

# İsviçre hukukunda Sebepsiz zenginleşmenin (haksız iktisap) umumî şartları üzerinde bir inceleme <sup>(1)</sup> <sup>(2)</sup>

Yazan  
Dr. André Bussy

Çeviren  
Dr. Kemal Tahir Gürsoy

## BİRİNCİ BAŞLIK

### SEBEPSİZ ZENGİNLEŞME HAKKINDAKİ MEDENİ KANUN HÜKÜMLERİNİN TARİHÇESİ

1 — 1868 yılına doğru başlayan federal Medeni Kanunun hazırlık çalışmaları, 1817 yılında Prof. Münzinger tarafından hazırlanan ilk proje ile kendini gösterdi. Daha o zaman *obligationen aus ungerhöriger Bereicherung* adı altında, «III üncü Bab» sebepsiz zenginleşme (1) den ileri gelen borçlara müteallik ve oldukça tam birtakım hükümlerin yer almış olduğunu görüyoruz.

İlk defa olarak tedvini şerefının İsviçre kanun yapıcısına ait olduğunu tasavvur etmek biraz hodbinlik olacaktır. Daha çok zaman

1 — Etude sur les conditions générales de l'enrichissement illégitime, en droit Suisse, Lausanne, 1922.

2 — Bibliğrafya; Aubry et Rau Cours de droit civil français. 4 e éd., Becker. Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 (t. VI, 1 du Comm. du C. C. S. Publié par Gmür) 1917. Bouché-Leclercq. De l'action «de in rem verso» en droit privé, thèse, Paris, 1913. Colin et Capitant. Cours élémentaire de droit civil français, t. II, 1915. Collatz. Ungerechtfertigte Vermögensverschreibung, 1899. Crome. System des deutschen bürgerlichen Rechtes, t. I, 1900; t. II, 1902. Demobombe. Cours de Code Napoléon. Egger. Das Personenrecht, 1911. Das Familienrecht, 1914. (t. I et II du Comm. du C. C. S. publié par Egger). Egger. Kausale Tradition und Kondiktion im neuen schweiz. Recht, Z. S. R. 33, 1914. p. 334-356. Enneccerus, Kipp, Wolf. Lehrbuch des bürgerlichen Rechts: t. I, 1; Allgemeiner Teil (15-17 éd., 1921). t. I, II: Recht der Schulverhältnisse 1920. Fick. Commentaire du Code fédéral des Obligations, trad. Porret; t. I, 1915. Jung. Die Bereicherungsansprüche und der Mangel des rechtlichen Grundes, 1902. Kaufmann. Familienrecht, 3 Abt.: Die Vor-

önce, yabancı memleket kanun yapıcıları, bu hususta, borçlar kanunu projesinin ilk hazırlanmasına, takaddüm eylemişlerdir. Bu kanunlar tarafından derpiş olunan sistemler, birbirinden bariz bir surette farklı olduklarından, medenî kanunumuzun sisteminin mevkiini tâyin eylemek ve onun hazırlanmasının muhtelif safhalarında kendini hissettiren tesirleri görmek için, mevcut sistemleri tatad eylemek suretiyle, meselenin o zaman arzettiği durumuna, mukayeseli hukuk bakımından, kısa bir gözatmanın faydalı olacağı kanaatindeyiz.

2 — Sebebsiz zenginleşmeden mütevellit dâva hakkının menşegini *roma hukukunda* buluruz. Roma hukuku, suçlarda olduğu gibi, *peculio, in rem verso, integrum restitutio* ve saire gibi, mevzuat içerisinde dağılmış hususî dâvalar hariç olmak üzere, bu müessise hakkında, umumî ve şâmil bir nazariyeye mâlik değildir. Dar hukuk dâvalarından olan, *condictiones*'ler, pek muayyen hallere tatbik olunmak suretiyle, sebebsiz olarak, bir diğer şahıs aleyhine vaki, zenginleşmelerin iadesine de yarıyorlardı.

Bu mes'ele *Justinien*'e kadar müphem kaldı. Belki, klâsik hukukçulardan mülhem olan *Digeste*, kategorilere ayırmak suretiyle, bu hususa, nisbî bir vuzuh verdi. Bundan sonra, geniş mânadaki *condictiones*'ler arasında, borç olmadığı halde, hataa ödenen şeyin iadesi dâvası olan *condictio indebiti* (D. XII, 6); iyi ve haklı bir

mundschaft, art. 360-456 (t. II, 3 du Comm. du C. C. S. publié par Gmür), 1918. Leemann. Sachenrecht, 1. Abt., art. 641-729 (t. IV, I du Comm. du C. C. S. publié par Gmür), 1911. Martin. Le Code des Obligations. — Théorie des Obligations. 1919. Maury. Essai sur le rôle de la nation d'équivalence en droit civil français, thèse. Toulouse. 1920; t. II: La notion d'équivalence en matière extra-contractuelle. Motive zu dem Entwurfe eines B. G. B. für das deutsche Reich, 1888; t. II: Recht der Schuldverhältnisse. Mugdan. Die gesammten Materialien Zum B. G. B.; t. II: Recht der Schuldverhältnisse, 1899. Oertmann. Das Recht der Schuldverhältnisse, 3-4 e éd. 1910. Oser. Obligationenrecht, art. 1-529 (t. V du Comm. du C. C. S. publié par Gmür), 1915. Ostertag. Sachenrecht, 3. Abt., art. 919-977 (t. IV du Comm. du C. C. S. publié par Gmür), 1912. Planck. Bürgerliches Gesetzbuch, t. II: Recht der Schuldverhältnisse, 3e éd., 1907. Planiol. Traité élémentaire de droit civil, 7e éd., t. I. 1915; t. II. 1917; t. III, 1918. Plessen. Die Grundlagen der modernen Condictio, 1904. Poltzer. L'enrichissement sans cause, thèse. Paris 1912. Ripet et Teisseire. Essai d'une théorie de l'enrichissement sans cause en droit civil français, Rev. trim. de dr. civ. 1904, p. 727-796. Roguin, La règle de droit, 1889. Rossel. Manuel de droit fédéral des obligations, 4 e éd., 1920. Saleilles. De la déclaration de volonté Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand (§§ 116-144), 1901. Saleilles. Etude sur la théorie générale de

neticeyi istihsal maksadiyla ve aralarındaki anlaşma mucibince, herhangi bir edada bulunmuş ve fakat sebebin sonradan tahakkuk etmemiş olması dolayısıyla, yapılan edanın geri alınmasını temin eden, *condictio causa data causa non secuta* (D. XII, 4); gayri ah-lâki bir fiil neticesinde vaki bir zenginleşmenin iadesini temin ey-liyen *condictiones ob turpem vel injustam causam* (D. XII, 5) ve *furtiva* (D. XIII, 1); nihayet, Justinien'in ihdası olup diğer *condic-tiones*'lerle istirdat olunamayan, sebebsiz zenginleşmelerin istirdadı için, kullanılan ve bu itibarla tâli bir karakteri haiz olan dar mâ-nadaki *condictio sine causa* (D. XII, 7) tefriki yapıldı (3).

Roma hukukunun bu sistemi, temel vazifesini gördü ve XVIII üçüncü asırla XIX uncu asrın başlarında yapılan kanunlar, bu siste-mi ya tamamen veya kısmen aldılar veyahut da bu sistemi *esaslı bir surette* değiştirdiler.

Roma hukukunun sistemine karşı aldıkları duruma göre, za-manın kanunlarını üç guruba ayırabiliriz.

3 — *Roma gurubu* adını verebileceğimiz birinci gurup kanun-lar; *Digeste*'in plânını, yani, birbirine eklenmiş *condictiones*'ler, ka-nunî kategoriler sistemini tâkip eyledi. Bu guruba dahil mevzuat, borç olmıyan şeyin tediyesiyle, muteber olmıyan veya tahakkuk et-memiş bulunan veya vücudu nihayet bulmuş olan bir sebebe müs-teniden ahzolunan şeyin iadesi hakkında, ayrı bir hüküm vazeyle-

l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'Empire allemand 3e ed., 1914. Savatier. Des effets et de la sanction du devoir moral en droit positif français et devant la jurisprudence, thèse. Poitiers, 1916 Schneider et Fick. Das schw. Obligationenrecht, 2e éd., 1896. Schöninger. Die Leistungeschäfte des bürgerlichen Rechts, 1906. Stammler. Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach dem B.G.B. 103. Staudinger Kommentar zum B.G.B.; t. I: Allgemeiner Teil; t. II. I: Recht der Schuldv. §§ 241-580; t. II; 2: Recht der Schuldv. §§ 581-853; 5-6 éd., 1910. Stieve. Der Gegenstand des Bereicherungsganspruchs nach dem B. G. B. Diss., 1899. Stoicesco. De l'enrichissement sans cause, thèse. Paris, 1904. Théodoroff. De l'enrichissement sans cause, thèse. Toulouse 1907. von Mayr. Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechts. 1903. von Tuhr. Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, t. II, 2e partie, 1918. V. Tuhr. Eigentumsübertragung nach schw. Recht. Z. S. R. 40, 1921, P. 40-74. von Tuhr. Zur Lehre von der ungerechtfertigte Bereicherung (éd. sép; de la Festgabe für Bekker) 1907. Wielnd. Les droits réels dans le C. C. S., trad. Bovay; t. I, 1913.; t. II, 1914.

(3) Tetkiki etüdümüzün çerçevesi dışına çıkan romalıların *condictiones*'leri hakkında: bakınız Herzen, Précis de droit romain. Lausanne et Paris, 1906, p. 395 sq. — Girard, Manuel élémentaire de droit romain, Paris, 5e éd, 1911. p. 610 sq. e.

mişler ve bu hallerden hiçbirine girmeyen haller için de, gerek mânası ve gerek mevkii itibariyle, tamamen roma hukukunun dar mânadaki *condictio sine causa*'sına tekabül eylemek üzere, umumî mahiyette, bir hüküm koymuşlardır.

XVIII inci asrın sonlarıyla XIX uncu asrın başlarında yapılan, büyük cermen müdevvenatını bu guruba ithal etmek mümkündür. *Landrecht Bavarois* (1756) (4), *Zürich kanunu* (1856) (5- ve bunun kopyası olan *Schaffhouse kanunu* (1863 - 1865) (6), *Saksonya medeni kanunu* (1863 - 1865) (7) ve nihayet, *Dresden projesi* adıyla anılan alman borçlar hukukunun tevhidî hakkındaki meşhur proje, *Dresdener Entwurf* (1866) (8), bu guruba girerler.

*Prusya'nın Landrecht* (1794) (9) ile kendisinde hususî bir nazariyenin tesiri hissölunan ve bilhassa az sarîh olan, *Avusturya medeni kanununu* (1811) (10), bu guruba ithal etmek lâzımdır.

4 — *Fransız medeni kanununun* teşkil ettiği ve yalnız onunla, onu model ittihaz etmiş olan kanunların teşkil eyledikleri fransız gurubu adını verebileceğimiz ikinci gurup ise; yalnız borç olmıyan şeyin tediyesini hükme bağlamış ve roma hukukunun *condictiones* lerinin derpiş eyledikleri diğer ihtimalleri sükût ile geçmiştir. Bu guruba dahil kanunların hiçbir yerinde haksız zenginleşmeden veya ona tekabül eden bir sistemden bahsölunmaz; *Stoisesco*, fransız hukukundan bahsederken «yalnız sebepsiz zenginleşmenin kelimesi kullanılmamış olunmakla iktifa edilmiş değil, bu hususa dair küçük bir atıf da bile bulunulmamıştır» der.

Meseleyi daha ziyade sadeleştirici bir surette ele alan bu sistem, insanı hayrete düşürmektedir. Bunun mesuliyeti, *Napolyon medeni kanununu* hazırlayanların rehberi olan, *Pothier*'ye düşmek-

(4) *Codex Maximilianus Bavaricus civilis*, 4e partie, Chap XIII, §§ 4-9.

(5) *Privaterchliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich*, 4e livre, Chap. V: «Von den Forterungen auß ungehöriger Bereicherung auf Erstattung» §§ 1216 - 1234.

(6) *Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Chaffthausen*, 4 livre, Chap. V: même intitulé que le Code de Zurich, §§ 1147-1165.

(7) *Bürgerliches Gesetzbuch für das Königerich Sachsen*, 3e partie, Tit. II, Chap. III: «Forderungen aus verschiedenen Gründen», §§ 1519-1550.

(8) Entwurf eine allg. dutschen Gesetze über Schuldverhältnisse. 2e partie. Tit. 8: «Schldv. auß ungerhöriger Bereicherung», art. 976-1006.

(9) *Allg. Landrecht für die preuss. Staten*, 1e partie, Tit. 13, § 232, Chap. III: «Von nützlichn Verwerndungen», 262-280; Tit. 16, §§ 166-212.

(10) *Allg. bürg. Gesetzbuch für das Kaiserthum Oesterreich*, §§ 1041-1044, 1431-1437.

tedir. Zira, Pothier, sebepsiz iktisaba yalnız vekâleti olmadan başkası namına tasarruftan mütevellit Sibih mukavele münasebetiyle temas eder ve borç olmıyan şeyin tediyesi hariç, *conditiones*'lerle hiç meşgul olmaz (12). Bu sistem, sebepsiz zenginleşmenin mevkiinin tebdilini intaç eden, mülkiyetin nakli ve mukavelelerin butlanı hakkındaki Napolyon medenî kanununun nazariyeleriyle, kısmen izah olunabilir. Bununla beraber, medenî kanun o kadar natemam idi ki; pekaz zaman sonra, sebepsiz zenginleşme hakkında yeni hükümlere, hassaten Fransa'da ihtiyaç olduğu anlaşıldı. Kanunun bu kifayetsizliğini tamamlamak için; müteredit, cesur ve fakat, vazı kanunun rehberlik edecek bir hükmünün mevcut olmaması yüzünden, o derecede tehlikeli bir içtihat, her mesele hakkında, borç olmıyan şeyin tediyesi ve vekâleti olmadan başka biri namına tasarruf hakkındaki, kanunun hükümlerinden istifade etmek suretiyle, kendini gösterdi.

*Napolyon medenî kanunu* (borç olmıyan şeyin edası hakkında madde 1376) *Vaud medenî kanunu* (1819-1821) madde 1028 1033). *Bern medenî kanunu* (1831) (madde 1013, *Lucern medenî kanunu* (1831-1839) (§ 766), *Soleure medenî kanunu* (1841-1848) (§ 1460-1470), *Friburğ medenî kanunu* (1834-1850) (madde 1292-1357), *Argovie* (1847-1452) (§843), *İtalyan medenî kanunu* (1865-1866) (madde 1145) takip ettiler.

5 — Üçüncü gurubu teşkil eden kanunlar, ilk iki gurup kanunlardan farklıdır. Sebepsiz zenginleşmeye müteallik hükümleri sistemleştirmek isteyen, akidler ve haksız fiillerde olduğu gibi, prensibin tatbikinden başka bir şey olmıyan hususî dâvaları da ihtiva eylemek suretiyle, muayyen halleri derpiş eyliyen kâideleri umumî bir prensip altında tophıyan kanunları, bu guruba dahil edebiliriz.

Borçlar kanunu projesine takaddüm edip de, bu sistemi kabul eden yegâne kanun, *Grisons medenî kanunudur* (1862); bu kanun, üç paragrafta (üçüncü kısım, fasıl II, §§ 467-469) gayet vazih, ve aynı zamanda «*Forderungen aus ungehöriger Bereicherung*» ları tam bir surette tetkik etmekte ve § 467, umumî kaideyi vazeylemektedir:» *Die ungehörige Bereicherung, einer Person tritt dadurch ein, dass dieselbe ohne Rechtsgrund auf Kosten einer andern sich bereichert.*» ilh...

Az tanınmış fakat alâkabaş olmaktan geri kalmıyan, iki kanun projesi, bu hususta, *Grisons kanununa* takaddüm eylemişti. Bunlar,

(11) Colin et Capitant, t. II, p. 405.

(12) Colin et Capitant, t. II, p. 405.

*Hes medenî kanunu* (1844-1854) (13) projesi ile *Bavyera medenî kanunu projesidir ki* (1861-1864) (14), her ikisinin sebepsiz zenginleşme hakkındaki hükümlerinin başlarında umumî bir prensip hükmü mevcut bulunmaktadır.

6 — İşte, İsviçre vazı kanununun müsbet hukuk sahasında 1870 e doğru bulduğu üç değişik model.

Fransız sistemi çok noksan, ve bu itibarla, kusurlu olduğu için, hiç tereddütsüz, tetkikten hariç tutulabilirdi.

Binaenaleyh, intihap, kalan iki sistem arasında yapılacaktı: Ya *condictiones* sisteminin doğrudan doğruya nakil suretiyle alınması, veya mevzuun sistemleştirilmesi lâzımgeliyordu.

7 — Meselenin bu son şekilde ele alınması, o zaman için çok yeni ve müsbet hukuk sahasında pek az görülüyordu. Halbuki; kanunların büyük bir ekseriyeti artık müşterek hukukun malı olmuş bulunan, roma hukuku sistemine bağlanıyor ve *Condictienes*'leri teferruata müteallik bazı tadilâtle, aynen iktibas ediyorlardı. Yalnız bu vakia, İsviçre vazı kanununu yapacağı intihapta, tesir altında bırakılabilirdi. Fakat, İsviçre vazı kanununu tesir altında bırakan şey, belki de bütün diğer telâkkiler nazarı itibara alınmadan, o zaman henüz yayınlanmış ve hukuk mahfillerinde de büyük bir alâka uyandırmış bulunan, 1886 tarihli *Dresten projesinin* de bu görüş tarzını kabul eylemiş olmasıdır. *Dresten projesi*, o zamanın en yeni hukuk nazariyelerinin tam bir ifadesi olarak telâkki olunuyordu. İşte mezkûr projenin hazırlık komiyonlarının üç yüz yirmi dört oturum protokolünü ihtiva eyliyen ve in-folio bir halde bulunan altı ciltlik zabıtı, *Münzinger*'in emrine amâde kılan federal hükûmetin noktai nazarı da bu idi.

*Münzinger*, bu projeden istifade eylemek hususunda, kusur etmedi, o derecede ki, alman görüş tarzının İsviçre borçlar hukuku üzerinde nüfuzu pek büyük oldu. 1879 ve 1905 tarihli mesajlar bunu samimiyetle ifade ediyordu.

8 — *Münzinger* projesinin III babı, *Dresdener Entwurf*'un *ungehörige Bereicherung* hakkındaki hükümlerinin hülâsa edilmiş bir kopyasından başka bir şey değildir. Orada da aynı plân, ve *condictiones*'lere

(13) Entwurf eines B. G. B. für das Grossherzogtum Hessen, 4e partie Tit. VIII: «von den Verbindlichkeiten aus der Bereicherung auf Kosten eines Andern.»

(14) Entwurf eines B. G. B. für das Königreich Bayern, 2e partie, Droit des Obligations, parue en 1861' 2e. livre, Chap. 24: «Verbindlichkeiten aus unberechtigter Bereicherung», art 902-940.

tekabül eden dâvaların, aynı sırayı takip eylemek suretiyle, yan yana kondukları görülür; bunlar hep aynı formül ve aynı tabirlerdir (15).

9 — *II inci proje* (1875 temmuz) ile *III üncü proje* (1877 temmuz) nin almanca metinleri, esaslı hiçbir tadilat yapmazsınız; sebepsiz zenginleşme hakkındaki *Münzinger* projesinin bu hususa dair olan hükmünü aynen alıyordu.

*Münzinger* projesinin bu faslının adı «*Obligationen aus ungehöriger Bereicherung*» olduğu halde, *II nci proje* bilâhare de kalacak olan «*Obligationen aus ungerechtfertigter Bereicherung*» ibaresini başlık olarak kabul edecektir.

10 — Fransızca metne gelince-ki *II inci projeden* biri almanca metinle beraberdir. Onda, böyle bir istikrar görülmez. Bu mevzu, latin ırkına mensup bütün kantonlarda, Napolyon medenî kanununun prensipleriyle meşgul bulunan hukukçular için, yeni idi. Bu mevzuu anlamayıp, bilhassa *II inci projenin* mütercimi olup da 1876 da ilk defa olarak fransızca metni veren *Gustave Fick*'de bilhassa barizdir. Onun esaslı hatası, sadece borç olmıyan şeyin edası hakkında hüküm vaz'eylemiş olan, bu itibarla, zarurî olarak başka mânaya gelen fransız hukukunun terimlerini, roma ve cermen hukukuna has olan fikirleri ifade eylemek için, almış olmasıdır. İşte esas metin olan almanca metin ile tercüme olan fransızca metin arasında ehemmiyetli mâna farkı bundan ileri gelmektedir.

*III üncü proje* (1877 temmuz), —ki tercümesi *G. Fick*'in tercümesi değildir— bize daha islâh edilmiş bir fransız metin verecek, onun içine almanca metin daha yakından sıkıştırılacaktır. Bu projenin *III üncü babı* «*Des obligations résultant de l'enrichissement indû*» ibaresini taşıyacaktı ki bu, «*De la répétition de l'indû*» ibaresini taşıyan

(15) *Dresd* projesinde; borç olmıyan şeyin iadesi hakkında 12 madde (976-987) tahakkuk etmemiş bir sebebe müsteniden alınmış olan şeyin iadesi hakkında 5 madde (988-992); muteber olmayan bir sebebe müstyeniden alınmış olan şeyin iadesi hakkında 5 madde (993-997), diğer sebepsiz iktisaplar hakkına 9 madde (998-1006) mevcut idi. *Münzinger* projesi, borçlu olunmadığı halde tediye olunan şeyin iadesi hakkında 6 madde. (107-112); tahakkuk etmemiş bir sebebe müsteniden alınmış olan şeyin iadesi hakkında 1. madde (113); *condictio ob turpen causam* hakkında 2. madde (114-115), *condictio sine causa* hakkında 1 (116) maddeyi ihtiva ediyordu. İade tarzına mütedair olan 117 nci madde batıl ve iptidai mümkün olan akidlerden mütevellid iade hükümlerine (87-89) sevkettiği halde, *Dresden* projesi bu mesele ile ancak, 1888 *B. G. B.* projesinin bilâhata yapacağı gibi borç olmıyan şeyin iadesi münasebetiyle meşgul oluyordu.

*Pick*'in tercümesinden, «*enrichissement*» istihlâlından dolayı, daha çok iyidir. Fakat, bunda da «*d'indû*» kelimesi, çok tahdidî bir mânâ ifade ettiği için, göze batmaktadır (16).

11 — Binaenaleyh, borçlar kanununun her üç projesi de, kanunî kategoriler metoduna, roma hukukunun *conictiones indebiti, causa data non secuta, ob trupemcausam* metoduna istinat ediyordu. Bu projeler, aşağı yukarı *condictiones*'lere tekabül edip, muhtelif dâvaları tanzim eyliyen bir seri ahkâmı ihtiva ediyordu. Fakat, vazn kanun, bunlardan başka sebeplerle de sebepsiz zenginleşmenin mevcut olduğu için, bu babın sonuna bir *clausula generalis* ilâve etti ki bu, dar mânadaki *condictio sine causa*'nın temin eylediği dâva hakkına müşabih bir dâva hakkı veriyordu.

III üncü projeyi münakaşa etmek üzere teşkil edilmiş olan komisyon, vazn ve sistemli bir fikre sahip bir üye ile takviye edilmiş olmasaydı ve bu üye, projeyi Dresden projesinin tesirinden temizlemiş olsaydı, çok muhtemel olarak, bu plân, esash bir tadilât görmeksizin, borçlar kanununun kat'i metni arasına girecekti.

12 — III üncü proje, gerek fransızca ve gerek almanca metin olsun, birçok tenkidlere konu oldu. Bunların içerisinde en iyisini Bâl'lı profesör *Frédéric von Wyss* (17) in tenkidleridir. Bu tenkidler o kadar takdir gördü ki, müellifi, III üncü projeyi tetkik ile tanzif edilmiş olan komisyona üye tayin olundu. Bu komisyon, sebepsiz zenginleşmeye mütedair olan faslı, olduğu gibi hazırlayıcılar komisyonuna iade etti (18) ve profesör *Fr. von Wyss*, bu nazik mevzuu göz-

(16) Bu bap, ad. bulmak için epey müşkülât çekti: II nci projede: «*Le la répétition de l'indû*» — III üncü projede: «*Des obligations résultant de l'enrichissement indû*» — umumî hükümler projesinde (komisyon kararı, Berne 1878: «*Des obligations qui résultent du bénéfice illégal réalisé au dépens d'un tiers.*» IV üncü projede: «*Des obligations résultant d'enrichissement injuste*» adını alır. Bu ad, «*Rapport présenté au Conseil d'Etat du canton de Vaud par la commission chargée par lui d'examiner le projet de Code des Obligations de juillet 1879*» da tenkit olunmuş ve ezcümle şöyle denilmiştir: *enrichissement injuste* tabirinin ifade ettiği mânâ pek müphemdir. Herhalde buna başka bir isim vermek daha doğru olacaktır. Meselâ bu fasıl borç olmadığı halde ödenen şeyin iadesi, adını alabilirdi; Ancak, 1881 şubatında yayınlanan «*Nouvelle rédaction française du projet de 1879*» da kat'i olarak «*Obligation résultant d'enrichissement illégitime*» başlığının yerleşmiş olduğunu görüyoruz.

(17) Prof. Fr. von Wyss: *Bemerkungen zum Commissionäntwurf der ersten Lesung eines schw. Ob. rechts*, 1877.

(18) *Beschlüsse der Commission für Berathung des Gesetzentwurfes eines schw. O. R. Bâle*, 12-29 sept. 1877, V. *décision sur le Titre III*.



den geçirmeye memur edildi. O, bu vazifeyi «*Propositions de rédaction*» (19) e bir de *Motif = gerekçe* ilâve etmek suretiyle, mükemmel surette başardı. Bunlar, eski borçlar kanununun bir kısmının, bizce malûm ve yayınlanmış yegâne gerekçesini teşkil etmektedir.

13 — Profesör von Wyss, yalnız III üncü babın yapılış tarzını gözden geçirmekle ihtifa etmedi. Münzinger'denberi hiç değişmemiş olarak kalan ordonnance générale'i baştan başa tadil etti ve ona, bugün hâlâ haiz olduğu simayı verdi. Borçlar kanununun sebepsiz zenginleşme hakkındaki sistemini tamamen değiştirdi: Yan yana konmuş *condictiones*'leri alacak yerde, *Grisons kanunu* ile *Hes ve Bavyera* projelerini (No 5 bakınız) nümune ittihaz etmek suretiyle, sebepsiz zenginleşme bahsini baştan aşağı sistemleştirdi, Münzinger'in, umuma ait bir nazariyeye malik olmaksızın, roma hukukunun muhtelif *condictiones*'lerinin birbiri yanına konmasından ibaret olın, *Dresdner Entwurf*'dan iktiyas eylediği plân yerine, hususî birtakım halleri tek prensip tahtında topladı. Böylece, umumî surette, hukukî bir sebep olmaksızın, diğerinin aleyhine vaki olan zenginleşmeleri menediyordu. Bundan sonra gelen maddeleri de sadece bir tatbikattan ibaretti. Bundan sonra, borçlar kanununun umumî hükümlerinde hiçbir yeri olmıyan hususî borçlarla değil, umumî hükümler arasında, akid ve haksız fiillerin yanı başında ve aynı plân üzerine tanzim edilmiş olan «sebepsiz zenginleşme» ile meşgul olacağız.

Borçlar kanununun ilk üç projesi akidden ve haksız fiillerden doğan borçlarda roma hukukunun kategoriler sistemini terketmiş, akid ve haksız fiiller için, umumî tefriklerle, müstakil birer borç kaynağı vücuda getirmişti. Profesör von Wyss, sebepsiz zenginleşme hakkında da aynı surette hareket etti. Haksız fiillerden mütevellit dâvanın unsurlarını umumî bir surette tarif ve onları, fasıl başına koymak suretiyle *Diegeste*'in *casuistique* metoduyla irtibatını açık bir surette kesti; bundan sonra, borçların üç kaynağı arasında bir tenazur temin olundu (21): Bu kaynakların her üçü de, esashı unsurları ihtiva eyliyen, bir prensip maddesiyle vasıflandırılmışlardır. Bu ilk maddeden sonra gelen maddeler ise, bu prensibin hududunu tesbit ve onun tatbik sahasını tâyin ederler.

(19) Redaktionsvorschläge von Herrn Prof. Dr. von Wyss. 1877.

(20) Motive zu der auf Grund der Commissionsbeschlüsse von Sept. 1877 bearbeiteten neuen Redaktion des Allgemeinen Theiles des Entwurfes zu einem Schw. O. R., von prof. Dr. von Wyss, Berne, 1877.

(21) Fr. von Wyss, Motice, p.9.

14 — Profesör *von Wyss*'in teklifleri komisyon tarafından tasvip olundu. İşte, yazış tarzına müteallik bazı tashihlerle beraber 14 Temmuz 1884 tarihinde parlamentonun tasdikine mazhar olacak ve 1 kânunusani 1883 yılından 31 kânunuevvel 1911 yılına kadar İsviçre'de mer'î olacak olan metin, bu metindir.

15 — *Huber projesiyle* 1903 de başlanmış olan borçlar kanununun tadili çalışmaları, 1881 borçlar kanununa hiçbir esaslı tadilat getirmiş değildir. Sadece, diğer birkaç yerde olduğu gibi, borç olmıyan şeyin iadesi bahsinde (madde 63 fıkra 3) (22) icra ve iflâs kanununun bir hükmünü mahfuz tutmakla, 64 (T. B. K. 63) üncü maddedeki hüsnü niyet mefhumunu tasrih eylemekle; iade mükellefiyeti bahsinde 65 (64) üncü maddenin 2 inci fıkrasıyla medenî kanunun 939 uncu maddesinin 2 inci (T. M. K. M. 907/2) fıkrasını telif eylemekle, 67 (66) ncı maddede yeni bir mururu zaman müddeti derpiş eylemekle iktifa eylemiştir.

1911 tarihli muaddel borçlar kanunun «*sebepsiz zenginleşmeden mütevellit borçlar*» hakkındaki hükümlerinin tarihçesinin esaslı hatları, kısaca, bundan ibarettir.

## İKİNCİ BAŞLIK

### GENEL BİLGİLER

#### Birinci bölüm

#### SEBESİZ ZENGİNLEŞME DAVASININ MAHİYETİ

§ 1 — *Âmme hukukundan ve hususî hukuktan mütevellit dava (23)*

16 — Sebepsiz zenginleşme hâdisesi *hususî hukuk* alanında olduğu kadar *âmme hukuku* alanında da tahaddüs edebilir (24). Tatbikatta pek çok rastlanan *âmme hukukundan mütevellit sebepsiz zenginleşme* misali, borç olmadığı halde bir verginin tediyesi hâdisesidir.

Biz, sadece *hususî hukuk sahasındaki sebepsiz zenginleşmeyi* tetkikle iktifa edeceğiz.

17 — Bununla beraber, tesbit eylediğimiz çerçeve dışına çıkma-

(22) Bu fıkra bizim kanunda yoktur. Mütercim.

(23) Alman hukuku hakkında: von Mayr, p. 54 ve sonrakilere bakınız.

(24) Von Mayr. S. 60.

mak şartıyla, hususî hukuk sahasındaki sebepsiz zenginleşme dâvasıyla âmme hukukundan mütevellit sebepsiz iktisap dâvası arasındaki fark hakkında birkaç kelime söylemek mümkündür. Bu mesele ehemmiyetli olup, sureti halle göre, mevzuu bahis ihtilâf hakkında federal mahkemeye müracaat olunabilecek veya olunamayacaktır. Kanton mahkemesine müracaat edilmiş olan bir ihtilâf hakkında, federal mahkemeye müracaat, ancak ihtilâfın, bir medenî hukuk ihtilâfı (O. J. F. art. 56) vasfını haiz olması takdirinde mümkündür. Gene federal mahkeme, ancak «medenî hukuk münasebetlerinden mütevellit ihtilâflar için bir mercidir (O. J. F. art. 48)».

18 — «Bir ihtilâfın âmme veya medeni hukuka müteallik bir ihtilâf olduğunu, sadece talebe verilen şekil, tayin etmez... aksi takdirde, diğer taraf aleyhine, bir istirdat dâvası açabilmek için, sadece, öbür tarafa borç olmayan bir şeyin verilmiş olması kâfi gelecek, söz götürmez bir surette ve münhasıran, âmme hukukuna ait olan birçok meseleleri medenî birer vasfı haiz olarak göstermek mümkün olacaktı.» (A. T. F. 7 mars 1903 Equey c. Etat de Fiburg, J T 1903 p. 655, c 2).

Aynıyla, kanton kanun yapıcılarının, borç olmayan şeyin istirdadına müteallik dâvaların hukuk mahkemeleri nezdinde takip olunması lâzımgeleceği hakkında, hükümler vaz'eylemiş olmaları keyfiyetinin de ehemmiyeti yoktur. Bu cihet, ihtilâfın mahiyetine, hiçbir surette, tesir icra eylemez. (A. T. F. 3 février 1888, Schw, Rentenansalt c. Zürich, R. O. 14, p. 141, c. 2. — 13 Sept. 1907, Bod. c. Etat de Genève, R. O. 33. 2, p. 470, c. 2 - A. T. F. 15 Nov. 1909)

Bundan maada:

«Bugünkü mahkeme içtihatlarına ve doktrine göre, mevzuu bir miktar paradan ibaret olan bütün dâvaların, sadece bundan dolayı, hususî hukuka müteallik bir ihtilâf olduğunu iddia eylemek mümkün değildir», (A. T. F. 7 mars 1903, Equey c. Etat de Fribury, J. T. 1903, p. 656 c. 3).

Kaldı ki, kanton mahkemesinin, istirdat dâvasına, borçlar kanununun hükümlerini tatbik eylemiş olması, ihtilâfa, *eo facto* medenî (civil) bir karakter izafe eylemez: Hâdiseye federal hukukun tatbik edilmiş olması keyfiyeti, kanton kanunlarında bu husus hakkında bir hüküm mevcut bulunmamasından, ve bu sebepten dolayı onun, tâli bir hukuk kaynağı olarak tatbik edilmiş olmasından mütevellit olabilir (A. T. F. 15 novembre 1907, Canton de Zürich c. Bodmer, R. O. 33, II, p. 704 i. f.).

19 — Sebepsiz zenginleşme dâvasında, büyük ehemmiyeti haiz ve halledilmesi lâzım gelen ve sureti halline göre, ihtilâfa bir âmme veya bir hususî hukuk ihtilâfı vasfını verecek bir meselei müste'hire vardır ki, o daiktisabın bir sebebi (illeti) olup olmadığı meselesidir. Diğer bir ifade ile, müddeinin başkasına karşı mükellef bulunduğu veya mükellef bulunduğunu zannettiği eda, âmme ve hususî hukuk karakterini haiz olabilir (25).

20 — Binnetice, iktisabın sebebi (illet) âmme hukukuna müteallik ise, federal mahkeme, o zaman, bu meselei müste'hireyi tetkike salâhiyetli değildir. Binaenaleyh o, bir sebēbin (illetin) mevcut olup olmadığını tetkike yetkili değildir. (A. T. F. 6 octobre 1906, Bürgergemeinde Solothurn c. Einwohnergemeinde Solthurn, R. O. 32, II, P. 634, c. 2. — A. T. F. 12 juillet 1912, Comp. genév. des Tramways électr. c. Etat de Genève, R. O. 38, II, p. 738 c. 4) Eğer kanton mahkemesi, zenginleşmenin, âmme hukukuna göre bir sebebi mevcut olduğuna hüküm vermiş ise, bu hükmü, federal mahkeme tetkike yetkili değildir.

21 — Meselei müste'hirenin, istirdat dâvasına hususî, veya âmme hukuku vasfını verdiği iddia olunabilir ve binnetice, sebep âmme hukukundan mütevellit ise, kanton mahkemesi zenginleşmenin illetinin mevcut olmadığına karar vermiş bile olsa, federal mahkeme, böyle bir istirdat dâvasını rü'yete yetkili olamaz.

Fakat, federal mahkeme içtihatlarının sistemi bu değildir.

Federal mahkeme, zenginleşmenin sebebinin varlığı meselesini, istirdat dâvasının sebebinden tefrik eylemektedir. Ona göre; birincinin vasfı ikincinin vafına hiç bir suretle delâlet eylemez. Eğer, kanton mahkemesi, zenginleşmenin âmme hukukuna göre, bir illeti olmadığına karar vermiş ise, bundan, istirdat dâvasının da âmme hukuku prensiplerin göre halledilmesi lâzımgeldiği neticesine varılamaz (A. T. F. 15 novembre 1907, Canton Zürich c. Bodmer, R. O. 33, II, p. 703 sq. c. 2).

22 — Böylece, federal mahkeme, illetin âmme hukukundan mütevellit olmasına rağmen, dâvanın bir hususî hukuk dâvası olduğuna karar verdi. Mademki federal mahkeme, illet meselesini tetkik edemeyecektir; o halde, federal mahkeme, ancak, kanton mahkemesinin illetin ademi mevcudiyetine karar verdiği ahvalde, yetkili olacaktır. (A. T. F. 6 octobre 1906, Bürgergemeinde Solothurn c.

(25) Zira, âmme karakterini haiz sebepsiz bir iktisap dâvasının bir edadan başka bir sebepten ileri geldiğini tasavvur etmek güçtür.

Einwohnergemeinde Solothurn, R. O. 32, II, p. 634, c. 2. — A. T. F. 15 novembre 1907, Canton de Zürich c. Bodmer, R. O. 33, II, p. 703, c. 2.

«Borç olmıyan şeyin edası, aslında âmme hukuku sahasına dahil olduğu halde, bu, meselenin ve buna benzer meselelerin medenî hukuka ait bir mesele olarak tetkik edileceği haller de vardır».

O zaman, kanton mahkemesince, kanton hukuku tetkik edilmek suretiyle kat'i olarak halledilmiş olan (illet) meselesi hariç olmak üzere, istirdat dâvasına federal mahkeme, edada bulunanın tediye, hataen yapıp yapmadığını veya istirdat zamanında, müddeaaaleyhin ne derece zenginleştiğini, hüsnü niyet veya sui niyetli olup olmadığını, ne zamandan itibaren kimin kime fâiz vereceğini, dâvanın mururu zamana uğrayıp uğramadığını, tetkik edecektir. (Bu numaranın başında zikredilen kararlara bakınız. — Aj. A. T. F. 12 juillet 1912, Comp. genev. des Tramways élect. c. Etat de Genève, R. O. 38, II, p. 738, c. 4).

23 — Fakat, gene federal mahkemenin kararına göre, istirdat dâvası, bir meselei müste'hire olarak, âmme hukukundan ileri gelebilir. Bu takdirde, istirdat dâvasının mümkün olup olmadığına karar vermek, bunun şartlarını tayin eylemek kanton âmme hukukuna ait bir mesele olacaktır. İşte borç olmadığı halde ödendiği iddia olunan vergiler hakkında, federal mahkemenin görüşü budur.

Bu takdirde, yalnız illet meselesinde değil, istirdat dâvasında da, federal mahkeme salâhiyetli olmayacaktır. (A. T. F. 3 février 1888, Schw. Bentenanstalt c. Zurich. R. O. 14, p. 141 sq., c. 4. — novembre 1907; Zurich c. Bodmer, R. O. 33, II, p. 704, c. 2. — cf. A. T. F. 28 juin 1905, Consorts Bonneton c. Eata de Vaud, Sem Jud. 27, 1905, p. 732, c. 1). Federal mahkeme, ihtilâfın bir hususî hukuk değil, bir âmme hukuku ihtilâfı olduğunu söyleyen kanton mahkemesi kararıyla bağlıdır (A. T. F. 3 mars 1911, Kappeler - Bébié c. Canton d'Argovie, R. O. 37, II, p. 145 sq., c. 2 i. f.) (26).

(26) 1903 tarihli Huber projesiyle 1905 tarihli proje şöyle bir fıkrayı ihtiva ediyorlardı: «Bununla beraber, takibat esnasında, ödeme emrine vaktinde itiraz edilmemiş olmaktan veya vaki itirazın reffedilmiş bulunmasından veya bütün diğer kanunî zorlamadan dolayı, ödenmiş olan bir meblâğ, sadece borç olmadığı ispat olunmak suretiyle, istirdat olunabilir» (Huber projesi madde 1072, fıkra 2; 1905 projesi madde 1078 fıkra 2) «bütün diğer kanunî zorlamadan dolayı» tabiriyle, Huber projesinin sarahaten söylediği gibi, vergi borçlarından mütevellit tediyeeler kasdolunuyordu;; «Wie Steuervorschrift» (madde 1072 fıkra 2), bu tabir Jaeger'in teklifi üzerine. 1908 tarihli

24 — İşte, bize göre, içtihatların sistemi budur. Ne zaman âmme hukuku ne zaman hususî hukuk olduğunu söylemeden, sadece kriteriyumu vaz'ediyoruz; mesele; birkaç kelime ile halledilecek kadar basit değildir. Bunun için daha salâhiyetli eserleri zikretmekle iktifa edeceğiz (27).

Şunu da zikrederim ki, bu hususta federal mahkeme, gayet garip fikirlere maliktir. Hâdisede şöyle diyor:

«Her ne kadar bir şömendüfer imtiyazı, karşılıklı taahhütleri muhtevi bir mukavele olmayıp bir âmme hukuku tasarrufu ise de, böyle iktisadî mahiyette birtakım hususî hakların doğmasını in-  
taç edebilir; netekim, bir imtiyazcının vergiden muaf tutulacağı hakkında, imtiyaz mukavelesine konan kayıt, hususî bir hak telâkki olundu» (A. T. F. juillet 1912, Com. genev. des tramways électr., R. O. 38, II, p. 737, c. 1).

Diğer bir defasında da, mevcut bulunmayan bir âmme hukuku illetinden dolayı vaki, edanın istardadı dâvasını, aşağıdaki sebeplerden dolayı, bir hususî hukuk dâvası telâkki etti:

«Burada mevzuubahs olan dava ile sebepsiz iktibasın iadesi istenmektedir. Taraflar koordine edilmiş hukuk sùjeleri olduklarından ve memleketlerine ait hukukî vaziyetleri bu sebeble hususî hukuka ait olduğundan F. M. itirazı tetkik eylemeğe salâhiyettardır.» (Solothurn c. *Einwohnergemeinde* Solothurn, R. O. 32, II, p. 634, c. 2).

25 — Hülâsa, federal mahkeme kararlarına göre, borçlar kanununun sebepsiz zenginleşme hakkındaki hükümleri, âmme hukukuna dayanan bir illetin ademi mevcudiyetinden mütevellit neticelere, bu neticeler bir hususî hukuk münasebetinden de ileri gelebilmeleri kaydiyle, kabili tatbiktir.

## § 2. — Şahsîlik vasfı

### *Sebepsiz zenginleşmeden doğan haklar*

26 — Hususî hukuk sahasındaki sebepsiz zenginleşme tamamen borçlar hukuku münasebetine giren bir alacak hakkı doğurur. Ve bunun müeyyidesi tamamen şahsî bir davadır.

mütehassıslar komisyonu tarafından, 8 reye karşı 11 rey ile, kaldırıldı (Protokol der experten —Kommissionen. 1908, I re sess. 5e séance, p. 9 sq.).

(27) Roguin, Règle de droit, p. 175 sq. —Burchardt, Komm. der Schw. Bundesverfassung, 2e éd. 1914, sur art. 110 de la Const. féd. — Favey, Conditions du recours de droit civil au T. F., 1907 (extrait du J. T.), éd. Sép., p. 38 sq.

Bu karakter, isviçre doktrini ve mahkeme içtihatları tarafından münakaşasız kabul olunmaktadır (28 numaradaki kararlarla VIII inic başlıkta zikredilen kararlara bakınız. — Becker, rem. pré. II, ch. p. 264. — Oser, rem. pré. I, c, p. 250) (28).

27 — Diğer tarafın mamelekinde aynen mevcut bulunan madde bir şeye müteallik bir dâva, aynı bir dâva olan istihkak dâvasının doğurduğu neticeyi doğurur (29). Bu her iki çeşit dâvanın da, eski durumu iade edici bir vasfı haiz olmalarından ileri gelmektedir. Her ikisi de dâvacı tarafından kaybedilmiş olan bir kıymetin geri alınmasını istihdaf eder. Fakat, bu iki çeşit dâva arasında, iç münasebet bakımından, gözle görülür fark mevcuttur. «Sebepsiz zenginleşme» dâvasında, kıymetin yer değiştirmesi keyfiyeti *hukuki-olduğu* halde, istihkak dâvasında bu sadece *filidir* (30). Bundan maada, istihkak dâvasında, dâva edolen, bir *yapma (facere)* borcu ile mükellef olduğu halde, sebepsiz zenginleşmeden mütevellit dâvada bu mükellefiyet bir *verme (dare)* (31) borcudur.

28 — Sebepsiz zenginleşmeden mütevellit hakkın mahiyeti müddealeyhin iflâsı halinde kendini gösterir: müddeinin bu dâvadan mütevellit alacağı, adı olup imtiyazlı bir alacak değildir ve bu itibarla, ortada diğer alacaklılar da varsa sebepsiz zenginleşmeden mütevellit hakkın mevzuu paradan gayri bir şey de olsa, sebepsiz iktisaptan mütevellit istardat talebinde bulunan kimse hakkını, ancak garameye (32) istirâk suretiyle elde edebilecektir. Bu takdirde, bu alacak, aynı kıymette bir para alacağına inkılâp edecektir (federal icra ve iflâs kanunu 211) (33).

(28) Alman hukukunda: Staudinger, t. II, 2, rem. pré. 4 au Titre 24; ve fransız hukukunda: Planiol, t. II no 938 bis. — Ripert et Teisseire, p. 732, n. 6: — Theodoroff, p. 165. — Bouche-Leclercq, p. 97. — Maury, p. 360. — Poltzer, p. 105.

(29) Hiç olmazsa, müddealeyhin hüsnü niyet sahibi olması takdirinde, masraflar hakkında, her iki dâvada bir birine benziyen noktalar mevcuttur. No: 208 de işaret edeceğimiz gibi bu sureti hal şayanı münakaşadır.

(30) Theodoroff, p. 167. — Jung, p. 135.

(31) Planiol, t. II, No 938 bis. — Theodoroff, p. 167.

(32) A. T. F. 9 Juin 1899, Allg. Aktienbaugesellschaft Zürich c. Masse Egloff-Bühler, R. O. 25, II, p. 449. — A. T. F. 3 juillet 1903, Masse de la S. A. Schw. Phonoscope c. Ass. Panopticum, J. T. 1904, p. 301 sq. — A. T. F. I er octobre 1904, Hage c. Masse de la Basler Kreditges. R. O. 30, II, p. 514, c. 9.

(33) Alman medenî kanunun ihzarî çalışmaları sırasında; komisyonda, fakirleşen lehine, zenginleşen kimsenin iflâsı ve o şeyin de müflisin mame-

29 — Bu dâvanın şahsî bir alacak hakkı doğurması, takip hakkını ortadan kaldırır. Meselâ, haklı bir sebep olmaksızın iktisap edilen bir şeyin mülkiyeti iktisap eden diğer kimse aleyhine (bu kimse ilk iktisabın sebepsiz olduğunu bilse bile) takip olunamaz (34).

§ 3. — *Sebepsiz zenginleşmenin borç kaynakları arasındaki mevki*

30 — Münzinger'in borçlar kanunu hakkındaki projesindenberi, işviçre iktisap hukukunda, borç kaynakları hakkında Justinien tasnifi (akid, akid benzeri, suç ve suç benzeri) terkedilmiş olmakla beraber, bu tasnifin federal adliyesinde tesirler icra eylediğini görüyoruz. Netekim, federal mahkemenin sebepsiz iktisabın bu dört kaynaktan hangisine dahil olduğunu araştırdığını görüyoruz. Ona göre, zenginleşme mahlût; çünkü bazan, akid benzeri, (A. T. F. 5 juin 1886, Trésorerie générale de la Haute-Savoie c. Chapalay et Mottier, R. O. 12, p. 342. — Rossel de aynı fikirdedir, 3e éd., p. 103; be éd., No 154. kezâ Oser'de rem. pré. I, 5. p. 253. Jacottet, Manuel du droit féd. des. Oblig., 1884, p. 54) bazan da, suç benzeridir (T. T. F. 13 mai 1905, P. L. — M. c. Entrepreneur, Sem. Jud. 27, 1905, p. 568. — Sic: Martin, p. 103: «Planiol, bir diğeri aleyhinde vaki olan sebepsiz zenginleşmeyi, haklı olarak, suçta ve suç benzerlerine yaklaştırmaktadır»). Bunun ikisinden birine de dahil olabilir. Fakat, aynı zamanda her ikisine birden dahil olamaz. Bu Justinien taksimatının tamamen müphem olduğunun bir ifadesidir. (35).

leki dahilinde aynen mevcut bulunması takdirinde iktisabın mevzuu olan şey üzerinde bir imtiyaz tanınması teklif olundu. Mülkiyetin nakli mukavelesinin mücerret olmasından doğabilecek bazı haksız neticeleri önlemek maksadiyle yapılmış olan bu teklif reddedildi.

(34) Oser, rem. pré. I, I, c. p. 250. — Alman medenî kanunu 816 ve 822 nci paragraflarında bu kaideye iki istisnai tanımaktadır ki o da, üçüncü şahsın iktisabının ıvazsız olması halidir. Bu çeşit bir takip hakkı, dâvanın mahiyetinin şahsî oluşuna hiçbir suretle tesir eylememektedir.

(35) Fransız medenî kanunu, Justinien'in tasnifini kabul eylemiş olduğu için bu meselenin orada bahis mevzuu olması tabiidir. Orada, birçok fikirler ileri sürülmüştür: Bufnoir (Prorierité et contrat, p. 455 sq.) ve Théodoroff (p. 82), sebepsiz iktisabın bir akid benzeri olduğunu iddia etmektedirler. Planiol, bunun bir suç benzeri olduğunu iddia ettikten sonra (1 re éd. t. II, No 937), sebepsiz zenginleşmeyi, şimdi haksız fiiller bahsinde tetkik eylemektedir (7e éd. t. II, No 937). Suret umumyede Justinien tasnifi. sonuncu bir borç kaynağı dahi ilâve edilmek suretiyle itmam olunmaktadır ki: o da kanun. Bazı müelliflerede (Stocesco, p. 51) bu kaynağı, kanundan doğan borçlar meyânında tetkik etmektedir.



31 — Vâkıa şu ki; kanunumuz ancak iki büyük borç kaynağı tanımaktadır: *kanun* ve *akid*; kanundan doğan borçlar arasında iki tanesi var ki; bunlar, borçlar kanunu tarafından sureti mahsusade tarif olunmuşlardır. Bunlar da haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmedir.

Binaenaleyh, sebepsiz zenginleşme, kanundan doğan borçların hususi bir kategorisini teşkil eder. Fakat, bir mesele daha var: *sui niyetle sebepsiz bir zenginleşmede bulunan bir kimseye karşı bir dâva ikame edilmesinde 41 ve müteakip maddelerin hükme bağladığı haksız fiilden mütevellit bir dâva (action délictuelle) mevzuu bahis değil midir? Federal mahkeme, bu fikirde olduğu gibi, bu fikri terviç eden müellifler de vardır. Bu meseleyi, daha tafsilâtlı olarak, ileride tetkik edeceğiz. (227 ve onu takip eden numaralara bakınız.)*

## İ k i n c i b ö l ü m

### (62) İNCİ MADDENİN I İNCİ FIKRASININ BİRLEŞTİRİCİ PRENSİBİ

32 — İsviçre vazı kanunu, sebepsiz zenginleşmeden mütevellit borçlara mütedair bulunan faslın başına şu maddeyi koydu:

«Haklı bir sebep olmaksızın âhârın zararına mal iktisap eden kimse, onu iadeye mecburdur». ( İ.B. K. mad. 62, fıkra I; T. B. K. 61/1).

Tamamen umumî bir mânâsı olan bu formülün değeri nedir?

Alman müelliflerinin (36), 62 (T. B.K. 61) inci maddeye tekabül eden, § 812 hakkında, iddia eyledikleri gibi, bizde de bu maddenin, romaluların «*natura aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiozem*» (37) darbu meselinden daha fazla değeri olmadığı iddia olunabilir. Ancak, kanunun sureti mahsusada derpiş eylediği ve istirdadın, sebepsiz zenginleşme kaidelerine göre, yapılacağı hakkında hüküm vaz'eylemiş olduğu takdirindedir ki, bir dâva hakkı var denebilir. 62 (61) nei maddenin 1 inci fıkrasının, ancak sistematik bir değeri olabilir. Bu fikir modern-dir. Bunlar, modern Codification'ların teknik tarzlarının temayüllerini anlamakta zorluk çeken romacıların fikri olup, romaluların aynı katagorilerinin yerini bir dereceye kadar olsun, doldurmağa

(36) Hejwig, hiç olmazsa «*edadan*» maada surette vâki zenginleşme hakkında p. 134.

(37) D. 50.17.206. Bu ibare Digeste'in diğer yerlerinde de mevcuttur.

mâtuf, (akid, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme ve saire gibi) formüllerdir (38)

33 — Sebepsiz zenginleşme hakkındaki borçlar kanunu hükümlerinin tarihçesi, bize, isviçre vaznı kanununun bu yeni teknik tarzı kabul etmek istediğini göstermektedir (39).

Zannımıza göre, vaznı kanunun maksadı, evvelâ, borçlar kanununun umumî hükümlerindeki üç borç kaynağı arasında tesis edilmiş olan müvazilikten anlaşılacaktır. Bu üç fasıl, onlara tahsis edilmiştir: birincisi, akidden; ikincisi, haksız fiilden; üçüncü de, sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlar hakkındadır. Bu üç çeşit borç kaynağının plânı, tamamıyla, birbirinin aynıdır ve aralarında tam bir tenazur mevcuttur. Her fasılın başında, tarif yapan bir madde görüyoruz. 1 inci madde de akid; 41 inci madde de haksız fiil 62 (T. B. K. 61) inci madde ise, sebepsiz zenginleşme tarif olunmaktadır. Nasıl ki borçlar kanununun akdin muhtelif nevileri kısmında derpiş olunan akidlerden başka akidlere mevcut ve bunlara da akidden mütevellit borçlara tatbik edilen prensipler tatbik oluyor, ve nasıl herhangi bir halde bir haksız fiil mevcut olduğunu göstermek için, hususî bir hüküm bulunması zarurî olmaksızın haksız fiil mefhumu 41 inci maddeden çıkıyorsa 62 (61) nci maddenin ikinci fıkrası da sebepsiz zenginleşmeden doğabilecek bütün ihtimalleri kucaklayan umumî bir formülü muhtevi bulunmaktadır. Bu hüküm, diğer hususî hükümlere dayanmağa lüzum hissettirmeksizin, yalnız başına dâvayı desteklemeğe kâfi gelecektir.

34 — Bundan başka, vaznı kanunun maksadı 62 (T. B. K. 61) nci maddenin 2 nci fıkrasından çıkıyor:

«Hususiyle müteber olmıyan veya tahakkuk etmemiş bulunan bir sebebe veya vücudu nihayet bulmuş olan bir sebebe müsteniden ahzolunan şeyin iadesi lâzımdır.»

Bu «*hususiyile*» tabiri, 2 nci fıkranın, 1 inci fıkra ile konulan umumî kaidenin bir izahından başka bir şey olmadığını, şüpheden âzâde bir şekilde, göstermektedir. Eğer, birinci fıkranın kendisi dâve salâhiyetini tanınamış olsaydı, 2 inci fıkranın dâva misalleri vermesi mânasız olurdu (40).

35 — Binaenaleyh biz, aşağıdaki tefsir tarzını kabul ediyoruz:

(38) Hukuk tekniğinde aynı kategorilerin rolü hakkında bakınız: Geny, *Méthode d'interprétation et source en dr. positif*, 2 éd. 1919, t. I. p. 184 sq.

(39) 1 inci Başlık I ve müteakıp numaralara bakınız.

(40) Von Mayer, p. 33, sq.

Borçlar kanununun 62 (61) inci maddesinin 1 inci fıkrasında, sebepsiz zenginleşme hakkında, umumî dâva hakkı tanınmakta olup, bundan sonra gelen maddeler kaidenin tatbikinden ve onun inkişaf ettirilmiş şeklinden başka bir şey yedeğildir. Bu umumî kaide, dâvanın bütün unsurlarını muhtevi olduğu için, mümkün olan bütün ihtimalleri, hattâ sarîh bir surette derpiş edilmemiş olanları da kavrayan, birleştirici bir prensibi teşkil eylemektedir (Oser, Art. 62, rem. I, p. 252. — Becker, rem. Prél. I, ch. 2, p 263 sq.) (41).

### Ü ç ü n c ü b ö l ü m

#### SEBESİZ ZENGİNLEŞME HAKKINDAKİ BORÇLAR KANUNU HÜKÜMLERİNİN TATBİK SAHASI

36 — Bk. nun 62 (61) inci maddesi, yalnız borçlar kanuniyle medenî kanun sahasında tahaddüs eden sebepsiz zenginleşmelere münhasır olmayıp, diğer federal kanunlar hakkında da tatbik olunur. Nitekim, federal mahkeme, 9 aralık 1899 tarihli bir kararında (R. O. 25, II, p. 871, c. 2) menafii umumîye için istimplâke müteallik olan 1 mayıs 1850 tarihli kanun hakkında böyle hareket etti. Kezâ, 23 kasım 1916 tarihli kararıyla, federal sigorta kanunu hakkında da böyle hareket etti. (R. O. 42 II P. 674)

37 — Borçlar kanununun 62 (61) inci maddesinin hükümleri, kanton medenî hukukuna giren bir illetin ademi mevcudiyetinden mütevellit neticelere de kabili tatbiktir. Bu mesele, medenî kanunun neşrinden, borçlar kanununun tadilinden sonra artık pek tâli bir ehemmiyeti haizdir.

İktisabın sebebi hakkında kanton mahkemesi tarafından verilen bir karara federal mahkemenin yeniden tetkike hakkı yoktur. Ancak, kanton mahkemesi, zenginleşmenin sebepsiz olduğuna hüküm vermişse o zaman, federal mahkeme, istirdat dâvasına federal hu-

(41) Medenî kanun ile borçlar kanununun, yaptığı atıflarla, bu iki kanun maddelerinin bir kimseyi, zenginleştiği nisbette, iade ile mükellef tutan maddelerini tefrik eylemek lâzımdır. Şu maddeler 62 (61) maddenin 1 inci fıkrasının tam bir tatbikinden ibarettirler: (MK. 86/2) 94/2 (395) 411, 495/2, 515/2, (699/3) 726/3 (700/3) 727-3; Bk. madde (39-3.) (117-2) 119-2, (244 No 3) 249-3. (412-1) 421-1, (414-2) 423-2, (498-2) 507-2; şunlar da prensibin gelişmiş bir şeklidir: Mk. (204-2) 208-2, (217-2) 221-2; Bk. (39-3) 39-3, şunlar da tamamen başka bir fikirden ileri gelmektedir: Mk. (477) 497, (508) 528-1, (544-2) 565-2, (558-3) 579-3 (569-2) 590-2. B. G. B. de de durum böyledir. Jung, p. 121.

kukun tatbiki bakımından, mezkûr kararı, yeniden tetkike salâhiyetlidir (42).

Bu takdirde, durum, âmme hukukuna müteallik bir sebebin ademi mevcudiyetinden hâsıl olan zenginleşmenin istirdadına müteallik dâvanın aynıdır ve bu vaziyette bir hususî hukuk istirdat dâvası mevzuu bahis olur (No 22).

38 — Evvelce de gördüğümüz gibi, bazı kanton hallerde kanton âmme hukukuna müteallik hukukî bir sebebin ademi mevcudiyetinden doğan neticelere de, borçlar kanununun sebepsiz iktisaba müte-dair olan hükümleri, tatbik olunacaktır (bakınız No 19).

#### D ö r d ü n c ü b ö l ü m

### SEBESİZ ZENGİNLEŞMEDEN MÜTEVELLİT ALACAK İÇİN ARANILAN ŞARTLAR

#### § 1. — Alacağın esaslı unsurları:

39 — Mademki borçlar kanununun 62 (61) inci maddesinin 1 inci fıkrası birleştirici (unitaire) bir prensibi ihtiva ediyor, o halde, sebepsiz zenginleşmeden mütevellit bir alacağın haiz olması lâzımgelen şartların bütün hallerde aynı olması icap eder.

Bu şartlar 62 (61) inci maddenin 1 inci fıkrasından çıkarılabilir ki şunlardır:

- a) Passif mevkide bulunan kimsenin zenginleşmesi.
  - b) Bu zenginleşmenin başka bir kimsenin aleyhine, yani aktif süjenin aleyhine olarak vukubulmuş olması, diğer bir tabirle bir fakirleşmenin vukua gelmesidir.
  - c) Bu iktisap (enrichissement) ile vâki fakirleşme (appauvrissement) arasında bir illiyet rabıtası mevcut olmalıdır. 62 nci maddenin 1 inci fıkrasının pek üzerinde durmaz gibi görüldüğü bu unsur «haklı bir sebep olmaksızın âhârın zararına bir mal iktisap eden kimse...» ibaresinde münderiçtir.
  - d) Nihayet zenginleşmenin haklı bir sebebi olmamalıdır.
- Bu şartları, müteakıp bölümlerde tetkik edeceğiz.

#### § 2. — Alacağın süjesi

40 — Zenginleşmenin ve buna mukabil fakirleşmenin şartları, hukukî münasebetin süjelerinin aktif ve passif süje olmaları vasfını tâyin edilecektir. Fakirleşen aktif süje ve zenginleşen passif süje

(42) Bu hususta, müellifin zikrettiği federal mahkeme kararları için eserin fransızca aslına müracaat. Çeviren.

olacaktır; ve binnetice; istirdat dâvasında taraflar aktif veya passif mevkilerinde bulunacaklardır.

41 — Haksız iktisaptan mütevellit alacak, mamelekin haklı durumundan ileri geldiğinden, kanunun kendilerine medenî haklardan istifade salâhiyetini verdiği bütün hakiki ve hükmi şahıslar, böyle bir alacağın aktif veya passif süjesi olabilirler. Meselâ, kollektif ve komandit şirketler gibi hükmi şahsiyeti haiz olmadıkları (43) halde, kendi müesseselerine ait bir mameleke malik olduklarından, böyle bir hukukî münasebette, aktif veya passif bir süje olabileceklerdir.

42 — Bu münasebet bir mamelek ile diğerk bir mamelek arasında mevzuu bahis olduğundan, alacak, süjelerinin ehliyetinden tamamen müstakildir.

Mümeyyiz olmıyan kimse, kanunî mümessili mevcut olsa bile, yalnız aktif süje değil passif süje dahî olabilir (Kaufmann, art. 411, rem. III, ch. 14); ve bu vaziyet, kıymetin yer değıştirmesi işine, ehliyetsiz sebep olmuş bulunması veya bu işe onun da iştirak eylemiş bulunması takdirinde de aynıdır. Bazı müellifler, bunun; «mümeyyiz olmayan şahsın tasarrufu, hukukî bir hüküm ifade etmez; kanunda muayyen istisnalar bakidir.» diyen medenî kanunun 18 (T. M. K. 15) inci maddesinin bir istisnası olduğunu iddia eylemektedirler.

Sic: Egger, Das Personenrecht, 1911, art. 18, rem, 2, c. Bu fakrin aksi, haklı olarak, alman müellifleri tarafından iddia olundu: Crome, t. I, 1900, § 83, p. 363, n. 7; filvâki burada hukukî bir muamelenin neticeleri mevzuu bahis değildir, daha ziyade, burada fiilî bir durumun hukukî neticeleri mevzuu bahistir. Kaldı ki mesele pratik ehemmiyeti haiz değildir. Bizim, mümeyyiz olmıyan bir ehliyetsizin kanunî mümessilinin iştirâki mevzuu bahis olmadan da, kendi fiilî neticesinde zenginleşebileceğini veya fakirleşebileceğini bilmemiz kâfidir. Meselâ, mümeyyiz olmıyan bir kimse, 8 gün bir otelde kalmıştır. Otelcinin bu şahsa karşı akidden mütevellit bir dâva hakkı yoktur. Fakat, otelci otelinde kalmış olduğu müddet zarfında orada yemiş içmiş olmasından (zarurî masraflar) dan dolayı bu şahsın yapmış olduğu tasarrufu (yani noksan sarfiyatını) talep edebilir. (Curti-Forrer, Comm. du C. C. S., trad. Porret, 1912, art. 18, n. 8) (44).

(43) İsviçre hukukuna göre mezkûr şirketler hükmi şahsiyeti haiz değildir. Çeviren.

(44) Bir mukavelede ehil olan taraftn, ehliyeti olmayan taraftan aldığı edadan veya bir kimsenin, bir ehliyetsiz aleyhine olarak yaptığı iktisaplardan, ancak zenginleştiği nisbette mesuldür; Egger, art. 18, rem 2,c. — Kaufmann, art. 411, rem. III, ch. 14.

43 — Medenî haklarını kullanma ehliyetinden mahrum olmakla beraber kanunî bir mümessile malik bir şahıs da, kanunî mümessilin iştirâki bahis mevzuu olmaksızın, sebepsiz zenginleşmeden mütevellit bir alacağın aktif veya passif süjesi olabilir (45).

Medenî kanunun 411 inci (T. M. K. 393) maddesi ehliyeti olmıyan bir kimse tarafından yapılmış olan hukukî muamelenin kanunî mümessil tarafından tasdik olunmaması halini derpiş eylemektedir. Bu maddeye göre:

«... âkidlerden her biri, verdiğini geri isteyebilir. Şu kadar ki vesayete tâbi bir kimse ancak intifa eylediği miktar veya iade zamanına kadar mallarında hasıl olan ziyade nisbetinde yahut sui niyetle elden çıkardığı miktar ile mesuldür...»

Bir edayı kabul eden ehliyetsizin mesuliyeti, sui niyet sahibi olmamak şartıyla, (ehliyetsizliğin sui niyetli olması hakkında No. 224 e bakınız) zenginleşmesi nisbetinde olur. Bu bakımdan medenî kanunun 411 (T. M. K. 395) inci maddesi, borçlar kanununun 62 (61) nci maddesinin 1 inci fıkrasının hususî halinden başka bir şey değildir (46).

Bir ehliyetsize yapılan eda Fransız Hukukunda, akitlerin butlanı haline, sebepsiz zenginleşme prensiplerinin tatbik olunduğu yegâne haldir. (Bak; art. 1241 ve 1312 C. C. Fr. Planiol t. II. No 1279). Bir küçüğün, sadece, kendisine yapılan bir eda ile zenginleştiğini zannetmemelidir. Onun mameleki, diğer herhangi bir suretle de artabilir ve böylece sebepsiz bir zenginleşme dâvasının tatbikine meydan verebilir.

(45) Federal mahkeme, 17 mayıs 1893 tarihli bir kararı ile (R. O. 19, p. 305 sq.) bir alacağı bedel mukabilinde temlik eden ve fakat kanton hukukuna göre ehliyetsiz olan evli bir kadın aleyhine temlik bedeli için, sebepsiz zenginleşmeden mütevellit istirdat dâvası açılabilceğine karar verdi.

(46) Eğer, vesayet altındaki kimse, fakirleşen kimseye, mukabil bir edada bulunmuş ise, o zaman ehil olan âkidi aleyhine açılacak dâva, 411 (T. M. K. 395) inci maddeden çıkan mânaya göre, tamamen bir tazminat dâvası olacak ve bir sebepsiz zenginleşme dâvası olmayacaktır. Ehil olan taraf, mevzuu bahis iktisabı, hüsnüniyetle, elden çıkarmış bile olsa, tam ve noksansız olarak iade ile mükelleh olacaktır. Egger, Das Familienrecht des S. Z. G. B. 1914, art. 411, rem. 2, a, ve Kaufmann, in, art. 411, rém. II, I, ch. 4. Bu görüş Schneider et Fic, art. 33, n. 1; tarafından terviç edilmektedir. Bu şekli hal, fransız hukukunda da kabul olunmaktadır. Fransız hukuku, bâtil âkidlerin neticelerine tatbik olunacak nazariyeden dolayı, diğer âkidi tamamen iadeye mecbur eylemektedir. Alman hukukunda, icazetin fıkdanı halinde ehil olan âkidin mesuliyeti zenginleşmeye dayanır.

## ÜÇÜNCÜ BAŞLIK

## ZENGİNLEŞME

(L'enrichissement)

## Birinci Bölüm

## GENEL BİLGİ VE TARİF

44 — Sebepsiz zenginleşmeden doğan alacağın passif süjesinin zenginleşmiş olması lâzımdır. Bu, onun mesuliyetinin en esaslı şartı olup, yine bu şart, sebepsiz zenginleşme dâvasında, onun passif durumda kalmasını intaç edecektir. Yani, zenginleşen, müddeaaaleyh durumunda olacaktır.

*Zenginleşmiş olmalıdır*, sözünü, kasden söylüyoruz. Şimdi, muhtemel olarak müddeaaaleyh olacak kimsenin, herhangi bir ânda, zenginleşip zenginleşmediğini, ve bir zenginleşme varsa, bunun neden ibaret olduğunu arıyacağız. Şimdilik, iade zamanında da bu zenginleşmenin mevcut olup olmadığı haizi ehemmiyet değildir: müddeaaaleyhin mesuliyetinin sahasını tâyin ve tesbit etmek için pek mühim olan bu nokta da şimdilik bizi alâkadar etmiyecektir. Burada sadece ilk zenginleşmeyi tetkik edeceğiz.

45 — Bundan, iadenin de bu miktar üzerinden yapılacağı neticesini çıkarmamalıdır. İlk zenginleşmenin bilâhara da hiçbir tahavvüle duçar olmamış bulunması mümkün olmakla beraber, bunun, ilk zamandaki kıymetinde ve şeyin nevinde bir tahavvül vukua gelebilir. Burada, ne zenginleşmenin, zamanla, muhtevasında vukua gelebilecek değişikliklerden, ne müddeaaaleyhin mamelekine girdiği ânla, iade ânı arasında, zenginleşmenin tabiatında vukua gelecek tahavvüllerden ve ne de zenginleşmenin mezkûr mamelekte sebep olacağı mukabil darbeden bahsedeceğiz. Tekrar edelim; burada, ancak ve sadece, ilk zenginleşmeden bahsedeceğiz.

46 — *Zenginleşme* kelimesinden, zilyetlik ve intifaları, kısmen veya tamamen devredilmiş olan, bir kıymeti, bir mal ve bir avantajı, ve hattâ, sadece bir durumun idamesini anlamak lâzımdır: Bu avantaj, *malî bir değeri* haiz olmalı ve *para ile kabili takdir* bulunmalıdır: «*zenginleşme mefhumu, her şeyden evvel iktisadîdir*» (A. T. F. 30 septemre 1919, Fuhrimann c. Ferrat, R. O. 45, II, p. 450).

47 — Zenginleşmenin iki umumî şeklini birbirinden tefrik etmeliyiz:

a) Zenginleşme evvelâ, mamelekin çoğalmasını ve bütün *müsbet* tezayütlerini ihtiva eyliyecektir. Bu mânada zenginleşme mefhumu, tamamen objektiftir. Müddeaaaleyhin mameleki, zenginleşmeden sonra, evvelkisine nazaran, daha yüksek bir kıymet irae eylemeli; bu mamelekin aktifi artmış olmalıdır. Biz sadece, gayrı sâfi aktifle meşgulüz. Malum olduğu üzere, bir insanın mameleki, aktif ve passif olmak üzere, iki elemandan tereküp eder. Ve bunların birbiriyle mukayesesi neticesinde, sâfi bir aktifin mevcut olup olmadığı anlaşılır; fakat, sâfi aktif mefhumu, zenginleşmenin mevcut olup olmadığı hususunda nazarı itibara alınmaz. Müddeaaaleyhin blâncosunun bir kâr ve zarar irae eylemesi de ehemmiyetsizdir. Mamelekte bir tezayüt hali, daha umumî bir ifade ile, müddeaaaleyhin malî durumunda bu yüzden vukua gelen salâh, 62 (61) nci maddenin anladığı mânada, bir iktisabın mevcudiyeti için kâfidir. Bir kimsenin işleri fena da gitse, eğer onun borç ödemedi aciz hali bu yüzden kısmen azalmış ise, zenginleşme mevcuttur, fiilen mümkün olmasa bile, zenginleşme dâvası kabul olunabilir. Bu tarzdaki zenginleşmeyi biz, *servetin müsbet bir surette tezayüdü, veya müsbet zenginleşme* diye adlandıracağız.

48 — b) Dahası var: bir servet azalmasından kurtulma halinde, müsbet bir menfaat elde edilmiş olmasa bile, yine bir zenginleşme mevcuttur. Bunun için; hâdisatın normal cereyanına göre, eğer müddei, fakirleşmemiş olsaydı, müddei aleyh'in mamelekinin azalması muhakkak olmalıdır. Bunun en tipik misali, müddeaaaleyhin, yapmak mecburiyetinde olduğu bazı tasarrufların bu yüzden yapılmasına lüzum kalmamış olması halidir. Müddei, kendi mallarından bir kısmını vermek suretiyle, müddeaaaleyhin muhakkak surette maruz kalacağı bir fakirleşmeye mâni olmuştur. Mamelekinin aktifi, tezayüt eylememiş olmakla beraber, müddeaaaleyh zenginleşmiştir. Bu şekildeki zenginleşme ekseriya subjektiftir. Biz buna, *servetin azalmasına mâni olunmadan ileri gelen veya menfi zenginleşme* adını vereceğiz.

49 — Borçlar kanununun 62 (61) nci maddesinin anladığı mânada zenginleşmeyi şöyle tarif edebiliriz: *gerek mamelekin muhtemel azalmasının önüne geçilmiş olmasından mütevellit olsun ve gerek bir artmadan ileri gelmiş bulunsun, para ile takdiri mümkün olan bilimum menfaatlerdir.*



## İ k i n c i B ö l ü m

## ZENGİNLEŞME MEFHUMUNUN MUHTEVASI

## Birinci kısım

50. — Zenginleşmeden mütevellit alacakta, *haklı bir sebep olmaksızın bir zenginleşme var demektir*. Birçok haller vardır ki, orada, zenginleşme, esasında sebepsizdir ve iade, aynen de mümkün olabilir. Şimdi, sebebin ademi mevcudiyetine rağmen, kanunun, bir değer yer değişmesine neden müsaade eylediğini ve ne için değer yer değiştirmesini haklı bir sebebin varlığı şartına muallak tutmadığı suali sorulabilir. Mesele, mülkiyet haklarının veya alaca haklarının naklinde bilhassa önemlidir.

51 — Tafsilâta girmeksizini, bu nokta üzerinde birbirine muhtelif olan iki nazariye söyleyebiliriz: intikalın sebebe (illete) müstenit olması hakkındaki nazariye; ve intikalın mücerret akde dayanması hakkındaki nazariye:

Birinci nazariye, gayet sarîh bir şekilde, fransız medenî kanununun 711 inci maddesinde ifade olunmuştur. Mezkûr maddeye göre:

«Mülkiyet, miras, hibe ve ölüme bağlı tasarruflarla veya bir borç neticesi olarak iktisap ve nakil olunur.»

Hakkın nakli keyfiyeti, bir iktisap sebebinin varlığı ve muteberliği meselesiyle sıkı sıkıya bağlıdır. Eğer, iktisap sebebi yok, yapılan muamele batıl, hükümsüz veya bilâhara, ikale veya feshedilmek suretiyle, ortadan kaldırılmış ise, hak asla nakledilmiş olmayacak, veya vaki intikal, sebepsiz telâkki olunacaktır.

Bilâkis, intikali mücerret akde istinat ettiren nazariye, borcu doğuran hukukî muamele ile hakkın intikalini intaç eden muameleyi, birbirinden tefrik eylemektedir. Buna göre, bir iktisap sebebi mevcut olmasa veya muteber bulunmasa veya sonradan ortadan kalkmış olsa bile, hak intikal etmiş olabilir. Bu, B. G. B. tarafından kabul edilmiş olan sistemdir.

52 — İsviçre hukukunda, vazı kanun bir hal müstesna, bu hususta gayet ihtimamlı bir surette, sükûtu muhafaza eylemiştir. Artık meselenin halli, içtihada ve doktrine bırakılmıştır. Vazı kanun için tehlikesiz bir çare; fakat, alâkadarlar için pek az iktisadi; çünkü, bu hususta isviçre hukukunun ne olduğunu öğrenmek için bir dâva açmak icap edecektir.

53 — İsviçre medenî kanunu, ancak gayrı menkule müteallik *aynı hakların* nakli hususunda, aşağı yukarı sarîh bir hal tarzına

sahiptir. Burada, kanun «meş'ruiyet sistemi» adı altında, o da kısmen, illete dayanan intikal nazariyesini kabul eylemektedir (47).

54 — Bilâkis, *menkul mülkiyetin* naklinde bilinen şey, Medeni Kanunun 714 (687) üncü maddesidir ki, bu madde, teslimi şart koşmaktadır. Fakat bu, mülkiyetin intikalinin illete istinat edip etmediğini izah eylemez. Doktrin de bu hususta ayrılmıştır (48).

Bunlardan birini kabul zorunda isek, kanun vazının sebepsiz zenginleşmeği tedvin ediş tarzından hareket ederek, *mücerret intikal nazariyesi* tarafını iltizam ederiz. Bu mesele, bizim mevzuumuzdan çıktığı için, sebeplerini (49) izah etmeden kendimizin hangi noktai nazarı tercih eylediğimizi söylemekle iktifa edeceğiz.

55 — Mülkiyetin nakli, mücerret akid nazariyesinin tatbik olunacağı yegâne intikal hali değildir. Mesele, borçlar hukukunda da mevzuu bahis olabilir. İşte bundan dolayıdır ki, doktrin ve mahkeme içtihatları, mücerret akit olarak *alacağın temlikini* (bak; meselenin iyi bir izahına Wolf, *Wesen und Voraussetzung der zession*, Diss. Zurich, 1919, § 8: «*Die Zession als Zuwendungsgeschäft*», p. 61 sq. — Oser rem. I, pré. 3 auxart. 164-174 C. O., p. 415. — Becker, art. 164, rem. I, ch. I. — A. T. F. 8 octobre 1898, Henggeler c. Boesard, R. O. 24 p. 924, c. 5: *nama muharrer hisse senetlerinin* satışını; *borcun naklini* (Oser, art. 176, rem 2, b. — Becker, art. 175, rem I, ch. 1 — Rossel., 3e éd., p. 219. — Bu, aşağı yukarı zımnen B. K. nun 179 (T.

(47) Wieland, t. II, art. 963, rem 2. — Ostertag, Tit. 25, rem, pré., IV, 3, ch. 23, p. III; art. 965, rem. IV, I, p. 225. — Schilt, *Die Causa der Eigentumsübertragung* insb; im schw. Recht; Diss. Leipzig, 1913. p. 17 sq. — Egger, *Kausale Tradition und Kondiktion im neuen schw. Recht*, Z. S. R. 33, 1914, p. 337 — Von Tuhr, *Eigentumsübertragung nach schw. Recht*, Z. S. R. 40. 1921, p; 49.

(48) Mücerret itikal taraftarları: Leemann, I er éd. 1911, Art 714, rem. III, I. C, ch. 17 — Von Tuhr, Z. S. R. 40, 1921, p. 40 sq — Schilt, *Die causa der Eigentumsübertragung* insb. im. schw. Recht, Diess. Leipzig, 1913, p. 49 — Schlaepfer, *Die ungültigkeit obligatorischer Verträge handlungsfähiger Personen*, Diss. Berne, 1918, p, 74. — İlli intikal taraftarları: Wieland, t. I. Art. 714, rem. 3, b ve c, p. 423 sq. — Egger, Z. S. R. 33, 1914, p. 334 Hegestchw eiler, *Der Schutz: guten Glaubens nach dem S. Z. G. Sachenrecht*. Diss. Zürich, 1912. p. 30, sq. — Rossel et Mentha meseleyi vaz eylemekle iktifa eylemektedir. t. II, p. 89.

(49)—Bak, Von Tuhr, *Eigentumsübertragung nach schw. recht*, Z. S. R. 40 1921, p. 68 sq. Mumaileyhin noktai nazarına bizde tamamiyle iştirak ediyoruz. —Kaldiki, mahkeme içtihatları, menkul mülkiyetinin intikalinde daima mücerret intikali kabul eylemiştir: A. T. F. 3 Juillet 1903, J. T. 1904 p; 304.

B. K. 177) uncu maddesinin 3 üncü fıkrasından ileri gelmektedir). mücerret akid telâkki eylemektedirler. Buraya *ibrayı* da ilâve edebiliriz.

Bu görüş tarzı,, borcun olduğu ve olmadığı hakkında yapılan mücerret ikrar ve mücerret ödeme vaitleri hakkında da kabili müdafaadır (69-75 numaralara bakınız),.

## İkinci Kısım

### *Servetin müsbet bir tezayütle zenginleşmesi*

56 — Bu suretle vukua gelen zenginleşme tatbikatta en çok tesadüf edilenidir. Zira, buraya, bir mikdar paranın tahsilinden mütevellit zenginleşmeyi sokmak mümkündür (bakınız No 93). Bu çeşit zenginleşme, zenginleşen kimsenin, aktifinin tezayüdü ile tezahür eder. Bu mefhumun izahı için, uzun bir tahlile lüzum yoktur ve kendiliğinden anlaşılır.

Bununla beraber, bir hakkın iktisabının mevzuu bahis olduğu bu zenginleşmelerden birkaç ihtimali tetkik edeceğiz.

Fakat, zenginleşme pek çok şekiller tahtında tezahür eylediği için, bizim yapacağımız tetkik tam olamayacaktır.

### 1. — *Bir mülkiyet hakkının iktisabı*

57 — Anlaşılması en kolay olan ve zenginleşmenin en çok tezahür eylediği şekil, bir şeyin mülkiyetinin iktisabı suretiyle olur. Bu zenginleşme, menkul veya gayri menkul bir mülkiyet hakkının, misli olan veya olmıyan şeylerin mülkiyetinin iktisabından ileri gelebilir. Bununla beraber, şuna da işaret olunmalıdır ki, gayrimenkul mülkiyetinin nakli hakkında isviçre hukukunun kabul etmiş olduğu sistemin neticesi olarak, bir gayrimenkul üzerinde mülkiyet hakkının iktisabından dolayı sebepsiz zenginleşme misaline pek nadiren tesadüf olunacaktır.

### A. Eda suretiyle vâki zenginleşmenin misalleri

58 — a) *Menkullerde*, mülkiyetin mücerret akidle intikal eylesinin neticesi olarak, sebepsiz zenginleşme dâvalarının bütün hususî nevilerinin (muteber olmıyan veya tahakkuk etmemiş olan veyahut vücudu nihayet bulmuş olan sebeplerden mütevellit olarak) mevzuları, bir menkul üzerindeki mülkiyet hakkına müteda-ir olabilir.

a) Bilâkis *gayrimenkullerde* ise, ancak, vücudu nihayet bulan bir sebep mevzuu bahis olduğu zaman, bir gayrimenkulün mülkiyetinin iadesini istihdaf eyliyen, bir sebepsiz zenginleşme dâvası mevzuu bahis olabilir.

Meselâ:

— Borçlar kanununun 249 (244) uncu maddesinde tadât olunan sebeplerden dolayı hibeden rucu hali,

— Borçlar kanununun 21, ve müteakip maddeleri mucibince, bir gayrimenkulü iktisap eyleyen bir kimse için, bağlayıcı bir kuvvetten mahrum olan bir mukavele mevzuu bahisse; zira akdin sakat olmasına rağmen mülkiyet hakkı iktisap eyleyene geçmiştir (50).

— Bir satış veya trampa akdinde, mülkü nakleden kimsenin mukaveleden vazgeçme hakkını mahfuz tutması ve şeyi tamamen geri istemesi (BK. 214, 221, T. B. K. 211, 217) (51).

— Bir gayrimenkulün devrine mütedair olan bir akdin, mukaveleye dayanan bütün feshi halleri,

Medenî kanununun 976 ((934) ncı maddesi kabili tatbik değildir. Müddealeyhin hakkı sona ermiş değildir. O, ancak iade ile sona erecektir.

#### B. Edadan gayrı bir sebeple mülkiyet iktisabı suretiyle vâki zenginleşme misalleri

59 — *Menkullerde* zenginleşme, mücerret akid nazariyesinin bir neticesi olabilir, ve bu takdirde, taraflar illet üzerinde mutabık kalmaları bile, mülkiyet intikal eder.

60 — Bir şeyin diğer bir şeyle birleşmesi: prensip şudur; bir kimseye ait bir şey başka birine ait diğer bir şeyle birleşirse, bu vaziyet, gelip birleşen malın mülkiyetinin zayı olması ve onun mülkiyetinin, esas şeyin sahibi tarafından iktisap olunmasını intaç eder. Bak, Wieland, t. I, art. 642, rem. 1, p. 28 sq.).

a) *Menkul* bir şeyin birleşmesi; bu husus medenî kanununun 727 (700) üncü maddesinin 2 nci fıkrasıyla hükme bağlanmıştır. 3 üncü fıkra, bubirleşmenin neticelerine mütedairdir.

«Tazminat ve sebepsiz mal edinmeden mütevellit dâva hakkı mahfuzdur.»

(50) Schlapfer, Die ungültigkeit obligatorischer Verträge handlungsfähiger Personen, Diss. Berne, 1918, P. 73 i. f. ve 74 P. 127 i. f. — Von Tuhr, Über die Mängel des vertragsabschlusses, Z. S. R. 17 p. 63 n. I.

(51) Von Tuhr, Eigentumsübertragung nach schw. recht Z. S. R. 40, p. 61 — Ostertag, art. 974, rem. II, 2, a, ch. 9.

Binaenaleyh, haksız fiil mevzuu bahis değilse, (meselâ, birleşme fakirleşen veya bir üçüncü şahsın fiili neticesinde veyahut da tabii bir sebep neticesinde vâki olmuş ise) fakirleşen kimse, ancak, sebepsiz zenginleşmeden mütevellit dâva hakkına sahiptir.

b) Başkasına ait bir şeyin bir *gayrimenkul* ile birleşmesi: her ne kadar medenî kanun, tabii sebeplerden dolayı bir menkulün gayrimenkul ile birleşmesi hakkında bir hüküm ihtiva eylememekte ise de sun'î sebeplerden husule gelen birleşmeyi, medenî kanun, 671 (648) inci maddesinde iki hal derpiş eylemek suretiyle, gayet ihtimamlı bir surette, hükme bağlamıştır. Bir gayrimenkul malikinin başkasına ait levazımı kullanmak suretiyle, yaptığı inşaat ile levazım sahibinin başkasına ait gayrimenkul üzerine inşaat yapmış olması halî. Bunların birbirinden tefriki kabil olmaması halinde, medenî kanun, hakkını kaybeden ve bu yüzden fakirleşen kimse lehine muhik bir tazminat derpiş eylemektedir. Bu tazminatın sureti hesabı ne haksız fiillerden mütevellit tazminat hükümlerine (m. 41) ve ne de, sebepsiz zenginleşmeden mütevellit istirdat hükümlerine tâbidir. Yargıç, ne vâki zararlar ve ne de vâki zenginleşme ile bağlıdır. Bunun için, yargıç, *ex aequo et bono* yani hakkaniyet ve nasafete göre muhik bir tazminata hüküm vermek için gereken takdir hakkına sahiptir.

Bununla beraber, medenî kanun tarafından hükme bağlanmamış olan bir hal vardır. O da, üçüncü bir şahsın başkasına ait bir arsa üzerine gene başkasına ait malzeme ile inşaat yapmış olması halidir. (Wieland, muhtemel birçok halleri ve bu meyanda sebepsiz iktisap dâvasının mevzuu bahis olacağı halleri de tetkik eylemektedir, t. I, art. 672, rem. 4, p. 246 sq.).

61 — *Karışma*. — Karışma haline, menkullerin birleşmelerine mütedair olan, medenî kanun 727 (700) nci maddesi tatbik olunur. Fakirleşen, gerek haksız fiilden ve gerek sebepsiz zenginleşmeden mütevellit dâva hakkından istifade edecektir (bak No60 a).

Şu noktaya da işaret edelim ki:

«Karışma adı ile tesmiye olunması mutad olup tatbikat bakımından pek ziyade mühim bulunan, misli şeylerin birbiriyle birleşmeleri halî 727 (700) nci maddenin tatbik sahasına girmez» (Wieland, t. I, art. 727, rem. p. 464).

Bu meseleyi sureti mahsusada ileride tetkik edeceğiz (Bak, No 93 ve sonrakiler).

62 — *Hukukî tağyir* — Menkulün mülkiyeti, medenî kanunun

726 (699) ncı maddesi mucibince, onu işleyen kimseye geçer. Bu intikalin neticeleri 3 üncü fıkra tarafından hükme bağlanmıştır:

«Tazminat ve sebepsiz mal iktisabından mütevellit dâva hakları mahfuzdur.»

726 (699) ncı madde, sadece, mülkiyetin intikali neticesiyle meşguldür. Burada, bir hukukî tagyir mevzuu bahis olmaksızın, başkasına ait bir şeyin, üzerinde çalışılma suretiyle, değerinin arttırılması hali mevzuu bahsedilmiş değildir. Bu ihtimalde, sebepsiz iktisaptan mütevellit bir dâva hakkı mevzuu bahis olabilir. Çünkü, üzerinde işleme suretiyle tadil edilmiş olan şeyin sahibi, yapılması muhtemel olan masrafları yapmamış olmaktan dolayı, işleme fiilinden, sarfedilen emek miktarında, zenginleşir (bakınız No. 76 ve sonrakiler). Bir gayrimenkul üzerinde yapılan işçilik, daima bu suretle kendini gösterecektir. Zira, gayrimenkullerde hukukî tagyir mevzuu bahis değildir, ve bu hal, 671 (648) inci maddenin derpiş eylediği ihtimaller dışında kalmaktadır. Çünkü burada, bir «inşaat» mevzuu bahis değildir (A. T. F. 22 décembre 1913, Bürgi c. Schlosgut A. G. Gahnang, c. 2, n. p.).

## § 2 — Zilyetlik

63 — Bir başkasının malına zilyet olma, yalnız başına, borçlar kanununun 62 (61) nci maddesi gerekince istirdadı icap ettirecek, sebepsiz bir zenginleşme teşkil eder mi?

Düşündüğümüz ihtimal bir şeyi elinde bulunduran kimsenin o şey üzerinde, ancak bir zilyetlik hakkı olması halidir. Halbuki, bundan evvelki paragrafta (§ 1, No. 56 ve sonrakiler,) müddeaaaleyh de, şey üzerinde, bir mülkiyet hakkı iddia ediyordu. Yani, bir kimse, hem zilyet hem de malikti. Müddeinin dâvası, mülkiyet hakkının iadesini istihdaf eylediği kadar, zilyetliğin de iadesi hususunu istihdaf ediyordu. Burada ise, bilâkis, bir şahsın şey üzerinde icra eylediği fiilî bir kudretle meşgul olmaktayız.

64 — *Alman doktrini*, müttehiden, zilyetliğin, zilyet olarak, sebepsiz iktisap dâvasına mevzu olabileceğini kabul etmektedir (Staudinger, t. II, 2, rem. pré1, 5, au Titre 24, p. 1546. — Planck, t. II, § 812, rem. I, 1, p. 932. — Ennecerus, t. I, 2, § 441, rem. 2. — von Mayr, p. 128. sq. — Jung, p. 41, sq. — Plessen, p. 16 sq.) *isviçre doktrini* de (Oser, art. 62, rem. II, 1. — Becker, art. 62, rem. II, 1, ch. 2) zilyetliği, haksız zenginleşme hâdisesinin mevzuu olarak kabul etmektedir.

B. B. G. nin ilk projesinin 787 nci §'nin 3 üncü fıkrası, bu hususu sarıh bir surette ifade ediyordu. Fakat, sonradan bu hüküm kaldırıldı. Çünkü, B. G. B. nin 812 nci paragrafında derpiş olunan umumî formülün bu hali de ihtiva eylediği kabul olunuyordu.

65 — Bir şey üzerindeki fiilî kudretin, onu icra eden kimse için, bir zenginleşme olduğunu kabul edelim. Bu, anlaşılır bir haldir. Çünkü, bu durum, ona, kolayca istifade etme, meyvaları temellük etme, şeyi istihlâk eyleme veya başkasına devretme gibi, inkâr olunamaz faydalar temin eder. Nitekim, B. G. B. in «gerekçe» si (t. II, p. 830) şöyle diyor:

«Zilyetlik ve vaziyetlik, her ne kadar sübjektif mânada hak telâkki edilmezlerse de, iktisadî değerleri olan hukukî durumlardır. Çünkü bunlar, mülkiyet hakkının dermeyanı, teslim, iktibasî mururu zaman, zilkiyetlik himayesi ve zilyetlik dâvalarında olduğu gibi faydalı hukukî durumlar temin ederler»

66 — Fakat, zilkiyetlik, zilyedi zenginleştirirse de, bundan dolayı, elinden şey alınmış olan kimsenin (dépossédé), sebepsiz zenginleşmeden mütevellit bir dâva hakkına sahip olması lâzımgelmez. Eğer bu kimse, zayi eylediği bir zilyetliği elde etmek isterse, diyebiliriz ki hemen bütün muhtemel hallerde, kanun ona diğer hukukî imkânlar vermiştir; meselâ, eğer aynı zamanda sahip ise, menkuller hakkında zilyetliğin temin eylemiş olduğu karine dolayısıyla pek ziyade kolaylaştırılmış olan (Mk. 930 — T. M. K. 898) istihkak dâvası; iade bir akitten mütevellit bir şeye dayanmakta ise, mukaveleden mütevellit bir dâva hakkı; medenî kanunun 926 ve müteakip (894) nci maddesine dayanan zilyetlik dâvalarını (*Besitz Besitzschutzklagen*); şeyin kaybedilmiş ve sui niyetle iktisap edilmiş olması takdirinde menkul davası («Bestizrechtsklagen») medenî kanun madde 934 ve 936 (T. M. K. 902, 904) (Bak; Wielnd, t. II, art. 934, rem. 10, p. 423) ikame eylemek mümkündür.

Eğer, federal mahkemenin iddiası gibi, sebepsiz zenginleşme dâvasının talî bir karakteri haiz olduğu kabul olunursa, *condictio possessionis*'in tatbik sahası çok darlaşmış olacaktır. Hattâ, menkulerde, medenî kanunun 930 (898) uncu maddesinin vazeylemiş olduğu karineden dolayı, bu dava, hiç mevzuubahis olunamayacak ve ancak, gayrimenkullerde tatbik olunabilecektir. Çünkü, mezkûr karine gayrimenkullere tatbik olunmaz (bakınız, madde 937, «T.M.K. 905» gene bu madde bir gayrimenkulün zilyedine sadece gasp ve tecavüzün men'i dâvasını ikame salâhiyetini vermektedir.).

67 — Tatbikattan bir misal alalım: bir müstecirin, bir hasilât icarcısının veya bir gayrimenkulde, sahibinin muvafakatiyle oturan kimsenin, bu gayrimenkulün zilyetliğini bir başkasına devretmesi halinde; akid batıl veya kendisini ilzam etmiyeceğini ileri sürerek yedin iadesini arzu etse, bu şahıs ne istihkak dâvası açabilir. Çünkü sahip değildir, ne akde dayanarak bir dâva açabilir. Çünkü, akid batıldır. ne de 926 (894) nci maddenin bahsettiği dâva haklarını kullanabilir; çünkü, teslim birriza vaki olmuştur. 931 (889) inci maddede de istinat edemez; çünkü, mevzuu bahis olan şey bir gayrimenkuldür. Zannımıza göre, zilyetlikten mahrum olan kimse için sadece 62 (61) den mütevellit dâva hakkı kalır. (Bak, Lent: *Die Gesetzkonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozess*, t. I, 1912, p. 340 sq. ).

§ 3 — *Başkasına karşı bir alacak hakkının iktisabı:*

68 — Alacak hakları, devir ve temlik edilebildikleri için mamelekin unsurlarındandır. Onların bir senede raptedilmiş veya edilmiş olmalarının ehemmiyeti yoktur.

Bir alacağın iktisabı, *evvelce mevcut bir alacak hakkının* devrinden ileri gelebilir. İsviçre hukukunun, alacakların devrinde, mücerret akid nazariyesini kabul eylemiş olduğunu görüşmüştük (bak No 55), sebepsiz zenginleşmeden mütevellit dâvanın burada söz götürmez bir faydası olacaktır (A. T. F. 22 eylül 1911, Lüscher. c. Gewerbekasse Baden, Praxis, I, 1912, p. sq. — A. T. F. 8 ekim 1898, Henggeler c. Bossard, R. O. 24, II, p. 918 sq. ). — Borç evvelce hiç doğmamış olabilir veya zenginleşenin yedine doğabilir (A. T. F. 30 temmuz 1919, Fuhrmann c. Ferrat, R. O. 45, II, p. 447 sq.).

§ 4 — *Bir borcun mevcudiyet veya ademi mevcudiyeti hakkında Yapılan mücerret ikrar ve mücerret tediye vadi*

69 — Alman hukuku bu iki çeşit mücerret taahhüt tipini, saraften kabul eylemektedir. Mezkûr hukuk sistemine göre (§§ 780 ve müteakip B. G. B.), bu iki halin bizzat kendileri, bir zenginleşmeğe tekabül eylemektedirler:

« Borç münasebetinin mevcut olduğunun veya olmadığının bir akidle tanınması da ifa hükmündendir » (B. G. B. § 812, fıkra 2.).

Bu fıkra, 780 ve müteakip paragraflarda kabul edilmiş olan sistemin bir neticesidir.

70 — İleti olmıyan bir taahhüdü iki şekilde tasavvur eylemek mümkündür:

1° İkrar veya vadin, yeni bir borcun doğumuna sebep olmaması



hali; bu takdirde, sadece, borçlunun evvelce mevcut olan bir borcunun ikrarı mevzuu bahis olur, ve ancak, hakkın varlığını ispat bakımından değer ifade eyler. İspat yükü yerini değiştirmiştir. Yani, bundan sonra alacaklı, alacağın mevcut olduğunu, ispat mecburiyetinde olmayıp; borçlu, borcun mevcut olmadığını ispat edecektir. Bu frasis nazariyesidir (Fransız medenî kanununun 1132 nci maddesine bakınız.).

71 — 2° Taahhüde, ikrara (tanımaya) veya vaide, roma hukukundaki *Stipulatio spondesne spondeo*'nun haiz olduğu değer atfolunması hali: Bu takdirde, vaid eden, kat'i olarak bağlanmıştır. Bu, almanların mücerret taahhüt sistemidir (B. G. B. § 780 ve müteakip).

72 — İlk bakışta, bu iki sistem, birbirinden bir fark göstermiyor. Çünkü, her iki sisteme göre de, borçlu taahhüdünün hakikî bir illeti olmadığını ispat veya taahhüdün merbut bulunduğu hukukî münasebetten mütevellit defileri dermeyan edebilecektir. Fakat, esaslı fark şudur; mücerret taahhüt nazariyesine göre, borçlu bunu, ancak, sebepsiz zenginleşme dâvasının şartlarına ve imkânlarına göre yapacaktır. Bu da, eğer borçlu, borçlu olduğunu kabul etmiş veya borç olmıyan bir şeyi ödemeği vaid etmiş ise, bu taahhüdünden kurtulmak için, yalnız borcun ademi mevcudiyeti değil (ki bu, taahhüdün, sadece ispat yönünden değeri olması takdirinde kâfi gelecekti) aynı zamanda, kendini, hataen borçlu zannederek, taahhüt altına girdiğini ispat etmek mecburiyetindedir. Bundan maada, taahhüdün tabii bir boreca müteallik olması (meselâ mururu zamana uğramış bir borç veya ahlâkî bir borcu ifa zımında yapılmış bulunması) takdirinde, borçlu, bu taahhüdiyle kat'i olarak bağlı kalacaktır (Saleilles, Oblig., No 266, p. 296. — Alman hukuku hakkında: Planck, t. II, § 780, rem. 3 a, p. 857. — Staudinger, t. II, § 780, rem. IV, 2 c, p. 1458); şuna da işaret edelim ki; alman hukukunda, hataen ödendiğinin ispatı, ödeyene ait değil; kendisine eda yapılan kimse, ifayı yapan kimsenin, ifayı yaparken (yani taahhüt altına girerken) borçlu olmadığını bildiği halde, ifade bulunmuş olduğunu ispat eylemek zorundadır (§ 814 B. G. B.; bak 133, n. 1).

\* 73 — Borçlar kanununun 17 nci maddesinin renksiz olan metni karşısında, isviçre borçlar kanununun tarzı hallinin ne olduğunu söylemek güçtür, madde 17:

«Borcun sebebini ihtiva etmemiş olsa bile borç ikrarı muteberdir.»

74 — İctihatlar müphemdir. Bu icthatlar, borç ikrariyle te-diye vadini iki ayrı rejime tâbi tutar gözükmektedirler.

a) *Borç ikrarı:*

22/XII/1894 tarihli (R. O. 20, p. 1181 sq.) müddei komün, yapı-lan uzlaşma hükmünün icrası zımında, bir borç ikrarını muta-zammın bir senet imzalamıştır. Bilâhare, komün, bu taahhüdün, borç olmıyan şeyin istirdadı sebebine müsteniden, iptalini talep etmiş-tir. Federal mahkeme kararı:

«Mamafih burada —Bu dar mânada—, yapılan bir tediye nin is-tirdadı talebi mevzuu bahis değildir. Dâvacı, yapmış olduğu bir te-diye yi geri istemiyor. Bilâkis, tanzim edilmiş olan bir borç senedinin iadesini veya hükümsüz bırakılmasını talepediyor. Ancak, bu tedi-yenin, adı geçen maddenin anladığı mânada, bir borcun itfası gaye-siyle yapılmış bir eda olduğunda, ve bunun, bir borç senedi tanzim edilmesi halini de, içine aldığı da tereddüt edilemez» (p. 1191, c. 2).

Federal mahkeme, müddeinin iddiasını kabul etmedi. Çünkü taahhât hataen yapılmış değildi (adı geçen karar, sahife 1194). Bina-enaleyh, bu karar borç ikrarının mücerret olmasını kabul eylemekte-dir.

Federal mahkemenin 1900 tarihli kararı (I. O. 26, p; 397 sq.):

Müddeaaleyh olan M me Gordon, Dieterle adındaki bir zatı kendisine bir ev satın almakla tavzif eylemişti. Bunun üzerine, müddei, bu husus için üçüncü şahısla pazarlığa girişmiş ve bu ü-çüncü şahsa, 35, 000 frank peşin verilmek şartıyla, evini satın al-mağa hazır olduğu bildirilmiştir. Bu üçüncü şahıs da, mezkûr şart-lar içerisinde, satış akdinin yapılması için, müddeaaaleyhin rızasını tahsile muvaffak olması takdirinde, D ye 5,000 frank vermeği taah-hüt eylemiştir. Satış yapıldı ve satış bedeli olan 35,000 frank şu suretle tesviye olundu. 25,000 frankını müddeaaaleyhin kendisi öde-di, 5,000 frank, D tarafından ödünç verilmek suretiyle, temin olundu 5,000 frank da satıcının D ye vaadettiği 5,000 frangın mahsubu su-retiyle, ödendi. M me Gordon, D lehine, ödünç sebebiyle, 10,000 franklık bir borç ikrarında bulundu. Bilâhara, M me Gordon haki-kî vaziyeti öğreniyor, ve, D ye yalnız 5,000 frank ödiyor, bakiyesi-nin tediyesini reddediyor. Bunun üzerine, D, borç ikrarına dayana-rak, M me Gordon aleyhine, dâva açıyor. Buna mukabil, müddeaa-aleyh de, sebepsiz zenginleşme definde bulunuyor. Bu da federal mahkeme tarafından kabul olunmuştur. Mezkûr karara göre: p. 403.

«Bütün bu söylenenlerden sonra, dâvacının, hiçbir hukukî sebep olmadığı halde, 5,000 frangı müddeaaaleyhin mamelekenden alabile-

ceği anlaşılıyor. Müddeaaaleyh, bu meblâğı tediye etmiş olsaydı, onu, sebepsiz zenginleşme dolayısıyla geri isteyebilirdi. Aynı şey borç senedi hakkında da ileri sürülebilir. Hukukî, bir sebebi olmadan yapılan bir temlik def'i, veya bir hile def'i dermeyan edilebilir. Yapılan bir edadan sonra, borcun bulunmaması halinde, sebepsiz olarak aldığı şeyin iadesini âmir olan hukuk kaidesi, ifası halinde geri verme mükellefiyetini tahmil edecek olan, bir vadin yerine getirilmesi talebini de imkânsız kılar.»

Federal mahkeme, sebepsiz zenginleşme, def'ine istinat etmek suretiyle, borç ikrarının mücerret mahiyetini zımnen kabul ediyor demektir.

Federal mahkemenin 2/XII/1914 tarihli kararı J. T. 1915, p. 521 sq:

Müddei olan S, B ye 5763 frank borçludur. S, alacaklılarıyla bir konkordato aktediyor, bu konkordato mucibince, alacaklılarına, %30 miktarında, tediye bulunuyor. Fakat, B lehine, alacağın bakiyesi için, bir senet imza etmiştir. B, icra tatbikatında bulunuyor, S, buna itiraz ediyor. Bu itiraz ref ediliyor ve S, borçtan kurtulma dâvası ikame ediyor.

Federal mahkeme; borç ikrarının, «konkordato müzakeresi sırasında deruhde edilmiş güya hukukî bir vecibenin ifası zımında» yapılmış olduğunu müşahede eylediğinden ve böyle bir taahhüdün, icra ve iflâs kanununun 314 üncü maddesi mucibince, menedilmiş olmasından dolayı «borcun bir illeti yok veya alacak *ob turpem causam* elde edilmiştir. Binaenaleyh, borçlar kanununun 62 (61) nci maddesi mucibince (ki ona 17 nci madde muhalif değildir; bakınız, Hafner, rem. 2 ad. art. 15 C. O. Oser, rem. IV et Becker, rem. 3 ad. art 17. C. O. nouveau) bu alacağa, derhal tediye yapılmış olması takdirinde mümkün olan istirdat nisbetinde, itiraz olunabilir.»

Şu noktaya işaret edelim ki eğer, ikrar (tanıma), sadece ispat keyfiyeti bakımından vukubulmuş ise, federal mahkemeye 62 (61) ci maddeye istinat etmeksizin, ikrarın vukuuna esas olan borçun mevcut olmadığını söylemek kâfi gelecektir.

Federal mahkemenin 17 haziran 1915 tarihli kararı (R. O. 41, II, p. 446 sq. burada bir borcun bulunmadığına mütedair bir senet mevzuu bahis idi):

«Belki borçlar kanununun 62 (61) nci maddesi yerindedir. Çünkü, «haklı bir sebep olmaksızın yapılan edadan», aynı zamanda, bir borç münasebetinin mevcut olup olmadığının, bir akidle tanınması da anlaşılır» (p. 459, c. 3).

Bakınız: Vaud, T. C. 29 ekim 1896, Clerc c. Masse Davantay, J. T. 1897, p. 97 sq. — Bern, A. K. H. 24 ocak 1905, Baillo d c. Stauffer, Z. B. J. V. 41, 1905, p. 596 sq., burada mururu zamana uğramış olan bir cironun ödenmesi mevzuu bahis idi. Mahkeme, mururu zamana uğramış olan bir borcun ikrarı mevzuu bahis olduğundan ve eski borçlar kanununun 72 nci maddesinin 2 nci fıkra (yeni 63/2, T. B. K. 62/1) sinin mururu zamana uğramış bir kambiyo borcuna teşmilinin caiz olamayacağından dolayı, müddeinin iddiasını reddettiler.

Borç ikrarının mücerret bir akid olmasına muhalif, bizce malûm olan, tek bir karar mevcuttur: Bale-ville Ap, G, 27/XI/1908, S. J. Z. 5, p. 294, No 443 (52).

75 — b ) Tediye vadi.

Tediye vadinin mücerret olduğu kabul olunursa, vadeden, taahhüdün tabii bir borca veya ahlâkî bir vazifeye mütedair olması takdirinde ifayı reddedemeyecektir.

Federal mahkeme, borç ikrarı hakkında kabul ettiği nazariye hilâfına olarak, tediye vadinin mücerret mahiyetini reddettiler görmektedir.

Federal mahkeme verdiği üç kararda (A. T. F. 2 haziran 1893, R. O. 19, p. 162 sq. — A. T. F. 8 mart 1916, R. O. 42, II, p. 56 sq. — A. T. F. 6 mayıs 1919, J. T. 1919, p. 423, sq.) ahlâkî bir vazifenin ifası zımında yapılan bir tediye vadine hukukî bir değer izafe eylemekten istinkâf eyledi. Bu görüş tarzı, bilâkis tıpkı bir borcun ödenmesi vadinin müteber olduğunu kabul eyliyen, Oser'in fikrine de (rem. VIII, 1, c, p. 5) uygundur.

Bu sistem, pek açık yolsuzluklara sebebiyet vermiş olacaktır: Genève, C. J. C. 22 mars 1921... S. J. Z. 18, 1921 1922, p. 34, No 11:

Gayri meşru bir münasebetten doğan bir çocuk lehine yapılan bir nafaka tediye taahhüdünün hiçbir hukukî değeri yoktur. Ve böyle bir taahhüde istinaden ifa talep olunamaz.

Vadin mücerret oluşu kabul edilmiş olsaydı, baba ifaya icbar olunabilirdi.

Bu içtihat, üzerinde durulmaya değer ve nasafete aykırı neticeler tevhit edeceğinden şayanı arzu değildir.

Bu bakımdan isviçre hukuku, yalnız alman hukukuna nazaran değil, aynı zamanda, mücerret taahhüdü kabul etmiyen, fransız

(52) S. J. Z. un vermiş olduğu hülâsa garikâfi olduğundan bu kararın tenkidini yapamamaktayız.

hukukuna nazaran da, çok geride kalmıştır. Fransız mahkeme içtihatları daha, eskidenberi, ahlâki bir vazifenin ifası zımında yapılmış olan bir vâdin, onda ıvassız bir tasarruf vasfı görmeksizin, medeni (civilment) olarak, vadeyleyi bağliyaacağını kabul etmektedir. Fransada, C. J. C. Genève' in kararlarında mevzuu bahsolan hâdiselere müşabih, birçok kararlar vardır (Bak, Planiol, t. II, 344 ve 345 numaralara).

Federal mahkemenin, içtihat değiştirmek suretiyle, tediye vâdinin, ikrarda olduğu gibi, mücerret taahhüt olarak kabul eylemesinin zarurî olduğu kanaatındayız. Bu hususta profesör Eugène Huber'in C. J. C. de Genève ihtilâfına ibraz edilmiş olan bir mütalâası fikrimizi desteklemektedir. (Bak, Bull. Sten., 1906, p. 1237.)

### Ü ç ü n c ü K ı s ı m

#### SERVETTE BİR NOKSANLIK HUSULE GELMEMİŞ OLMADAN MÜTEVELLİT ZENGİNLEŞME

##### § 1. — Umumi olarak

76 — Müddeinin fakirleşmesini mucip olan hâdis e yüzünden, müddeaaaleyhın, mamelekinin aktifinin, vukua gelmesi muhtemel olan, bir masraftan kurtulmuş olması takdirinde, servette noksanlık husule gelmemiş olmadan dolayı bir zenginleşme vardır.

Bu suretle vukua gelen zenginleşme, mamelekin aktifinin müsbet bir şekilde artmasını icap ettirmez. Hiçbir iktisadî kıymet müddeaaaleyhın mamelekine girmemiş ve fiilî hiçbir menfaat iktisabı mevcut değildir. Zenginleşme bir bakımdan, menfidir. Müddeaaaleyh, sadece, bir fakirleşmeden kurtulmuştur.

77 — Alman doktrini (Staudinger, t. II, 2. § 812, rem. I, 3, p. 1550 — Planck. t. II. § 12. rem 1, p. 932 — Enneccerus, t. 1, § 441, rem. I. 4, p. 611. — von Mayr, p. 125. — Plessen, p. 15), ve fransız doktrini (Théodoroff, p. 95, sq. — Bouché - Leclercq p. 108. — Maury, p. 237) gibi, işviçre hukuku da bu tarzdaki zenginleşmeyi kabul eylemektedir. (Oser, art. 62. rem. II 1. p. 252, bir borçtan ibrayı ve bir basraftan tasarrufu öngörmektedir. — Becker, art. 62, rem. II, 1. ch. 2, p. 266: «bir masraftan kaçınmak gibi servetin noksanlaşmasına mâni olma hali». — Fick, art. 62, n. 4

à 8, 19), bu suretle olan zenginleşme ancak birkaç fransız müellifi tarafından reddolunmaktadır (53).

Daha sonra da göreceğimiz üzere, mahkeme kararlarında, misallere rastgelinir.

78 — Müddei nihayet kaybetmediği kadar zenginleşmiştir. Fakat, esas şart, fakirleşmenin önüne muhakkak surette geçilmez. Diğer bir tabirle; müddeinin zararını mucip olmuş olan sebebin, müdahale edilmemiş olması takdirinde, müddeinin behemahal bir ziyaa kayba maruz kalması şarttır.

79 — Bununla beraber, ziya keyfiyetinin mutlak zarureti hakkında, delil talebine kadar gidilmiyecektir. Böyle bir delil istemek mümkün olmıyan bir şey istemek demektir. Onun için, hâdisatın normal cereyanına göre, mühtemel bir ziya keyfiyeti ile iktifa olunacaktır. Binaenaleyh, bu her şeyden evvel, zamanın şartlarına göre değişen bir vakıa meselesidir. Şu halde, biz, ziyayı muhakkak, hiç olmazsa muhtemel, olacağı hakkında mücerret bir tarif vermeyeceğiz.

Bu husus için kıstas, bilhassa yapılacak bir masraftan ictinap edilmiş olması takdirinde, müddeaaaleyhin sürdüğü hayat tarzı, ve onun servet bakımından olan durumu, şahsî itiyat ve ihtiyaçları ve sairedir. Bu sübjektif kriteriyum her şahsa göre, hattâ aynı şahıs hakkında, değişebilir. Bunun için, klâsik *bonus pater familias* kaidesi esas tutulacaktır. Fakat, müşahhas olan bazı unsurları nazarı itibara almak için, bazan bu kaideye muhalif bile hareket etmek zorunda kalınacaktır.

80 — Servette bir noksanlık husule gelmemiş olmadan mütevelit zenginleşme, çok defa bir başkasına ait olan şeyin iadesi imkânsızlığından ve meselâ *o şeyin istihlâk edilmiş* olmasından mütevelit olabilir:

«Zengin bir tüccar olan, Paul'a gönderildiği halde, şehven, onun isim benzeri, amele Paul tarafından alınmış ve tarafından istihlâk edilmiş olan bir kutu Havana sigarasından dolayı, amele Paul'un, bu sigaraların ticarî değeri kadar, zenginleştiği kabul olunamaz. Zira, mumaileyh, bunların değerine muadil olan bir noksan masrafta bulunmadı. Belki, birkaç paket adı sigara değeri kadar zenginleşti.

(53) Ripert et Teisseire, büyük müşkülleri mucip olacak bir ihtimalât içine düşüleceğini söylemektedir. 780. — Sic.: Chaine, l'enrichissement sans Cause dans le droit civil français, tkése, Lyon, 1909, p. 127 sq.

Başkasına ait olan şey, bilâ ıvaz, hüsnü niyet sahibi olan üçüncü bir şahsa devredilmiş olabilir:

Üçüncü bir şahsa ait olan bir yüzüğü nişanlısına hediye eden erkek nişanlının, bu yüzden, mümasıl bir yüzüğü satın almamış olmaktan dolayı, masrafında noksanlık vardır. Zira, bu hediye, icabatın zarurî kıldığı bir masraftır. (54., 55).

81 — Menfi zenginleşmeye, sebepsiz olarak kabul olunan eda veya elde edilmiş olan bir menfaat mahiyetinin aynen iadeye mâni olması takdirinde de, tesadüf olunur. Meselâ, hizmet edaları, iş edaları; bir şeyden istifade veya bir şeyi kullanma (istihsal eylediği meyvalar hariç) menfi bir zenginleşmeyi tevlit ederler (A. T. F. 3 kısım 1898, Grenier c. Dumont, J. T. 1899, p. 323):

Mümessilini salâhiyetsiz olmasından dolayı, yapılan bir gayrimenkul satışının iptal edilmesine, federal mahkeme, sahibi olduğu zanniyle gayrimenkulde ikamet eyliyen alıcıyı, oturduğu müddete mukabil, bir miktar kira vermeğe mahkûm eylemiştir.

Buna benzer bir karar Maury tarafından zikredilmiştir: Besançon, q dec. 1908. S. 09 2. 1. p. 198 ve 244. Aynı mahiyette bir karar daha: Zurich, A. K. 31 ağustos -901,... Ann. 1902, p. 62, No 158.

A. T. F. 24 mayıs 1913, Meierc. Zimmermann, Praxis, II, 1913, p. 358:

Bir hâsılat icarında mukavele, hata sebebiyle, müsteciri bağlı kılmadığı halde, gayrı menkulden istifade eylediği için, bu istifade mikdarınca, tazminat vermeğe mahkûm olundu:

A. T. F. 31 mart 1905, Stettler et Mosimann c. Sch. Volksbank et cons., R. O. 31. II, p. 140 sq.

Bilâhara iflâs eyliyen, bir kiracıya icara verilmiş bir atelyenin sahibi, kendi mülkiyetinde ve fakat müflisin tahtı icrasındaki ma-

(54) Misal, Kallmann tarafından zikredilmiştir: Inhalt und Umfang des Ber. anspr., diss. Greifswald, 1911, p. 28.

(55) Bu misaller müddealeyhin kendisinin şeyin mülkiyetini iktisap etmediğine göredir. Aksi takdirde, bilâhara, menfi bir iktisaba tahavvül etmiş, bidayette müsbet bir zenginleşme müvacehesinde bulunurduk (Bak, No 177, bb). — Eğer bu temlik, ıvazlı olsaydı haksız fiilden mütevellit bir dâva hâli mevzuu bahis olmamak şartıyla temlik eden temlike mukabil aldığı şey mikdarınca veya bedelin ödenmemiş olması takdirinde mümellike karşı olan alacak hakkı kadar, zenginleşmiş olacaktı. Hattâ. müddealeyhin şeyi eline almasından evvel mukavelenin akdedilmiş olması takdirinde dahi menfi bir zenginleşmenin mevcudiyeti tsavvur olunabilir.

kinalar üzerinde hakkını ileri sürdü fakat iflâs idaresi bu iddîayı reddettiğinden, mucir, hakkın mevcudiyetini tanıttırmak için, bir dâva açmak mecburiyetinde kaldı. Dâvanın devamı müddetince makinalar atelyede kalmakta devam eyledi ve bu müddet zarfında da malik olan mucir, makinalarından, kararın kesinleşmesine kadar, istifade edememişti. Mucir, üzerinde ihtilâf olan makinaları kendi atelyesinde muhafaza etmek zorunda kaldığı ve hükmün kat'ileşmesine kadar atelyesinden istifade edemediği cihetle *eo facto* birzarara maruz kaldığını, ve bunun iflâs idaresinin yaptığı masraflarda bir noksanlık intaç eylediğini beyan ile bu noksan masraf miktarınca iflâs idaresi aleyhine sebepsiz zenginleşme dâvası ikame eyledi. Federal mahkeme, muhafaza ve ambarlama masraflarından vaki tasarruf (noksan sarfiyat) nisbetinde bir, sebepsiz zenginleşme mevcut olduğunu kabul eyledi.

82 — Yapılacak tasarrufun önüne geçilmesine dair bir misal daha verelim:

A. T. F. 29 eylül 1911, Fres c. Mause Buchmann, B. Z. R. 11, 1912, No 3, p. 5 sq.:

Bayan B., iki adet hayat sigorta poliçesini, primlerini ödemek şartıyla, F'ye devretmişti. Bu devir itimada müstenit bir muamele idi. Bayan B. iflâs etti. F. kendi vekâletinin hitama ermiş olmasına rağmen, primlerini ödemeğe devam etti. İflâs masası, F. den sigorta poliçelerini istedi. Fakat F. de iflâsın açıldığındanberi ödemiş olduğu primlerin kendisine tasviyesini istedi. Federal mahkeme, bu talebi, eski borçlar kanununun 473 (muaddel 423 T. B. K. 414) üncü maddesi mucibince ve şu esbabı mucibe ile kabul etti:

p. 12: «Eğer dâva edilen F. sigorta primlerini ödememiş olsaydı, masa, sigortacının talepleri sebebiyle, mamelekin (sigorta edilmiş olan) bütün değerini gayip etmesine mâni olmak için, şimdi dâva edilen F. nin tazminini talep ettiği, bütün primlerini, ödemeğe mecbur olacaktı. Masa, dâva edilenin yaptığı tediyelerle, bu tedavi edilen miktarı vermekten kurtulmuş ve bu nisbette zenginleşmiştir.»

83 — Masrafın veya ziyân muhtemel olması keyfiyeti, evvelce gördüğümüz gibi, yalnız maddi ve manevî bir unsurdan ileri gelmez, hukukî bir unsurdan da mütevellit olabilir. Bu vaziyet, bilhassa, bundan sonraki parağrafta tafsilâtiyle göreceğimiz bir borçtan ibra edilme halinde görülür.



## § 2 — Bir borçtan kurtulma

84 — Müddeaaaleyh, kanun veya bir mukaveleden ötürü, başkasına yapmakla mükellef olduğu maddî değeri haiz, bir edadan kurtulmuş ise, bu nisbette de bir zenginleşme var demektir.

Bir borçtan kurtulma suretiyle vukua gelen zenginleşme, menfi bir zenginleşmedir; filvaki, bu borç, borçluyu muayyen bir edanın ifasına mecbur tutar. İbra ile borçlu, borcundan kurtulmuş demektir. Bu takdirde borçlu, sarfından tevekki eylediği masraf nisbetinde zenginleşmiş demektir .(56).

85 — Bununla beraber, mevzuları bir *hizmetin ifasından* ibaret olan edaları bir tarafa bırakmak lâzımdır. Herhangi bir hizmeti ifa etmemiş olan bir kimse, bu hareketinden dolayı zenginleşmiş ve mameleki bundan dolayı artmış değildir. Eğer bu hizmeti yapmış olsaydı bile servetinde azalma olmayacaktı. Binaenaleyh, menfi bir zenginleşme mevzuu bahis olamaz.

Bununla beraber, müddeaaaleyh, bundan bir fayda elde etmiş ve hizmetini bir bedel mukabilinde vaad eden, hizmetini vaddettiği kimseden, evvelce bir ücret almış olabilir, veyahut bu işi yapmağa tahsis edeceği zamanı daha faydalı bir surette kullanabilir. Nitekim, bu fikir borçlar kanununun 332 (325) nci maddesinde mündemiçtir:

«İş sahibi, işi kabulde temerrüt ederse, işçi, taahhüt ettiği işi yapmağa mecbur olmaksızın, mukaveledeki ücreti isteyebilir. Şu kadar ki, işi yapmadığından dolayı, tasarruf ettiği yahut diğer bir iş ile kazandığı ve kazanmaktan kasden feragat eylediğini mahsup ettirmeğe mecburdur.»

Binaenaleyh, bir hizmet ifasından kurtulma müsbet bir zenginleşmeyi intaç edecektir.

86 — Bir borçtan kurtulmadan dolayı servetin noksanlaşmasının önlenmiş olması, borcun bir gün ifa olunmasının muhakkak bulunmasından ileri gelmektedir. Menfi bir zenginleşme mevcudiyetinin muhakkak bulunduğu tasdik olunduğu hallerde böyle olsa bile, her zaman bir tasarruf muhakkak değildir; bir alacaklının ala-

(56) Bir blânço yapılı ve aktif ile passif arasındaki münasebet bakımından mamelek tetkik olunursa o zaman bir borçtan kurtulma keyfiyeti müsbet bir zenginleşme olarak telâkki olunabilir. Bu takdirde müsbet zenginleşmenin mevcut olduğu iddia olunabilir. Bak, Maury, p. 244. Fakat, menfi zenginleşmeden hareket etmek suretiyle faydayı (Kârı) hesap etmek daha kolay olur.

cağını, terk( yani borçluyu ibra) eylemesi veya alacağını hibe eylemesi veyahma neticesi müruruzamana uğratması (Maury, p. 243) mümkündür; bunlar, pek istisnai hallerdir. Fakat, zenginleşen, bir ifada bulunmaksızın, kendisini borçtan kurtarabilecek hâdisatı ispat suretiyle, iade borcundan mesul olmadığını ileri sürebilir ki bunlar, bizim bir tarafa bırakmak zorunda bulunduğumuz defilerdir.

87 — Dâva olunabilecek, hakkında cebri icraya başvurulabilecek medeni bir borç olmalıdır. Tabii veya ahlâkî bir borçtan kurtulma halinde bir zenginleşme yoktur. Böyle olabilmesi için, borçlu, borcunu ödemek arzusunu izhar eylememiş olmalıdır. Mururu zaman gibi, hakkın istihsaline mâni olabilecek, bir defî hakkının mevcudiyeti dolayısıyla, medeni bir borç, mefluç bir vaziyette bulunursa vaziyet yine aynıdır, yani burada da vaziyet, mururu zamana uğramış olan borcun ödenmiş olması hali gibidir.

88 — Bir borçtan kurtulma muhtelif şekillerde olabilir:

1° *Müddei, müddeaaaleyhin alacaklısına tediyede bulunmuştur.* Burada, müddei tarafından, alacaklıya, başkasının borcunu itfa etmek maksadıyla yapılmış bir eda mevzuu bahistir. Yalnız, müddei de, borçtan kurtarma kasdının mevcut olması lâzımdır. Borcun başkası tarafından ödenmesi daima mümkündür. Edanın bizzat borçlu tarafından yapılmasında menfaati bulunduğu hal hariç (68. T. B. K. 67); alacaklı, herhangi bir kimse tarafından yapılacak ifayı kabul ile mükelleftir. Aksi takdirde, alacaklı mütemerrit olur (B. K. 91 T. B. K. 90 sq.). Üçüncü şahsın ifayı kendi nam ve hesabına veya mümessil sıfatiyle (57) ödemiş olması haizi ehemmiyet değildir.

Başkasının ifadesiyle ortadan kalkan ve bu itibarla sebepsiz bir iktisap dâvasının doğmasını intaç eden hallere misal olarak şunları zikredebiliriz:

A. T. F. 16 haziran 1893, Pochon c. Fazy, J. T. 1893, p. 525, c: 3:

Ortakların müteselsilen mesul bulunduğu bir şirkette, bir şerikin şahsî borçlusunun müteselsil kefilî, şirketin bir başkasına olan borcunu, bu başkası tarafından, kefilin, şerike karşı, borçlu olabileceği meblâğ üzerine, yapılan icraî takibatı durdurmak için, öde-

(57) Şu noktaya işaret edelim ki; bir başkasının borcuna müteallik olarak üçüncü bir şahıs tarafından yapılan bütün edaların borçluyu borcundan kurtarması lâzım gelmez borçlar kanununun 110 (109) uncu maddesinin derpiş ettiği hallerdeki halefiyet veya aynı kanunun 164 (162) üncü maddesinin derpiş ettiği temlik neticesi olarak alacağın sadece aktif süjesi değişmiş olabilir.

miştir. Böylece şerik, bir borçtan kurtulmuş ve bu nisbette zenginleşmiştir. Çünkü, kendisi ile müteselsilen mesul bulunan diğer ortağının hali acze düşmesi takdirinde bu borcun tamamını ödemek zorunda kalacaktı.

A. T. F. 4 — II teşrin — 1915, Volksbank in Reinach c. Humbert, R. O. 41, II, p. 637:

Bir banka, evli bir kadınla yapmış olduğu bir mukavele hükmü icabı olarak, kocanın borcunu ödemiştir, bu hususta banka ile karı arasında yapılan mukavele, medenî kanununun 177/3 (169) maddesi mucibince, batıl olduğundan, koca, bankaya karşı zenginleştiği nisbette borçludur.

A. T. F.30 Eylül 1919, Fuhrmann c. Ferrat, R. O. 45, II, p. 453:

Salâhiyetli bir mümessile yapılan bir ifa, temsil olunanı zenginleştirir.. bu değerlerin, temsil olunana devredilmemiş olması takdirinde, temsil olunan mümessile karşı bir alacak hakkı miktarınca zenginleşir.

Fakat mümessil, kendisine yapılan tediyeyi, temsil olunanın, kendisine karşı olan bir borcuna, kısmen veya tamamen, mahsup ederse, vâki tediyeenin haklı bir sebebe istinat etmemesi takdirinde, temsil olunan, mahsup ameliyesi neticesinde, borcundan kurtulduğu nisbette, zenginleşmiştir. Bu itibarla da, üçüncü şahsa, onun, mümessile yaptığı tediyesi nisbetinde, borçludur.

Gene bakınız, A. T. F. 29 Ekim 1886, Bank in Luzern c. Biemann, R. O. 12, p. 565 — A. T. F. 10 Kasım. 1893, jaggi et Cie. c. Hors Segesser, R. O. 19, p. 840. sq. — A. T. F. 17. Kasım 1893, Fritschen c. Leissi, R. O. 19 p. 843 sq. — A. T. F. 25. Kasım 1910, Pennrich c. Bertrand.

89 — Eğer üçüncü şahıs, borçlu tarafından verilen vekâlet üzerine, kendi adına bile de olsa, tediyeede bulunmuş ise, sebepsiz zenginleşme yoktur. Zira, üçüncü şahıs vâki sarfiyatı telâfi için *l'actio mandat contraria*'ya maliktir. Eğer üçüncü şahıs, vekâleti olmadan ve fakat menfaatini gözönünde bulundurmak suretiyle, onu borcundan kurtarmış ise, gene sebepsiz zenginleşme yoktur. Üçüncü şahıs, bu takdirde, borçlar kanununun 419-422 (410-413) nci maddelerinin anladığı mânada, vekâleti olmadan başkası hesabına tasarrufta bulunan kimse olacaktır. Eğer bu maddeler tatbik olunamazsa, vaziyet, sebepsiz zenginleşme kaidelerine sevkeden borçlar kanununun 423 (414) üncü maddesinin tatbik sahasına girecektir. İşte bundan dolayıdır ki, federal mahkemenin meseleyi, evvelâ 419-422

(410-413) madde bakımından, sonra da, 423 (414) üncü madde bakımından tetkik ettiğini görüyoruz. A. T. F. 20/X/1886, R. O. 12, p. 656. — A. T. F. 10/XI/1893, R. O. 19, p. 840 sq. — A. T. F. 17/XI/1893, R. O. 19, p. 845 sq. 419 - 422 (410-413) nci maddelerin aradığı şartların mevcut olduğunu ispat etmek müddeinin menfaati icabındadır. Zira, müddealeyhin mezkûr maddelere nazaran olan mesuliyeti 423 (414) üncü maddenin derpiş eylediği mesuliyetten daha geniştir.

90 — Müddeinin tediyesiyle, borcundan kurtulan borçlu, alacaklına karşı takas dermeyan edebilirse, bu takdirde, borçlunun bu tediyeeden istifade edip etmediğinin tâyini bir hâdise meselesidir. Filvaki, mezkûr alacaklı (hem de borçlu) aciz halinde ise, takas dermeyan etmek suretiyle hiçbir zarara maruz kalmıyacaktır. Fakat, müddeinin tediyesiyle alacaklı, alacağını aldı. Halbuki bu suretle borcundan kurtulan borçlu, kendi borçlusundan alacağını alamamıştır. Takas artık mümkün olamadığından borcundan kurtulan kimse- nin elinde pek izafî olan bir kıymet kalmıştır. Bu takdirde, borcun- dan kurtulan borçlunun vâki zenginleşmesi, bu şartlar içinde, bu alacağın kıymetini geçemez.

91 — 2° Müddealeyhin borçtan kurtulması, borcu üzerine alan müddei ile alacaklı arasında yapılan *borç nakli* mukavelesinden ileri gelebilir (madde 176 (174)).

92 — Yukarıki iki halde (1° ve 2°) müddealeyhin üçüncü bir şahsa karşı sahip olduğu bir borç mevzuu bahistir. Fakat, yalnız bu çeşit borçlardan dolayı borçtan kurtulunmaz. Borçlu haklı bir sebep olmaksızın, bizzat müddeiye karşı olan borcundan da kurtulabilir; eğer mücêrret bir hukukî muamele olduğu kabul olunursa, bu vaziyet, *akdî ibra* neticesinde husule gelebilir. (droit allemand; bak. Ennecrus, t. I. 2, § 297, rem. I, 3) Bak, A. T. F. 16/XII/1911, J. T. 1902, p. 263:

Zenginleşme, müddeinin müddealeyhe karşı malik olduğu bir rucu hakkından vazgeçmesiyle husule gelebilir.

#### D ö r d ü n c ü K ı s ı m

#### BİR MİKTAR PARA ALINMASINDAN MÜTEVELLİT ZENGİNLEŞME

93 — Zenginleşmenin tatbikatta en ziyade tesadüf olunan şekli bir miktar paranın tahsilinden ileri gelen zenginleşme şeklidir.

Federal mahkemenin müracaat ettiğimiz kararlarının ekserisi bu tip zenginleşmeye mütedairdir. Fakat onların hiçbirisi burada mevzuu bahis zenginleşme tarzına tatbik olunamaz. Federal mahkemeye göre, bir kimse, bir miktar parayı tahsil edince, o paranın değeri kadar zenginleşmiştir.

94 — Ekseriya şu hallerde müsbet zenginleşme vardır: müddealeyhin tahsil ettiği meblağın mülkiyeti iktisap etmesinde... nitekim, A. T. F. niñ 3 nisan 1941 tarihli kararında (R. O. 40, II, p. 251) şu ifadeyi görürüz:

«İsviçre borçlar kanununun 63 (62) üncü maddesindeki *condictio indebiti*'nin ilk şartı, hiç şüphesiz, zenginleşmiş olmaktır. Müddealeyh, kendisine verilen paralara, malik olmuştur ve mameleki ödenen meblâğ kadar artmıştır.»

Bu mülkiyetin iktisabı, ekseriya mücerret temlik akidlerinin neticesidir.

Fakirleşmiş olan kimsenin parası ile zenginleşmiş olan kimsenin parasının birbiriyle karışması suretiyle de, mülkiyet iktisap olunabilir. Bununla beraber bu fiilî durum medenî kanunun 727 (700) inci maddesinin tatbik sahasına girmez. Zira, burada, yeniden teşekkül etmiş bir şey mevcut değildir.

Wieland, t. I, art. 727, rem. 5, p. 464:

«Karışma adıyla isimlendirilmesi mutad olan ve tatbikatta pek önemi olan misli şeylerin birbiriyle birleşmesi hali 727 nci maddenin tatbik sahasına girmez.»

Wieland, misli olan şeylerin, paraların ve kıymetli kâğıtların birbiriyle karışmaları hakkında şunları söylüyor: (t. I, art. 727, rem 6, p. 464, sq.):

«Karışma ile bu çeşit birleşmeği birbirinden tefrik etmek lâzımdır. Fikrimize göre, karışmaya mütedair olan hükümler, birçok müelliflerin söyledikleri gibi, kıyas suretiyle, tetkik ettiğimiz halere tatbik olunamaz. Bu nokta üzerinde ileri sürülen muhtelif nazariyeler hakkında, bak Kober, rem. 6, ad § 948 B. G. B. Burada aslı şey ile ne kasd olduğu açık değildir. Binnetice; müşterek hukukta olduğu gibi başkasının parasını kendi parası ile karıştıran kimse, o şeyin tamamının maliki olur; Arg. C. O. art. 481; Crome, p. 360, No 29; Dernburg, Pandekten, I, § 210.»

Bak: Leemann, art. 727, rem. V, ch. 16 sq. — Medenî kanunun ön projesinin gerekçesi t. III, Droits réels, 1902, p. 97 i. f. — Staudinger, t. III, § 948, rem. 6.

95 — *Menfi bir zenginleşme* de kabili tasavvurdur. Meselâ, müddeaaaleyh, paranın mülkiyetini, ne mücerret bir nakil ile ve ne de kendi parasını müddeinin parasiyle karıştırmak suretiyle zenginleşmiştir. Zira, onun parasından sarfetmek suretiyle, kendi parasını sarfetmemiş ve böylece bir tasarruf yapmıştır. Müddeinin yaptığı sarfiyatın kendisini zenginleştirebilmesi için vâki sarfiyatın zarurî bulunması lâzımdır.

İspat yükünün aidiyeti halli nazik olan bir meseledir.

Menfi bir zenginleşme mevzuu bahis olduğu zaman müddei, müddeaaaleyhin zenginleşmiş olduğunu ispat etmelidir. Binaenaleyh müddei, müddeaaaleyhin bu suretle bir masraftan kurtulduğunu ispat edecektir. Para mevzuu bahis olduğu hallerde müddeiden delil talep eylemek, fiilen ve ekseri ahvalde, ispatı gayrı mümkün bir şey talep etmek demek olacaktır. Bu itibarla, müddeaaaleyhin bir meblâğı almış olması takdirinde, onun bu meblâğ miktarıyla zenginleşmiş olduğu hakkında karine kabul eylemek daha doğru olacaktır.

## DÖRDÜNCÜ BAŞLIK

### FAKİRLEŞME

96 — Sebepsiz zenginleşmeden mütevellit bir alacağın mevcudiyeti için yalnız bir fakirleşmenin mevcut olması kâfi değildir; bundan maada 62 (61) nci maddenin birinci fıkrası, bu zenginleşmenin «aharın zararına» vukubulmuş olmasını şart koşmaktadır. Bu, birinin zenginleşmesi, diğerinin fakirleşmesine tekabül eylemelidir demektir. (Oser, art. 62, rem. II, 2. — v. Alman hukukunda: Ennecrus, t. I, 2, § 441, rem. II. — von Mayr, p. 192 sq. — Jung, p. 144 sq. — Fransız hukukunda: Maury, p. 251. sq. — Bouché - Leclercq, p. 118 (58).

97 — Almanca metinde «aus dem Vermögen» ibaresi kullanılmıştır. Fr. von Wyss, fransızca istilahın karşılığı olan «auf Kosten»

(58) Bir fakirleşmenin lüzumu şartı Ripert et Teiseire tarafından «Essai d'une thde l'enr. sans cause en dr. civ. fr.», Trim. de dr. civ. t. III, 1904, p. 727 sq.; bu müellifler, müddeinin fiiliyle diğerine bir menfaat temin eylemiş olmaları takdirinde, hiçbir fakirleşmeğe maruz kalmamış olsa bile, ona, tazminat dâvası hakkı tanımaktadırlar. Zira, bu takdirde, bir istirdat dâvası mevzuu bahis olamaz. Fakat bu müellifler, noktai nazarlarında yalnız kalmamaktadırlar ve nazariyeleri bütün fransız doktrini tarafından müttefikân cerh olunmuştur.

ibaresini teklif etmişti. Mumaileyh, bu formülü de, biraz geniş buluyordu, fakat «aus dem Vermögen» istilâhını da çok dar mânâ ifade eyleseninden dolayı, tenkid ediyordu. (Motive von Wyss, p. 10) B. G. B. projesinin, § 748 de, borçlar kanununun almanca metninin kullanıldığı istilâhı kabul ediyordu. Fakat, komisyon, Wyss'in yaptığı tenkidi yaptı ve nihayet «auf kosten» istilâhı § 812 nci paragrafın kat'î metni arasına geçti (bak Jung, p. 145 sq.).

Becker (art. 62, rem. II, 2, ch. 3, p. 267) bunun geniş mânâda tefsir edilmesi taraftarıdır, federal mahkemenin de noktai nazarı bu merkezdedir (A. T. F. 9 mars 1894, Eidg. Bank c. Schw Centrallbahn, R. O. 20 p. 216, c. 6. — A. T. F. 28 avril 1899, Kreditanstalt Schw. Bankverein c. Maag. R. O. 47, II, p. 324, c. 3).

98 — Bir kimse, aktifinin azalması halinde fakirleşir. Meselâ, bu, bir mülkiyet hakkının kaybedilmiş olmasından (ekseriya bir miktar para üzerindeki mülkiyet hakkının) veya bir diğerine karşı olan bir alacak hakkının kaybedilmiş olmasından: meselâ, zenginleşenin yaptığı tahsilât dolayısıyla (A. T. F. 2 oct. 1897, Ap penzeller c. Brand, R. O. 23 p. 782 sq. — A. T. F. 2 oct. 1897, Wütrich c. Hofmann, R. O. 23, p. 1646 sq — A. T. F. «28» avril 1899, Kreditanstalt St-Gallen c. Eckert, R. O. 25, II, p. 326 sq.) veya müddeinin alıcı (preneur) sı olduğu bir poliçenin zenginleşene cirosu suretiyle olur (A. T. F. 2. (novembre 1910, Pennrich c. Bertrand, n. p.).

Müddei, pasifinin çoğalmasıyla, yani borç altına girmek suretiyle de fakirleşebilir.

99 — Fakat, sadece mamelekin tezayüdüne mâni olunma halinde bir fakirleşmeden bahis olunabilir mi?

Zenginleşmenin, servetin müsbet bir tezayüt ile vukua gelebileceğini kabul ettikten maada, noksanlaşmanın vukua gelmemiş olmasından mütevellit de olabileceğini kabul etmiştik. Binaenaleyh, aynı prensibin burada da bir tatbikini yapmak ve bir kimsenin yalnız mamelekinin noksanlaşmasıyla değil, aynı zamanda, onun, artmasına mâni olunmak suretiyle de fakirleşmenin mümkün olduğunu kabul eylemek mantıki olur. Kaldı ki, «lucrum cessans» in nazarı itibara alındığı kadar «damnum emergens» in de nazarı itibara alındığı, haksız fiilden ve mukaveleden mütevellit zararlar arasındaki müşabeheti de zikredebiliriz. Kanunun 62 (61) ve müteakip maddelerinin bahsettiği dâva, binnisbe, bir tazminat dâvası karakterini haizdir. Binaenaleyh, zarar miktarının umumî esaslara göre ölçülmesine bir mâni yoktur.

Mahkeme içtihatları, birinin bir şeyi kullanma ve ondan faydalanma imkânını kaybetmesi halini, bir fakirleşme telâkki eylemek suretiyle, bu çeşit fakirleşmeği kabul eylemektedir. (A. T. F. 3 décembre 1898, Grenier c. Dumont. J. T. 1899, p. 317 sq. — A. T. F. 31 mars 1905, Stettler et Mosimana c. Schw. Volksbank et Cons. R. O; II, p. 140 sq.).

100 — Mamelekin artmasına mâni olunmadan ileri gelen fakirleşmenin en tipik misali müddeinin diğerine bir hizmet ifa etmiş olması ve ona sınaî bir edada bulunması halidir. Müddei «kendi fiiliyle diğerine bir hizmet ifa etmiş olmaktan dolayı» daha ziyade fakirleşmiştir denemez (Savatier, p. 196 i. f.); Eğer, bu hizmet sureti umumiyede, ücret mukabili yapılan bir hizmet ise, müddei bir zarara maruz kalmıştır. Zira, faaliyetini beyhude yere sarfetmiş ve mesaisinden normal surette elde edebileceği bir menfaati kaybetmiştir. Bununla beraber, müddeinin, bir hizmet edasıyla, daima fakirleşmekte olduğunu söyleyemeyiz. Bunu tâyin eylemek için, meseleyi in casu olarak tetkik etmek ve müddeinin, müddeaaaleyh için çalıştığı zaman zarfında, faaliyetinden faydalanabilip faydalanamayacağını tetkik etmek lâzımdır (Bak. Oser, art. 62, rem. II, i. f. — Bouché - Leclercq, p. 226).

101 — Fakirleşme yoksa dâva hakkı da yoktur. Meselâ, teamül ibraz edilmiş olan hizmete mukabil hiçbir ücretin verilmesini tecviz etmiyorsa bir fakirleşmeden bahsolunamaz. «Bir kayıkçının acemi bir yüzücüyü denizden çıkarması, bir yolcunun, çamura saplanmış bir arabayı oradan çekmesi, bir kimsenin bir yangının söndürülmesine yardım etmesi, hallerinde yardıma koşan şahısların, yardımına koştukları kimselerden bir minnettarlık borcundan başka bir şey talep etmeğe hakları yoktur» (Savatier p. 196 i. f.).

102 — Alacaklının fakirleşmesi, müddeaaaleyhe terettüp eden iade miktarında mühim bir rol oynar. Eğer, vaki zenginleşme, fakirleşme miktarından fazla ise, müddeaaaleyhin mesuliyetini tayin eden, bu fakirleşme olacaktır. Bu kaide, ilk zenginleşme hakkında tatbik olunduğu gibi, müddeaaalevhin zenginleşmeden elde ettiği kârlara da kabili tatbiktir. Müddeaaaleyh, ancak bizzat müddeinin elde edeceği kârlar kadarını iade ile mükelleftir (bak. No 193).

103 — Vaki zararın müddeaaaleyhe veya üçüncü bir şahsa karşı sebepsiz zenginleşme dâvasından maada, zararı telâfi eyleyecek olan bir dâvadan ileri gelmiş olması takdirinde, müddeinin fakirleşip



fakirleşmediği hususu caî sualdır bu mes'eleyi bir tarafa bırakıyoruz. Çünkü, bunun halli sebepsiz zenginleşme davasının tali bir dava veya diğer davalarla birlikte açılması mümkün olan bir dâva olup olmamasına bağlıdır.

## BEŞİNCİ BAŞLIK

## İLLİYET RABİTASI

104 — Bir sebepsiz zenginleşmeden mütevellit dâvanın açılması için «aharın zararına» vaki bir zenginleşmenin mevcudiyeti şarttır; binaenaleyh, müddeinin fakirleştiğini ispat eylemek kâfi olmayıp müddeaaleyhin de zenginleşmiş olması lâzımdır. Bundan maada, müddeaaleyhin bilhassa «fakirleşmenin zararına» olarak zenginleşmiş olduğunu ispat eylemek lâzımdır.

Bu tabirden çıkan ana fikir, birinin vaki zararı ile diğerinin kârı arasında bir münasebetin mevcut olmasıdır: müddeinin, müddeaaleyhin zararına olarak, zenginleşmesi ancak, zenginleşen ile fakirleşen arasında bir münasebetin, bir alâkanın, bir tâbiyetin mevcut olması takdirinde mümkün olabilir.

105 — Filvaki, bir zarara maruz kalan bir kimsenin bu zararı, bir diğerinin yaptığı kârdan talep eylemeğe kalkışmasını (eğer bu kâr kendi aleyhine olarak vukul gelmemiş ise) akıl kabul etmez. İşte bundan dolayıdır ki, iadeye tâbi olmıyan birçok zenginleşmeler de mevcuttur. Çünkü, burada hiçbir kimse bu zenginleşmenin kendi zararına olarak vukua geldiğini ispat edemez: «Bir şehrin büyümesi veya ehemmiyet kespilmesi sebebiyle gayrimenkul değerlerinin artması halinde vaziyet böyledir. Siyasî ve iktisadî sebepler yüzünden menkul kıymetlerin değerinin artması halinde de yine vaziyet böyledir.» (Théodoroff, p. 102. — Rippet et Teiseire, p. 767. — Poltzer, p. 91).

106 — Alman müellifleri, zenginleşme ile fakirleşme arasında «Kausalzusammenhang» ın mevcudiyetinin zarurî olduğunu kabul etmektedirler (von Mayr, p. 193. — Ennecerus, t. 1, 2, § 441, rem. II, 4); borçlar kanunu şarihleri de bu fikirdedirler: Oser (art. 62, rem. II, 3) ve Becker (art. 62, rem. II, 2, ch. 4, p. 268); Martin (p. 104) «corrélacion entre l'enrichissement de l'un et l'appauvrissement de l'autre» dan bahsetmektedir. Fransada bazı müellifler de «illiyet rabitasından» bahsederler: (Théodoroff, p. 102. — Ripert

et Teisseire, p. 766. — Poltzer, p. 90); bazıları da bir «irtibatın = lien de connexité» (Boruché Leclercq, p. 123. — Labbé, note sous Cass. 11 juillet 1869, S. 90. 1. 97).

Fakat, doktrin, zenginleşme ile fakirleşme arasındaki münasebet lüzumu hakkında müttelik olmakla beraber, bu münasebetin derecesi üzerindeki fikirler birbirine uymamaktadır.

107 — Müddeaaaleyhin kimin zararına fakirleştiği meselesi, bu hâdiseye âmil olan kimsenin şahsının bilinmesiyle hallolunamaz. (Crome, t. II, § 317, rem, 3 a, p. 983). İşte bundan dolayıdır ki, sebebin netice ile olan münasebetini haksız fiildeki ile karıştırmamalıdır. (59) Oser (art. 62, rem. II. 3, p. 252) ve Théodoroff (p. 102) tarafından yapılan müvazilik aslâ doğru değildir. Zira, bu müvazilik insanı durum hakkında tamamen yanlış bir fikir vermeğe sevkeder.

Haksız fiilde, bir insanın fiiliyle zarar arasında bir münasebet aranır. Zenginleşmede ise, birinin zenginleşmesinin diğerinin fakirleşmesinden mütevellit olup olmadığı aranır ve böyle bir menfaat, böyle bir zarar vukua gelmeden, husule gelememelidir. Haksız fiilde, neticeyi doğuran illet ile meşgul olunmanın sebebi, kusur unsuru dolayısıyladır. Zenginleşme bahsinde ise, kusurun hiçbir rolü yoktur ve zenginleşmenin failinden endişe etmeğe mahal yoktur. Burada mühim olan, bir mamelekin diğer bir mamelek ile olan münasebetidir.

108 — Kıymetin yer değiştirmesi keyfiyeti, herhangi bir neticeyi doğrudan doğruya husule getiren illet (cause efficiente) den mütevellit olabilir (Oser, art. 62, rem. II, 4, p. 253. — Collatz, p. 6):

1° Zenginleşme, gerek zenginleşenin ve gerek fakirleşenin iradesini tazammun eden bir edadan mütevellit olabilir:

- a) Fakirleşenin fiiliyle;
- b) Zenginleşenin fiiliyle;
- c) Üçüncü bir şahıs fiiliyle;
- d) Tabii hâdisatın ve hayvanların müdahalesi neticesi olarak.

Zenginleşmenin kimin fiiliyle husule geldiğini araştırmanın yegâne faidesi, failin bir insan olması takdirinde, kasdı olan veya olmıyan bir kusurun mevcut olup olmadığını tetkik etmektedir. İcabında gerek bizzat zenginleşene karşı olsun ve gerekse üçüncü

(59) Bak; Guex, La relation de cause à effet dans les obligations extra-Contractuelle Diss. Lausanne 1904.

bir şahsa dair olsun, haksız fiilden mütevellit bir dâva mevzuu bahis olabilir. Bu takdirde, sebepsiz zenginleşme sahasından çıkmış olur.

109 — Aharın zararına olarak vukua gelen zenginleşme demek, mevcut iki mamelekten birisinin, diğerini tezyit etmek için, azalması demektir. Zenginleşmenin, müddeinin fakirleşmesi şartıyla husule gelmiş olması zaruridir. Böyle bir fakirleşme husule gelmemiş olsaydı, böyle bir zenginleşmenin de vukua gelmeyeceği kabul olunabilmelidir. Binaenaleyh, müddeinin fakirleşmesi sayesinde ki müddeaaaleyhin zenginleşmesi vücut bulmuş olmalıdır. Sebepsiz zenginleşme alanında illiyet rabitası fikri bundan ibarettir. Onun mefhumu güç, hattâ, tavzihi gayrı mümkündür.

110 — Bir mamelekten; diğer bir mameleke bir kıymetin intikali mevzuu bahis olduğu zaman illiyet rabitası açık ve barizdir. Meselâ, mülkiyetin eda, birleşme, karışma, hukukî tağyirle intikali hallerinde olduğu gibi. Müddei tarafından kayıp edilen değer, aynen ona yakın bir miktarda, müddeaaaleyhinkine girmiştir. İşte o zaman, doğrudan doğruya bir illiyet rabitası vardır denilebilir.

Fakat, öyle ihtimaller vardır ki, illiyet rabitası daha az bârizdir: meselâ, başkasına ait olan bir borcun tediyesinde, veya hususî vakıaların birleşmesini lüzumlu kılan menfî bir zenginleşme halinde vaziyet böyledir.

İlliyet rabitası meselesi, sadece vakıaların durumuna göre değil, bazan da bir tarafı üçüncü bir şahsa karşı bağliyan, bazı hukukî münasebetlere de tâbidir: meselâ, bir kıymet bir başkası için intikal ettirilmiş veya bir başkasının hesabına diğer birine nakledilmiş olur veya ortada bir bilâvasıta temsil ifası bulunursa, zenginleşen, mümessil değil, temsil olunandır. Bu temsil hakkındaki prensiplerin alelâde bir tatbikinden ibarettir ve bunun neticesi, intikalın, zenginleşenle fakirleşen arasında doğrudan doğruya yapılmış olması halindeki aynıdır (A. T. F. 30 septemre 1919, Fuhrimann c. Ferrat, B. O. 45, II, p. 447).

Aynı tarzı hal mahkeme içtihatları tarafından, bilâvasıta temsil halinde de kabul edilmektedir. (A. T. F. 25 juin 1904, Züricher Kantonalbank c. Gewerbebank Basel, R. O. 30, II, p. 332, c. 8. — A. T. F. 19 jüllet 1921, Schw. Bankverein c. Maag, R. O. 47, II, p. 320; Zurich O. R. 14 février 1921).

III — İlliyet bağı bilvasıta veya bilâvasıta olabilir. Bilâkis, alman doktrini zenginleşmenin vasıtalı olması takdirinde bu bağın koptu-

ğu fikrindedir (von Mayr, p. 207. — Staudinger, t. II, 2, § 812, rem. 2, p. 1550. — Oertmann, Titre 24, rem. pré. 2, p. d, p. 1021 i. f.): Bu müelliflere göre zenginleşme, şimdiki zenginleşen ile mutavassıt rolünü yapan üçüncü bir şahıs arasında yapılan bir muamele neticesinde husule gelmiş ise, ortada vasıtalı bir zenginleşme (l'enrichissement médiat) vardır.

İşte, bu illiyet bağının kopması üzerine istinat edilmek suretiyle ki, birçok mahkeme kararları, sebepsiz zenginleşmeden mütevellit dâvayı reddettiler:

Zurich A. K. 5 décembre 1885, Brandenberger c. Geiger, II. E. IV, 1885, p. 377 sq. — Zurich A. K. 27 octobre 1894, Schwank c. Weber, H. E. XIV, 1895, p. 21:

Müddei, bir müşteriye şarap teslim etmiştir. Fakat, müşterinin aciz haline düşmesi dolayısıyla, bedeli tahsil olunamamıştır. Bunun üzerine, müddei müşterinin karısına teveccüh ediyor ve tarafından işletilen otelde sarfedilmiş olmasını ileri sürerek, sebepsiz zenginleşme dâvası ikame eyliyor. Kanton mahkemesi bu talebi şu sebeple reddetti: Çünkü kadın, kocasının zararına zenginleşmişti ve satıcının zararına zenginleşmiş değildi.

Aynı şekilde bir kararda: Zurich, H. G. 15 mars 1912,... B. Z. R. 12, 1913, p. 111, burada şarap değil fakat odun mevzuu bahis idi.

A. T. F. 21 septembre 1916, Grangier c. Raymond, Praxis, V, 1916, p. 493:

Müddei, müddeialeyhin oğullarına birkaç inek satmıştı. Satıcı, babadan bedeli dâva ediyordu. Çünkü, sonradan inekler babaya devredilmiş ve onun tarafından bedeli de henüz tesviye olunmamıştı. Federal mahkeme, sebepsiz zenginleşmeden mütevellit dâvayı şu esbabı mucibe ile reddetti. p. 496: «Baba olan Grangier oğulları zararına zenginleşmiş olup Raymond aleyhine zenginleşmiş değildir. Bi-naenaleyh talep bu bakımdan reddolunmalıdır».

112 — Bu şartlar altında, çok müphem bir tarifile iktifa eylemek mecburiyetinde kalarak diyeceğiz ki: zenginleşme ile fakirleşme arasında öyle bir mütekabiliyet rabitası mevcut olur ki, birisi vukua gelmeden diğeri de vukua gelemez ve her ikisi de aynı (état de fait) vakıa halinden (60) mütevellit olursa, o zaman, bir illiyet rabitası mevcuttur denebilir.

---

(60) İşaret edelim ki «aynı vakıdan = du même fait» demiyoruz.