

## ROMA HUKUKUNDA AKİT BENZERLERİ (QUASI CONTRACTUS)

Dr. Mustafa DURAL

### I — Akit benzeri kavramı ve türleri

Quasi contractus terimine, quasi delictum terimi gibi, her ne kadar İustinianus Hukukunda rastlanmakta ise de, bu terimin çok daha önceleri de kullanılmakta olduğu bilinmektedir. Gerçekten quasi contractus terimi, contractus ve delictum (malaficium) terimini tesbit edip, bazı borçların da akit veya haksız fiile benzeyen durumlardan doğduğunu belirtmek lüzumunu hissetmeyip bizzat vakıaları akit benzeri veya haksız fiil benzeri adları ile tavsif eden Yunanlı şerhçilere aittir (1).

Aşağıda ayrı ayrı tetkik edeceğimiz akit benzerlerinin hepsini içine alabilecek şekilde, tatmin edici bir tarif vermeye imkân yoktur. Buna rağmen aralarında tek müşterek nokta olan akde benzeri durumunu göz önüne alırsak, o zaman şöyle bir tarif verebilmemiz mümkün olur: «Quasi contractus olarak ifade edilen kaynaklar da hakikatte bir akit olmamakla beraber, bunlardan da akitlerden doğanlara benzer mahiyette borçlar doğmaktadır.» (2).

Genel bir tarifin verilememesi yüzündendir ki, gayri muayyen kalan bu kaynağa, muhtelif olaylar dahil edilmiştir. Nitekim bir

---

(1) Dİ MARZO, Roma Hukuku (Çev. UMUR), ikinci bası, İstanbul 1959, s. 461.

(2) RADO, Roma hukuk dersleri, Borçlar hukuku, beşinci bası, İstanbul, 1967. s. 148. Buna benzer bir tarife Dİ MARZO'da rastlıyoruz: «Akit benzerinin mümeyyiz vasfı, bunun ne akit ne de haksız fiil olduğu halde, bir borç doğurması idi.» (s. 461) Başka tarifler için bkz. HONIG, Roma hukuku (Çev. Şemseddin Talip) İstanbul 1938, s. 272; SOHM, Institutionen des Römischen Rechts, 14 Auflage, Leibzig 1911, s. 555.



borç aktinden doğmayan, daha iyi bir deyiş ile akdî netice yaratan sırf akit benzeri vakıyalardan doğan (3) bütün borç münasebetleri bu kategoriye dahil edilmiştir (4). Başka bir deyiş ile, bir alacaklı ve bir de borçlu mevcut olması dolayısıyla, quasi contractuslar hakiki akitlere benzemekterse de, tarafların anlaşmasına dayanmadığı, yani borç altına girme iradesi olmadığı halde, bir takım olayların varlığı dolayısıyla, borç doğururlar (5).

Bundan da anlaşılacağı üzere; akit benzerlerinde, taraflar bir borç doğurmak için iradelerinin beyan etmemekte ve belki de hiç borç doğurmak istememektedirler. Fakat bazı olayların varlığı, tarafları bir borç münasebeti ile bir birine bağlamaktadır.

Bu suretle kısaca nitelikleri hakkında bilgi vermeye çalıştığımız quasi contractuslar; praetorların yarattığı bir kavram olarak *Ius Honorarium* müessesesidirler. Zamanla *Ius Honorarium* ve *Ius Civile*'nin gittikçe daha çok kaynayıp birbirlerine yaklaşımları sonucunda quasi contractus kavramı da genişlemiştir (6).

Bu suretle yukarıda belirtmiş olduğumuz gibi, bir biri ile alâkası olmayan bir çok müesseseler akit benzeri sayılmışlardır. Aralarında hiç bir benzerlik olmayan bu müesseseleri ayrı ayrı tetkik etmek icap eder. Biz de burada şu akit benzeri tiplerini tetkik edeceğiz: Vekâletsiz iş görme (*Negotiorum gestio*), vesayet (*Tutela*), sebepsiz iktisaplar (*Conditiones*), muayyen mal vasiyeti, müşterek mülkiyet (*Communio indicens*), ve Magistra önünde sual sormadan doğan borç (*Interrogatio in iure*).

## II — Vekâletsiz iş görme (*Negotiorum Gestio*)

A — *Tarifi ve niteliği*: Vekâletsiz iş görme (*Negotiorum gestio*) bir hukuki münasebet sonucu olmaksızın, bir başkasının mamelek

(3) SOHM, s. 555.

(4) HEILFRON, *Römische Rechtsgeschichte und System des Römischen Privatrechts*. 6. Auflage Berlin 1908, s. 395/96.

(5) PUCHTA, *Pandekten*, 8. Auflage Leipzig, 1856. Cilt II, s. 394; HONIG, s. 272.

(6) KOSCHAKER, *Roma Hususi Hukukunun Anahatları* (Çev. Ayiter), İstanbul 1964, s. 182.



durumunda bir etki yaratmadır (7) Bundan daha iyi bir tarife *Heilfron*'da rastlıyoruz: «Bir kimsenin (iş yapan, *negotium gestor*) vekâleti olmadan, veya kanunen veyahut ta görevi icabı olmaksızın, başka birisinin (iş sahibi, *dominus negotii*) bir işini yapması halinde, vekâletsiz iş idaresi vardır» (8).

Vekâletsiz iş görme müessesesi Roma Hukukunda oldukça zor şartlar altında gelişmiştir. Bunun sebebi, Roma Hukukunun, esas temellerinde, şahsın kendi hareketlerini gaye olarak alması ve bu yüzden vekâletsiz iş görmeyi hoş karşılamamasıdır (9).

Daha sonraları, gaip veya ölmüş kimselerin işlerinin idaresine dair olan bir *praetor edictum*'una dayanan magistralar (*clausula de negotiis gestis*) hem *dominus negotii* ve hem de *gestor*'a bir *actio in factum* tanıdılar (10).

Bu *İus Honorarium*'un tanıdığı *actio in factum*'dan bağımsız olarak *İus Civile*'de de, hem vekâletsiz iş görmeye ve hem de buna benzer diğer hallere uygulanan bir *actio bonae fidei* (hüsnüniyet davası) taraflar arasındaki münasebeti düzenlerdi. Buna göre taraflar, biri formula *honoraria*, diğeri de formula *civilis* olmak üzere iki formuladan faydalanabiliyorlardı (11). Bunlardan formula *honoraria* sadece *negotiorum gestio* için, formula *civilis* ise *negotiorum gestio* yanında *curator* (kayyım) *procurator* (vekil) ve *institor* (ticari mümessil) tarafından da kullanılabiliyordu (12).

*Diocletianus* zamanında ise *İus Civile* ve *İus Honorarium* arasındaki farkın önemini kaybetmesi, *negotiorum gestio* müessesesine de tesir etmiş ve vekâletsiz iş görme artık *mandatum*, *societas*, *tutela* ve *cura* haricinde kalan bütün müesseseleri içine almıştır (13). Bu suretle *negotiorum gestio* iki anlam almış olmaktadır: Biri dar mânâdaki vekâletsiz iş görme, diğeri ise geniş mânâda başkası he-

(7) SOHM, s. 562; Dİ MARZO, s. 561 de şöyle bir tarif verir: «Vekâletsiz iş idaresi veya vekâleti olmadan başkası hesabına tasarruf (*negotiorum gestio*), bir kimsenin vekâleti olmadan başka bir kimseye ait (*dominus negotii* = iş sahibi) bir veya muhtelif işleri idare etmesinden ibaretti.» Benzer tarif için bkz. RADO, s. 148.

(8) HEILFRON, s. 571/72.

(9) WEISS, s. 394/95.

(10) WEISS, s. 395.

(11) WEISS, s. 395; Dİ MARZO, s. 402.

(12) WEISS, s. 395.

(13) WEISS, s. 395/96.



sabına iş idaresidir. Biz burada dar mânâdaki negotiorum gestio üzerinde duracağız.

Negotiorum gestio'nun akit benzeri sayılmasının sebebi, tarafların karşılıklı iradesinin bulunmamasıdır. Zira, burada iş sahibinin rızası olmadığı gibi, haberi de yoktur. Bu durum vekâlet aktine benzetilerek, akit benzeri sayılmıştır (14).

Burada sade iş gören (negotiorum gestor), başkasının işine karışmakta ve iş sahibini (dominus negotii) borç altına sokup, ondan, ileride yapacağı masrafları isteme *niyeti* ile hareket etmektedir. Bu yüzden sırf iyilik veya bağışlama maksadıyla hareket ederse, o zaman bir vekâletsiz iş idaresinden bahsedilemez (15):

*B — Vekâletsiz iş görmenin şartları* Vekâletsiz iş görmenin var sayılabilmesi için başlıca iki şart aranır:

*1 — Bir vekâletin mevcut olmaması* Bir kimsenin başkasının işini görürken vekâletsiz sayılabilmesi şu hallerde söz konusu olur:

- a) Şayet iş sahibi bir vekâlet vermemişse (mandatum);
- b) Kanunen o şahsın işini görmeye mecbur değilse (meselâ işini idare ettiği şahsın kocası veya karısı değilse);
- c) Yaptığı iş onun vazifesi icabı değilse (meselâ veli veya vasiyeti tenfiz memuru değilse) (16).

Görülüyor ki, vekâletin verilmemiş sayılabilmesi için sadece rızai değil aynı zamanda kanunî vekâletin de bulunmaması icap eder. Şayet vekâlet verilmemiş olmasına rağmen, iş sahibi yapılan işi biliyorsa veya buna itiraz etmemişse, o zaman vekâlet hükümleri uygulanır (17).

Vekâletsiz iş gören vekâleti var zannıyla hareket etmişse, bu halde de vekâletsiz iş görme vardır. Buna karşılık, iş sahibinin sarih olarak işin yapılmasını men etmiş olmasına rağmen, gestorun o

(14) RADO, s. 149.

(15) RADO, s. 149.

(16) HEILFRON, s. 572.

(17) DÍ MARZO, s. 462; HEILFRON, s. 572; KRELLER ise aksi bir fikir ileri sürüyor: «Vekâletsiz iş idaresine icazet, münasebeti mandatum haline getirmez sadece gestor'un yaptıklarını kabul eden dominus, bunları artık yapılmamış kabul edemeyip, vekâlet veren gibi masrafları ödemekle mükellefti» (KRELLER, Römisches Recht 11. Auflage Viyana 1950, s. 571).



işi yapması halinde (*nolente et specialiter prohibente domino*), durum münakaşalı idi. Bazıları, burada *negotiorum gestio* hükümlerinin uygulanması ile, gestorun, *actio negotiorum utilis*'ten faydalanabileceğini kabul ederlerdi. İustinianus'un da fikrini kabul ettiği diğer bir kısım hukukçular ise, gestor'un hiç bir hakkı olmadığını ileri sürerler (18). Fakat bu fikir taraftarları bir halde istisna kabul ederler ki, o da defin masraflarıdır. Burada, gestor'un, *actio funeraria* açma hakkı vardır (19).

Bir kimse iş sahibinin şahsında yanılır ve onun işini yapıyorum diye başkasının işini yaparsa, yine bir vekâletsiz iş görme vardır ve hak ve mükellefiyetler gestor ile bu üçüncü şahıs arasında doğar (20). Yine, bir kimsenin kendi işi zannederek başkasının işini yapması halinde de bir vekâletsiz iş görme vardır (21).

2 — *İdare edilen işin başkasına ait olması* Vekâletsiz iş görmenin normal şekli, bir kimsenin başkasının işini yapmasıdır. Yani gestor'un *animus aliena negotio gerendi* ile hareket etmesi icap eder. Buna göre iş başkasının zan edilerek yapılsa ve fakat esasında gestor'un kendi işi olsa bir vekâletsiz iş idaresi yoktur (22).

Bazı hallerde gestor, iş sahibi yararına (*contemplatione domini*) değilde, kendi yararına hareket ederdi (*sui lucri causa*). Bu halde *animus aliena negotio gerendi* söz konusu olmadığı halde, bu duruma müşterek hukukta afaki vekâletsiz iş idaresi denilirdi (23). Yani burada, animus olmadığı için vekâletsiz iş görmeye dair olan hükümlerin uygulanmaması gerekirken, İustinianus Hukukunda bunların, başkalarına çıkar temin etmiş olmaları göz önüne alınarak, *actio negotiorum gestio*'dan faydalanabilmeleri temin edilmiştir. Ancak, bunların talep edebilecekleri mikdar, yapmış oldukları masrafın tamamı olmayıp, sadece iş sahibinin zenginleştiği miktar idi (24). Örneğin, kadının arzusu olmaksızın, kocanın, cihaz eşyası

(18) KIPP; Römisches Recht. s. 270; DÍ MARZO, s. 462.

(19) D. 2.7.12, pr.; (KIPP; s. 270'den naklen.)

(20) HEILFRON, s. 573.

(21) HEILFRON, s. 572.

(22) DÍ MARZO, s. 472; HEILFRON, s. 572.

(23) WEISS, s. 398.

(24) WEISS, s. 398; DÍ MARZO, s. 462/63. Buna karşılık SOHM eserinde, hakiki ve afaki vekâletsiz iş idaresi diye bir tefrik yapılmıyarak gestor'un *contemplatione domini* veya *sui lucri causa* hareket etsin her iki halde de hakiki mânâda *negotiorum gestio*'nun varlığını kabul eder. (s. 562/63).



üzerinde yaptığı faydalı masraflar için, İustinianus Hukukunda klasik *retentio* yerine *actio negotiorum gestorum* ikame edilmiştir (25). Aynı şekilde kötü niyetli olan zilyet de, bu anlamda gestor negotii olurdu ve kendisine karşı *actio negotiorum gestio directa* açılabilirdi. Gestor ise, ancak karşı tarafa sağladığı fayda miktarınca, *actio negotiorum gestorum directa*'yı açabilirdi. Yine bu şahıs bir gestor negotii olduğu için gereken bütün özeni göstermekle mükellefti (*omnis diligentia*) (26).

Vekâletsiz iş gören kimsenin yaptığı için *coeptum utiliter* olması icap ederdi. Yani iş faydalı, diğer bir deyişle şayet, gestor o işi yapmamış olsa idi, bizzat dominus yapacak olmalı idi (27).

Şayet iş, iş sahibinin karşı koymasına (*prohibenti domino*) rağmen yapılmışsa, o zaman İulianus'a göre bir tazminat istemi söz konusu olmazdı. Bu fikrin Ulpianus ve İustinianus tarafından da kabul edildiği görülür (28). Bunun yegâne istisnası, yukarıda bahsettiğimiz defin masrafları halidir (29) Keza *non utiliter*, yani faydasız işerde de gestor'un hiç bir talep hakkı yoktu. Yalnız bunlara dominus sonradan *ratihabitatio* yani icazet verebilirdi ki, buna o zaman vekâlet hükümleri bağlanırdı (30).

Başkalarının işini gören kimsenin negotiorum gestio hükümlerinden faydalanabilmesi için, yukarıda söylediğimiz gibi yaptığı masrafları isteme gayesi ile hareket etmesi icap eder. Bağışlama veya başka bir sebeple borç doğurmak istemeksizin, başkasının işinin götürülmesi halinde bir vekâletsiz iş görme yoktur. Bir işin vekâletsiz yapılmış olmasına rağmen, masrafları isteme iradesinin olmadığını iş sahibi isbat etmelidir. Bunun istisnası ise, ebeveynin, mamelek sahibi olma hakkını haiz çocuklarına nafaka vermeleridir. Burada ebeveynin tazminat istemek iradesi olmaksızın nafaka verdikleri kabul edilir. Bunlar, *pietatis animo* verilmiş kabul olunur (31).

Şu halde, kısaca, bir kimsenin başkasının işini, onun vekâleti

(25) DÍ MARZO, s. 463.

(26) WEISS, s. 563.

(27) DÍ MARZO, s. 462.

(28) ULPİANUS, D III, 5, 7, 3; Codex iustinionus II, 8, 24 (WEISS 397 den naklen).

(29) Bkz. yukarıda s. 261.

(30) DÍ MARZO, s. 463.

(31) WEISS, s. 396; RADO, s. 149.



olmaksızın, onu, yaptığı masraflar için borç altına sokmak gayesi ile görmesi halinde vekâletsiz iş görme hükümleri uygulanır.

### C — Tarafların hak ve borçları

Vekâletsiz iş görmeden eksik iki taraflı bir borç doğar. İşi gören her zaman borç altına girer. Buna karşılık, iş sahibinin borçlanması ancak bazı hallerde bahis mevzuu olur. Buna göre açılacak dâvalar *actio negotiorum directa ve contraria* olmak üzere iki taraflıdır. Bu dâvalar praetor tarafından tanındığı için *iudicium bonae fidei*, yani hüsnüniyet davalarıdır (32).

İşi gören kimse, işin ifası esnasında gereken bütün ihtimamı göstermekle mükelleftir (*omnis diligentia*). Bu yüzden *omnis culpa* ve dolustan mesuldür. Buna karşılık iş, iş sahibini tehdit eden bir tehlikeyi bertaraf etmek için yapılmışsa, o zaman işi yapan kimse sadece dolus'tan mesul olur. Dolus'tan dolayı mesuliyet genel kuralara göre *culpa lata*'yı da içine alır. Aksine şayet yapılan iş, iş sahibinin iradesine karşı ise, o zaman fevkalâde hallerden de mesul olunur (33).

Bundan başka vekâletsiz iş gören kimse bir *mandatararius* gibi, iş sahibine, yaptığı iş hakkında bilgi ve iş sonunda da bütün elde ettiklerini vermekle mükelleftir. Bu borçlarını yerine getirmese, o zaman iş sahibi ona karşı *actio negotiorum gestorum directa*'yı açar (34).

Buna karşılık vekâletsiz iş gören (gestor) ise, iş sahibinden yapmış olduğu masrafları ister. Ancak bu masrafları istiyebilmesi için, iş sahibinin işi yasaklamamış olması icap eder. Bu yasağın olmaması halinde gestor gayeye uygun olarak yapmış olduğu bütün masrafları ister. Gayeye uygunluk dominus'un durumuna göre tesbit edilir. Yani yapılan işin *negotium caeptum utiliter* olması icap eder. Bunu bir örnekle açıklayalım: Şayet gestor yıkılmakta olan bir evi tamir edecek olursa ev sonradan yansa bile, dominus masrafları öder. Buna karşılık şayet dominus ev üzerindeki mülkiyetini terk etmiş (*derilictio*) ise, o zaman gestor hiç bir tazminat istiyemez, zira bu halde dominus yönünden gayeye uygunluğu yoktur (35). İşi yapan bu haklarını *actio negotiorum gestorum contraria* ile ister.

(32) RADO, s. 149; Dİ MARZO, s. 462; WEISS, s. 395.

(33) WEISS, s. 398; RADO, s. 150; HEILFRON, s. 574.

(34) WEISS, s. 398; HEILFRON, s. 574; RADO, s. 150.

(35) WEISS, s. 397.



Son olarak şunu da ekliyelim ki, şayet gestor'a icazet verilmişse, o zaman artık gestor, *actio negotiorum gestorum contraria* açamaz. Zira bundan sonra *ratihabitatio mandata comparatur* (icazet vekâlet hükmündedir) kurulunca, münasebete vekâlet hükümleri uygulanır (36).

### III — SEBEBSİZ İKTİSAPLAR

A — *Roma Hukukunda Sebepsiz İktisap Kavramı*: Bir kimse, her hangi bir şekilde bir şeyi, hukuki sebep olmaksızın, yani hakkın geçmesini temin eden haklı durum olmaksızın (*iniusta causa*), iktisap ederse, sebepsiz zenginleşmiş olur (37).

Diğer bir deyişle, bir mamelek diğer bir mamelek aleyhine bir sebep olmaksızın (*causa*) zenginleşirse, sebepsiz iktisap vardır (38). Bunun sonucunda fakirleşen mamelekin sahibinin, karşı tarafın mamelekine geçen şey üzerinde bir aynî hakkı kalmaz. Bu yüzden *rei vindicatio* açamaz. Fakat diğer yönden karşı tarafın mamelekinde de kendi aleyhine bir artma olmuştur. Bu artmayı, bir şahsî dava olan sebepsiz iktisap dâvası ile geri ister (39).

Sebepsiz iktisabın gelişmesine bakacak olursak; ilk zamanlarda sebepsiz iktisapların takibi hakkında hususi bir usul olmadığını görürüz. Fakat sonraları, durum, aldığı ödöncü (*Mutuum*) vermeyen kimsenin durumuna benzetilerek her iki müesseseye de aynı formula tanınmıştır: Yani sebepsiz olarak iktisap edilen şey muayyen bir para ise, (*certa pecunia*), o zaman *condictio (actio) caertae creditae pecuniae* ve şayet bu paradan başka bir şey ise, o zaman *condictio triticaria* veya *certain rei* açılırdı (40).

Klasik hukukta, değişik sebepsiz iktisap şekillerinin hepsi aynı hukukî müessesenin türleri olarak kabul edilmiş ve hepsi *condictio certae pecuniae* veya *condictio triticariae* ile istenebiliyordu. Fakat İustinianus devrinde bunlar birbirinden ayrılmış ve hepsine ayrı bir *condictio* tanınmıştır. Her şeye rağmen bu ayrı ayrı *actio*'-

(36) WEISS, s. 397; Dİ MAZO, s. 463.

(37) HEILFRON, s. 611.

(38) RADO, s. 153.

(39) RADO, s. 154.

(40) RADO, s. 154, JÖRS-KUNKEL-WEGNER, *Römisches Recht*, 3. Auflage, Heidelberg 1945, s. 249.



lar tanınan değişik sebebsiz iktisap hallerinin hepsinde müşterek olan nokta, hepsinde bir causa noksanlığının varlığıdır (41).

Diğer bir deyişle sebebsiz iktisaplarda şeyin mülkiyeti devredilmekte, fakat bu devir muamelesi muteber bir hukukî sebebe dayanmamaktadır.

### B — Sebebsiz iktisab halleri

1 — Borç olmayan şeyin tediyesi (*Condictio indebiti* veya *solutio indebiti*).

a) *Tarifi ve şartları*: Var olmayan bir borcun hataen ödenmesi halinde, borç olmayan şeyin tediyesi söz konusu olur. Gaius, bunu *re* ile meydana gelen borçlardan saymakta, fakat tediye de bulunanın borç doğurmak değil de sona erdirmek gayesini güttüğünü söyleyerek, borcun akitten doğmadığını açıklamaktadır. Klasik devirde ise bu durum *mutuum*'a benzetilmiştir ve o şeyi iade etme mecburiyetinde olan kimsenin muamelesinden tam bir *obligatio* doğduğu kabul edilmiştir. İustinianus, borcun esasını, verenin fiilinde görmeyip, alanın haksız zenginleşmesinde gördü ve bu hali de, rıza olmadığı için, akıt benzeri saydı (42). Borç olmayan şeyin tediyesinin iki şartı vardır: Evvelâ ortada bir borç bulunmayacak (*non indebitum*) ve sonrada bu borç hataen (*per errorem*) ödenmiş olacak. İustinianus Hukuku ise *mente titubantae* veya *incerto animo*, yani borçlu olma şüphe ve tereddüdü içinde yapılan ifayı da, hataen ifa sayardı (43).

b) Borç olmayan şeyin tediyesi sayılan haller

aa) Hukuken mevcut olmayan bir borcun ifası;

bb) Daimi bir def'i ile (*exceptio perpetua*) ortadan kaldırılacak bir borcun ifası;

cc) Takas ile sona erdirilebilecek bir borcun ifası (*si quis*

(41) JÖRS-KUNKEL-WAGNER, s. 249; WEISS, s. 404.

(42) DI MARZO, s. 466; WEISS, s. 405; SCHWARZ; *der Condictio im Römischen Recht*, Münster/Köln, 1952, s. 4.

(43) DI MARZO, s. 466; RADO, s. 154; WEISS ise ifanın hatalı olması yanında bir de ifayı kabul edenin de hataen, mevcut bir borcun ifasını kabul zannı ile hareket etmesini arar. Aksi halde, yani tediye kabul edenin borcun mevcut olmadığını bilmesi halinde *condictio indebiti* değil de *condictio furtiva*'nın açılacağı fikrini ileri sürer (s. 405).



agitur compensare potius solverit, concidere poterit quasi indebito soluto.) (44);

dd) Bir kimsenin kendisinin zannı ile başkasının bir borcunu ödemesi hali;

ee) Bir seçimlik borçta edimlerden ikisi de ifa edilmişse, o zaman, ifada bulunan, daha öncede seçim hakkına sahip olması şartı ile, birini *condictio indebitum* ile geri istiyebilir (45).

İşte, yukarıda yazılı olan hallerde bir borç olmayan şeyin tediyesi vardır ve hataen ifada bulunan kimse *condictio indebitum* ile ödediğini geri istiyebilir. Yalnız şunu da açıklayalım ki, hataen ifada bulunan kimsenin sebepsiz iktisap davası açabilmesi için, *animius solvendi*, yani ifa gayesi ile hareket etmesi icap ederdi (46).

Açılan davada iadeyi talep eden kimse, borç olmayan şeyi ödediğini isbat etmeliydi. Fakat, şayet dâva edilen hileli olduğu anlaşılacak şekilde ifayı inkâr ediyorsa veya ifada bulunan şahıs tecrübesiz ise, o zaman isbat karşı tarafa düşerdi (47).

c) Borç olmayan şeyin tediyesi sayılmıyan haller:

aa) İfanın, borç olmayan bir şeyin tediye edildiği bilinerek yapılması, (*si sciens non debere, solvit cessat repertitio*) (48).

bb) Borcun mevcut olmadığını bilmemekte kusurlu olma.

cc) Tabii borcun ifası.

dd) Haksız olarak inkâr edildiği takdirde, iki misli cezayı icap ettiren borçlar (I, III, 27, 7).

ee) Muayyen mal vasiyetince geri istenen şeyler (I, III, 27, 7).

ff) *Lex aquilia*'ya giren haller (I, III, 27, 7) (49).

(44) D. 16, 2, 10, 1 (HEILFRON 614 den naklen) (Eğer bir kimse takas ileri sürerek sona erdireceği borcu ödememişse, borç olmayan şeyin dâvasını açmağa yetkilidir), WEISS, s. 405.

(45) HEILFRON, s. 614.

(46) SCHWARZ, s. 17.

(47) HEILFRON, s. 614.

(48) Eğer borçlu olmadığı bilinerek ifa olunmuş ise, geri alınamaz. D. 12, 6, 19 (HEILFRON, s. 613 den naklen).

(49) Dİ MARZO, s. 466; JÖRS - KUNKEL - WEGNER, s. 250; WEISS, s. 406 da bu I, III, 27, 7 de yazılı olan hallerin *condictio indebiti* sayılmasının sebeplerinin bilinmediğini söyler.



Bu hallerde de ödenen şeyler, ilk bakışta borç olmayan şeyin tediyesi gibi görünmekte iselerde, böyle sayılmayıp ifada bulunana *condictio indebiti* tanınmamıştır.

2 — *Sebebin tahakkuk etmemesi (Condictio causa data, causa non secuta veya condictio ob causam datorum)* Bu *condictio*dan, bir hukuki muamele ile güdülen gayenin tahakkuk etmemesi halinde bahsedilir (50). Yani, ifada bulunanın, ifası sonucu beklemekte olduğu edim veya her hangi bir *causa futura* tahakkuk etmemektedir (51). Mesela bir aile reisi, kızını evlendirme maksadıyla, bir şahsa cihaz verir, fakat sonradan bu evlenme yapılmazsa, o zaman *causa data, causa non secuta* bir sebebsiz iktisap söz konusu olur (52).

Şu halde bu *condictio*'nun iki şartı vardır: Bir *futura causa* olmalıdır ve buna dayanılarak ifada bulunulmalıdır. Bilhassa iki taraflı akitlerde taraflardan birinin, karşı edimi bekliyerek yaptığı ifada bir *futura causa* mevcuttur (53).

İkinci şart ise, bu *causa*'nın tahakkuk etmemesidir. Bu tahakkuk etmeme kaza neticesi olabileceği gibi, karşı tarafın kusuru neticesi de olabilir. Yalnız kaza neticesi tahakkuk etmeme halinde, dava ile ancak elde ne kalmışsa o istenebilir. Buna karşılık akitten dönme halinde, ancak işin mahiyetinin müsaade ettiği hallerde ifada bulunanın *condictio açma* hakkı vardır (54).

3 — *Sebebin ahlâka, âdaba ve hukuk düzenine aykırı olması (Condictio ob turpem vel iniustam causam)* Bu *condictio* ile, ahlâka ve âdaba veya hukuka aykırı bir gayeyi elde etmek için verilen şey geri istenir.

Burada, adından da anlaşılacağı üzere iki ayrı *condictio* vardır: Bunlardan *condictio turpem causam* ile, istikbalde ahlâka ve âdaba aykırı bir gayenin tahakkuk ettirilmesi istenir (meselâ bir şeyin ihbar edilmemesi). *Iniustam causam* ile ise, evvelden yapılan bir hukuki muameleye dayanılarak verilmiş olan şey geri istenir (meselâ fâhiş faiz).

Daha iyi bir deyiş ile, iktisap eden *ob turpem causam* hareket

(50) HEILFRON, s. 615;

(51) KRELLER, s. 323.

(52) RADO, s. 155; Aynı örnek için HEILFRON, s. 615 e de bakınız.

(53) PUCHTA, s. 463/64.

(54) PUCHTA, s. 463.



ediyorsa, o zaman ileride bir şey elde etmek gayesi ile verdiği şeyi geri ister. Burada gayenin meydana gelmiş olup olmamasının hiç bir önemi yoktur. Buna karşılık *iniustam causam*'ı ileri sürülüyorsa, o zaman mevcut olan hukuki işleme dayanarak, hukuka aykırı bir çıkar elde edilmiştir (55).

Bu suretle karşı tarafın mamelekinde bir fazlalık yaratan kimse, *condictio ob turpem vel iniustam causam* ile verdiği şeyi geri alır. Fakat şu şartla ki, hukuka ve ahlâka aykırılık sadece iktisap eden yönünden olmalıdır. Şayet veren de hukuka veya ahlâka aykırı bir gaye güdüyorsa, o zaman bu *condictio*'dan faydalanamaz (56).

4 — *Condictio Furtiva* (57) Bu, malın çalınması halinde hırsıza karşı açılan *condictio*'dur. Bunun diğer sebebsiz iktisaplardan bir farkı vardır: Diğer sebebsiz iktisap hallerinde, şeyin mülkiyeti zenginleşen tarafa geçmektedir. Halbuki burada, mülkiyet yine malın sahibinde kalmakta, hırsıza sadece malın zilyedliği geçmektedir. Bu sebeple malı çalana karşı *rei vindicatio* açmak imkânı da vardır (58). Gaius'a göre bu iki dâvayı açabilmenin sebebini hırsıza karşı duyulan nefret hissinde (*odio furu*) aramak icap eder (59).

5 — *Condictio sine causa*: Yukarıda sayılan hallere girmiyen diğer sebebsiz iktisap türleri geniş bir kavram olan bu sebebsiz iktisap şekli altında toplanmıştır. Buraya bilhassa *condictio ob causam finitam* girer. Yani sebebin vücudunun nihayet bulduğu haller (60).

#### IV — Vesayet (Tutela)

Tutela, vasi ile hacir altındaki kimse arasında akde benzer bir münasebet doğurur. Fakat bu münasebet akde dayanmayıp kanundan doğduğu için — vekâlet akdine benzemesine rağmen — *quasi contractus* sayılır (61).

(55) HEILFRON, s. 676; SOHM, s. 560; WEISS, s. 406.

(56) PUCHTA, s. 469.

(57) SOHM, s. (555/60) PUCHTA (s. 469) *Condictio furtivayı*, *Condictio ob turpem vel iniustam causam*'ın bir nevi olarak kabul eder; biz diğer yazarlara dayanarak bunu ayrı bir *condictio* türü olarak kabul ediyoruz.

(58) RADO, s. 155; JÖRS - KUNKEL - WEGNER, s. 250; SOHM, s. 559.

(59) RADO, s. 155.

(60) JÖRS - KUNKEL - WENGER, s. 250.

(61) MAREZOLL, s. 339; KOSCHKER, s. 228.



Klasik hukuk burada başkası hesabına bir tasarruf gördüğü için, vasiye, kendisine *actio tutela*'nın açılmasını beklemeden, *actio negotiorum gestorum* ile alacağını isteme imkânı tanımıştır (62). Keza, akıl hastası, müsrif ve küçüğün kayyımları da klasik hukukta *actio negotiorum gestorum* açabilirlerdi (63). Yani kayyımların gördüğü iş de bir *negotiorum gestor* sayılırdı.

Fakat İustinianus Hukukunda vasilerin, vesayet altındaki kimseye karşı, ne bir akitle (*nullum eni negotium inter tutorum et pupillam contrahitur* = vasi ile vesayet altındaki şahıs arasında hiç bir akit yapılmaz) ne de bir haksız fiil sonucunda bağlandıkları görülmüştür. Keza durum vekâletsiz iş görmeden de farklı idi. Bu yüzden bu durum İustinianus Hukukunda ayrı bir müessese olarak kabul edilmiş ve *tutela*'ya bir *mutio actiones* (karşılıklı dava) tanınmıştır (64).

Buna göre vesayet münasebetinden eksik iki taraflı bir borç doğuyordu. Vasi iktisap ettiklerini vesayet altındaki kimseye devre ve yaptığı işler hakkında hesap vermeye mecburdu. Aksi halde kendisine karşı *actio tutela directa* açılırdı. Bu işleri yaparken vasi *diligentia in suis rebus adhibere solet*, yani kendi işlerinde gösterdiği ihtimamı, göstermekle mükellefti. Yani buradaki kusur ölçüsü müşahhastır (*culpa in concreto*) (65).

Buna karşılık vasi, yapmış olduğu masrafları *actio tutela contraria* ile isterdi. Bu dâvalar *bona fides dâvalarıdır* (66).

Yine İustinianus Hukukunda, klasik hukuktan farklı olarak, kayyımlara *actio negotiorum gestorum* yerine (67), *utilis curationum causa actio*, kayyımlık sebebiyle *actio utilis* denen ve *actio tutelaya* eşit olan ayrı bir dâva tanınmış (68) ve bu suretle gerek *tutela* ve gerek *cura* müesseseleri *negotiorum gestio*'dan ayrılmıştır (69).

(62) Dİ MARZO, s. 464.

(63) Dİ MARZO, s. 464.

(64) Dİ MARZO, s. 465.

(65) RADO, s. 151; SOHM, s. 563; KOSCHAKER, s. 228.

(66) MAREZOLL, s. 340; HONIG, s. 273.

(67) Bkz. yukarıda s. 268.

(68) Dİ MARZO, s. 464.

(69) WEISS, s. 395.



## V — Müşterek Mülkiyet (Communia Indicens)

Birden fazla şahsın arasındaki müşterek mülkiyet, ya taraflar arasındaki bir akitten doğar, — ki o zaman bu bir şirket akdidir (*societas*) — veya tarafların iradesi harici miras, bağışlama veya karışma neticesi doğar. İşte bu hallerde, gerçekte bir akit olmamasına rağmen, durum şirket aktine benzetilerek, bir akit benzeri sayılan *communio indicens* mevcuttur (70).

Şu halde, *communio indicens*'ten bahsedebilmek için, birden fazla şahıs, bir şeye müşterek malik olmalı ve bu müşterek mülkiyet bir akitten değil tesadüfi bir hâdiseden doğmalıdır. Bu müşterek mülkiyet neticesinde tarafların karşılıklı belirli hak ve borçları doğmaktadır. İşte bu durum, bir şirket akdine benzetilmiş ve *communio indicens* bir akit benzeri sayılmıştır (71).

Pay sahipleri şeyden faydalanma ve onu kullanma haklarına sahiptirler. Keza yapılan masraflara da kendi paylarıncaya katılmakla mükellefdirler. Ortağın verdiği zararlardan ise *culpa in concreto* (*diligentia in suis rebus adhibere solet*) mesuldür (72).

Ortaklar arasındaki kârın, zararın paylaşılması ve yapılan masraflara iştirak, *actio communio dividundo* ile istenirdi. Şayet müşterek hudutlar üzerinde anlaşmazlık varsa o zaman bunu *actio finium regundarum* ile tesbit ederlerdi (73).

Müşterek mülkiyetin sona ermesi ise, şayet birliğin muayyen bir müddet devam edeceği kararlaştırılmamış veya ortaklardan biri, bazı cevaz verilen hallerde fesih hakkını kullanmaktan vazgeçmemiş ise (74), her zaman, her ortak tarafından istenirdi (75). Keza her ortak, taksimin istenmesi halinde bunu kabul ile mükellefti.

Taksim için açılacak dâva müşterek mülkiyetin mahiyetine göre değişirdi. Şayet *communio indicens* mirastan doğuyorsa, o zaman mirasın taksimi için kullanılan *actio familiae erciscundae* açılır. Diğer müşterek mülkiyet hallerinde ise, *actio communi divi-*

(70) SOHM, s. 564; RADO, s. 151; DÍ MAZO, s. 466; HEILFRON, s. 589.

(71) HEILFRON, s. 590.

(72) RADO, s. 151; SOHM, s. 564.

(73) HONIG, s. 274.

(74) HEILFRON, s. 591.

(75) HONIG, s. 273 HEILFRON, s. 273.



*dundo* açılır (76). *Actio communio dividundo* bir *iudicium duplex*'tir. Hâkim *condemnatio* veya *adiudictio* ile müşterek mülkiyeti sona erdirirdi (77). Bunlardan *adiudicatio* ile müşterek mülkiyet hâkim kararı ile sona erer buna karşılık *condemnatio*'da, hâkim tarafları, müşterek mülkiyeti sona erdirmek için lâzım gelen şeyleri yapmağa mahkûm ederdi (78).

## VI — Muayyen mal vasiyeti

Muayyen mal vasiyeti Roma Hukukunda, klâsik devirde iki yolla yapılırdı. Bunlardan birinci şekil *per damnationem* mal vasiyetidir. Bu halde vasiyetçi, mirasçısına, lehine mal bıraktığı şahsa bir şeyi vermesini emreder. Bu durumda, lehine mal bırakılan kimse, mirasçıya karşı alacaklı olurdu. İkinci şekil *sinendi modo* olurdu. Burada ise vasiyetçi, mirasçıya, lehine vasiyet yaptığı kimseye, bir şeyi almasına müsaade etmesini emrederdi. Bu halde mirasçı sadece *parti*, yani tahammül etmekle mükelleftir.

Sözlü şekil ortadan kalkınca İustinianus Hukuku her mal vasiyetine, akit benzeri olan borç münasebeti hükmünü tanıdı.

Şu halde, mirasçı, lehine vasiyet yapılan kimsenin, bırakılan şeyi almasına *quasi ex contractu* tahammül edecekti (80).

## VII — Interrogatio iniure

Burada magistra önünde sual sormadan bir borç doğardı. Klâsik hukuk zamanını da praetor veya dâvacı, dâvalıya karar üzerinde tesir yaratacak bir husus hakkında *in iure* (mahkeme önünde) sual sorarlardı. Bu suale cevap vermeme veya yanlış cevap vermenin müeyyideleri vardı.

Interrogatio in iure'nin başlıca iki hali vardır (81) :

Verasetle intikal eden bir borcun alacaklıları, dâvalının haki-

(76) Dİ MARZO, s. 467; HONIG, s. 273; HEILFRON, s. 59.

(77) SOHM, s. 565; HEILFRON, s. 591.

(78) SOHM, s. 565; HEILFRON, s. 559.

(79) Dİ MARZO, a.g.e. s. 465; MAREZOLL, a.g.e. s. 341.

(80) SOHM, s. 565.

(81) Dİ MARZO, s. 467; SCHWIND, s. 340.



katte mirasçı olup olmadığını (*an heres sit*) veya ne hisse ile mirasçı olduğunu (*que ex parte heres sit*) öğrenmek için sual sorarlardı. Buna verilen cevap mirasçılık sıfatını veya mirasçılık hissesini tesbit ettiği için, dâvalı, dâvacıya karşı bağlanmış olurdu (82). Bu cevap verme müddeti ilk önceleri 100 gün iken İustinianus bu müddeti (*spatium deliberandi*) 9 aya çıkarmıştır. Sadece imparator bu müddeti 3 ay daha uzatabilirdi (83). İustinianus, kendi zamanında *interrogatio aput iudicem* haline gelen *interrogatio in iure*'de isbatı kolaylaştıran bir vasıta görerek *responsio* (cevaptan doğan hukuki neticeye) yu *obligatio ex quasi contractu* saydı (84).

---

(82) Dİ MARZO, s. 467.

(83) WEISS, s. 541.

(84) Dİ MARZO, s. 467; SCHWIND, s. 340.