sebepsiz Zenginleşmenin (Haksız İktisap)

### Umumi şartları üzerinde bir inceleme (\*)

Yazan : Dr. André BUSSY

Çeviren : Dr. Kemal Tahir GURSOY

#### ALTINCI BAŞLIK

#### HAKLI BİR SEBEBİN OLMAYIŞI

113 - Sebepsiz zenginleşmeden mütevellit bir alacağın varlığı için bulunması lâzım gelen son şart da vaki zenginleşmenin «haklı bir sebep olmaksızın» vukua gelmiş olmasıdır. 62 inci madde (T. B. K. 61/1) nin birinci fıkrasına göre: «Haklı bir sebep olmaksızın aharın zararına mal iktisap eden «Wer in ungerechtfertigter Weise... bereichert worden ist...» denilmektedir. (61)

(\*) Bu etüdün ilk kısmı dergimizin III cü cildinin 581 - 632 ci sahifesinde yayınlamıştır.

(61) — I, II, III cü projelerin clausula Generalis'i «Ohne rechtlichen Grund» tabirini ihtiva ediyordu; ilk Fransızca metinde (Proje II) Gustave Fick, bu tabiri «Sans pouvoir justifier d'un droit actuel à sa possession» cümlesile pek serbestce tercüme eylemişti; III cü projenin Fransızca metni, «Sans motif juridique - hukukî bir sebep olmaksızın» demek suretile Almanca metne daha ziyade yaklaştı.

1881 tarihli Borçlar Kanunu Prof. Von Wyss'in Redaktionsvorschläge'lerinde teklif eylediği «Ohne rechtmässigen Grund - hukuka uygun bir sebep olmadan» Formülünü kullanır. Bu formül, muaddele 1903 ve 1905 tarihli projelerde muhafaza olundu. Sonra meçhul bir sebep yüzünden 1909 tarihli projede ve 1911 tarihli muaddele borçlar kanununun kat'î metninde de bu tabir yerine «In Ungerechtfertigter Weise - haklı bir sebep olmadan» tabiri kullanıldı.

Fransızca istilahin bulucusu Von Wyss'in Redaktionsvorschläge'lerini çeviren Rivier' dir. B. G. B. 812 ci paragrafı «hukukî sebep olmadan - Ohne rechtlichen Grund» ta birini kullanır.

Haklı bir sebebin târifini mevzuat içerisinde bulmak kabil olmadığı gibi, borçlar kanununda bu tabirin kullanılmış olduğu diğer metinlerde de bir tarifine tesadüf eylemek mümkün değildir. (Fransızca metnin 249/No. 3; Almanca metnin 249/No. 3 ve 91 nci medenî kanununun 273 üncü; Türk borçlar kanunu madde 244/No. 3, 90, Türk Medenî Kanunu madde: 262) maddelerine bakınız.

— Birinci Bölüm —

MUHTELİF NAZARİYELER

114 — B. G. B. de de görüldüğü gibi, haklı sebebin veya haklı sebebin ademi mevcudiyetinin kanunî bir tarafının bulunmaması, bazı Alman hukukcularını bizim 62 (61) nci maddenin birinci fıkrasına tekabül eyleyen, B. G. B. 812 paragrafının umumî kaidesinin müstakil değerini inkâra sevketti. Bu görüş, Hellwig'in (Vertäge auf Leistung an Dritte, 1899, P. 134.) ve Ennecerus (T. I, 2 - 442) ün Endemann'ı (Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, t. I 1903 P. 1235)in görüşüne benzemektedir. Biz 62 (61) inci maddenin bileştirici prensibini tetkik ederken (No. 32-35), bu hukukçulara karşı bir durum almış ve tek bir dava hakkı kabul eylemiştik. Söylemeğe lüzum yoktur ki, tek bir dava hakkı, ancak, «haklı bir sebep olmaksızın» tabirine tek bir tarif vermekle kabil olur.

115 — İfadenin çok müphem olduğunu tereddütsüz kabul etsek bile, bu, onun hiç bir manasının mevcut olmadığına delâlet etmez. Zira, gayri vazıh, tarif edilmemiş, ekseryia da târifi gayri mümkün olan terimlerin istimaline mevzuat içerisinde çok tesadüf olunmaktadır.

Vazı kanun müşkül durumda olduğu zaman her hangi bir hataya meydan vermemek için, gereken tarifi mesuliyetini doktrine ve mahkeme içtihatlarına bırakmakta ve bizzat kendisinin bile sahibi bulunmadığı bir fikrin izahı şerefini onlara tevdi eylemektedir. (62)

116 — Haklı bir sebebin ademi mevcudiyetine verilecek (ondan anlaşılacak değil) yegâne mana, nasafet kaidelerinden çıkarılabilir.

Ne vakit ki bir iade, adalet fikrinin icabıdır, işte o zaman, ortada sebepsiz zenginleşmeden mütevellit bir dava var demektir. Vaki zenginleşme-

(62) Bak. Roguin, Observation sur la cadification des lois civiles, Recueil publ par la Fac. de Dr. de l'Univ. de Lausanne 1896, p. 106

nin gayri muhik olması takdirindedir ki, bir alacak doğacaktır. Bu alacak, adalet hissinin, dar hukuk formalizminin ve hukuk tekniğinin sıkı kaidelerine karşı bir aksülamelinden başka bir şey değildir. Kanunun mevcut formülü yerine Pomponis'in şu formülünü kabul eylemek mümkün olurdu:

«Natura aequum est neminem cum alterius deterimento et injuria fieri locupletiozem» (D. 50. 17. 206) Bu nazariye bir kaç Alman müellifi ile (Kuhlenbeck, das bürgerliche Gesetzbuch, t. I. 1903, p. 659 - V. Jung, n. 47 Fransız doktrininin mühim bir kısmı tarafından (Labbé, note au sirey: 90. 1. 97 Monnerville; Labbé et enrichissement sans cause, 1920 - Aubry et Rau, t. VI. 4 éd § 578, No 4 - Poltzer, P. 54 - Savatier, p. 148—Manry, p. 434) kabul edilmiştir. Bu nazariye adeta Fransız mahkeme içtihatlarının nazariyesidir.

Yalnız, bu fiilen yapılmış bir izah sayılamaz. Mesele sadece yerini tebdil eylemiştir. Zira, bu takdirde de adaletin (nasafetin) ne olduğu meselesi mevzu bahis olacaktır. İş sadeleşmiş olmaktan uzaktır. İşin sonunda bütün yük adaletin (nasafet'in) ne olduğunu bildiği kabul edilen hakimın sırtına yükletilmiş olacaktır.

Stammler (Zur Lehre von der ung Bereicherung nach dem B. G. B. Alman medenî kanununa göre sebepsiz zenginleşme nazariyesi hakkında) adalet, nasafet fikrile hareket etmediğini söylemekle beraber şahsî nazariyesi olan «Richtiges recht» (doğru olan hukuk)'a dayanmakla daha iyi yapmış değildir. İşte onun tarifi : Zenginleşmenin hukukî bir sebep olmadan meydana gelmiş olması lâzımdır. Bu şu demektir: şekli hukuka uygun olarak vukubulan değişikliğin bünyesi itibarile adalete tevafuk ettiği iddia olunamaz»

117 — Sebepsiz zenginleşmeyi izah etmek için Fransa'da bir çok nazariyeler ileri sürüldü. Hatırlamak nev'inden bunları zikredelim. Ripert ve Teisseire'nin ihdas edilmiş kâr nazariyesi (Thé. du profit cree = Essai d'une théorie de l'en) Planiol'un haksız fiil nazariyesi = Théorie du fait illicite (t. II, No. 932) Loubers'in kâr nazariyesi = Thé. du profit, (l'action de in rem verso et les théories de la responsabilité civile, Rev. Critiq. lég. et de jour 1912); Demogue'in fertlerin bir birlerine tâbiyeti nazariyesi = The de interdependance des individus (Les notions fonda mentales du droit privé. P. 483); Demolombe'in gayri tabii vekâletsiz tasarruf : La thé de la gésition d'affaires anormal (T. 31 No. 48). Bu izahların tenevvüü ve tadadı Fransız doktrininin sebepsiz zenginleşme meselesi üzerinde rastladığı müşkülâtı göstermektedir.

## — İkinci Bölüm —

## İLLETİN TEKNİK NAZARİYESİ

118 — Bizim kabul eylediğimiz nazariye tamamile hukukidir: Bu nazariye zenginleşmenin illetinin ademi mevcudiyetini bizzat müsbet hukukla ve tekniğe uygun bir surette teşekkül eylemiş olan hukukla, izaha çalışır. Hareket noktası şudur: Eğer bir diğerin aleyhine vaki olan sebepsiz zenginleşme halleri tetkik olunursa, bunların iki guruba ayrıldıkları görülür:

a) Brinci gurup, vaki kıymet tebeddüllerinin fakirleşen tarafından arzu edilmiş ve zenginleşen tarafından da kabul edilmiş olan halleri ihtiva eder. Bu takdirde «akdi eda ile zenginleşme» vardır diyeceğiz.

b) İkinci gurup ise, bütün diğer halleri ihtiva eder. Zenginleşmek ve fakirleşmek için, her iki tarafında iradeleri mevcut değildir: Bu takdirde de «akdi edadan gayri hallerle vaki zenginleşme» diyeceğiz.

Bu tefrik, bundan sonraki izahlar için ehemmiyeti haizdir. B. G. B. nin 812 nci parağrafı da bu tefriki yapmaktadır. Bu kanunda «Durch Leistung = eda ile» ve «Sonstiger Weise = başka bir şekilde» zenginleşmeler bir biri karşısında ahzı mevki eylemişlerdir.

119 — Bu, aynı zamanda diğer bir çok müelliflerin hareket noktasıdır. (Jung, 26 - Von Mary P. 420 Collatz, P. 5. s qu - Oser., art. 62. rem III, P: 253. Becker art. 62 rem II, 3, ch. 5) Fakat, nihaî neticede olduğu gibi, teferruatta da büyük ihtilâflar vardır.

120 — Bu tefrikin temeli, Bekker'in Pandectes'in (63) de esaslarını vaz'eylediği ve bütün Alman müelliflerinde unsurları mevcut olan Cermen nazariyatının - «Zuwendung = temlik «Zuwendungesçäfte = temlik muamele» - veya; «Leistung = eda» ve «Leistung geschäfte = eda muamelesi» dir.

Binaenaleyh, bu nazariyenin esaslı hatlarını İsviçre hukukunun prensipleri ve federal mahkemenin tatbikatı ile hem ahenk kılınmak suretile, göstermek icabeder. Biz, mes'elenin anlaşılması için, içtinabı mümkün olmayan esaslı noktaları işaret eylemekle iktifa edeceğiz.

(63) Bekker, System des heutigen pandektenrechts t. II. 1889, § 100, p. 145 s:

## Birinci Kısım

## AKDİ EDA İLE ZENGİNLEŞME

## § 1 Umumiyyet itibarile

121 — Biz «Zuwendung» ve «Leistung» u eda, «Leistungsgeschäft» veya «Zuwendungs geschäft» ı da akdî eda kelimelerile ifade edeceğiz. Akdî eda tabirile, taraftarların iradelerinin varlığını ve onların takip olunan gaye üzerinde mutabakatlarını lüzumlu kılan hususi bir zenginleşme tarzına, işaret eylemek istiyoruz (64)

122 — Dar ve mutad mânâda eda, akdî bir vecibeden dolayı, borçlunun alacaklıya karşı medyun bulunduğu mükellefiyettir.

(Bak. B.G.B. § 241: Borç münasebetine istinaden alacaklı, borçludan bir eda talep etmeye selâhiyetlidir.) Bu tabiri, verenle alan (65) tarafından arzu edilen, bütün değer yer değiştirmelerine tatbik etmek suretile, geniş mânâda almak mümkündür Zira, bir kimseye yalnız akdî edalarla menfaat temin olunmaz. Kanundan mütevellit borçlarla akidler sahasına girmeyen diğer mukaveleleride unutmamak lâzımdır. Bu borçlarda kanun tarafından himaye edilmiş borçlardır. (Bak No. 130)

123 — Bir edadan bahseylediğimiz zaman, sadece para ile kabili takdir bir edayı kast ediyoruz. Binaenaleyh, dar manadaki bir edanın (akdî sahada) mutlâka para ile kabili takdir bir değeri haiz olması lâzım gelip gelmeyeceği meselesi üzerinde mevcut münakaşa hakkında, bir şey söyleyecek değiliz.

## § 2 — Akdî bir eda ile zenginleşmenin şartları

124 — 1° Akdî eda ile bir zenginleşmenin varlığı için, objektif şart olarak, müddeialehyin zenginleşmiş olması lâzımdır. Burada, zenginleşmenin

(64) Bekker, System des heutigen pandektenrechts T. II. 1889, § 100, p. 145 de «Zuwendungs geschäft temlikî muameleleri» şöyle tarif eder. «Muameleyi yapan kimsenin, bir değerine para ile kabili takdir bir menfaat teminini istihdaf eden veya hakikaten böyle bir menfaat temin eden bütün muteber muameleleri» Staudinger'in buna benzer tariflerine bakınız, t. I. 5e 6e éd. 1910, Allg. Teil, III, Abschn rem, jréf VI, F. Von Tuhr, der Allg. Teil des D. B. G. B., T. II, 2, 1918, § 71, p; 49 - Crome, t, 1; 1900 § 74: p; 327 rem 5 - Oser, art. 17, rem. V. P. 72

(65) Staudinger t. II, 1, § 241 rem. 4: «Edanın bu manadaki teknik mefhumu bünün B. G. B. de caridir. Bazı borç münasebetleri hukukü yanında, aynı haklarda aile ve miras hukukunda da caridir.» (No. 122 nin notudur.)

tarzının ve nev'inin ehemmiyeti yoktur: Bu, bir «Facere» den mütevellit olabileceği gibi, bir «dare» den veya hukukî bir hadiseden veya tabii bir vakıradan da mütevellit olabilir. (Schöninger, P. 12 S 9 - Von Tuhr Allg. Teil. t: II: 2 1918 § 71, P. 50 Bizim «akdi eda» terimi, zenginleşmenin vücudu için, tarafların mutabakatı zaruretini şart koşmaz. Bu zenginleşme, hizmet edasında olduğu gibi, tek tarafı bir hukukî muameleden mütevellit de olabilir. Diğer zenginleşme hallerinde ise, tarafların mutabakatı zaruridir. Meselâ; mülkiyetin naklinde olduğu gibi; Akdi edadan bahseylediğimiz zaman, zenginleşmeyi istihdaf eden gayeler üzerinde mutabakat lâzımdır.

125 — 2°) Akdi bir eda ile zenginleşme şu demektir ki, zenginleşme, fakirleşenin, zenginleşen lehine olarak, şurlu bir iradesinin mahsulü olup, yalnız fakirleşenin faaliyeti mahsulü değildir. Bir kast unsuru lâzımdır. Bu işi yaparken fakirleşenin muayyen bir kimseye bir menfaat temin eylemekte olduğunu bilmesi ve iradesinin de bu yolda olmuş bulunması şarttır.

126 — 3° Bir kıymetin kasdî olarak yer değiştirmesi asla kendiliğinden vukua gelmez. Bu değerin yer değerisi bizatihi bir gaye değeridir. Bir mülkiyetin nakli bir alacağın temliki veya bir borçlunun borcundan ibrası basit bir nakil, bir temlik bir ibra zevki için yapılmaz. (Von Tuhr Allg. Teil, t. II. 2, 1918, P. 62 Rem. 1) Delillerinki müstesna olmak üzere, irâdî olan bütün beşerî hareketlerin bir gayesi vardır. Aynı surette değerlerin kasdî olarak yer değerisimelerinin de bir gayesi vardır. Bir değerin yer değerisi sadece birgayeye erişilmek için bir vasıttan ibarettir.

İşte bundan dolayıdır ki, Federal mahkemenin bir kararının aşağıdaki pasajı her türlü manadan mahrumdur.

A. T. F. 3/Avril/1897, Leblanc C. Debely, R. O. 23 P: 688: C: 5:

«Binaenaleyh D nin zenginleşmesinin illeti müddei L nin irade - saiki ne olursa olsun-sinde bulunmaktadır. Ve bu illet ise bizatihi hiç bir haksızlık irae eylememektedir.»

Bu sistem ile borç olmayan şeyin tediyesinin istirdadı talebinin reddini bile haklı göstermek mümkündür.

Eda ile zenginleşme bir gaye takip eder. Denilebilir ki edanın gayesi zenginleşmenin illetidir; aynile edanın illetinden de bahsolunur. Bütün beşerî gayeler, eda için hukuk yönünden mühim değerlerdir. Evvelâ gayenin, sarîh veya zımnî olsun, diğer tarafca tanınabilecek bir surette, bir irade beyanında ifade edilmiş olması lâzımdır.

Bundan maada «her edanın gayesi kendisine edada bulunan şahısta husule getirdiği itminandır»

Bu netice, alanın, veren aleyhine olan, bir alacak hakkının söndürülmesi veya alanın sadece zenginleştirilmesi, veyahut da zenginleşenin iradesine tabi olan müstakbel bir hadisenin tahakkuku olabilir. Bu tefrik ampiriktir. Bizce bu tefriklerden daha iyi bir tefrik de mevcut değildir.

127 — 4° Akdî bir edadan bahsolunabilmek için, yalnız alanın, veren tarafından istihdaf olunan gayeyi bilmesi lâzım değil, aynı zamanda onun bu gaye üzerinde mutabık da olması icabeder. Binaenaleyh, akidler sahasında olduğu gibi, edanın gayesi üzerinde tarafeynin karşılıklı ve bir birine uyan iradelerine ihtiyaç vardır. Gaye üzerinde vaki bir ademi mutabakat halinde veya bir edada bulunma iradesinin ancak bir tarafta mevcut olması takdirinde akdî bir edadan bahs olunamayacaktır.

### § 3 — Akdî eda gayelerinin çeşitleri

128 — Solvendi Causa olan edalar;

(Schöninger, P. 87 - Von Tuhr, Allg. Teil. T. 2, P. 67) Eda, fakirleşenin zenginleşene karşı olan bir borcunu söndürmek maksadile yapılmıştır. Bu borç, akdî bir vecibeden, [satıştan; kiradan, hibe vâdinden, karz akdinden (66) vesairenden] veya kanunî bir borçtan [meselâ, kocanın medenî kanununun 160 (152) nci maddesi mucibince karısına bakma mükellefiyeti; ana babanın medenî kanununun 272 (261) nci maddesi mucibince çocuklarını besleme mükellefiyeti; keza 328 (315) nci madde mucibince nafaka mükellefiyeti vesaire gibi] mütevellit olabilir.

Taraflar, edanın gayesi üzerinde mutabık olmalıdırlar iradenin mutabakatının lüzumu bazı müellifler tarafından reddolunmaktadır. (Oser, rem prel art 68 - 96) Bize göre, bu lüzum «dation en payement = tediye maksadile eda» halinde (Von Tuhr, Allg. Teil T. 2. P. 63) ve borçlunun temerrüdü hakkındaki hükümlerde (Planck, T. II, 362 rem, 2, C. P. 209) kendini kâfi bir vuzuhla göstermektedir.

Söndürülecek borcun behemehal mevcut bir borç olması lâzım değildir. Bu müstakbel bir borç da olabilir.

(66) Su noktaya işaret edelim ki, Alman hukukunun hilâfına olarak İsviçre hukukunda ödünç maksadile yapılan bir edanın illeti Solvendi Causa'dır. Çünkü, bizim borçlar kanununa göre karz akdî, rızâ faktörü haiz olup aynı faktörü haiz değildir. (Oser, rem. Prél. aut 305 - 318, Rem 2, P. 616) İşte buna mebni, edayı bir gayei mahsus (la causa credendi) olarak gösteremiyoruz.

129 — Donandi Causa olan edalar : edayı kabul eden kimsenin, diğer bir şahıs (67) tarafından, kasdi olarak ve bilâ ivaz zenginleştirilmesi halinde, ortada bir hibe mevcut olur. 239 (234) nci maddenin Almanca metni Fransızca metninden daha karakteristiktir :

«Hibe hayatta olan kişiler arasında yapılan öyle bir temlik muamelesidir ki, önce mukabil bir eda almadan, mamelekinden bir şey ile diğerini zenginleştirir.»

Hibeyi akidler arasına koymak suretile kanun edanın gayesi üzerinde tarafların mutabık olmaları lüzumuna açıkca işaret etmek istemiştir.

Hibe, sadece bir taraf hakkında borç tevliid etmekle beraber, bir okadar da karşılıklı taahhütleri muhtevi bir akittirde: Bir edada bulunan kimse bu hibeyi yapmayı arzu eylemiş olmalıdır. Böyle bir edayı kabul eden bir kimse de onu hibe olarak kabulü arzu eylemiş bulunmalıdır. Bu, B. K. 'un 244 (239) ncu maddesinden çıkmaktadır.

«Bir kimse, diğërine bağışladığı malı diğer mallardan bilfiil tefrik etmiş olsa bile bağışlananın kabulüne kadar bağışlamasından rücu edebilir.»

Hattâ Alman hukuku, bağışlayanın rücu hakkında hükümler derpiş eylemiştir. B. G. B. § 516 F. 2

Eğer vaki tasarruf, diğer tarafın rızası olmadan yapılmış ise, tasarrufta bulunan, münasip bir müddet tayin eylemek suretile yapılan tasarrufu kabul edip etmeyeceğini beyana davet olunabilir. Diğer taraf daha önce reddetmiş değilse, müddetin hitamından sonra hibe kabul edilmiş sayılır.

Burada sadece, borçlar kanunun elden hibe (Schenkung Von Hand zu Hand) adını verdiği aynı olan hibe akdini tetkik edeceğiz. Madde 242 (237) Bir hibe taahhüdünün yerine getirilmesi (Solvendi Causa) olan edalar cümlesine girer.

130 — Ob Causam futuram olan edalar: Bir kimsenin ne bir borçtan kurtulma ne de bir hibede bulunma kasdı olmaksızın ve fakat, kendisine eda yapılan kimse tarafından muayyen bir muamelenin yapılmasını temin için, meselâ, onun müsbet veya menfi bir vaziyette bulunması için, diğer bir kimseye bir edada bulunması mümkündür.

Bu takdirde eda ile temin olunan zenginleşme, zenginleşenden beklenen mukabil edanın karşılığıdır. (Schöninger P. 118 S. q. Von Tuhr Allg. II. 2:

(67) Colin et capitant, t. II, P. 75: «İfa, ödeyen borçlu (Solvens) ile ifayı kabul eden alacaklı (accipiens) in müşterek iradelerin lüzum gösterdiği için bir akittir. Bu aktin gayesi mevcut bir borcun söndürülmesidir». Bu müellifler bir taraflı akitten bahs ederler.



72): Derpiş olunan müstakbel hadise, zenginleşenin iradesine tabi olan bir hadise olmalıdır. Eğer hadise, zenginleşene tabi olmayan bir hadise ise, o zaman ortada *Ob causam futuram* olan bir eda mevcut değildir. Bu takdirde, ya şarta bağlı bir hibe veya bir borcun vaktinden evvel ödenmiş olması mevzubahs olacaktır. (Schöninger P. 129)

Fakat zenginleşenden beklenen muamelenin bir hususiyeti vardır ki o da şudur: böyle bir muamele karşılıklı taahhütleri muhtevi olan bir akde mevzu olamaz. Aksi takdirde muamelenin yapılmamış olması halindel, sadece karşılıklı taahhütleri muhtevi akidlerin ademi ifasına müteallik hükümlerin tatbiki icabeder. Filvaki, bazı muameleler vardır ki, bunlar karşılıklı taahhütleri muhtevi olan alelâde mukavelelere konu olamazlar. Bununla beraber, bunlarda müsbet hukukun tanıdığı alelâde mukavelelere malzeme olabilirler. Kanunî himâye, doğrudan doğruya değildir. Çünkü, bunlarda, borcun itasını talep veya, ademi ifa halinde, tazminat talebi hakkı tanınmış değildir. Bu himaye sadece dolayısıyla olur; şu manadaki zenginleşenden beklenen muamele yapılmış ise, o, bu maksatla kendisine temin olunan zenginleşmeyi muhafaza edebilir. Bilâkis, bu muamelenin yapılmamış olması takdirinde kanun, edasını yerine getirene bir dava hakkı tanımaktadır. Misal olarak şunları zikredebiliriz:

— B nin, zaman ve mekân tahdidatı olmaksızın, A ya karşı giriştiği rekabet memnu'iyetine mukabil, A nın B ye bir edada bulunması. (A. T. F. 3/ Juin/1893, Schmid Bower C. Wassmer R. O. 19 P. 382)

—B' nin A leyhine bir vasiyet yapmasını temin için, A nın B' ye bir edada bulunması (20. Mart. 1911, tarihli Alman Yargıtayı Kararı 1911, No. 2136);

— B nin, kendisini her hangi bir hizmete hasretmesi maksadile, A tarafından iâşe olunması; (Schöninger P. 135)

— Nesebi gayri sahih bir çocuğun evlâd edinmesini temin zımında, A nın B ye yaptığı eda (Von Tuhr Allg. Teil t. II 2. P. 74)

Böyle bir hale, karşılıklı taahhütleri muhtevi olan bir akidde, mukavelelerin zarurî olan şekilde yapılmamış olmakla beraber, taraflardan birinin, karşı tarafın da aynı surette hareket edeceği ümidile, edasını yerine getirmiş olması takdirinde tesadüf olunur (Schöninger, P. 135. Ch. 2). Federal mahkeme içtihatları söylemiş olduğumuz hususalrı teyid eylemektedir. A. T. F. 26/6/1891 R. O. 17. P. 326: «Bir temlik muamelede, iki taraflı bir akid yapılmış ise, iktisap eden mukabil edayı vermeğe zorlanabilir. Temlik muamele, böyle bir akde müsteniden yapılmamış olup da, mukabil edanın yapılacağı ümidile yapılmış ve fakat mukabil eda yerine getirilmemiş ise, sebep-

**siz zenginleşmeye istinaden verilen şey, geri istenebilir. Ancak, sebepsiz iktisap davası açılmadan vâki temlike karşılık olmak üzere, yapılacak eda hakkında sonradan bir akid yapılmış ise, artık evvelce temlik edilen şeyin, zenginleşmenin, iadesi dava edilemez ve yalnız yapılan mukaveleye istinaden, akdi mukabil eda, dava edilebilir.»**

### İkinci Kısım

#### ZENGİNLEŞMENİN HAKLI BİR SEBEBİNİN MEVCUT OLMAYIŞI

##### § 1 — Akdi eda ile vâki zenginleşme :

131 — Üzerinde tarafeynin mutabık kaldığı bir maksat için yapılan edalar, akdi edalardır. Fakat bu bir zenginleşmenin haklı bir sebebe müstenid bulunması için, kâfi değildir. Bundan maada, istihdaf olunan gayeye erişilmiş ve bu gayenin kaybolmamış bulunması lâzımdır. Filvaki, söndürülecek bir borç vücut bulmamış veya bulmayacak veya alınan şeyden beklenen müstakbel netice tahakkuk etmemiş veyahut da illet ortadan kalkmış olabilir. Akdi edadan mütevellit zenginleşme, ancak illetin var olduğu nisbette muhafaza olunabilir. Eğer sonradan, illetin ademi mevcudiyeti anlaşılırsa, fakirleşen istirdat davasına sahip olacaktır. Borçlar kanununun 62 (61) inci maddesinin 2 nci fıkrasına, 63 (62) nci maddesi, edadan mütevellit olan sebepsiz zenginleşmelere tatbik olunacaktır.

132 — Şu noktaya işaret eylemek ciabederki, müddeinin bir kıymetin yer değiştirmesini iradi olarak meydana getirmiş olması takdirinde, ortada edadan mütevellit bir zenginleşme karinesi mevcut olacaktır. Yani tarafların gaye üzerinde mutabık buldukları hakkında bir karine; gerek alan (Accipiens) in ademi kabulünü ve gerek gaye üzerindeki ademi mutabakatini isbat, müddeiye terettüp edecektir. (130 No. ya bakınız)

Bundan maada, edanın gayesinin filan gaye değil ve fakat falan gaye olduğunu isbat da, yine müddeiye düşecektir.

Bu noktalar mühimdir; zira, hangi çeşit davanın mevzubahs olacağı ancak bu suretle tayin olunur.

Müddei için, şu veya bu davayı ikame eyleme müsavi değildir. Bunlardan bazılarına istinat diğerlerine nazaran daha kolay olabilir.

133 — İlettin esasen mevcut olmayışı; Solvendi Causa olan bir edanın hususî bir hali; tarafların istihdaf eyledikleri gayeye, edanın söndürmek istediği borcun hiç mevcut olmaması yüzünden, vasıl olmak mümkün değildir.

Bu takdirde, dava, borç olmadığı halde ödenen şeyin iadesi davası adını alır.

a) Bir borç vardı, fakat söndürülmüş olmasından dolayı, artık şimdi mevcut değildir. A. T. F. 3Nisan/1914 Wirth Müller C. Spar. R. O: 40: II: P: 249

b) Borcun hiç mevcut olmamış bulunması hali:

aa) Borç, hadisede taraf olanlar arasında mevcut değil; mevcut borç tamamen hayali; temsil yetkisinin yokluğu: 31/Janvier/1919, Uttinger - lneichen C. Kisten - fabrik zug. A. G. in Lig (bu karar neşir edilmemiştir). Hiç olmayan bir blânço üzerinden hesap olunan ve muayyen bir nisbette yapılan tediye (A. T. F. 6/Juillet/1908, Gewer bebank Basel C. Haller, R. O. 34: II: P: 493 - Bir gayri menkul satışında, şekil noksanlığı (Lucerne, O. G. 27 (oct. 1914. Willic. Burkli)

bb) Borcu tevhit eden akdın, mevzuunun gayri mümkün, kanun, ahlâk ve edaba aykırı olmasından dolayı, batıl bulunması (A. T. F. 3/Juillet/1915 Haass C. Wyler, R. O. 41. II, P. 474 s. q): Burada, akdın doğumuna takaddüm eden bir imkânsızlık mevzuubahs idi: Eğer muahhar olmuş olsaydı o zaman, 119 (117) nci maddenin tatbik sahasına girecek ve borç olmadığı halde tediye olunanın iadesi davası mevzuubahs olmayacak vücudu nihayet bulan bir sebebe mebni yapılmış olan bir edanın iadesi mevzuubahs olacaktır. (Numara 135 e bakınız)

cc) Mukavele edayı yerine getiren taraf için bağlayıcı değilse; bu taraf, 31 nci maddenin bahsettiği bir hakkı kullanmış ise (A. T. F. 10/Mars/1921 Ferrio C. Döpfner): bir hile neticesinde yapmış olması takdirinde mukavelelenin bağlayıcı bir kudreti yoktur. (Diğer taraf için vücudu nihayet bulan bir sebep vardır. Numara 135 e bakınız)

dd) Borçlu, borçlu olduğundan fazlasını vermiştir: (A. T. F. /decembre/ 1896 Neithardt C. Schatzman, R. O. 22. P. 1240, 4 - A. T. F: 9/Dec:/1889 Nordostbank C. Kummer, R. O. 25, II, P. 871, C. 3

Borç olmadığı halde ödenen şeyin iadesi davası ancak ödeyen kimse- nin bu borcun mevcut olmadığını bilmemesi halinde kabildir. Bu husustaki hatasını müddei isbatla mükelleftir. (68) Bir çok tereddütlerden sonra mahkeme içtihatları, artık şimdi, müddeinin hukukî bir hataya da istinad edebileceğini kabul eylemektedir. (A. T. F. 3/Avril/1914 Wertmuller C. Spar und

(68) Alman hukuku beyyine külfetini başka surette taksî meylemiştir; orada müddei borçlu olmadığı bir şeyi ödediğini isbat edecek müddeialeyn ise, müddeinin tediye esasında, borcun bulunmadığını bildiği halde, ödediğini isbat edecektir. (B. G. B. § 814-Staudinger t. II, 2, 814 Rem. a. b. p. 1560 - Planck, t. § 814, Rem: 4: P: 943)

R. O: 40 II P: 254 A. T. F. 3. 7. 1915, R: O: 41; II, P: 485 - A. T. F. 20. Dec; 1921, R. O. 47, II. 465)

Fakat bu içtihatlar, vâki hatanın mazur görülebilecek bir vasıfta olmasını şart koşmaktadırlar. (A. T. F. 3/Avril/1914. P. 259 - A: T: F: 20/Decembre/1921 P. 465)

Tediye, vaziyet bilinerek ve rızaen vukua gelmiş ise, kanun bu takdirde, ve prensip itibarile, iade davasını red eylemektedir. Bununla beraber, müddei bir kaydı ihtirazi tahdında (Şarta bağlı eda) veya müddeialeyhin de kendi edasını yerine getireceği ümidile tediye de bulunduğunu isbat ederse, istirdat talebi kabul olunabilir. (Ob Causam futuram = tahakkuk etmemiş bir sebebe istinaden yapılan bir eda. Bak No. 130)

#### 134 — 2°İlletin tahakkuk etmesi:

a)Eda, müstakbel bir sebep için yapılmıştır: Edanın karşılıklı taahhütleri muhtevi olan bir akde konu olmamış bulunması veya, böyle bir akde konu olamaması veya edanın edayı alanın, müstakbel bir fiiline muallak bulunan bir neticeyi istihsal zımından, yapılmış olması halinde vaziyet böyledir: - Zaman ve mekân tahdidatı olmaksızın rekabet etmemek için, B lehine A tarafından yapılan bir eda halinde, bilâhare B nin bu memnuiyete aykırı hareket eylemesi takdirinde hadis olan vaziyet böyledir. (A. T. F. 3/Juin/1893 R. O. 19: P: 382,)

— Evli bir kadının, muayyen bir meblağ mukabilinde, vermeyi vaad eylediği boşanmaya muvafakati, sonradan vermektén imtina eylemesi. Bu takdirde koca, verdiği geri alabilir. Çünkü, o edasını müstakbel bir sebep için yapmış idi, ve bu sebepde sonradan tahakkuk etmedi. Burada istirdat ancak 66 (65) nci maddenin tatbik sahasına düşmemesi nisbetde mümkündür. (A. T. F. 14/Juillet/1894, R. O. 20, P. 610: C: 3)

b) Eda, henüz vücut bulmamış olan bir borcu, vaktinden evvel söndürmek için, yapılmıştır.

— Sekiz senelik bir mevkufiyetin infazına ait masrafları ödemeye mahkûm edilmiş bulunan bir şahsın, peşinen yapmak mecburiyetinde kaldığı tediyeatta, cezanın müruru zamana uğramış olmasından ve bu yüzden, infazın gayri mümkün bir hale gelmiş bulunmasından dolayı tahakkuk etmemiş bir sebep var demektir. (A. T. F. 7/Mars/1903, J. D. T: 1903 P: 649)

— Bir suskripsiyon esnasında, tahvil satın almak üzere tediye de bulunmuş olan bir kimse, emisyonun muvaffak olmaması takdirinde, verdiği ge-

ri isteyebilir. Çünkü yapmış olduğu edanın illeti tahakkuk etmemiştir: (A. T. F. 15/Juin/1907, R. O. 33 II P. 310 - A. T. F. 4/Dec/1915 R: O: 41, II: 719) Yazılı bir şekilde yapılması meşrut olan bir adi şirketin ortaklarından biri, bu mukavele mucibince, bir şahsa yapmış olduğu tediye, mukavelenin meşrut şekle riayetle yapılmamış olmasından dolayı, geri isteyebilir.

B. G. B. nin § 812 i, Müddeinin müstakbel neticenin husule gelmeyeceğini bilmiş olması halinde veya kendisinin bu neticenin doğumuna, hüsnüniyet ka-idelerine muhalif bir şekilde, mani olması takdirinde, iade imkânını reddetmektedir; Becker, (Art 62, Rem 3. a, bb, Ch, 11, P. 270). İkinci hal için borçlar kanununun 156 (154) üncü maddesini tatbik eylemek suretile, İsviçre hukukunda da aynı sureti halli kabul eylemektedir.

Müstakbel neticenin vukua gelmeyeceğini isbat külfeti müddeiye terettüp eder. (Bu mes'ele Alman hukukunda çok ihtilâflıdır) (Bak. Planck, t. II, § 812, Rem, II. P. 938 - Saudinger, t. II, 2, § 812. P: 1557)

135 — İlet (sebe) in önceden mevcut olup da sonradan ortadan kalkması : bu, şu hallerde görülebilir :

— Karşılıklı taahhütleri muhtevi bir mukavelenin feshedilmiş olması ve tarafların başka bir iade tarzını derpiş eylememiş bulunmaları hali: (A.T.F. 6/Oct/1894. J. D. T: 1894. P. 751);

— Tarafardan birinin, mukaveleye konmuş olan bir hükümden istifade etmek suretile, akdi fesh eylemesi hali. (A. T. F. 2/Juin/1899 Sem. Jud. 1899 P: 566;

— Karşılıklı taahhütleri muhtevi olan bir mukavelenin, borçlar kanununun 107 (106) ncı maddesi mucibince, feshedilmesi hali;

— Bir hibeden 249 (244) ncü madde mucibince rücu olunmalı hali;

— Diğer âkid'in, kusuru olmaksızın, edanın yerine getirilmesinin imkân-sız bir hale gelmesi. Borçlar kanunu 119 (117)

— Borçlar kanununun 31 nci maddesi mucibince akidle ba'li olmayan ve bu maddenin bahsetmiş olduğu hakkı istimal eyleyen taraf, diğer akid muvacehesinde, vücudu nihayet bulan bir sebep mebni. zenginleşmiştir : (Oser Art 31, Rem. IV. 2. P. 132). Bir küçükle yapılmış olup da kanunî mümessilin tasdikine mazhar olmamış bulunan bir mukavelede, taraf olan ehil âkidin durumu da böyledir.

Sebebin artık ortadan kalktığıının isbatı müddeiye terettüp eder.

136 — Hülâsa, bir edanın illeti mevcut değilse akdi eda ile vaki bir zenginleşmenin de haklı bir sebebi mevcut değildir, diyebiliriz.

§ 2 — Akdi eda haricinde vâki zenginleşme :

137 — Akdi eda ile vaki zenginleşme 62 (61) ve müteakip maddelerin tatbik olunacakları yegâne hal değildir. Zenginleşme, diğer suretlerle de vukua gelebilir. Umumî bir kaide olarak denilebilir ki, akdi eda haricinde vaki bir zenginleşme, haklı bir sebebden mahrumdur.

138 — Akdi edanın muteber olmayışı :

a) Her iki tarafın da kasdi, bir şeyi eda olarak vermek ve almak olabilir. Böyle olmakla beraber, taraflar, bu edanın illeti hakkında mutabık değildirler. Birisi bir borç ödemek kasdında olduğu halde diğeri, onun kendisine hibe edildiği kanaatindeadır. Müddeinin davasını kazanabilmesi için rızaların bu uygunsuzluğunu isbatetmesi kâfidir. Solvendi Causa da olduğu gibi, hataen ödediğini isbata lüzum yoktur.

b) Bir edada bulunma kasdı ancak bir tarafta mevcuttur. Meselâ, fakirleşen kimse bir hibe yapmak arzusunda idi, fakat diğer taraf bunu reddetmişti. B. G. B. nin 516 ncı paragrafında derpiş edilmiş olan hal bu cümledendir.

139 — Her hangi bir eda kasdinin hiç mevcut olmayışı :

a) Zenginleşme insan fili neticesinde husule gelmiştir:

aa) Fakirleşenin fili ile; meselâ, hukukî bir yağyr mevzubahs olmaksızın, birleşme, karışma, başkasına ait olan birşey üzerinde işleme suretile mülkiyetin naklinde olduğu gibi.

bb) Zenginleşenin fili ile; başkasına ait olan bir şeyin istihlâki, keza böyle bir şeyin hüsnüniyetle üçüncü bir şahsa satılması veya kullanılması (A. T. F. 3/Dec/1898 J. D. T. 1899. P: 317); Mülkiyetin birleşme, karışma hukukî tagyir hallerinden birile iktisabı, başkasına ait olan bir alacağın tahsili, (A. T. F. 22/Mai/1897. R. O. 23, P. 782 - A: T: 2: Oc: 1897, R: O: II, 23. P; 1646 - A. T. F. 28/Avril/1899 R. O. 25: II 326); başkasına devredilmiş olan bir alacağın 167 (165) nci madde mucibince, üçüncü şahıs olan borçluya ihbar olunmadan, eski alacaklı tarafından tahsili; hamiline muharrer bir senedin tahsili.

cc) Üçüncü bir şahsın fiili : Birleşme ve karışma halleri.

b) Zenginleşme her türlü insan faaliyeti haricinde de husule gelebilir; ezcümle, bir birleşme tabii bir hadise veya hayvanların müdahaleleri netice-

si olarak husule gelebilir. Meselâ, A ya ait olan bir sürünün ve B ye ait olan bir meradan otlaması halinde olduğu gibi (Becker. 62. Rem. 3. b, aa Ch: 13, P: 271)

### § 3. — UMUMİ KAİDE

140 — Akdî edanın illetden mahrum olması veya ortada bir akdî edanın bulunmaması halinde vukua gelen zenginleşme, haklı bir sebebe müstenid değildir. (69)

### § 4 — KAİDENİN İSTİSNASI

141 — Bu kaidenin istisnası, umumî menfaatin ve bilhassa içtimâî sükûnun lüzumlu kıldığı ve ekseriya birinin zenginleşmesini diğlerinin de fakirleşmesini intaç eden ve 62 (61) nci madde mucibince dava ikamesine de imkân olmayan mutak hukukun hükümlerinde görülür.

142 — Kanunî bir hükme müstenid olarak vukua gelen değer yer değiştirmelerinin, sırf bundan dolayı, haklı bir sebebe müstenid olduğunu zannetmemelidir. Bu gibi hallerde istirdad davası, ancak, kanunun bu hususu hükme bağlamış olması ile mümkündür. (Bakınız Medenî kanun 726, 727 (T. M. K: 699, 700) Böyle bir hüküm B. G. B. projesinin 748 nci paragrafının 2 nci fıkrasında bulunuyordu: «bir hakkın ziyarı, bu hususu emir eden bir kâide icabından ise, tereddüt halinde bu, bir hukuki sebep ad olunur.»

Böyle bir sistemle, hukukî bir vakıa'ya müstenid olarak vukua gelmiş olan zenginleşmelere hattâ mülkiyetin akde müstenid olarak nakil edilmiş olması takdirinde bile, dava hakkını reddetmek lâzım gelecektir. (Schöninger, P. 192)

143 — Bilâkis, kanunî hükmün ruhunun ne olduğunu aramak lâzımdır; bu hüküm, değer (kıymetin) yer değiştirmesini tecviz eylemeksizin, sadece hakkın intikaline müteallik olabilir.

144 — Sureti umumiyede şu hallerde sebepsiz zenginleşme davasının reddolunacağı kabul olunmaktadır:

a) Medenî kanunun 661 ve 728 (638,701) nci maddeleri mucibince vukua gelen iktisabî müruru zaman neticesi olarak;

b) İskatî müruru zaman neticesi olarak; böylece satılan şeyin ayıplı olmasından dolayı açılacak davanın müruru zamana uğramasından sonra

sebepsiz zenginleşme davasının açılmayacağına hükmolundu; şu kararlar: bu hususu teyid eder mahiyetindedir: (St. Gall, K. G. 24/Juin/1916 S. J. Z: 14: 1917 - 1918 P. 301, No. 93 - Berne Tr. de Com. 27/Nov./1916, S: J: Z: 14: 1917 - 1918, P. 330, No. 294 - Bilâkis federal mahkeme, bu hususu teyidkâr gözükmemektedir: (A. T. F. 26/Mars/1915 Bu karar neşir edilmemiştir.):

«Berne İstinaf mahkemesinin görüş tarzı münakaşadan azade değildir. Filvaki ayıptan dolayı dava açma hakkının, hemen ve daima, sebepsiz zenginleşme davasının açılması imkânını bertaraf edip etmiyeceği veya bu davanın, ancak, akde müstenid olan ayıptan mütevellit dava hakkının ortadan kalkmasıyla mi açılacağı veya bu davalardan birini seçme hakkının müddeiye ait olup olmayacağı meselesi düşünülebilir. Bir birinden farklı olan bu nazariyeleri gerek doktrinde ve gerek mahkeme içtihatlarında müdafaa edenler mevcuttur. Fakat, Federal mahkeme, bu ihtilâfta her hangi bir ciheti iltizam eylemekten kendisini varestâ tutabilir. Zira, müddeinin açmış olduğu davanın, şayanı kabul olsa bile, bu günkü halile reddolunması lâzımdır.»

c) Muayyen bir müddetin geçmiş olması neticesi olarak : A. T. F. 15 - Mai. 1897, Konkursmass Engel. C. Waser et consorts, R. O: 23, P: 768:

Borçlusunun iflasında, alacağını vaktinde masaya kaydettirmeyen bir alacaklı, sonradan iflâs masası aleyhine sebepsiz zenginleşme davası ikame edemez.

d) Kaziyei muhakeme neticesi olarak: A. T. F. 17/Oc./1890. R. O. 16: P: 768 C: 3: Gerek kanton mahkemesinden ve gerek federal mahkemeden sudur eylemiş olsun, kat'ilemiş olan bir karar aleyhine ve kâziyei muhakeme prensibinden kaçmak suretile, bir sebepsiz zenginleşme davası ikame olunmaz. Böyle bir talebin, ilk davanın ru'yeti esnasında ileri sürülmesi mümkün olmayan vakta veya hukukî kaidelere müstenid bulunmasının ehemmiyeti yoktur. Şu karar bu noktâi nazarı terviç eylemektedir:

(Soleure, O. G. 27/Dec./1912 Z. B. J: V: 49: 1913 P: 63) İcra ve İflâs kanununun (İsviçre) 86 ncı maddesinin derpiş eylediği müddetin hitamından sonra hasıl olan vaziyet de böyledir. Zira, artık kat'ilemiş olan bir takip, icrası lâzım gelen bir ilâm hükmündedir: Zurich A. K. 3/Oc/1893 Ann. 1896 P. 121 No. 362.

Bununla beraber hüküm, sadece, doğmamış olan bir borcun ödenmesini âmir ise, meselâ cezâî bir kararın infaz masrafları mevzuubahs ise, ödenmiş olan meblâânın, müstakbel sebebinin tahakkuk etmemesi takdirinde, istirdadı talep olunabilir: (A. T. F. 7/Mars/1903 j. D. T: 1903 P: 657): Şu garip hadiseyi de ilâve edelim: Genève C. J. C. 7/Fevrier/1919, Sem, Jud. 1919



P. 153. Baba olduğu zannolunan bir şahıs nesebi gayri sahih olan çocuğa nafaka vermeğe mahkûm edilmişti. Ana, üçüncü bir şahısla evleniyor. Karı-koca bu evlenme ile adı geçen çocuğun nesebini tashih ediyorlar; C. J. C., Sözde baba olan kimsenin nesebinin tashihinden habersiz olarak ödemiş olduğu paranın iadesi talebini kabul eyledi. Anlaşıldığına göre, daha öncesine ait tediye, davada mevzu bahis edilmemiştir.

145 — Bununla beraber, mutlak hukuk hükümleri, sebepsiz zenginleşme davasının ikamesini, ancak akdî edanın ademi mevcudiyeti halinde men edebileceklerdir.

Edası kitisab ibir müruru zaman müddetinin cerayanına müsaade eylemekten ibaret olması takdirinde müddeiye neden bir dava hakkı tanınmadığını biz anlayamamaktayız.

146 — Dava hakkının mevcut olmadığı şu mühim halî de zikredelim. B. K. nın 66 (65) nci maddesi «haksız yahut ahlâka «âdaba» mugayir maksat istihsali için verilen bir şeyi istirdada mahal yoktur.»

### Üçüncü Bölüm

#### 62 (61) VE MÜTEAKİP MADDELER AKDİ SAHADA DA KABİLİ TATBİK-MİDİR?

147 — Biz buraya kadar yalnız zenginleşmenin haklı sebebinden bahseyledik, eğer federal mahkemenin kararları arasında sebepsiz zenginleşme davası ile akidlerin iptalini talebe imkân veren kararlar bulunmuş olsaydık akidlerin illeti (sebebi) ile asla meşgul olmayacaktık.

148 — Bu kararlar şunlardır :

(A. T. F. 13/Avril/1888, R. O. 14: P: 285:)

Bir poliçenin cirantası, kendisine karşı dermeyan olunabilecek bir rücu hakkının müruru zamana uğramış olmasından sonra bir kefalet senedi imza eylemişti. Sonra poliçenin sahibi (hamili), bu kefil aleyhine dava ikame eyledi. Bu dava Vaud Hukuk Mahkemesi tarafından reddolundu fakat, müddei, federal mahkeme huzurunda, davayı kazandı. P. 293, C. 5.

«Federal mahkemeye baş vuranların iddiaları, 72 nci maddenin (eski Borçlar kanunu) ikinci fıkrasındaki «müruru zamana uğramış olan bir borcun ödenmesi için yapılan tediye istirdadı talep olunamaz.» Şeklindeki hükmünün tatbiki neticesi olarak kabul olunmak gerekirdi. Filvaki, bu hüküm bir borcun mevcudiyetini tazammun eden dar manadaki tediyeler hak-

kında değil, meselâ kefalet gibi diğer bir eda hakkında da tatbik edilecek şekilde tefsir olunmalıdır.

Müruru zamana uğramış olan bir borcun iradi olarak edası ise bir hukukî hata yüzünden iptal olunamaz. (Bak Schneider et Fick ad. Art. 72 N. 3 Haberstisch, I P. 238) federal mahkemenin 9/Mart/1894 tarihli kararı : R. O. 20. P. 211:

Müddei Eidgenössische Bank ile Tüccar S. arasında mevcut bir mukavele mucibince; Centralbahn antreposuna, S namına tevdi olunacak kahve çuvalları için, müddei adına emtea senedi tanzim olunacak idi ve bu husus için de antrepoya, talimat vermişti. 6 İkinci kânun 1892 tarihinde, S, müddei aleyh olan antrepoya, bu emri tadilen ve sonradan mevzuubahs senetlerinin tanzimi için, kendisinin hususî bir talimatına intizar edilmesi lüzumunu bildirmişti. 9/İkincikânun tarihinde, 15 çuval kahve S namına bu antrepoya tevdi olundu. Senet hataen yine müddei adına tanzim ve ona teslim olundu. S, ertesi günü, verdiği bir emirle bu çuvalları üçüncü bir şahsın emrine amada bulundurulmasını bildirdi; ve bu da yapıldı. Müddei ise, bu çuvalların kendisine teslimini veya bunların bedellerinin kendisine ödenmesini dava eyledi.

Federal mahkeme, müddeialeyhin ileri sürdüğü sebepsiz zenginleşme defını şu esbabı mucibe ile kabul eyledi: Müddeialeyhin esaslı bir hatası mevzuubahs olamaz. Belki saikte bir hata mevzuubahs olabilir. Bu ise mukavelenin muteberiyeti üzerinde bir tesiri haiz değildir. Böyle olmakla beraber: «Buna mukabil Asliye Mahkemesinin tesbit etmiş olduğu hatadan, her hangi bir hukukî sebebi bulunmayan temlikî bir muameleden, müddeinin faydalanmış olduğu anlaşılmaktadır. Bu hukukî muamelenin şart kılmış olduğu illet, yani makbuz senedinin ve malların müddeiye teslimi, mal sahibi S nin vermiş olduğu talimatta yoktu. Bu sebeple, böyle bir şeyin yapılmış olması müddei için sebepsiz zenginleşme meydana getirir ve aynı sebeple müddei tarafından böyle bir şey hüsniyet kaidelerine göre talep edilemez.» A. T. F. 10. Nov. 1910, Schweizerische Volksbank C. Hofner R. O. : 36: II: P: 517:

Hofer, «Imhof Et cie» adındaki bir şirket için ve müddeialeyh nezdinde, 3.000 franklık bir kefalet imza eylemişti. Bu şirket sonra tasfiye olundu ve yerine aynı adı taşıyan diğer bir şirket ikame olundu, daha sonra, müddeialeyh, müddei H'dan kefaletinin yenilenmesini temin eyledi. Yeni teşekkül eden şirket taahhütlerini ödemedi. Banka, kefile müracaatla şirketin borçlarını ödemesi lüzumunu bildirdi ve bu tediye şu surette vukua geldi. H, müddei banka nezdinde 3.000 franklık kredi açtırdı ve mevzuubahs olan kefalet borcu

da bu hesaptan ödendi. Sonra H, bu ödünç aldığı meblâğı ödemekten imtina eyledi. İcrai takibat ve itrazın muvakkaten ref'i neticesi olarak H, borçtan kurtulma davası açmak zorunda kaldı. Federal mahkemenin fikrine göre, kefalet aktinin temdit olunması müteber değildi. Çünkü müddei, eski şirkete kefalet ettiğini zantediyordu, bu şirket ise, kefaletin temdidi sırasında, infisah etmişti. Böylece H, bir karz akdi yapmakla borç olmayan bir şeyi ödemiş bulunuyordu:

«Davacının, A. Imhof ve ortakları komandit şirketinin lehine, hukukan mutebir bir kefalet taahhüdü mevcut değildir. Bu mülâhazaya istinaden, tıpkı kanton hakimleri gibi, davacının mayıs 1906 tarihinde dava edilene, tediyede bulunurken hakikatte mevcut olmayan bir borcu ödediği ve bu arada borç taahhüdü hususunda hata ettiği kabul edilmelidir. Buna göre, ihtilâflı kredi alacağı kabul olunmadığından borçlar kanunun (eski borçlar kanununun) 70 inci maddesine istinaden müddeinin vaki avansı geri istemeğe hakkı vardır.»

149-Bu üç halde bir mukavele mevzuubahistir: Kefalet, antrepo ve harz. Birinci halde, müruru zamanauğramış bir borcun icrası için akid yapmış olduğundan, federal mahkeme, bu akdin iptali talebini reddetmiştir. Diğer iki halde, federal mahkeme, akdin illetten mahrum olması dolayısıyla taahhüdün icra edilmemesini kabul eylemektedir. Binaenaleyh federal mahkeme, akidler sahasına, Alma hukukunda olduğu gibi, İsviçre hukukunun da, bu ana kadar sükûtle geçtiği akdî illet methumunu ithal eylemektedir.

150 — Yalnız Fransız hukuku ve onu takip eyleyen diğer mevzuat, borcun illetinden bahseylemekte ve bunu mukavelenin esaslı bir unsuru olarak kabul eylemektedirler. (Fransız medenî kanunu madde 1108, 1131)

Fakat bu, taklide lâyük olmayan bir modeldir. Bu mesele sonu gelmez ihtilâfların doğumuna sebep oldu ve Fransız hukukunda illetin ne olduğunu bilmek gayet güç bir iştir. Her müellifin kendisine mahsus bir tarifi var. Müelliflerin ekserisi bu nazariyenin her türlü manadan mahrum olduğunu ve onun varlığından pek alâ müstağni kalınabileceğini söylüyorlar (Planiol T. II; No. 1026). Hattâ bu nazariye kendi banisinin (Domat) bir hatası mahsulü sayılmaktadır. (Planiol, T. II. No. 1031)

151 — İrade beyanındaki hataya müteallik olan sistemi dolayısıyla, akdin illeti nazariyesinin İsviçre hukukunda bir faidesi yoktur. Zannımıza göre, işte bu noktadan hareket etmek suretile yukarıdaki üç meseleyi halletmek icabeder.

Bu üç hadisede, irade beyanının bir parçası ve akdın zarurî unsurlarından biri olan asıl saik (Motif déterminant) üzerinde yapılmış bir hata mevcuttur. Akid, hakikî durum hakkında tam manasile tenevvür eylemiş ve kendisine tam bilgi verilmiş olsaydı bu taahhüt altına girmeyecekti. Binnetice, Borçlar kanununun 24 üncü maddesindeki esaslı hataya müteallik hükümlerin bir tatbiki mevzuubahistir. Borçlar kanununun tadilinden beri B. G. B. nin 119 ncu paragrafına imtisal eden v e24 üncü maddenin 4 numaralı bendi muvacehesinde, mes'ele bu gün artık münakaşadan azadedir. (Bak. Saleilles; Decl, P. 11, P. 19):

«İradenin muhtevasından olan her şey iptali icabettidebilecek bir hataya mevzu olabilir. Bu beyanın muhtevası objektif olarak kanun tarafından tesbit edilmiş değildir. Bu muhteva alâkadarların iradeerine tabidir.

○ Beyan sahibinin muhtevi bulunmasını arzu ettiklerini ve sade bunları ihtiva eder. Bu tarzı hal, beyanın muhtevasından bulunmuş olmak şartile, Fransız hukukunun illet mefhumundan anlamak istediği hususa tatbik olunacaktır.»

— Mukavelelerin illeti nazariyesile hata nazariyesinin bu mukayesesı hakkında Dabin'in La Théorie de la cause adındaki tezine bakınız (sahife 133) 13/Nisan/1888 tarihli karar, hukukî hatanın esaslı bir hata olmadığını söylemekle izah olunabilir.

152 — Zannımıza göre, illet fikrini, sebepsiz zenginleşme prensiplerinin dolambaçlı yollarından getirip mukaveleler sahasına ithal eylemek suretile, federal mahkeme, yanlış bir yola girmiştir.

### Dördüncü Bölüm

#### İLLETİN DERMEYANI VE FAKİRLEŞENİN HAKLI BİR SEBEBE MUSTENİD OLMAYIŞININ ZARURİLİĞİ :

153 — «Haklı bir sebep olmaksızın aharın zararına mal iktisap eden kimse, onu iadeye mecburdur.» B. K. 62/1 (61/1).

Binaenaeyh, zenginleşmenin haklı bir sebebi vardır.

Bu sebep kime karşı kabili dermeyandır?

Söylemiş olduklarımızdan şu çıkarki, haklı sebep, edayı yapan kimseye karşı kabili dermeyandır. Fakat bu illet, sadece edayı yapana karşı mı kabili dermeyan, yoksa herkese karşı kabili dermeyandır?

Bir kaç ihtimai tetkik edelim :

154 — 1/A', kendisine ait olan bir şeyin, B' tarafından E' ye satılmış olmasından dolayı, fakirleşmiştir. B tarafından muteber bir surette keidisine

edada bulunulan E nin, eda kendi aleyhine vukuubulmuş olan, A muvacehesindeki durumu nedir? (A ile B arasında akdi bir münasebetin mevcut olmadığını farzediyoruz.)

155 — Bu meselede, üçüncü bir şahsın hüsnüniyetle vukua gelmiş bir iktisabının himayesi prensibi hakimdir. Medcîî kanun bu prensibi, menkuller hakkında 933 ncü (901) delerincâ hükme bağlamıştır. Binaenaleyh, eğer E, hüsnüniyet sahibi ise, mülkiyet şey'in A ya ait olmasına rağmen, kendisine intikal etmiştir. Binaenaleyh E, A nın bir istihkak davasından, kendisini kurtaracaktır. İsviçre (Türk) hukukunda da A nın sebepsiz zenginleşme davası açması kabul olunamayacaktır.

156 — E nin ivazlı bir müktesip olması takdirinde bu tarz hallin kabulü anlaşılır bir keyfiyettir. Fakat, vaki iktisap ivazsız ise, bu hal tarzı gayri muhik olacaktır. Bu ciheti iyi anlamış bulunon Alman medenî kanunu § 816'da, E bu iktisabı bila ivaz yapmış ise, hüsnüniyetli de olsa, A lehine ve doğrudan doğruya E ye karşı kullanmak üzere, bir dava hakkı tanımaktadır. İsviçre hukukunda böyle bir hükmün bulunmaması dolayısıyla, sebepsiz zenginleşme davasının bu suretle genişlemesi doğru olmaz. (Egger, Causale Tradition Z. S. R. 33 1914, P. 335 - Zycha, Eigentumsverfolgung und verkehrsschutz bei Fahrnis nach dem schw. civilgesetz - Entwürfe, Z. S. R. 22, 1903, P. 128 n. 104 Oser, art 62, rem. III. 1, P. 253)

157 — Hüsnüniyet sahibi bir müktesibe karşı sebepsiz zenginleşme davasının neden kabul olunmadığı suali sorulabilir. Sadece onun artık malik olmuş bulunmasından dolayı olduğunu söylemek kâfi değildir. Biz müteaddit defalar mülkiyetin intikalinin davanın ikamesine mani teşki eylemediğini söylemiştik. Biz bunun, müktesebin fakirleşene, vaki zenginleşmenin haklı sebebe müstenid olduğunu dermeyan edeceğinden ibaret olduğu kanaatındayız. (Enneccerus t. I. 2. § 441 Rem. II. 4, b).

158 — Bu sistemin mantiki neticesi şu ki; eğer E nin zenginleşmesi B muvacehesinde illetsiz ise, A nın, ona karşı, doğrudan doğruya, sebepsiz zenginleşme davası açmağa yetkili olacaktır. (Enneccerus, t. I. 2, § 441. Rem II 4. b).

159 — 2 Bu haklı sebebin dermeyan olunmasına, buna pek benzer diğer bir halde de rast geliriz: B, haklı bir sebep olmaksızın, A aleyhine zenginleşmiştir ve B bu zenginleşmenin bir kısmından veya tamamından E ye edada bulunmuştur. İsviçre mahkeme içtihatları, A tarafından aleyhine dava ikame olunan, E nin zenginleşmenin B muvacehesindeki illetini

dermeyan edebileceğini kabul eylemektedirler : (Enneccerus t. I. 2, § 441. Rem II, 4. b).

(A. T. F. 24/Dec./1903 B. Z. R. 3, 1904 No. 42 P: 65): bir kitabcının mümessili, üçüncü şahıslar tarafından bilinebilecek bir derecede selâhiyeti tecavüz eylemek suçtile, müddeiye kitap sipariş eylemişti, bu mümessil, sonra aynı kitapları maliyet fiyatı üzerinden tekrar sattı. Buradan elde ettiği parayı, zimmetine geçirmiş olduğu meblâğın itfasi maksadile patronuna (kitabcıya) ödedi.

Federal mahkeme, kitap bayiinin, istihdam edene karşı açmış olduğu sebepsiz zenginleşme davasını, şu esbabı mucibe ile reddetti.

«Satılmış olan kitapların gayri safi bedeli, müddeialeyle, yalnız alacaktan itfa edilmiş olan miktar kadar fâide vermiştir. Müdeialeyleh temliki bir muameleden faydalanmıştır. Ancak işbu temliki muamelenin hukukî bir sebebi de yoktur denemez. Mevcut bir borcun, kısmen dahi olsa, itfasi için tekiye maksadile yapılmıştır. Bu vaziyet karşısında müddeialeylehin, müddeinin hesabına, sebepsiz bir zenginleşmede bulunmuş olduğundan bahs edilemez. Burada sebepsiz zenginleşmiş olan (sözde mümessil) K. dir. Şukadar ki, bu sebepsiz zenginleşmenin de olabilmesi için, müddei ile şahsen K. arasında muteber bir satış, akdinin meydana gelmemiş olduğu kabul edilmelidir. K. nın burada zenginleşmesi şu şekilde olmuştur. Sattığı kitapların bedeli kendisine ait değil müddeiye aittir. Bu bedelden borcunu ödediği miktar zenginleştiği meblâğı ifade eder.»

Berne, A. K. H. 30/Mars/1894 Z. B. J. V. 30, 1894. P: 537: Zofingue kömünün veznedarı, müddeinin zararına olarak, 83,000, — frangı zimmetine geçirmişti. Bu meblâğın bir kısmı, adı geçen veznedarın açılan iflasının tasfiyesi neticesinde tamamen tahsil olunamamıştı. Peder, (veznedar) bu zimmetine geçirdiği paraların 30.000 frangını oğullarından birinin tahsiline sarf ettiğini söylediği için, 83.000, —franktan tesviye olunamayan miktarı tahsil için müddei, bu oğul aleyhine sebepsiz iktisap davası ikame eyledi. Peder (veznedar) tarafından oğul lehine sarfedilmiş olan bu meblâğın bir illeti olduğu için, mahalli mahkeme, bu talebi reddetti. Bu, ya kanunen gereken terbiye borcunun ifası veya bir hibe idi:

«Dava edilene yapılmış şolan temliki muamele şüphesiz hukuka uygun bir sebepten mahrum değildir. Bu edaların, ister terbiye mükellefiyetini gaye ittihaz etmiş olsun, ister hibe niyetine irca edilmiş bulunsun, hukukî bir sebebi var demektir. Bu sebeple, dava edilenin babasının elinden aldıklarının hukukî bir illeti mevcuttur.»

160 — Alman hukuku illetin kabili dermeyan oluşu prensibine bir istisna tanıdı, oda sebepsiz olarak zenginleşilen şeyin bilâ ivazı iktisap olunması takdirindedir. (Alman medenî kanunu § 822) Fakat İsviçre hukukunda böyle bir hüküm mevcut değildir.

161 — İletin kabili dermeyan oluşuna rağmen, federal mahkemenin, doğrudan doğruya bir sebepsiz zenginleşme davasının ikamesini kabul eylediği, bir hale işaret eylemek lâzımdır. (A. T. F. 10/Avril/1896. R. O. 22. P. 471) Landquart kâğıt fabrikasının Ruf adındaki fakribadan bir alacağı vardı. Bu sonuncu şirket, malî durumu fena olduğu için, Landquart fabrikasının müdürlerinden birinin de yardımile ve hileli bir surette, komanditer ortaklar aradı. Bu suretle elde edilen paralarla haksız ve sebepsiz bir surette zenginleşti. Ruf, Landquart'a, olan borcunun bir kısmını böylece ödedi.

Fakat komanditer ortaklardan birisi Landquart fabrikası aleyhine sebepsiz zenginleşme davası ikame eyledi ve bu dava federal mahkemece kabul olundu. (70)

162 — 3 Federa mahkeme, şu kararında da illetin kabili dermeyan olması noktasından hareket eyledi. Bu kararın muhtevi olduğu fikir şudur : A. T. F. 30/Juin/1906 J. D. T. 1908 P. 165 :

Ebeveynleri tarafından ödünç alınmak suretile temin olunan bir meblâğın, çocuklarına hibe suretile verilmiş olması takdirinde, eğer mukriz, ödünç verdiği parayı, ebeveyninin vefatı ve terekenin varisler tarafından reddi dolayısıyla, istirdat edememek imkânsızlığı içerisinde ise, kendisine hibe edilen çocuklardan tahsil edemez.

Sahife 169 : «Müddei aleyhlerin hiç bir sebep omaksızın veya hiç olmazsa hiç bir hukukî illet omaksızın mevzuubahis 1.000, § frangı almış oldukları söylenemez. Bu tediyeinin sebebi, kanton mahkemesinin müşahede ettiği gibi, ebeveynin yapmak istediği hibe kasddir.»

163 — 4 Yalnız haklı sebebin kabili dermeyan oluşu sebepsiz zenginleşme davasının reddolunduğu bütün halleri izaha kâfi değildir. Aşağıdaki hallerde federal mahkeme iki defa böyle karar verdi.

(A. T. F. 25/Nov./1905, R. O. 31, II. P. 662 w A: T: F: J: D: T: 1908 P, 103);

Müddei, müddei aleyhin infak ve iâşesile mükellef olduğu bir şahsı bir müddet beslemişti. Müddeialeyh, böylece kurtulmuş olduğu borç nisbetin-

(70) Bu karardaki tarzı hallin sebepsiz zenginleşme davasının ceza davasının mürru zamana (ki böyle bir hal eski borçlar kanununun meriyeti zamanında mevzuubahis olabilirdi) uğramasından sonra açılmış olmasının tesiri altında kalmışa benzivar

de, zenginleşmişti. Bu zenginleşmenin illeti yoktu. Bununla beraber Federal mahkeme, müddeinin talebini reddetti. Çünkü, Müddei yardım ettiği kimseye karşı hibe kasdı ile hareket etmişti. Böylece federal mahkeme, müddei aleyhe, Inter Alios olan bir illete istinat etmeye müsaade etti.

Hülâsa : müddeinin fakirleşmesinin bir illeti mevcut olduğu için dava reddolundu. Böylece sebepsiz zenginleşmeden mütevellit bir davanın varlığı için yeni bir şart daha vaz'ediyor ki o da, müddeinin fakirleşmesi için haklı bir sebebin mevcut olmaması şartıdır.

164 — Bu yeni şart ile illetin kabili dermeyeran oluşu şartı olmadan A ile B arasında mevcut veya mevcut olduğu zannolunan bir illetten dolayı, A'nın E'ye zenginleştirmesinden mütevellit sebepsiz zenginleşme davasının izahı mümkün değildir. Üçüncü şahıs leyhin koşulları şartta vaziyet böyledir. B'nin A ile yaptığı bir mukavele mucibince, E'ye bir edada bulunmasında olduğu gibi, veya üçüncü şahıs lehine bir şart mevzuubahis olmaksızın, A'nın B ile akdelediği bir mukavele mucibince E'ye ait olan bir şey üzerinde bir emek sarf etmesinde ve o şeyin değerini arttırmada keyfiyet yine böyledir.

Değerin A'nın memelikinden E'nin memalike intikali doğrudan doğruya vukua gelmiş olduğu için, vasıtalı (Bak. No. 111) zenginleşme nazariyesi bir rol oynamaz.

165 — Ne A ile B arasında ne de B ile C arasında bir illetin mevcut olmadığını kabul edelim. E'nin dermeyeran edeceği bir illet mevcut olmadığından ve A'nın fakirleşmesinin de bir sebebi bulunmadığından A'nın E'ye karşı doğrudan doğruya sebepsiz zenginleşme davası açması kabul olunacaktır:

(A. T. F. 4/Nov./1915 R. O. 41. P. 637) Karısıyla yapılan bir mukavele icabı olarak borcu ödenen koca, bu mukavelenin Medenî kanununun 177/3 (169/3) ncü maddesi mucibince batıl olması takdirinde, borcu ödeyen bankaya karşı, borcundan kurtulduğu miktar nisbetinde, sebepsiz zenginleşmeden dolayı, mes'uldür (Planck t. II. 1. 1914 Tit. III Rem. Prél II. 2. P. 412).

166 — Eğer B ile E arasında bir illet mevcut ise, E bu illeti, A ile B arasında bir illet mevcut olmasa bile, A'ya karşı dermeyeran edebilir.

167 — Farzedelim ki A ile B arasında bir illet var, fakat, B ile E arasında asla böyle bir illet mevcut değildir. Müddeinin fakirleşmesinin de illetten mahrum olması lâzım geleceği şeklindeki sistemimiz mucibince, A'nın hiç bir suretle E'ye karşı bir dava hakkı olmayacaktır.



Bu nokta üzerinde, zannımıza göre, İsviçre mahkeme içtihatları yanlış bir yola sapmışlar ve sebepsiz zenginleşmeyi tehlikeli bir istikamete doğru götürmektedirler.

Bu cümleden olmak üzere, federal mahkemenin şu kararlarını zikredebiliriz : A. T. F. 22. Dec. 1913. (Bu karar gayri müntesirdir) B, E ye ait olan bir gayri menkul satın almak istemiş ve bu gayri menkul üzerinde, A vasıtasıyla, bazı tamirat yaptırdı. Fakat, satış tekemmül ettirilemedi ve B borcunu ödemekten aciz bir hale düştü. A tamirat bedelini almak için, E aleyhine, dava ikame etti F. M. şu esbabı mucibe ile davayı kabul etti : B bu tamiratın yapılmasına mütedair olan siparişi verdiği zaman E nin karşısında onun vekâletsiz vekili gibi hareket etti. Vekâletsiz vekil ile muamelede bulunan üçüncü şahıs, asıl iş sahibine karşı, doğrudan doğruya, bir dava hakkına sahiptir.

Aynı mealde diğer bir karar :

(Berne A. K. H. 27/Sep./1905 Z. B. Ü. V. : 42 1906 P: 313): Bir hasılat müsteciri mecur üzerinde bazı şeyler yaptırdı Bu işin ücreti ödenmeden hasılat müsteciri borcunu ödemekten aciz haline düştü. Üçüncü şahıs, mecurun maliki aleyhine, dava açtı. Federal mahkeme, prensip itibariyle bu davayı şu esbabı mucibe ile kabul etti :

«473 (Yeni İsviçre Borçlar Kanununun 423 ncü maddesine tekabül eder. Türk Borçlar kanunu madde 414) nci maddeye göre iş sahibi (mucir) «yapılan işten hasıl olan faideleri temellük etmek» hakkını haiz fakat temellük etmek mecburiyetinde değildir. Burada, işi yapana (müstecire) karşı ancak, zenginleştiği nisbette tazminat vermekle ve onu tahlis ile mükelleftir. 473/2 (41/2). İş sahibi, iş yapmış (müstecir) olanın âkidine (müstecirin alaçıklı) karşı da 473 (414) üncü maddenin ruhundan anlaşılacağı veçhile, vekâleti olmadan başkası hesabına tasarruf sebeble mamelekinde vaki zenginleşmesi nisbetinde mes'uldür. Hafner aynı fikirdedir : (Art. 473. No. 4 a) «Yalnız burada iş sahibi işi yapandan (müstecirden) bilâ bedel veya hibe olarak almış olduğu şeyler kadar zenginleşmiştir.»

İlletin kabili dermeyan oluşuna mütedair olan bu son kaydi ihtirazı bizim vaz'eylemiş olduğumuz prensipleri teyid ve mahkemelerde haklı olarak bunu tatbik eylemektedir.

Berne A. K. H. 28/Nov./1916, Z. B. J. V. 53, 1917 P. 137

Müddei F (A), W (E) adında bir şahsa ait olan bir gayri menkul üzerinde Imhoff (B) adındaki diğer bir şahsın talimatına tevfikân ve onun hesabına olmak üzere, bazı şeyler yapmıştı Imhof âciz haline düştüğü için,

yapılan işlerin değerinden faydalandığı nisbette müddeif, W aleyhine dava açtı. Mahkeme F nin doğrudan doğruya W. ye karşı bir dava hakkının mevcut olabilmesi için, Imhoff'un vekâletsiz vekil olarak mükellef olması lâzımdır, dedi. Halbuki Imhoff, W ile akdeylediği mukavele mucibince tamiratı yaptırmak mecburiyetinde idi. Binaenaleyh Imhoff, vekâletsiz vekil gibi hareket etmeyip bir mukavelenin hükümlerini yerine getirmek için hareket etti. Bu mukavele W tarafından kabili dermeyandır.

168 — Zannımıza göre, Federal mahkemenin 22/Dec./1913 tarihli kararıyle Berne A. K. H. 27/Sep./1905 in tarihli kararı, fazla ileri gitmekte ve bu kararlar federal mahkemenin 25/Nov./1905 ve 1/Juin/1907 (Bak. No. 163) tarihli kararlar münasebetile izhar eylediği nazariyeye aykırıdır.

169 — Böylece, sebepsiz zenginleşme davası, esaslarını mahkeme içtihatları tatbikatında bulduğumuz şu iki prensiple, tahdit edilmiş bulunmaktadır : Zenginleşenin illetinin mutlak surette kabili dermeyan oluşu ve fakirleşmenin haklı bir sebebe müstenid olmayışı.

## YEDİNCİ BAŞLIK

### İADE

#### HUSNUNİYET SAHİBİ MÜDDEİ ALEYHİN

#### MES'ULİYETİ

#### Birinci Bölüm

#### İADE TARZI

§ 1 — Aynen iade :

170 — İlk zenginleşme, kısmen veya tamamen zenginleşenin elinde ise, zenginleşen bunu olduğu gibi iade etmelidir. Şey'i ne halde almış ise o halile veya hiç olmazsa iade anında ne durumda ise öylece iade edilmelidir.

Bu kaide, Alman medenî kanununda (§ 818) olduğu gibi, borçlar kanununda da sarîh bir surette hükme bağlanmış değildir. Bununla beraber, bizim kanunun kullandığı «iade» tabirini bu manada tefsir elemek lâzımdır. Kaldı ki, şey'in, müddeinin elinden ne halde çıkmış ise o halde iade olunmasında müddeinin menafii kadar ayne niade olunması da müddei

aleyhin menfaati icabıdır. (Bak. aynı tarzı haksız fiillerden mütevellit zararlar hakkında da mevzuubahistir : (Oser, Art 43, Rem. IV. P. 189).

• Bu tarzı halli mahkeme içtihatları da kabul eylemiştir. (A. T. F. 6/Oct./1894, J. D. T. 1894 P. 752 - A. T. F. 22/Sep./1911 Praxis I: 1912 P: 23) keza doktrin tarafından da kabul edilmiştir: (Oser, Art. 64. Rem. II. 1. P. 258 Becker Art. 64 Rem. I Ch. 1. P. 280).

171 — Bundan dolayı, istihkak davası ile sebesiz zenginleşme davası arasında ekseriya zahiri bir benzerlik görülür. Bu, her iki davanın da «eski hali ide edici» bir karakteri haiz olmalarından ileri gelir Bu hususiyet ise aynı davalara has olan bir vasıf değildir. Şahsî davalarda pek alâ bu vasfı haiz olabilirler. Bunu unuttur gibi gözüken bazı Fransız müellifleri, sebesiz zenginleşme davasının sadece bir tazminat davasına hak vereceğini söylerler (Bouché - Leclercque, P. 199 - Tartanson, Action «de in remverso» en droit civil Francais, 1909 P. 120 - Planiol t. II No. 938 - Aksi görüş Aubry et Rau, 4 ed t. VI. § 578 - Ripert et Teisseire, P. 779 - Théodoroff P. 157. Poltzer P. 105.)

172 — Fakirleşen veya zenginleşen, tek taraflı bir irade ile, aynen iadeyi, - mümkün olduğu zaman - talep edebilirler mi? Rossel (3 ed P. 104), fakirleşene bu hakkı tanımaktadır. Biz aksi kanaatteyiz. Aynen iade ancak, her iki tarafın menafisine hadim olup ne bu tarafa, ne de diğer tarafa bir intihap hakkı tanımaz. Bu Alman medenî kanununun (§ 818) tarzı halidir. (Planck-T. II § 818, rem S. P. 953). Şüphesiz ki, taraflar bu kaideye muhalif olan mukaveleler yapmakta serbesttirler.

173 — İade tarzı, zenginleşmenin muhtevasına göre değişir.

Eğer bir menkulün mülkiyeti nakledilmiş ise, iadede, zenginleşenin fakirleşene mülkiyetin nakli suretile olacaktır.

Eğer, zenginleşenin mülkiyetine geçen şey bir gayri menkul ise, gayri menkullerin mülkiyetinin nakli, icabeden hukukî şekle riayet suretile icra olunur.

Zenginleşmeyi teşkil eden sadece bir zilyetlikten ibaret ise, iade şey'in zilyetliğinin fakirleşene nakli suretiyle, olacaktır.

Zenginleşme bir alacağın devrinden ibaret ise, alacağın mahiyetine göre, zenginleşen, alacağı, ilk yapılan devir muamelesinin aksi olan bir muameleyi tekrarlamak suretile veya ciro suretile, iade edecektir.

Zenginleşme, mücerred bir borç ikrarından ibaret ise (Bak numara 69) bu ikrarın iptal olunmasına aynen iade nazariyle bakılmaktadır. Böyle bir

zenginleşmede iade, borcu gösteren senedin iadesi suretile de olabilir. (A. T. F. 22/Dec./1894, R. O. 20. P. 1191 C. 2).

174 — Eğer, bir dava ikame olunmuş ve bir hakkın geriye devri suretile aynen iadesi mümkün ise, mahkemenin vereceği hükümde, hak iade olunmuştur, denilmesi kâfidir. Meselâ zenginleşme, üçüncü bir şahıs aleyhine olarak alacak hakkı tesisinden ibaret ise fakirleşen, bu gerisin geriye devrin mahkeme kararının esbabı mucibesinde değil, hüküm fıkrasında hüküm bağlanmasını talebe hakkı vardır: (A. T. F. 30/Sep./1919, R. O. 45. II. P. 450).

Sureti umumiyede, müddeinin iddialarında iadenin nasıl yapılacağıının sarh bir şekilde talep edilmiş olması şarttır. Aksi takdirde talebi reddolunur. Fed. Mah. nın 10/Juin/1899 tarihli kararı R. O. 24. 423). Bu davada müddei bir miktar paranın verilmesini talep eylemişti. Halbuki müddeialeyh bir üçüncü şahıs aleyhine olarak bir alacak hakkı ile zenginleşmişti.

#### § 2 — DEĞER OLARAK İADE :

175 — Borçlar kanunu sureti umumiyede «iade» borcundan bahseylediği için, aynen iadenin mümkün olmaması takdirinde, müddei aleyhin ne yapmakla mükellef olduğu mes'elesi varid hatır olabilir.

Bu ihtimal, Alman medenî kanununun 818 nci paragrafının 2inci fıkrasında hükme bağlanmıştır :

«İktisap olunan şeyin mahiyet icabı veya başka sebeplerle aynen iade mümkün değil ve zenginleşen de iadeyi yapmamak mevkiinde ise zenginleşen, o şeyin değerini iade ile mükelleftir.»

Bu sistem, gerek mahkeme içtihatları (ileride görülecek) ve gerek İsviçre doktrini (Oser, Art. 64 rem II. 2, P. 258 - Becker, art. 64. rem I ch. 1 — P. 280 Rossel. 3 ed. P. 104, 4 ed. No. 159) tarafından kabul edilmektedir. (172 No. daki husus mahfuzdur) Demek olur ki, aynen iade mümkün değilse, müddeialeyh, değer halinde iade ile mükellef olacaktır.

176 — Aynen iade imknsızlığı aşağıdaki hallerde kendini gösterir :

a) İlk zenginleşme servetin müsbet bir tezayüdü suretile değil, noksanlanmasına mani olunmak suretile, vukua gelmiş ise; müddei aleyhin mame-likine yeni kıymetler girmiş olmadığından, aynen iade mutlak olarak imkân-sızdır. Oeurtmann (§ 818. Rem 2) bir sübjektif imkânsızlıktan bahseylemektedir. İşte bundan dolayı, ancak bir kıymet halinde idae mevzuubahs olabilecektir. Bir borçtan veya bir hizmetin ifasından kurtulma halinde, vaki ta-sarruf (noksan masraf) da durum, böyledir.

177 — b) Zenginleşme, müsbet bir tezayüdden ibarettir. Fakat, müddei aleyhi bidayette zenginleştiren şey, onun memalikinde artık mevcut değildir. Bununla beraber, müddei aleyh, bundan bir nisbet dahilinde zenginleşmiş olabilir. Zira zenginleşme, ilk zenginleşmenin ortadan kaybolmasına rağmen yine mevcut olabilir. Bu zenginleşme, sadece bir şekil değiştirmiş olabilir.

aa) İlk müsbet zenginleşme, diğer bir müsbet zenginleşmeye inkilâp eylemiş olabilir. Meselâ, müddeialeyh o şeyi bir bedel mukabilinde, bir üçüncü şahsa satmış olabilir. (Vaud. T. C. 13/Juin/1893, J. d. T. 1893, P. 432: zenginleşen eldivenleri müşterilerine satmıştı. - A. T. F. 16/Juin/1899. R. O. 25, P. 479: süt, sütcüde mütefarrık şeylerde kullanılmıştı. - A. T. F. 6/Mars./1914. Bu kadar gayri münteşirdir.) Veya, bir alacak hakkı elde etmek suretile zenginleşen kimse, alacağı, tahsil eylemiştir : (A. T. F. 22/Sep./1911 Praxis 1, 1912 P. 23).

Şu noktaya işaret edelim sonra alınan şey ilk iktisap olunan şeyin yerine kaim olmadığı gibi, iadesi lâzım gelen şey de bu değildir.

bb) İlk müsbet zenginleşme, menfi bir zenginleşmeye inkilâp etmiş olabilir. Zenginleşilen şey, istihlâk veya diğer bir kimseye hibe edilmiş ve bu itibara kendisi haksız bir surette zenginleşmemiş bile olsa, muhtamelen yapacağı bir masraftan kurtulmuştur. Aynı hadise müsbet zenginleşmenin inkilâp edeceği değerlerde de mevzuubahs olabilir.

(A. T. F. 24/Dec./1903 B. Z. R. 3, 1904 - No. 42 P. 65):

Başkasına ait olan bir şey'i satankimse elde ettiği bedel ile borcunu ödemişti

178 — c) aynen iade mecburiyeti kanunun bir hükmile bertaraf olunabilir. Meselâ, hukukî tağyır, karışma, birleşme hallerinde bir şey'in mülkiyetinin bir diğer kimseye geçmesinde vaziyet böyledir. (Medenî kanun madde 726, 727 T. M. K. 699, 700). Bu kanunî intikalin gayesi, yalnız bir istihkak davasına mâni olmak değil, aynı zamanda, aynı iadeyi icap ettirecek sebepsiz zenginleşme davasına da mâni olmaktır. (A. T. F. 20/Mai./1899. R. O. 25: II P: 399); Bununla beraber, taraflar bunun aksini mukavele edebilirler

179 — İade, değer in iadesi suretile yapılacak fakat, hangi değer mevzuubahstir?

a) Evvelâ şey'in fakirleşen için arz ettiği değer in iadesinin mevzuubahs olmadığını söylemek lâzımdır. Sebepsiz iktisap davası, vaki fakirleşmenin sebebiyet verdiği (zararı) mümkün olduğu kadar telafi etmek gayesini istihdaf eylemesi itibariyle, sebepsiz zenginleşme davası tazmin edici bir

karakteri haizdir. Böyle olmakla beraber, bu davanın gayesi, zarar ve ziyan davasının gayesile aynı değildir. Sebepsiz zenginleşme davası, müddeialeyhin maruz kaldığı bir zararı telâfiye değil, müddei aleyhin, müddei zararına olarak elde ettiği iktisabın iadesini istihdaf eder. Bu itibarla, müddeinin maruz aldığı zarar nazarı itibara alınır, sebepsiz zenginleşmenin dayandığı esas fikirden ayrılmış olunur.

180 — b) Taraftarları da mevcut olan diğer bir fikre göre, zenginleşme müad değere veya cari değere göre takdir olunur. (Staudinger, t. II, 2. § 818, rem. 4. P. 1573 - Planck, t. II, § 818, rem 4, P. 953 - Crome, t. II, § 323, rem, II, 1d. - B. G. B nin gerekçesi P. 836 - Oeurtmann, § 818, rem. 2. d. p.)

Bundan evvelinde olduğu gibi, biz, bu fikri de kabul etmiyoruz. Zira, müddei aleyhin zenginleşmesini müddei hareket ittihaz eylememektedir. Çünkü, müddei aleyh, şey'in cari değeri kadar zenginleşmemiş, fakat ondan daha dūn olan bir değerle zenginleşmiş olabilir. Meselâ şey'in, zenginleşen için hiç, bir rfaide arz etmemesi halinde vaziyet böyledir.

181 — c) İfade eylediğimiz tenkidler, bizim fikrimizin ne olduğunu göstermektedirler. Meşgul olduğumuz dava, ancak, müddei aleyhin zenginleşmesi takdirinde mevzuubahs olabilecektir. Eğer o zenginleşmemiş olsaydı, fakirleşen taraf 62 (61) inci madde mucibince takip olunamayacaktı. Hatta, müddei, fakirleşmiş de olsa, bir zenginleşme mevcut olmadan, dava hakkı mevzuubahs olamayacaktı. İşin ehemmiyeti müddeialeyhin zenginleşmesi noktasında toplanmaktadır. Müddeialeyh, şahsen zenginleşmiş olduğu miktarı iade edecektir; Kendi yerine bir başkasının bu işten elde edeceği zenginliği iade edecek değildir. Hadiselerin onun zenginleşmesine ve istifadesine mani olduğu kısımdan mes'ul olmayacaktır. Aksi takdirde, fili zenginleşmeden fazla zenginleşmeyi iade eylemek icap edecek, bu ise, onun için bir gaybı intaç edecektir. Binaenaleyh, müddeialeyhin içinde bulunduğu umumî durum, gerek malî bakımdan, gerek kendisi için bu işin arzettiği hususiyeti göz önünde bulundurmamak suretile, şey'in bu sūbjektif kıymeti nazarı itibare alınacaktır. (Von Mayr, P. 602 - Stieve P. 60) Bu son prensibin tatbiki menfi zenginleşme halinde vazihca gözükmektedir. (Numara; 76 ya bakınız.)

Bununla beraber, şey'in sūbjektif kıymeti objektif kıymetini aşabilir; Bu takdirde, objektif kıymetin iadesini kabul eylemek icap eder. Aksi takdirde, müddei, muhik bir sebep olmaksızın müddei aleyhin durumundan istifade edecektir.

182 — Bu değer hangi anda takdir ve tayin olunacağı mes'elesine gelince; zenginleşmenin kaybolması hakkındaki prensiplerin hükmü mahfuz

kalmak şartile, bunun için müddei aleyhin zenginleşmenin vukua geldiği andaki zamanı nazarı itibare almak lâzımdır. (Staudinger, t. II, 2, § 818, rem 4. 1. P. 1573 - Planck, t. II. § 818. rem. 4. P. 953 - Von Mayr. P: 607: Crome t: II: § 323 rem II. 1 d.)

## İKİNCİ KISIM

### — İADENİN ŞUMULU —

183 — Sebepsiz zenginleşme sahasına hâkim olan prensip ve bu sahanın hususiyeti, müddei aleyhin iade anındaki zenginleşmeyi geri vermesidir. Onun mesuliyetini ilk zenginleşme tayin etmez. İşte bu, işin temelidir. Fakat, ilk zenginleşmenin vukuundan beri zenginleşmede bir tezayüd veya bilâkis bir noksanlık husule gelmiş olabilir. Filvaki, 64 (63) ncü madde sadece zenginleşmenin noksanlaşması sebebiyle meşgul olmaktadır. Fakat, bu müesseseye hâkim olan fikirden dolayı bu kaidenin, zenginleşmenin artmasına da tatbik edilmemesi için bir sebep yoktur.

184 — 64 (63) ncü madde, hüsnüniyet sahibi müddei aleyhin mes'uliyetini tayin eden anın iade anı olduğunu söylemektedir. İadeden geri veril-meye müteallik bütün talepleri anlamak lâzımdır. Binaenaleyh bir temerrüd halli bir iade talebi sayılır. Fakat Roossel'in zannettiği gibi (6 éd. P. 159), «bunun bir adli takip» olması zarurî değildir.

§ 1 — İlk zenginleşmenin tezayüdü :

185 — Müddeialeyh, vaki zenginleşmeden, iade anında mevcut olanı, geri vermekle mükelleftir: Bu yalnız ilk zenginleşmeyi veya bunun tahavül eylediği değerleri değil, fakat aynı zamanda zenginleşenin elde ettiği ve vaki zenginleşmeye bir illiyet rabitasile bağlı olan menfaatları «Profits» de ihtiva eder. Alman medenî kanununun aksine (§ 818 fıkra 1 «iade mükellefiyeti, elde edilmiş olan menfaatlara de şamildir») olarak borçlar kanunu iadenin bu kadar genişletilmesini açıkça derpiş eylemiş değildir. Fakat bu, müddei aleyhin iade zamanında mevcut zenginleşmeyi iade eder, şeklindeki umumî kaideden istihraç olunur. Bundan bilûmum zenginleşmeleri anlamak lâzımdır. Kaldı ki, bir şeyden elde edilen menfaatlar para ile kabili takdir bir değer arzettikleri vakit şüphesiz bir surette bir zenginleşmedir.

Müddeialeyhin ilk zenginleşme miktarını aşan bu mes'uliyetin genişletilmesini İsviçre müellifleri (Oser, art 64, rem III, 1 : iade anında halâ mevcut

meyveler ve faizler - Becker art 64, 1 ch. 1 : meyve ve faizleri) kabul ederler. (71).

186 — Alman medenî kanunu menfaat (Profit) «Mutzungen» leri 100 ncü prağrafında tarif eylemektedir: «Menfaat, bir şey'in veya bir hakkın meyveleri olabileceği gibi bir şey'in veya hakkın istimalinin temin eylediği bir avantajda olabilir.»

İsviçre hukukunda böyle bir hükme tesadüf etmiyoruz. Fakat biz de zenginleşmenin iktisadî mefhumundan hareket eylemek suretile, Alman medenî kanununun vardığı neticeye varıyoruz.

Menfaat (Profit) den, bir şey'den veya bir haktan elde edilen ve para ile kabili takdir olan avantajları anlamak lâzımdır. Bir zenginleşmeden elde edilen menfaatler, bizzat zenginleşmenin mahiyetine göre, tahavvül eder, ve şüphesiz ki bir şey, muhakkak olarak tadat edeceğimiz bütün avantajları ifade etmez;

Menfaat temin eden bir zenginleşmenin nev'i, hale göre, müsbet veya menfi bir zenginleşme olabilir. Müddeialehyin asla zenginleşmemiş olması için, menfaatlerin, iade zamanında onun elinde olmaması kâfi değildir. Zenginleme, meselâ meyvelerin istihlâkinde olduğu gibi; menfi bir zenginleşmeye inkilâp etmiş olabilir.

187 — Müddeialeyh, mademki zenginleştiği miktardan mes'uldür, o halde mes'uliyeti sadece, fiilen elde ettiği menfaatlara şamil olacak ve onun elde edebileceği veya müddeinin elde edebileceği menfaatlara şamil olmayacaktır.

188 — Tabii meyveler : Bunun için medenî kanunun 643 ncü maddelerinin şerhine yollarız : (Wieland, art 643, rem 1. P. 40) «semerele başka şeylerin muntazam fasılalarla hasıl ettikleri ve onların iktisadî verimini teşkil eden şeylerdir.»

Bu tarife, her sene elde olunan meyvelerle yenilenmesi için bir seneden daha fazla bir zaman lâzım olan diğer semerele (ormanlar) de girer. Luğavî manadaki meyveler, semere sayılmazlar.. Onlar asıl şeyin bir parçasıdır. Tabii semerele, dâima müsbet zenginleşmeye girerler. Çünkü tabii semerele, onları elde eden kimsenin mülkiyetine geçerler. Onlar, istihlâkleri takdirinde, menfi bir zenginleşmeyi teşkil ederler.

(71) «aŞrın tahakkukundan evvel taahhüt olunan şey kendisine teslim olunan alacaklı, şartın tahakkuku halinde fasıla esnasında o şeyden elde ettiği menfaatlara de malik olur. - Şart tahakkuk etmezse alacaklı elde ettiği menfaatleri red ile mükelleftir.» B. K. 153 (151)



189 — Bir şeyden faydalanma veya bir şeyin kullanılması : bir şeyden faydalanma veya onun kullanılması, ancak, böyle bir kullanılmanın veya faydalanmanın ivazlı bir akde mevzu olabilmeleri takdirinde, bir zenginleşme teşkil ederler. İcarda olduğu gibi, müddei aleyhin bir menkulün mülkiyetini iktisap eylemek suretile zenginleşmiş ve bunu bir müddet istimal etmiş olduğunu kabul edelim. Şey'in mülkiyetini iade ettikten maada istifade karşılığı olarak, menfi zenginleşme prensiplerine göre, takdir olunacak, bir miktar meblâğ da ödeyecektir.

190 — Medenî semereler : medeni semereler, medenî kanunun hükme bağladığı 643 (620) ncü maddesinin derpiş eylemiş olduğu semereler cümlesine girmez. Bu madde, sadece, bir şey'in tâbii bir surette istihsal eylediği semerelerle meşguldür. Halbuki, medenî semereler bir hukukî münasebetten doğar (Wieland, T. I, art 643, rem. 2 P. 41). Meselâ, kiralar, bir miktarp aranın borcun faizi bu cümledendir. Bu gibi semereler, tatbikatta mühim rol oynarlar. Zira, vâki zenginleşmelerin çoğu bir miktar paranın alınmasından veya para ile kabili takdir bir borçtan kurtulmadan ileri gelirler. (A. T. F. 11/OC./1907 R. O. 33. II. P. 539).

% 3 3/4 nisbetinde bir faiz getiren alacağı iktisapla zenginleşen müddei aleyh, iade gününe kadar almış olduğu faizleri iade ile mükelleftir, sahife 543:

«2/Ekim/1905 den, davanın açıldığı zamana kadar işleyen % 3 3/4 faiz, gecikme faizi değil, alâde faizdir Dava edilen elindeki resülmal sebebiyle bu faiz kadar sebepsiz zenginleşmiştir. Dava açıldıktan sonra gecikme faizi işler.»

191 — Mesele, zenginleşme mevzuunun yukarıda zikredilen kararda olduğu gibi, medenî bir semeresi olması takdirinde bir zorluk arzemez. Böyle bir hal karşısında, bu faizleri almadığını müddeialeyh isbat zorundadır.

Fakat şey sadece medenî semere getirebilme kabiliyetinde ise, o vakit müddei, müddeialeyhin faiz de aldığını isbat edecektir.

192 — Zenginleşme, bir miktar paradan ibaret olduğu zaman mes'ele başkadır. Müddei aleyhten faiz isteyebilmek için, yukarıdaki kaideye göre, müddei, alınan meblâğın faiz getiren bir yere yatırılmış olduğunu veya faize yatırılan bir meblâğın sarfindan içtinab eylemiş olduğunu isbat edecektir.

Bu şekli hal görünüşe göre federal mahkemenin sistemi değildir. Zira ona göre bir miktar nakdin iktisabından ibaret bir zenginleşmenin mevcudiyeti halnide, onun faiz de getirir olduğu hakkında bir karine ile kabul olunur. A. T. F. 6/Oc./1906 R. O. 32 II. P. 638: C: 5: Müddei aleyhten, bir

miktar meblâğın faizini talep ediyordu: «Bu faizler ne akdi ne de gecikme faizi olmayıp, zenginleşmenin bir kısmıdır. Çünkü müddei aleyh, müddei tarafından kendisine verilen meblâğı elini sürmeden muhafaza ettiğini iddia etmemiştir. Zaten, böyle hareket etmek de iyi bir işletmenin icap ettiği idare kaidelerine muhalif olurdu. Müddei aleyhin, kendisini faiz vermek mükellefiyetinden kurtarması için, mevzuubahs meblâğı yalnız faiz getiren bir yere yatırmadığını değil, faiz elde edememekte kusuru bulunmadığını isbat etmelidir. Müddei tarafından hesap edilmiş olan % 3 1/2 faiz muvafık görülmüştür:» Federal mahkemenin 25 Haziran 1904 tarihli kararı, R. O. 30 II, P. 332, c. 9 :

«Müddeinin faize müteallik talebi faizin işlemeğe başladığı zaman itibarile doğrudur: Çünkü zenginleşme bir miktar paradan ibarettir. Bittabi, bu meblâğı zenginleşme anından itibaren habere sine causa (sebepsiz olarak elinde bulundurma), faize tabi olacaktır. Faiz miktarı olarak kanuni (eski borçlar Ka. ma. 83, müddel borçlar kanunu ma. 73; T. B. K. ma. 72) % 5 faiz hesap olunmalıdır.» Federal mahkemenin 6/Mart/1914 tarihli kararı, bu karar gayri münteşirdir. Burada da bir masraftan tasarruf mevzuubahs idi :

Bir kahve satışına mütedair olan muamele hile ile malûl idi. Alıcı aynen iade edemiyordu Çünkü kahveyi kullanmıştı. Federal mahkeme onun değerini vermeğe mahkûm etmekle beraber, fazladan % 5 üzerinden «medeni semerelerini» de vermeğe mahkûm etti. «Memlekette cârî fâiz bunlar arasında dahildir.»

A. T. F. 17.Nov.1893. R. O. 19: P: 843 :

Bir para borcundan kurtulan müddei aleyh, sarfından içtinap eylediği paranın faizini vermeğe mahkûm edildi

193 — Ehemmiyetli bir nokta : Müddei, müddei aleyhten, ancak kendisinin elde edebileceği menfaatları talep edebilir. Aksi takdirde, zenginleşme, kendi zararına vukua geldi denemez. İşte bundan dolayı, bize göre, aşağıdaki karar, sebepsiz zenginleşme prensiplerine muhaliftir :

A. T. F. 25/Mars/1899 R. O. II, 25. 126.

Sigortacıyı bağlamayan bir sigorta mukavelesi mevzuubahs idi. Sigortacının, aldığı primler, ve primlerin dava tarihine kadar, olan mürekkep faizleri kadar zenginleşmiş olduğu kabul edildi : «Çünkü yapılmış olan muameleden, verilmiş olan primlerin, faize yatırılmış olmaları pek tabii, olarak kabul edilebilir.» Bu karar biraz ileri gitmektedir. Çünkü, müddei bu meblâğı mürekkep faiz getiren bir irada yatıracağını isbat eylemiş değildi.

194 — Bilâkis zenginleşen, zenginleşmesinin mevzuunu teşkil eden şeyi fakirleşen için irae eylediği değer miktarından fazlasına satmış ise bundan mütevellit kârı da iade mükellefiyetinde değildir. (Standinger, t. II. 2, § 818. rem 2. P. 1572 - Planck, T. II § 818, P. 952). Bu kâr, müddei aleyh için tamamen şahsî olup bu suretle vukuagelen zenginleşme müddeinin zararına vukua gelmiş değildir.

Bu sebepledir ki, 13/Juin/1893 (J. D. T. 1893 P. 432) tarihli Vaud kanton mahkemesinin kararı bize göre yanlıştır.

Taraflar arasında yapılmış olan eldiven satışı mukavelesi, tamamlanamamıştı. Müddei aleyh, aldığı eldivenleri % 33 miktarındaki bir kârla, müşterilerine satmış olduğundan bu eldivenleri müddeiye aynen iade edememek imkânsızlığı içerisinde idi. Kanton mahkemesi, müddei aleyhi eldivenlerin değerini ödemeğe mahkûm ettiği gibi, fazladan % 33 kârın iadesine hükmetti.

§ 2 — İade borcunun sınırlandırılması :

195 — Hüsniyet sahibi müddei aleyhin maruzi kalabileceği en geniş mes'uliyet, müddeinin zararına olarak, elde edilmiş olan zenginleşme ile mahduttur. Bununla beraber, behemal bu azami miktarla mes'ul olmak lâzım de gelmez. Kanun ona, 64 üncü maddenin tanıdığı haktan istifade etmek suretile, iade borcunun tahdidi imkânını vermektedir. Bu maddeye göre :

«Haksız olarak bir şey'i istifa eden kimse, onun istirdadı zamanında, elinden çıkmış olduğunu isbat ettiği miktar nisbetinde red ve iade ile mükellef değildir.»

Müddei aleyh, mes'uliyetini, iade zamanında (72) mevcut olan miktara kadar, tenzil ettirmek imkânına maliktir.

196 — İşte hüsniyetle vukubulmuş olan bir sebepsiz zenginleşmeden mütevellit bir borç, adî borçlardan bu bakımdan fark gösterir. Halbuki, umumî hükümlere göre borçlu borcundan ancak ifanın kendisine affı mümkün olmayan fevkâlade sebepler dolayısıyla, mümkün olmaması takdirinde, kurtulabilir. Madde 117 : (119) Bu ancak, borcun muayyen bir şey (Genera non pereunt) olması takdirindedir. Sebepsiz zenginleşmeden mütevellit alacak da ise, borçlu, zenginleşmesinin miktarını azaltan, bütün hadisata istinat edebilir. Hatta, kendi kusuru bile bu neticeyi tevliid edebilir.

(72) Numara 184 de «iade zamanında» ibaresinden ne anlaşılması lâzım geldiğini izah edeceğiz.

Zenginleşme misli olan şeylerden ibaret de olsa vaziyet yine böyledir. (No. 203 - 206) Bu suretle, alacak, ahkamı umumiyyeye nazaran daha ağır olan mes'uliyetine kendisi katlanacaktır.

Medenî kanununun 2 inci maddesi bu kaidenin tatbikine mani olamaz. (A. T. F. 30/Sep./1919, R. O. 45. II. P. 452):

Binaenaleyh, sebepsiz zenginleşme, hüsnüniyet sahibi bir borçlu için değişik muhtevalı bir borç tevliht etmektedir (Stieve P. 28).

197 — İsbat külfetinin tevzii umumî kaidelere uygun, olup iade zamanında müddei aleyhin zenginleşmiş bulunduğunu isbat daima müddieye düşmez. Müddeialeyh, şimdiki zenginleşmesinin (iade zamanındaki), hasmının muayyen bir zamanda mevcut olduğunu isbat eylediği miktardan, dîn olduğunu, isbat eylemek zorundadır. Federal Mahkemenin bu hususu teyid eder : (A. T. F. 17/Nov./1893 R. O. 19. P: 846 - A. T. F: 29/Mars/1901: R, O. 27, P. 110. C. 4. - A. T. F: 31/Mars//1905 R: O: 31: II: P: 141 - Berne, A. K. H. 30/Oc./1886 Z. B. J. V: 231 1887: P: 139 - Lucerne, O: G: 10/Nov/1905 Z. B. J. V. 41. 1905. P. 689:)

Binaenaleyh, müddei aleyh, zenginleşmenin tamamen ortadan kaybolduğunu veya azaldığını dermeyer etmezse (A. T. F. /Juin/1893, R. O. 19. P. 383) veya bu husustaki teşebbüsünde muvaffak olamazsa, müddei tarafından isbat edilmiş olunan zenginleşmenin azamî haddile mes'ul olmak tehlikesine maruzdur Zenginleşmenin kaybolduğu müddei aleyh tarafından dermeyer olunmazsa, hâkim bunu resen nazarı itibare alamaz. (Aksi görüş: Planck, T. II. § 818 rem. 6. P. 955).

198 — Borçlar kanununun 64 (63) ncü maddesinin son kısmında, müddeinin, mes'uliyetini tahdit zımında haiz olduğu selâhiyeti bertaraf eden, mühim bir prensip görmekteyiz.

«Şu kadar ki kâbiz şey'i suiniyetle elden çıkarmak yahut onu elden çıkarırken biblâhare red ve iadeye mecbur olacağına, vakıf bulunmuş olursa, red ve iadeye mecburdur.»

Medenî kanununun 3 üncü maddesi mucibince hüsnüniyetin mevcudiyeti karine ile kabul olduğundan, müddei onun suiniyetli olduğunu dermeyer ve isbat eylemedikçe, müddeialeyh, 64 (63) ncü maddenin ilk cümlesinden, prensip itibarile, istifade edecektir (A. T. F. 11/Oct./ 1907, R. O. 33. II: P: 542):

199 — Ödenmiş sgiorta bedeli veya zarar ve ziyan tazminatı gibi, mukabil bir değerle tedbil edilmemiş olması şartile, alınan şey'in kaybedilmiş veya tahrip edilmiş veya bir kısmı zarara uğratılmış bulunması takdirinde müddei aleyh, zenginleşmiştir denemez.

Kendisi için menfi bir zenginleşme tevlit etmeksizin, şey'i istihlâk eylemesi veya üçüncü bir şahsa hibe etmiş olması takdirinde müddei aleyhin zenginleştiği kabul olunamaz.

Şu noktaya işaret edelim ki, alınan şey'in ziyaa uğratılması, muhakkak olarak, zenginleşmenin tamamen ademi mevcudiyetini intaç etmez. Meselâ, müdde ialeyh, ziyaa uğramadan önce, şey'i kullanmış, meyvelerini almış ise bir zenginleşme mevzuubahs olabilir.

200 — Eğer müddei aleyh, sebepsiz olarak aldığı para ile (borunu ödemiş) veya onu, diğer zarurî masraflar için kullanmış ise, zenginleşme yine kaybedilmiş, değildir (A. T. F. 17/Mars/1893, R. 19 P. 304. C. 3. - A: T. F. 31/Janvier/1919) - A. T. F., 31. jan. 1919 : «Müddei aleyh, müddeinin kâfi bir hukuki sebep bulunmadan elde etmiş olduğu parasile borçlarını ödemekle kendisine kredi açanlara karşı ödeme taahhütlerinden kurtulmuş ve bu nisbette bir faide temin etmiştir Bu ise, aktifi doğrudan doğruya artmışcasına sebepsiz bir zenginleşmedir.»

201 — Yalnız, ilk zenginleşmenin ortada mevcut olmadığını değil, aynı zamanda, müddei aleyhin memalikinginde o şey'in yerine kâim olan kıymetin de ziyaa uğradığını dermeyan eylemek mümkündür.

202 — Müddei aleyhin, zenginleşmesinin mevzuunu teşki leden şey'in artık elinde mevcut olmadığını isbat eylemesi kâfi değildir. Bundan maada bu ziyadan kendisinin müsbet veya menfi hiç bir menfaat elde etmediğini de isbat eylemelidir (A. T. F. 17/Mars/1893 R. O. 19. P. 304): Müddei aleyhin hiç bir servete malik olmamasının ehemmiyeti yoktur Aciz hainde bulunan bir kimse de, passifinin azalması ile zenginleşebilir (A.T.F. 17/Nov./1893 R. O. 19. P: 846):

203 — Zenginleşmenin mevzuunun muayyen şeylerden ibaret olması takdirinde, mahkeme içtihatları ve doktrin, müddei aleyhin hiç zenginleşmediğini iddia edebileceğini, müttefikan kabul eylemektedirler

Bilâkis para veya diğer misli şeyler hakkında ihtilâf vardır. Müşterek hukukta bazı müellifler (Windscheid 8 ed 1900, § 424. N. 3 ve Stieve P. 31) ve Fransız hukukunda halâ olduğu gibi (Demolombe, t. 31. No. 391 - Aubry et Rau, t. IV § 442, 40 - Planiol, t. II. No. 847 - Maury, B. 397 - Bouché - Leclercq P. 211 - Aksi fikir Théodoroff, P. 153). Müddei aleyhin aldığı şey'in aynı neviden müsavi miktarda iade eylemesi lâzım geleceğini iddia eylemektedirler. Bu işe zenginleşmenin ziyai imkânsızlığını bertaraf eder.

204 — Bu nazariyenin bizim için ehemmiyeti vardır. Çünkü federal mahkeme de bu nazariyeyi kabul etmektedir. A. T. F. 2. oc. 1897, R. O. 23 P:

1652 : «iadenin şumulü bakımından zenginleşmenin bir nakde taalluk ettiği-ne işaret etmek lâzımdır yâni, zenginleşme hala mevcuttur. Zaten dava, B. K.73/2 ye istinat ettirilmiştir. Bu maddeye göre iktisap eden iktisap anında sui-niyetli olduğunda tam bir tazminat vermeye mecburdur.» A. T. F. II. oc. 1907. P. 543: «Bakiye meblâğ hususunda şunu düşünmek icap eder. Zenginleşme para'ya taallük ettiğinden her zaman mevcuttur.» (A. T. F. 11/Oc./1907 R. O. 33 P: 543)

205 — Bu fikre muhalif görüş, İsviçre doktrini tarafından ileri sürülmektedir. (Oser, art 64. rem III, 2. P. 258 - Becker, art. 64, rem II. 2. Ch: 3) Keza Alman medenî kanunu şerhleri de bu fikirdedirler (Saudinger t. II. 2, § 818, rem. 5. P. 1573 - Crome t. II. § 323 rem. II. 1: d:) Federal mahkemenin şu kararları bu görüşü kabul eylemektedir. (A. T. F. 29/Mars/1901, R. O. 27. II: P: 110 - A: T: F: 17/Mars/1893 R. O. 19. P. 304).

206 — Biz zde bu son noktazarı iltizam edeceğiz. Mademki, borç-larların ademi ifasına mütedair olan prensiplerin tatbikinden hariç tutulmuş olan bir mesele mevzuubahistir, o halde misli olan şey'ler hakkında umumî hükümlerin tatbikinede bir sebep mevcut değildir. Müddei aleyh, iktisap ey-lediği misli şeyleri ziyaa uğrattığını, meselâ parayı gayri müsmir bir işe sarf eylediğini yani öyle yerlere sarf eylediğini ki bu masraf kendisi için hiç bir menfi zenginleşme teşkil eylemediğini, veya kendisine verilmiş olan kıymet-lerin kaybolduğunu isbat eylemelidir.

207 — Bu kaybın ilk zenginleşme veya onun yerine kâim olan kıymet üzerinde değilse, müddei aleyhin servetinin diğer anasırı üzerinde, zenginleşme ile bir illiyet alâkası olan mukabil bir darbenin tesirile, husule gelmiş olması takdirinde, zenginleşmenin gaip olması meselesi daha nazik bir mes'-ele halini alır.

208 — Masraflar : masraf, sureti umumiyede bir şey için yapılan sarfi-yattır. Oser (art 65, rem. 2. P. 259) masrafı şu suretle tarif eylemektedir : «masraflardan, şey'in nef'i için yapılmı şolan edalar anlaşılmalıdır.»

Masrafın klâsik taksimi, zarurî faideli ve lüks masrafla şeklindedir.

Müddei aleyhin iktisap eylediği şey üzerinde, veya onun için, bir takım masraflar ihtiyar eylemiş olması mümkündür. Borçlar kanununun 65 (64) ncü maddesi bu hususu hükme bağlamakta, zarurî ve faideli masrafları kendisine tasviyesi için müddei aleyhe bir hak tanımaktadır. Oser, 65 (64) ncü maddeyi şerh ederken b uhusus hakkında kâfi derecede mufassal malûmat vermektedir. Bu itibarla, bu mesele üzerinde bizim daha tafsilâta girişmemize lüzum yoktur.

Bununla beraber, kanunun tanzim tarzı, müddei aleyhin bütün masrafların değil, ancak bazı masrafların tazminini hükme bağladığı için tenkitten azade değildir. Zannımıza göre, orada sebepsiz zenginleşme prensiplerine karşı bir muğayeret de mevcuttur; bu müessesenin esas mesnedi, hüsnüniyet sahibi olan bir kimsenin ancak iade zamanında elinde mevcut miktarla mes'ulü olacağı keyfiyetidir. Onun zenginleşmiş olup olmadığını anlamak için, servet durumunu bir bütün halinde mütalâa eylemek lâzımdır. İşte bundan dolayı yapılan tasnifi hiç nazara almadan, müddeinin zenginleşme miktarının azaldığını isbat için her türlü masrafları dermeyan eylememesini İsviçre hukukunda, anlayamamaktayız.

Alman hukuku, bütün masrafların tesviyesini kabul eylemektedir. Alman medenî kanunu bu husus için hususî bir hüküm ihtiva eylemez. Bu hal tarzı, sebepsiz zenginleşme hakkındaki umumî kaidelerin mantikî bir neticesidir: (Staudinger, t. II. 2 § 819, rem 5., Planck, t. II § 818, rem 5 P: 954 - Eneccerus t. I. 2 § 447 rem. III et N. 9 - Von Mayr P. 622 - Von Tuhr ung ber P. 16)

209 — Diğer masraflar: bunlar, yukardaki masraflar haricinde yapılan sarfiyat olup, müddei aleyhin zenginleşmemiş olması takdirinde yapılmayacağı masraflardır. Burada mevzubahs olan masraflar zenginleşmeyi teşkil eden kıymetlerin haricinde ve zenginleşenin kendi mamelekenden ayrılmış olan masraflardır.

(Planck t. II § 818, rem. 5 P. 954 - Von Mayr, P. 621 - Von Tuhr ung. Ber. P: 16) Meselâ müddei aleyh, altın saat hediye aldığını zannederek, kendi gümüş saatini başkasına hediye ediyor. Bu kaidenin tatbiki, B. K. nunun 26 cı maddesindeki fikrin, diğer âkidin kusuruna müstenid olmayan esaslı hatalara teşmilini intaç edecektir. Fakat, bu yalnız zenginleşme mevzuu olan şeyi aldıktan sonra yapılan sarfiyat hakkında olur.

• 210 — Zararlar: Müddei aleyh, elde ettiği zenginleşme ile bir irtibat alâkası olan bir zarara maruz kalmış ise, o zaman, vâki zenginleşmede bir tenakusun mevcut olduğu kabul olunur. Meselâ, sebepsiz olarak iktisap olunan bir hayvanın hasta olması ve bu hayvanın müddei aleyhin diğer hayvanlarına bu hastalığı aşılması. (Sataudinger, t. II. 2. § 818, Rem. 5. P: 1574 - Von Tuhr, Ung. Ber. P. 19. Ch - Von Mayr P. 625) Oertmann bunun aksi kanaattedir. § 818. Rem. 3. A) (A. T. F: 2/Mars/1918, R: O: 44: II: P: 141)

Bir anonim şirket ile bir banka arasında akdedilmiş olan bir hesabı cari mukavelesi, Anonim şirketin Murahhas azalarının, hesabı carinin mevzuunu teşkil eden borsa muamelelerini yapmağa selâhiyetli bulunmamalarından dolayı, batıldır. Müddeialeyh anonim şirketi mevzubahs muamelelerin şirket için zararında mucip olması yüzünden iade zamanında, hiç zenginleşmemiş

olduğunu ileri sürebilir: «Yani, banka, bu muamelelerden dolayı, zarar etmiştir, şeklindeki bir itiraz istihkak davasına mâni olacaktır.»

211 — İadenin, müddei aleyhe sebebiyet verdiği zarar veya masraflarında vaki zenginleşmenin noksanlanmasını mucip olması dolayısıyla, nazarı itibare alınıp alınmayacağı düşünülebilir. Mes'ele kabili münakaşadır. Bununla beraber, mes'eleyi mevzuubahs eden müellifler müsbet neticeye varmaktadır. (Von Tuhr. Ung. Ber. P. 22 S. 9 - Demolombe t: 31, No: 392 - Bouché - Leclercq P. 232 ve bu şekli kabul eden bir karar zikredeliriz (Lucerne O. G. 27/Oc/1914 «Bu karar gayri müntesirdir».

A, B ye bir gayri menkul satmış ve mutabık kalınan satış bedeline mahsuben bir miktar meblağı da almıştı. Sonra alıcı olan B, satış mukavelesinin medenî kanunun hükümleri dairesinde resmî şekilde yapılmamış olduğunu ileri sürdü ve açtığı sebepsiz iktisap davasıyla, vermiş olduğu meblâğın iadesini istedi. Federal mahkeme davayı reddetti. Çünkü vaki zenginleşme artık mevcut değildi. Filvaki, müddei aleyh, müddeiye satılmış olan gayri menkulün yerine kaim olmak üzere, üçüncü bir şahıstan başka bir gayri menkul satın almıştı. Fakat satış akdi ile bağlı kalmak istemeyen müddenin yeni durumu karşısında satmış olduğu gayri menkulü geri almak mecburiyetinde kalıyordu. Bu yüzden üçüncü şahısla yaptığı mukaveleyi feshetmek istiramında bulunuyordu. Çünkü, müddei aleyhin malî durumu her iki gayri menkulü birden elde bulundurmaya müsaade edecek derecede değildi.

Müddei aleyhin üçüncü şahısla akeylemiş olduğu mukaveleyi fesh için üçüncü şahsa vermek mecburiyetinde bulunduğu cezai şart miktarı, müddenin satış bedeline mahsuben, kendisine verdiği meblâğdan daha fazla idi, bu itibarla hesaba mahsuben almış olduğu meblâğdan müddei aleyh zenginleşmiş değildi.

212 — Mukabil eda : pek enteresan olan bir meselede, müddei aleyhin, müddeiye yapmış olduğu mukabil edanın, vaki zenginleşmenin azalmasında nazarı itibare alınıp alınmayacağı mes'elesidir hadise bilhassa, batıl olan veya taraflardan yalnız birisi için borç doğuran veya her iki akid tarafından ifa edilmiş olup sonradan fesih edilen, karşılıklı taahhütleri muhtevi mukavelelerde mevzuubahs olacaktır.

Böyle bir vaziyette, taraflardan birinin, diğerinden vaki zenginleşmenin iadesini dava eylemesinde, müddei aleyh, diğer tarafa yapmış olduğu mukabil eda miktarınca, zenginleşmemiş olduğu söyleyebilir. Bu, Planck (t. II. § 812, rem I. 1. P. 933) in Stieve (P. 97) in ve Von Mayr (P. 623) in nazariyeleridir.



Aşağıdaki karar da federal mahkeme de bu noktayı nazardadır. (A. T. F. 11/Oc/1907 R. O. 33. II. P. 539)

Taraflar, bir ölçüye kadar bakma mukavelesi akdeylemişlerdi. Bu mukavele hükmüne göre, S, K'ya bakacak, K da buna mukabil ona seriyetini terk edecekti. Bu mukavele, 30/Sep./1905 tarihinde akdedildi. K. esasen on seneden beri S tarafından besleniyordu. 27/Ağustos/1906 tarihinde K. hacr altına alındı ve onun vasisi, S aleyhine dava açarak, K'nin akdi yaptığı esnada mümeyyiz olmadığını ileri sürdü ve vaki zenginleşmenin iadesini talep etti. Müddeialehy S, Müddei K için önceki on sene zarfında yapmış olduğu masrafları ileri sürdü: P. 542, «dava eden, dava edilenin suiniyetli olduğunu veyahut zenginleşme mevzuu olan şeyleri suiniyetle elden çıkardığını iddia etmemektedir. Bundan dolayı zenginleşmenin mevzuu, iktisap edenin (dava edilenin) iade talebi anında, sebepsiz olarak elinde kalmış olanlardan ibarettir. Mukabilinde edalarda bulunduğu şeyler sebepsiz olarak mamelekine girmiş sayılmaz. Bundan dolayı, bunlar sebepsiz bir zenginleşme olmadığı gibi sebepsiz zenginleşme davasına'da mevzu olamazlar».

P. 543 «Buna mukabil, dava edilen, dava edenin mâmelekini sebepsiz olarak olmadığını, bil'akis, bu iktisabının dava edene hemen hemen 10 sene bakılmasına ve taraflar arasında mevcut 30.9.1905 de akte edilmiş olan «hizmet akdi» ne istinat ettiğini ileri sürmektedir. Dava edilen mukabil edalar da bulunduğunu isbat edebildiği takdirde ortada sebepsiz bir zenginleşme mevcut olmayacağından, bu itirazın dinlenmesi icap eder.

P. 544. «Zenginleşme, dava edilenin dava eden için edalarda bulunmadığı kısma inhisar eder.»

Bu nazariye beklenilmeyen neticeler tevliid edebilir. Sebepsiz zenginleşmenin umumî prensiplerine göre; rizikoya, veren kimse katlanır, alan değil. (Bakınız No. 196) farzedeli mki A, B ye muayyen bir bedel mukabilinde bir şey satmış ve onu teslim etmiştir. Eğer, B. bedeli ödememiş ve şey B nin elinde kazaen ziyaa uğramış ise, A açacağı sebepsiz zenginleşme davasını gaybedecektir. Çünkü, zenginleşme ortadan kaybolmuştur; vaki hasara katlanacak A dir. Bilâkis, B bedeli tediye etmiş ve bunun iadesi için, A yı dava etmiş ise, federal mahkemenin nazariyesine göre A, B ye yapmış olduğu mukabil edayı vaki zenginleşmenin tenakusu şeklinde dermeyan edebilecektir ve riziko B. ye ait olacak davasını kaybedecektir. Zenginleşmenin kaybolmasından mütevellit rizikonun ağırlığı, karşı akdin mukabil edayı yerine getirmiş veya getirmemiş olmasına göre mevkiini değiştirecektir. Bu tarzı hal ise, en küçük bir mantıktan mahrumdur.

Biz, her iki tarafın da borçlarını ifa etmiş olmaları takdirde, daha ziyade sebepsiz zenginleşmeden mütevellit iki alacak doğacağı kanaatindeyiz.

akidlerden her birisi, aynı zamanda alacaklı ve borçludur. Bunlardan F. is'i alacağı ileri sürerse, diğeri de kendi alacağını ileri sürecektir. Fakat bunu yaparken vaki zenginleşmenin azalmış olduğunu ileri sürerek değil, takas dermeyanı veya mukabil dava suretile, müstakil bir alacak olarak yapacaktır. Bu, Von Tuhr'un (Ung. Ber. P. 18) fikri olup, Oertmann da bu fikre yaklaşılmaktadır. (§ 818 rem. 3. P. 1040) Takası mümkün olan zenginleşmenin beyan anında değeri nazarı itibare alınırsa, federal mahkemenin sistemi ile bizim sistemimiz arasında bir fark kalmayacaktır. Çünkü takas hakkındaki müşterek hukuk nazariyesi kabul olunsaydı mukabil edanın zenginleştirmeyi tenkis eylediğinin kabulü halinde varılacak neticeye varılmış olurdu. (Bak No. 242)

## İKİNCİ FASIL

### SUİNİYET SAHİBİ MÜDDEİALEYHİN MES'ULİYETİ X

#### § 1 — Umumiyet itibarile :

213 — Buraya kadar müddei aleyhin hüsnüniyet sahibi olması halinden yani, işin mahkemeye intikalinde, müddeinin, müddeialeyhin suiniyetli olduğunu ileri sürmemesi halinden veya böyle bir iddianın isbat edilememiş olması halinden bahsettik.

64 (63) ncü madde mucibince, suiniyet sahibi müddei aleyh, hüsnüniyet sahibi müddei aleyhe nazaran, daha başka bir mes'uliyete tâbi tutulmuştur.

«Haksız olarak bir şeyi istifa eden kimse onun istirdadı zamanında elinden çıkmış olduğunu isbat ettiği miktar nisbetinde red ve iade ile mükellef değildir. Şu kadar ki, kâbiz şeyi, suiniyet ile elden çıkarmış yahut onu elden çıkarırken bilâhare red ve iadeye mecbur olacağına vakıf bulunmuş olursa red ve iadeye mecburdur (73)»

64 (63) ncü madde, iki şartın varlığı derpiş eylemektedir.

«Bir taraftan müddeialeyhin vaki zenginleşmesinin illetsiz olduğunu ve binaenaleyh, iade ihtimalinin mevcut bulunduğunu bilmesi, diğer taraftan da bu bilgileri haiz olduğu halde, şey'i elden çıkarmış bulunması lâzımdır. A. T. F. 30/Sep./1919, R. O. 45 II P. 452)

(73) Alman hukuku, suiniyet sahibi müddei aleyh için hususi bir mes'uliyet kabul eylemektedir. B. G. B. § 819 Fransız hukukunda borç olmadığı halde ödenen şeyin iadesi bahsinde de böyle bir hüküm mevcuttur. Fransız medeni kanunu madde: 1376; mes'ele, «In rem verso» davasında ihtilâflidir. - Théodoroff P. 164 - Bouché - Leciercq, P. 221

## § 2 — Suiniyet mefhumu

214 — Suiniyet ve Hüsünüyet mefhumları bir birinin zıddı ve birinin varlığı halinde diğernin bulunmaması lâzım gelen iki mefhumdur : birini tarif eylemek diğerni de tarif eylemek demektir. Bir kimsenin hüsniyet sahibi olmadığını söylemek, ifadenin şiddetini azaltmak demektir. Fakat bu söyleyiş, o kimsenin suiniyet sahibi olduğunu söylemeğe müsavi-  
dir. İşte bundan dolayıdır ki, 64 (63) ncü maddenin Fransızca (a moins cependant qu'il ne soit dessaisi de mauvaise foi) metni ile Almanca (Und hiebei nicht in gutem glauben war) (74) metninin kullanmış oldukları formül farkından bir netice çıkarmağa mahal yoktur.

215 — Borçlar kanununun 64 (63) üncü maddesinde mevzuubahs suiniyet medenî kanunu nmevzubahs ettiği umumî manadaki suiniyettir.

Evvelâ, vaki zenginleşmenin her türlü illetten mahrum olduğunu bilen herkes, suiniyet sahibidir.

(A. T. F. 30/Sep./1919, R. O. 45, II P: 452 - A: T: F: 25/Mars/1899 - R: O. 25. II. P. 124 C. 2) Bu karar «yahut dava edenin, sebepsiz olduğu sonradan onlaşılan bir temliki bir muamele yapılmasına sebep olmuş ise» demek suretile çok ileri gitmiştir.

216 — 64 (63) ncü madde, haklı sebebin (75) mevcut olmadığını bilmesi lâzım gelen kimseyi aynı muameleye tabi tutmak suretile, bu fikri tavzih eylemektedir. Fakat, doğrusunu söylemek lâzım gelirse, bu tavzih, medenî kanunun 3/2 nci maddesinin şu hükmünden dolayı lüzumsuz bir tekrardan ibarettir.

«Ancak, icabı hale göre kendisinden beklenen ihtimamı sarf etmeyen kimse hüsünüyet iddiasında bulunamaz»

Bunun için vazı kanuna her hangi bir sezernişte bulunacak değildir. Çünkü işler her zaman kendiliğinden anlaşılıyor, bazen de bu çeşit tavzihler faideli olmaktadır.

Muaddel borçlar kanununun 64 (63) ncü maddesindeki bu tavzih, eski borçlar kanununun 73 ncü maddesinde mevcut değildi. (76) Bu, 109 da Millî Meclis komisyonu tarafından ilâve olundu.

(74) Medenî kanunu 936 (904) ncü maddenin asil metni ile matlâbı arasında da fark vardır. Bu fark, her üç metinde de mevcuttur.

(75) Bunun aksi amlan hukukunda; Staudinger, t. II § 819, rem. 1, c, p 1575; «Burada, bilme mecburiyeti bilmeye mumadil deyildir.», Planck, t. II, § 819, rem. p. 956

(76) Bununla beraber bu, Fr. Von Wyss'in fikri idi Motive. P. 18 ihtisap edenin, madur olana karşı, mala fide olduğu zamanlarda gerek bida-yetten ve gerek sonradan kazancının sebepsiz olduğunu bilsin veya gereken ihtimamı sarf ettiği takdirde bilebilsin ve gerekse müstakbel illeten tahakkukuna mani olsun, mes'uliyeti ağırlaşmaktadır ve noksanın telafisine girmektedir.»

Bundan çıkan netice şu ki, mes'ul bulunduğu bir ihmal (Roma hukukunun Culpa in concreto) ile vâki zenginleşmenin illetsiz olduğunu bilmeyen bir kimse de suiniyet sahibi addolunacaktır.

217 — Borçlar kanununun 64 (63) ncü maddesi daha başka şeyler söylemek istiyor: Yalnız, müddeialeyleh vaki zenginleşmenin şimdi illetsiz olduğunu bildiği veya bilmesi lâzım geldiği vakit değil, aynı zamanda, vaki zenginleşmenin ilerde illetsiz bir hale gelebileceğini bildiği veya bilmesi icap ettiği ahvalde suiniyetlidir.

218 — Edanın, tahakkuku şüpheli olan, müstakbel sebep, için yapılması takdirinde vaziyet böyledir. (Bak. No. 134 - Becker, art. 64 rem. III Ch. P. 281) A. T. F. 7/Mars/1903, J. T. 1903 P. 661:

«Nihayet borçlar kanununun 73 ncü (muaddel borçlar kanununun 64) maddesinden istihraç olunan, ve müddei tarafından tediye edilmiş olan 5840 frangın tahsil edilmiş olmasının müddeialeylehe hiç bir menfaat hissesi temin etmemekten ibaret olan defi dahi şayanı kabul değildir. Filvaki bu defi ancak, tediyeinin, tarafların vukubulmuş olduğunu zan ettikleri bir sebebe mebni yapılmış olması takdirinde, şayanı kabuldür. Böyle bir defi, hali hazır iffilâfta mevzubahs değildir. Çünkü taraflar, vâki tediyeinin müstakbel ve ademi tahakkuku me'mul bir sebebe mebni yapıldığını biliyorlardı. Bu şartlar altında müddeialeyleh, mevzubahs meblâğın, henüz kendisince iktisap olunmadığını ve belki de hiç bir suretle iktisap da edemeyeceğini bilmekle burada evvelce kararlaştırmış olan maksattan başka bir maksada tahsis olunabileceğini ileri süremez.»

Bununla beraber, Federal mahkemenin fikri hilâfına, suiniyetin mevcut olması için, müstakbel hadisenin iki tarafca tahakkuk eylemiş olduğunun zan etmeleri şart değildir. Kanaatımıza göre, ihmalinden mütevellit olmamak şartile, zenginleşenin böyle bir kanaata sahip olması kâfidir.

219 — Borçlar kanununun 64 (63) üncü maddesi, zenginleşenin illetin, hâdisât dolayısıyla, kaybolmasını beklemek zarurî olduğu hallere de tatbik olunacaktır. (77)

220 — Suiniyetin mevcut olması için zenginleşmenin hileli olarak hareket eylemiş olduğunun isbatı şart değildir. Meselâ zenginleşenin, vaki zenginleşmenin azalmasını veya tamamen ortadan kaybolmasını intaç eden filii, fakirleşeni zarara sokmak maksadile, yapması gibi (Oser, art. 64. rem. V. I. P. 259). Eski borçlar kanununun mer'i olduğu zamanda, Almanca metin-

(77) No. 218 ve 219 un derpiş eylemiş olduğu ihtimaller, B. G. B. tarafından sarahaten hükme bağlanmıştır. § 820

deki «Boswillig» tabirinden dolayı, bu fikrin aksi iddia olunabilirdi (Schneider et Fick, 2<sup>o</sup> éd. 1896 art 73 N. 2). Müddeialehyin, zenginleşme anında, vaki zenginleşmenin münazaalı olduğunu bilmesi kâfidir: A.T.F. 22/Mai/1897, R. O. 23 P. 789

221 — Hülâsa, diyebilirizki vaki zenginleşmenin haklı bir sebebe müstenid bulunmadığını bildiği veya bilmesi lâzım geldiği veya hadısatin icap ettirdiği dikkati sarfetmiş olması takdirinde bilebileceği ahvalde müddeialehy, suiniyetlidir.

§ 3 — Fakirşelen kimin suiniyetine istinat edecektir?

222 — Eğer müddeialehy, medenî ehliyete tam bir surette malik bir hakiki şahıs ise, mes'ele yoktur. (78)

Fakat müşkülât, zenginleşmenin mahdud ehliyetli hakikî veya hükmî bi şahs ticarî bir şirket olmasında veya zenginleşmenin akdî bir mümessil vasıtale husule gelişinde kendini gösterir.

223 — a) Temyiz kudretinden mahrum olan şahıslar: (Bakınız numara 42) suiniyet, bir fiilin neticelerinin idrakini, bir vâkıanın vuzuhla anlaşmasını tazammum eder: Binaenaleyh, temyiz kudretinden mahrum olan bir kimsenin suiniyet sahibi olması mevzuubahs olmaz; böyle bir kimsenin borçlar kanununun 64 (63) ncü maddesi mucibince şey'i, suiniyetle elden çıkarması da asla mevzuubahs olmaz. Bu netice, mezkûr maddede bir haksız fiilin mevzuubahs olmasından, ve bu itibarla, 54 ncü maddenin derpiş eylediği istisnai hüküm hariç, mümeyyiz olmayanların, irtikâp eyleyecekleri haksız fiilden, mes'ul olmayacaklarından mütevellit değildir. Fakat bu gayri mümeyyizlerin, suiniyet sahibi olamayacaklarından dolayıdır.

Şüphesiz ki, temyiz kudretini haiz olmayan kasırın kanunî mümessili varsa, onun, suiniyeti dermeyan olunabilir. Fakat, bu ancak, bu mümessilin şey'i elden çıkarması halinde mevzuubahs olabilir. Eğer bu fiiller kasır tarafından yapılmış olursa suiniyet mevzuubahs olamaz.

Fakat, ekser ahvalde ve kasırın hiç zenginleşmemiş olması takdirinde, müddeiye son bir çara kalacaktır ki oda, borçlar kanununun tevsii bir tefsire müsaid olan 54 ncü maddesidir (79)

(78) Bununla beraber muris suiniyet sahibi olduğu haldе onun varisi hüsniyet sahibi olabilir. Varisin suineyeti murisin suiniyetinden ileri gelir.

(79) Zurich, O. G. 29: oc. 1920 B. Z. R. 20. 1921; p; 332: «Bidayet mahkemesi, haklı olarak bu mesuliyetin, kusurun hususi bir hali ve mes'uliyeti mucip bir fiil (suç veya suç benzeri) olduğu ve mümeyyiz olmayanın suç ehliyeti olmadığı şeklindeki izah tarzından hareket etmiştir»

224 — b) Mümeyyiz fakat kanuni bir mümessili bulunan şahıslar; medeni kanunun 395 ci maddesi [280 (269) ncü madde ile karşılaştırınız] küçük tarafından yapılmış olan bir hukukî muamelenin kanunî mümessil tarafından tasdik edilmemiş olması takdirinde şu hükmü derpiş eylemektedir:

«Vasi tarafından icazet verilmezse akidlerden he rbiri verdiğini geri isteyebilir. Su kadar ki vesayete tabi kimse ancak intifa eylediği miktar veya iade zamanına kadar mallarında hasıl olan ziyade nisbette yahut suiniyetle elden çıkardığı miktar ile mes'uldür.»

Bu hüküm, eski borçlar kanununun 33 ncü maddesinin hemen aynen naklinden ibarettir. Şuna işaret edelim ki, bu maddede sadece «suiniyetten» (Almanca metninde «Bösswillig» den) bahsölnmektedir. Muaddel B. K. nunun 64 (63) ncü maddesi gibi «... veya elden çıkarırken bilâhare red ve iadeye mecbur olacağına vakıf bulunmuş olursa red ve iadeye mecburdur.» şeklindeki bir fıkra ile itmam edilmiş değildir. İşte şarihler, bu hüküm farkından dolayı, vesayet altında bulunan kimsenin, ancak, diğer akidin talebini tamamen neticesiz bırakmak maksadile, vaki zenginleşmeyi hileli olarak ,elinden çıkarmış olması takdirinde, mes'ul olacağını söylerler: Egger, Das Familienrecht des S. Z. G. B. 1914, art, 411, rem II 2 ch. 8

Bu tefsir tarzı çok tahdididir. Zira «suiniyetle» hareket etmek «hileli» bir surette hareket etmek demek değildir. Bundan maada, 411 (395) nci maddede, muaddel borçlar kanununun 64 (63) ncü maddedeki sarahatın mevcut olmayışı, tamamen gayri kasdidir. Çünkü, İsviçre medenî kanunu 10/Dec/1907 de kabul edilmiş olduğu halde muaddel borçlar kanununun 64 (63) ncü maddesinin tadili teklifi 15/Eylül/1909 tarihlidir. Medeni kanunun (395) 411 nci maddesinde kullanılan ifade, eski borçlar kanununun ifadesinin aynidir. 411 nci maddedeki «suiniyet» tâbiri, 15. Eylül. 1905 T. li milli meclis komisyonunun teklif ettiği formül olan «ve suiniyetli olduğu yahut iadeyi evvelden hesap etmesi ciap ettiği hallerde» ibaresi yerine böswillig - fena niyet» kelimesinin (1905 tarihli projeni n1075 ci maddesindeki) karşılığı olarak girdi. Kaufmann ve Egger'in medeni kanunun 411 (395) nci maddesile borçlar kanununun 64 (63) ncü maddesi arasında gördükleri mübayenet, bu müelliflerin zan ettikleri kadar kat'i netice hasıl edici mahiyette değildir. Onlar, mutlaka bizim yukarıda yapmış olduğumuz tarih farkını bilmemektedirler.

Kaldığı, hüsnüniyet veya suiniyet sahibi olmak için mühim olan şey bir kanunî mümessile malik olmak veya olmamak meselesi değil temyiz kudretine malik olmak veya olmamaktır.

Zannımıza göre, temyiz kudretine sahip olup da kanunî bir mümessili olan kimsenin hüsnüniyetli olup olmadığını 64 (63) ncü maddeye göre, yani, medenî kanunun 3 ncü maddesinin 2 nci fıkrasındaki umumî prensibe göre,

tayin eylemek lâzımdır. Bir küçük, haklı bir sebebin ademi mevcudiyetini bilmediği için değil, sadece, bir culpa in concreto mevzu bahis imiş gibi, haklı bir sebebe müstenid olmadığını bilmesi icap ettiğinden dolayı mes'uldür. Fakat onun mes'uliyeti, tam ehliyeti haiz olan kimsenin mes'uliyetinden daha az şiddetle takdir ve tayin edilecektir. Burada prensibin bir istisnası mevcut değildir. Bu, sadece, medenî kanunun 3 ncü maddesinin 2 inci fıkrasının bir tatbikinden ibarettir.

Küçüğün suiniyeti, yalnız, onun tarafından akt edilmiş bir mukavelenin mümessili tarafından tasdik edilmemiş olması halindende değil, aynı zamanda, onun bir başkası aleyhine olarak vuku bulacak bütün zenginleşmelerin de mevzu bahis olabilecektir.

Temyiz kudretinden mahrum olan kasırlarla onların mümessillerinin suiniyetli oluşları hakkında yapılmış olan müşahadat burada da muteberdir (Bak numara 223)

225 — Hükmi şahıslar ve ticaret şirketleri (80) bak numara 41)

Federal mahkeme, müteaddit defa, bir anonim şirketin suiniyetle zenginleşebileceğini kabul etti.

(A. T. F. Mars 1918, R. O. 44. II P. 141 - A: T: F: 31/Jan/1919 - A: T: F: F. 1/Oc./1904, R. O. 30. II. P. 504) Haksız fiil mevzu bahis olduğu zaman uzuvların suiniyeti nazarı itibare alınır: medenî kanun madde 55 (48). Meselâ federal mahkeme, bir defasında, müddei tarafından, muteber olduğu zanmıyla icra olunan bir mukavelenin, şirketi bağlamadığını idare meclisi başkanının (tek başına imzaya selâhiyeti bulunmamasına rağmen) bilmesini, şirketin suiniyetli olması için, kâfi addetti. (A. T. F. 31/Jan/1919 bu karar gayri müteşirdir.)

Federal mahkeme, bir kollektif şirkette, şirketi idare eden ortaklardan birinin suiniyetli olmasından şirketin de suiniyetli olması lâzım geleceğine karar verdi. (A. T. F. 2/Oc./1912, J. D. T: 1913 P: 145)

226 — Akdi mümessil :

Mümessilin, temsil olunan hesabına elde etmiş olduğu zenginleşmenin illetinin mevcut omladığını bilmesi veya müekkiline karşı olan akdi vecibesine muhalefet suretile, zenginleşmeyi elden çıkarılması temsil olunanın suiniyetini icabettirmez. Meselâ, mümessilin parayı zimmetine geçirmesi gibi (Bununla beraber numara 237 ye bakınız)

A. T. F. 30/Sep./1919, R. O. 45 II P. 452)

«Temsile mütedair olan prensipler gereğince, mümessilin, satış akdininin

(80) İsviçre'de ticaret şirketlerinden bazıları hükmi şahsiyeti haiz değildir : Mütercim

batıl olduğuna muttali bulunduğu, ve binnetice, kendi hesaplarına, mümessil tarafından, alınan satış bedelinin iadesinin muhtemel bulunduğu müddeialeylehlere karşı ileri sürülebilse bile, bu meblağın mümessil tarafından, zafî menfaata sarfedilmek suretile irtikâp olunan fiilin de müddeialeylehlere atfı kabil değildir.

Filvaki, mümessil bu fiili yaparken, asla mümessil sıfatile hareket eylemiş değildir. Bilâkis, vekâlet akdinden mütevellit vecibeleri açıkca ihlal eylemek suretile şahsı namına hareket eylemiştir. Binaenaleyh, müddeialeylehler şey'i, bilerek elden çıkarmış olmaktan uzaktırlar. Bilâkis, onlar, vaki zenginleşmeden, arzuları hilâfına mahrum edilmişlerdir. Bu itibarla, onları, iade ihtimali olduğunu bildiği halde elden çıkaran kimselere mütedair olup 64 (63) ncü maddenin hükme bağadığı, hususî mes'uliyete tabi tutmak kanuna muhalif bir hareket olur.»

Alman yargıtayı bunun aksine kararlar (Entscheid, in Zivilsachen, t. 13. P. 5. cf. Von Mayr P. 206 ve Jung P. 153 No. 243) verdikten sonra federal mahkemenin tarzı hallini kabul eylemiştir (Loc. cit, t. 65. 1907, No 71 P. 297)

§ 4 — Suiniyetin müddeialeylehin mes'uliyetini şumulü üzerindeki tesiri:

227 — Evvelâ şunu söyleyelim ki, suiniyetle zenginleşenin mes'uliyetini tayin eylemek için, sadece haksız fiile müteallik bulunan hükümlere sevk eylemek mümkün değildir. Suiniyetle vukua gelen bir zenginleşmiş olma, her zaman, haksız bir fiili tazammun eylemez. 41 ve müteakip maddelerin tatbiki için, müddeinin maruz kaldığı zararın müddeialeylehe atfı kabil bir fiiden mütevellit olması lâzımdır. Kaldığı, sebebsiz zenginleşmeden mütevellit alacağın esasını teşkil eden bir kıymetin tebdili mahal eylemesi keyfiyeti, her hangi bir amilin (illetini) neticesi olabilir. Bu, zenginleşenin fiilinden mütevellit olabileceği gibi, fakirleşenin veya üçüncü bir şahsın fiilinden mütevellit veyahut da tabii bir hâdisenin mahsulü olabilir: Borçlar kanununun 41 ve müteakip maddelerinin tatbiki, ancak zenginleşmenin, fakirleşen tarafından zenginleşene yapılan, bir eda ile vukua gelmesi takdirinde muhik olabilir.

Mevcut olduğunu zannederek, fakirleşenin, hataen yapmış olduğu, bir edayı kabul eyemekle zenginleşenin haksız bir fiil işlemiş olduğu kabul edilebilir. Planiol T. II. II. No. 856 - 858: «Eğer tediye suiniyetle alınmış ise, bu ahzı kabz keyfiyeti bir haksız fiildir. Kendine borç olmadığını bildiği bir meblağın tahsili keyfiyetinde hakikî bir suç vasfı mevcuttur «(Bakınız Von Cleric, Betrug verübt durch schweigen, Zürcher Habilitations schrift 1918. P. 173 S. G. et passim): Bilâkis kıymetin tebdili mahal eylemesinin üçüncü bir şahsın fiili neticesinde veya her türlü insan müdahalesi haricinde vukua gelmesinde 41 ve müteakip maddelerin tatbiki tecviz olunamaz.



Bundan maada, suiniyet, sebepsiz zenginleşmeden mütevellit alacağın doğumundan beri mevcut olmayıp bilâhare vukua gelmiş olabilir. Bu takdirde müddei aleyhin hüsnüniyet halinin nihayetine kadar hüsnüniyetli bir müktesip gibi muamele görmesi doğru olacaktır. Bir borcun ifa olunmaması vakiasında haksız bir fiil mevcut olduğunu kabul eylemekte fazla ileri gitmek olur. Onun için Suiniyet sahibi bir müktesip için, ona haksız fiili isnad olunamayacağı ahvalde, hususî bir mes'uliyet şekli derpiş olunması zarurî idi.

Borçlar kanununun 64 (63) ncü maddesi bu ihtiyacı karşıladığı iddiasındadır.

«Haksız olarak bir şey'i istifa eden kimse onun istirdadı zamanında elinden çıkmış olduğunu isbat ettiği miktar nisbetinde red ve iade ile mükellef değildir.

Şu kadar ki kâbız o şey'i suiniyetle elden çıkarmış yahut onu elden çıkarırken bilâhare red ve iadeye mecbur olacağına vakif bulunmuş olursa red ve iadeye mecburdur.»

Bu madde suiniyet sahibi bir müktesibin mesuliyetini menfi bir surette hükme bağlamaktadır. Bu madde sebepsiz zenginleşmenin karakteristik esaslarının burada tatbikine yani, mes'uliyetin iade zamanında mevcut zenginleşme ile tahdidine mahal olmadığını söylemekle iktifa eylemektedir.

Fakat, madde bize, suiniyet sahibi bir müddeialeyhin ne ile mes'ul tutulacağını söylememektedir.

228 — İsviçre doktrini ve mahkeme içtihatları, suiniyetli bir müktesibin mes'uliyetini bir suç veya suç benzeri bir mes'uliyet, telâkki eylemektedirler.

Yalnız, şu iki görüşü tefrik etmek lâzımdır:

229 — a) Roussel'in nazariyesi : suiniyetle zenginleşen müddeialeyh, müddeinin maruz kaldığı bilcümle zararları tazmin etmelidir. (Roussel 3e éd. P. 104. 4 éd No. 159 - 169)

«64 (63) ncü maddenin son fıkrasının derpiş eylediği ihtimalde, dava, hakiki bir tazminat (41 ve müteakip maddeler) davasıdır. 64 (63) ncü maddenin son fıkrası hariç olmak üzere iade, müddeinin maruz kaldığı bütün zararları ihtiva etmez.»; «Zenginleşen, bidayetden beri suiniyet sahibi olsun veya sonradan suiniyetli olsun zenginleşmeyi (faiz ve ana) tamamilen iade ile mükelleftir: kanun bu hususta bir tefrik yapmamaktadır.»

Mademki, Roussel, müddeialeyhin zenginleşmesini nazarı itibare olmayor ve sadece müddeinin zararını göz önünde tutuyor. Bu takdirde, sebepsiz zenginleşmeden mütevellit bir zarar mevzuubahs değil, sadece, bir haksız bir fiil mevzuubahistir. Bundan maada, bu müellifin, Mala fides super-

veniens halini nasıl hükme bağladığı, açık bir surette, anlaşılamiyor. Onun bu hali de suiniyet haline sokmakta olduğu anlaşılmaktadır.

230 — b) Federal mahkemenin nazariyesi: hüsünüyet kaidelerine göre, üzerinde bir tasarruf selâhiyeti haiz olmadığı bir şey'i, müddeialeyn elden çıkarması haksız bir fiildir.

Bu noktai nazar, son bir kararda açıklanmıştır:

(A. T. F. 30/Sep./1919, R. O. 45. P: 451)

«Kendisine borç olmaya n bir şey'i alan bir kimsenin, halen mevcut zenginleşme miktarınca mes'ul tutulacağı prensibini, esas itibarile, vaz'eyledikten sonra, 64 (63) madde, bu prensibe müddeialeynin şey'i iade edeceğini veya edebileceğini bilerek, elden çıkarması takdirinde bir istisna vaz'eylemektedir. Eğer zenginleşen, şey'i iade edebileceğini biliyorsa, artık o şey'in iade zamanında elinde mevcut olmadığını ileri süremez. Çünkü onu, muhafaza etmek veya etmemek kendisine ait bir iştir. İadeyi tahmin ediyor idiyse veya etmek mecburiyetinde bulunuyorsa şey'i muhafaza eylemek mecburiyetinde dii. Bu kimse, zenginleşmenin artık elinden olmadığını ileri süremez. Bu suretle, tesis edilen bir mes'uliyet haddi zatında, bir suç veya bir suç benzeri olan bir mes'uliyettir. Ortada tasarruf selâhiyetinin mevcut olmadığını bime, hüsünüyet kaideleri icabından ise, böyle bir şey'ide elden çıkarmayı kanun haksız bir fiil telâkki eylemektedir.»

231 — Hangi tarafı iltizam eyledikleri bilinmeksizin, haksız fiil (action délictuelle) veya tazminat (action en dommages intéêrêt) davasından bahseden bir çok müellif ve karar zikir edebiliriz :

A. T. F. 2 Oc. 1897, R. O. 23. P: 1653 - A: T: F: 22: Mai 1897: R. O. 23, P. 789 - A. T. F. 25. Mars. 1899. R. O. 25. P. 124 Zurich, O: G: 29: Oc: 1920, B. Z. R. 20. 1921. P. 332

Doktrin : Hafner, art 73. No. 3

Fick : art 64 N. 13 «... O vakit 41 ve müteakip maddelerin tazminat dava mevzuubahs olacaktır.»

Oser: art 64. röm IV. P. 258 :

Martin: P. 108 «Suiniyetli müktesip, bir haksız fiil faili telâkki olunmalıdır. O, kendisine ait olmayan bir şey'i almış veya muhafaza etmiştir. Binac-naleyh vaki zararı tamamen tazmin ile mükelleftir.»

232 — Prensip itibarile üzerinde mutabık kalınan bir nazariyeyi, cür'etimiz derecesini müdrük olarak tenkid edeceğiz. Zannımıza göre, mahkeme içtihatları ve doktrin, hakikatta mevcut olmayan zorluktan doğmaktadır.

233 — Sebepsiz zenginleşmeden mütevellit alacak, ancak sebepsiz zenginleşmenin varlığı için lâzım olan diğer şartların birleşmesiyle doğar. Bunlar; zenginleşme fakirleşme, illiyet rabıtası, haklı bir illetin ademî mevcudiyettir.

Bu alacak, pasif süje aleyhine öyle bir alacak tevliit eylemektedir ki, bu alacağın, muhtevasını, aktif süje aleyhine olarak, vukua gelen zenginleşme tayin eyeleyecektir. Borçluya terettüp eden edanın mevzuu, borcun doğumu anında suiniyet sahibide olsa elde edilen zenginleşmedir. Zira o, elde ettiği zenginleşmeyi derhal iade eyemiş olsaydı daha fazlasını ile mükellef olmayacaktı. Eğer, fakirleşenin vaki bir zararını tazmin ile mükellef ise, alacağın esasî sebepsiz zenginleşmeden mütevellit değil haksız fiilden mütevellit olacaktır. Her iki çeşit borcun bir birile olan farkı onların doğuşları anında pek bârizdir.

234 — Borç doğmuş olduğu için, borçlar kanununun 75 (74) ncü maddesi mucibince ifa derhal talep olunabilir. Çünkü, meşrut veya işin mahiyeti icabatından olan bir vade mevzubahs değildir. Eğer, umumî prensipler bu alacağı da tatbik olunacaksa, borçlu, borcundan ancak, borcun kendisine istinadı kabil olmayan esbap dolayısıyla ifa olunamadığını, yani umulmayan bir hadisenin vukuunu, isbat suretile kurtulabilecektir.

235 — Evvelce de gördüğümüz veçhile (numara 196) 64 (63) ncü maddede, zenginleşmeyi azaltacak mahiyette olan bilûmum olayların dermeyanına müsaade etmek suretile, umumî prensipleri bu noktada tadil eylemektedir. O yalnız umulmayan halleri değil; aynı zamanda, ağır d aolsa, kendi kusurundan ileri gelenleri de ileri sürebilecektir. Onun borcu, ancak iade anında, yani, mütemerrit olduğu anda tayin olunur. Binaenaleyh, hüsnüniyetli olan bir müktesep, umumî prensiplere aykırı olan, bir mes'uliyet şeklinden müstefit olmaktadır.

Suiniyet sahibii olan borçluya gelince; onun borcunun bidayetteki muhtevası, hüsnüniyet sahibi olanınkinin aynıdır. Yalnız, 64 (63) ncü maddenin son fıkrası, ona hüsnüniyet sahibine bahsetmiş olduğu bir mes'uliyet tarzından istifade imkânını bahsetmiş değildir. Suiniyetli olan, bir şey'in zilyetliğini kaybetme manasına alınması lâzım gelen her çeşit elde çıkmalardan yok olmalardan istifade edemeyecektir. Kanun zenginleşmenin zayi olduğunu dermeyan imkânından onu men'etmemektedir. O da zenginleşmenin «elden çıkmadan» gayri olan bir sebeple, meselâ, bir kazadan dolayı, ziyaa uğradığını dermeyan edebilir. Bu takdirde, tekrar ahkâmı umumiyeye geliyoruz demektir. Hususî bir mes'uliyete tabi tutulan suiniyet sahibi olan borçlu değil, bilâkis, hüsnüniyet sahibi borçlu hususî bir mesuliyete tabi tutulmuştur.

**236 —** Bu noktadan hareket kabul olunursa, suiniyet sahibi müktesibin mes'uliyetinin ne olacağını tayin gayet basittir; sadece borçların ifası veya ademi ifası hakkındaki umumî hükümler tatbik olunacaktır. Misli şeylere müteallik borçlarla, ferden tayin edilmiş olan şeyler müteallik borçlar bir birinden tefrik olunacaktır. Bu itibarla, borçlar kanununun 97 (96) ncı maddesini hatırlatalım.

«Alacaklı hakkını kısmen veya tamamen istifa edemediği takdirde borçlu kendisine hiç bir kusurun istinad edilemeyeceğini isbat etmedikçe, bundan mütevellit zararı tazmine mecburdur.»

Suiniyet sahibi borçlu, iade borcunu ifa eylememiş olmaktan yani, vaki zenginleşmeyi, borcun doğumu anındaki şekilde, daha doğrusu, zenginleştiği ve suiniyet sahibi olduğu andaki halile, iade eylemediği takdirde bundan mütevellit zararı tazmin ile mükelleftir. Çünkü, suiniyetin bidayetten beri mevcut olmaması halinde, müddeialeyle, suiniyetli oluncaya kadar hüsnüniyetli bir borçlu gibi mes'ul olacaktır. Müddeialeyle, hüsnüniyetli iken sonradan suiniyetli bir hale geçmesi takdirinde, zenginleşmenin sonradan ziyanından ancak, bunun kusuru haricinde vukua geldiğini isbat etmek suretile, mes'ul olmayacaktır. Mevzuubahs olan kaza hali, borçlar kanununun 103 (102) nci maddesinin 2 nci fıkrasında mevzuubahs olan kaza değildir.

Çünkü, alacaklının ihtarına veya davanın ikamesine kadar, suiniyetli müktesep mütemerit değildir.

**237 —** Binaenaleyh, bizim nazariyemiz, federal mahkemenin nazariyesinden tamamen farklıdır. Fakat, netice hissolunacak kadar fark arzetmez. Bununla beraber, biz, tarzı hallimizin hukukî bakımından daha mantıklı olduğuna kanaatındayız.

Mahkeme içtihatlarından alınmış ve görüş tarzı bizim nazariyemizle aynı olan iki tatbiki misali arzedelim: A. T. F. 2/Mars/1918, R. O. 44 II. 141. zenginleşmiş olduğu ticari senedati, satmış olmadan dolayı aynen iade edemeyen suiniyetli müktesep, onların, iade anındaki kıymetlerini ödemekle mükelleftir.

A. T. F. 30. Sep. 1919. R. O: 45: P: 453: Bir mümessilin temsil olunan adına haklı bir sebep olmaksızın, tahsil eylemiş olduğu meblağı, akdi vecibesini ihlal suretile, sarf eylemesi takdirinde; temsil olunanın, mümessili intihapda bir kusuru yoksa, vaki zenginleşmenin ziyanından mes'uliyeti düşünülemez.

**238 —** Suiniyet sahibi müktesep tarafından yapılan masraflar :

Borçlar kanununun 65 (64) ncü maddesi, suiniyet sahibi müddeialeyle bu masrafların kendisine ödenmesini istemeğe müsaade eylemektedir. Zaru-

rî masrafların tamamı, faideli masrafların iade zamanında mevcut fazlalık nisbetindeki miktarı . Diğer masrafları gelince, 65 (64) ncü maddenin 2: fıkra mucibince müddei bedelini vermediği takdirde, müddeialeyh, bunları almak hakkını haizdir.

Her ne kadar borçlar kanununun 65 inci maddesinin 1 nci fıkrası «...müddeialeyh, o şey'i kabzettiği zaman suiniyetle hareket etmiş ise ....» demekde ise'de maddenin, müddei aleyhin suiniyetli olması anından itibaren tatbiki icap eder; yoksa, yalnız suiniyetin ta bidayette olması halinde değil (Becker de bu görüştedir. Art. 65 II. 2. ch. 3)

### SEKİZİNCİ BAŞLIK

#### SEBESİZ ZENGİNLEŞMEDEN MÜTEVELLİT ALACAK HAKKININ İSTİMALİ

239 — Sebepsiz zenginleşme, bir alacak hakkının doğumuna sebep olur, borçlara mütedair olan bilûmum federal mevzuat ona da kabili tatbiktir.

240 — Temerrüdün neticeleri : Fakirleşen zenginleşeni, iade için mütemerrüd kılabilir. Borçlar kanununun 102 (101) nci ve müteakip maddeleri bu husustadır kabili tatbiktir. Ekseriya, davanın ikame olunması ihtara tekabül eder.

Şu ciheteişaret olunmak lâzım gelir ki, suiniyet sahibi bir mütesip, sadece hüsnüniyet sahibi olmakla mütemerrüd olmaz. O da ahkâmı umumiyye tabidir. Hüsnüniyet sahibi bir mütesip muvacehesinde, temerrüdün tevliit ettiği hususî netice, iade borcunun şümülünü tayindir. Borçlu ihtar anından itibaren borcundan ancak, ifanın imkânsızlığı takdirinde ve 103 (102) nci maddenin 2 nci fıkrasının mevzuabahs ettiği umumadık halin isbatile, kurtulabilecekdir. Bundan başka, ifanın teehhürle yapılmış olması halinde teehhür tazminatı ödenecektir. Keza, 119 (117) ve 96 (95) ncu maddenin bahsettiği umulmazlık halinin isbatı suiniyetli müktesibi borçdan kurtaramayacağı gibi, 103/2 (102) nci maddenin bahsettiği umulmazlık hali de borçluyu borcundan kurtaramaz.

Eğer, müktesip, bir miktar meblağ iade eylemek mecburiyetinde ise, (meselâ kıymet halinde vaki iadelerde: bakınız No: 175) temerrüd anından itibaren geçmiş gün faizi ödemek mecburiyetindedir, Yalnız iadesi icap eden meblâğın anası üzerinden değil, aynı zamanda, bu meblâğın getirebileceği faizler de eyyamı müteahhire faizine tabidir. Hesap her iki meblâğ yekûn edilmek suretile yapılır. (A. T. F. 25/Mars/1899, R. O. 25 II: P: 126 - A. T. F: 11/Oc./1907, R. O. 33 II. P. 543. C: 3) Şunu hatırlatalım ki, zenginleşmenin temerrüd anına kadar olan faizi eyyamı müteahhire faizi telâkki olunmayıp,

zenginleşmenin bir kısmı telâkki olunur. (A. T. F. 6/Oc./1906 R. O: 32 II: P: 638 - A. T. F. 11/Oc./1907 R. O. 33: II: P: 543)

241 — Sebepsiz zenginleşmeden mütevellit alacak kabili temliktir :

(A. T. F. 13/Mai/1905, sem. Jud 1905 P. 567 - A. T. F. 25/Juin/1904, R: O. 30 II. P. 324)

242 — Sebepsiz zenginleşmeden mütevellit alacak, diğer alacağa karşı, meselâ diğer sebepsiz zenginleşmeden mütevellit alacağa karşı takas suretile dermeyan olunabilir. (A. T. F. 6/Mars/1914 Bu karar gayri münteşirdir) Burada iki tarafca icra olunmuş karşılıklı taahhütleri muhtevi bir akid mevzuu bahs idi. ve her iki akit de borçlarını ifa etmişler idi. Bir iflâsta, müflisin, fakirleşene karşı olan bir alacağına karşı (A. T. F. 1/Oc./1904 R. O. 30: II: P: 504)

Sebepsiz zenginleşmeden mütevellit alacak değişik bir muhtevayı haiz olduğu için, takası kabil olan meblâğın miktarını tayin eden zamanın bilinmesinin büyük bir ehemmiyeti vardır.

Borçlar kanununun 124-122 ncü maddesinin derpiş eylediği umumî hükme göre:

«Bu takdirde, iki borç takas edilebilecekleri andan itibaren en az olan borcun miktarı nisbetinde sakıt olmuş addolunur.»

Bu, Von Mayr (P. 608) tarafından kabul edilen sistemidir. Bilâkis, Planck (T. II. § 818. rem 5. P. 1574) göre, takasın dermeyan olduğunu an nazari itibare alınmalıdır. Fakat, bu üç müelliften hiç birisi ne mes'elenin ehemmiyetine ne de tarzı hallerini tecviz eden argümanla ra işaret eylememektedirler.

Yukarıda zikredilmiş olan kararlardan hiç bir netice çıkarmak kabil değildir. Çünkü bu kararlarda vaki zenginleşmenin kaybolmuş olmasından bahsedilmemektedir.

Bizim noktai nazarımıza göre, meselenin ehemmiyeti, bir rizikodan ileri gelmektedir. Mes'ele, numara 212 de tetkik ettiğimiz mesele ile büyük benzeyiş göstermektedir. Orada zenginleşmeyi azaltan bir mukabil eda mevzuubaihs idi.

Rizoko mes'alesi, takas sahasında her zaman vardid değildir. Çünkü, ancak misli olan, yani daimâ ifa imkânı mevcut olan borçlar hakkında takas dermeyan olunabilir. Buna mukabil, misli şeylerle vaki zenginleşmeler, kaybolmaya müsait olduklarından, takas olunmak üzere ileşürülen diğer alacağın ifası pek alâ imkânsızlaşabilir.

Farzedelim ki, E, A ya, sebepsiz zenginleşmeden dolayı, 100 lira borçludur. Vaki zenginleşme kaybolursa, A'nın artık bir dava hakkı yoktur. Bi-

naenaleyh, rizikaya tahammül edecek A' dir. Şimdi de, sebepsiz zenginleşmeden mütevellit alacak hakkının doğumu sırasında A, E nin her hangi bir sebepten ötürü 100 liralık miktarındaki bir alacağıın borçlusu olsun E, zenginleşmesinin ziyaından sonra, A aleyhine dava açarak kensine borçlu bulunan 100 liranın tediyesini talep eylesin. Eğer takas hakkında umumî hükümleri tatbik edilecek olunursa, A tarafından dermeyeran olunan sebepsiz zenginleşmeden mütevellit alacağın miktarı, her iki alacağın takasları kabul olduğu anda tayin edilmek üzere, geriye gidilmek suretile hesap olunacaktır. Binaenaleyh zarara, sebepsiz zenginleşmeden dolayı alacaklı olan kimse (A) değil, bilâkis, borçlu E tahammül edecektir. Çünkü E zenginleşmesinin ziyanını artık ileri süremiyecektir Eğer Planck ve Sandinger'le beraber alacak miktarı, takasın dermeyeran alunduğu andaki bakiye üzerinden tayin olunacağı kabul olunursa, sebepsiz zenginleşmenin umumî prensipleri mucibince, zarara alacaklı yani fakirleşen katlanacaktır.

Binaenaleyh, zannımıza göre sebepsiz zenginleşmeden mütevellit borç hakkında takas makale şamil olmaksızın ve ancak beyan anında mevcut miktar için, dermeyeran olunabilir.

243 — Sebepsiz zenginleşmeden mütevellit bir olacak şu davalara konu olabilir;

— İflâs idaresi tarafından fakirleşenin alacaklılar listesine girme talebi reddolunmuş ise, alacaklılar listesine kabul olunmak için bir davaya mevzu olabilir.

A. T. F. 2/Oc./1912, J. D. T. 1913: P: 145 - A: T: F: 4/Dec./1915, R; O. 41. II. P. 717 - A. T. F. 3/Mars/1918, R: O: 44, II: P: 132 fakirleşenin talebi iflâs idaresi tarafından kabul edilmiş olması takdirinde, alacaklılar meyanından çıkarılmak için açılacak bir davanın mevzuu olabilir.

A. T. F. 10/Nov./1893 R. O .19. P: 835)

— Eğer iflas masasının bizzat kendisi alacağı takip eylemek istemezse, sebepsiz zenginleşmeden mütevellit bu alacak müflisin alacaklarına temlik olunabilir.

(A. T. F. 13/Juillet/1916, R. O. 42 II. P. 265)

Hacizde :

— Fakirleşenin alacaklısı, sebepsiz zenginleşmeden olan bir alacağı haciz ettirebilir.

(A. T. F. 8/Oc./1898 R. O. 24. II: P: 918)

Usul bakımından, sebepsiz zenginleşmeden mütevellit bir alacak şu suretlerle dermeyeran olunabilir:

— Mukabil dava açmak suretile :

(A. T. F. 10/Juin/1910, I. O. 36. II. P: 223 - A: T: F: 3/Juil:/1915, R: O. 41. II. 474 - A. T. F. 1916. R. O. 42 II: P: 500 - A: T: F: 10/Mars/1912) Bu son karar gayri münteşirdir.

— Takas dermeyan edilmiş olması takdirinde borçtan kurtulma davası ikame eylemek suretile :

A. T. F. 16 juin 1893, J. D. T. 1893 P. 517

— Menfi bir tesbit davası ile : A. T. F. 16/Nov./1895 R. O. 21. 1172:

— Def'an dermeyan suretile; eğer alacak, zenginlesenin lehine bir alacak teşkilinden ibaret ise (numara 69 bakınız). Borçlar kanunu madde 67 (66)

## DOKUZUNCU BAŞLIK

### — MÜRURU ZAMAN —

244 — Eski borçlar kanununun, sebepsiz zenginleşmeden mütevellit olacak için hususî bir müruru zaman müddeti derpiş eylemiyordu. Eski Borçlar kanununun 146 ncı maddesindeki 10 senelik akdi müruru zaman buraya da tatbik olunurdu. Haksız fiilden mütevellit dava zarara ve failine ittilai tarihinden itibaren bir sene sonra müruru zamana uğradığı (eski borçlar kanunu madde 69) halde sebepsiz zenginleşmeden mütevellit bir davayı haksız fiil davasının müruru zamanından sonra da ikame eylemek imkânı mevcuttu. (A. T. F. 10/Avril/1896 R. O. 22 P. 471)

Şimdi Alman hukukunda durum böyledir. Alman medenî kanununun 852 nci paragrafı bunu sarahaten söylemektedir.

Halbuki, borçlar kanununun tadilinden ve yeni kanuna 67 (66) ncı maddenin ilâvesinden sonra bu, artık mümkün değildir. Bu maddeye göre, sebepsiz zenginleşme davası haksız fiilden mütevellit davanın tabi olduğu müruru zaman kaidelerine tabidir.

245 — 67 (66) ncı maddenin birinci fıkrası diyor ki :

«Haksız surette mal iktisabından dolayı ikame olunacak dava, mutazarrır olan tarafın verdiği istirdada hakkı olduğuna ittilai tarihinden itibaren bir sene müruru ile ve her halde bu hakkın doğduğu tarihten itibaren on senenin mürurule sakıt olur.»

On senelik müruru zaman, sebepsiz zenginleşmenin bütün şartlarının birleşmesinden yani alacağın muaccel olduğu andan itibaren (A. T. F. 6/Oc./1906 R. O. 32. II. P. 638. C. 5) yürümeğe başlar; meselâ, borç olmayan bir şey'in tediyesi mevzuubahs ise, ödeyenin hatasının ne kadar müddet zarfın-



da devam eylemiş olduğu ile meşgul olmadan, tediye gününden itibaren, (Zürich, A. K. 25/Mai/1893 H. E. 1893 P. 208) eğer, vücudu nihayet bulan bir sebep mevzuu bahs ise, sebebin ortadan kalkması, (A. T. F. 6/Oc./1906 R. O. 32. II: P. 637) mürü zaman işlemeye başlar.

246 — Bilâkis dava, «mutazarrır olan tarafın verdiği istirdada hakkı olduğuna ittilai tarihinden itibaren» bir senenin mürurile müruru zamana uğrar.

Bu bri sebelik müruru zaman müddeti çok kısa görülebilir. Müddetin mebdei hareketini tayin eden kanunî bir dar bir tefsire tabi tutulursa, bu kusurun ehemmiyeti azılmış olur. «Mutazarrır olan tarafın verdiği istirdad hakkı olduğuna ittilai tarihinden itibaren.» «Mit Ablauf eines jahres, nachdem der verletzte Von Seinem Anspruch kenntnis erhalten hat»;

Binaenaleyh, bir senelik müruru zaman, zarar görenin kendisine daha hakkını bahş eden vakıaların varlığına ittilai (ki haksız fiilde vaziyet böyledir 60) kâfi değildir. Bundan maada, fakirleşenin bir istirdad davası açmağa hakkı olduğunu da bilmesi lâzımdır. (Bak Becker art 67. rem. I. 2, ch. 2, P. 285) Bunun, müddeialeh tarafından isbatı çok güç olacaktır.

247 — İlk zenginleşmenin faizleri vâki zenginleşmenin bir parçası olduğundan, 128/1 (126) ncı meddenin derpiş eylemiş olduğu beş senelik mürürü zamana tabi değildir. Çünkü bunlar, mezkûr maddenin anladığı manada «resülmal faizleri» değildirler.

(A. T. F. 6/oc./1906 R. O. 32, II, P. 638)

Bu çeşit faizler borçlar kanununun 67 (66) ncı maddesindeki hükümlere göre mürurur zamana uğrarlar.

248 — Tercümeye lüzüm görülmedi.

249 — » » »

250 — Şunu da işaret edelim ki, sebepsiz zenginleşmeden mütevellit def hakkı mürurur zamana tabi değildir. Art. 67/2 (66)