

ANKARA HUKUK FAKÜLTESİ YAYINLARINDAN - No.109

Dr. Halûk TANDOĞAN

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Doçenti

MUKAYESELİ HUKUK VE HUSUSIYLE TÜRK - İSVİÇRE
HUKUKU BAKIMINDAN

VEKÂLETSİZ İŞ GÖRME

FAKÜLTELER MATBAASI - İSTANBUL - 1957



İÇİNDEKİLER

| | |
|-------------------------------|-------|
| Bibliyografya | XVII |
| Kısaltmalar Cetveli | XXVII |

GİRİŞ

| | |
|--|----|
| § 1 — Vekâletsiz İş Görmenin Ana Meseleleri ve Bunların Hallinde Mesnet Teşkil Eden Mülâhazalar | 1 |
| § 2 — Eski Hukuk Sistemlerindeki Hal Tarzları | 4 |
| I — Roma Hukuku | 4 |
| II — İslâm Hukuk | 10 |
| § 3 — Modern Hukuk Sistemlerindeki Hal Tarzları | 13 |
| I — İş sahibinin menfaatine olmak üzere vekâletsiz iş görme . | 13 |
| II — Vekâleti olmadan başkasının işini kendi menfaatine görme | 19 |
| § 4 — Terminoloji | 21 |

KISIM I

VEKÂLETSİZ İŞ GÖRMENİN HUKUKİ MAHİYETİ VE UNSURLARI

B A P I

VEKÂLETSİZ İŞ GÖRMENİN HUKUKİ MAHİYETİ

F a s ı l I

Borçların Kaynaklarına Göre Tasnifi Ve Akit Benzerleri (Şibih Akitler)

| | |
|---|----|
| § 5 — Borçların Kaynaklarına göre Tasnifi | 25 |
| § 6 — Akit Benzerleri (Şibih Akitler) | 32 |
| I — Akit benzeri mefhumu hakkındaki nazariyeler | 32 |
| II — Akit benzeri nazariyelerinin tenkidi | 35 |

F a s ı l I I

İş Sahibinin Menfaatine Vekâletsiz İş
Görmenin Hukukî Mahiyeti

| | |
|---|----|
| § 7 — Hukuka Aykırı Fiil Ve Haksız İktisap Nazariyeleri | 40 |
| I — Hukuka aykırı fiil nazariyesi | 40 |
| II — Haksız iktisap nazariyesi | 44 |
| § 8 — Hukukî Muamele Nazariyeleri | 45 |
| I — Mefruz vekâlet nazariyesi | 45 |
| II — Tek taraflı hukukî muamele nazariyesi | 47 |
| § 9 — Hukukî Muamele Olmayan (Dar Mânada) Hukuka Uygun Fiil Nazariyeleri | 51 |
| I — Fiilî muamele nazariyesi | 51 |
| II — Hukukî muamele benzeri fiil nazariyesi | 53 |
| § 10 — Netice | 54 |

F a s ı l I I I

Kendi Menfaatine Vekâletsiz İş Görmenin
Hukukî Mahiyeti

| | |
|--|----|
| § 11 — Muhtelif Nazariyeler | 56 |
| I — Vekâletsiz iş görmenin mevcudiyetini inkâr eden nazariye | 57 |
| II — Gayri hakikî (nakıs) vekâletsiz iş görme nazariyesi . . . | 60 |
| III — Hakikî vekâletsiz iş görme nazariyesi | 62 |
| IV — İş gasbı ve haksız müdahaleden elde edilen kâr nazariyeleri | 64 |
| § 12 — Netice | 66 |
| I — Umumiyetle | 66 |
| II — Türk - İsviçre Hukuku bakımından | 68 |

B A P I I

VEKÂLETSİZ İŞ GÖRMENİN
UNSURLARI

F a s ı l I

İş Görme

| | |
|--|----|
| § 13 — İş Görme Mefhumunun Muhtevasını Tayin İçin Takip Edilen Metodlar | 74 |
| § 14 — İş Görme Mefhumunun Muhtevasının Umumi Olarak Tahdidi . . | 76 |

| | |
|--|----|
| I — İş görme mefhumu hukukî muamelelerin veya hukukî netice husule getiren fiillerden bazılarının yapılmasına inhisar ettirilemez | 76 |
| II — İş görmenin muhakkak mameleki mahiyette olmasına hacet yoktur | 80 |
| III — İş görmenin, başkasının menfaatine yapılan veya hukukî varlıkların muhafazasını tazammun eden bir fiil yahut bir idarî tasarruf olması şart değildir | 82 |
| IV — İş görmenin müstakil mahiyet arzemesi gerekmez | 85 |
| V — İş görmenin mâkul, beşerî bir fiil olması kâfidir. Yalnız iş sahibinin şahsen yapabileceği fiiller iş görmenin mevzuunu teşkil edemez | 86 |
| § 15 — Vekâletsiz İş Görmenin Bir Unsuru Olarak, İş Görme Mefhumunun, Bu Müessesenin Mahiyet Ve Gayesinden Çıkan Takyidleri | 88 |
| I — Muteber surette yapılması bir salâhiyetin mevcudiyetine mütevakkıf olan fiiller, esas itibarıyla, vekâletsiz iş görmeye mevzu olamazlar | 88 |
| II — Bir takım haksız fiillerin ikâ vekâletsiz iş görme sayılmaz | 91 |

F a s ı l II

İşin Başkasına Aidiyeti

| | |
|--|-----|
| § 16 — İşin Başkasına Aidiyeti Mefhumu, Ehemmiyeti Ve Başkasına Ait İşlerin Nevileri | 95 |
| § 17 — Objektif Bakımdan Başkasına Ait Olan İşler | 97 |
| I — İşin başkasının menfaatine uygun olması, başkası hesabına yapılması ve rizikosunun başkasına ait olması kıstasları | 97 |
| II — Muamelâta câri telâkkiye göre başkasının menfaatinin hâkim olduğu iş nazariyesi | 99 |
| III — Başkasının haklarına tesir nazariyesi | 101 |
| IV — Başkasının haklarına veya menfaatlerine müdahale nazariyesi | 107 |
| V — Başkasının haklarını kullanma veya istismar nazariyesi | 111 |
| VI — Netice ve tatbikatta münakaşalı bazı haller | 114 |
| § 18 — Sûbjektif Bakımdan Başkasına Ait Olan İşler | 122 |
| I — İşin başkasına aidiyetini tayin için ileri sürülen sùbjektif kıstaslar | 122 |
| II — Sùbjektif bakımdan başkasına ait işler kategorisinin kabulü aleyhindeki fikirler ve bunların reddi | 124 |

- § 19 — İş Görenin Başkası Namına Kendi Hesabına Yaptığı İşler . . . 128
 I — Meselenin vaz'ı ve hal tarzı 128
 II — İş görenin başkası namına kendi hesabına yaptığı işlerin objektif veya sübjektif mahiyeti 130

F a s ı l III

Vekâleti Olmama

- § 20 — İş Göreni İş Sahibine Karşı İşi Yapmağa Mezun Kılan Bir Hukukî Münasebetin Veya Vaziyetin Mevcut Olmaması 132
 I — İş görenin işi yapma hususunda, iş sahibine karşı, bir mükellefiyetinin veya mezuniyetinin bulunmaması . . . 132
 II — Mükellefiyet veya mezuniyetin istinad ettiği hukukî münasebet veya vaziyet 135
 III — İş görenin iç münasebette mezuniyeti olmamalıdır. Vekâletsiz iş görme ile salâhiyetsiz temsilin mukayesesi . 138
- § 21 — İş Görenin Gerçekte Mevcut Olmayan Veya Hükümsüz Olan Bir Hukukî Muameleye Binaen Hareket Etmesi Veya Mezuniyetinin Müstenid Olduğu Hukukî Münasebetin Hudutlarını Aşması 140
 I — İş görenin gerçekte mevcut olmayan bir hukukî muameleye müsteniden kendisini mezun veya mükellef zannetmesi 140
 II — İş görenin mükellefiyet veya mezuniyetinin istinad ettiği hukukî muamelenin hükümsüz olması 143
 III — İş görenin mezuniyetinin müstenid olduğu hukukî münasebetin hudutlarını aşması 147
- § 22 — İş Görenin Bir Üçüncü Şahısla Olan Münasebetinde Veya Umumi Surette Yahut Tâli Derecede İşi Yapmağa Mükellef Olması . . 149
 I — Tecviz edilen vekâletsiz iş görmede 149
 II — Tecviz edilmeyen vekâletsiz iş görmede 155

F a s ı l IV

İş Görenin İradesi

- § 23 — Başkasının Menfaatine Hareket İradesini Vekâletsiz İş Görmenin Sübjektif Unsuru Olarak Kabul Eden Nazariye 157
 I — Başkasının menfaatine hareket iradesini vekâletsiz iş görmenin zarurî bir unsuru sayanların, bu iradenin mahiyeti ve muhtevası hakkındaki açıklamaları . . . 157
 II — Başkasının menfaatine hareket iradesinin vekâletsiz iş

| | | |
|--|--|-----|
| | görmenin zarurî bir unsuru sayılması lehindeki deliller ve bu telâkkinin pratik neticeleri | 162 |
| III — İş görenin, iş sahibinin şahsı hakkındaki bilgisinin, ve duçar olduğu irade fesatlarının ehemmiyeti | | 164 |
| IV — Başkasının menfaatine hareket iradesinin isbatı | | 167 |
| § 24 — İşin Başkasına Aidiyetini Bilerek Faaliyette Bulunma İradesini Veya Umumî Olarak İş Görme İradesini Vekâletsiz İş Görmenin Sübjektif Unsuru Addeden Nazariyeler | | 169 |
| I — İşin başkasına aidiyetini bilerek faaliyette bulunma iradesinin vekâletsiz iş görmenin sübjektif unsuru olarak kabulü ve bunun pratik neticeleri | | 169 |
| II — Umumî mahiyette bir iş görme iradesinin vekâletsiz iş görmenin sübjektif unsuru olarak tanınması | | 172 |

K I S I M II

VEKÂLETSİZ İŞ GÖRMENİN HÜKÜMLERİ

B A P I

İŞ GÖRENİN BORÇLARI VE MES'ULİYETİ

F a s ı l I

İş Görenin Borçları

| | |
|--|-----|
| § 25 — İş Sahibinin Menfaatine Ve Hakiki Veya Tahmin Olunan Maksadına Uygun Hareket Mükellefiyeti | 176 |
| I — İş sahibinin menfaatine ve maksadına uygun hareket mükellefiyetinin mahiyeti ve fonksiyonu | 176 |
| II — İş sahibinin menfaatinin ve hakiki veya tahmin olunan maksadının tesbiti | 178 |
| III — İş sahibinin menfaati ile maksadının kabilî telif olmaması | 180 |
| IV — Tecvîz edilmeyen vekâletsiz iş görmede iş sahibinin menfaatine ve maksadına uygun hareket mükellefiyeti | 182 |
| § 26 — Başlanan İşe Devam Ve İş Bir Bütün Olarak Görme Borçları | 183 |
| I — Umumiyetle başlanan işe devam borcu | 183 |
| II — İş sahibinin veya iş görenin ölümü, iflâsı veya ehliyetini kaybetmesi halinde işe devam borcu | 185 |
| III — İş bir bütün olarak görme mükellefiyeti | 187 |
| § 27 — İş Sahibine Haber Ve Hesap Verme Borçları Ve Diğer Bazı Mükellefiyetler | 188 |

| | |
|---|-----|
| I — İş sahibine ihbar borcu | 188 |
| II — Hesap verme borcu | 190 |
| III — İş görenin diğer bazı mükellefiyetleri | 191 |
| § 28 — İş Görme Dolayısıyla Ele Geçen Şeyleri, Hususiyile İşden Hasıl Olan Faydaları Devir Borcu | 192 |
| I — Borcun mesnedi, mevzuu ve şümulü | 192 |
| II — Kâr ile iş görme arasındaki illiyet rabitası | 195 |
| III — İş görenin ehil olmaması veya hüsnüniyetle kendi menfaatine hareket etmesi hallerinde kârı devir borcunun tahdidi | 199 |
| IV — İş görme dolayısıyla ele geçen şeyleri ve hasıl olan faydaları devir borcunun hukukî mahiyeti, haksız iktisap ve tazminat borçlarıyla münasebeti | 204 |
| V — Müruruzaman | 206 |

F a s ı l I I

İş Görenin Mes'uliyeti

| | |
|--|-----|
| § 29 — İş Görenin Mes'uliyeti Hakkındaki Umumî Esaslar | 207 |
| I — Her kusurdan mes'uliyet prensibi; iş görenin göstermesi gerekli ihtimamın ölçüsü | 207 |
| II — İkame ve yardımcı şahıslar kullanma; birden fazla iş görenin mes'uliyeti | 210 |
| III — Tazminat borcunun muhtevası ve şümulü; isbat külfeti; müruruzaman | 212 |
| § 30 — Mes'uliyetin Hafifletilmesi | 214 |
| I — İş sahibinin maruz olduğu bir zararı bertaraf etmek için iş görmede | 214 |
| II — İş görenin akdi ehliyeti haiz olmaması halinde | 217 |
| § 31 — Mes'uliyetin Ağırlaştırılması | 219 |
| I — Mes'uliyetin ağırlaştırılmasının şartları | 219 |
| II — Mes'uliyetin ağırlaştırılmasının mahiyeti ve hükümleri | 223 |
| III — İş sahibinin men'inin nazara alınmadığı haller | 224 |

B A P I I

İŞ GÖRENİN HAKLARI

F a s ı l I

Tecviz Edilen İş Görmede İş Görenin Haklarının Dermeyanı

İçin Gerekli Şartlar.

| | |
|---|-----|
| § 32 — İş Sahibinin Menfaati İktizasına Ve Maksadına Uygun Olarak İşe Girişilmesi | 232 |
|---|-----|

| | |
|---|-----|
| I — İşe girişmenin iş sahibinin menfaatine uygun olması şartı ve bu menfaatin tesbitinde takip edilecek metod | 232 |
| II — İşe girişmenin iş sahibinin maksadına uygun olması şartı | 236 |
| III — İş görenin, iş sahibinin menfaatini ve maksadını tesbitte hataya düşmesi | 238 |
| IV — Menfaatin muhtevası; tatbikattan misaller | 239 |
| § 33 — İş Sahibinin İcazeti | 245 |
| I — İcazetin hukukî mahiyeti ve verilmesi tarzı | 245 |
| II — Vekâletsiz iş görmeye icazet vermenin mümkün olduğu haller | 248 |
| III — İcazetin hükümleri | 251 |
| § 34 — İş Sahibini Borçlandırma İradesi | 255 |
| I — İş sahibi borçlandırma iradesinin mânası ve fonksiyonu | 255 |
| II — İş görenin teberru niyetiyle hareket etmesi | 258 |
| III — İş görenin masraflara katlanmasının ahlâkî bir vazife icabı olması | 260 |
| § 35 — İş Görenin Haklarının Dermeyanı İle Alâkalı Diğer Bazı Meseleler | 263 |
| I — İş görenin ve iş sahibinin ehliyeti | 263 |
| II — Birden fazla iş sahibinin mevcudiyeti | 265 |
| III — Müruruzaman | 266 |

F a s ı l I I

Tevviz Edilen İş Görmede İş Görenin Haklarının Muhtevası

| | |
|--|-----|
| § 36 — Masrafların Ödenmesi Talebi | 267 |
| I — Masraf mefhumu | 267 |
| II — Masrafların ödenmesinin şümulü ve tarzı | 270 |
| III — İş görenin deruhde ettiği borçlardan kurtarılması | 273 |
| § 37 — İş Görenin Ücret Ve İşin İcrası Yüzünden Uğradığı Zararın Tazmini Talepleri | 275 |
| I — İş görenin ücret talebi | 275 |
| II — İş görenin işin icrası yüzünden uğradığı zararın tazmini talebi, bu talebin mesnedi ve mahiyeti | 281 |
| III — İş görenin tazminat talebinin şümulü | 285 |
| § 38 — İş Görene İş Sahibinin Haksız İktisabına Mani Olmak İçin Tanınan Salâhiyetler Ve İş Görenin Hapis Hakkı | 286 |
| I — Ref'i hakkı | 286 |
| II — Haksız iktisaptan mütevellid iade mutalebesi | 291 |
| III — Hapis hakkı | 292 |

F a s ı l I I I

Tevviz Edilmeyen İş Görmenin İş Görenin Hakları

| | |
|---|-----|
| § 39 — İş Görenin Haklarının Şartları Ve Mahiyeti | 294 |
| I — İş görenin haklarının şartları | 294 |
| II — İş görenin haklarının mahiyeti | 297 |
| § 40 — İş Görenin Haklarının Muhtevası Ve Şümulü | 298 |
| I — Masrafların ödenmesi talebi | 298 |
| II — Ücret ve zararın tazmini talepleri | 300 |
| III — Ref'i ve hapis hakları | 301 |

K I S I M I I I

VEKÂLETSİZ İŞ GÖRMENİN TATBİK SAHASI
İLE ALÂKALI BAZI MESELELER

F a s ı l I

Vekâletsiz İş Görmenin Unsurlarını Havi Olmalarına Rağmen Hususî
Surette Tanzim Edilen Haller İle Mezkûr Müesseseye Atıf

Yapılan Hususlar

| | |
|---|-----|
| § 41 — Vekâletsiz İş Görmenin Unsurlarını Havi Olmalarına Rağmen, Kanunun Hususî Hükümlere Tabi Kıldığı Haller | 303 |
| I — Kaybolmuş bir şeyin, bir definenin, fenni kıymeti haiz eşyanın ve enkazın bulunması | 304 |
| II — Denizde kurtarma ve yardım | 305 |
| III — Müstecirin mecurdaki külfeti kendisine ait olmayan ayıpları izalesi | 308 |
| IIIa — MK. md. 624 ve 626 | 311 |
| IV — MK. md. 906 f. I ve md. 908 cümle 1 | 312 |
| V — MK. md. 316 f. III, 317, 648 ve müt., 699; Fikir ve San'at Eserleri Kanunu, md. 70 f. III | 317 |
| § 42 — Vekâletsiz İş Görmeye Müteallik Hükümlere Atıf Yapılan Haller | 318 |
| I — Muayyen mal vasiyetini yerine getirmekle mükellef olan kimsenin bazı hakları ve borçları | 319 |
| III — İdare hakkını haiz olmadığı halde veya bu hakkı tecavüz II — İntifa hakkı sahibinin masrafları | 320 |
| ederek şirket hesabına hareket eden şirketin hak ve borçları | 321 |
| IV — İBK. md. 418 n ve doktrin tarafından vekâletsiz iş görme hükümlerine atıf yapılan bazı haller | 322 |

F a s ı l I I

Kendi Menfaatine Başkasının İşini Görmenin Tatbik Sahası

| | |
|--|-----|
| § 43 — Alacak Haklarının, Aynı Hakların Ve Şahsiyet Haklarının | |
| İstismarı | 323 |
| I — Alacak haklarının istismarı | 323 |
| II — Aynı hakların istismarı | 327 |
| III — Şahsiyet haklarının istismarı | 328 |
| § 44 — Fikrî Ve Sinaî Hakların İstismarı | 330 |
| I — Dar mânada fikrî hakların istismarı | 330 |
| II — Sinaî hakların istismarı | 332 |
| § 45 — Alâmeti Farikaya Müteallik Hakkın İstismarı Ve Haksız Rekabet | 335 |
| I — Alâmeti farikaya müteallik hakkın istismarı | 336 |
| II — Haksız rekabet sahasında kendi menfaatine vekâletsiz iş | |
| görme hükümlerinin tatbiki lehindeki telâkki | 341 |
| III — Haksız rekabet sahasında kendi menfaatine vekâletsiz | |
| iş görme hükümlerinin tatbiki aleyhindeki telâkki ve | |
| bunun münakaşası | 347 |
| IV — Yeni TK. daki hal tarzı | 353 |

N E T İ C E

B İ B L İ Y O G R A F Y A

I — Umumi Eserler

- D'AMELIO - FINZI - DE BERNARDINIS : Codice civile, Libro delle obbligazioni. Commentario, vol. III, Firenze 1949.
- AMERICAN LAW INSTITUTE : Restatement of the law of restitution. Quasi contracts and constructive trusts. 1937.
- ANSAY, Sabri Şakir : Hükuk tarihinde İslâm hukuku, I. Kısım, ikinci bası, Ankara 1954.
- ANSON, Sir William R. : Principles of the English law of contract and of agency in its relation to contract, Eighteenth edition, Oxford 1937.
- ARANGIO - RUIZ, Vincenzo : Istituzioni di Diritto Romano, nona edizione, Napoli 1947.
- ARIÇ, M. Şahap: Yargıtay içtihadlarına göre haşiyeli Ticaret Kanunu, İstanbul 1946.
- ARMİNJON - NOLDE - WOLFF : Traité de droit comparé, t. I - III, Paris 1950 - 1951.
- ARSEBÜK, Esat : Borçlar Hukuku, ikinci basım, İstanbul 1943.
- ARSLANLI, Halil : Fikri hukuk dersleri, II - Fikir ve san'at eserleri, İstanbul 1954.
- BAUDRY - LACANTINERIE - BARDE : Des obligations, 3e éd., t. IV, Paris 1908.
- BAUMBACH, Adolf : Kommentar zum deutschen Wettbewerbsgesetz und zum Warenzeichengesetz vom 5 mai 1936, 3. Aufl. München und Berlin 1936.
- BECKER, Hermann : Kommentar zum schweiz. Zivilgesetzbuch, Band VI: Obligationenrecht, I. Abt., 2. Aufl. Bern 1941; II. Abt. Bern 1934.
- BİLMEN, Ömer Nasuhi : "Hukuku İslâmiyye ve Istılahatı Fıkhiyye" Kamusu, 6 cilt, İstanbul 1950 - 1952.
- BİRSEN, Kemaleddin : Borçlar hukuku dersleri, 1. kitap, üçüncü başı, İstanbul 1954.
- CESHIRE - FIFOOT : The law of contract, second edition, London 1949.
- COLIN - CAPITANT - DE LA MORANDIERE : Cours élémentaire de droit civil français, t. II, huitième édition, Paris 1935.
- DAVID, H. : Kommentar zum schweizerischen Markenschutzgesetz, Basel 1940.
- DEMOGUE, René : Traité des obligations en général, t. III, Paris 1923.

XVIII

- DEMOLOMBE : Cours de Code Napoléon, t. XXXI, Paris 1882.
- EGGER, August : Kommentar zum schweiz. Zivilgesetzbuch, I. Band, Einleitung. Das Personenrecht, 2. Aufl. Zürich 1930; II. Band, II. Abt. Die Verwandtschaft, 2. Aufl. Zürich 1943.
- EHRENZWEING, Armin : System des österreichischen allgemeinen Privatrechtes, 2. Aufl. 1928.
- ENDEMANN, F. : Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl. 1900.
- ENNECCERUS - LEHMANN : Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II. Band, vierzehnte Bearbeitung, Tübingen 1954.
- ESCHER, Arnold : Kommentar zum schweiz. Zivilgesetzbuch, Band III. Das Erbrecht, I. Halbband, 2. Aufl. Zürich 1937; II. Halbband, 2. Aufl. Zürich 1943.
- ESSER, Josef : Lehrbuch des Schuldrechts, I. Aufl. Karlsruhe 1949.
- GÖKTÜRK, Hüseyin Avni : Borçlar Hukuku, I. Kısım, Ankara 1946; II. Kısım: Ankara 1951.
- GÖNENSAY, A. Samim : Borçlar Hukuku, cilt I. İstanbul 1948.
- GUHL, Théo : Le droit fédéral des obligations, trad. par Des Gouttes, Zürich 1947.
- GÜCÜN, C. A. : Nazari ve amelî hukuk davaları, cilt II, Menkul mallar ve borçlar; İstanbul 1946.
- HAAB, Robert : Kommentar zum schweiz. Zivilgesetzbuch, IV. Band : Das Sachenrecht, 1. Abt., 2. Aufl. Zürich 1929 dan itibaren.
- HİRŞ, Ernst : Hukukî bakımdan fikrî sây, çeviren V. Çernis, İstanbul cilt I. 1942; cilt II. 1943. (Fikrî Sây).
- : Fikrî ve sınaî haklar, Ankara 1948.
- HOMBERGER, Arthur : Kommentar zum schweiz. Zivilgesetzbuch, Band IV: Das Sachenrecht, Dritte Abt. : Besitz und Grundbuch, 2. Aufl. Zürich 1938.
- JÖRS - KUNKEL - WENGER : Römisches Privatrecht, Dritte Auflage, Heidelberg, 1949.
- JUNG, Erich : Bürgerliches Recht, in "Das Gesamte Deutsche Recht" herausgegeben von Stammler, Bd. I, Berlin 1931.
- KOSCHAKER, Paul : Roma hususî hukukunun ana hatları, terc. eden Kudret Ayiter, Ankara 1950.
- KRELLER, Hans : Römisches Recht, II. Grundlehren des Gemeinen Rechts, Romanistische Einführung in das geltende Privatrecht, Wien 1950.
- LAROMBIERE, M. - L. : Théorie et pratique des obligations, t. VII, Paris 1856.
- LAURENT, F. : Principes du droit civil français, 3e éd., t. XX; Bruxelles, Paris 1878.

- LEEMANN, Hans : Kommentar zum schweiz. Zivilgesetzbuch, Band IV: Sachenrecht, I. Abt., 2. Aufl. Bern 1920; II. Abt. Bern 1925.
- LEONHARD, Franz : Das Schuldrecht des BGB, Band I: Allgemeines Schuldrecht des BGB, München und Leipzig 1929; Band II: Besonderes Schuldrecht des BGB, München und Leipzig 1931.
- LOBE, A. : Die Bekämpfung des Unlautern Wettbewerbes, Bd. I, Leipzig 1907.
- MARTIN, Alfred : Le Code des obligations, Des contrats de droit civil, Genève 1922.
- MATTER, E. : Kommentar zum Bundesgesetz betreffend den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken, der Herkunftsbezeichnungen von Waren und der gewerblichen Auszeichnungen, Zürich 1939.
- MONIER, Raymond : Manuel élémentaire de droit romain, t. II, 4e éd. Paris 1948.
- OERTMANN, Paul : Kommentar zum BGB und seinen Nebengesetzen, Bd. II: Recht der Schuldverhältnisse, 5. Aufl., Berlin 1928.
- OFTINGER, Karl : Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, Zürich 1940.
- ÖGÜZOĞLU, H. Cahit : Borçlar Hukuku, Ankara 1941.
— : Roma Hukuku, Ankara 1952.
- OSER - SCHÖNENBERGER : Kommentar zum schweiz. Zivilgesetzbuch, V. Band : Das Obligationenrecht, I. Teil, 2. Aufl. Zürich 1929; II. Teil, 2. Aufl. Zürich 1936; III. Teil, 2. Aufl. Zürich 1945.
- OSTERTAG, F. : Kommentar zum schweiz. Zivilgesetzbuch, Band IV: Das Sachenrecht, 3. Abt.: Besitz und Grundbuch, 2. Aufl. Bern 1917.
- PALANDT - GRAMM : Bürgerliches Gesetzbuch, Beck'sche Kurz-Kommentare, Bd. 7, 10. Aufl. München und Berlin 1952.
- PLANCK : Kommentar zum BGB, Bd. II, 4. Aufl. Berlin 1923.
- PLANIOL, Marcel : Traité élémentaire de droit civil, 11e éd., t. II, Paris 1931.
- PLANIOL - RIPERT - BOULANGER : Traité élémentaire de droit civil, 3e éd. t. II, Paris 1949.
- PLANIOL - RIPERT - ESMEÏN : Traité pratique de droit civil français, t. VII, 2e éd. Paris 1954.
- POLLOCK, Sir Frederick : The principles of contract, eleventh edition, London 1942.
- REIMER, Eduard : Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 3. Aufl., Köln - Berlin 1954.
- Reichsgerichtsrätekommentar : Das BGB mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichtes, II. Bd., Berlin 1939 (RGR Komm.)
- ROSENTHAL, A. : Wettbewerbsgesetz nebst den materiellen Vorschriften des Warenzeichengesetzes, 8. Aufl. Berlin 1930.

- ROSSEL, Virgile : Manuel du droit fédéral des obligations, t. I, Lausanne - Genève 1920.
- SAYMEN, Ferit H. : Borçlar hukuku dersleri, cilt I, İstanbul 1950.
- SCHNEIDER et FICK : Commentaire du Code fédéral des obligations, adaptation française de la 4e éd. allemande par Porret, t. I, Neuchâtel 1915.
- SCHWARZ, Andreas B. : Borçlar hukuku dersleri, I. cilt, çeviren Bülent Davran; İstanbul 1948.
- SİBER, Heinrich : Grundriss des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 2: Schuldrecht Leipzig 1951.
- STAUDINGER - NIPPERDEY : Kommentar zum BGB, II. Bd., 3. Teil 10. Aufl., Berlin 1941.
- TEPECİ, Kâmil : Notlu ve izahlı Borçlar Kanunu, Ankara 1949.
- TITZE, Heinrich : Bürgerliches Recht. Recht der Schuldverhältnisse, Berlin, 1923.
- TROLLER, Alois : Der schweizerische gewerbliche Rechtsschutz, Basel 1948
- TUHR, Andreas von : Partie générale du Code fédéral des obligations, traduit de l'allemand par Torrenté et Thilo, 2e éd., Lausanne 1933 - 1934.
- : Der allegemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. I, Leipzig 1910; Bd. II, erste Hälfte, 1914, zweite Hälfte 1918. (Allg. Teil).
- TUOR, Peter : Kommentar zum schweiz. Zivilgesetzbuch, Bd. III: Das Erbrecht, I. Abt., 2. Aufl. Bern 1952.
- WEIDLICH - BLUM : Das schweizerische Patentrecht, Bern 1934-1935.
- WEISS, Egon : Institutionen des römischen Privatrechts, 2. Aufl., Basel 1949.
- WIELAND, C. : Aynî haklar, terc. eden İ. Hakkı Karafakı, Ankara 1946.
- WINDSCHEID - KIPP : Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 2, 8. Aufl., Frankfurt a. M. 1900.
- WOLFF, Karl : Grundriss des österreichischen bürgerlichen Rechts, vierte Aufl. Wien 1948.

II — Monografi ve makaleler

- AARONS, Bernhard : Beiträge zur Lehre von der negotiorum gestio, Schwerin 1860.
- AEBY, Kurt : Die Geschäftsführung ohne Auftrag nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1928.
- ARSEVEN, Haydar : Nazari ve tatbiki alâmeti farika hukuku, İstanbul 1951.
- BADER, Hans : Falsus procurator und negotiorum gestor, SJZ, 26 (1929/30); sh. 167 ve müt.
- BERMANN, Gustav : Die Geschäftsführung ohne Auftrag nach schweizerischem Obligationenrecht, Diss. Zürich 1896.
- BRÜCKMANN, Arthur : Die Rechte des Geschäftsführers ohne Auftrag, zugleich

- ein Beitrag zur Lehre vom Begriff der auftragslosen Geschäftsbesorgung, Jena 1903.
- CARREZ, L. : La gestion d'affaires en droit civil français, thèse Lille 1911.
- CHAMBON E. Die negotiorum gestio, eine zivilistische Abhandlung, Leipzig 1848.
- CHRESTIN, O. H.: Unechte Geschäftsführung, BGB § 687 Abs. 2, Diss. Rostock 1931.
- DANKWARDT, H. : Die negotiorum gestio, Rostock 1855.
- DAVRAN, Bülent : Medeni hukukta masraf ve sarfiyat, İst. H. F. Mec., cilt XI (1945), sayı 1-2, sh. 288 - 310.
- DNIESTRJANSKYJ, Stanislaus : Zur Lehre von der Geschäftsführung, Jher. Jb. 77 (1927), sh. 48 ve müt.
- ERNST : Interesse und Wille des Geschäftsherrn, Arch. ziv. Praxis, Bd. 96, sh. 440 ve müt.
- FEYZİOĞLU, Feyzi : Zilyedlikte iadenin mevzuu ve şümülü, doçentlik tezi, İstanbul 1953 (makine ile yazılı nüsha).
- FISCHER, Friedrich von : Voraussetzungen und Umfang der Pflicht zur Herausgabe der durch unlauteren Wettbewerb gewonnenen Vorteile, Diss. Bern 1950.
- FRANKE, B. : Herausgabe des Gewinns bei Verletzung absoluter Rechte, Diss. Göttingen 1931.
- FREESE, H. : Die sogen. unechte Geschäftsführung ohne Auftrag, § 687 BGB, Diss. Göttingen 1931.
- FRESE, B. : Prokuratur und negotiorum gestio im römischen Recht, Mélanges de droit romain dédiés à Georges Cornil, Paris 1926, sh. 327 - 384.
- FRIEDRICH, Hans - Peter : Die Voraussetzungen der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 423 OR), insbesondere bei Annahme einer für einen Andern bestimmten Leistung, ZSR, N. F. 64 (1954), sh. 9 - 56.
- FROUÏN : La notion juridique de gestion d'affaires, thèse Bordeaux 1909.
- GAUTSCHİ, Georg : Auftrag und Geschäftsführung in der Schweiz, Zürich 1953.
- GIOVANOLİ, Silvio : Force majeure et cas fortuit en matière d'inexécution des obligations, selon le Code des obligations suisse, thèse Genève 1933.
- GRAFFENRIED, Rudolf von : Grundlagen und gegenseitiges Verhältnis der Normen des gewerblichen Rechtsschutzes (Pat G, URG, MMG, M Sch G; Firmenrecht, UWG und Persönlichkeitsrechte), Diss. Bern 1952.
- HAGENBÜCHLI, H. A. : Die Ansprüche des Geschäftsführers ohne Auftrag und ihre Voraussetzungen, Diss. Zürich 1926.
- ISAY, Hermann : Die Geschäftsführung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, Jena 1900.

- ISELE, H. G. : Geschäftsbesorgung, Umriss eines Systems, Marburg in Hessen 1935.
- KLIEN, J. : Das Recht auf den Eingriffserwerb im BGB, Diss. Freiburg 1933.
- KÖLLNER, F. O. : Die Grundzüge der Obligatio Negotiorum Gestorum, Göttingen 1856.
- KREIS, H. : Art. 423 OR : Geschäftsführung im Interesse des Geschäftsführers, Diss. Basel 1928 (Makine ile yazılmış nüsha).
- KRELLER, Hans : Das Edikt de negotiis gestis in der Geschichte der Geschäftsbesorgung, Festschrift für P. Koschaker, 1939, Bd. II; sh. 193 ve müt.
 — : Das Edikt de negotiis gestis in der klassischen Praxis, ZSSt., 59 (1939), sh. 390 ve müt.
- LEIST, B. W. : Das unerlaubte ungerufene Eingreifen in fremde Vermögensangelegenheiten, Jena 1855
- LENT, Friedrich : Der Begriff der auftragslosen Geschäftsführung, Leipzig 1909.
 — : Wille und Interesse bei der Geschäftsbesorgung, Leipzig 1938. (Wille und Interesse).
- MARUÏTTE, Maurice : La notion juridique de gestion d'affaires thèse Caen 1931.
- MONROY, Ernst von : Die vollmachtslose Ausübung fremder Vermögensrechte, Rostock 1878.
- MOSER, Rudolf : Die Herausgabe des widerrechtlich erzielten Gewinnes, insbesondere unter dem Gesichtspunkt der eigennützigen Geschäftsführung ohne Auftrag, Art. 423 OR, Diss. Zürich 1940.
 — : Zur Frage der Gewinnherausgabe, insbesondere im Wettbewerbsrecht, Separatabdruck aus der SJZ, 42. Jahrgang, Heft 1 und 2, Zürich 1946. (Gewinnherausgabe im Wettbewerbsrecht).
- MUESER, W. : Die praktische Bedeutung des § 687, Abs. 2 BGB, Diss. Köln 1934.
- MÜNCH, Alexander : Geschäftsführung ohne Auftrag, im Schlegelbergers Rechtsvergleichendes Handwörterbuch, Dritter Band, Berlin 1931, sh. 689 - 695.
- OGONOWSKI : Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Lemberg 1878.
- PACCHIONI, Giovanni : Della gestione degli affari altrui, terza edizione, Padova 1935.
- PICARD, M. : La gestion d'affaires dans la jurisprudence contemporaine, Rev. Trim. 21 (1922), sh. 1 ve müt.
- REICHEL, Hans : Geschäftsführung ohne Auftrag und Vertretung ohne Vertretungsmacht, SJZ, 26 (1929/30); sh. 198 ve müt.
- RICCOBONO, S. : La gestione degli affari e l'azione di arricchimento nel diritto moderno, Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni, Bd. 15 (1917), I. Teil, sh. 369 ve müt.

- RUHSTRAT, E. : Beiträge zur Lehre von der Negotiorum Gestio, Arch. ziv. Prax. Bd. 32 (1849), sh. 172 ve müt.
- : Einige wichtige Grundsätze der Negotiorum Gestio, Jher. Jb., Bd. 27 (1889), sh. 70 ve müt.
- SACHERS, Erich : Die Haftung des auftragslosen Geschäftsführers, Studia et documenta historiae et iuris, IV (1938), sh. 309 - 362.
- SCHULZ, Fritz : System der Rechte auf dem Eingriffserwerb, Arch. ziv. Prax., 105 (1909); sh. 1 ve müt.
- SIEGWART, Alfred : Gestione di affari senza mandato, pagamento d'indebito ed Arricchimento senza causa nel Progetto italo - francese di un Codice delle Obbligazioni, Annuario di diritto comparato e di studi legislativi 1930, IV - V, 1. Kısım; sh. 219 ve müt.
- SIMONIUS, August : Der Kauf als Mittel der Übertragung und der Verletzung des Eigentums, Vom Kauf schweizerischem Recht, Festschrift zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. Theo Guhl, Zürich 1950, sh 40 - 66.
- STURM, A. : Das negotium utiliter gestum, ein Beitrag zur Beseitigung d. Konstruktion der Rechtsinstitute aus Fiktionen, Weimar 1878.
- SUTER, Richard : Echte und unechte Geschäftsführung ohne Auftrag nach schweizerischem Obligationenrecht, Diss. Bern 1933.
- SWOBODA, Ernst : Bereicherung, Geschäftsführung ohne Auftrag, versio in rem nach österreichischem Recht, mit Ausblicken in das deutsche Recht Wien und Leipzig 1919.
- TUHR, Andreas von : Actio de in rem verso, zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Geschäftsführung, Freiburg - Leipzig 1895. (Actio de in rem verso).
- VIZIOZ, Henri : La notion de quasi contrat, thèse Bordeaux 1912.
- WEIDEMANN : Der Begriff des "Geschäftes" in §§ 662, 675, 677 BGB, Diss. Marburg 1932.
- WOLF, Elias : Von der Haftung des Schuldners für den Schaden eines Dritten, Ein Beitrag zur Lehre vom Schutz der subjektiven Rechte, ZSR, N. F. 46 (1927), sh. 283 - 327.
- : Interessenschutz und allgemeine Rechtssätze, ZSR, N. F. 51 (1932), sh. 51 - 88.
- : Gestion d'affaires, FJS, no. 1077 - 1079.
- ZIMMERMANN, Ernst : Ächte und unächte Negotiorum Gestio, Giessen 1873.
- : Die Lehre von der stellvertretenden Negotiorum Gestio, Strassburg 1876.

III — Mecmualar ve içtihad külliyatları

Adalet Dergisi (Ad. Der.).
Ankara Barosu Dergisi.

- Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Ank. H. F. Der.).
Archiv für zivilistische Praxis (Arch. ziv. Prax.).
Blätter für zürcherische Rechtsprechung (BIZR).
Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts
(OLG).
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGE).
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İst. H. F. Mec.).
Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen
Privatrechts (1897 den itibaren : für die Dogmatik des bürgerlichen
Rechts (Jher. Jb).
Juristische Wochenschrift (JW).
La Semaine Judiciaire (Sem. Jud.).
Le Journal des tribunaux (Jd T).
Le Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral (RO).
Revue trimestrielle de droit civil (Rev. Trim.).
Schweizerische Juristen - Zeitung (SJZ).
Tatbikatta Yargıtay Kararları.
Temyiz Kararları.
Türk İçtihadlar Külliyatı (İçt. Kül.).
Zeitschrift der Savigny für Rechtsgeschichte (ZSSt).
Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (ZbJV).
Zeitschrift für schweizerisches Recht (ZSR).

IV — RESMÎ METİNLER

- Code civil de la République de Chine, trad. par Ho Tchong - Chan, Paris 1930.
Code civil de la République tchécoslovaque, no. 141 du Recueil des lois, Prague
1951.
Code civil espagnol, trad. par Le Pelley, Paris 1932.
Code civil hellénique, trad. par Savidis, Athènes 1940.
Code des obligations de la République de Pologne, trad. par Sieczkowski et Wa-
silkowski, Paris 1935.
Entwurf eines allgemeinen deutsch Gesetzes über Schuldverhältnisse, 1866 (Dres-
den Projesi).
Entwurf nach den Beschlüssen einer Kommission vom 22 - 28. Oktober 1867 und
vom 6 - 13. Oktober 1872, gedruckt Juli 1875. Bern, (İsviçre Borçlar
Kanunu Projesi).
Entwurf nach den Beschlüssen einer Kommission vom 16. - 21. Mai 1876, ged-
ruckt im 1876, Bern. (İsviçre Borçlar Kanunu Projesi).

Entwurf und Botschaft zum Bundesgesetz über den unerlaubten Wettbewerb vom 3. November 1942, Bundesblatt 1942, sh. 665 ve müt. (İsviçre'de Haksız Rekabete müteallik Kanun Projesi).

Le Projet de Code des obligations et des contrats préparé par une double commission de juristes français et de juristes italiens, Paris 1929.

NOT : Kendilerine yalnız muayyen bir mesele için müracaat edilen veya mevzuumuzla doğrudan doğruya alâkalı olmayan diğcr bazı eserler ve yazılar metindeki notlarda zikredilmişlerdir.

KISALTMALAR CETVELİ (1)

| | |
|------------------|---|
| Ad. Der. | Adalet Dergisi. |
| Ank. H. F. Der. | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. |
| Arch. Ziv. Prax. | Archiv für Zivilistische Praxis. |
| BGB | Alman Medenî Kanunu. |
| BK | Borçlar Kanunu (2). |
| bk. | Bakınız. |
| BIZR | Blätter für zürcherische Rechtsprechung. |
| CK | Ceza Kanunu (2). |
| f. | Fıkra. |
| FJS | Fiches Juridiques suisses. |
| FSEK | Fikir ve San'at Eserleri Kanunu. |
| HMUK | Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu. |
| İBK | İsviçre Borçlar Kanunu. |
| İçt. Kül. | Türk İçtihadlar Külliyyatı. |
| İMK | İsviçre Medenî Kanunu. |
| İst. H. F. Mec. | İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası. |
| JdT | Le Journal des tribunaux. |
| Jher. Jb. | Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. |
| JW | Juristische Wochenschrift. |
| MK | Medenî Kanun (2). |
| md. | Madde. |
| OLG | Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. |
| Rev. Trim. | Revue trimestrielle de droit civil. |
| RGE | Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. |
| RO | Le Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral. |

(1) Muhtelif eserleri olan müelliflerin eserlerini birbirinden tefrik edebilmek için gerekli kısaltmalar Bibliyografyada gösterilmiştir.

(2) Bu kısaltmalar yalnız başına Türk Medenî, Borçlar, Ticaret ve Ceza Kanunları için kullanılmıştır; başka memleket kanunları bahis mevzuu olduğu zaman, o memleketin ismi kısaltmaya eklenilmiştir. Misaller : İspanya MK, Polonya BK, Alman TK, Alman CK gibi.

XXVIII

| | |
|-----------|--|
| Sem. Jud. | La Semaine Judiciaire. |
| sh. | Sahife. |
| SJZ. | Schweizerische Juristen - Zeitung. |
| TK | Ticaret Kanunu. |
| ZbJV | Zeitschrift des bernischen Juristenvereins. |
| ZSR | Zeitschrift für schweizerisches Recht. |
| ZSt. | Zeitschrift der Savigny - Stiftung für Rechtsgeschichte. |

GİRİŞ

§ 1— VEKÂLETSİZ İŞ GÖRMENİN ANA MESELELERİ VE BUNLARIN HALLİNDE MESNET TEŞKİL EDEN MÜLÂHAZALAR.

Müttekâmil insan topluluklarında, topluluk mensuplarından hiçbiri bütün işlerini her zaman kendisi göremez ve iş bölümü esasının tabii neticesi olarak başkalarının yardımlarına müracaat eder. Bundan başka, topluluk âzasından bir kısmı küçüklük, temyiz kudretinden mahrumiyet vesair sebeplerle kendi işlerini bizzat yapamayacak, hukuki muamelelere girişemeyecek vaziyettedir. Her hukuk nizamı, bir taraftan iş görme akitlerine, diğer taraftan velâyet, vesayet, kayımlık gibi himaye müesseselerine yer vermekle, bir kimsenin işlerinin başkası tarafından idaresine imkân bahşeder. Başkasının işini görme bazan da, iş görenin, resmî memuriyeti icabı, yahut hükmi şahsiyeti haiz bulunan veya bulunmayan birliklerin uzvu yahut mümessili sıfatıyla, kanundan aldığı salâhiyete binaen mümkün olur.

Bütün bu haller dışında, cemiyet hayatında bir şahsın, bu hususta akdi veya kanunî bir mezuniyeti bulunmamasına rağmen başkasının işleriyle meşgul olduğu da vakidir. Böylece vekâleti olmadan başkasının hukuki sahasına müdahale eden kimse ya iş sahibinin menfaatlerine hizmet etmek üzere, yahut da işi bilerek veya bilmeyerek kendisininmiş gibi sayıp o işden hasıl olacak faydayı kendisine hasretmek niyeti ile, faaliyette bulunur. Her hukuk nizamı bu gibi müdahalelerin ne nisbette tecviz edileceğini tâyin ve neticelerini tanzim etmek zorundadır.

Hukuk nizamı, bir kimsenin, vekâleti olmadan, bir diğer şahsın maruz kaldığı zararları bertaraf etmek, onun tehlikede gördüğü hukuki varlıklarını (biens juridiques, Rechtsgüter) korumak yahut ona bir fayda temin etmek üzere faaliyette bulunmasının hangi hudutlar içinde caiz olduğunu ve bu faaliyete terettüp eden hükümleri tesbit ederken, şu mesele karşısında bulunur¹.

(1) Elias Wolf, FJS, No. 1077, sh. 5-6; Aoby, sh. 9-24; Suter, sh. 1-3; Friedrich, sh. 12; Lent, Wille und Interesse, sh. 12; Münch, sh. 689-690; Staudinger - Nipperdey, Vorbem. zum elften Titel, Nr. 3-4; Esser, sh. 324; Demo-

Bir taraftan, her şahsın sübjektif haklarının kendisine bahsettiği iktidar sahasının arzu etmediği müdahalelerden masun kalması hususunda himayeye şayan bir menfaati mevcuttur. Başka bir deyimle, her şahıs kendi işlerini alâkadar eden herhangi bir faaliyete girişilmesi gerekip gerekmediğini ve bu faaliyetin tarzını tâyininde serbest olmalıdır.

Diğer taraftan, cemiyetin, insanı hemcinslerine faydalı bir şekilde yardıma teşvik etmekte menfaati vardır. Mevcut hukukî varlıkların muhafazasını sağlamak, hatta onların kıymetlerini arttırmak topluluğun nef'inedir.

İşte hukuk nizamı, bir mezuniyete müstenid olmaksızın başkasının işlerini ona faydalı olmak maksadı ile görmeyi tanzim ederken, iş sahibinin işlerinin müdahaleden masun tutulmasına olan menfaati ile, fertleri başkalarına yardıma tahrik hususundaki içtimai menfaati uzlaştırmak mecburiyetindedir². Bu suretle, bir kimsenin işiyle, onun menfaatine, mezuniyeti bulunmaksızın meşgul olma, iş sahibinin şahsî hürriyetinin, şahsiyet haklarının hudutlarından bazıları tâyinle alâkalı bir mesele şeklinde ortaya çıkmaktadır³. Bu meselenin halli, her hukuk nizamında, geniş ölçüde, o nizamda ferdi hürriyet - içtimai menfaat tezağu hakkında cari kıymet hükümlerine bağlıdır.

Bu kıymet hükümlerinin ışığı altında, bir yandan, iş sahibinin menfaatlerini himaye etmek ve işlerine yersiz müdahaleleri önlemek üzere iş görenin mes'uliyetini ve borçlarını ilgilendiren kaidelerin konulması gerekir; öbür yandan iş görenin menfaatlerini ve bilvasıta içtimai tesanüdü vikaye için de, iş görene yaptığı masrafların ve uğradığı zararların tazminini talep hakkı az veya çok şümüllü bir surette tanınmak icap eder. Başkasının menfaatine onun işlerine müdahalenin bir ahlâki vazifenin ifası mahiyetinde savılıp savılmaması da, iş görene masraf ve zararları için bir talep hakkı bahşedilip edilmemesinde âmîl olur.

İş görenin, iş sahibinin değil de bizzat kendi menfaati için vekâletî olmadan başkasının işiyle meşgul olması halinde artık, içtimai tesanüt, mevcut hukukî varlıkları muhafaza ve onların kıymetlerini arttırmak için

gue, t. III, sh. 9-10; Planiol-Ripert-Esmein, t. VII, No. 725 - 726, Arsebük, sh. 557; d'Amelio-Finzi de Bernardinis, Premessa ad Titolo VI, No. 6; Carrez, sh. 8.

(2) Burada, şu noktayı hatırdan çıkarmamak lâzımdır ki, ekseri hallerde bizzat iş sahibi de kendi hukukî varlıklarının korunmasını, bunların müdahaleden masun kalmasına tercih eder; bu takdirde ferdi hürriyet içtimai menfaat tezağu da kuvvetini kaybeder.

(3) Elias Wolf, FJS, No. 1077, V. B; Moser, sh. 132.

fertleri hemcinslerine yardıma teşvik mülâhazaları bahis mevzuu olamaz. Cemiyet, bilâkis bu nevi müdahalelere karşı âzasının hukukî sahalarını masun tutmak mecburiyetindedir. Herkesin işlerinden hasil olacak menfaat kendisine ait olmalıdır. Hiç kimse başkasının hukukî sahasına tecavüz ederek bundan bir fayda elde edememelidir. Hukuk nizamınca haksız fiiller ve haksız iktisaplar için kabul edilmiş olan müeyyideler, bu nevi tecavüzlere karşı cemiyet mensuplarını müdafaa için kâfi gelmektedir. Çünkü, haksız fiilden mütevellid tazminat talebi uğranılan zararlar, haksız iktisaptan neş'et eden iade talebi ise aleyhine iktisapta bulunulmanın mamelekindeki fakirleşme ile mukayyedir. Halbuki, başkasının işini kendi menfaatine gören kimsenin ticarî sahadaki şahsî imkânları, münasebetleri, sermayesinin çokluğu gibi sebeplerle aynı işten hakikî iş sahibinin elde edebileceğinden fazla bir kâr temin etmesi kabildir. Eğer tazminat veya haksız iktisaptan doğan iade dâvalarıyla iktifa edilse, böylece başkasının işini gören kimse gene kazancının bir kısmını muhafaza edebilecek ve yeniden başkalarının işlerini istismar etmek çarelerini araştıracaktır. Bu itibarla, hukuk nizamının, bütün iş görme hallerinde olduğu gibi, burada da iş sahibine, işten elde edilen menfaatlerin tamamını temellük salâhiyetini tanıması lâzımdır. Hulâsa, vekâleti olmadan başkasının işini kendi menfaatine görmede, hukuk nizamının karşılaştığı mesele, sübjektif hakların haksız müdahalelere karşı himayesi için tamamlayıcı bir müeyyide bulmak şeklinde tezahür eder⁴.

Bu mesele, sanayi ve ticaretin son yüz yıldaki büyük inkişafına muvazi olarak gelişen fikrî haklar ve iktisadî rekabet sahalannda gittikçe artan bir ehemmiyet arz etmektedir. Filhakika, zamanımızda, başkasının fikrî haklarını istismar suretiyle veya onun işlerine haksız rekabet yoluyla müdahale neticesinde büyük kârlar elde etmek mümkündür. Başkasının işlerini, tabir caizse, gasbederek elde edilen kârın iadesini temin hususunda muhtelif hukuk sistemlerinde kabul edilen hal tarzları, o sistemlerde haksız fiilden mütevellid tazminat ve haksız iktisaptan dolayı iade taleplerinin şumülü hakkındaki görüşlere bağlı bulunmaktadır. Vekâleti olmadan başkasının işini görme mefhumunun dar veya geniş tutulması da, bu hal tarzlarına tesir icra eder. Bundan başka, her yerde iktisadî inkişaf aynı hızda olmadığından, başkalarının hukukî sahalarna müdahale suretile kâr elde etmenin önlenmesi ihtiyacı, bütün memleketlerde aynı şiddetle hissedilmemiştir. Hattâ bazı memleketlerde, iş görenin kendi hususî imkânları sayesinde sağladığı fazla kâr, işini elinden aldığı şah-

(4) Moser, sh. 1-4; Elias Wolf, FJS, No. 1077, V, B ve VI, B; Friedrich; sh. 24.

sa bırakmasının haklılığı, adalet hissine (sentiment de justice, Rechtsgefühl) uygunluğu tereddütle karşılanmıştır.

Bu suretle vekâletsiz iş görmenin başlıca iki nev'inin meydana çıkardığı ana meseleleri ve bunların halinde mesnet teşkil eden mülâhazaları tesbit ettikten sonra muhtelif hukuk sistemlerindeki hal tarzları üzerinde kısaca duracağız. Bu hal tarzlarının incelenmesi, Türk - İsviçre hukukundaki vekâletsiz iş görme müessesesinin menşei ve tarihi tekmülû hususunda kâfi fikir edinilmesini temin edeceği gibi, aynı zamanda bu müessesenin hukukumuzdaki tanzim şekli hakkında verilecek kıymet hükümleri için mukayese zeminini hazırlayacaktır.

§ 2 — ESKİ HUKUK SİSTEMLERİNDEKİ HAL TARZLARI

I — Roma Hukuku

İngiliz ve Amerikan hukuku müstesna diğer modern hukuk sistemlerinde vekâletsiz iş görme hakkında mer'i olan kaidelerin temelleri Roma hukukundaki "negotiorum gestio" da bulunmaktadır. Bu müessesenin menşei, unsurları ve hükümleri Roma hukuku ile işgal eden âlimler arasında büyük münakaşalara yol açmış ve bu hususta zengin bir edebiyat vücuda gelmiştir¹. Negotiorum Gestio'ya ait metinlerin interpolatio'ya tabi tutulmuş olmaları, gerek ius civile'de gerek ius hororarium'da enun'a alâkalı dâvaların bulunması, Roma hukukunun müşterek hukuk (droit commun, gemeines Recht) olarak sonradan da meriyette kalması ve islenmesi, müessesenin iptidai halini tesbit etmeyi çok güçleştirmiştir. Bu sahada varılan en son neticeler² şu suretle hulâsa etmek kabildir:

(1) Hans Kreller: Negotiorum gestio. Realenzyklopädie der klassischen Altertumswissenschaft, von Pauly - Wissowa - Kroll, Supplement VII, sh 551 ve müt.; Egon Weiss, sh. 394 ve müt.; Monier, sh. 207 ve müt.; Hagenbüchli, sh. 13-14 ve bu müellifler tarafından zikredilen eser ve yazılara bak.

(2) Bk. Not 1 de adı geçen eser ve yazılar ve onlara ilâveten: Kreller: Das Edikt de negotiis gestis in der Geschichte der Geschäftsbesorgung, Festschrift für P. Koschaker, 1939, Bd. II, sh. 193 ve müt.; aynı müellif: Das Edikt de negotiis gestis in der klassischen Praxis, ZSSSt. 59 (1939), sh. 390 ve müt.; Römisches Recht, sh. 368-369, 371; Mario Morelli: Die Geschäftsführung im klassischen römischen Recht, Berlin 1935; E. H. Kaden, ZSSSt, 56 (1936), sh. 338-340, 342-345; Erich Sachers: Die Haftung des auftragslosen Geschäftsführers, Studia et Documenta, 4 (1938), sh. 309-362; Jörs - Kunkel - Wenger, sh. 247-248; Koschaker, sh. 227-228; Oğuzoğlu, sh. 255-257; Arangio-Ruiz, sh. 358-360.

1. Negotiorum gestio'nun menşei ve tekâmülü.

Başlangıçta, Roma hukuku bir kimsenin vekâleti olmadan başkasının işleriyle meşgul olmasını iyi karşılamıyordu³. Bununla beraber, takriben milâttan evvel ikinci asırda kabul edilmiş olan Lex Aebutia'dan aldıkları geniş salâhiyete dayanarak praetor'lar edictum'larına bir "clausula de negotiis gestis" koymağa başladılar⁴. Bununla, gaip olan bir şahsın (absentis) menfaatlerini üçüncü şahısların tecavüzlerine karşı müdafaa eden veya görünürde mirasçısı olmayan bir terekenin (hereditas iacens) idaresini üzerine alan kimse (gestor) ile iş sahibi (dominus negotii) - yani sonradan ortaya çıkan gaip veya mirasçılar - arasındaki münasebet tanzim ediliyordu. Gestorun vekâleti olmaksızın kendiliğinden (sponte) harekete geçmesi esastı⁵. Praetor, dominus ve gestor'a birer actio in factum tanıyordu⁶. Bu dâvalar sayesinde gestor'un fena idaresinden dolayı mes'ul kılınması ve dominus'un da onun yaptığı faydalı masrafları ödemeğe mecbur tutulması mümkün oluyordu.

Ius honorarium'dan tamamen müstakil olarak ius civile de Çiçeron devrinden itibaren - takriben milâttan evvel birinci asırda -, bir kimsenin gaybubeti halinde onun mamelekini idare eden şahsa (procurator) karşı mamelek sahibine bonae fidei mahiyeti haiz bir iudicium negotiorum gestio bahsetmekteydi⁷. Evvelâ Roma'yı memuriyet veya askerlik dolayısıyla terkeden vatandaşlara, daha sonra işleri için İtalya'dan uzakla-

(3) Bu husus sonradan şöyle ifade edilmişti: "Culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti." (D. 17, L. 36).

(4) D. 3, 5, 3, pr.

(5) B. Frese'ye göre (Prokuratur und negotiorum gestio im römischen Recht, Mélanges de droit romain dédiés à Georges Cornil, Paris 1926, sh. 327 - 384, hususıyla sh. 348, 382 - 384) klâsik Roma hukuku bugünkü mânasında bir vekâletsiz iş görme müessesesi tanıımıyordu; negotiorum gestor, iş görmeğe salâhiyetli kılınmış bir procurator, bir umumî vekilden başka bir şey değildi; Justinianus devrinden itibaren ki negotiorum gestio vekâletsiz iş görme mahiyetini iktisap etmişti. Frese'nin bu tezinin yanlışlığı Morelli, Kaden ve Kreller'in yukarıda Not 1 ve 2 de adı geçen yazılarında isbat edilmiştir.

(6) Ius civile'den müstakil actio in factum'ların mevcudiyetini ilk defa M. Wlassak (Zur Geschichte der Negotiorum Gestio. Jena 1879) esaslî bir şekilde meydana çıkarmıştır.

(7) Negotiorum Gestio hakkındaki formula honoraria ile formula civilis'ten hangisinin tarihen daha eski olduğu ihtilâflıdır. Bu hususta bk. Hagenbüchli, sh. 13-18; Sohm-Mitteis-Wenger: Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts, Berlin 1949, sh. 80 Not 11 ve sh. 444 Not 8. En yeni nazariyelere göre (Kreller, ZSSSt, 59 (1939), sh. 390; Egon Weiss, sh. 395 ve Monier, sh. 207-208 formula civilis daha eskidir.

şan tacirlere mameleklerini idare için bir procurator nasbetmek imkânı tanınmıştı. Cumhuriyet devrinin sonlarından itibaren de bir mülkün veya ticarî teşebbüsün sahibi, kendi bulunmadığı zaman bunların başında bir dostunu veya azatlısını procurator yahut institor olarak bırakabiliyordu. Bu suretle iptidaen, mansup olan procurator'a karşı kabul edilmiş bulunan iudicium bonae fidei, sonradan kendiliğinden müdahale ederek iş sahibinin gaybubetinde onun mamelekini idare eden voluntarius'a karşı da tevcih edilebilmeğe başlandı; mandatam yahut tutela'ya müstenid olmayan bütün başkasının işini görme hallerinde bu iudicium'dan istifade etmek imkân dairesine girdi.

Fevkalâde muhakeme usulünün tatbiki esnasında ve Diokletianusdan sonra ius civile - ius honorarium tefrikinin ehemmiyetini kaybetmesi üzerine, negotiorum gestio'ya ait actio in factumlarla iudicium bonae fidei birleştiler. Diğer taraftan, zamanla procuratio'nun umumî vekâlete tahavvülü⁸ ve cura ile diğer bazı iş görme halleri için hususî dâvaların tanınması neticesinde, Justinianus devrinde negotiorum gestio yalnız salâhiyeti ve vazifesi olmadan başkasının işini görmeğe inhisar etti. Bu devirde, dominus haklarını bir actio negotiorum gestorum directa ve gestor da bir actio negotiorum gestorum contraria vasıtasıyla dermeyan edebiliyordu; bu karşılıklı dâvalar bonae fidei mahiyeti haizdiler.

2. Negotiorum gestio'nun unsurları.

Negotiorum gestio'ya müteallik dâvaların başlıca şartı, gestor'un başkasına ait bir işi veya işleri (negotia aliena) görmüş olması idi⁹. Ancak bunun yanında sübjektif bir unsurun, başkasının işini onun menfaatine olarak görme iradesinin bulunması gerekip gerekmediği münakaşalıdır.

(8) Klâsik Roma hukukunda vekâlet (mandatum) rızai bir akit olup muayyen bir işin görülmesine taallük ediyordu. Procuratio ise bir mamelekin idaresi için tek taraflı olarak verilmiş umumî bir selâhiyeti ifade ediyordu: Bk. Monier, sh. 181; Heinrich Siber: Römisches Privatrecht, Berlin 1928, sh. 191-192; Sachers, sh. 315, Not. 27.

Kreller (Römisches Recht, sh. 368-369) ve Koschaker (sh. 227) e göre, klâsik devirde bir mamelekin idaresi gibi zahmetli bir işin görülmesi ancak iş sahibine nazaran sosyal bakımdan dün vazivette olan kimselere, umumiyetle azatlılara tevdi ediliyor ve onlar iş sahibi ile müsavi olmadıklarından aralarında bir vekâlet akdi vücut bulamıyordu.

(9) Gestor'un vekâleti olmadan kendiliğinden faaliyette bulunması şartı hakkında yukarıda not 5 ve ona ait metne ve negotiorum gestio'nun tekâmülü hakkındaki izahatımıza bk.

Riccobono'ya göre¹⁰ klâsik devirde animus negotia aliena gerendi, negotiorum gestio'nun en başta gelen unsurunu teşkil ediyordu; Justinianus zamanından itibaren ki bu unsurdan sarfınazar edilerek vekâleti olmadan başkasının işini görme müessesesinin hudutları genişletilmiştir.

Partsch¹¹ tamamen aksi fikri müdafaa ve klâsik devirde başkasının işini görme fiilinin actio negotiorum gestorum'a vücut vermek için کافی geldiğini beyan etmektedir. Bu müellife göre, Justinianus'un borç kaynağı olarak iradeye ehemmiyet vermesiyle, negotiorum gestio'nun mevcudiyeti için animus negotia aliena gerendi aranmağa başlanmıştır.

Rabel tarafından ileri sürülen ortalama bir hal tarzına¹² bugün müelliflerin ekserisi iltihak etmiş bulunmaktadır¹³. Rabel'in kanaatinca klâsik devre ait metinlerden, o zamanlar, ne münhasıran objektif nazariyeye ne de sadece sübjektif nazariyeye istinad edildiği neticesi çıkarılabilir. Umumiyetle objektif unsurları nazara alan klâsik hukukçular, belki işin başkasına aidiyeti şüpheli olan hallerde, meselâ başkasının hukuki sahasına dahil bulunmaları sırf mahiyetleri icabı olmayan (nötr) işlerin başkası için görülmesi hallerinde irade unsuruna başvuruyorlardı. Diğer taraftan Justinianus hukuku negotiorum gestio'ya müteallik dâva haklarını kendi menfaatine başkasının işini görme hallerine teşmil etmekle beraber, bu, Riccobono'nun iddiası veçhile, animus negotia aliena gerendi'den sarfınazar edildiğinden değil hakkaniyet icaplarının gözönünde tutulmasından ileri gelmekte idi.

3. Negotiorum gestio'nun hükümleri.

Gestor, başlangıçta yalnız hilesi (dolus) dolayısıyla mes'ul tutuluyordu; fakat milâttan sonra ikinci asrın ortalarına doğru bilhassa negotiorum gestio'ya müteallik iudicium civile'nin bonae fidei mahiyeti dolayısıyla, o, bütün kusurlarından (omnis culpa) mes'ul sayılmağa başlandı¹⁴. Gestor, hususiyile, dominus'a zarar verecek her türlü hareketten iç

(10) Sh. 383 - 384.

(11) Studien zur Negotiorum gestio I, Sitzungsberichte der Heidelberger Akademie der Wissenschaften, 12 (1913) sh. 15 ve müt., 37 ve müt.

(12) Negotium alienum und animus, Studi in onore di Pietro Bonfante, IV, 1930 sh. 281 ve müt. hususiyile sh. 292, 295 ve 302.

(13) Jörs - Kunkel - Wenger, sh. 248; Egon Weiss, sh. 396; Koschaker, sh. 227, Arangio - Ruiz, sh. 359.

(14) Sachers, sh. 356 ve müt.

tinab etmek mecburiyetinde idi¹⁵. Dominus'un men'ine rağmen işe giriştiği takdirde kazadan dahi mes'uldü; buna mukabil dominus'u tehdit eden bir tehlikeyi önlemek gayesiyle hareket eden gestorun yalnız ağır kusuru (culpa lata) mes'uliyetini mucip oluyordu. Gestor üzerine aldığı işi sonuna kadar takip etmekle mükellefti; bir mameleki idare ettiği takdirde işlerin yalnız bir kısmını görmekle iktifa edemezdi; işin hitamında dominus'a hesap vermesi ve işten elde ettiği kârları ona devretmesi lâzımdı.

Bunlara mukabil gestor, iş görme dolayısıyla yaptığı masrafları ödemesini, deruhde ettiği borçlardan kendisini kurtarmasını dominus'tan talep edebiliyordu. Yalnız onun böyle bir talepte bulunabilmesi, teberru kasdiyle hareket etmemiş olması şartına bağlı idi. Dominus'un men'ine rağmen işe girişen gestor, masrafları hususunda bir hak iddia edemezdi¹⁶. Bundan başka, masrafların istenilmesi için, dominus bakımından hiç olmazsa bidayeten faydalı olmaları (negotium utiliter coeptum) lâzımdı¹⁷.

Dominus yapılan işlere sonradan icazet verdiği takdirde, masrafların faydalı olmadığını ileri süremezdi¹⁸; icazet gestor'un dolus'tan dolayı mes'uliyetini bertaraf etmiyordu¹⁹.

4. Kendi menfaatine başkasının işini görme halleri.

Roma hukukunda, kendi menfaatine başkasının işini görme hallerinin de negotiorum gestio müessesesi çerçevesine girip girmediği hususu, animus negotia aliena gerendi'nin bu müessesenin zarurî bir unsuru

(15) Sachers, sh. 319 ve müt.

(16) Bunun tek istisnasını actio funeraria teşkil etmektedir; bu dâva ile gestor, mirasçılardan arzusu hilâfına yaptığı, müteveffanın seviyesine uygun defin masraflarını onlardan talep edebiliyordu: D. XI, 7, 14, 13 Ulpianus (Egon Weiss, sh. 397).

(17) Gestor, yıkılmak tehlikesinde olan bir evi tamir için yaptığı masrafları, bu ev sonradan yansa dahi, isteyebilirdi; fakat dominus o evi terketmek (derelictio) niyetinde olduğundan bakımsız bırakmışsa, gestor tamir masraflarını talep hakkına sahip değildi: Egon Weiss, sh. 397; Koschaker, sh. 228.

(18) İcazeti lâhika vekâleti sabıka hükmündedir kaidesi Roma hukukunda da mevcut idiye de (rati enim habitio mandato aequiparatur), icazetin verilmesinden sonra actio mandati mi yoksa gene actio negotiorum gestorum mu açılması gerektiği münakaşalıdır. Bk.: Monier, sh. 210; Sachers, sh. 325 Not. 59;

(19) Sachers, sh. 318. Kreller, Römisches Recht, sh. 371.

addedilip edilemeyeceği meselesine sıkı surette bağlıdır. Filhakika sübjektif unsurun zarureti kabul edilirse, bu hallerde negotiorum gestio'dan bahsetmeğe imkân kalmaz.

Klâsik devirde, kendi menfaatine başkasının işini görme halleri ile alâkalı iki metne rastlanmaktadır:

Bu metinlerden biri Labeo'ya izafe edilmekte olup, bir işin başkasına ait olduğunu bilerek onu kendi menfaatine gören kimseye taallük etmektedir²⁰. Labeo'ya göre iş sahibi, böyle suiniyetle işi kendi menfaatine gören kimsenin elde ettiği menfaatleri iade etmesini ve hareketinden dolayı mes'ul tutulmasını, actio negotiorum gestorum vasıtasıyla istiyebilir; iş gören ise masraflarını ancak iş sahibinin zenginleşmesi nisbetinde talep edebilir. Bu metnin interpolatio'ya tabi tutulduğu ve gerçekte Labeo'nun, kendi menfaatine iş görme halinde, başkasının işini görme iradesi bulunmadığı için, negotiorum gestio'nun mevcudiyetini reddettiği, başta Riccobono olmak üzere muhtelif hukukçular tarafından ileri sürülmüştür²¹.

Klâsik hukuka ait ikinci metin hüsnüniyetle yani kendisininmiş zannederek, başkasının işini kendi menfaatine görme hakkındadır²². Afrikanus'a atfedilen bu metinde şu hal bahis mevzuudur: Bir köleyi mallarıyla beraber satın alan bir kimse, bu mallardan bazılarını, onları kölenin eski efendisinden çalmış olduğunu bilmeyerek bir üçüncü şahsa satmıştır. Bu vaziyette, Afrikanus'un içtihadı gereğince kölenin ilk sahibi, yeni sahibinden alınan şeyin satış bedelini bir actio negotiorum gestio vasıtasıyla isteyebilmelidir.

Riccobono'ya nazaran²³ klâsik devir hukukçuları, bu halde bir dâva hakkı tanısalar da bunu bir haksız iktisap dâvası olarak kabul ederlerdi; Afrikanus'a atfedilen metin hakikatte Justinianus zamanı hukukçularının bir tahrifi eseridir²⁴. Bunlar, haksız iktisapları mümkün meretebe önlemek gayesiyle, klâsik hukukta umumî mahiyette bir haksız iktisap dâvası bulamadıklarından, burada bir vekâletsiz iş görme dâvasına vücut vermişlerdir.

(20) D. 3, 5, 5, 5.

(21) Bu hususta bk. Moser, sh. 82, Not. 10 daki atıflar. Moser, s. 83 te bu metnin sıhhatini müdafaa etmektedir.

(22) D. 3, 5, 48 (49).

(23) Sh. 383-384. Aynı fikirde Egon Weiss, sh. 398.

(24) Aksi fikirde Moser, sh. 85 ve müt.

Bahsi geçen metinlerin ne dereceye kadar hakikî olduğunun münakaşası tetkiklerimizin hududunu aşmaktadır. Yalnız şunu kat'î olarak tesbitle iktifa edebiliriz ki Justinianus devrinde, negotiorum gestio'ya müteallik dâvalar, ister klâsik hukuktan intikal etmek suretiyle, ister bu hukukun tahrifi neticesinde, fakat her halde hakkaniyet icaplarını yerine getirmek maksadıyla, kendi menfaatine olmak üzere başkasının işini görme hallerine de teşmil edilmiştir. Filhakika, iş sahibinin menfaatine hareket edenin elde ettiği kârı iadeye mecbur olmasına mukabil, başkasının işini kendi menfaatine görenin böyle bir mecburiyeti bulunmaması, Justinianus devri hukukçuları tarafından hakkaniyete aykırı sayılmış²⁵ ve negotiorum gestio'ya müteallik dâva hakkının bu sonuncu halde de bahsedilmesi suretiyle başkasının işlerinden kâr temini imkânı ortadan kaldırılmak istenmiştir.

II — İslâm Hukuku

İslâm hukukunda vekâleti olmadan başkasının işini gören kimse ile iş sahibi arasındaki münasebetleri tanzim eden umumî mahiyette bir müessese mevcut değildir²⁶.

İslâm dünyasında hâkim olan ahlâkî telâkkiler, başkasına yardım dolayısıyla girilen masrafların istenmesine kaideten cevaz vermemekte idi. Bir kimsenin emri olmadan onun menfaatine bir iş gören şahıs bu işi teberra kasdıyla yapmış sayılırdı²⁷. Meselâ, bir şahıs başkasının hanesini onun emri olmaksızın tamir ve inşa etse, müteberri olacağından masrafları için hane sahibine müracaat edemezdi.

Mecelle, 112 nci maddesinde fuzulî mefhumunu tarif etmektedir. Bu maddeye göre "fuzulî, bigayri izni şer'î diğer bir kimsenin hakkında tasarruf eden kimsedir." Gerçi bu tarif bugün vekâleti olmadan başkasının işini görme mefhumunu tâyin hususunda kabul edilmiş olan en son nazariyelere uygundur²⁸. Ancak, ne Mecelle'de ne de diğer İslâm hukuku kaynaklarında, fuzulî ile iş sahibi arasındaki iç münasebete müteallik umumî mahiyeti haiz kaidelere rastlanmaktadır. Bunun sebebini,

(25) Moser, sh. 88-89; Zimmermann, sh. 29.

(26) Bk. Ansay, sh. 188, No. 160; Gücün, sh. 776.

(27) Bilmen, Cilt V, sh. 381, No. 132; Ansay, sh. 188, No. 160; Arminjon - Nolde - Wolff t. III, sh. 509. Halbuki Roma hukukunu örnek alan bugünkü hukukumuz masrafları isteme iradesini (animus obligandi) asıl olarak kabul etmektedir.

(28) Bk. aşağıda § 17, V.

bir taraftan, yukarda beyan ettiğimiz gibi, başkasının işini onun emri olmaksızın görmenin bir nevi teberru sayılmasında, diğer taraftan da İslâm hukukunda vekâletle temsilin, yani iş sahibi ve iş gören arasındaki iç münasebetle, iş sahibi ve üçüncü şahıslar arasındaki dış münasebetin tefrik edilmemesinde²⁹ bulmak mümkündür.

Mecelle'de fuzuliden bilhassa beyi akdi ile alâkalı hükümler meyanında bahsedilmekle beraber³⁰, sade başkasının malını satan değil kendisine ait olmayan bir malı hibe veya icar eden kimse de fuzuli addedilmekte idi³¹. Fuzulinin yaptığı akit, onun tasarrufta bulunduğu malın sahibinin icazetine mevkufen mün'akid olurdu; mal sahibi veya vekili yahut velisi ve velisi yoksa vasii muhtarı veya vasii mansubu icazet verirse akit nafiz, vermezse münfesih olurdu³². Hulâsa fuzuliye müteallik esaslar, mer'î hukukumuzda daha ziyade salâhiyetsiz mümessil hakkında kabul edilmiş olan hükümlere tekabül eder³³.

İslâm hukukunda, bugünkü mânasında vekâletsiz iş görmenin sadece bazı hususî nevileri³⁴ için iş görenle iş sahibi arasındaki münasebet tanzim olunmuştur. Ezcümle kaybolmuş bir şeyi (lukata) veya ailesi tarafından atılmış bir çocuğu (lâkit) veya yolunu şaşırılmış bir köleyi (dâl) bulan yahut kaçmış olan bir esiri (abık) yakalayan kimsenin bunları muhafaza veya infak için yaptığı masraflar hakkında teferruatlı kaideler mevcuttur³⁵. Mültakit bu masrafların ödenmesini ancak onları hâkimin emriyle yaptığı takdirde, sonradan ortaya çıkan lukata sahibinden veya

(29) Arsebük, sh. 507 Not. 175; Ansay, sh. 62, No. 45.

(30) Bk. Mecelle, md. 111 - 113 ve 365, 368.

(31) Mecelle, md 857 ve 447. Bilmen, cilt IV, sh. 104, No. 53; cilt V, sh. 183, No. 67.

(32) Mecelle, md. 368, 447, 857. Bilmen, cilt V, sh. 94. No. 345; sh. 98 - 99. No. 357. Mecelle, md. 1453 mucibince "icazeti lâhika vekâleti sabıka hükümdedir." Ansay, sh. 61 e de bk.

(33) Temyiz Mahkememiz tenkidi mucip bir kararında (Ticaret Dairesi, 11/7/1938. E. 38/1624, K. 1749, Temyiz Kararları, Hukuk Kısmı, 1938, sh. 473. No. 267), belki de eski hukukun tesiri altında kalarak, salâhiyetsiz mümessil ve temsil olunan ile üçüncü şahıslar arasındaki münasebete (dış münasebet), BK. nun vekâleti olmadan başkası hesabına tasarruftan bâhis olan 14 üncü bâbı ahkâmının tatbikini emretmektedir.

(34) Halen mer'î hukukumuzda lukata (MK. md. 693 ve müt.), ana ve babası belli olmayan çocukların infakı (MK. md. 317), kurtarma ve yardım (TK. md. 1222 ve müt.) hakkında hususî hükümler konulmuştur. Bk. aşağıda § 41, I. II ve V.

(35) Ansav, sh. 189. Bilmen, cilt VI, sh. 29, No. 68; sh. 51 - 52, No. 117-122; cilt III, sh. 533, No. 814.

lâkidin yakınlarından istiyebilir; hâkimin emri olmaksızın sarfettiği şeyler teberru sayılır. Hâkimin emriyle infak edilen lukata helâk olsa bile, mültakit sarfetmiş olduğu nafaka bedeli ile sahibine rücu edebilir³⁶.

Mültakit, iltikatından dolayı bir ücrete hak kazanmaz; çünkü bu hareketi teberruan yuku bulmuştur; şu kadar var ki, lukata sahibinin ona bir ivaz vermesi müstahsendir; filhakika bu iltikat ve teslim muamelesi bir ihsandır, ihsanın mükâfatı da ihsandan başka bir şey değildir³⁷. Hanbelî fukahasına göre lukata sahibi, şeyi bulup kendisine iade edecek şahsa bir ücret (cuûl) vereceğini taahhüt ederse, bu taahhüde muttali olduktan sonra lukatayı bulan kimse o ücrete müstahik olur³⁸. Bir abıki yakalayan şahıs, sarahaten cuûl vaadedilmemiş olsa dahi ücret istiyebilir³⁹. Denizde batan bir geminin hamulesini kurtaranlar, İmam Ahmed'in tasrihine kıyasen ücrete hak kazanırlar; "çünkü bu ücrete istihkak, o hamulenin tahlis ve hıfzedilmesine vesile olur, denize dalacak kimseler böyle bir ücrete müstahik olduklarını bilince bu işe mübâderet ederler, aksi takdirde nefislerini böyle bir muhataraya atmazlar"⁴⁰.

Diğer taraftan, fakihler muayyen hallerde vekâlet ve icazete lüzum hissetmeksizin vaki bazı tasarrufları tecviz etmişlerdir⁴¹. Bu gibi hallerde, başkasının hesabına masrafta bulunan kimse, bu hususta onun emri veya hâkimin izni olmasa dahi masrafının ödenmesini istiyebiliyordu. Ez-cümle, vereseden birinin veya vas'ının, müteveffanın borcunu kendi malından eda ile terekeye rücuu; marizin (hastanın) muhtaç olduğu şeyi emir ve izni olmaksızın onun mallarından sarfiyatta bulunarak veled ve vâlidinin satın alması; hâkimden hüküm istihsalı kabil olmayan yerlerde müdi'nin ebeveynini müstevdam izinsiz infakı; sefer esnasında ölen şahsın mallarında arkadaşlarının tasarrufda bulunmaları, mezru tarlanın izinsiz sulanması ca'iz sayılıyordu⁴². Birlikte yolculuk eden bir kaç arkadaştan biri hastalansa öbürleri bedeli ona ait olmak üzere lâzım olan şeyleri izinsiz satın alabilirlerdi; kadı bulunmayan kasabada mürtehin

(36) Bilmen, cilt VI, sh. 51, No. 119.

(37), (38) Bilmen, cilt VI, sh. 51-52, No. 122.

(39) Bilmen, cilt III, sh. 534, No. 816-817.

(40) İmam Malik ile İmam Şafii'ye ve İbni Münzir'e göre bu hamule sahiplerine verilir, bunları tahlis edenler, müteberri olacaklarından ücrete müstahik olmazlar. Bilmen, cilt VI, sh. 52.

(41) Bk. Ansay, sh. 188-189; Mecelle'nin tevsian tadili için eski Adliye Nezaretince teşkil edilen Komisyon'a bağlı Tâli Komisyon'un 1333 tarihli raporundan Ansay tarafından (sh. 188) zikredilen kısım.

(42) Bk. 1333 tarihli rapor.

rahine ait olan masrafı ona rücu etmek üzere yaptığını isbat ederse rücu hakkı vardı; üstü ve altı başka kimselerin mülkü olan bina yansa ve müracaatı üzerine, alt kat sahibi inşadan imtina etse, üst kat maliki, hâkimden izin alarak binayı inşa edebilirdi, fakat hâkimden izin almaksızın binayı yaparsa kıymetinden onun hissesine düşeni gene ondan almağa salâhiyetli idi⁴³.

İslâm hukukunda vekâleti olmadan başkasının işini kendi menfaatine görme mefhumuna da rastlamak mümkün değildir⁴⁴. Gerçi Mecelle "menafii mağsup mazmun değildir" diye bir kaide ihtiva ve gasbedilen malın vakıf veya yeüm malı veya kira için muayyen (muaddünlilist'iglâl) bir mal olması hallerinde istinaen mağsup menfaatin tazmini mecburiyetini kabul eylemektedir⁴⁵. Ancak, buradaki ecri misil meselesi, mer'i hukukumuzun zilyedlikte iadenin mevzuuna ve şümülüne müteallik hükümleri (MK. md. 906 ve müt.) ile alâkalıdır⁴⁶. Diğer bir ifade ile, ecri misil, başkasının işini kendi menfaatine istismarın hususî bir nev'i olan gasbedilen bir malın kullanılması dolayısıyla bahis mevzuu olur.

§ 3 — MODERN HUKUK SİSTEMLERİNDEKİ HAL TARZLARI

I — İş sahibinin menfaatine olmak üzere vekâletsiz iş görme.

Modern hukuk sistemlerinin hemen hepsi, İngiliz ve Amerikan hukuku hariç iş sahibinin menfaatine olmak üzere vekâletsiz iş görme müessesesini bir bütün olarak tanzim eden umumî mahiyette hükümler ihtiva etmektedir¹. Muhtelif memleketlerde bu mevzuda kabul edilmiş olan hal tarzları, esas itibarıyla, son yüz elli yılın tedvin hareketleri neticesinde vücuda gelen eserlerden orijinal vasıfları ve diğer kanunlara örnek teşkil etmeleri bakımından en mühim dördüne, Fransız, Avusturya, Alman Medenî ve İsviçre Borçlar Kanunlarına müsteniddir². Bahsi geçen

(43) Ansay, sh. 189.

(44) Gücün, sh. 780, E.

(45) Bk. Mecelle, md. 596 - 598.

(46) Bk. Feyzi Feyzioğlu: Zilyedlikte iadenin mevzuu ve şümülü, doçentlik tezi İstanbul 1953, daktilo ile yazılmış nüsha, sh. 26 ve müt.

(1) Bu hususta bk. Arminjon-Nolde-Wolff, t. II, no. 383-384, 508, 525, 528; t. III, no. 834; Münch, Geschäftsführung ohne Auftrag, Schlegelbergers Rechtsvergleichendes Handwörterbuch, Dritter Band, sh. 689-695; Demogue, t. III, no. 61-68.

(2) Belçika'da da mer'i olan Fransız Medenî Kanunu, Hollanda, İtalya, İspanya, Cenubî Amerika ve Şimalî Afrika'daki mevzuata örnek olmuştur (Arminjon - Nolde - Wolff, t. II, no. 353 ve 383). Alman Medenî Kanunu Polonya, Yunanistan, Sovyet Rusya, Skandinav memleketleri, Japonya, Çin, Siyam, Bre-

kanunların vekâleti olmadan başkasının işini görmeye mütedair hükümleri ise Roma hukukunun negotiorum gestio'sundan geniş ölçüde müthem olmuşlardır. Binaenaleyh, modern hukuk sistemlerinde bu sahada mevcut hal tarzlarının ana hatları bakımından birbirlerine benzemesi tabiidir.

İş sahibinin menfaatine olmak üzere vekâletsiz iş görenin hukuki mahiyeti, borçlar hukuku sisteminde işgal etmesi lâzım gelen mevki ve unsurları hakkında muhtelif memleketlerde çeşitli nazariyelerin müdafaa edildiği görülmektedir. Ancak, bu nazariyelerin her biri muayyen bir memleket hukukuna has olmayıp başka başka memleketlerde aynı görüş tarzını temsil eden hukukçular mevcuttur. Diğer taraftan, her kanunun ihtiva ettiği hükümler kaleme alınmaları esnasında hâkim olan muayyen bir nazariyeyi aksettirmekle beraber, kanunlarının metni ve tertip tarzı farklı olan memleketlerde dahi, meşgul olduğumuz sahada, mahkeme içtihadlarının ve doktrin in aynı istikamette inkişaf ettiği müşahede olunmaktadır. Bu itibarla burada, iş sahibinin menfaatine vekâleti olmadan onun işini görenin hukuki mahiyeti, borçlar hukuku sistemindeki mevki ve unsurları hakkında muhtelif devletler hukukunda hâkim olduğu az çok izafi surette tesbit edilen görüşleri sıralamaktan içtinab edilecektir. Sayılan hususları ileride bilhassa Türk - İsviçre hukuku bakımından incelerken diğer memleketler hukukçuları tarafından ileri sürülmüş nazariyelere de temas edilmesi mukayese metodu olarak maksada daha elverişli görünmektedir.

İş görenin borçları hakkında modern hukuk sistemlerinde kabul edilmiş olan esaslar da, ileride işaret edeceğimiz teferruata ait bazı farklara rağmen, birbirlerine çok yakındır. Bu hususta, umumiyetle, vekilin borçları hakkındaki kaidelerin, vekâleti olmadan başkasının işini görenin mahiyetine uygunlukları nisbetinde, kıyasen tatbiki gerektiği beyan olunmaktadır. İş görene iş sahibinin hakiki veya tahmin olunan maksadına ve menfaatine uygun olarak hareket etme borcu yüklenmektedir. İş sahibinin muhtemel maksadı ve menfaati objektif olarak, fakat her mü-

zilya ve Meksika kanunları üzerinde tesir icra etmiştir (Arminjon - Nolde - Wolff, t. II, no. 383, 487, 645). Avusturya Medenî Kanunu'nun tesirleri ise Çekoslovak, Macar ve Yugoslav hukukunda görülmektedir (Arminjon - Nolde - Wolff, t. II, no. 454 ve müt.); Portekiz Medenî Kanunu'nun vekâleti olmadan başkasının işini görme hakkındaki hükümleri de Avusturya Medenî Kanunundakilerle büyük bir müşabehet arz etmektedir (Demogue, t. III, no. 68). İsviçre Borçlar Kanunu da kısmen Polonya, Sovyet Rusya, Meksika ve Yunan kanunları üzerinde müessir olmuştur (Arminjon - Nolde - Wolff, t. II, no. 608).

şahhas vakianın hususiyetleri de nazara alınarak tesbit edilmektedir. İş görenin iş sahibine işini gördüğünü veya göreceğini bildirme, işin hitamında hesap verme ve işden elde ettiği menfaatleri devretme borçları, hemen her hukuk nizamında kanun veya mahkeme içtihadları ve doktrin tarafından tanınmıştır. İş gören, bazı şartlar altında veya umumiyetle, başladığı işe devamlı mükellef tutulmaktadır. İş görenin birbirine bağlı işlerin bir kısmını yapmaktan sarfınazar edemeyeceği de, Roma hukukundan intikal eden ve hemen her yerde tatbik olunan bir kaidedir.

İş görenin haklarının ve mes'uliyetinin şümülü, yukarıda § 1 de belirtildiği veçhile, her hukuk nizamında ferdi hürriyet - içtimai tesanüt tezadı hakkında cari kıymet hükümlerine sıkı surette bağlıdır.

Fransız, Alman ve İsviçre hukukunda herkesi başkalanna yardıma teşvik hususundaki içtimai menfaat mülâhazası ağır basmakta ve iş görenin, yalnız iş sahibinin menfaatleri bakımından yapılması zaruri olan işlere değil, onun için sadece faydalı olan işlere girişmesi halinde de masraflarını istiyebileceği kabul edilmektedir. Bu çeşit işlerde, maksat husule gelmese bile, iş görenin masraflarını talep salâhiyeti bâki kalmaktadır.

Halbuki Kant'ın ferdi hürriyet telâkkisinden hareket eden Avusturya kanun vazı³, vekâleti olmadan başkasının işine müdahaleye, ancak zaruret halinde⁴ veya istisnaen iş sahibi için açık ve üstün bir menfaat (klarere und überwiegender Vorteil) temin edecek derecede faydalı bulunduğu takdirde⁵ müsaade etmektedir. Avusturya'da hâkim olan telâkkiye göre⁶, iş sahibine böyle açık ve üstün bir menfaat temin eden bir iş görmede, iş gören masrafları dolayısıyla yalnız bir haksız iktisap davası açabilir⁷; eğer bu neviden bir işde umulan maksat husule gelmezse masraflar da talep edilemez.

Fransız, Alman ve İsviçre hukukunda, iş gören iş sahibinin hakiki veya tahmin olunan maksadına ve menfaatine uygun olarak hareket et-

(3) Bu hususta bk. Swoboda, sh. 52 ve müt.

(4) Zaruret halinde başkasının işini görme, bir kimsenin zarurî bir işini görmeden de daha dar bir mefhumdur. Zaruret hali bir hukukî varlığın maruz olduğu bir zararı bertaraf etmek için derhal müdahaleyi icab ettirir; halbuki zarurî bir işin yapılması bir hukukî varlığın idamesi için muhakkak lüzumlu olmakla beraber derhal müdahaleyi gerektirmez. Bk. Swoboda, sh. 84; Avusturya MK. md. 1036 ve 403. Çekoslovak MK. da (md. 443 ve müt.) ancak bir kimsenin maruz bulunduğu zararı önlemek için vaki müdahaleleri tecviz etmektedir.

(5) Avusturya MK. md. 1037 - 1038.

(6) Swoboda, sh. 67 - 69; Karl Wolff, sh. 216.

(7) Bu fikir Çekoslovak MK. md. 444 f. II de sarahaten ifade edilmiştir.

tiği takdirde onun işine müdahale etmesinden dolayı mesul tutulmamakta ve bu gibi müdahaleler tecviz edilmektedir⁸; hattâ iş sahibinin maruz bulunduğu bir zararı bertaraf etmek için iş görenin, kusuru olsa dahi, mes'uliyetinin tahfifi cihetine gidilmektedir. Buna mukabil Avusturya hukukunda, iş gören, zaruret hali icabı olmayan ve iş sahibine açık ve üstün bir menfaat temin etmeyen müdahalelerinin bütün neticelerinden mes'uldür; zaruret halinde müdahale eden kimsenin mes'uliyetini tahfif edici bir kaide mevcut değildir. İş sahibinin sarahaten veya delâleten men'ine rağmen onun işini gören kimse, bütün hukuk sistemlerinde kazadan dahi mes'ul olur; bununla beraber iş sahibinin kanuna veya âdaba muhalif olan men'i nazarı itibara alınmaz.

Avusturya hukuku da dahil olmak üzere hukuk sistemlerinin çoğunda iş görene tecviz edilen bir iş görme dolayısıyla uğradığı zararın tazminini talep salâhiyeti bahşedilmektedir. Umumiyetle, iş gören bir ücret talebinde bulunamamakta, yalnız yaptığı iş mesleki faaliyeti çerçevesine girdiği takdirde kaybettiği vakit için bir tazminat isteyebilmektedir.

Bütün hukuk sistemlerinde, iş sahibinin icazeti üzerine, iş gören, tecviz edilen bir iş görmeden mütevellid hakları iktisab eder.

İş gören teberru niyetiyle hareket ettiği takdirde, masrafları için bir talepte bulunamaz. İş görenin bu niyetinin mevcudiyeti hakkında bazı hukuk sistemlerinde bir takım karinelere yer verilmiştir.

Muhtelif hukuk sistemlerinde vekâleti olmadan başkasının işini onun menfaatine görmeye müteallik hal tarzları hakkında umumi bir fikir edilmemesine tahsis olunan bu bahsi bitirmeden önce, İngiliz ve Amerikan hukuku üzerinde de kısaca durmak yerinde olur.

İngiliz hukukunda Roma hukukunun negotiorum gestio'suna teka-

(8) Münch, adı geçen yazısında, Fransız hukukunu vekâleti olmadan başkasının işini görmeye en geniş ölçüde müsaade eden, İsviçre hukukunu Avusturya hukuku gibi bu müdahaleleri hoş karşılamayan birer sistem olarak vasıflandırmakta ve Alman Hukukuna bu iki sistem arasında yer vermektedir. Başka müelliflerin de iktibas ettikleri bu tasnif (Bk. Elias Wolf, FJS, no. 1077, VI a; Friedrich, sh. 12-13) ileride etraflıca izah edileceği veçhile zorlanarak yapılmıştır ve hatalıdır. Fransız, Alman ve İsviçre hukukunun, vekâleti olmadan başkasının işini onun menfaatine görmeyi tecviz bakımından davranışları birbirinin hemen hemen aynıdır. Hattâ bazı Fransız müellifleri (bk. Planiol - Ripert, Esmein, t. VII, no. 726), Avusturya hukukunda olduğu gibi sadece zaruri müdahaleleri caiz saymak taraftarıdır.

bül eden umumî mahiyette bir mefhum mevcut değildir⁹. İngiltere’de fertlerin hukukî sahalarının arzu etmedikleri müdahalelerden masun kalmasına büyük bir ehemmiyet atfedilmekte ve vekâleti olmadan başkasının işini gören kimse, prensip itibarıyla, masraflarını istiyemediği gibi, bir haksız fiil ika etmiş sayılarak, iş sahibi bir zarara uğradığı takdirde, bu zararı tazminle mükellef tutulmaktadır¹⁰. Bu prensip, “implied contract” ve “agency of necessity” müesseseleri vasıtasıyla kısmen tahfif edilmiştir.

Bir kimse, vekâleti olmadan başkasının işini onun malûmatı tahtında görmeğe başlayıp iş sahibi muhalefet etmezse, işin yapılması bir icap ve iş sahibinin sükûtu da zımmî bir kabul addedilmekte ve bu suretle bir vekâlet akdi doğmaktadır. İş sahibinin işin görüldüğünden haberdar olması ve ona muhalefet etmesi mümkün olmadığı takdirde, iş gören ancak istisnaen masraflarının ödenmesini istiyebilmektedir. İş sahibi ile iş gören arasında mefruz bir akdin (implied contract) mevcudiyeti kabul edilen bu istisnai hallerin başlıcaları gemi kurtarma, temyiz kudretinden mahrum olanları himaye için veya kusuru olmadan kocasından ayrı yaşayan bir kadının infakını temin üzere bir üçüncü şahıs tarafından masraf yapılmasıdır¹¹. “Implied contract” nazariyesinin hudutları kat’i olarak belirlenmiş olmayıp, haksız iktisap ile tedahül etmektedir¹².

* “Agency of necessity”, vekilin vekâletinin hudutlarını aşan bir iş yapması zarurî bulunan bazı hallerde bahis mevzuu olur. Bu gibi hallerde vekil kanunen salâhiyetli sayılır; yalnız onun, iş sahibinin talimatını alamayacak durumda olması, ticarî bir zaruret tahtında ve hüsnüniyetle iş sahibinin menfaatlerine uygun olarak hareket etmesi lâzımdır¹³.

Amerikan hukukunda, American Law Institute tarafından 1937

(9) Sir William R. Anson: Principles of the English law of contract and of agency in its relation to contract. Eighteenth edition. Oxford 1937, sh. 394. İskoç hukuku, Kanada’da Ouebec Medenî Kanunu, ve Hindistan’da mer’i Indian Contract Act, negotiorum gestio mefhumunu tanımaktadırlar (Bk. Münch, sh. 694 ve Arminjon - Nolde - Wolff, t. II, sh. 79; t. III, sh. 540).

(10) Münch, sh. 694 ve bu müellifin zikrettiği eserler; Friedrich, sh. 12; Demogue, sh. 97.

(11) Münch, sh. 694; Sir Frederick Pollock: The principles of contract, eleventh edition, London 1942, sh. 10, 75-76.

(12) Bk. Ceshire - Fifoot: The law of contract, second edition, London, 1949, sh. 471 ve müt.; Edward Jenks: The book of English law, London 1943, sh. 410.

(13) Anson, a.g.e., sh. 394.

de neşredilen “Restatement of the law of restitution”, vekâleti olmadan başkasının işini gören kimsenin yaptığı masrafların tediyesini isteyebileceği halleri, “quasi - contract” ların bir grubu olarak sistemli bir şekilde bir araya toplamaktadır. Restatement’in 112 nci paragrafından, Amerikan hukukunun da, başkasının işlerine müdahaleye ancak zaruret halinde müsaade ettiği istihraç olunabilir. Mezkûr paragraf mucibince, bir hatanın veya cebrin tesiri altında olmaksızın ve kendisinden talep edilmeksizin başkasına bir fayda temin eden kimse iade talebinde bulunamaz; fayda temin eden fiilin iş sahibinin veya üçüncü şahısların menfaatlerinin korunması için zarurî olduğu haller bundan müstesnadır.

Restatement’in 113 üncü ve onu takip eden paragrafları, iş görenin masraflarının ödenmesini isteyebileceği istisnai halleri saymaktadır: Ezcümle bir kimsenin bir üçüncü şahsın zaruri ihtiyaçlarını temin hususundaki akdi olmayan borcunu (meselâ nafaka borcunu) ifadan kaçınması takdirinde onun yerine bu borcun başkası tarafından yerine getirilmesi; bir kimsenin bir üçüncü şahsın ciddi surette cismanî zarara duçar olmasını ve ıstırap çekmesini önlemek için derhal zarurî olan şeyleri temin ve işleri yapmak hususundaki vazifesinin başkası tarafından ifası¹⁴; bir kimsenin umumî âdab, sıhhat ve emniyet bakımından yapması zarurî bir işi başkasının görmesi; temyiz kudretini haiz olmayan bir şahsın duçar olduğu ciddi mahiyette cismanî zarar veya acıyı önlemek için zarurî hizmet ve şeylerin temin edilmesi¹⁵ gibi. Bütün bu hallerde iş gören, işi yapmak için resmî bir sıfatı haiz bulunmamalı ve iş sahibini borçlu kılmak niyetiyle hareket etmelidir. Sayılan bu hallerden gayri, bir kimse hukukan zilyedi bulunduğu veya nezaretine bırakılmış veya meşru bir şekilde zilyedliğini ele geçirdiği başkasına ait bir şeyin, bir zarardan veya tahrib olunmaktan korunması için yaptığı masrafların ödenmesini şu şartlar altında isteyebilir: bu masrafların yapılması zarureti, iş görenin iş sahibine kaşı olan bir borcunu ifa etmemesi neticesinde ortaya çıkmış bulunmamalıdır; şeyin sahibiyle normal yollardan temasa geçinceye kadar muhakkak bu masrafların yapılması iktiza etmelidir; şeyin sahibinin, yapılan işi arzu etmemesi için makul bir sebep mevcut olmamalıdır; iş gören şeyin malikini borçlu kılmak niyetini taşımamalıdır; şey maliki tarafından kabul edilmelidir.

Şahısların veya malların korunması için zarurî olan şeylerin ve hiz-

(14) Meselâ bir kimsenin otomobiliyle çığneyip bıraktığı bir şahsa bir başkasının ilk yardımı yapması ve onu hastahaneye götürmesi gibi.

(15) Yardım edilen kimse temyiz kudretini haiz olsaydı işin yapılmasına makul bir sebep dolayısıyla razı olmayacak idi ise, iş gören masraflarını talep edemez.

metlerin salâhiyetsiz olarak temini hakkındaki bu kaideler, kıta Avrupası hukukî telâkkilerine göre, bazan haksız iktisabın bazan da vekâletsiz iş görmenin çerçevesi içine sokulabilir.

II — Vekâleti olmadan başkasının işini kendi menfaatine görme

Modern hukuk sistemlerinin çoğunda, iş sahibinin menfaatine vekâletsiz iş görmeye müteallik kaideler büyük bir benzerlik arzettiği halde, kendi menfaatine başkasının işini görme hususundaki hal tarzları birbirlerinden esaslı surette farklıdır. Bu farklılık, vekâleti olmadan başkasının işini görmenin sübjektif bir unsurunu istilzam edip etmediği ve böyle bir unsur zarurî ise, bunun muhtevasının ne olması gerektiği hakkında Roma hukukundanberi devam eden münakaşalardan ileri gelmektedir. Bundan başka, her memlekette haksız fiile ve haksız iktisaba müstenid davalar yanında başkasının hukukî sahasından elde edilen kârın iadesi davasının tanınması lüzumu aynı şiddetle kendisini hissettirmemiştir. Vekâleti olmadan başkasının işini kendi menfaatine görme mütedair muhtelif sistemleri şu gruplarda toplamak mümkündür.

1. Fransız ve Avusturya hukukunda ve bunlardan iştikak eden mevzuatın ekserisinde hâkim olan telâkkiye nazaran, başkasının işini onun menfaatine görme iradesi, vekâletsiz iş görme mefhumunun zarurî bir unsurudur; binaenaleyh, sırf kendi menfaatine başkasının işine müdahale, bu mefhum dışında kalır¹⁶. Başkasının işini kendi menfaatine gören kimseye karşı, şartları tahakkuk ettiği takdirde, haksız fiil veya haksız iktisap davalarının açılması yahut bir şeyi iade ile mükellef zilyedin mes'uliyeti hakkındaki hükümlerin tatbik edilmesi ile iktifa olunmalıdır. Bundan başka Arjantin, Belçika, Avusturya ve Yugoslavya'da fikri haklara müteallik mevzuat, başkasının fikri haklarını istismar eden kimseyi, sağladığı kârın hak sahibine devre mecbur kılan hükümleri muhtevir¹⁷.

(16) Fransız hukukunda hâkim olan telâkki için bk.: Planiol - Ripert - Esmein, t. VII, no. 727; Maruitte, sh. 71-72, 91-93, 172 ve müt., Planiol - Ripert - Boulanger, t. II, no. 1213-1214; Picard, Revue Trim, 21 (1922) sh. 21, 23; Colin - Capitant - de la Morandière, t. II, no. 954; Carrez, sh. 88 ve müt.

Buna mukabil Vizoz (sh. 238, 250-251), Larombière, t. VII, art. 1371, no 5, art. 1372-1373, no. 20; Baudry - Lacantinerie - Barde (t. IV, no. 2812) ve Demogue' (t. III, sh. 32) a göre animus gerendi bulunmayan hallerde dahi iş sahibine actio directa tanınmalıdır.

Avusturya hukukunda hâkim olan telâkki için bk. Swoboda, sh. 72 ve müt., 172. Aksî fikirde olan Ehrenzweig (sh. 716) ve Karl Wolff (sh. 215-216) İş sahibinin vekâletsiz iş görmeye binaen kârın iadesini istemesi halinde, suiniyetle işi kendi menfaatine görenin, suiniyetini ileri sürerek kurtulamayacağını söylemektedirler.

(17) Bu hususta bk. Moser, sh. 26-27.

2. Fransız - İtalyan Borçlar Kanunu Projesinin 65 inci maddesini aynen iktibas eden yeni İtalyan Medenî Kanunu'nun 2032 nci ve Polonya Borçlar Kanunu'nun 120 nci maddelerine tevfikân "iş sahibinin icazeti, iş görme hakkında, kendi işini gördüğünü zanneden bir şahıs tarafından yapılmış olsa dahi, vekâletten doğan hükümleri husule getirir."

İtalyan Medenî Kanunu şarihleri bu hükmün derpiş ettiği halin, vekâleti olmadan başkasının işini görme müessesesiyle alâkası olmadığını; çünkü yeni kanunun animus negotia aliena gerendi'yi bu müessesenin zarurî bir unsuru olarak tanıdığını beyan etmektedirler¹⁸. Onların kanaatınca, bu hükümle yeni bir hukukî müesseseye vücut verilmiştir. Bahsi geçen hükmün metni, onun yalnız bir kimsenin hüsnüniyetle başkasının işini kendi menfaatine görmesi haline muzaf olduğu zehabını uyandırmaktadır; halbuki, İtalyan Medenî Kanunu'na ait ihzarî çalışmalara ve şarihlerin fikrine göre, iş sahibi suiniyetle iş görenin yaptıklarına da, menfaatine uygun bulursa, icazet verebilir¹⁹.

3. Alman Medenî Kanunu'nun 687 nci paragrafının birinci fıkrası mucibince, bir kimse başkasının işini kendisininmiş zannıyla gördüğü takdirde, vekâletsiz iş görme hakkındaki hükümler tatbik edilmez. Doktrine ve mahkeme içtihadlarına nazaran, iş sahibi iş görene karşı, haksız iktisapdan ve, eğer iş gören işi kendisinin zannetmekte kusurlu ise, haksız fiilden mütevellid davaları ikame edebilir²⁰.

§ 687 nin ikinci fıkrası, bir kimsenin başkasına ait olduğunu bildiği bir işi sırf kendi menfaatine görmesi halini tanzim etmektedir. Bu hükme binaen, iş sahibi iş görene karşı, vekâletsiz iş görmeden doğan bütün salâhiyetleri haiz olduğu halde, iş görenin hakları iş sahibinin haksız iktisabıyla mahduttur. Alman doktrini burada da hak'iki manasında bir vekâletsiz iş görmeden bahsedilemeyeceği fikrindedir²¹.

BGB nin bu hükümleri Yunan Medenî Kanunu'na da aynen alınmıştır (md. 739-740).

4. Türk - İsviçre Borçlar Kanunu (md. 414/423) ile Çin Medenî Kanunu (md. 177) nun kabul ettikleri hal tarzı ise şudur: Bir kimse, iş-

(18) d'Amelio - Finzi - de Bernardinis, md. 2032, no. 5 ve 6.

(19) d'Amelio - Finzi - de Bernardinis, mdr. 2032, no. 5 ve 6.

(20) Staudinger - Nipperdey, Art. 687, Nr. 4; Palandt, Art. 687, Nr. 1; Esser, sh. 325, Nr. 3; Enneccerus-Lehmann, sh. 675, I, 3; RGR Komm., § 687, Nr. 1; İsele, sh. 165.

(21) Staudinger - Nipperdey, Vorbem. zum elften Titel, Nr. 10-11; Enneccerus-Lehmann, sh. 675, I, 2; RGR Komm., § 687, Nr. 1.

ter hüsnüniyetle ister suiniyetle, başkasının işini sırf kendi menfaatine gördüğü takdirde, iş sahibi işden hasıl olan faydaları temellük hakkını hazırlar; iş gören de masraflarının tazminini isteyebilmekle beraber, onun bu hakkının şümulü iş sahibinin temellük ettiği faydalarla mukayyedir. Müşahede olunduğu üzere bu, vekâletsiz iş görmenin sahasını en geniş tutan sistemdir.

5. İngiliz ve Amerikan hukukunda, umumiyetle bir vekâletsiz iş görme mefhumu tanınmadığından, bu mefhumun bir nev'i olarak kendi menfaatine başkasının işini görmeden de bahsedilemez. Buna mukabil, bu hukukda, fikri haklar ve haksız rekabet sahasında, başkasının işlerini istismar suretiyle elde edilen kârın iadesini talep hususunda iş sahibine geniş ölçüde dava hakkı bahşedilmektedir²². Başkasının hukukî sahasına tecavüz eden kimse, iş sahibinin bir nevi mutemedi (Trustee) farz olunmakta ve iş sahibi kârın iadesi davasını açmakla, yapılan işe icazet vermiş sayılmaktadır.

§ 4 — TERMİNOLOJİ

Borçlar Kanunumuzun on dördüncü bábı, “vekâleti olmadan başkası hesabına tasarruf” başlığı altında, yukarıda § 1 de vaz'edilen meselelerin halline müteallik hükümleri ihtiva etmektedir. Kanaatımızca, incelemekte olduğumuz müessese için, kanunun kullandığı tabir yerine, “vekâleti olmadan başkasının işini görme” tabirinin tercih edilmesi daha münasip olur.

İleride bahsolunacağı vechile¹, bir işin başkasına aidiyetini tayin için ortaya atılmış olan muhtelif kıstaslardan birisi de “işin başkası hesabına yapılmış” olmasıdır. Başkası hesabına hareket objektif bir kıstas olarak bugün terkedilmiş bulunuyor. Sadece “başkası hesabına hareket iradesi”, sübjektif bakımdan başkasına ait işlerin bir kısmını tayin için gözönünde tutulmaktadır. Halbuki böyle bir iradenin bulunmadığı daha birçok ihtimallerde, umumiyetle kabul olunduğu üzere, başkasının işini görme mevcuttur. Bilhassa, BK. nun 14. bábında vekâletsiz iş görmenin bir nev'i olarak tanzim edilen kendi menfaatine başkasının işini istismar hali bu meyanda zikredilebilir; bu nevi iş görmede, iş görenin iş sahibi hesabına hareket iradesini taşımadığı aşikârdır. Binaenaleyh, tetkik et-

(22) Bk. Moser, sh. 23-26; American Law Institute, Restatement of the law of restitution, Quasi-contracts and constructive trusts. 1937, sh. 17, sh. 522 ve müt., hususiyle § 136, sh. 553-554 ve § 138, sh. 556.

(1) Bk. aşağıda § 17, I.

mekte bulunduğumuz müessesenin sahasını lüzumundan fazla daraltacak olan “başkasının hesabına” tabirinden sarfınazarla, “başkasının işini” ibaresiyle iktifa etmek maksada daha elverişli olur. Zaten İsviçre BK. nun her üç dildeki metinlerinde de, 14. bâbın başlığı “başkası hesabına” tabirini muhtevi değildir. Mezkûr kanunun yalnız 419 uncu maddesinin almanca metninde “başkası için bir iş gören” (Wer für einen Anderen ein Geschaeft besorgt) ibaresi mevcutsa da İsviçre’de “başkasının işini gören” şeklindeki fransızca ve italyanca metinlerin tercihe şayan olduğu hususunda ittifak mevcuttur².

Vekâleti olmadan başkasının işini görme mefhumunun yersiz olarak takyidine yol açabilecek diğer bir tabir de, Borçlar Kanunumuzda geçen “tasarruf” kelimesidir. Bu tabir hukukumuzda hâlen bir çok mânalarda kullanılmaktadır³. Teknik mânasında tasarruf muameleleri, bir hakka veya hukukî münasebete doğrudan doğruya tesir ve onu nakil, takyid, tadil yahut ref’eden hukukî muamelelerdir⁴. Bundan başka tatbikatta tasarruf tabirine, hukukî muameleleri (actes juridiques, Rechtsgeschäfte) veya hukuk nizamının kendilerine hüküm izafe ettiği fiilî muameleleri (actions matérielles, Realakte) ifade için de sık sık müracaat olunmaktadır. Halbuki iş görme mefhumu gayet şümüllü olup⁵, teknik mânada tasarruf muamelelerinin, hattâ hukukî muamelelerin ve fiilî tasarrufların yapılmasına inhisar ettirilemez. İş görmenin mevzuunu bütün bu mefhumları içine alan “hukuka uygun fiiller” (actions juridiques, Rechtshandlungen) ve hatta bir kısım haksız fiiller teşkil eder. Bu yüzden, “başkasının işini görme” ibaresi, BK. nun 14. bâbındaki “başkası hesabına tasarruf” tabirine müreccahtır. Zaten MK. md. 465 f. II bu bâba atıfta bulunurken “başkasının işlerini görenin” hak ve borçlarından bahsetmektedir.

Aynı bâba yapılan diğer bir atfı muhtevi olan MK. md. 725 te ise, “başkasının işlerini idareye mahsus hükümler” tabiri göze çarpar. Bu, Roma hukukunun negotiorum gestio’sundan, fransız ve alman hukukuna intikal etmiş olan “gestion d’affaires” ve “Geschäftsführung” tabirlerinin tam karşılığıdır. Evvelce işaret edildiği gibi⁶ negotiorum gestio. başlangıçta bir mamelekin idaresine taallûk etmekte idi; bu sebepten

(2) Bk. aşağıda § 12 not 17 ve 18.

(3) Bk. Kudret Ayiter, Medenî hukukta tasarruf muameleleri, Ankara 1953; sh. 42-47, 75-77.

(4) Aviter, a.g.e., sh. 13; von Tuhr, sh. 171.

(5) Bk. aşağıda § 14 ve 15.

(6) Bk. yukarıda § 2, I, 1.

“işlerin idaresi” tabiri, o zaman için yerinde idi. Fakat bugün, vekâleti olmadan başkasının işini görme, tek bir işin yapılması dolayısıyla bahis mevzuu olabileceği gibi yapılan işin idarî mahiyette bir tasarruf olması da şart değildir⁷. Binaenaleyh, Fransız ve Alman hukukunda ananevî olarak yerleşmiş olan “işlerin idaresi” tabirinin bizde de kabulüne mahal yoktur.

Borçlar Kanununun on dördüncü bâbı hükümlerinin tatbiki için, iş görenin iş sahibinin vekâletini haiz olmaması kâfi değildir. İş görenin vekâlet akdinden başka bir hukukî münasebete binaen işi görmeye mezun olması da, bu hükümlerin tatbikine engel olur⁸. Bu itibarla “vekâleti olmadan” yerine “mezuniyeti olmadan” tabirinin kullanılması, belki de daha münasip olurdu⁹. Ancak tetkik ettiğimiz müessesenin BK. daki yerini nazara alarak ve alışılmış olan tabirden tamamen uzaklaşmamak düşüncesiyle, “vekâleti olmadan” kelimelerini, bunlardan ne anlaşılması lâzım geldiği belli olarak, muhafaza etmekte bir mahzur görmüyoruz¹⁰. Bu suretle, incelediğimiz müesseseyi ifade etmek için “vekâleti olmadan başkasının işini görme” ve hattâ daha kısa ve kullanışlı olan “vekâletsiz iş görme”¹¹ tabirlerini en uygun bulmaktayız.

Tatbikatta, meşgul olduğumuz sahada, eski hukuktan gelen “fuzuli vekâlet” tabirine de rastlanmaktadır. Ancak, bu tabirin eski hukukumuzdaki mânası itibarıyla daha ziyade bugünkü salâhiyetsiz temsile tekkabül ettiğine yukarıda temas etmiştik¹². Kaldı ki, kısalığı bakımından elverişli olan bu tabir, eski hukuktaki mânasından sarfnazar edilse bile, incelediğimiz müessesenin mahiyetini lâyıkıyla ifade etmekten uzaktır; başkasının işlerine müdahaleyi, hukuk nizamı, her zaman fuzuli saymaz, bilâkis bazan teşvik bile eder.

İsviçre’de Elias Wolf “vekâleti olmadan başkasının işlerini idare”

(7) Bk. aşağıda § 14, III ve V.

(8) Bk. aşağıda § 20, I ve II.

(9) Saymen de Borçlar hukuku kitabının 414 üncü sahifesinde “salâhiyetsiz iş görme” tabirini kullanmaktadır. Ancak bu tabir “salâhiyetsiz temsil” le tedahüle sebebiyet vereceğinden “mezuniyeti olmadan” kelimelerinin sayarı tercih olduğu zannındayız. Bk. aşağıda § 20, III.

(10) Arsebük (sh. 487, II), yalnız başına “vekâlet” kelimesini “vekâlet akdi” nden tefrik ve ona, bir hukukî muamele ile bahşedilen temsil kudreti mânasını atfetmektedir.

(11) “Vekâletsiz iş görme” tabiri, Schwarz’ın Borçlar Hukuku Dersleri kitabında da (sh. 150) kullanılmaktadır.

(12) Bk. yukarıda § 2 not 33 e ait metin.

tabirinin, iş sahibinin menfaatine iş görme halleri için yerinde olduğunu; fakat BK. nun on dördüncü bâbının yalnız bu halleri değil, kendi menfaatine başkasının işini görmeyi de tanzim ettiğini beyan ve bu muhtelif ihtimalleri içine alan “keyfi (ihtiyari) iş görme” (gestion arbitraire, freiwillige Geschäftsbesorgung) başlığını teklif eylemiştir¹³. Bu teklif de kabule şayan değildir. Çünkü bir kimsenin başkasının işini görmeğe sadece mezun olduğu, fakat bu hususta bir mükellefiyeti bulunmadığı haller mevcuttur¹⁴. Bu gibi hallerde işin yapılması iş görenin ihtiyarına bağlı olmasına rağmen, onun bu hususta mezuniyeti bulunduğundan, vekâletsiz iş görme bahis mevzuu olamaz¹⁵.

Nihayet, kendi menfaatine başkasının işini görme (gestion intéressée, eigennützige Geschäftsführung) hakkında umumiyetle gayri hakiki veya nakis mahiyette vekâletsiz iş görme (gestion d'affaires imparfaite, unechte Geschäftsführung ohne Auftrag) tabiri kullanılmakta ve bazı müellifler bunun yerine “başkasının işini gasbetme” (usurpation de gestion, Geschäftsanmassung) ibaresini teklif etmektedirler. Bu husustaki münakaşalardan daha ileride bahsedilecektir¹⁶.

(13) FJS, no. 1077, IV.

(14) Meselâ veli, küçüğün mamelekinin idaresi dolayısıyla ona faydalı olacak bir işi yapmağa mezundur, fakat böyle bir işi muhakkak yapmak mecburiyeti yoktur. Bk. aşağıda § 20, not 13.

(15) Aynı fikirde Suter, sh. 19.

(16) Bk. aşağıda § 11, II, IV ve not 22.

KISIM I

VEKÂLETSİZ İŞ GÖRMENİN HUKUKİ MAHİYETİ VE UNSURLARI

BAP I

VEKÂLETSİZ İŞ GÖRMENİN HUKUKİ MAHİYETİ

Vekâleti olmadan başkasının işini görme, iş sahibi ile iş gören arasında bir borç münasebetine vücut veren bir vakiadır. Borç münasebetlerini, kaynaklarına, yani kendilerini doğuran sebeplere, hâdiselere göre tavsif ve tasnif, Roma hukukundan beri âdet olmuştur. Vekâletsiz iş görmenin hukukî mahiyetini tayin etmek için, onun böyle bir tasnifte alacağı yeri tesbit eylemek lâzımdır. Bundan dolayı bu bâbın ilk faslında, borçların kaynaklarına göre tasnifi hususunda Roma hukukundan bugüne kadar ileri sürülen belli başlı sistemlere kısaca temas ve vekâletsiz iş görmenin bu sistemlerdeki mevkiine işaret edilmiştir. Vekâletsiz iş görme, uzun zaman, borç kaynaklarından biri olarak kabul, fakat bugün umumiyetle terk edilmiş olan, akit benzerleri (şibih akitler) kategorisine dahil sayılmakta idi. Bu sebepten, mezkûr kategorinin incelenmesine birinci fasılda hususî bir paragraf ayrılmıştır. İkinci ve üçüncü fasıllarda, iş sahibinin menfaatine ve iş görenin menfaatine olmak üzere vekâletsiz iş görmenin hukukî mahiyeti üzerinde ayrı ayrı durulmuştur.

FASIL I.

BORÇLARIN KAYNAKLARINA GÖRE TASNİFİ VE AKİT BENZERLERİ (ŞİBİH AKİTLER)

§ 5 — BORÇLARIN KAYNAKLARINA GÖRE TASNİFİ

Roma'da¹ en eski devirlerde başlıca borç kaynağını suçlar (haksız fiiller) teşkil ediyordu; sonradan bunların yanında, ehemmiyeti gittikçe artan, akitler yer almağa başladı. İkinci asırda yazılmış olan, Gaius'un *Institutiones*'inde borçlar hukukuna ait kısmın başında, her borcun ya akitten, yahut da suçtan doğduğu beyan edilmekte idi². Fakat daha

(1) Roma hukukunda borç kaynakları için bk: Egon Weiss, sh. 273 - 274; Monier, sh. 30 - 34; Schwarz, sh. 148 - 149.

(2) Gai. *Inst.* III 88: "omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto".

Gaius zamanında bu ikili tasnif eskimiş ve ne akit ne de suç kategorisine ithal edilebilecek bir takım borç münasebetleri ortaya çıkmış bulunuyordu. Nitekim Digesta'da yine Gaius'a atfedilen fakat muhtemelen klâsik devirden sonraki çalışmaların mahsulü olan bir metin parçasında üçüncü bir kategoriye rastlanmaktadır: çeşitli sebeplerden doğan (ex variis causarum figuris) borçlar³. Justinianus'un Institutiones'inde bu yeni kategori de iki gruba ayrılıyordu: akit benzerleri (şibih akitler) ve suç benzerleri⁴. Negotiorum gestio işte bu akit benzerleri arasında sayılıyordu.

Bizans menşeli bu dörtlü taksim, sonradan müşterek hukuka ve eski Fransız hukukuna intikal etmiştir. Fransız Medenî Kanunu'nun ihzarı esnasında da bu taksim esas olarak alınmıştır. Napolyon Kodu, "akitler ve akdi vecibeler" (md. 1101 ve müt.) ile "akitsiz teşekkül eden taahhütler" (md. 1370 ve müt.) arasında bir tefrik yapmakta ve bu sonuncuları da kanundan, akit benzerlerinden, haksız fiillerden ve haksız fiil benzerlerinden doğanlar olmak üzere ayırmaktadır. Kanundan doğan borçlar sınıfının da eklenmesiyle borçların kaynaklarını beşe çıkaran bu sistem⁵ memleketimizde de bazı hukukçular tarafından kabul edilmiştir⁶.

Fransız Medenî Kanunu'nun borç kaynaklarını tasnif tarzı, son yüzyılda, bizzat Fransız hukukçularının da iştirak ettikleri⁷, kuvvetli tenkidlere maruz kalmıştır. Bir taraftan, akit benzerleri kategorisinin muhteva sınıfının tesbit edilememesi ve akit benzeri adı altında toplanan hallerin kâf-fesine tatbiki kabil müşterek kaidelerin bulunamaması, bu kategorinin terkedilmesi yolunda bir cereyan uyandırmıştır. Diğer taraftan, hukukî muamele mefhumunun ortaya çıkması ve hukukî netice husule getiren vakıaların tasnifi husuunda yeni görüşlerin ileri sürülmesi, borç kaynaklarının Bizans menşeli taksiminden uzaklaşmayı icap ettirmiştir. Nihayet "kanunî borçlar" diye bir kategorinin kabulüne karşı da haklı bazı itirazlarda bulunulmuştur.

(3) D. 44, 7, 1 pr.

(4) Just. Inst. 3, 13, 1, 2 : Obligaciones aut ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio.

(5) Fransız tipi kanunlardan yalnız 1865 tarihli eski İtalyan Medenî Kanunu (md. 1097) bu sistemi örnek ittihaz etmişti.

(6) Bk. Arsebük, sh. 49. Yalnız Arsebük, sebebsiz iktisabı da ayrı bir kaynak olarak ilâve etmektedir.

(7) Bk. Marcel Planiol, Classification des sources des obligations, Revue Critique, 1904, sh. 224 ve müt.; Demogue, t. I, sh. 44 ve müt.; Colin - Capitant - de la Morandière, t. II, sh. 6 - 8; Planiol - Ripert - Boulanger, t. II, no. 26.

Akit benzerlerine yer veren sistemlerde, vekâletsiz iş görme, bu gruba dahil sayılmaktadır. Bu itibarla, akit benzerlerinin mahiyet ve muhtevaları hakkındaki nazariyelerin ve böyle bir gruptan vazgeçmeği icab ettiren sebeplerin incelenmesine aşağıda ayrı bir paragraf tahsis etmekteyiz. Burada sadece hukukî muamele mefhumuna ve hukukî netice husule getiren vakıaların tasnifine müteallik araştırmaların, borçların kaynaklarına göre taksimi üzerindeki tesirlerinden ve kanunî borçlar kategorisinin kabulü gerekip gerekmediğinden bahsedeceğiz.

Hukukî muamele adı altında mücerret bir mefhum ilk defa 18. asrın Tabii Hukuk doktrininde ortaya çıkmış ve 19. asırda Pandekt hukukçuları tarafından işlenmiştir⁸. Başta Pandekt hukukundan ilham alan Alman Medenî Kanunu olmak üzere, yeni medenî kanunların ekserisi⁹, umumi kısımlarında, akitten daha geniş olan hukukî muamele mefhumu hakkında, mufassal hükümler ihtiva etmektedirler. Türk - İsviçre BK., borçların teşekkülü bahsinde akitlerin yerine hukukî muameleleri ikame etmiş olmamakla beraber, akitlere dair vazettiği prensipler, Pandekt ilminin ve Alman Medenî Kanununun hukukî muameleye müteallik esaslarına dayanmaktadır¹⁰.

Hukukî muamele mefhumu, akitler yanında tek taraflı hukukî muamelelere de şâmilidir; bu sonuncuların da bir borç kaynağı teşkil edebileceği esası, modern hukuk sistemlerinin çoğunda doktrin tarafından kabul¹¹ ve hattâ bazı yeni kanunlarda sarahaten ifade olunmuştur¹².

Alman, İsviçre ve Türk doktrinlerinde hukukî muamele mefhumu,

(8) Schwarz, sh. 153.

(9) Ezcümle Arjantin, Brezilya, Çin, Japon, Polonya, Yunan kanunları.

(10) Schwarz, sh. 154; Guhl, sh. 75 ve müt.; Oser - Schönerberger, Vorbem. zu Art. 1 - 40, Nr. 8.

(11) Alman hukuku için bk.: Enneccerus - Lehmann, sh. 110 - 111; Staudinger - Kober - Ostler: Schuldverhaeltnisse, Bd. II. 2. Teil, Einleitung zum siebenten Abschnitt; Leonhard, Bd. 1, sh. 265; İsviçre hukuku için: Alice Pestalozzi: Das einseitige Versprechen als Verpflichtungsgrund, Diss, Zürich 1927; Guhl, sh. 74; von Tuhr, sh. 38; Türk hukuku için: Schwarz, sh. 274; Saymen, sh. 123-124; Birsen sh. 34-35; Göktürk, sh. 110; Gönensay, sh. 21; Arsebük, sh. 46; Fransız hukukunda da yeni cereyanlar tek taraflı hukukî muameleleri borç kaynağı olarak kabul etmek lehindedir: Colin - Capitant - de la Morandière, t. II, sh. 8 ve 158; Demogue, t. I, sh. 45, 50 ve müt. Buna mukabil Planiol - Ripert - Esmein, t. VI, no. 10 ve Planiol - Ripert - Boulanger, t. II, no. 1194 ve müt. bu cereyanın aleyhindedirler.

(12) İtalyan, Brezilya, Meksika, Lübnan Medenî ve Polonya Borçlar kanunlarında bu sarahat bulunmaktadır.

daha şümullü olan hukukî fiil ve vakıa mefhumlarına irca edilmektedir. Hukuk nizamının kendilerine netice terettüp ettirdiği vakıalar (juristische - rechtserhebliche - Tatsachen), bu hukukî neticenin izafesinde ruhî unsurların, beşeri iradenin oynadığı role göre şöylece gruplara ayrılmaktadır¹³.

a) Hukuk nizamının beşeri irade eseri olup olmadıklarını nazara almaksızın, bir hukukî netice izafe ettiği vakıalar ki, haksız iktisap bu gruba dahildir.

b) Şuurlu bir iradeye müstenid bir hareket tarzı, beşeri bir fiil olmaları dolayısıyla hukuk nizamı tarafından kendilerine hukukî bir netice bağlanan vakıalar, diğer bir ifade ile hukukî netice husule getiren fiiller (juristische Handlungen). Bu grup da ikiye bölünmektedir:

aa) Hukuka uygun fiiller (Rechtshandlungen). Hukuk nizamı tarafından tecviz edilen bu fiiller irade izharları (Willensäußerungen), tasavvur izharları (Vorstellungsausserungen) ve his izharları (Gefühlsäußerungen) gruplarını içine alır. İrade izharlarının neveleri olarak da hukukî muameleler (Rechtsgeschäfte), hukukî muamele benzeri fiiller (geschäftsähnliche Handlungen) ve fiili muameleler (Tathandlungen yahut Realakte) sayılmaktadır.

bb) Hukuka aykırı fiiller (rechtswidrige Handlungen), hukuk nizamı tarafından tasvib edilmeyen fiiller olup, ya haksız fiiller gibi, bir objektif hukuk kaidesinin ihlâli suretinde, yahut da bir akitten veya mevcut başka bir hukukî münasebetten doğan borçların yerine getirilmesi şeklinde tezahür ederler¹⁴.

(13) Burada, von Tuhr tarafından yapılan (sh. 152 ve müt.; Allg. Teil, 2 Bd., erste Hälfte § 48) ve Schwarz (sh. 158 ve müt.) ile Arsebük'ün (sh. 260 ve müt.) iktibas ettikleri tasnifi esas olarak almaktayız.

(14) Enneccerus - Nipperdey (Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, erster Band, dreizehnte Bearbeitung, § 128) hukukî netice husule getiren fiillerin hukuka uygun ve haksız fiiller diye iki kategoriye ayrılmasını kabul etmemektedirler. Bu müelliflere göre, hukuka uygun fiiller kategorisine giren bütün fiil gruplarına şâmil müşterek prensipler bulunmadığı için bu kategoriden sarfınazar edilmeli ve hukukî netice husule getiren fiiller şöylece taksim olunmalıdır:

a) İrade beyanları (Willenserklärungen). Bu yalnız hukukî muamelelere hasredilmiş olan bir gruptur. b) Dar mânada hukukî fiiller (Rechtshandlungen im engeren Sinne). Tasavvur izharlarını da içine alan hukukî muamele benzeri fiillerden ve fiili muamelelerden tereküp ederler. c) Haksız fiiller.

Alman Medeni Kanunu borç kaynakları hususunda bir sistemi ha-
vi olmadığı gibi, Türk - İsviçre Borçlar Kanunu da görünüşte yalnız üç
kaynaktan, akitler, haksız fiiller ve haksız iktisaptan bahsetmektedir. Bu
yüzden Alman, İsviçre ve Türk hukukçularından bazıları, borç kaynak-
larının bir sisteme bağlanmasında hukukî vakıaların tasnifini gözönünde
tutmaktadırlar¹⁵. Filhakika, bir borç münasebetine vücut veren her hâ-
dise bir hukukî vakıa teşkil eder. Ancak, hukuk nizamının kendilerine
bir borç münasebetinin doğmasından başka hukukî neticeler izafe ettiği
vakıalar da mevcuttur. Binaenaleyh, hukukî vakıaların tasnifi neticesin-
de ortaya çıkan kategorilerin hepsinin birer borç kaynağı olarak tavsifi
müshküldür. Ezcümle tasavvur ve his izharları için vaziyet böyledir. Di-
ğer taraftan, hukukî netice husule getiren fiiller dışındaki hukukî vakıa-
lar, hukukî muamele benzeri fiiller ve fiili muameleler kategorilerinin hiç-
biri için kendilerine has müşterek prensipler mevcut değildir¹⁶; yalnız
hukukî muamele benzeri fiillere bir dereceye kadar hukukî muamelele-
re ait kaideler kıyasen tatbik edilebilir.

Türk hukukunda Saymen¹⁷, ferdîyetçi görüşe müstenid olarak va-
sıflandırdığı, hukukî vakıaların yukarıda zikredilen tasnifinden kısmen
mülhem olarak ve onu içtimai mülâhazalarla tamamlayarak, borç kay-
naklarını aşağıdaki şekilde gruplandırmaktadır:

a) İradeden husule gelen borç münasebetleri ki, bunlar da;

aa) Kendilerini tevlid üzere izhar edilen iradeden yani bir
hukukî muameleden¹⁸ neş'et eden ve;

bb) Kusurlu, yolsuz bir iradeye müstenid ve başkasına zarar ika

Enneccerus - Nipperdey his izharlarına ayrı bir kategori olarak yer ver-
memektedirler. İsviçre hukukunda Oser - Schönberger (Vorbem. zu Art. 1 -
40, Nr. 9 - 30) Enneccerus'un sistemini takip etmekte, hattâ daha ileriye gi-
derek fiili muameleleri de hukukî netice husule getiren fiiller dışındaki huku-
kî vakıalar grupuna geçirmektedirler.

(15) Enneccerus - Lehmann, Bd. II, § 26 (250), I; Oser - Schönber-
ger, Vorbem. zum ersten Titel, Nr. 98 - 101; Hıfzı Veldet: Medeni Hukukun
Umumî Esasları, İstanbul 1948, sh. 320 ve müt. Fransız hukukunda da De-
mogogue'da (t. 1, no. 11 ve müt., hususiyile no. 17) aynı temayül müşahede olun-
maktadır.

(16) Enneccerus - Nipperdey, Bd. 1, sh. 413, not 6 ve sh. 415.

(17) Sh. 43 - 44.

(18) Saymen, sh. 43 de "Bu irade beyanıyla husule gelen borç münase-
betine hukukî muamele denilir" şeklinde bir cümleye tesadüf edilmektedir.
Halbuki, borç münasebeti hukukî muamelenin kendisi değil, sadece neticesi-
dir.

eden bir hareket tarzından, yani haksız fiilden doğan borç münasebetleri olmak üzere iki sınıfa ayrılmaktadır.

b) Husule gelmelerinde iradenin hiç rol oynamadığı veya tâli bir rol oynadığı borç münasebetleri ki, bunların kaynakları da ya haksız iktisaptır yahut da içtimai tesanüt düşünceleridir.

Bu tasnifde, müşahede olunduğu üzere, borç kaynağı olarak pratik ehemmiyetleri az olan hukuki muamele benzeri fiillere ve fiili muamelelere yer verilmemektedir. Diğer taraftan, içtimai tesanüt düşüncelerinden doğan borçlar kategorisi, diğer kategoriler dışında kalan ve mahiyet itibarıyla birbirlerinden çok farklı münasebetleri toplamaktadır; bu münasebetlerin hepsi için câri olabilecek umumî prensipleri bulmak mümkün değildir. Kaldı ki, içtimai tesanüt düşünceleri, zamanımızda, yalnız bir kategoriye girenlerin değil, bütün borç münasebetlerinin tanziminde rol oynar¹⁹. Vekâletsiz iş görmenin vücut verdiği borç münasebeti, içtimai tesanüt mülâhazasına istinad ettiği halde, Saymen²⁰ onun kaynağını tek taraflı bir hukukî muamelede görmektedir.

Hukukî muamelelerden ve haksız fiillerden doğanlar hariç, diğer borç münasebetlerini müşterek prensiplere tabi sınıflara ayırmanın güçlüğü, yeni kanunlarda, ehemmiyetli görülen borç tevliid edici sebeplerin, "çeşitli başka vakıalardan doğan borçlar" başlığı altında ayrı ayrı tanzimine saik olmuştur²¹. Bu meyanda İtalyan Medenî ve Polonya Borçlar Kanun'larını zikretmek mümkündür²².

İtalyan Medenî Kanunu'nun, "borçların kaynakları" matlabını taşıyan 1173 üncü maddesi mucibince, "borçlar akitten, haksız fiilden ve, hukuk nizamına tevfikân bir borç tevliidine müsait olan herhangi başka bir fiilden veya vakıadan doğarlar." Vekâletsiz iş görme bu hükümde

(19) Gierke de (Deutsches Privatrecht, Bd. III, sh. 110) akitler ve haksız fiiller yanında içtimai münasebetlerden doğan talep hakları (Ansprüche aus sozialen Zusammenhängen) diye bir kategori tanımakta, Leonhard Bd. I, (sh. 260) bütün borçlarda bir içtimai münasebetin mevcut olduğunu söyleyerek, Gierke'yi tenkid etmektedir.

(20) Sh. 122.

(21) Bu cereyan doktrin tarafından da tasvib edilmektedir. Bk. Schwarz, sh. 150; Guhl, sh. 74; Colin - Capitant - de la Morandière, sh. 8. Alman Medenî Kanunu'nun ilk projesinde de böyle bir tasnif teklif ediliyordu: Raymond Saleilles, Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier Projet de Code Civil Allemand, 3e éd. Paris 1925, no. 340.

(22) Bu kanunların borç kaynakları sisteminde 1929 tarihli Fransız - İtalyan Borçlar Kanunu Projesi'nden ilham alınmıştır.

zikri geçen "başka fiil veya vakıalardan" biri olarak²³ müstakil bir borç kaynağı teşkil eder.

Polonya Borçlar Kanunu'nda, borçların teşekkülüne ait bap, irade beyanına ve borçların başka kaynaklardan doğmasına dair iki kısma ayrılmaktadır. İkinci kısımda sayılan kaynakların başında vekâletsiz iş görme gelmekte, onu da haksız iktisaba, borç olmayan şeyin tediyesine ve haksız fiillere müteallik fasıllar takip etmektedir²⁴.

Bazan sadece hukuki muameleler, bazan da hukuki muameleler ve haksız fiiller dışında kalan çeşitli vakıalardan doğan borç münasebetlerine "kanuni borçlar" ismi verilmektedir²⁵. Bu ismi taşıyan kategoriye, Fransız Medenî Kanunu'nda (md. 1370 f. II ve III) ve bir takım müelliflerin tasniflerinde olduğu gibi²⁶, daha mahdut bir saha tanındığı da vakidir: Bu sonuncu neviden olan sistemlerde borç kaynakları teferuatlı bir şekilde sayılmakta ve bunlara girmeyen münasebetlerin kaynağı olarak kanun gösterilmektedir.

Gerçi hukuki muamelelerden maada hukuki vakıalar, hukuk nizamının tasvip ve teyid ettiği bir hukuki neticeye matuf bir irade izharını ihtiva etmezler: Kanun, bu vakıaların bir kısmına, bir iradeye müstenid olup olmadıklarını nazara almaksızın, hukuki hüküm ve neticeler bağlar; diğer kısmının ise bir iradeye müstenid olmasını şart kılmakla beraber²⁷, bu kısma giren vakıalara izafe ettiği hukuki neticeler, o iradenin muhtevasından çıkmaz. Şu kadar var ki, hukuki muamelelerin hükümleri dahi kanuna binaen husulen gelmektedir. Ferdî iradenin yalnız baş-

(23) İtalyan Medenî Kanunu'nda tatad edilen diğer borç kaynakları, tek taraflı vaitler, kıymetli evrak, borç olmayan şeyin tediyesi, haksız iktisaptır.

(24) Çin Medenî Kanunu'nda da, vekâletsiz iş görme, borçlar hukukunun umumî kısmına nakledilmiştir. Buna mukabil, Alman, İsviçre, İspanyol, Şili, Brezilya ve Meksika kanunlarında, bu müessese, hususî borç münasebetleri kısmında veya bu kısmı takiben yer almaktadır.

(25) Ezcümle Planiol (yukarıda not 7 de zikredilen yazısında) ve Birsen (sh. 34-35), borç kaynaklarını, akit ve kanuna irca etmektedirler. Hollanda ve Portekiz Medenî Kanun'larında da böyle bir tasnif kabul olunmuştur. Bu tasnifte, vekâletsiz iş görme, kanunî borçlar kategorisine girer.

(26) Bk. Arsebük, sh 49 ve § 61; Planiol - Ripert - Boulanger, t. II, no. 1181 - 1194; Oğuzoğlu, Borçlar Hukuku, sh. 44-45.

(27) Hukuki muamelelerden gayrı, hukuki netice husule getiren fiillerde.

na borç doğurabileceği fikri, bugün terkedilmiş bulunan aşırı ferdiyetçi bir telâkki tarzının ifadesidir²⁸.

Diğer taraftan, hukukî muamelelerden neş'et etmeyen borç münasebetlerinin tek bir kategori halinde toplanması, hukukî vakıaların kâfi derecede tahlil edilmemesi neticesini doğurur ve bugüne kadar bu sahada yapılan araştırmaların hasılası olan mefhumlardan feragati icap ettirir²⁹.

Çeşitli vakılardan husule gelen borç münasebetlerinin "kanunî borçlar" adı altında bir araya getirilmesi, pratik bakımdan da faydalı değildir; çünkü bu suretle, sadece, hukukî muamelelere ait esasların bu vakıalara tatbik edilemeyeceği hususunda menfi bir neticeye varılabilir, fakat onların hepsine şâmil müşterek prensipler bulunamaz³⁰.

Hukukî muameleler ve haksız fiiller dışında, yahut daha bir kaç kategori dışında kalan borçların "kanunî borçlar" diye vasıflandırılmasına karşı da aynı tenkidler ileri sürülebilir: Haksız fiillerde, haksız iktisapta hukukî neticenin kanun tarafından izafe edildiği daha aşikârdır; aynı bir kanunî borçlar kategorisinin kabulü, birincilerin borç husule getirmesinde kanunun bir rolü olmadığı zehabını uyandırabilir; bundan başka, bu kategori için, diğer kategorilerin esaslarının ona tatbik edilemeyeceğinden başka bir prensip bulunamaz.

§ 6 — AKİT BENZERLERİ (ŞİBİH AKİTLER)

I — Akit benzeri mefhumu hakkındaki nazariyeler

Akit benzerleri kategorisinin Bizans hukukunda bir borç kaynağı olarak ortaya çıkmasından bugüne kadar, bu kategoriye hangi borç münasebetlerinin ithali gerektiği ve bu borç münasebetlerine has müşterek vasıfların nelerden ibaret olduğu hususları üzerinde çeşitli nazariyeler ileri sürülmüş, fakat hiçbir vakit tam bir vuzuha erişilememiştir.

(28) Leonhard (Bd. I, sh. 259), bu tenkidi bertaraf etmek için, bir kısım borç münasebetlerinin hukukî muamelelerden kanuna müsteniden doğduklarını söylemekte ve bunların dışında kalanlara "yalnız kanundan doğan borçlar" (nur gesetzliche Schulden) adını vermektedir. Hakkı bu sonuncu nevi borç münasebetleri de yalnız kanundan doğmamakta, kanun, bir takım vakıa ve fiillerin mevcudiyeti halinde, böyle bir hukukî neticesinin husule geleceğini beyan etmektedir.

(29) Bk. Planiol - Ripert - Boulanger, t. II, no. 26.

(30) Bk. Arsebük, sh. 669.

Justinianus'un Institutiones'inde, kaynağını akit benzerleri teşkil eden borçlar olarak, vekâletsiz iş görmeden borç olmayan şeyin tediyesinden, vesayetten, müşterek mülkiyetten doğan borçlar ve mirasçının per damnationem bir vasiyeti yerine getirme borcu sayılmakta idi¹. Bizans hukukçuları, bütün vebibelerin kaynağını bir iradeye istinad ettirmek temayülünde olduklarından, akit benzerlerini de borç altına giren kimseye mevhum bir rıza (consentement fictif) izafe etmek suretiyle izaha çalışıyorlardı².

Mevhum rıza nazariyesi, akit benzerleri mefhumu ile birlikte müşterek hukuka ve eski fransız hukukuna intikal etmişti. Bu nazariyenin taraftarları, akit benzerlerinden her birini muayyen bir akit tipine yaklaştırarak ona ait prensiplere tabi tutuyorlardı: Ezcümle vekâletsiz iş görmeye vekâlet, borç olmayan şeyin tediyesine karz, müşterek mülkiyetten doğan borç münasebetine de şirket akdine müteallik hükümler kıyasen tatbik ediliyordu³.

Glossatörlerden bazıları da, akit benzerlerinin temelini "hudut ve şümlü müphemiyetlerle çerçevesiz nasafet" mefhumunda buluyorlardı⁴.

Fikirleri Fransız Medeni Kanunu üzerinde büyük tesir icra eden Pothier, akit benzeri mefhumunu şöylece tarif etmekte idi⁵: "Şibih akit fiilinin kanunen müsaade edilen bir fiilidir ki, bu hareketi ile fert diğer bir şahsa karşı, aralarında bir anlaşma olmaksızın, borç altına girer veya o şahsı kendisine borçlu kılar." Bazı müellifler⁶, Pothier'nin bu tarifinden, onun, akit benzerlerini müstakbel borçlunun veya alacaklının tek taraflı bir irade beyanı mahiyetinde gördüğünü istihraç etmektedirler. Halbuki Pothier'nin eserlerinde, onun, mevhum rıza nazariyesine taraftar olduğunu gösteren parçalar bulunduğu gibi⁷, büyük fransız hukukçusunun şu şekilde bir beyanına da rastlamak mümkündür⁸: "Akitlerde,

(1) Just. Inst., III, 27. Bk. Monier, sh. 206.

(2) Leonhard, Bd. I, sh. 259; von Tuhr, sh. 38; Demogue, t. III, sh. 2.

(3) Demogue, t. III, sh. 2; Arsebük, sh. 552-553; Vizioz, sh. 113 ve müt., 159 ve müt.

(4) Demogue, t. III, sh. 2; Arsebük, sh. 552.

(5) Traité des obligations, no. 113 (Oeuvres de Pothier annotées par Bugnet, t. II)

(6) Demogue, t. III, sh. 2; Arsebük, sh. 553.

(7) Du quasi - contrat negotiorum gestorum (Appendice au Traité du contrat de mandat, Oeuvres de Pothier annotées par Bugnet, t. V, Paris 1861), No. 181

(8) Traité des obligations, no. 114.

borcu, tarafların rızası husule getirir; şibih akitlerde hiçbir rıza mevcut değildir; borca, yalnız kanun veya tabii nasafet, onun kendisinden husule geldiği fiile borç doğurucu mahiyet izafe etmekle, vücut verir.”

Fransız Medeni Kanunu'nun 1371 inci maddesi, Pothier'nin şibih akit tarifinden mülhem olan şu hükmü ihtiva etmektedir: “Akit benzerleri ferdin sırf iradi fiilleridir ki, bunlardan, bazan bir üçüncü şahsa karşı herhangi bir taahhüt meydana gelir ve bazan da tarafların karşılıklı olarak bağlanması neticesi doğar.” Kanuni tarifin, Pothier'ninkinden farkı, 1371 inci maddenin yalnız müstakbel borçlunun bir iradi fiilinin borç yaratabileceğini kabul etmesidir; diğer bir ifade ile, kanun, bir kimsenin kendi fiili neticesinde alacaklı olabileceği fikrine yer vermektedir.

Fransız Medeni Kanunu'nun akit benzerleri hakkındaki tarifi muhtelif tenkidlere uğramıştır: Bir takım müellifler⁹ akit benzerlerini haksız fiillerden ayırd etmek için, birincilerin hukuka uygun fiiller olduğunun bu tarifte belirtilmesi lüzumu üzerinde durmuşlardır. Diğer bazıları¹⁰ şibih akitlerin, borçlunun değil ancak müstakbel alacaklının bir iradi fiili neticesinde ortaya çıkabileceği fikrini müdafaa etmişlerdir. Nihayet bir kısım hukukçular da¹¹, kanunun akit benzeri olarak saydığı borç olmayan şeyin tediyesinde, borca vücut veren bir iradeden bahsolunamayacağına isaretle, üzerinde bir türlü anlaşılamayan akit benzeri mefhumunun terkedilmesi teklifinde bulunmuşlardır.

Bu tenkidler karşısında Demogue¹², kanunun metniyle mukayyed olmaksızın yeni bir akit benzeri nazariyesi kurmanın mümkün ve faydalı olduğu kanaatini izhar etmiştir. Demogue'un nazariyesi, Türk hukukunda, Arsebük'ün şahsında hararetli bir müdafî bulmuştur¹³. Demogue'a ve onu takiben Arsebük'e göre “bazı vecibeler vardır ki, münhasıran alacaklının iradesinden doğmaları hasebiyle bir arada toplanmaları mümkün olur.” Demogue, vekâletsiz iş görmeyi, mamelekinde ektilme husule gelen kimsenin bir muamelesinden tevellüd eden haksız iktisabı, mirasın kabulünü, itirazda bulunabilecek kimsenin vasiliği red etmemesini, bu kategoriye dahil saymaktadır. Arsebük, Türk hukukun-

(9) Maruitte, sh. 16, not 2 de ve Demogue, t. III, sh. 3, not 1 de zikredilen müellifler.

(10) Demogue, t. III, sh. 3, not 2 de adı geçen müellifler.

(11) Colin - Capitant - de la Morandière, t. II; no. 6; sh. 6 - 8; Maruitte; sh. 16-34; Vizjov, 314 ve müt.

(12) T. III, no. 3, sh. 4-7.

(13) Sh. 554 - 556.

da, mirasın murisin ölümüyle kabule hacet olmadan intikal etmesi dolayısıyla mirasın kabulünden bahsetmemekte, buna mukabil reşit çocukların ev reisinden olan alacağının kaynağını bir akit benzeri olarak göstermektedir. Nihayet her iki müellif de, idare hukukunun istimlâk ve fevkalâde zamanlarda aynı ve şahsî milli müdafaa mükellefiyeti tahmili gibi tasarruflarını bir nevi şibih akit olarak telâkki etmektedirler.

Şibih akdin esası, Demogue ve Arsebük tarafından, şöylece izah olunmaktadır¹⁴: “İçtimai bakımdan şibih akit fertler arasındaki menfaat birliğinin bir neticesidir. Bu menfaat birliği, bazı hallerde bir kimseyi diğerinin mâmeleki üzerinde tasarrufa veya işlerine müdahaleye salâhiyetli kılar ve bu salâhiyeti kullanan kimse isteyebileceği haklara mukabil bazı mükellefiyetlere katlanır. Demek ki bir kimse borçlusunun mu vafakâtı olmaksızın kendisini alacaklı mevkiine sokabilir; çünkü içtimai menfaat bunu icap ettirmektedir... Müstakbel alacaklının iradesi şibih akde vücut veren en esaslı unsur olduğuna göre başkalarının işlerine içtimai menfaat hudutlarını aşan bir müdahaleyi tecviz etmemek en doğru bir hareket olur.”

Akit benzerlerinin hükümlerini tesbite gelince, Demogue'a göre¹⁵, bu hususta akitlere müteallik prensiplere müracaat edilemez; akit benzerlerinde kusur iddiasında bulunan, bunu isbatla mükelleftir; buna mukabil kusurun derecesi akitlerde olduğu gibi tayin edilebilir. Arsebük de¹⁶ “şibih akitlere tatbik edilecek esasların bunların benzedikleri akitlerin hükümlerine kıyasen formüleştirilmesine imkân” görmemektedir. Sayın Profesör'ün fikrinde “bu sahada tatbiki icap eden hüküm istisnalarından sarfınazar edilmek şartıyla BK. nun 63 üncü maddesinde tesbit olunmuştur.”

II. Akit benzeri nazariyelerinin tenkidi

Kanaatımızca, akit benzerleri hakkında ileri sürülen muhtelif nazariyeler, Demogue'unki de dahil olduğu halde, sağlam temellere dayanmamaktadırlar. Binaenaleyh, aynı bir borç kaynağı olarak akit benzeri mefhumundan vaz geçilmesi yerinde olur. Kanaatımızı teyid eden deliller şunlardır:

1. Akit benzeri mefhumu, menşei itibarıyla bir hataya istinad et-

(14) Demogue, t. III, sh. 5-6; Arsebük, sh. 555.

(15) T. III, sh. 6.

(16) Sh. 556.

mektedir¹⁷. Filhakıka, Gaius'un Institutiones'inin klâsik devirden sonraki hukukçular tarafından işlenmiş bir şekli olan "Res cottidiane sive aureae" den Digesta'ya alınmış bulunan¹⁸ "çeşitli sebeplerden doğan doğan borçlar" a müteallik metin parçasında, vekâletsiz iş görme, vesayet, borç olmayan şeyin tediyesi ve per damnationem vasiyete ait dâvaların ne bir akitten ne de bir suçtan doğdukları, fakat borçlunun borç bir akitten doğmuş gibi bağlı olduğu (quasi ex contractu teneri videntur) beyan edilmektedir. Başka bir ifade ile, bu metinden, sadece bazı borçların hükümlerinin akitten doğan borçların hükümlerine benzediği istidlâl olunabilir.

Justinianus devri hukukçuları, yeni borç kaynakları ihdas etmek üzere, bu metni, bazı borçların sanki bir akitten doğmuş gibi husule geldikleri (quasi ex contractu nasci videntur) tarzında değiştirmişlerdir. Bazı borçların hükümleri arasındaki benzerlikten, onların kaynakları arasında da bir benzerlik istihraç eden bu hatalı tefsir tarzı neticesinde akit benzerleri kategorisi ortaya çıkmıştır.

2. Akit benzerlerinin mahiyetini izah etmek için ileri sürülen nazariyeler, bu kategoriye hangi münasebetlerin gireceğini tayin hususunda, vâzih ve emin bir kıstas koyamamaktadırlar. Bu da evvelâ bir kıstasa dayanmaksızın şibih akitler kategorisinin kabul edilmiş ve sonradan bu bu kategorinin izahına çalışılmış olmasından ileri gelmektedir¹⁹.

Borçlunun mefruz rızası veya nasafet, muayyen münasebetleri bir araya toplayacak kıstaslar olmaktan uzaktır. Akit benzerleri, müstakbel borçlunun veya alacaklının borç doğuran tek taraflı bir irade beyanı olarak tarif edildiği takdirde ise, akitlere yakınlık ifade eden "akit benzeri" isminden vazgeçmek ve sarahaten, tek taraflı hukukî muameleleri ayrı bir borç kaynağı olarak tanımak lâzımdır. Kaldı ki, akit benzerlerinde borç doğuran tek taraflı bir irade beyanı mahiyetini görenler de bu neviden bütün irade beyanlarını akit benzeri olarak saymamaktadırlar; ezcümle Demogue ve Arsebük gibi sadece, alacaklının içtimâi tesanüt icabı başkasını borçlu kılan iradî fiillerine akit benzeri adını vermektedirler. Bu son kıstasın da ne kadar umumî ve hudutları belirsiz mahiyette olduğu aşikârdır.

Akit benzerlerinin farik vasıflarının lâyıkıyla tesbit edilememesi yü-

(17) Vizioz, sh. 99-111, 212-218; Maruitte, sh. 18 - 22; Monier, sh. 33 ve 206.

(18) D. 44, 7, 1, pr.

(19) Vizioz, sh. 214; Maruitte, sh. 45-46.

zünden bu kategorinin muhteva ve şümulü de muhtelif hukukçulara göre değişik olmaktadır. Fransız Medenî Kanunu, Bizans hukukunun beş şibih akdinden²⁰ yalnız ikisine, vekâletsiz iş görmeye ve borç olmayan şeyin tediyesine yer vermiştir. Daha Kanun'un hazırlanması esnasında bu tâdâdın tahdidî olup olmadığı hususunda birbirine tamamen zıt görüşler izhar edilmişti²¹. Sonradan müelliflerin ekseriyeti, kanundakilerden başka da akit benzerlerinin mevcudiyetini kabul etmekle beraber, bunların nelerden ibaret olduğu hakkında anlaşılamamışlardır²². Akit benzerlerinin tefriki için ileri sürülen kıstasların en mütakâmili Demogue'unki olduğu halde, Demogue ve Arsebük'ün mahiyet itibarıyla birbirlerinden pek farklı vakıaları akit benzeri adı altında bir araya toplamaları, bu kıstasın dahi kifayetsiz olduğunu açıkça göstermektedir.

3. Muhtelif akit benzeri nazariyeleri, akit benzeri sayılan fiillerden bir borcun nasıl husule geldiğini gerçeğe uygun bir şekilde izah edememektedirler. Filhakika bu fiiller, çok defa, borç tevlidine müteveccih bir iradeye istinad etmemekte ve her halde kanun bu fiillere, böyle bir iradenin mevcut olup olmadığına bakmazsınız, hukukî neticeler bağlamaktadır. Bu itibarla, mevhum rıza nev'inden fiksionlara başvurmak faydasız olduğu gibi, akit benzerlerinin borç doğuran tek taraflı bir hukukî muamele olduklarını beyan etmek de doğru değildir. Mevhum rıza ve tek taraflı hukukî muamele nazariyelerinin, vekâletsiz iş görme bakımından ne gibi hatalı neticelere sevkettiğinden aşağıda etraflıca bahsedeceğiz²³.

Akit benzerlerinin hukukî muamele benzeri fiil mahiyetini haiz olduklarını müdafaa etmek mümkündür. Nitekim, Demogue'un Arsebük tarafından iktibas edilmeyen bir cümlesinde bu fikrin izleri görülmektedir: "Hukukan, akit benzeri, *kanunun kendisine mühim neticeler izafe ettiği*, alacaklının iradesinden doğar²⁴." Pothier'de de bu mealde bir ifadeye rastlandığına yukarıda işaret etmiştik²⁵. Nihayet yakın zamanlarda Planiol - Ripert - Boulanger²⁶, akit benzerlerinde borcun kaynağının ka-

(20) Monier (sh. 206), Roma hukukunda, Justinianus'un Institutiones'inde sayılan beş taneden başka şibih akitlerin de mevcudiyetinden bahsetmektedir.

(21) Bk. Maruitte, sh. 24 - 25.

(22) Maruitte, sh. 25 ve aynı sahife not 3 te zikredilen müellifler; Vizioz, sh. 223.

(23) Bk. aşağıda § 8, I ve II.

(24) Demogue, t. III, sh. 6.

(25) Bk. yukarıda not 8 e ait metin.

(26) T. II, no. 1178.

nun olduğu hakkındaki görüşün gayri kâfi bir tahlil istinad ettiğini, kanunun burada borcu, akittekine benzer bir iradi fiil dolayısıyla yarattığını söylemişlerdir. Ancak, bu müellifler sarahaten hukukî muamele benzeri fiil tabirini kullanmamışlardır.

4. Akit benzeri adı altında mahiyet itibarıyla pek farklı vakıalar bir araya getirildiğinden, bunlara kabili tatbik müşterek esaslar bulunmamaktadır. Bir akde vücut veren karşılıklı ve yekdiğerine uygun irade izahlarının yerine mevhum rızayı ikame ve akit benzerlerinin hepsine akitlere ait umumî prensipleri, yahut herbirine benzediği akit tipine dair esasları tatbik etmek yanlış bir yoldur. Vekâletsiz iş görme bakımından bu yolun mahzurlarına aşağıda temas edeceğiz. Akit benzeri sayılan vakıalar, tek taraflı hukukî muamelelerden olmadıklarından, bu sonunculara müteallik esaslara da tabi tutulamazlar. Ancak, hukukî muamele benzeri fiil olarak telâkki edilirlerse, hukukî muamelelere ait kaidelerin kıyasen bunlara tatbiki düşünülebilir; fakat kıyas yoluna gidilirken, hukukî muamele benzeri fiillerden herbirinin hususiyetlerini gözden uzak tutmamak icap eder.

Yukarıda zikrettiğimiz veçhile, Domogue da sadece akit benzerlerine, akitlere ait prensiplerin tatbik olunamayacağını söylemekle iktifa etmiştir. Arsebük'ün, şibih akitler için, istisnalarından sarfnazar olunmak şartıyla, umumî bir esası havi olarak telâkki ettiği BK. md. 63 hükmüne gelince, bu hüküm bütün şibih akitlere şâmil bir mahiyeti haiz değildir; hattâ mamelekinde eksilme husule gelen kimsenin bir muamelesinden tevellüd eden sebepsiz iktisap müstesna, Arsebük'ün saydığı diğer şibih akitlerin hiçbirinde tatbik mevki bulamaz.

5. Modern hukuk sistemlerinin tetkiki de, bunların ekserisinde akit benzerleri kategorisinin terkedilmiş olduğunu göstermektedir. Bugün böyle bir borç kaynağına yalnız Fransız Medenî Kanununda ve ondan iştikak eden kanunların bazılarında²⁷ rastlanmaktadır. Bundan başka, İngiliz ve Amerikan hukukunda muhtelif iade borçlarını izah için "quasi - contract" yahut "implied contract" nazariyesine müracaat edilmekte ise de, bu, kıta Avrupasında câri akit benzeri mefhumuna tamamen tekkabül etmemektedir²⁸; kaldı ki İngiliz hukukçuları arasında "quasi -

(27) Ezcümle İspanyol, Şili, Şimalî Afrika Memleketleri ve Québec kanunlarında (Arminjon - Nolde - Wolff, t. II, no. 383).

(28) Bk. Schwarz, sh. 149, not 2. İndian Contract Act da şibih akitler kategorisine yer vermektedir.

“contract” mefhumu yerine haksız iktisabın ikamesi istikametinde kuvvetli bir cerayan mevcuttur²⁹.

Fransız hukukçularının bir kısmı tarafından da kaldırılması istenilen³⁰ ve Fransız Medeni Kanunundan mülhem olan bir çok kanunlara alınmayan³¹ akit benzeri mefhumunu, Türk - İsviçre hukukunda da kanunî bir metne istinad ettirmek mümkün değildir. Federal Mahkeme çok eski bazı kararlarında³² vekâletsiz iş görmeyi akit benzeri olarak vasıflandırmışsa da, o zamanlar bu kategori aleyhindeki fikirler iyice tebellür etmemişti. Bundan başka Rossel³³, Fransız Medeni Kanunu'nun akit benzeri telâkkisine bağlı bulunmakta ve vekâletsiz iş görmenin de akit benzerlerinden biri olduğunu beyan etmektedir. Binaenaleyh, Fransız Medeni Kanunu hakkındaki tenkidler, Rossel'in görüşü için de varittir. Oser - Schönemberger'e göre³⁴, vekâletsiz iş görmenin Borçlar Kanunundaki mevkii, onun akit benzeri bir münasebet olmasıyla izah edilebilir. Fakat bu hukukçuların, akit benzeri tabirini klâsik mânasında değil, hukukî muamele benzeri fiil mânasında kullandıkları, diğer mülâhazalarından³⁵ anlaşılmaktadır. Guhl'un borç kaynakları tasnifinde akit benzerleri kategorisine tesadüf olunmamakla beraber, aynı müellif Borçlar Hukuku kitabının başka bir yerinde³⁶ vekâletsiz iş görmeden, akit benzeri bir münasebet olarak bahseder. Göktürk ve Gönensay da, borç kaynakları bahsinde tek taraflı hukukî muameleler arasına kattıkları vekâletsiz iş görme için, eserlerinin başka kısımlarında³⁷ akit benzeri veya şibih akit tabirini kullanmaktadırlar. Bu müellifler, ayrı bir borç kaynağı olarak akit benzeri mefhumu üzerinde durmadıkları cihetle, bu tabiri kullanmalarını alışkanlığa hamlolunabilir.

(29) Ceshire - Fifoot, a.g.e., sh. 471 ve müt.

(30) Bk. yukarıda not 11 de zikredilen müellifler.

(31) Bk. Arminjon - Nolde - Wolff, t. II, no. 383. 1865 tarihli İtalyan Medeni Kanunu şibih akitleri ihtiva etmekteyken 1942 Kanunu böyle bir kategori kabul etmemiştir.

(32) RO 16, sh. 809; “Mayer c. Landolt”; 30II87 “Béchaux c. Cha puis”.

(33) No. 23 ve 762. Gautschi (sh. 12) de vekâletsiz iş görmeden bir şibih akit diye bahsetmektedir.

(34) Vorbem. zum vierzehnten Titel, 1, a.

(35) Vorbem zu Art. 1-40, Nr. 101; Art. 419, Nr. 22.

(36) Sh. 151.

(37) Göktürk, sh. 233 - 264; Gönensay, sh. 5.

İsviçre hukukunda Hagenbüchli³⁸, Suter³⁹, Moser⁴⁰ ve Becker⁴¹ akit benzeri mefhumunun ve vekâletsiz iş görmenin bu mefhumu ithaf edilmesinin aleyhindedirler. Türk hukukunda da Schwarz⁴² akit benzeri kategorisinin terkedilmesi taraftandır.

FASIL II

İŞ SAHİBİNİN MENFAATINE VEKÂLETSİZ İŞ GÖRMENİN HUKUKİ MAHİYETİ

§ 7 — HUKUKA AYKIRI FİİL VE HAKSIZ İKTİSAP NAZARİYELERİ

I — Hukuka aykırı fiil nazariyesi

Vekâletsiz iş görme, iş sahibinin menfaatine olsa dahi, onun hukukî sahasına bir müdahaleyi tazammun eder. Böyle bir müdahale neticesinde, iş sahibinin kendisini alâkadar eden herhangi bir faaliyete girişmesi gerekip gerekmediğini ve bu faaliyetin tarzını istediği gibi tayin etmek hususundaki şahsiyet hakkı ihlâl olunur¹. Binaenaleyh, her türlü vekâletsiz iş görmenin, iş sahibinin menfaatine yapılan da dahil olmak üzere, hukuka aykırı bir fiil sayılması icap ettiği düşünülebilir. Nitekim bazı müellifler bu fikre taraftar görünmektedirler². Ancak, hukuk nizamının, içtimai tesanüdü takviye mülâhazası ile, muayyen şartlar altında, iş sahibinin menfaatine vekâletsiz iş görmeyi tecviz ettiğine daha yukarıda işaret olunmuştu³. Yapılmasma hukuk nizamının cevaz verdiği bir fiilin ise hukuka aykırı sayılamayacağı bedihidir.

Muhtelif hukuk sistemlerinde iş sahibinin menfaatine vekâletsiz iş görmeye az veya çok şümüllü bir sahada müsaade edildiğinden, Avusturya Medeni Kanunu ile ona benzeyen mevzuatta ve İngiliz - Amerikan

(38) Sh. 25 ve müt.

(39) Sh. 4.

(40) Sh. 91 - 92.

(41) Art. 419, Nr. 13.

(42) Sh. 149. Birsen de (sh. 32 ve 328) şibih akit nazariyesini tenkid etmektedir.

(1) Bundan başka, iş görenin fiili iş sahibinin aynı, şahsî veya fikri bir hakkının ihlâlini de tazammun edebilir.

(2) Ezcümle Planck, Vorbem. zum elften Titel, V; Staudinger's Kommentar'ın 8. tabında Engelmann, Vorbem. zum elften Titel, 9; Planiol, Revue critique, 1904, sh. 233; Birsen sh. 32-33.

(3) Yukarıda, § 1 e bk.

hukukunda bu sahanın dar tutulduğundan bahsetmiştik⁴. Şimdi bu nevi müdahalelere daha geniş ölçüde meşruiyet tanıyan diğer hukuk sistemleri ve bu arada bilhassa Türk - İsviçre hukuku üzerinde duracağız. Bu sonuncu gruba dahil olan sistemlerde, hususiyle bizim hukukumuzda vekâletsiz iş görme, esas itibariyle, iş sahibinin menfaatine ve iradesine uygun olduğu nisbette caiz sayılmaktadır. Bu uygunluk araştırılırken, vekâletsiz iş görmenin neticesi gözönünde tutulmamaktadır⁵. Filhalka eğer neticenin, iş sahibinin menfaatine ve iradesine uygun olması şart koşulsaydı, vekâletsiz iş görmeye teşebbüs, büyük rizikolar arzederdi⁶. Umulan neticenin husule gelmemesinden, hatta bunda kusuru olmasa dahi mes'ul tutulmak endişesi, herkesi başkasına yardım etmekten alıkoyardı. Binaenaleyh, sadece işe başlandığı anda, bu teşebbüsün iş sahibinin menfaatine ve iradesine uygun olması, iş görmenin tecvizi için kâfidir. Yalnız burada, iş sahibinin menfaatlerine hizmet etmek maksadıyla girişilen her işin mutlaka onun menfaat ve iradesine uygun olmayacağını hesaba katmak⁷ ve bir takım tefrikler yapmak lüzumludur:

1. İş sahibinin objektif olarak menfaati iktizası bulunan ve onun hakiki veya tahmin olunan iradesine de uyan bir vekâletsiz iş görme, hukuka aykırı değildir. Bu hususta şu deliller ileri sürülebilir⁸:

a) Her şeyden önce, bu çeşit bir iş görme, hukuk nizamının yöneldiği, hukuki varlıkların mümkün mertebe idamesi, tehlikelere karşı korunması ve kıymetlerinin artırılması gayelerine uygundur. Ahlâki kıymeti büyük olan bir takım fiiller, meselâ başkasının hayatını kurtarma, buraya girer. Bir taraftan cemiyet, bu gibi fiiller için takdirini izhar eder, onları mükâfatlandırmak ister iken, diğer taraftan kendisine yardım edilenin kurtarcısına karşı haksız fiilden mütevellid bir tazminat talebinde bulunabilmesi, adalet hissini rencide eder.

(4) Yukarıda § 3, I e bk.

(5) BK. md. 413 f. II. Bk. aşağıda § 32, not 14-19 ve bu notlara ait metin.

(6) Lent, Wille und Interesse, sh. 13; Suter, sh. 94.

(7) Gerçi BK. md. 413 f. I e müsteniden "iş sahibinin menfaati için yapılmış olan" her iş görmenin hukuka uygun olduğu iddia edilebilir; fakat bu maddenin aslında "iş sahibinin menfaatinin yapılmasını iktiza ettirdiği" iş görmeden bahs olunmaktadır ve doğrusu da budur. İş sahibinin menfaati objektif olarak tayin edilmeyip, türkçe metinde olduğu gibi bu husus, iş görenin takdirine bırakılıyorsa, bütün lüzumsuzca ve beceriksizce müdahaleler tecviz edilmiş olurdu. Bu hususta tafsilât için bk. aşağıda § 12 not 9-14.

(8) Bk. Staudinger - Nipperdey, Vorbem. zum elften Titel, Nr. 29-33; Aeby, sh. 16-24; Lent, sh. 181-184; aynı müellif, Wille und Interesse, sh. 24-27; Hagenbüchli, sh. 20-22; Zitelmann: Ausschluss der Rechtswidrigkeit, Arch. f. Ziv. Praxis, Bd. 99, sh. 104 ve müt.

b) Böyle bir iş görmede, iş gören ahvalın haklı gösterdiği zaruri ve faydalı masraflarının tazminini isteyebilir⁹. Eğer iş görme hukuka aykırı olsa idi, hukuk nizamı iş görene böyle bir talep hakkı bahşetmekle kendi kendisiyle tezada düşerdi; başka bir ifade ile, bir haksız fiile maruz kalana bu fiilin ikai için yapılmış olan masrafları ödetmiş olurdu.

c) Bu neviden bir iş görmede, muayyen şartlar altında, iş görene başladığı işi yanda bırakmamak mükellefiyeti yüklenmektedir¹⁰. Hukuk nizamının tasvib etmediği bir fiile devam olunmasını emretmesi düşünülemez. Diğer taraftan, iş görenin iş sahibi hesabına deruhde ettiği taahhütleri ifa etmesi, iş sahibinin menfaatine hareket etme borcunun bir neticesidir. Meselâ iş sahibinin menfaati icabına ve muhtemel maksadına uygun olarak ona ait bir şeyi satan kimse bu şeyi alıcıya teslim etmelidir. Bunun için ise malikin hukukî sahasına müdahale zaruridir. Eğer böyle bir müdahale kanunen tecviz edilmeseydi, iş gören şeyi teslimle mükellef kılınmazdı.

d) İş sahibinin menfaatine ve iradesine uygun olarak bir işe girişildiği takdirde, iş gören yalnız kusurundan mes'ul tutulur; iş görme hukuka aykırı sayılıyorsa, iş görenin kazadan dahi mes'ul olması lâzım gelirdi.

e) Vekâletsiz iş görmeye BK. da hususî akit tipleri arasında yer verilmiş olması da, kanun vazunun hiç değilse bazı vekâletsiz iş görme nevilerini hukuka uygun bir fiil mahiyetinde addetmesiyle izah olunabilir.

2. İş sahibinin menfaati iktizası olmadığı bilindiği veya bilinmesi lâzım geldiği halde girişilen iş görme hukuka aykırıdır.

İş gören, böyle bir müdahalede bulunmakla, aynı zamanda iş sahibinin hakiki veya muhtemel iradesine karşı da hareket etmiş olabilir. Bu vaziyette müdahalenin haksızlığı aşikârdır; iş gören, masrafları için, ancak iş sahibinin zenginleşmesi nisbetinde bir talepte bulunabilir ve kazadan da mes'uldür¹¹.

İş sahibinin menfaati iktizası olmamakla beraber, onun iradesine uygun bulunan bir iş görme de caiz sayılmamalıdır¹². Filhakika hukuk nizamının, hafifmeşrepçe veya makul olmayan düşüncelerin tahakkuku için başkasına yardım edilmesini, kötü arkadaşlığı teşvik etmesi bahis

(9) BK. md. 413 f. I. Bk. yukarıda not 7.

(10) Bk. aşağıda § 26, I.

(11) BK. md. 413 f. I, a contrario ve md. 411 f. III.

mevzuu olamaz¹³. Bu sebepten iş sahibinin menfaati iktizası olmayarak bir faaliyete girişen kimse, işin yapılması onun iradesine uygun olsa bile, BK. md. 413 f. I in tanıdığı haklardan istifade edememelidir; bununla beraber, iş gören iş sahibinin maksadına uygun hareket ettiğinden BK. md. 411 f. III mucibince mes'ul tutulamaz¹⁴; hatta işin yapılmasının iş sahibinin iradesine tevafuk etmesine, bu sonuncunun rızası mahiyeti izafe edilirse, iş gören, haksız fiillere müteallik kaidelere tevfikani dahi, sebebiyet verdiği zararın tazminine mecbur kılınmaz¹⁵. Diğer taraftan, iş sahibinin, arzusuna uygun olan bu işe icazet vererek onu tecviz edilen bir iş görme haline kalbetmesi de mümkündür.

İş gören iş sahibinin menfaati iktizasının ne olduğu hususunda hataya düşerek, onun menfaatine uygun olmayan bir işe girişmişse, iş görme gene hukuka aykırıdır. Mamafih, bu hata bir kusura müstenid değilse, Lent'in fikrinde¹⁶, iş görmeden mütevellid masrafların iş görenle iş sahibi arasında halin icaplarına göre paylaşılması hakkaniyetin yerine getirilmesi bakımından münasip olur¹⁷.

3. İş sahibinin, menfaatine uygun, fakat iş görence bilinen veya bilinmesi lâzım gelen iradesine aykırı bir iş görme de hukuk nizamı tarafından tecviz edilemez¹⁸. Bittabi, iş sahibinin işin yapılmaması hususundaki iradesinin kanuna veya âdaba muhalif bulunması dolayısıyla nazarı itibara alınmayacağı vaziyetler müstesnadır.

İş sahibinin muteber bir men'ine rağmen, onun işlerine müdahale eden kimseyi kazadan dahi mes'ul tutan BK. md. 411 f. III, bu müdahalenin iş sahibinin menfaati iktizası olduğu hallerde de şâmilidir. Bu hüküm, bahsi geçen neviden olan müdahalelerin hukuka aykırı telâkki edildiği hususunda bir delil olarak ileri sürülebilir. Buna mukabil, BK. md.

(12) Lent, Wille und Interesse, sh. 15; Staudinger - Nipperdey, § 678, Nr. 6. Buna mukabil Elias Wolf'a göre (FJS, no. 1078, I, A, 2), böyle bir iş görmenin hükümlerini husule getirmesi iş sahibinin icazetine bağlı olmakla beraber, burada tecviz edilmeyen bir iş görme karşısında bulunulduğu söylenebilir.

(13) Lent, Wille und Interesse, sh. 15.

(14) Bu husus BK. md. 411 f. III ün mefhumu muhalifinden istihraç olunabilir: Elias Wolf, FJS, no. 1078, I, A, 2; Staudinger-Nipperdey, § 678, Nr. 6.

(15) Esser, sh. 328, 2.

(16) Wille und Interesse, sh. 18-19, 22.

(17) Aksi fikirde Staudinger-Nipperdey, § 683, Nr. 7. Bizim bu husustaki fikrimiz için bk. aşağıda § 32, III.

(18) Lent, Wille und Interesse, sh. 15-16; Elias Wolf, FJS, No. 1078, I, A, 3.

413 f. I, sadece “iş sahibinin menfaati iktizası” gibi objektif bir kıstasa dayanmaktadır. Bazı müelliflere göre¹⁹, bu sonuncu hüküm, iş gören iş sahibinin men’ine rağmen onun menfaatine hareket ettiği takdirde de kabili tatbiktir. Halbuki iş sahibinin muteber iradesi hilâfına hareket eden iş görene, BK. md. 413 f. I deki hakların tanınması, onun bu hareketinin tecviz edilmesi demektir. Bu ise, herkesi başkalarının bir nevi vesayeti altına girmek tehlikesine maruz bırakır. Binaenaleyh, iş sahibinin muteber iradesi hilâfına iş gören, velevki iş görme onun menfaati iktizası olsun BK. md. 413 f. I in bahsettiği haklardan istifade edememelidir²⁰.

Yalnız eğer iş gören, kusuru olmaksızın, iş sahibinin iradesini tesbitte hataya düşmüş ve iş görme iş sahibinin menfaatine uygun ise, gene bir istisna vaz’ ve iş görmenin hukuka aykırı olmadığını kabul etmek gerekir; aksi takdirde hataya düşmek endişesi birçok kimseleri başkalarının işlerine faydalı müdahalelerden içtinaba sevkedecektir²¹.

Yukarıda 2 ve 3 numaralarda bahsedilen hukuka aykırı vekâletsiz iş görme hallerinde, bazı hukukçuların fikrinde²² geniş manasında bir haksız fiil, diğer bazılarına göre ise²³, mevcut iş görme münasebetinin bir ihlâli mahiyeti vardır. Bütün bu hallerde, iş sahibinin icazeti fiilin hukuka aykırılık vasfını ortadan kaldırır ve onu caiz olan bir vekâletsiz iş görmeye kalbeder.

II — Haksız iktisap nazariyesi.

Fransız hukukçularından Planiol’e izafe edilen bir nazariye mucibince²⁴, bütün şibih akitlet ve bu arada vekâletsiz iş görme, haksız bir

(19) Suter, sh. 65.

(20) Bu hususta tafsilât için bk. aşağıda § 32 II.,

(21) Lent, Wille und Interesse, sh. 17-18; aksi fikirde Staudinger-Nipperdey, § 683, Nr. 12. Aşağıda § 32, III e de bk.

(22) Staudinger-Nipperdey, Vorbem. zum elften Titel, Nr. 26; Lent, Wille und Interesse, sh. 24.

(23) Von Tuhr, sh. 333; aynı müellif, Allg. Teil, 2; II; sh. 470; Aeby; sh. 49; Hagenbüchli, sh. 22 not 5; Arsebük, sh. 581, 4.

(24) Revue Critique, sh. 332. Bk. Demogue, t. III, sh. 4; Arsebük, sh. 554; Maruitte, sh. 34. Türk hukukunda Birsen (sh. 33) Planiol’ün fikrine iştirak etmektedir. Temyiz Mahkemesi HUH nin 17/1/1940 tarih ve E. 8/K. 6 sayı ile uyulmasını emrettiği bir hususî Daire kararında “haksız olarak başkasının zararına mal iktisabını kanun himaye etmediğine nazaran hâdisede vekâleti olmadan başkası hesabına tasarruftan bâhis olan BK. nun 14. bânındaki hükümlere tevfikân muamele ifâsı gerektiği” tarzında bir ibare mevcuttur.

zarar vermeyi önlemek için kanunun bir borç yarattığı hallerden olup haksız iktisap mefhumuna irca edilebilirler.

Bu nazariye, kabili müdafaa değildir. Haksız iktisapta kanun, haklı bir sebebe müstenid olmaksızın bir kimsenin mamelekinde bir diğerini aleyhine vaki olan artma vakıasına bir takım hükümler izafe eder; bunu yaparken, bu artmanın ve ona tekabül eden eksilmenin iradi bir fiil neticesinde olup olmadığını nazara almaz. Halbuki, iş sahibinin menfaatine vekâletsiz iş görmeye, kanun, onun iradi bir fiil olduğunu gözönünde tutarak hükümler terettüp ettirir. Haksız iktisap beşeri bir fiil neticesinde husule gelse dâhi, bu fiil hâşkasının işini görme mahiyetini arzetmez²⁵. Kaldı ki, vekâletsiz iş görenin masraflarını talep salâhiyeti, haksız iktisapta olduğu gibi iş sahibinin mamelekindeki artma ile hudutlandırılmaz²⁶.

§ 8 — HUKUKÎ MUAMELE NAZARİYELERİ *

Bu nazariyelere göre, iş sahibinin menfaatine vekâletsiz iş görmede, borç münasebeti tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradelerinden veya sadece iş görenin iradesinden husule gelir. Diğer bir ifade ile, bu nazariyelerin taraftarları başkasının menfaatine vekâletsiz iş görmeye, iş sahibinin mevhum rızasına müstenid bir vekâlet akdi veya iş görenin tek taraflı bir hukuki muamelesi mahiyetini izafe ederler.

I — *Mefruz vekâlet nazariyesi*

Akit benzerlerini bir borç kaynağı olarak tanıyan Pandektistlerden ve Fransız hukukçularından bir kısmı, iş sahibinin menfaatine vekâletsiz iş görmeyi, vekâlet akdine yaklaştırmaktadırlar. Bunların fikrince¹, bu neviden bir iş görme için, iş sahibi şekli bakımdan bir vekâlet vermiş değildir; hatta onun işin görüldüğünden haberi dahi yoktur; ancak işin ya-

(25) Bk. aşağıda § 24 not 22 ye ait metin.

(26) Bizzat Planiol de "Traité élémentaire de droit civil" inde 11 éd., t. II, Paris 1931, no. 812 bis), vekâletsiz iş görmenin yegâne mesnedinin haksız iktisap olmadığını teslim etmektedir.

(1) Dankwardt, sh. 20-21 ve 26 müt.; Kritz, Pandektenrecht, 1835, I. Teil, Bd. I, sh. 348 ve müt. (Swoboda, sh. 57, not 23); Witte, Die Bereicherungsklagen des gemeinen Rechts, 1859, sh. 7 ve müt. (Swoboda, sh. 57, not 25); Pothier, Du quasi-contrat negotiorum gestorum, no. 181 (Bk. yukarıda § 6 not 7 ve 8); Laurent, t. XX, no. 308; Demolombe, t. XXXI, no. 53.

pılması kendi menfaatine olduğu için, eğer bundan haberi olsaydı muhakkak bu hususta rıza gösterirdi. Binaenaleyh, burada bir vekâlet faraziyesi kabul ve iş görmeden doğan borçları bununla izah etmek yerinde olur.

Hatta bazı müelliflere nazaran², mevhum bir rızadan bahsedilmesi dahi doğru değildir. İş sahibinin menfaatine vekâletsiz iş görmede, tarafların hakiki iradeleri arasında bir iştirak (Willensgemeinschaft), bir uygunluk (Willensübereinstimmung) bulunur. Bu iştirakin mevcudiyeti için iş sahibinin iradesini izhar etmiş olmasına hacet yoktur. İş görene gelince, zaten onun başkasının işini görme iradesine sahip olması, bu müelliflerce, vekâletsiz iş görmenin bir şartı sayılmaktadır.

Akit benzeri mefhumunu reddeden Ogonowski daha da ileri giderek, iş sahibinin menfaatine vekâletsiz iş görmenin şekli mânada olmasa bile, maddî mânada tam bir vekâlet akdi mahiyetini haiz olduğunu beyan etmektedir³. Ogonowski'ye nazaran⁴, böyle bir iş görmede, iş sahibinin rızasını zımnen izhar ettiğinin kabulü gerekir.

Bu nazariyeler, aşağıdaki sebeplerden⁵, bugün artık tamamen terkedilmiştir⁶.

1. Vekâletsiz iş görmede, tarafların borçları, onların iradeleri bu borçların doğmasına müteveccih olsa da olmasa da, kanun hükmü icabı husule gelir. Her borcun kaynağında bir irade aramak ve bu iradenin bulunmadığı yerde onun mevcudiyetini farzetmek lüzumsuz ve karşılıklara yol açacak bir telâkki tarzıdır. Modern hukukta artık fiksiyonlara mümkün olduğu kadar az yer verilmektedir.

Diğer taraftan, izhar edilmemiş iradeler birbirlerine uygun olsalar dahi bir akde vücut veremezler. Vekâletsiz iş görmenin maddî mânasında bir vekâlet olduğunu söyleyen Ogonowski, zımnî rıza ile mevhum rızayı karıştırmaktadır. Zımnî rızanın mevcudiyeti, istidlâle müsait (biti-

(2) Leist, sh. 161 ve müt.; von Monroy, sh. 30 ve müt.

(3) (4) Sh. 102 ve 104.

(5) Bk. Maruitte, sh. 41 - 59; Vizioz, sh. 301 ve müt.; Hagenbüchli, sh. 23 - 25; Becker, Art. 419, Nr. 13.

(6) Bu asrın başında Endemann (Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 7 Aufl., 1900, I; sh. 804) henüz mefruz vekâlet nazariyesine bağlı bulunuyordu. Jung da (sh. 564-565 ve 784) vekâletsiz iş görmeyi maddî fiiller arasında saydıktan sonra, burada fiili veya mefruz bir irade uygunluğu bulunduğundan bahseder. Daha Pandekt hukukunda vekâlet faraziyesine karşı cephe alan müellifler için bk. Hagenbüchli, sh. 25 not. 13-16 ve Moser, sh. 92 not 2; Sturm, sh. 3; Chambon, sh. 6.

rici) bir hareket tarzından (attitude concluante, konkludente Verhalten) anlaşılır; halbuki vekâletsiz iş görmeye iş sahibinin böyle bir hareket tarzı müşahede olunamaz.

2. Eğer vekâletsiz iş görme bir nevi vekâlet akdi mahiyetinde olsa idi, iş sahibinin borç altına girebilmesi için akdi ehliyeti haiz olması lâzım gelirdi. Halbuki, iş sahibi, ehil olsun olmasın işinin görülmesi neticesinde borçlu vaziyetine düşebilir.

3. Kanuna veya âdaba muhalif bir men'ine rağmen, menfaati iktizası olan bir işin görülmesi, iş sahibini borçlu kılabilir. Böyle bir vaziyetin iş sahibinin mevhum rızasına müstenid vekâlet nazariyesiyle izahı kabil değildir; çünkü bu halde onun hakiki iradesi, işin görülmesi aleyhindedir.

4. İş sahibi vekâletsiz iş görmeye icazet verdiği takdirde, vekâlet hükümleri kıyasen tatbik edilir. Eğer iş sahibinin menfaatine vekâletsiz iş görme zaten bir nevi vekâlet akdi karakterini taşıyorsa, bu kaidenin mânası olmazdı. Kaldı ki, bugün umumiyetle kabul edilen telâkkiye nazaran, iş sahibinin icazeti dahi vekâletsiz iş görmeyi vekâlete tahvil edemez⁷.

5. Vekilin ve vekâletsiz iş görenin mes'uliyetlerinin, masraflarını talep salâhiyetlerinin şartları başka başka hükümlere tabidir. Vekilin salâhiyetinin şümulü, vekâletin sona eriş sebeplerinin büyük bir kısmı hakkındaki hükümlerin vekâletsiz iş görmeye tatbiki bahis mevzuu olamaz. Bütün bunlar, her iki müessese arasındaki mahiyet farkının birer neticesidir.

II — Tek taraflı hukukî muamele nazariyesi

Bazı Fransız hukukçuları tarafından ortaya atılan bu nazariye, Türk hukukunda da çok revaçtadır.

Akit benzeri mefhumuna yeni bir veçhe vermek isteyen Demogue⁷, onu, müstakbel alacaklının borç doğuran tek taraflı bir irade beyanı olarak telâkki ettiğini ve bu görüşün Arsebük tarafından da benimsendiğini kaydetmiş⁸. Bundan başka, Göktürk ve Gönensay eserlerinin diğer kısımlarında akit benzeri olarak vasıflandırdıkları vekâletsiz iş görmeyi, borç kaynakları bahsinde tek taraflı hukukî muameleler arasında

(7) Bk. aşağıda § 33, III.

(8) Bk. Yukarıda § 6 not 12-14 ve 24 e ait metin.

(9) Bk. yukarıda § 6 not 37. Göktürk sh. 110; Gönensay, sh. 21.

saymaktadırlar⁹. Saymen¹⁰, borç kaynakları tasnifinde akit benzerleri kategorisine yer vermemekle beraber. vekâletsiz iş görmeye alacaklının borç doğuran tek taraflı bir irade beyanı mahiyetini izafe etmektedir.

Bir takım Fransız hukukçuları da, bir kimsenin iradesinin diğer birini borç altına sokmağa kadir olmadığı mülâhazasıyla, iş sahibinin borçlarının kanundan, iş göreninkilerin ise onun kendi iradesinden doğduğu fikrini ileri sürmüşlerdir¹¹.

Fransız doktrini, Lübnan Medeni Kanunu üzerinde de tesir icra etmiştir. Bu kanunda, vekâletsiz iş görme tek taraflı irade beyanları arasında yer almaktadır¹².

Tek taraflı hukukî muamele nazariyesinin dayandığı başlıca deliller şunlardır:

Vekâletsiz iş görmede, iş gören iradî bir faaliyette bulunmadıkça bir borç münasebeti doğmaz; diğer bir ifade ile işe girişmek ve dolayısıyla borç münasebetinin vücuda gelmesi tamamıyla iş görenin iradesine tabidir.

Bundan başka, kanun, iş görenin akdi ehliyeti haiz olmasını şart kıldığı halde, iş sahibi için böyle bir şart koymamaktadır.

Kanaatımızca, bu deliller kıyafetsizdir; hangi şekilde olursa olsun, tek taraflı hukukî muamele nazariyesi, aşağıdaki sebeplerden dolayı, vekâletsiz iş görmenin mahiyetini lâıykıyla belirtmekten uzaktır:

1. Hususî hukuk sahasında, bir kimsenin tek taraflı iradesiyle başkasını borç altına sokması kabul edilemez¹³. Âmm hukukunda misallerine pek çok rastlanan. Devletin vatandaşlara mükellefiyet tahmil etmesi keyfiyeti, onun hükümlerlik haklarına istinad eder.

Gerçi vekâletsiz iş görmede, iş görenin iş sahibini borçlu kılabilmesi, içtimâî tesanüd mülâhazasıyla haklı gösterilmeğe çalışılmaktadır¹⁴;

(10) Sh. 122.

(11) Maruitte, sh. 55-59 da zikredilen müellifler; Planiol-Ripert-Esmein, t. VII, no. 720. Colin-Capitant-de la Morandiére, vekâletsiz iş görmeden müstakil bir borç kaynağı olarak bahsettikleri (sh. 8), ve, bu müesseseye ait izahlarından, onu bir nevi hukukî muamele olmayan hukuka uygun fiil saydıkları anlaşıldığı halde (sh. 801-802), eserlerinin başka bir yerinde (sh. 159), iş görenin işe devam borcunun kendi iradesinden doğduğunu beyan etmektedirler.

(12) Arminjon-Nolde-Wolff, t. II, sh. 16. Alman hukukunda da Titze (sh. 110) tek taraflı hukukî muamele nazariyesine meyyal görünmektedir.

(13) Schwarz, sh. 271-272; Colin-Capitant-de la Morandiére, t. II, sh. 801, Maruitte, sh. 38-40; Becker, Art. 419, Nr. 13.

(14) Bk. yukarıda § 6 not 14 e ait metin.

diğer taraftan, iş görenin yaptığı işden bir kâr elde etmediği, onun alacağına daha ziyade bir tazminat alacağı mahiyetinde olduğu da ileri sürülmektedir¹⁵.

Şu kadar ki, kanunun içtimai tesanüd mülâhazasıyla beşeri bir fiil ile hukuki hükümler terettüp ettirmesi, bu fiilin muhakkak bir hukuki muamele olmasını icap ettirmez. Fiilin bir hukuki muamele teşkil edebilmesi için, failin iradesinin kendilerine müteveccih olduğu hukuki neticeleri husule getirmesi gerekir. Halbuki, iş görenin iradesi, çok defa, kanunun vekâletsiz iş görme için derpiş ettiği hükümlere müteveccih olmadığı gibi, bu hükümlerin neden ibaret olacağının tayini de iş görenin iradesine bırakılmaz. İş görenin alacağının, bir nevi tazminat alacağı mahiyetinde olduğunun söylenmesi de bu alacağın iş görenin iradesinden değil, kanundan doğduğunun bir delilidir. Filhakika, bu çeşit alacakların şumulünü alacaklının iradesi değil, kanunun hükümleri dairesinde hâkimin vereceği karar tayin eder. Hülâsa, vekâletsiz iş görmede borç münasebeti, iş görenin bir fiili dolayısıyla meydana gelmekle beraber, bu fiil tek taraflı bir hukuki muamele değildir.

Yalnız iş görenin borçlarının onun iradesinden ve iş sahibinkilerin ise kanundan doğduğu nazariyesi, hakikate kısmen yaklaşmaktadır. Bir kimsenin tek taraflı bir irade beyanı ile kendisini borç altına sokabileceği, bugün umumiyetle kabul edilmektedir¹⁶. Ancak, iş görenin borçları, onun işi yapmakla izhar ettiği iradesinin muhtevasından istihraç olunamaz; aksi varit olsaydı, bu borçların mevcudiyet ve şumulünün tayini, iş görenin keyfine bırakılmış ve iş sahibinin menfaatleri lâıykı veçhile himaye edilmemiş olurdu. Binaenaleyh, sadece iş görenin borçlarının, onun bu borçların husule gelmesine matuf tek taraflı bir irade beyanından, bir hukuki muamelesinden doğduğu fikri de isabetli değildir.

2. Umumiyetle câri olan bir kaideye nazaran, iş gören, hataen* bir kimseye ait zannettiği, hakikatte ise başka bir şahsı ilgilendiren bir işi yaparsa, vekâletsiz iş görme münasebeti ve bundan mütevellid borçlar, iş görenle hakiki iş sahibi arasında vücut bulur¹⁷. Eğer vekâletsiz iş görme, tek taraflı bir hukuki muamele olsa idi, iş gören iş sahibinin şahsında hataya düşünce bu kaide tatbik edilemezdi: Bu takdirde, iş gören, ya muamelesiyle ilzam olunamayacağını beyan edebilirdi, veyahut da böyle bir beyanda bulunmayıp, hataen iş sahibi zannettiği şahsa karşı

(15) Saymen, sh. 122

(16) Bk. yukarıda § 5, not 11.

(17) Bk. aşağıda § 23, not 49-50.

bağlı kalırdı. Böyle bir neticenin ise vekâletsiz iş görmenin mahiyetine tevafuk etmediği aşikârdır¹⁸.

3. İş sahibinin menfaatine iş görme iradesinin muayyen bir şekilde izharna hacet olmadığı, böyle bir iradenin mevcudiyetinin herhangi bir surette isbatının kâfi geldiği, hemen her hukuk sisteminde kabul edilmektedir¹⁹. Halbuki, iş görenin tek taraflı iradesi bir hukukî muamele mahiyetini arzetsen, bu iradenin diğer bazı tek taraflı hukukî muamelelerde olduğu gibi, muayyen bir şekilde beyanı veya hiç değilse şekilden âri olarak iş sahibine müteveccihen izharı lâzım gelirdi²⁰.

4. Mümeyyiz küçüklere veya mahcurlara, kanunî mümessilleri vekâletsiz iş görmeleri için önceden izin veya sonradan icazet verdiği takdirde, bu şahısların tam ehliyetli bir iş gören gibi mes'ul tutulup tutulmayacağı, doktrinde münakaşalıdır²¹. Böyle bir izin veya icazetin bahis mevzuu olamayacağı kabul edilirse, bundan vekâletsiz iş görmenin tek taraflı bir hukukî muamele olmadığı neticesi çıkarılabilir²².

5. Zannımızca Türk hukukçularının tek taraflı hukukî muamele nazariyesine olan temayüllerini, von Tuhr'un "Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts" adlı eserinin Emile Thilo tarafından yapılan fransızca tercümesinde mevcut²³ şu cümle takviye etmiştir: "En plus du contrat, qui est la source principale des obligations, on trouve des créances qui tirent leur origine d'une déclaration unilatérale de volonté ou d'un acte juridique unilatéral : les promesses publiques, la gestion d'affaires..."

Bu cümleden vekâletsiz iş görmenin tek taraflı bir ifade beyanı yahut tek taraflı bir hukukî muamele mahiyetinde olduğu mânası çıkmaktadır. Halbuki, von Tuhr'un zikri geçen eserinde bu cümlenin aslı şöyledir: "Neben dem Vertrag, welcher die Hauptquelle der Obligationen ist, stehen Forderungen aus einseitiger Willenserklärung oder *Rechtshandlung*: die Auslobung, die Geschäftsführung ohne Auftrag..." Müşahede olduğu üzere, Thilo "Rechtshandlung" (hukuka uygun fiil) karşılığında, yanlışlıkla "acte juridique unilatéral" (tek taraflı hukukî muamele) tabirini kullanmıştır²⁴. Zaten von Tuhr "Allgemeiner Teil des

(18) Lent, sh. 54; Hagenbüchli, sh. 27.

(19) Bk. aşağıda § 23, not 62-64.

(20) Lent, sh. 54-56.

(21) Bk. aşağıda § 30, II.

(22) Lent, sh. 52-53; Leonhard, Bd. II, sh. 433.

(23) Sh. 38

(24) Aynı hata Cevat Edege tarafından yapılan türkçe tercümede de (sh. 43) mevcuttur.

deutschen bürgerlichen Rechts” ismini taşıyan kitabında²⁵ sarahaten, vekâletsiz iş görmeyi hukuka uygun fiillerin nevilerinden olan maddî fiiller (fiili muameleler) arasında saymaktadır. Binaenaleyh, tek taraflı hukuki muamele nazariyesini teyid zımında Thilo'nun hatalı tercümesine istinad olunmamak gerekir.

§ 9 — HUKUKİ MUAMELE OLMAYAN (DAR MÂNADA) HUKUKA UYGUN FİİL NAZARİYELERİ

İş sahibinin menfaatine vekâletsiz iş görmede, borç münasebetinin, iş görenin bir fiili dolayısıyla doğduğunu, fakat iş görenin iradesinin, bu borç münasebetinin doğmasına ve hükümlerine müteveccih olmadığını veya müteveccih olmasına hacet bulunmadığını tesbit etmiştik. Aynı keyfiyeti müşahede eden Alman ve İsviçre hukukçularının büyük bir ekseriyeti, iş sahibinin menfaatine vekâletsiz iş görmede hukuki muamele olmayan bir nevi hukuka uygun fiil mahiyeti bulmaktadır. Bu hukukçulardan bazıları iş görenin böyle bir müdahalesini fiili bir muamele, diğer bazıları da hukuki muamele benzeri bir fiil olarak vasıflandırmaktadırlar.

I — Fiili muamele nazariyesi

Fiili muameleler (Realakte, Tathandlungen), hukuk sahasına girmeyen fiili ve teknik mahiyette bir neticeye müteveccih irade izharlardır ki, hukuk nizamı bu neticeye bir takım hukuki hükümler izafe eder¹.

Alman ve İsviçre hukukçularının bir kısmının kanaatleri, iş sahibinin menfaatine vekâletsiz iş görenin bu tarife uyduğu merkezindedir². Von Tuhr bu hususta şöyle demektedir³: “İş görme, iş görenin bir üçüncü şahısla hukuki muameleler yapmasından ibaret olabilir; fakat böyle bir iş görme dahi iş sahibine karşı bir hukuki muamele değildir, çünkü iş

(25) Zweiter Band, erste Haelfte, sh. 111.

(1) Türk hukukunda “fiili muamele” tabirini yalnız Ayiter, yukarıda (§ 4, not 3 de) zikredilen tezinde (sh. 42) kullanmakta, diğer müellifler “maddî fiil” tabirini tercih etmektedirler. Maddî fiil tabiri, von Tuhr'un (sh. 153), bu fiillerin maddî bir neticeye, harici âlemde bir değişiklik husule getirmeğe matuf oldukları fikrine müstenitdir. Ancak bu görüş tarzı Enneccerus - Nipperdey tarafından (Bd. I, sh. 417, not 18) haklı olarak tenkid edilmektedir: Bir fikir eseri yaratmak da bu kategoriye girdiği halde, maddî bir neticeye müteveccih değildir.

(2) Von Tuhr, Allg. Teil, Bd. II, erste Haelfte, sh. 110-111; Jung, sh. 564 - 565; Lent, sh. 56 - 57; Isay, sh. 104 ve müt.; Brückmann, sh. 11 ve müt.; Hagenbüchli, sh. 28; Suter, sh. 4-5.

(3) Allg. Teil, Bd. II, erste Haelfte, sh. 111, not 45.

görenin iradesinin iş görmenin hukukî neticelerine yönelmiş olmasına hacet yoktur; bu iradenin, yalnız, başkası için fiili bir netice husule getirmeğe, meselâ başkasına bir şey temin etmeğe veya başkasının şeyini bir zarardan korumağa, teveccüh etmesi kâfidir.”

Leonhard⁴, hukukî muamelelerle hukukî fiilleri tefrik etmekte ve bu sonunculara bizim fiili muamelelerden anladığımız mânayı vermektedir. Bu müellife nazaran, hukukî muameleler ancak bir hukuk nizamı dahilinde düşünülebilir; çünkü onların istihdaf ettikleri neticelere ancak hukuk nizamının himayesi sayesinde erişilebilir. Halbuki hukukî fiiller, hukuk nizamı dışında da, zâti kıymeti olan fiillerdir. Meselâ mülkiyet iktisabı, bir taahhüt altına girme, sadece bu gibi muameleleri tanıyan bir hukuk nizamı çerçevesi içinde mümkün olur; halbuki zilyedliğin iktisabı, bir şeyin işlenmesi, hukuk nizamının himayesi olmadan da bir mâna ve ehemmiyet taşır. Vekâletsiz iş görme de, bir hukukî fiildir⁵; çünkü bir hastanın tedavisi, bir evin tamiri, hukuk nizamından mücerret olarak da yapılması mümkün olan faaliyetlerdir; vekâletsiz iş görme mefhumu ortaya çıkmadan önce de hemcinsine yardım eden kimseler mevcuttu; işin başkasına aidiyeti bilinmedikçe vekâletsiz iş görmenin bahis mevzuu olamayacağı, başkasına aidiyetin ise hukukî bir mefhum olduğu yolunda bir itirazda da bulunulamaz; çünkü bir kimse başka birinin vücudunun veya ailesinin kendisine yabancı olduğunu ilk defa hukuk kaidelerinin konulmasıyla öğrenmez.

Leonhard'ın bu nazariyesi, fiili muamelelerin hukuk sahasına girmeyen neticelere müteveccih oldukları fikrini muğlâk ve münakaşalara sebebiyet verici bir hale ifrâğ etmekten başka bir işe yaramamaktadır. Mevzuu bir hukukî muamelenin yapılmasından ibaret olan bir vekâletsiz iş görmenin mahiyetini bu nazariye vasıtasıyla izah etmek mümkün değildir. Bundan başka, mezuniyetsiz hareket etme mefhumu ancak bir hukuk nizamı dahilinde tasavvur edilebilir. Nihayet başka bir insanın vücudunun ona ait olduğunu hukuk kaideleri tayin etmezse de, bir kimsenin yabancı bir aileye mensup veya bir şeyin yabancı mülkiyette bulunduğunu, yalnız bu kaideler vasıtasıyla tesbit etmek kabildir.

Vekâletsiz iş görmenin fiili bir muamele sayılmasının pratik neticesi, ona hukukî muamelelere ait kaidelerin prensip itibarıyla tatbik edilememesidir. Leonhard'a nazaran⁶ temsil, şart, âdaba mugayeret, irade

(4) Bd. I, sh. 260-261; Bd. II, sh. 432-433.

(5) Leonhard, Bd. II, sh. 433.

(6) Bd. II, sh. 433-434.

fesatları hakkındaki kaidelerin vekâletsiz iş görmede tatbiki bahis mevzu olamaz; mümeyyiz küçük veya mahcur, kanuni mümessilinin muvafakıyla vekâletsiz iş görse dahi, ehil olan bir kimse gibi mes'ul tutulamaz. Von Tuhr da, mal birliğinde kocasının rızası bulunmaksızın vekâletsiz iş gören kanım, bu rızayı almadan yaptığı hukuki muameleler için olduğu gibi, yalnız mahfuz mallarıyla değil⁷, şahsi mallarıyla da mes'ul olacağı fikrindedir⁸.

II — Hukukî muamele benzeri fiil nazariyesi

Von Tuhr⁹ ve onu takip eden hukukçulara¹⁰ göre, hukukî muamele benzeri fiillerde de failin iradesi daha ziyade fiili bir neticeye müteveccihdir; ancak hukuk nizamı, bazan erişilmeyen bu neticeye değil, böyle bir iradenin izhar edilmiş olması vakiasına hukuki hükümler terettüp ettirir. Ekseriya hukukî muamele benzeri bir fiile, ona hukuk nizamının bağlayacağı hüküm bilinerek veya istenerek girilirse de, bu hüküm, böyle bir bilgi veya arzu olmasa da, husule gelir.

Jung tarafından ileri sürülen¹¹ ve umumî tasvibe mazhar olan bir tarif mucibince, "hukukî muamele benzeri fiiller, içtimai, yani diğer fertlerle olan münasebetlere müteallik neticelere müteveccih irade izharlarıdır ki, hukuk nizamı bunlara, faileri tarafından istihdaf edilip edilmediğine veya ne nisbette istihdaf edildiğine bakmaksızın, birtakım hukukî hükümler izafe eder."

Almanya'da son zamanlarda, iş sahibinin menfaatine vekâletsiz iş görmenin bir hukukî muamele benzeri fiil olduğu telâkkisi hüküm sürmeğe başlamıştır¹². Filhakika, bu çeşit bir iş görmede, iş görenin iradesi münhasıran fiili ve teknik mahiyette bir neticeye matuf değildir; bilâkis içtimai bir gayeyi, başkasına yardımı hedef tutar; çok defa, iş gören,

(7) Bk. MK. md. 203 - 204; BGB, § 1412.

(8) Allg. Teil, Bd. II, erste Haelfte, sh. 111, not 45.

(9) Sh. 152 - 153; Allg. Teil, Bd. II, erste Haelfte, sh. 112.

(10) Schwarz, sh. 158-159; Arsebük, sh. 260-261.

(11) Sh. 564.

(12) Staudinger - Nipperdey, Vorbem. zum elften Titel, Nr. 21; Ennecerus - Lehmann, sh. 678, IV; RGR Komm., Vorbem. zum elften Titel, Nr. 1; Manigk, Das rechtswirksame Verhalten, 1939, sh. 495; Palandt, § 677, 1, c; Esser, sh. 326, 6. Fransız hukukçuları da yeni araştırmalarında bu nazariyeye benzer neticelere varmaktadır. Bu cümleden olarak Maruitte, sh. 59-78; Vizioz, sh. 252; Colin-Capitant - de la Morandière, t. II, sh. 801-802; Planiol - Ripert - Boulanger, t. II, no. 1178.

fiiline ne gibi hukukî neticeler terettüp edeceğini bilerek ve hatta bu neticeyi arzu ederek faaliyete geçer.

Hukukî muamele benzeri fiil nazariyesi taraftarları, iş sahibinin menfaatine vekâletsiz iş görmeğe, hukukî muamelelere ait kaidelerin kıyasen tatbik olunabileceği kanaatindedirler. Bu kaideler meyanında ehliyete, irade fesatlarına, butlana, temsile, muvafakat ve icazete müteallik olanlar sayılmaktadır.

§ 10 — NETİCE

İş sahibinin menfaatine hizmet maksadı ile girişilen vekâletsiz iş görmenin hukukî mahiyetini tesbit etmek için, her şeyden önce, bir tefrik yapmak lâzımdır. Daha yukarıda temas ettiğimiz veçhile¹, böyle bir iş görme her zaman hukuka uygun bir fiil vasfını taşımaz. İş sahibinin menfaatini gözetmek niyeti ile teşebbüs edilen ve fakat onun, objektif bakımdan menfaati iktizası olmayan veya bilinen yahut bilinmesi gereken men'ine rağmen yapılan müdahaleler hukuka aykındır. Bazı müelliflere nazaran¹ bu çeşit müdahaleler, hukuka uygun bir fiil olan vekâletsiz iş görme münasebetine vücut vermekte ve bu münasebetten doğan borçların bir ihlâli şeklinde tezahür etmektedirler. Fikrimizce, bu hallerde, başlangıçtan itibaren hukuka uygun bir fiil bulunmayıp geniş manasından bir haksız fiil mevcuttur; eğer müdahale kusurlu ise, aynı zamanda BK. md. 41 in derpiş ettiği dar mânada bir haksız fiil olarak da vasıflandırılabilir³.

Şu halde, iş sahibinin menfaatine vekâletsiz iş görmenin sadece tecviz edilen nev'i hukuka uygun bir fiil karakterini haizdir. Bu nevi iş görmenin mahiyetini izah bakımından, yukarıda arzolunan sebepler dolayısıyla, hukukî muamele benzeri fiil nazariyesi bize de en muvafık görünmektedir⁴.

Ancak, hukukî muamelelere ait kaidelerin bilâ istisna, kıyasen, vekâletsiz iş görenin fiiline tatbiki fikrine iştirak etmemiz mümkün değildir.

(1) Bk. yukarıda § 7, not 7 ye ait metin.

(2) Bk. yukarıda § 7, not 23.

(3) Bk. yukarıda § 7, not 22; Giovanoli, sh. 204 - 205.

(4) İsviçre'de Oser - Schönberger ve Becker'in de, sarahaten hukukî muamele benzeri fiil tabirini kullanmamalarına rağmen bu nazariyeye mütemayil oldukları muhtelif mülâhazalarından anlaşılmaktadır. Bk. Oser - Schönberger, Vorbem. zu Art. 1-40, Nr. 101; Art. 419, Nr. 22; Becker, Art. 419, Nr. 13.

Hukuki muamelelerde şahısta hataya müteallik esasların vekâletsiz iş görme hakkında câri olamayacağına daha önce işaret etmiştik⁵. Aynı şey, diğer irade fesatları için de söylenebilir; çünkü, burada hukuki neticeler bir irade beyanından istihraç olunmamaktadır⁶. Buna benzer mülahazalarla, butlan ve şart hakkındaki hükümlerin de burada bahis mevzuu olamayacağını müdafaa etmek kabildir:

Mal birliğinde, kocasının rızasını almaksızın hukuki muamelelerle girişen karının yalnız mahfuz malları ile mes'ul olacağı esası da, kıyasen vekâletsiz iş görmeye tatbik edilemez. Filhakika, üçüncü şahıslar, bu rıza mevcut olmadığı takdirde, karı ile hukuki muamele yapmaktan iktinab edebilirler. Halbuki, vekâleti almaksızın işi görülen kimsenin işin yapılmasında veya yapılmamasında hiçbir rolü yoktur. Bu itibarla, vekâletsiz iş gören kadın, kocasının rızası bulunmasa dahi şahsi mallarıyla da mes'ul tutulmalıdır.

İş sahibinin menfaatine vekâletsiz iş görmede temsil, belki şu surette, kabili tasavvurdur: Bir kimse, bu hususta mezuniyeti olmayan bir üçüncü şahsın verdiği salâhiyete müsteniden başkasının işini görebilir. Bu takdirde, işi fiilen yapan mümessil yerine, temsil olunan üçüncü şahıs vekâletsiz iş gören vaziyetine girer⁷.

İş görenin, vekâletsiz iş görme hakkındaki hükümlere binaen mes'ul tutulabilmesi için, akdi ehliyeti haiz olması gerektiği zaten kanun tarafından sarahaten derpiş edilmiştir⁸. Buna mukabil, kanuni mümessilinin muvafakati ile hareket eden mümeyyiz küçük veya mahcurun, tam ehliyetli bir iş gören gibi mes'ul sayılması münakaşalı bir husustur⁹.

İş gören, kanunun kendisine yüklediği borçları yerine getirmediği takdirde, akdi mes'uliyete ait hükümlerden bazılarında kıyas yoluyla müracaat etmek mümkündür¹⁰. Bundan başka, hukuka uygun vekâletsiz iş görmenin hukuki muamele benzeri fiil mahiyetinde sayılmasından,

(5) Bk. yukarıda § 8 not 17.

(6) Bk. aşağıda § 23, not 60-61.

(7) Oser - Schönerberger, Art. 419, Nr. 17; Suter; sh. 20. Bk. aşağıda §§ 22, not 8 e ait metin.

(8) BK. md. 412; BGB § 682. Fransız hukukunda bu husus vekâletsiz iş görmenin hukuki mahiyetinden istidlâl edilmektedir. Bk. Maruite, sh. 255 ve müt.

(9) Bk. aşağıda § 30, II ve not 27-28.

(10) Tafsilât için bk. aşağıda § 29.

böyle bir iş görmeden doğan mutalebelerin akdi mutalebeler gibi on senelik müruzamana tabi olduğu neticesi çıkarılabilir.

Tecviz edilen vekâletsiz iş görmenin borçlar hukuku sisteminde işgal etmesi gereken mevkie gelince, bu hususta şu mülâhazaların dermenyanı kabildir:

Bahsi geçen müessese, mevzuu bir iş görme olan hukukî muamele benzeri bir fiil mahiyetini arzettiğinden, onun, halen BK. muzda olduğu gibi, iş görme akitleri arasında yer almasında bir mahzur yoktur. Bilâkis, bu mevkiin isabeti lehinde şunlar söylenmektedir¹¹: Vekâletsiz iş görme, ekseriya, bir iş görme akdinin bahsettiği salâhiyetin hudutlarının aşılması dolayısı ile bahis mevzuu olur; diğer taraftan iş sahibinin icazeti üzerine vekâletsiz iş görmeye vekâlet akdi hükümleri kıyasen tatbik edilir.

Tecviz edilen vekâletsiz iş görmeyi, diğer hukukî muamele benzeri fiillerle beraber¹², ayrı bir kısımda tanzim etmek hatıra gelebilirse de, böyle bir tanzim tarzı pratik bakımdan elverişli olmaz. Çünkü bu nevi fiiller için yegâne müşterek esas, herbirine hususiyetlerinin müsaadesi nisbetinde, hukukî muamelelere ait kaidelerin kıyasen tatbik edilebilmedir; bu ise, onları bir araya getirmek için kâfi değildir. Zaten, hukukî muamele benzeri fiillerden yalnız vekâletsiz iş görme bir borç kaynağı olarak ehemmiyet taşır. Binaenaleyh, olsa olsa münhasıran bu müesseseye, borçların umumî hükümlerine ait kısımda, borç kaynakları arasında müstakil bir yer tahsisî düşünülebilir. Böyle bir düşünceyi takviye zammında, vekâletsiz iş görmenin hukuka aykırı nevelerinin de bulunduğu, tecviz edilen nevinin bunlardan ayrılması doğru olmayacağı cihetle, hepsinin umumî kısma nakledilmesi gerektiği ileri sürülebilir. Bu, daha evvel de bahsettiğimiz veçhile en yeni kanunların tuttuğu yoldur¹³.

FASIL III.

KENDİ MENFAATİNE VEKÂLETSİZ İŞ GÖRMENİN HUKUKİ MAHİYETİ

§ 11 — MUHTELİF NAZARİYELER

Kendi menfaatine başkasının işlerine müdahalenin hukukî mahi-

(11) Bk. Guhl, sh. 306 - 307; Göktürk, sh. 523.

(12) Hukukî muamele benzeri fiilleri de muhtelif kategorilere ayıran Enneccerus - Nipperdey (Bd. I, sh. 416, dd), vekâletsiz iş görmeyi, ikametgâh ittihazi ve merhunun iadesi ile beraber, bir hukukî neticeye müteveccih olmaksızın bir fiil veya ihmale refakat eden irade izharları grupuna sokmaktadır.

(13) Bk. yukarıda § 5 not 21-24; Staudinger - Nipperdey, Vorbem. zum elften Titel, Nr. 23.

yeti hakkındaki nazariyeler, umumiyetle vekâletsiz iş görme mefhumunun sübjektif unsurunun neden ibaret olduğu hususundaki görüş tarzlarına sıkı surette bağlıdır. Bahsi geçen unsur üzerinde ileride tafsilâti ile durulacağından burada bu muhtelif nazariyelere kısaca temas etmekle iktifa olunacaktır.

I — *Vekâletsiz iş görmenin mevcudiyetini inkâr eden nazariye*

Fransız ve Avusturya hukukunda hâkim olan telâkkiye nazaran, bir kimsenin kendi menfaatine başkasının işlerine müdahalesi vekâletsiz iş görme mahiyetinde sayılamaz; böyle bir müdahalenin müeyyidesini bulmak için haksız fiil veya haksız iktisap bahislerine yahut eşya hukukuna ait bazı hükümlere müracaat etmek kâfidir. Bu telâkki, Fransız ve Avusturya Medeni Kanunlarının vekâletsiz iş görme hakkındaki tanzim tarzlarına dayanır.

Bu nazariyeye taraftar olan Fransız hukukçularından bazıları¹, Code Civil'in 1372 nci maddesindeki "lorsque volontairement on gère l'affaire d'autrui" ibaresinden, iş sahibinin menfaatine hareket etmek iradesinin, vekâletsiz iş görmenin zarurî bir unsuru olduğu neticesini çıkarmaktadırlar. Fakat müelliflerin ekseriyetinin de belirttiği veçhile², zikredilen ibare daha ziyade, bir kimsenin mecburiyeti olmadan başkasının işini görmesine, yani "vekâleti olmama" unsuruna muzaftır.

Diğer bir kısım Fransız müelliflerinin fikrinde de³, vekâletsiz iş görme, bir şibih akit ad olunsun veya olunmasın, hukuka uygun bir fiilin mevcudiyetini tazammun eder; kendi menfaatine başkasının işlerine müdahale, hukuka aykır olduğundan, vekâletsiz iş görmenin çevresi dışında kalır. Ancak bu fikre karşı da, Code Napoléon'da, umumiyetle şibih akitlelerin veya sadece vekâletsiz iş görmenin, hukuka uygun fiiller olması gerektiği hususunda bir sarahat bulunmadığı söylenebilir⁴.

Hâkim telâkkinin doğruluğunu isbat bâbında, bir kimsenin kendi menfaatine başkasının hukukî sahasına müdahalesiyle alâkalı bazı hükümler de ileri sürülmektedir⁵: Bir şeyi iade ile mükellef olan ziyedin, başkasının arsasına inşaat yapmanın, bir üçüncü şahsın borcunu hataen

-
- (1) Bk. Maruitte, sh. 187 not 1 de zikredilen müellifler.
 (2) Maruitte, sh. 141; Carrez, sh. 63.
 (3) Maruitte, sh. 70 ve 92.
 (4) Moser, sh. 96.
 (5) Maruitte, sh. 193 ve müt.; Carrez, sh. 89 ve müt.

kendisinin zannı ile ödeyenin hukukî vaziyetleri kanun tarafından vekâletsiz iş göreninkinden farklı bir surette tanzim edilmiştir; halbuki, bu şahıslar, iş sahibinin menfaatine hareket ederlerse kendilerine vekâletsiz iş görme hakkındaki hükümler tatbik olunur. Demek oluyor ki, aynı çeşit müdahaleler, faillerinin başkasına hizmet niyetini taşıyıp taşıyamamasına göre, vekâletsiz iş görme olarak tavsif edilmekte veya hususî hükümlere tabi tutulmaktadır. Ancak, fikrimizce bu istisnai hükümlerden, kendi menfaatine hareket eden kimsenin vekâletsiz iş gören sayılmayacağı tarzında umumî bir neticeye varmanın ne dereceye kadar doğru olduğu cayı sualdir.

Şurası muhakkak ki, şimdiye kadar münakaşası yapılan delillerden sarfınazar, Fransız MK. nun vekâletsiz iş görmeye müteallik hükümleri; esas itibarıyla, iş sahibinin menfaatine olan müdahaleler gözönünde tutularak vazedilmiştir. Kanunun ihzarı esnasında, vekâletsiz iş görenin bir hayırseverlik fiili (action de pure charité, acte de bienveillance) şeklinde telâkki edildiği açıkça beyan olunmuştu⁶. Diğer taraftan, iş görene yüklenen borçlar, hususiyle çok geniş ölçüde kabul edilen başlanmış işe devam mükellefiyeti, bahis mevzuu telâkkinin birer tezahürüdür⁷. Kaldı ki, Code Civil kendi menfaatine iş görenin başkasına hizmet niyetini taşıyanla aynı haklara sahip olamayacağı hususunda bir sarahati muhtevi değildir; her iki nevi iş görenin haklarında bir fark gözetilmemesi ise adalete muvafık olmaz; bu da, Fransız kanun vazınının bir kimsenin kendi menfaatine başkasının işini görmesi ihtimalini hesaba katmadığının bir delilidir.

Mamafih, Code Napoléon'da vekâletsiz iş görenin mutlaka başkasına hizmet maksadıyla faaliyette bulunması sarahaten şart kılınmadığı cihetle, Fransız hukukunda böyle bir maksada mebni olmayan müdahalelerin dahi vekâletsiz iş görme mahiyetinde sayılmasına bir mani yoktur⁸. Ancak bu suretledir ki, iş sahibi kendi hukukî sahasından elde edilen menfaatleri, haksız fiil veya haksız iktisabın şartları ile bağlı kalmaksızın, actio directa vasıtasıyla temellük edebilir. Bittabii, mahkeme içti-hadlarının, iş görenin actio contrario'sunu iş sahibinin zenginleşmesi ile tahdit ederek, kanunun bu mevzudaki boşluğunu doldurması gerekir.

Herkesin şahsî hürriyetinin yabancı müdahalelerden masun kalmasına büyük ehemmiyet veren Avusturya MK, bu müdahalelere sadece

(6) Maruitte, sh. 203 ve o sahifede not 1.

(7) Moser, sh. 97.

(8) Moser, sh. 99-100, Aynı fikirde olan fransız müellifleri için bk. aşağıda not 19 ve 27.

bir insanî yardım (Menschenhilfe) mahiyetini arzettikleri nisbette müsaade eylemektedir⁹. Vekâletsiz iş görmeye böyle bir karakter tanınması neticesinde, iş görenin kendi menfaatine hareket ettiği haller bu mefhum dışında bırakılmıştır. Avusturya kanun vazı, başkasının işlerine karışmağı prensip itibariyle men ederken (md. 1035), bu men'e aykırı hareketlerin en iyi müeyyidesini iş sahibine bahşolunan actio directa'nın teşkil edeceğini düşünmemiştir¹⁰. Doktrinde hâkim olan noktainazar da kanunun bu tanzim tarzını tasvip yolundadır¹¹.

Alman hukukunda da, BGB § 687 f. I in sarih hükmüne binaen başkasının işi ile hataen kendisinin zannı ile meşgul olmanın vekâletsiz iş görme mahiyetini haiz olmadığı ittifakla kabul edilmektedir¹². Diğer taraftan Brückmann ve Lent gibi bazı müellifler, iş görenin ister hataen ister bilerek kendi menfaatine hareket ettiği hallerden hiçbirinin vekâletsiz iş görme olarak tavsif edilemeyeceği kanaatindedirler. Brückmann'a nazaran¹³, iş sahibinin menfaatine hareket etme iradesi adı geçen müessesenin zaruri bir unsurudur; suiniyetle başkasının işini istismar edene karşı, iş sahibinin vekâletsiz iş görmeden mütevellid mutalebelerde bulunmasına imkân veren § 687 f. II, teessüfe şayan bir hata eseridir. Lent ise, "Der Begriff der auftragslosen Geschäftsführung" isimli eserinde¹⁴, § 687 f. II nin derpiş ettiği halde, iş görenin ve iş sahibinin haklarının tahdit edilmiş olmasından, bu halin vekâletsiz iş görme dışında kaldığını istihraç etmekte idi; daha yakın zamanlarda neşrolunan "Wille und Interesse bei der Geschäftsbesorgung" adlı kitabında¹⁵, müellif, aynı hususu, kendi menfaatine iş görmenin hukuka aykırı olmasından istidlâl ediyor; filhakika Lent'in fikrinde, sadece tecviz olunan bir vekâletsiz iş görme, bu ismi taşıyan bir borç münasebetine vücut verebilir; tecviz olunmayan iş görmenin müeyyidelerini ise haksız fiil ve haksız iktisap bahislerinde aramak lâzımdır. Lent. BGB § 687 f. II nin açık hükmü hilâfına, iş sahibinin, suiniyetle iş görenden, elde ettiği kâr kendisine devir talebinde bulunamayacağı kanaatindedir.

Lent ve Brückmann'ın görüşleri, pozitif hukuk ile tenakuz halinde olmaları bir tarafa, kendi menfaatine başkasının işini görene, başkasına

(9) Swoboda, sh. 81 ve müt.; Moser, sh. 93-94.

(10) Moser, sh. 94.

(11) Swoboda, sh. 72 ve müt.;

(12) Bk. yukarıda: § 3, not 20.

(13) Sh. 48, not 2; sh. 226.

(14) Sh. 117-118.

(15) Sh. 7 - 8.

hizmet maksadı ile hareket edenden daha müsait bir vaziyet sağlamaktadır.

II — Gayrihakiki (nakıs) vekâletsiz iş görme nazariyesi.

Bu nazariye taraftarları da iş sahibinin menfaatine hareket etme iradesini vekâletsiz iş görmenin zarurî bir unsuru olarak kabul ederler, ancak, kendi menfaatine başkasının işleriyle uğraşarak bir kâr elde eden kimsenin bu kârı alıkoyabilmesini hakkaniyete aykırı bulurlar. Bu müelliflere göre, egoistçe müdahalelerde bulunanlara, başkasına hizmet niyeti ile faaliyete girenlere nisbetle imtiyazlı bir vaziyet bahşolunmamalıdır; hiç kimse suiniyetini ileri sürerek başkasının işinden sağladığı kârı muhafaza edememelidir. Bunun çaresi ise, vekâletsiz iş görmeye ait kaidelerin, kendi menfaatine başkasının işini yapanlara da tatbiki ve bilhassa bu sonunculara karşı iş sahibine *actio directa*'nın tanınmasıdır. Böylece hakikatte vekâletsiz iş görmenin bulunmadığı bu hallerde, hakkaniyet icabı, onun mevcudiyeti farz olunmaktadır.

Temellerine Justinianus hukukunda rastlanan¹⁶ bu nazariye sonradan Pandekt ilmine intikal etmiş ve ilk defa Zimmermann¹⁷ bir kimsenin kendi menfaatine başkasının işine müdahalesine “gayrihakiki vekâletsiz iş görme” (*unechte Geschäftsführung ohne Auftrag*) adını vermiştir. Bu hususta, “vekâletsiz iş görme benzeri” (*quasi - gestion d'affaires*) ve eksik (nakıs) vekâletsiz iş görme (*gestion d'affaires imparfaite*)¹⁸ tabirleri de kullanılmaktadır.

Gayrihakiki vekâletsiz iş görme nazariyesi Alman, İsviçre ve Türk doktrininde revaç bulduğu gibi bir kısım Fransız ve Avusturya müelliflerinin fikirleri de bu nazariyeye uygundur¹⁹. İsviçre’de Federal Mahkeme’nin ve bazı kanton mahkemelerinin kararlarında aynı nazariyenin te-

(16) Bk. yukarıda § 2, not 25 e ait metin.

(17) Sh. 27. Bu nazariyeye taraftar diğer Pandektistler için bk. Moser, sh. 101, not 33 ve Brückmann, sh. 49 da yapılan atıflar.

(18) Federal Mahkemenin bir kararında (RO 61 II 38/39 yahut Sem. Jud. 1935, sh. 374) rastlanan bu tabirleri Arsebük (sh. 558 not 22 ve sh. 565) de benimsemiştir. Bundan başka bk. Göktürk, sh. 526; Elias Wolf, FJS, no. 1077, IV.

(19) Alman hukukunda: Enneccerus - Lehmann, Bd. II, sh. 675, I, 2; sh. 585, I; Planck; § 687, Nr. 1; Oertmann, § 687 Nr. 1; Endemann; sh. 806; Titze, sh. 110; Esser, sh. 326.

İsviçre’de: Aeby, sh. 34; Guhl, sh. 307-308; Hagenbüchli, sh. 19 ve 87 ve Becker, Art. 419, Nr. 1; Art. 422, Nr. 1; Art. 423, Nr. 1 bu nazariyeye taraftar

siri altında kaldıkları müşahede olunmaktadır²⁰. Federal Mahkeme bu kararlarından birinde şöyle demektedir²¹: “Yalnız başkasının menfaati için faaliyette bulunan değil, caiz olmayan bir şekilde başkasının menfaatleri çevresine müdahale eden, yani objektif bakımdan başkasına ait görünen bir işi kendi hesabına yapan kimse de, vekâletsiz iş gören gibi, işin hasılatını iş sahibine iade ile mükellef tutulmalıdır. Bu şahıs, başkasının faydasını değil, fakat münhasıran kendi menfaatini gözettiği halde hukukan vaziyet, sanki o, başkası için hareket etmiş gibi sayılmalıdır.”

Gayri hakiki vekâletsiz iş görme nazariyesi bir takım tenkidlere uğramıştır. Gayrihakikilik mefhumu, muhtevası boş bir lâftan ibarettir denilmektedir²². Başkasının menfaatine hareket etmek iradesi vekâletsiz iş görmenin zarurî bir unsuru addedildikten sonra, artık bu unsurun mevcut olmadığı bir halde vekâletsiz iş görmeden bahsedilmesi mantığa ay-

olarak zikredilebilir. Mamafih Becker'in (Art. 419, Nr. 13) aşağıda IV te bahsolunan haksız müdahale nazariyesine mütemayil olduğu da söylenebilir. Suter (sh. 112 ve müt.) ve Oser-Schönenberger de (Art. 419, Nr. 12; Art. 423, Nr. 1-2) gayrihakiki vekâletsiz iş görme tabirini kullanmaktadırlar; ancak bu müellifler, aynı zamanda, iş gasbı (Geschäftsanmassung) tabirini terciha şayan bulmakta ve gayrihakiki vekâletsiz iş görme diye tavsif ettikleri halin gerçekten vekâletsiz iş görmenin bir nev'i olduğunu kabul etmektedirler (Suter, sh. 119 ve 135; Oser - Schönenberger, Art. 423, Nr. 1 ve 2). Türk hukukunda Göktürk (sh. 526) ve Arsebük (sh. 558-559 ve 565) bu nazariyeye temayül eder görünmektedirler. Avusturya'da Ehrenzweig (sh. 716) ve Karl Wolff (sh. 215) aynı nazariyenin mümessilleridir. Fransız hukukçuları arasında mezkûr nazariyeye mütemayil olanlar arasında şu müellifler sayılabilir: Baudry - Lacantinerie - Barde, t. IV, no. 2812; Vizioz, sh. 238, 250 - 251.

(20) Bu hususta FM nin şu kararları zikredilebilir: RO 45 II 207/208, “Mertz c. Mellwig”; 47 II 198 yahut JdT, 1921, sh. 506, “Kistler und Konsorten c. Allgemeine Genossame Reichenburg”; 61 II 38/39 yahut Sem. Jud., 1935, sh. 374, “Dame Reusser - Traphagen c. Domaine du Chanet S.A.”; 68 II 35 yahut JdT, 1942, sh. 312, “Wildhaber c. Landwirtschaftlicher Verein des Kantons Graubünden”. Buna mukabil FM, bir kararında (RO 51 II 583, “Union de Banques Suisses c. Mariotti”), İBK. md. 423 teki kârın temellükü davasını, yanlış olarak, haksız iktisap davasının hususi bir şekli olarak tavsif etmektedir; halbuki mezkûr dava, haksız iktisap davasından farklı olup ondan daha şümulüdür: bk. von Tuhr, sh. 402; Moser, sh. 118 not 75.

Gayrihakiki vekâletsiz iş görme nazariyesinden mülhem olan kantonal mahkeme kararlarının misalleri şunlardır: Bern İstinaf Mahkemesi, ZbJV, 48 (1912), sh. 443; 46 (1910), sh. 372-373; (aynı mahkemenin diğer kararı için bk. aşağıda not 29); Cour de Justice civile de Genève, Sem. Jud., 1951, sh. 436, “Belloni S.A. c. Vve Hirschy et Cie.”.

(21) RO 45 II 207/208, “Mertz c. Mellwig”.

(22) RGR Komm., § 687, Nr. 1, sh. 469; Suter, sh. 114-115; Reichel, sh. 199; Moser, sh. 102-103.

kındır; bir müesseseye ait kaidelerin başka bir müesseseye teşmil edilebilmesi için her ikisinin unsurları arasında bir müşabehet bulunmalıdır; aksi takdirde bu teşmil aslı olmayan bir faraziye dayandır²³.

III — Hakiki vekâletsiz iş görme nazariyesi.

Bu nazariye mucibince, başkasının işlerine müdahale eden kimse, yalnız kendi menfaatini gözetse dahi, hakiki mânasında bir vekâletsiz iş gören vaziyetine girer; yani, başkasının işlerini yapanın iradesinin şu veya bu istikamete yönelmiş olması onun vekâletsiz iş gören sayılıp sayılmamasına bir tesir icra etmez. Bu nazariyeye, sadece başkasının işinin vekâletsiz olarak görülmesi gibi objektif unsurlara istinad ettiğinden “objektif nazariye” de denilmektedir²⁴.

Objektif nazariyenin iki şekli mevcuttur:

a) 18. ve 19. asırlarda neşredilen bazı eserlerde, kendi menfaatine iş görenin, vekâletsiz iş görmeden doğan bütün borçlarla mükellef ve bütün haklara da kayıtsız surette sahip bulunduğu fikri izhar edilmiştir²⁵.

b) Objektif nazariyenin, bu mutlak şeklinde kabili müdafaa olmadığı anlaşıldığından, Pandekt hukukçularından bazıları tarafından tahfifi cihetine gidilmiştir²⁶. Filhakika, kendi menfaatine başkasının hukuki sahasına tecavüz eden kimsenin, başkasına yardım için faaliyette bulunan bir şahıs gibi, umulan netice hasıl olmasa dahi, masraflarının tamamını istiyebilmesi hakkaniyete aykır olurdu. Diğer taraftan, işi kusuru olmaksızın kendisinin zannı ile gören kimsenin sağladığı kârın elinden çıkan kısmı ile de mes’ul tutulması âdilâne bir hal tarzı sayılmazdı. Bu sebeplerden, tahfif edilmiş objektif nazariye (gemaessigte objektive Theorie) taraftarları, iş görenin borçlarının, iradesinin muhtevası ne olursa olsun, işin görülmesi ile doğacağını fakat haklarının doğması için iş sahibinin menfaatine hareket etme iradesini taşıması şart olduğunu ileri sürdüler. Diğer bir ifade ile, actio directa’nın açılabilmesi için iş gö-

(23) Moser, sh. 104-105.

(24) Moser, sh. 105.

(25) Hugo Donellus, Opera omnia, 1766, Bd. IV, sh. 148 ve Bd. X, sh. 230 (Moser, sh. 105, not 43); P. Cogliolo, Trattato teoretico e pratico della amministrazione degli affari altrui, Firenze 1890, 1, sh. 91 ve müt.; Ruhstrat, Beiträge Zur Lehre von der negotiorum gestio, Arch. ziv. Prax, 34, sh. 63 (Moser, sh. 106, not 44).

(26) Chambon, § 4, sh. 42; Puchta, Pandekten, 10. Aufl. 1866, § 327, sh. 507-508; Jhering, Abhandlungen aus dem römischen Privatrecht, 1844, Abh. I, sh. 46; Leist, sh. 108.

renin iradesinin müteveccih olduğu gayeye bakılmadığı halde, *actio contrario*'nun mevcudiyeti bu gayenin mahiyetine bağlı tutuldu. Bundan başka, hüsnüniyetle iş görene karşı *actio directa*'nın şümulü de onun iktisabından elinde kalan miktarla hudutlandırıldı.

Hakiki vekâletsiz iş görme nazariyesi, tahfif edilmiş şeklinde, yukarıda bahsi geçen Pandektistlerden başka bir kısım Alman, Fransız ve İtalyan müelliflerini de kendisine celbetmiştir²⁷. İsviçre'de Moser²⁸ bu nazariyeyi yeniden canlandırmış ve haksız surette elde edilen kârın iadesini temin etmek için en sağlam esasın vekâletsiz iş görmede bulunduğunu kuvvetli delillerle müdafaaya çalışmıştır²⁹. Moser'in kanaati mucibince³⁰, kendi menfaatine başkasının işlerine müdahale, hakiki mânâsında bir vekâletsiz iş görme olduğu cihetle, iş sahibinin menfaatine vekâletsiz iş görme gibi, hukuka uygun bir fiil, fiili bir muamele mahiyetini haizdir.

(27) Alman hukukunda Isay (sh. 99 ve müt.) ve Leonhard (Bd. II, sh. 429-430) vekâletsiz iş görmenin sübjektif unsuru olarak, işin başkasına aidiyetinin bilinmesini (*die Bewusstsein der Fremdheit*) kâfi bulmakta ve binnetice suiniyetle başkasının işini kendi menfaatine yapmayı (BGB. § 687 f. II) hakiki mânâsında bir vekâletsiz iş görme saymaktadırlar. Fransız hukukunda tahfif edilmiş objektif nazariye taraftarı olarak şu müellifler zikredilebilir: Larombière, t. VII, art. 1371, no. 5 art. 1372- 1373, no. 18 - 20; Frouin; sh. 82 ve müt. ve Maruitte'in sh. 188 not 2 de bahsettiği diğer hukukçular; Demogue, t. III, sh. 32. Adı geçen nazariyenin İtalyan hukukunda da hararetili bir müdafii vardır: Giovanni Pacchioni, *Trattato della gestione degli affari altrui*, terza edizione, Padova 1935, sh. 59 ve müt.

(28) Sh. 105 - 109, 114 - 118.

(29) İsviçreli hukukçulardan Siegwart (sh. 226) da bu nazariyeye taraftardır. Bundan başka Moser (sh. 118 not 73), Bern İstinaf Mahkemesinin bir kararında (ZbJV, 58 (1922), sh. 334 ve müt.) "vekâletsiz iş görme objektif mahiyette ve mamelek hukukuna müteallik bazı şartlara dayanır" demesinden, mahkemenin objektif nazariyeye taraftar olduğu neticesini çıkarmaktadır. Fakat bu kararın diğer kısımlarının kaleme alınış tarzı, bilhassa kararda "gayrihakiki vekâletsiz iş görme" tabirinin kullanılmış olması Moser'in vardığı neticenin doğruluğu hususunda şüphe uyandırmaktadır. Buna mukabil Suter ve Oser - Schönerberger'in gayrihakiki vekâletsiz iş görme tabirini müteaddit defalar kullanmalarına rağmen daha ziyade hakikilik nazariyesine taraftar olduklarını gösteren muhtelif emareler mevcuttur. Ezcümle bu müellifler; bir kimsenin başkasının işini kendi menfaatine yapması halinde de bir vekâletsiz iş görme karşısında bulunulduğunu, iş görenin bütün borçlarının bu kimse için de doğduğunu söylemektedirler (Oser-Schönerberger, Art. 423, Nr. 2, sh. 1556; Suter, sh. 134-135); bundan başka bu halde de iş sahibinin icazet vermesinin mümkün olduğunu kabul etmektedirler (Oser-Schönerberger, Art. 424, Nr. 1; Suter, sh. 83).

(30) Sh. 109.

Tahfif edilmiş objektif nazariye, vekâletsiz iş görmeyi her birinin illeti ve bünyesi farklı bulunan iki ayrı müesseseye parçalamakla ittiham olunmuştur³¹. Moser³², buna bilâkis adı geçen nazariyenin vekâletsiz iş görme unsurlarını havi bulunup da sun'î olarak bu müessese dışında bırakılan halleri bir araya getirdiği suretinde mukabele etmektedir.

Tahfif edilmiş objektif nazariyeye tevcih edilen diğer bir tenkid de şudur³³: Actio directa'nın hüsnüniyetle iş görenin iktisabından elinde kalanla, actio contrario'nun iş sahibinin temellük ettiği faydalarla tahdid, bunların birer vekâletsiz iş görme dâvası olmak vasfını ortadan kaldırır ve onları haksız iktisap dâvası menzilesine indirir. Moser'e göre³⁴, bu tahditler birer istisna mahiyetinde olup, başkasının hukukî sahasına kendi menfaatine müdahalenin vekâletsiz iş görme karakterini haiz olmasına hâlel getirmez.

Tahfif edilmiş objektif nazariyenin, bir nevi tahfif edilmiş subjektif nazariye olan gayrihakikî vekâletsiz iş görme nazariyesinden³⁵ pratik neticeleri itibarıyla büyük bir farkı yoktur. Şu kadar ki Moser'e nazaran³⁶, gayrihakikîlik nazariyesi kabul edildiği takdirde, başkasının hukukî sahasından sağlanan kârın iadesini temin hususunda vekâletsiz iş görme hükümlerine ancak istisnaen ve ihtirazla müracaat edilebilecektir; halbuki hakikî vekâletsiz iş görme nazariyesi, bu hükümlere bahsedilen hususlar için, umumî esaslar olmak vasfını izafe eder ve onların geniş ölçüde tatbikine imkân verir.

IV — İş gasbı ve haksız müdahaleden elde edilen kâr nazariyeleri

Bu nazariyeleri şöylece hulâsa etmek mümkündür: Başkasının işlerini kendi menfaatine istismar etme vekâletsiz iş görme mahiyetini ta-

(31) Riccobono, sh. 375 ve müt.

(32) Sh. 107-108.

(33) Maruitte, sh. 197; Schulz, sh. 468; d'Amelio - Finzi - de Bernardinis, sh. 153.

(34) Sh. 104.

(35) Filhakika gayrihakikî vekâletsiz iş görme nazariyesinin mümessilleri, başkasına hizmet iradesini vekâletsiz iş görmenin zarurî bir unsuru saymakla beraber, bu unsurun bulunmadığı hallerde de, hakkaniyet icabı, iş sahibine actio directa'yı tanımaktadırlar. Tahfif edilmiş subjektif nazariye tabiri için bk. Moser, sh. 107, not 46. Buna mukabil yukarıda I de arzulanan nazariyeye subjektif nazariye ismi verilmektedir. Moser, sh. 91 ve müt.

(36) Sh. 112-113.

şımaz; fakat işlerine müdahale edilen kimseyi himaye için haksız fiille ve haksız iktisaba müteallik müeyyideler de kâfi değildir; hakları tecavüze uğrayan şahıslara bu tecavüz neticesinde elde edilen kârın temellük salâhiyeti bahşolunmak lâzımdır. Haksız müdahaleden sağlanan kârın iş sahibi tarafından istenebilmesi için vekâletsiz iş görme mefhumuna müracaat edilmesi ancak tarihi sebeplerle izah olunabilir. Justinianus hukukunda, kendi menfaatine başkasının işini istismar edenlere karşı, hakkaniyet icabı, vekâletsiz iş görmeden mütevellid actio directa tanınmış³⁷ ve bu hal tarzı daha sonraki hukuk sistemlerine de intikal etmiştir. Şu kadar ki bu suretle, vekâletsiz iş görme kisvesi altında yeni bir müessese yaratılmıştır. Halen tekâmülü tamamlanmış olan bu müessese, vekâletsiz iş görme ile sadece zahiri bazı benzerlikler arzeder. Binaenaleyh, artık onu, açıkça vekâletsiz iş görmeden tefrik ve yeni bir mefhum vasıtası ile ifade etmek lüzumu vardır. Yapılan yeni isim tekliflerinden ikisi Alman ve İsviçre hukukunda oldukça tutunmuştur.

Bunlardan biri Schulz tarafından ileri sürülen³⁸, Eingriffserwerb mefhumudur³⁹. Schulz⁴⁰, başkasının hukuki sahasına tecavüz suretiyle elde edilen kârın tecavüze uğrayana iadesi gerektiği hakkında, yazılı olmayan hukuktan umumî bir prensip çıkarılabileceğini iddia ve bu prensibin ifadesi olarak BGB nin muhtelif hükümlerini, bu arada § 687 f. II yi, zikir etmektedir. Son zamanlarda Almanya'da, başkasının işlerine sınıyette ve haksız olarak müdahale suretiyle kâr temininin hukuki mahiyetini izah için artık gayrihakiki vekâletsiz iş görme nazariyesi terkedilmiş ve Eingriffserwerb yahut kısaca Eingriff mefhumuna müracaat edilmeğe başlanmıştır⁴¹.

Tekliflerden ikincisi Reichel'inkidir⁴². Bu müellif, ceza hukukundaki "hükümet memuriyetinin ve unvan ve şerefının gasbı" (Amtsanmassung) tabirinden (TCK. md. 252-253; Alman CK. md. 132) ilham

(37) Bk. yukarıda § 2, not 25 e ait metin.

(38) System der Rechte auf dem Eingriffserwerb, Arch. Ziv. Prax., 105 (1909), sh. 1 ve müt.

(39) Eingriffserwerb yerine Eingriffsgewinn veya kısaca Eingriff tabirleri de kullanılmaktadır.

(40) Sh. 479.

(41) Bk. Staudinger - Nipperdey, Vorbem. zum elften Titel, Nr. 19 ve 26, § 687, Nr. 1; RGR Komm., § 687, Nr. 1, sh. 469; Palandt, § 687, 2; a; İsele, sh. 167; B. Franke, Herausgabe des Gewinns bei Verletzung absoluter Rechte, Göttinger Diss. 1931, sh. 45 ve müt.; J. Klien, Das Recht auf den Eingriffserwerb im BGB, Freiburger Diss., 1933, sh. 17 ve müt.

(42) SJZ, 26 (1929/30), sh. 199.

olarak, kendi menfaatine başkasının işlerine müdahalenin "iş gasbı" (Geschäftsanmassung) diye adlandırılmasını tavsiye etmektedir. Reichel'e göre, her iki halde de bir kimse, kendisinin değil, bir üçüncü şahsın salâhiyetli olduğu bir işi yapar. İş gasbı tabiri İsviçre hukukçularından bazıları tarafından benimsenmiştir⁴³. Buna mukabil Elias Wolf'un fikrinde bu tabir tatminkâr değildir⁴⁴; zira münhasıran egoistçe müdahaleleri ifade etmemekte, iş sahibinin menfaatine onun arzu etmediği bir işin yapılması⁴⁵ da tabirin şümulüne girmektedir. Elias Wolf'un iş gasbı yerine teklif ettiği "gestion intéressée" tabiri de münakaşa edilebilir; çünkü, bu da, iş görenin iş sahibinin menfaatıyla birlikte kendi menfaatini de takip ettiği ihtimalleri içine alır; halbuki bu hallerin iş sahibinin menfaatine iş görme sayılması hususunda doktrinde tam bir ittifak mevcuttur⁴⁶.

§ 12 — NETİCE

I — *Umumiyetle.*

Kanaatımızca, bir kimsenin kendi menfaatine başkasının işleriyle meşgul olması, hakiki mânasında bir vekâletsiz iş görmedir. Şu kadar ki, vekâletsiz iş görmenin tecviz edilen ve edilmeyen neveleri mevcuttur. İşte kendi menfaatine başkasının işlerine müdahale bu sonuncu nevidendir.

İş sahibinin menfaatine hareket etme iradesini vekâletsiz iş görmenin zarurî bir unsuru sayan ve egoistçe müdahalelerin müeyyideleri için

(43) Bk. Friedrich, sh. 23; Gautschi, sh. 14; Suter, sh. 115; Oser - Schönenberger, Art. 423, Nr. 1-2. Bu müelliflerden son ikisinin, iş gasbı tabirini kullanmakla beraber, bundan vekâletsiz iş görmenin bir nev'ini kasdettiklerine yukarıda (not 19 ve 29) işaret etmiştik. Buna mukabil Friedrich (sh. 22-23), başkasının haklarını istismar etmenin, vekâletsiz iş görme ile sadece zahiri benzerliği bulunan, fakat mahiyeti itibarıyla tamamen farklı yeni bir müessese olduğu fikrindedir. Elias Wolf de eskiden aynı fikri müdafaa ederken (ZSR, N. F., 46 (1927), sh. 283 ve müt.; 51 (1932), sh. 76-78 ve Moser'e yazdığı mektup: Moser, Gewinnherausgabe im Wettbewerbsrecht, sh. 11, no 17), FJS de (no. 1077-1079), pozitif hukuka bağlı kalma kaygusu altında, egoistçe müdahalelerden vekâletsiz iş görmenin bir nev'i olarak bahsetmektedir.

(44) FJS, no. 1077, IV. Aynı fikirde olan Moser'in (sh. 77 ve 103 not 39) ortaya attığı "kendi menfaatine vekâletsiz iş görme" (eigennützig auftragsgelose Geschäftsführung) tabiri bize de şayanı tercih görünüyor.

(45) Meselâ falsus procurator yani salâhiyeti olmadığı halde kendisini salâhiyetli mümessil gibi gösterenin iş sahibi ile olan münasebeti.

(46) Bk. aşağıda § 23 not 14 e ait metin.

haksız fiillere, haksız iktisaba ve eşya hukukuna ait bazı hükümleri kâfi addeden nazariye tatminkâr değildir; çünkü bahsi geçen hükümler, haksız tecavüzlerden elde edilen kânın iş sahibine devrini, her zaman mümkün kılamamaktadır.

Gayrihakikî vekâletsiz iş görme nazariyesi, pratik bakımda birinci nazariyenin mahzurlarını ortadan kaldırdığı ve hakları istismar edilene sağlanan kân temellük salâhiyetini bahşeylediği cihetle hakkaniyete daha uygundur; fakat bir fiksiyona istinad ettiği için nazari temelleri sağlam değildir. Kaldı ki, Moser'in temas ettiği veçhile¹, bu nazariye vekâletsiz iş görme hükümlerinin, haksız elde edilen kânın iadesi bahsinde geniş ölçüde tatbikine imkân vermez.

Tahfif edilmiş hakikî vekâletsiz iş görme nazariyesi, kendisinden evvelki iki nazariyenin mucip olduğu tenkidleri kısmen bertaraf eder. Ancak bu nazariyenin Moser tarafından müdafaa edilen şekli de isabetli değildir. Filhakika Moser, gayrihakikîlik nazariyesini bir fiksiyona dayanmakla itham ederken kendisi de başka bir fiksiyonu kabul cihetine gitmektedir. Moser'e nazaran², kendi menfaatine vekâletsiz iş görmenin şartlarından biri hukuka aykırı bir fiilin (başkasının hukukî sahasına tecviz edilmeyen bir müdahalenin) mevcudiyeti olmakla beraber, böyle bir iş görme "aynı zamanda kanunen hukuka uygun olarak tavsif edilen bir irade izharı, bir fiili muameledir (Tathandlung)".

Hukuka aykırı bir fiilin kanunen hukuka uygun sayılması, kanaatımızca, mesnetsiz ve lüzumsuz bir fiksiyondan ibarettir. Moser, böyle bir fiksiyona yer vermekle, vekâletsiz iş görmenin yalnız başkasına hizmet maksadıyla bahis mevzuu olabileceği hakkındaki, yıkmağa çalıştığı telâkkinin, farkında olmadan, tesiri altında kalmıştır. Vekâletsiz iş görmenin mutlaka hukuka uygun bir fiil olması lâzım geldiği fikri, sadece, eski zamanlarda bu müessesenin en çok rastlanan nev'inin bu mahiyette olması yani başkasına yardım fiili şeklinde tezahür etmesi ile izah olunabilir; yoksa böyle bir telâkkiyi meşru gösterecek ne mantikî ve nazari ne de içtimaî ve tatbiki bir zaruret mevcuttur. Vekâletsiz iş görmenin tecviz edilen ve edilmeyen neveleri vardır; hatta iş sahibinin menfaatine hizmet maksadı dahi her vakit iş görmeye cevaz verilmesi için kifayet etmez; diğer bir ifade ile, başkasına yardım niyetiyle girilen bir işin bile hukuka aykırı olduğu haller bulunur³. Binaenaleyh, kendi menfaatine başkasının

(1) Sh. 112 - 113, Bk. yukarıda § 11 not 36 ya ait metin.

(2) Sh. 109

(3) Bk. yukarıda § 7 not 7.

işlerine müdahale de hakiki mânasında bir vekâletsiz iş görme mahiyetini arz etmekle beraber, bu, onun hukuka aykırı bir fiil vasfını haiz olmasına mani değildir. Eğer başkasının işlerini istismar eden kimse kusurlu ise, onun bu hareketi aynı zamanda dar mânasında bir haksız fiil teşkil eder.

Kendi menfaatine başkasının işine müdahaleyi vekâletsiz iş görmeden ayırma ve yeni bir mefhum halinde ifade etme teşebbüslerine gelince, bunların isabeti de şüphelidir. Filhakika, bu teşebbüsler de vekâletsiz iş görmenin sırf bir yardım müessesesi sayılmasından ileri gelmektedir. Artık bu telâkkiden vazgeçmek ve vekâletsiz iş görmenin hukuka uygun ve hukuka aykırı çeşitlerinin bulunduğunu kabul etmek lâzımdır. İş görmenin karakteristik neticesi olan kâr temellük talebi her iki çeşit için de bahis mevzuu olur; bu iki nevi müdahalede iş görenin iradesinin başka başka gayelere yönelmesi, onları birbirine tamamen yabancı iki müessese gibi ayrı ayrı tetkik ve tanzim için kâfi bir sebep teşkil etmez⁴. Vekâletsiz iş görmeye, ister iş görme akitleri ister borç kaynakları arasında bir yer tahsis edilsin, onun tecviz edilen ve edilmeyen neveleri aynı bahiste hükme bağlanmalıdır.

Kendi menfaatine vekâletsiz iş görmenin hukuki mahiyeti hakkında vardığımız bu umumî mahiyetteki neticenin Türk - İsviçre pozitif hukukuna da tevafuk ettiğini aşağıdaki izahatımız gösterecektir.

II — Türk İsviçre hukuku bakımından

Burada herşeyden önce Guhl⁵ tarafından ortaya atılan ve Gök-türk⁶ ün de benimsediği bir fikir üzerinde durulması gerekir: Adı geçen müelliflere nazaran Türk İsviçre BK., kendi menfaatine vekâletsiz iş görmeyi tanzim etmemiştir⁷; yalnız, bu ihtimal, BK. md. 414 (BK. md. 423) te derpiş olunan hale benzetilebilir.

Böyle bir görüş tarzı, kanunun sarîh ifadesiyle tezat halindedir⁸. Filhakika, BK. md. 414 ün matlâbında "iş, yapan kimsenin kendi men-

(4) Bk. Suter, sh. 134-135.

(5) Sh. 308, b.

(6) Sh. 526.

(7) Schneider et Fick de (rem. pré. avant l'art. 419, no. 17), BGB § 687 f. I den mülhem olarak, kendisinin zannıyla başkasının işini görmeye BK md. 423 ün tatbik edilemeyeceği fikrini müdafaa eylemektedirler. Bu görüşün mesnetleri ve tenkidi hakkında bk. aşağıda § 24, I ve bilhassa mezkûr paragrafta not 16-18 e ait metin.

(8) Aynı fikirde Moser, sh. 110-112.

faati için yapıldığı halde” denilmektedir. Matlapların da kanunun bir cüz’ü olduğu ise bugün umumiyetle kabul edilmiş bulunmaktadır^{8a}. Diğer taraftan, md. 414 ün metninde de “kendi menfaati için yapılmamış olsa bile iş sahibi yapılan işden...” tarzında bir ibareye rastlanır; bu ibare, iş sahibinin menfaati için yapılmayan bütün işleri, bu arada iş görenin bizzat kendi menfaatine yaptıklarını da içine alacak bir şümuldedir. Zaten mezkûr hükmün hazırlanış safhasına ait vesikalar, onun, iş görenin kendi menfaatine olan müdahalelerini de derpiş, ettiğini vazıh bir surette göstermektedir⁹.

İBK. nun vekâletsiz iş görmeye ait hükümlerinin ihzârında, Dresden Projesi’nin¹⁰ bu husustaki kâideleri ve tasnif şekli esas ittihaz edilmişti. Bahsi geçen Proje vekâletsiz iş görmeyi objektif bir kıstasa, işe girişmenin iş sahibinin menfaati iktizası olup olmamasına göre ikiye ayırıyordu. Bu taksim İBK. nun 1875 ve 1876 tarihli II. ve III. projelerinde de¹¹ nazara alınmıştı. Fakat Département de Justice et de Police’in hazırladığı 1879 tarihli IV. projede sübjektif kıstasa istinad edildiği zehabını uyandıracak bir ifade kullanıldı: Bugünkü md. 422 ve 423 e tekabül eden hükümlerde “işe, iş sahibinin *menfaati iktizası* girişildiği (girişilmediği) takdirde,¹² ibaresi yerine “işe, iş sahibinin *menfaati mülâhazasıyla* girişildiği (girişilmediği) takdirde”¹³ ibaresi ikame olundu.

Diğer taraftan II. ve III. projelerde, iş sahibinin menfaati icabı olmayan iş görme hakkında Dresden Projesi’nin 761 inci maddesini örnek

(8a) Bk. Hıfzı Veldet, Türk Medeni Hukukunun umumî esasları, 4. bası, İstanbul 1951, sh. 151, not 16a; E. Hırş, Kanun başlıkları ile fasıl unvanları ve matlaplar hukuk kaidelerinden midir (Ad. Der., 1944, sayı 11, sh. 903-909); F. H. Sayman, Matlaplar kanunudur, İst. H.F. Mec., 1944 (X), sayı 3-4, sh. 565-578; Yine matlaplara dair, İst. H.F. Mec. 1946 (XII), sayı 1, sh. 270-279.

(9) Moser, sh. 111-112; Suter, sh. 122-125; Friedrich, sh. 43.

(10) Entwurf eines allgemeinen deutsch Gesetzes über Schuldverhältnisse, 1866.

(11) Entwurf nach den Beschlüssen einer Kommission vom 22-28. Oktober 1869 und vom 6-13. Oktober 1872, gedruckt Juli 1875; Entwurf nach den Beschlüssen einer Kommission vom 16.-21. mai 1876, gedruckt im 1876, Imprimerie Jent-Reinert, Bern.

(12) “Wenn die Übernahme einer Geschäftsbesorgung durch das Interesse des Geschäftsherrn geboten war...”. II. Proje’nin muhtevi olduğu bu ibaredeki “geboden” kelimesi yerine III. Projede, gene objektif mahiyette olan “veranlasst” kelimesi konulmuştu.

(13) “Wenn die Geschäftsführung mit Rücksicht auf das Interesse des Geschäftsherrn unternommen wurde”.

alan şu hüküm mevcuttu: “İş gören, vekâleti olmaksızın, iş sahibinin menfaatinin gerektirmediği bir işe giriştiği veya başkasının işiyle hataen yahut hukuka aykırı bir maksatla, münhasıran kendi menfaatine meşgul olduğu takdirde, iş sahibi işinin idaresinden hasıl olan faydaları temellüğe salâhiyetlidir...”. 1879 tarihli IV. Proje “işe, iş sahibinin menfaati mülâhazasıyla girişilmediği takdirde iş sahibi...” demekle bu hükmü de kısaltıyordu.

Milli Meclis Komisyonu bugünkü md. 422 mukabili olan hükmü, tekrar objektif kıstasa dayanıldığını gösteren bir şekle ifrağ ettiği halde, md. 423 ün karşılığını teşkil eden hüküm için aynı şeyi yapmağı ihmal etti. Bu suretle 1881 kanunundan 1912 de tadile uğramayarak halen mer’i kanuna intikal eden 422 ve 423 üncü maddelerin bugünkü metni vücut buldu. İBK, md. 422 de “işe teşebbüs olunması iş sahibinin *menfaati iktizası* bulunduğu takdirde...” denilmesine mukabil, md. 423 de “işe, iş sahibinin *menfaati mülâhazasıyla* teşebbüs olunmadığı takdirde” ibaresi kullanılmaktadır. Böylece, iş görenin kendi sübjektif takdirine binaen, iş sahibinin menfaatini gözönünde tutarak yaptığı, fakat onun objektif bakımdan menfaati iktizası olmayan işlerin kanun tarafından derpiş edilmemesi gibi bir vaziyet ortaya çıkmakta idi. Fakat doktrinde md. 423 ün “işe iş sahibinin menfaati iktizası girişilmediği takdirde, diye tefsir olunması ve bu boşluğun doldurulması tavsiye olunmuştur¹⁴; Département de Justice, II. ve III. Proje’de kabul edilmiş ifade tarzına değiştirirken objektif kıstas yerine sübjektif kıstası ikameyi istihdaf etseydi, bunun açıkça bildirilmesi lâzım gelirdi; halbuki Conseil fédéral’in 27 Kasım 1879 tarihli Message’ı bu hususta sâkittir. Aynı şey, hüsnüniyetle veya suiniyetle kendi menfaatine iş görenden IV. Proje’de sarahaten bahsedilmemiş olması için de söylenebilir; Département de Justice’in “iş sahibinin menfaati mülâhazasıyla işe girişilmediği takdirde...” ibaresini bu hallere de şâmil sayarak, daha önceki Proje’lerin onları ayrı zikreden hükmünü kısaltmış olması mümkündür.

İBK. md. 422 nin türkçeye tercümesinde, yeniden, sübjektif mahiyeti haiz “iş sahibinin *menfaati için* yapılmış olan bir işde” ibaresi kul-

(14) Schneider et Fick, art. 423, no. 2; Suter, sh. 125-127; Becker, Art. 423, Nr. 1; Oser-Schönenberger, Art. 423, Nr. 1; Elias Wolf, FJS, no. 1077, I; Friedrich, sh. 22; Moser, sh. 110-111. Başka bir tefsir tarzına başvuran Aeby’ye göre (sh. 44), İBK. md. 423 (BK. md. 414) yalnız kendi menfaatine başkasının işini görmeye taallük eder; iş sahibinin menfaatine hizmet maksadı ile girişilip de onun objektif menfaati iktizası olmayan iş görme İBK. md. 422 f. III (BK. md. 413 f. III) e tabi tutulmalıdır.

lanılmıştır. Gerçi bu suretle 413 ve 414 üncü maddeler arasında bir ahenk temin edilmiştir. Ancak bu ifade tarzı, iş görenin, kendi takdirince, iş sahibinin menfaatine uygun saydığı, fakat objektif bakımdan onun menfaati iktizası olmayan fiilleri dolayısıyla da tecviz edilen bir iş görmeden mütevellid haklara sahip olmasına yol açar. Böylece, iş sahibi kendisine hizmet maksadıyla yapılan fakat yersiz olan müdahalelerin masraflarını, umulan maksat husule gelmese ve bu müdahaleleri tasvip etmese dahi ödemek mecburiyetinde kalacaktır; bunun ise doğru bir hal tarzı olmadığı aşikârdır. Binaenaleyh, BK. md. 413 ve 414 deki “menfaati için,, tabirini bir tercüme yanlışı olarak kabul ve onun yerine “menfaati iktizası” tabirini ikame eylemek tavsiyeye şayandır.

Hulâsa BK. muz, iş sahibinin objektif olarak takdir edilen menfaati kistasına müsteniden, vekâletsiz iş görmeyi, biri tecviz edilen, diğeri caiz olmayan iki nev'e ayırmaktadır; bu nevilere ikincisi ise, iş sahibinin menfaati için girilip onun menfaati iktizası olmayan işlerin yapılması ile, iş görenin münhasıran kendi menfaatine hareket ettiği hallerden tereküp etmektedir. Bu taksimin ehemmiyeti, bilhassa vekâletsiz iş görenin hükümleri bakımından kendisini gösterir.

BK. nun 14. bâbındaki matlapların sırasını ve taksimatını da, kanun vazunun, iş görenin kendi menfaatine yaptığı müdahaleleri, vekâletsiz iş görme telâkki ettiğine bir delil olarak zikretmek kabildir¹⁵.

Buna mukabil, bahsi geçen bâbın başlığında ve md. 410 - 412 de kullanılan “başkası hesabına tasarruf” tabiri, kanunun, hakiki mânasında vekâletsiz iş görmenin mevcudiyeti için, başkası hesabına hareketi şart koştuğn zannını doğurabilir. Böyle bir zan varit olsaydı, md. 414 ün hikmeti vücudu ancak gayrihakiki vekâletsiz iş görme nazariyesi ile izah edilebilirdi. Fakat kanunun aslında “başkası hesabına tasarruf” kelimeleri mevcut olmadığı ve tercüme yapılırken bu bahiste tadilât icrası düşünülmediği cihetle, zikredilen kelimelerden kanunun gayrihakiki nazariyesinden ilham aldığı istihraç etmek yerinde olmaz. Gerçi BK. md. 410 a tekabül eden İBK. md. 419 un almanca metnindeki “*Wer für einen anderen ein Geschäft besorgt...*” (bir başkası için bir iş gören) ibaresi, başkasının menfaati için hareket etme iradesini hakiki mânasında vekâletsiz iş görmenin zarurî bir unsuru saymağa müsaittir¹⁶;

(15) Aynı mânada; Moser, sh. 115.

(16) Nitekim Becker (Art. 419, Nr. 1-2) ve Guhl (sh. 307) böyle bir tefsire mütemayil görünüyorlar.

fakat doktrinin ekseriyeti¹⁷, fransızca ve italyanca metinlerdeki “başkasının işini gören” kelimelerinin¹⁸ terciha şayan olduğu fikrindedir.

Nihayet BK. md. 414 ün ihtiva ettiği “kendi menfaati için yapmamış olsa bile iş sahibi yapılan işden hasıl olan faydaları temellük hakkını haizdir” cümlesindeki “olsa bile” kelimeleri de, burada hakikî mânasında bir vekâletsiz iş görmenin kabul olunmadığına delâlet etmez¹⁹. Diğer taraftan, eğer iş sahibinin menfaati iktizası olmayan müdahaleler hakikî bir vekâletsiz iş görme mahiyetini arzetselerdi, iş sahibinin kâr temellük hakkının kanunda ayrıca tasrihine hacet olmayıp onun mevcudiyeti kendiliğinden çıkardı şeklinde bir muhakeme yürütülmesi de doğru olmaz. Zira BK. md. 414 ün birinci cümlesi bahsi geçen müdahalelerin, çok münakaşalı olan hukukî mahiyeti üzerinde her türlü tereddüdü bertaraf ve ikinci cümleye methal teşkil etmek üzere sevkolunmuştur.

Aeby, BK. md. 414 ün derpiş ettiği halin hakikî mânasında bir vekâletsiz iş görme olmadığını isbat maksadıyla şu hususları ileri sürmektedir:

Salâhiyeti olmaksızın kendi menfaatine başkasının haklarını istismar eden kimsenin “iş gören,, olarak tavsifi dil mantığına, konuşma hissinde, (Sprachgefühl) aykırıdır²⁰. Aeby'nin bu iddiasına, kendi menfaatine başkasının işini görmenin teknik bir mefhum olduğu ve bizzat kânun vazı tarafından kabul edildiği suretinde mukabele edilebilir²¹.

Bundan başka, Aeby²², BK. md. 410 un her vekâletsiz iş görene işin icrasında iş sahibinin menfaatine ve muhtemel maksadına uygun hareket etmek mükellefiyetini yüklediğini, böyle bir ihtimam mükellefiyetinin kendi menfaatini güden bir kimseden beklenmesinin mânasız olduğunu söylemekte ve bu, bir mücrime bir kere cürme teşebbüs etti mi onu mağdurun menfaatlerini mümkün merteye gözeterek icra etmesini tavsiyeye benzer, demektedir. Aeby, böylece, kendi menfaatine faaliyette bulunan kimseden, BK. md. 410 daki ihtimam mükellefiyetine riayet etmesi istenemeyeceği ve binaenaleyh onun vekâletsiz iş gören sayılmayacağı neticesine varmaktadır. Halbuki, Moser'in de belirttiği veçhile²³,

(17) Aeby, sh. 31; Moser, sh. 118; Suter, sh. 26.

(18) “Celui qui, sans mandat, gère l'affaire d'autrui,....”; “Chi, senza averne mandato, assume l'affare d'un altro...”.

(19) Leonhard, sh. 429; Moser, sh. 115.

(20) Aeby, sh. 32.

(21) Moser, sh. 114-115.

(22) Sh. 46-49.

(23) Sh. 117.

kendi menfaatine iş gören suinietini ileri sürerek bu mükellefiyetten kurtulamamalıdır; aksi takdirde, suinietle başkasının işlerini istismar edenin mes'uliyetinin, başkasına yardım maksadıyla hareket edeninkinden daha hafif tutulması gibi adalet hissini rencide eden bir vaziyet hasıl olur.

Bütün bu izahatımız, Türk - İsviçre BK. nun da bir kimsenin kendi menfaatine başkasının işlerine müdahalesini, hakiki mânasında vekâletsiz iş görmenin tecviz edilmeyen bir nev'i saydığı hususundaki kanaatimizi teyid etmektedir. Böyle bir müdahalenin mahiyetini hukuka aykırı bir iş görme olarak tesbit etmek mümkündür. Binnetice, haksız fiillere ait kaidelerden bazılarının, ezcümle haksız fiil davasının müruruzamanı hakkındaki hükümlerin burada kıyasen tatbiki cihetine gidilebilir. Bahis mevzuu müdahaleleri haksız fiillerle yanyana tanzim etmek hatıra gelebilirse de, onların iş görme vasfı gözönünde tutularak, sıkı surette münasebettar oldukları vekâletsiz iş görmenin diğer nevilerinden ayrılmaları doğru olur. Binaenaleyh, kanunda halen işgal ettikleri mevkiin isabetsiz olduğu söylenemez. Bazı müellifler²⁴, BK. md. 414 ün, şümulünün lâyıkıyla anlaşılmasını ve geniş tatbika mazhar olamamasını, onun vekâletsiz iş görme hükümleri arasında tatbikatçıların gözüne çarpmamasına atfetmektedirler. Fikrimizce, bir hükmün hakiki şümulü, ilmi araştırmalar ve kazai içtihadlar vasıtasıyla taayyün ettikten sonra artık onun kanunun umumî veya hususî kısmında bulunmasının büyük bir ehemmiyeti yoktur. Burada bir kere daha tekrar edelim ki, vekâletsiz iş görme, müstakil bir borç kaynağı olarak, umumî kısma nakledilse dahi, onun tecviz edilen ve edilmeyen nevileri bir arada tanzim olunmalıdır.

(24) Friedrich, sh. 23; Elias Wolf, ZSR, N.F. 46 (1927), sh. 315, not 29; von Tuhr, sh. 402.

BAP II

VEKÂLETSİZ İŞ GÖRMENİN UNSURLARI

Vekâleti olmadan başkasının işini görmenin, hemen bütün müellifler tarafından kabul edilen üç objektif unsuru vardır: İş görme, işin başkasına aidiyeti(*), vekâleti haiz olmama. Buna mukabil, sübjektif bir unsurun, yani iş görenin muayyen bir gayeye yönelmiş iradesinin mevcudiyeti şart olup olmadığı ve böyle bir iradenin muhtevasının neden ibaret bulunması lâzımgeldiği çok münakaşalıdır. Aşağıdaki fasıllarda objektif ve sübjektif mahiyetteki bu muhtelif unsurlar tetkik edilecektir.

FASIL I

İŞ GÖRME

§ 13 — İŞ GÖRME MEFHUMUNUN MUHTEVASINI TAYİN İÇİN TAKİP EDİLEN METODLAR.

Ne Türk - İsviçre BK. da, ne de diğer memleketler mevzuatında iş görmenin tarifine rastlanır. Bu mefhumun muhtevasını tayin etmek için doktrinde muhtelif yollara başvurulmuştur:

1. Bazı müelliflere nazaran¹, vekâletsiz iş görmeyi vekâlet akdinden ayıran husus, birincide iş görenin vekâletsiz olarak hareket etmesidir; yoksa mevzuları itibarı ile her iki müessese arasında bir fark yoktur. Binaenaleyh, vekâlet akdinin mevzuunu teşkil eden her fiil vekâletsiz iş görmeye de mevzu olabilir. Böylece vekâlet akdinin mevzuu hakkında kabul edilen telâkkiye tebaen, vekâletsiz iş görmenin hudutları da dar veya geniş tutulur².

(*) İşin başkasına aidiyeti bazan sübjektif bir mahiyet arz edebilir Bk. aşağıda § 18.

(1) Schneider et Fick, art. 419, no. 1; Simonius, sh. 59; Arsebük, sh. 558; Oser-Schönenberger, Art. 419, Nr. 5; Martin, sh. 286; Lent, sh. 176; RGR Komm., Vorbem. zum elften Titel, Nr. 2; § 677, Nr. 1; Enneccerus-Lehmann, sh. 675, II, 1; Planiol, Traité, II, nos. 2273-2274.

(2) Ezcümle Planiol, vekâlet akdinin muhtevasını yalnız hukukî muamelelerin yapılmasına hasretmektedir. Buna mukabil, RGR Komm. da (sh. 438), fiilî muamelelerin icrasının da vekâlete mevzu olabileceği kabul edilmek-

Bu metod şu tenkidleri mucip olmuştur³:

Aşağıda işaret olunacağı veçhile⁴, muteber bir surette yapılması bir salâhiyetin mevcudiyetine bağlı olan fiiller için vekâlet akdine müracaat edilebileceği halde, aynı fiiller vekâletsiz iş görmenin sahası dışında kalırlar. Diğer taraftan, vekâlet akdinin mevzuu, onun hizmet ve istisna gibi diğer iş görme akitlerinden tefrik edilebilmesi için bazı takyidlere tabi kılınır ki bunlar vekâletsiz iş görme mefhumu için bir mâna ifade etmezler. Meselâ, umumiyetle bir vekâlet akdinin değil, bir istisna akdinin mevcudiyetini tazammun eden, bir eserin vücuda getirilmesi fiili vekâletsiz iş görmeye de mevzu olabilir; vekâlet akdini hizmet akdinden ayıran, hizmetin muayyen veya gayrimuayyen bir zaman içinde yapılması kaydı da vekâletsiz iş görme bakımından ehemmiyetli değildir⁵. Hulâsa, vekâletsiz iş görmenin muhtevası vekâlet akdinkine örnek alınarak, tatminkâr bir surette tayin edilemez.

2. Bir takım Alman hukukçuları da, muhtelif iş görme tiplerini, bu arada vekâletsiz iş görmeyi içine alan umumî bir iş görme mefhumu tesbitine gayret etmişlerdir⁶. Bu hukukçulardan bir kısmı, ya iş görmenin konuşma dilindeki muhtelif mânalarından veya kanunda bu tabirin kullanıldığı muhtelif hükümlerden hareket ederek bahsi geçen mefhumu tarife, daha doğrusu onun muhtevasının hudutlarını çizmeğe çalışmışlardır.

Fakat, bu denemeler neticesinde ortaya atılan takyidler az çok keyfi olmuş ve son zamanlarda, bazı fiil kategorilerinin à priori, sırf mahiyetleri nazara alınarak iş görme mefhumu dışında bırakılmaları doğru olmadığı fikri galebe çalmıştır. Bu sonuncu fikri müdafaa edenlere nazaran⁷, muhtelif fiillerin ancak netice ve gayeleri bakımından bir iş görme sayılıp sayılmayacağına karar vermek, yani teleolojik bir metod takip et-

le beraber, mameleki mahiyeti haiz olmayan fiiller için vekâletten bahsolunamayacağı fikri izhar edilmektedir. Halbuki, meselâ Oser-Schönenberger'e göre (Art. 394, Nr. 3) bu sonuncu neviden fiiller de vekâletin ve dolayısıyla vekâletsiz iş görmenin mevzuunu teşkil edebilirler.

(3) Bk. Moser, sh. 120; Friedrich, sh. 26-27; Marutte, sh. 86-87.

(4) Bk. aşağıda § 15, I.

(5) Bk. Moser, sh. 123-124, not 13.

(6) Bu hususta bk.: Hermann Isay, Die Geschäftsführung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, Jena 1900; Stanislaus Dniestrjanskyj, Zur Lehre von der Geschäftsführung, Jher, Jb. 77 (1927), sh. 48 ve müt.; H.G. Isele, Geschäftsbesorgung, Umriss eines Systems, Marburg 1935; Staudinger-Nipperdey, § 675, Nr. 16-17; Weidemann, Der Begriff des "Geschäftes" in § 662, 675, 677 BGB, Diss. Marburg 1932.

mek lâzımdır. Böyle bir yoldan giden müellifler oldukça geniş bir iş görme mefhumuna ulaşmışlarsa da, gene vardıkları mefhum vekâletsiz iş görmenin bütün nevilerini ihata edecek bir şümulde değildir⁸.

3. İsviçre hukukunda hâkim olan telâkki⁹ mucibince, her mâkul beşerî fiil, bir iş görmenin mevzuunu teşkil edebilir; şu kadar ki vekâletsiz iş görmenin muhtevasına, bu müessesenin mahiyet ve gayesinden istihraç edilen takyidler vazolunmalıdır. Bizim de iştirak ettiğimiz bu görüş tarzı da teleolojik bir metoda müstenid olmakla beraber, iş görme mefhumunun muhtevasını umumî bir surette değil, onun vekâletsiz iş görmenin bir unsuru olmasını nazara alarak tayin etmek gerektiği yolundadır.

4. Bu paragrafı bitirmeden önce Lent tarafından ileri sürülen bir fikir üzerinde durmak yerinde olur. Adı geçen müellife nazaran¹⁰, iş görme mefhumunun muhtevasını tesbit etmek için girişilen zahmetler boşunadır. Böylelikle, belki şu veya bu nevi fiillerin bahis mevzuu mefhum dışında kaldıkları müşahade edilebilir, fakat iş görmenin mahiyetinin ne olduğu açıklanamaz. Bu meselenin halli "başkasının işini görme" mefhumunun muhtevasını tayin etmeğe bağlıdır, yoksa yalnız başına "iş görme" nin neden ibaret olduğunu müsbet bir şekilde tarif etmek mümkün değildir.

Lent'in görüşünde bir hakikat payı vardır. İş görme mefhumunun gerçek mahiyeti, işin başkasına aidiyeti hakkındaki tetkiklerimizden sonra daha iyi anlaşılacaktır. Şu kadar ki bu keyfiyet, bizi iş görme mefhumunun umumî bir surette, ve vekâletsiz iş görmenin bir unsuru olarak hudutlarını çizmekten müstağni kılamaz.

§ 14 — İŞ GÖRME MEFHUMUNUN MUHTEVASININ UMUMİ OLARAK TAHDİDİ.

I — İş görme mefhumu hukukî muamelelerin veya hukukî netice husule getiren fiillerden bazılarının yapılmasına inhisar ettirilemez.

Halen terkedilmiş bulunan bir telâkkiye nazaran, iş görmenin mevzuunu yalnız hukukî muameleler, yahut biraz daha geniş olarak, hukukî bakımdan ehemmiyetli olan fiiller teşkil edebilirdi.

(7) İsele, sh. 95 ve müt., 158-159; Staudinger-Nipperdey, § 675, Nr. 16-17.

(8) Bk. aşağıda § 14, III ve not 24-25.

(9) Moser, sh. 124 ve müt. hususiyle sh. 126 ve 131; Suter, sh. 10 ve müt.; Becker, Art. 419, Nr. 4.

(10) Sh. 4, 8-9.

Bu telâkkinin taraftarlarına bilhassa Pandektistler arasında rastlanır¹. Bunlar, iş görmeyi bir nevi temsil mahiyetinde sayıyorlardı; temsil-den ise ancak hukuki muameleler dolayısıyla bahsedilebilirdi. Diğer taraftan, mezkûr müellifler, iş görmenin başkasının hukuki sahasına tesir icra etmesi gerektiği fikrinden, yani işin başkasına aidiyeti mefhumundan hareket ederek, sadece hukuki muamelelerin böyle bir tesire sahip olduklarını söylüyorlardı. Hukukan ehemmiyetli olmayan fiiller, iş görme gibi hukuki bir mefhumun muhtevasına dahil olamazlar suretinde bir görüş de ortaya atılmıştı.

Daha yakın zamanlarda Fransız müelliflerinden bazıları da², vekâletsiz iş görmenin mevzuunun vekâlet akdinininki ile aynı olduğunu ve vekâletin ise ancak hukuki muamelelerin yapılmasına taallük edebileceğini beyan eylemekte idiler.

İş görmeyi hukuki muamelelerin yapılmasına hasreden telâkkinin en son müdafilerinden biri Staub³ olmuştur. Bu Alman hukukçusu, Geschäftsbesorgung (iş görme) ve Geschäftsfähigkeit (muamele ehliyeti) tabirlerindeki "Geschäft" kelimesinin aynı mânada olduğunu ve nasıl bu tabirlerin ikincisinde Rechtsgeschäft'in ("hukuki muamele"nin) bir kısaltılması bahis mevzuu ise birincisi için de aynı şeyin varit bulunduğunu beyan etmektedir.

Bugün, hukuk sistemlerinin hemen hepsinde, iş görme mefhumunun yalnız hukuki muamelelerin ve hukuki muamele benzeri fiillerin yapılmasına hasredilemeyeceği, fiili muamelelerin, hatta mücerret olarak nazara alındıkları takdirde hukukan ehemmiyet arzetmeyen sırf maddi fiillerin (rein tatsächlicher Handlungen) bu mefhuma ithal edilebileceği ittifakla tasvip olunmuş bulunuyor⁴. Bundan başka hukuka aykırı fi-

(1) Aarons, sh. 4; Köllner, sh. 10; von Monroy, sh. 85; Isay (sh. 44) ve Hagenbüchli (sh. 30, not 3-4) tarafından zikredilen müellifler.

(2) Planiol, Traité, II, nos. 2273-2274; Frouin, sh. 114-115, 179-180.

(3) Staub-Gadow, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 14. Aufl. Berlin 1932, § 362, Nr. 2-3.

(4) Bk. Türk hukukunda: Göktürk, sh. 523; İsviçre hukukunda: Oser-Schönenberger, Art. 419, Nr. 3; Becker, Art. 419, Nr. 4; Schneider et Fick, art. 419, no. 1; Guhl, sh. 307; Bermann, sh. 9; Hagenbüchli, sh. 30-31; Suter, sh. 7-10; Moser, sh. 122-123; Friedrich, sh. 25-26; Reichel, sh. 199; Bader, SJZ. 26 (1929/30), sh. 168. İsviçre mahkemelerinin şu kararlarında hukuki muamele olmayan bir fiilin yapılması vekâletsiz iş görme olarak tavsif edilmiştir: Federal Mahkeme, RO 16, 805, "Mayer c. Landolt" ve RO 55 II 262 yahut Sem. Jud. 1930, sh. 21 ve müt., "Moynat c. Pâquier", (bir çocuğun bakılması ve yetiştirilmesi); RO 28 II 406, "Schweizerische Seetalbahngesellschaft c.

illerin bazı nevilerinin de iş görme mefhumu dışında bırakılamayacağı hususunda yeni cereyanlar mevcuttur⁵.

İş görmenin hukukî muamelelerin yapılmasına inhisar ettirilemeyeceği fikri lehinde ortaya atılan delillerin başlıcaları şunlardır:

Modern hukukta, iş görmenin temsilin bir nev'i olmadığı, vekâletin veya vekâletsiz iş görmenin iş görenle iş sahibi arasındaki iç münasebeti, temsilin ise salâhiyetli veya salâhiyetsiz mümessil ve temsil olunan ile üçüncü şahıslar arasındaki münasebeti, yani dış münasebeti alâkalandırdığı umumiyetle kabul edilen bir husustur⁶. Binaenaleyh, iş görmeyi, bir nevi temsil mahiyetinde sayarak, hukukî muamelelerin yapılmasına hasretmek doğru olmaz. Zaten böyle bir tahdide taraftar olan Pandektistler de hukukî muamelelerin sahasını çok geniş tutmak zorunda kalmışlardır.

Vekâletsiz iş görmenin mevzuunun vekâlete kıyasen tayinine gelince, bunun yerinde olmadığına yukarıda işaret etmiştik⁷. Kaldı ki, bugün artık, fiili muamelelerin ve sırf maddî fiillerin de vekâlet akdi vasıtası ile yaptırılabilmesi hususunda tereddüt yoktur.

Almancadaki "Geschäft" tabirinden muhakkak "Rechtsgeschäft", mânası anlaşılması gerektiği de müdafaası kabil olmayan bir görüştür. Gerçi gerek BGB de gerek İBK. nun almanca metninde, "Geschäft" ta-

Kanton Aargau", (bozulmuş bir yolun yeniden yapılması); Tribunal de première instance de Genève, Sem. Jud. 1914, sh. 218 ve müt., (düşen bir atın yerden kaldırılması); Cour de justice civile de Genève, Sem. Jud. 1919, sh. 459 ve müt., (batan bir geminin enkazının kaldırılması); Bienne Mahkemesi, SJZ, 46 (1950), Nr. 76, sh. 208-210, yahut JdT, 1948, sh. 574; (dağda kaybolan bir kimseyi kurtarma); Bern İstinaf Mahkemesi, ZbJV, 42 (1906), sh. 319; 48 (1912), sh. 443; 58 (1922), sh. 333, (tamirat icrası); 39 (1903), sh. 181; 45 (1909), sh. 505, (hasılat icarında mucirin akit hudutları dışında mecurda yaptığı ıslahat).

Alman hukukunda: Staudinger-Nipperdey, § 677, Nr. 4; Enneccerus-Lehmann, sh. 578, II, 1; RGR Komm., sh. 438; Palandt, § 677; 2 a; Lent, sh. 79-80; aynı müellif, Wille und Interesse, sh. 1-2; Brückmann, sh. 22; Isay, sh. 44; Leonhard, sh. 420; Isele, sh. 91; Esser, sh. 320 ve 324. Reichsgericht: RGE, 91, 364; 135, 103.

Fransız hukukunda: Maruitte sh. 86-87 ve onun sh. 86, not 4 te bahsettiği müellifler; Planiol - Ripert - Esmein, t. VII, no. 728 ve Esmein'in sh. 11, not 2 de zikrettiği mahkeme kararları; Picard, sh. 15; Planiol-Ripert-Boulanger, t. II, no. 1210; Colin-Capitant- de la Morandière, t. II, sh. 800.

İtalyan hukukunda: d'Amelio-Finzi- de Bernardinis, sh. 149.

(5) Bk. aşağıda § 15, II, 2.

(6) Bk. aşağıda § 20, III.

(7) Bk. yukarıda § 13, 1.

birinin mezkûr mânâyı taşıdığı yerler mevcuttur. Fakat aynı tabirin başka mefhumları ifade için de kullanıldığına birçok misaller verilmiştir⁸. Diğer taraftan İBK. md. 419 un Fransızca ve İtalyanca metinlerinde "Geschäft" kelimesinin karşılığı olarak "affaire", "affari" kelimeleri vardır ki, bu da kanunun vekâletsiz iş görmeyi hukukî muamelelerin yapılmasına hasretmediğinin bir delilidir.

Türk BK. nun 14. bânının başlığında ve 410-412 nci maddelerinde "tasarruf" tabirine rastlandığından bahsetmiş ve bu tabirin muhtelif mânaları bulunması ve teknik mânasının henüz yerleşmemiş olması dolayısıyla onun yerine "iş görme" tabirinin tercih edilmesinin münasip olduğunu söylemiştik⁹. "Tasarruf" kelimesinin bazan "hukukî muamele" karşılığında kullanılmasından, vekâletsiz iş görmenin yalnız hukukî muamelelerin yapılmasına taallük ettiği istidlâl olunmamalıdır; çünkü aynı kelime bazan fiili tasarruf mânasına da gelir; diğer taraftan, İBK. Türkçeye tercüme edilirken vekâletsiz iş görmenin muhtevasının böylece takyid edilmek istendiği hususunda hiçbir vesika yoktur.

BK. md. 412 ye tevfikân, bir kimsenin vekâletsiz iş görme hükümlerine binaen mesul tutulabilmesi için akdî ehliyeti haiz olmasının şart kılınmasından da, iş görmenin hukukî muamelelerin yapılmasına münhasır olduğu neticesi çıkarılamaz; zira bu hüküm, vekâletsiz iş görmenin sabasını daraltmaktan başka mülâhazalarla, bilhassa ehliyetsizleri himaye düşüncesiyle vazedilmiştir¹⁰. Hatta lâfzî tefsire ehemmiyet veren bazı müellifler, kanunda (BK. md. 412, İBK. md. 421) akdî ehliyeti olmayandan da "başkası hesabına tasarrufta bulunan" (iş gören) diye bahsedilmesinden, ehliyete lüzum göstermeyen fiili muamelelerin de vekâletsiz iş görme sayılacağını istihraç eylemektedirler¹¹.

Vekâletsiz iş görmenin tarihî menşei araştırılacak olursa, onun hukukî muamelelerin yapılmasına hasredilmesi fikrinin sonradan ortaya çıktığı görülür. Filhakika Roma hukukunda hukukî muamele olmayan birçok fiillerin yapılması dolayısıyla da negotiorum gestio'dan bahsediliyordu¹².

Vekâletsiz iş görmenin, başkası hesabına hukukî muamelelere gi-

(8) Bk. Suter, sh. 8-10; Lent, Wille und Interesse, sh. 2; Moser, sh. 122.

(9) Bk. yukarıda § 4.

(10) Moser, sh. 122.

(11) Suter, sh. 9; Hagenbüchli, sh. 31.

(12) Monier, sh. 208; Egon Weiss, sh. 396; Maruitte, sh. 87; Suter, sh.

rişmeğe münhasır kılınmasından, mantığa, hakkaniyete ve bu müessesenin gayesine uymayan bir takım neticeler ortaya çıkar. Böyle bir tahdit kabul edildiği takdirde, başkasının menfaatine hukukî muamele mahiyetini arzetmeyen bir işi gören kimse vekâletsiz iş görme hükümlerinden istifade edemeyecek, buna mukabil aynı işi bir üçüncü şahısla bir akit yaparak ona gördürürse mezkûr hükümlerden faydalanabilecektir¹³. Meselâ, başkasının evini bir müteahhide tamir ettiren kimse, masraflarını vekâletsiz iş görme hükümlerine tevfikân istiyebileceği halde, tamirâtı bizzat icra ederse, haksız iktisap davasıyla iktifa eylemek mecburiyetinde kalacaktır. Diğer taraftan, kanun vazının vekâletsiz iş görmeyi tanzim ederken teşvik etmeği düşündüğü fiiller, çok defa, hukukî muamele mahiyetini arzetmezler; bir kimseyi bir tehlikeden kurtarma, şuuruna sahip olmayan bir şahsı tedavi etmek gibi misaller bu meyanda sayılabilir. Bu fiillerin vekâletsiz iş görme dışında bırakılması, kanun vazının istihdaf ettiği gayeye tamamen aykırın düşer.

*II — İş görmenin muhakkak mameleki mahiyette olmasına
hacet yoktur.*

Bazı müelliflere nazaran¹⁴, iktisadî bir mahiyet arzetmeyen fiiller iş görme vasfını haiz değildir; diğer bir ifade ile, bir fiilin iş görme sayılabilmesi için iktisadî bir gayeye müteveccih bulunması veya hiç olmazsa iş sahibinin mameleki üzerinde tesir icra etmesi lâzımdır.

Bu telâkkinin mümessileri, ya iş görmenin umumî konuşma dilindeki mânasından hareket etmektedirler; yahut işin başkasına aidiyeti hususundaki kıstaslardan biri olan başkasının mamelekine tesir icrası esasına dayanmaktadırlar; veyahut da, borçlar hukukunda her edanın mutlaka mameleki bir kıymeti haiz olması gerektiği hakkındaki nazariyeden ilhâm almaktadırlar.

İş görmenin iktisadî mahiyette fiillere hasredilmesi icap ettiği fikri kuvvetli tenkidlere maruz kalmıştır; öyle ki eskiden bu takyide taraftar olanlardan bazıları ondan vazgeçmişlerdir¹⁵. Filhakika, hayat, sıhhat,

(13) Maruitte, sh. 87; Planiol-Ripert-Boulanger, t. II, no. 1210.

(14) Türk hukukunda: Arsebük, sh. 558 ve aynı sahifede not 18; Alman hukukunda: Planck, § 677, Nr. 2a; RGR Komm., Vorbem, vor elften Titel, Nr. 2, sh. 457; Enneccerus-Lehmann, sh. 670; Oertmann, Nr. 2 vor § 677; Isay, sh. 47; Freese, sh. 6; Fransız hukukunda: Frouin, sh. 115-116.

(15) Meselâ Staudinger's Kommentar'ın 9. tab'ına kadar böyle bir takyid müdafaa edilirken Nipperdey'in işlediği 10. tab'ıda bundan vazgeçilmiştir (§ 677, Nr. 4).

şeref gibi şahsi varlıkların muhafazasına yönelik fiiller, cemiyet için, mameleki varlıkların idamesine ve kıymetlerinin arttırılmasına müteallik olanlardan daha büyük ehemmiyet arzederler. Başkasını bir yangından kurtaranın, gaynin evini tamir eden kadar himayeye mazhar olmaması tecviz edilemez¹⁶. Hemcinslerinin şahsi varlıklarını korumak için masrafa giren ve zarara dûçar olan kimseler, evleviyetle, vekâletsiz iş görme hükümlerine binaen tazminat isteyebilmelidirler¹⁷. Bu tenkid karşısında, iş görmenin iktisadi karakter taşıması fikrini müdafaa eden hukukçulardan bir kısmı¹⁸, vekâletsiz iş görme hükümlerinin bu hallerde de *kıyasen* tatbiki lâzım geldiğini itiraf etmişlerdir; diğer bir kısmı ise¹⁹, bahsi geçen hallerde, masrafların ödenmesi için zımnî bir mukavele bulunduğu faraziyesine başvurmuşlardır; nihayet üçüncü bir müellifler grubu da²⁰, başkasının şahsiyetini alâkalandıran işler için iktisadi kıymeti olan edalar yapıldığı takdirde (bir çocuğun yetiştirilmesi ve infakı gibi) iş görmenin mevcudiyetini kabul yoluna gitmiştir; yani fiilin gayesinin değil, vasıtalarının mameleki mahiyeti haiz olmasını kâfi saymıştır. Moser'in fikrince²¹, bu sonuncu nazariye, iş görenin masraflarını istemesini mümkün kılmakla beraber gene de tatminkâr değildir; çünkü başkasının şahsiyet haklarını istismar ederek bundan bir fayda elde eden kimseye karşı, iş sahibinin bu faydayı temellük talebinde bulunmasına imkân vermez. Hulâsa bir fiilin iş görme sayılabilmesi için ne muhtevasının (vasıtalarının) ne de gayesinin mameleki mahiyette olmasına hacet yoktur^{21a}.

“İş” tabirinin, konuşma dilinde, yalnız iktisadi mahiyette işler hak-

(16) Maruitte, sh. 89.

(17) BK. md. 411 f. II de derpiş edilen, iş görenin mes'uliyetinin tahfifi de bilhassa başkasının şahsi varlıklarını bir tehlikeden kurtarma halinde bahis mevzuu olur; zarar verici hâdise iş sahibinin mamelekine müteveccih olabileceği gibi şahsi varlıklarını da tehdit edebilir. Bk. Suter, sh. 11; Hagenbüchli, sh. 33.

(18) Oertmann, Nr. 2 vor § 677.

(19) Isay, sh. 47; Freese, sh. 6.

(20) Ebbecke, sh. 103; Hellwig, Arch. für ziv. Prax. 86 (1896), sh. 229-230 (Moser, sh. 128, not 23).

(21) Sh. 128.

(21a) Bu, İsviçre ve Fransız hukukunda hâkim olan telâkkidir. İsviçre hukuku için bk.: Bermann, sh. 7, not 2; Aeby, sh. 29; Oser-Schönenberger, Art. 419, Nr. 4; Becker, Art. 419, Nr. 4; Schneider et Fick, art. 419, no. 20-21; Hagenbüchli, sh. 33; Suter, sh. 11-12; Moser, sh. 128-129; Friedrich, 26; Elias Wolf, FJS, no. 1078, II; yukarıda not 4 te zikredilen kararlardan Federal Mahkeme'nin “Moynat c. Pâquier” ve “Mayer c. Landolt” davalarındaki ka-

kinda kullanıldığı iddiası da asılsızdır²². Meselâ mahkemelerin işlerinin taksimi, başkasının işlerine karışmak tabirlerinde mutlaka iktisadî bir mânâna bulunmaz.

Nihayet, borçlar hukukunda her edanın muhakkak mameleki bir kıymeti haiz olması gerektiği nazariyesi artık müdafaa edilmemektedir²³.

III — İş görmenin, başkasının menfaatine yapılan veya hukukî varlıkların muhafazasını tazammun eden bir fiil yahut bir idarî tasarruf olması şart değildir.

Umumî bir iş görme mefhumu tesbitine çalışan ve bu mefhumun hudutlarını çok geniş tutan yeni Alman nazariyelerinde dahi, ancak başkasının menfaatine yapılan fiillerin iş görme sayılabileceği esası kabul olunmaktadır²⁴. Halbuki bu esasın tanınması, kendi menfaatine başkasının işlerini istismar etmeyi vekâletsiz iş görme müessesesi dışında bırakmayı müstelzimdir. Böyle bir hal tarzının ise tatminkâr olmadığını, bundan evvelki bâbın üçüncü faslında arzetmiş bulunuyoruz. Binaenaleyh, burada, başkasının menfaatine hareket etme iradesinin iş görmenin bir şartı olmadığını söylemekle iktifa edebiliriz.

Leonhard'ın kanaatınca²⁵, “iş görme adı altında bir ihtimamı (Fürsorge) tazammun eden, yani hukukî varlıkların muhafazasına veya çoğaltılmasına yarayan fiiller anlaşılmalıdır”. Müellif bu kanaate, “Geschäftsbesorgung” (işle uğraşma, iş görme) tabirinden vasil olmaktadır. Ona göre²⁶, “iş” kelimesi, fedakârlığı mucip bir faaliyeti hatıra getirir; herkes işi zevkten ayırır; “iş görme, işle meşkul olma” ise plânlı bir ihtimamı tazammun eder; Roma hukukundaki negotiorum gestio missalleri de hep hukukî varlıkların idamesi ile alâkalıdır.

Leonhard nazariyesinden şu pratik neticeyi çıkarmaktadır²⁷: Baş-

rarlarıyla Bienne Mahkemesinin kararı. Fransız hukukunda: Picard, sh. 16-17; Carrez, sh. 57; Planiol-Ripert-Esmein, t. VII, sh. 12; Maruitte, sh. 88-89 ve bu müellifin sh. 88 not 1 de zikrettiği diğer müellifler. Alman hukukunda aynı fikirde: Staudinger-Nipperdey, § 677, Nr. 4; Lent, sh. 82-84; Isele, sh. 96; Jung, sh. 904; Leonhard, Bd. II, sh. 420.

(22) Lent, sh. 82; aynı müellif, Wille und Interesse, sh. 2; Staudinger-Nipperdey, § 675, Nr. 8.

(23) Bk. Arsebük, sh. 19-20; Oser-Schönenberger, Vorbem. zu Art. 1-67, Nr. 79-85; von Tuhr, sh. 229-230; Suter, sh. 12.

(24) Bk. Isele, sh. 169; Staudinger - Nipperdey, § 675, Nr. 17.

(25) Bd. II, sh. 421. Aynı fikirde Weidemann, sh. 18 ve müt.

(26) Bd. II, sh. 421.

(27) Bd. II, sh. 421-424.

kasının şeylerinin ve haklarının kullanılması veya bunlara bir zarar ika olunması, iş görme olarak tavsif edilemez. Aksi takdirde, bir üçüncü şahsın vasıtalarını kullanan kimsenin, onlarla yaptığı işden elde ettiği kâr daima vasita sahibine vermesi lâzım gelirdi. Meselâ, başkasının telefonu ile görüşerek, yahut otomobili ile giderek bir hukukî muamele aktedenin o muameleden doğan kârı telefon veya otomobil sahibine devretmesi gerekirdi; başkasının parasıyla bir işe girişildiği takdirde, para sahibi o işden hasıl olan faydaları temellük hakkını kazanırdı. Böylece hukuk sistemimizin kabul ettiğinden pek daha geniş ölçüde aynı halefiyete - ikameye - (subrogation réelle, dingliche Surrogation) yer verilmiş olurdu; halbuki zamanımızda aynı ikame ancak istisnaî hallerde, meselâ kadına veya küçüğe ait mallarda kocanın veya velinin yaptığı iktisaplar dolayısıyla tanınmaktadır. Diğer taraftan, daima Leonhard'a nazaran²⁸, iş görme mefhumu bir ihtimamı mutazammın fiillere hasredilmezse, bir şeyin satıcısının teslimde veya bir para borçlusunun tediye gecikmesi takdirinde, o şey veya para ile sağladıkları kâr alacaklıya vermeleri zarurî olurdu; bu ise temerrüt hakkındaki hükümlere aykırı düşerdi.

Leonhard'ın nazariyesi, kendi menfaatine başkasının işleriyle meşgul olmağı vekâletsiz iş görme dışında bıraktığından, tasvibe şayan değildir²⁹. Bundan başka, müellifin yukarıda bir kısmını zikrettiğimiz misalleri ya kanunen hususî surette tanzim edilmiş halleri alâkalandırmakta, yahut da bu misallerin çoğunda kârı iş görme arasında illiyet rabıtası³⁰ bulunmadığı Leonhard'ın gözünden kaçmaktadır. Müellif başkasının haklarını istismarın vekâletsiz iş görme addolunması aleyhinde bir de şu hususu ileri sürmüştür³¹: Hakları istismar edilen şahıs on sene bekleyip iş görenin çalışmasına göz yumabilir ve sonra onun kârına konabilir. Halbuki, aşağıda izah edeceğimiz veçhile³², kendi menfaatine vekâletsiz iş görmede müruruzaman bir sene olduğu gibi, iş gören çalışması için muayyen bir karşılık da isteyebilir.

Fransız hukukunda uzun zaman Leonhard'ın nazariyesine benzeyen şu telâkki hâkim olmuştur³³: Yalnız idarî tasarruflar (actes d'admi-

(28) Bd. II, sh. 423

(29) Aynı fikirde Moser, sh. 130.

(30) Bk. aşağıda § 28, II.

(31) Bd. II, sh. 424.

(32) Bk. aşağıda § 28, V ve § 40, II.

(33) Frouin, sh. 63 ve müt., 107-108; Marutte tarafından sh. 93 not 2 de zikredilen diğer müellifler. Alman hukukunda aynı telâkki Fischer-Henle-

nistration, Verwaltungstaetigkeit) iş görmenin mevzuunu teşkil edebilirler; idari tasarruflardan da sadece tamir, muhafaza ve idame gayelerine matuf fiiller anlaşılmalıdır.

Bu telâkkinin mesnedi olan fikirler şöyle hulâsa edilebilir³⁴: “Gestion d'affaires” (Geschäftsführung) tabirindeki “gestion” (Führung) kelimesi “administration” (idare, Verwaltung) mânasını taşır. Diğer taraftan, Code Civil'in 1988 inci maddesi mucibince, umumî mahiyette ifade olunmuş bulunan vekâlet yalnız idarî tasarrufları tazammun eder; vekâletsiz iş görmede de, kanun, herhangi bir sebeple vekâlet veremeyecek vaziyette olan kimsenin mefruz iradesini gözönünde tuttuğu cihetle ancak böyle umumî mahiyette bir vekâletin mevcudiyeti farzedilebilir. Nihayet, Code Civil'in 1375 inci maddesi, iş sahibinin vekâletsiz iş görmeden dolayı borçlanmasını, işinin iyi idare edilmiş olmasına (le maitre dont l'affaire a été bien administrée) tabi kılmaktadır.

Yeni tetkiklerde reddolunan³⁵ bu telâkki, klâsik negotorum gestio misaline, ferdiyetçi mülâhazalara ve mefruz vekâlet nazariyesine müstenid olmakla itham edilmektedir. Filhakika, vekâletsiz iş görme denince, eski Fransız müelliflerinin hatırına, gaip olan bir dostun mamelekini idare, geliyordu. Hatta Code Civil'in (md. 1372 f. I) iş görene yüklediği, iş sahibi bizzat meşgul olacak vaziyete gelene kadar işe devam mükellefiyeti, bu klâsik misal gözönünde tutularak vazedilmişti. Daha Roma hukukunda bile, bir mamelekin idaresinden başka nevilerine rastlanan vekâletsiz iş görme, zamanımızda hiçten, zikredilen hale hasredilemez. Diğer taraftan, vekâletsiz iş görmenin idari tasarruflara münhasır tutulması, başkasının hukuki sahasına olan müdahaleleri hoş görmeyen ferdiyetçi mülâhazaların bir neticesidir. Halbuki bugün, iş görenin haklarının doğumu, işe sahibinin menfaati iktizası genişilmiş olmasına bağlıdır ve bu kıstas yersiz müdahaleleri önlemek için kâfi sayılır. Bundan başka vekâletsiz iş görmede, umumî olarak ifade edilmiş bir vekâletin farzedilmesine karşı, mefruz vekâlet nazariyesi hakkındaki tenkidler ile

Titze (Bürgerliches Gesetzbuch, 14. Aufl., München 1932, § 675, Nr. 3) ve Siber (sh. 349) tarafından müdafaa edilmektedir. Portekiz Medenî Kanunu da bu telâkkiden mülhem olmuştur (Bk. Demogue, t. III, no. 63).

(34) Bk. Maruitte, sh. 94-99.

(35) Maruitte, sh. 96-104; Demogue, t. III, no. 5 ve 9; Colin - Capitant - de la Morandière, t. II, sh. 800; Picard, sh. 15; Planiol - Ripert - Esmein, t. VII, sh. 9; Planiol - Ripert - Boulanger, t. II, no. 1206. Alman hukukunda: Isele, sh. 94; Staudinger - Nipperdey, § 675, Nr. 9.

ri sürülebilir³⁶. Kaldı ki vekâletsiz iş görme, bilhassa böyle umumi mahiyette kaleme alınmış bir vekâletin aşılması dolayısıyla bahis mevzuu olur. Code Civil md. 1375 deki "işlerin iyi idaresi" ibaresine gelince, bu, iş görmenin idarî tasarruflardan ibaret olduğuna değil, onun iş sahibinin menfaati iktizası yapılmış bulunması lüzumuna delâlet eder. Nihayet, halen Fransız hukukunda idarî tasarrufların, yalnız muhafazayı tazammun etmedikleri, yerine göre temlik de icap ettirdikleri fikri müdafaa olunmaktadır³⁷.

Alman hukukçularından bir kısmı da³⁸, iş görmeyi yalnız muhafazayı mutazammın fiillere hasretmemekle beraber, sırf bir şeyin tahribini veya ona zarar vermediği yahut bir hakkı ortadan kaldırmağı istihdaf eden fiillerin iş görme ile alâkası olmadığını beyan ederler. Moser'e nazaran³⁹, böyle sırf gayrı ızrar maksadıyla ika olunan bir fiil, failine bir kâr temin etmişse, mağdurun vekâletsiz iş görme hükümlerine binaen kârı temellük talebinde bulunmasına bir mani yoktur. Ancak tatbikatta bu nevi bir fiilden bir fayda sağlanması ihtimali bize zayıf görünmektedir.

IV — İş görmenin müstakil mahiyet arzemesi gerekmez.

Umumi bir iş görme mefhumu tesbitine çalışan Alman hukukçuların iş görmenin nisbeten müstakil bir faaliyet mahiyetini arzemesi lüzumundan bahsedirler⁴⁰. Bu müelliflere nazaran, böylelikle, müteahhidin tamamen müstakil olmasını gerektiren istisna ve işçinin mutlak tabiiyetini icap ettiren hizmet akitleri, iş görme mefhumu dışında bırakılır. Staudinger - Nipperdey gibi, umumi iş görme mefhumu bakımından bu çeşit bir takyid kabul etmeyen müellifler dahi⁴¹, vekâletsiz iş görmenin mahiyeti icabı müstakil bir faaliyeti tazammun ettiğini, çünkü iş sahibi ile mütekaddim bir anlaşmaya dayanmadığını söylerler⁴².

İş görmenin nisbeten müstakil bir faaliyet olmasından, vekâletsiz iş

(36) Bk. yukarıda § 8, I.

(37) Bk. Trasbot L'acte d'administration en droit privé français, thèse, Bordeaux 1921. hususiyle sh. 197-199, 212-214; Maruitte, sh. 100-105.

(38) Von Monroy, sh. 84; Isay, sh. 88; Mueser, sh. 4-5; Isele, sh. 165. Bk. Leonhard, Bd. II, sh. 423.

(39) Sh. 131.

(40) Isele, sh. 103-105; Dniestrjanskyj, sh. 64 ve müt.; Enneccerus-Lehmann, sh. 670, 671 not 3; RGR Komm., sh. 438; Leonhard, Bd. II, sh. 256; Lent, Wille und Interesse, sh. 3-4. İsviçre hukukunda aynı fikirde: Hagenbüchli, sh. 34.

(41) § 675, Nr. 11.

(42) § 677, Nr. 4. Aynı fikirde Lent, Wille und Interesse, sh. 4.

görenin iş sahibine tâbi bulunmaması kastediliyorsa, buna bir diyecek yoktur; fakat bu keyfiyet kendiliğinden anlaşılır; ondan, iş görmenin muhtevasına konulan bir takyidmiş gibi bahsetmek zaittir. Eğer, bu suretle, vekâletsiz iş görmenin yardımcı şahıslarının, veya mezuniyeti olmayan bir üçüncü şahsın vekâleti ile başkasının işini yapanın, vekâletsiz iş gören sayılamayacağı söylenmek isteniyorsa, böyle bir takyid gene yerinde olmaz⁴³. Bu sonuncu husus ileride teferruatıyla incelenecektir⁴⁴.

V — *İş görmenin mâkul, beşerî bir fiil olması kâfidir. Yalnız iş sahibinin şahsın yapabileceği fiiller iş görmenin mevzuunu teşkil edemez.*

Şimdiye kadarki izahatımız, umumî bir iş görme mefhumunun muhtevasını takyid maksadı ile yapılan muhtelif denemelerin vekâletsiz iş görmenin mahiyet ve gayesine tevafuk etmediğini göstermiş bulunuyor. Bununla beraber, vekâletsiz iş görme de dahil, her nevi iş görme için varit olan bazı hudutların mevcudiyetini müşahede etmek mümkündür.

Evvelâ her iş görme müsbet bir faaliyeti, bir fiili (positive Taetigkeit) tazammun eder; bir ihmal (omission, Unterlassung) veya hareketsizlik (inaction, Nichtstun) hiçbir vakit iş görme sayılamaz⁴⁵. Bu husus, vekâletsiz iş görmede, kendisini daha bâriz surette gösterir; çünkü iş sahibiyle iş gören arasında, birincinin ikinciden muayyen bir hareketi yapmamasını beklemesine imkân verecek bir temel münasebet yoktur. Fakat bir ihmal veya hareketsizlik, sade vekâletsiz iş görmenin değil, iş görme akitlerinin de esas mevzuunu teşkil edemez⁴⁶.

İş görmenin beşerî bir fiili gerektirmesi dolayısıyla iki mamelek arasında böyle bir fiil olmaksızın vaki kıymet intikalleri, vekâletsiz iş görme mahiyetini haiz değildir⁴⁷; klâsik bir misal zikredecek olursak, bir kimsenin ekmek için hazırladığı tohumların, rüzgârın tesiriyle, komşusunun tarlasına uçması halinde bir iş görme değil, fakat haksız iktisap bahis mevzuu olabilir.

(43) Aynı fikirde Moser, sh. 129-130.

(44) Bk. aşağıda § 22, I, 1, d.

(45) Bermann, sh. 9; Hagenbüchli, sh. 32; Suter, sh. 11; Moser, sh. 127; Friedrich, sh. 27-28; Oser-Schönenberger, Art. 419, Nr. 7; Becker, Art. 419, Nr. 3; Isele, sh. 121; RGR Komm. sh. 438; Aeby, sh. 29.

(46) Becker, Art. 319, Nr. 8 ve Art. 394, Nr. 6; Isele, sh. 121. Aksi fikirde olan Brückmann (sh. 69) ve Suter'e (sh. 11) göre, bir ihmal vekâlet veya hizmet akdinin mevzuunu teşkil edebilir. Bu fikrin doğru olmadığı Isele (sh. 121) tarafından müdellel bir surette gösterilmektedir.

(47) Yukarıda not 45 de yapılan atıflara bk.

Bazı Alman müelliflerine nazaran⁴⁸, bir şeyin verilmesi (Geben), bir faaliyeti icap ettirmedeği cihetle, iş görme addolunamaz. Meselâ bir kazada yaralanıp kendisini kaybeden kimseyi tedavi eden doktor vekâletsiz iş görme hükümlerinden istifade edebileceği halde, sadece ilâç veren eczacı haksız iktisap davasıyla iktifa etmelidir. Bu telâkkinin yanlışlığı aşıkârdır⁴⁹. Filhakika bir şeyin verilmesi de müsbet bir fiili tazammun eder; kaldı ki, başkasına ihtiyacı olan bir şeyi satın alıp veren kimsenin vekâletsiz iş görme hükümlerine istinad edebilmesine mukabil, kendine ait bir şeyi verenin mezkûr hükümlerden faydalanamaması hakkaniyete aykır olur.

İş görme tek bir fiilden ibaret olabileceği gibi bir faaliyetler manzumesinden de (Komplex von Taetigkeiten)⁵⁰ terekküp edebilir⁵¹. Birbirine murtabit olan muhtelif işlerin yapılması tek bir iş görme mahiyetinde addedilmek lâzım gelir. Filhakika, böyle vaziyetlerde, muhtelif faaliyetlerin herbirinden husule gelen kârın ayrı ayrı tesbiti çok defa mümkün olmaz. Bundan başka, iş sahibi, birbirine bağlı faaliyetlerin işine gelen kısmını diğerlerinden keyfi surette tefrik edip, iş görenin masraflarını yalnız onlara taallük ettiği nisbette ödemekle iktifa edememelidir; iş girişmenin iş sahibinin menfaati iktizası bulunup bulunmadığı bütün faaliyetler manzumesi hesaba katılarak takdir olunmalıdır; aynı şekilde iş gören de birbirine murtabit işlerin yalnız bir kısmını yaptığı takdirde diğerleri için mes'uliyetten kurtulamamalıdır.

İş görme beşeri bir ihtiyacı karşılayan herhangi bir mâkul fiil olabilir. Hagenbüchli'nin yaptığı gibi⁵², fiilin muayyen bir neticeye müteveccih olmasından ayrı bir şart olarak bahsetmek zayıftır. Tabiatıyla, her mâkul beşeri fiil bir gayeye matuftur.

Bütün iş görme hallerinde, iş gören iş sahibinin hukuki sahasına müdahale ederek adeta onun yerine kaim olur⁵³. İş sahibinin şahsına sı-

(48) RGR Komm. sh. 457; Palandt, § 677, 2 a.

(49) Aynı fikirde Staudinger-Nipperdey, § 677, Nr. 4.

(50) Meselâ bir mamelekin idaresi.

(51) Bk. Oser Schönenberger, Art. 419, Nr. 4; Moser, sh. 127; Maruitte, sh. 82-84; Demogue, t. III, no. 33 bis.

(52) Sh. 34.

(53) Dniestrjansky, sh. 61 ve mütt.; Maruitte, sh. 114; Moser, sh. 125 ve 151. Bu sonuç müellif, buradaki vaziyeti bir "dahili temsil münasebeti" (interne Stellvertretung) olarak tavsif etmektedir. Böyle bir tavsif karışıklıklara yol açabilir. Temsil tabiri umumiyetle dış münasebette kullanıldığından, "dahili temsil" tabiri bir tenakuzu muhtevindir. Kaldı ki fiili muamele-

kı surette bağlı hakların (droits strictement personnels, höchstpersönliche Rechte)⁵⁴ kullanılmasında böyle bir müdahaleyi tasavvur etmek mümkün değildir. Binaenaleyh bu hakların kullanılması iş görmenin hudutları dışında kahr⁵⁵. Diğer taraftan, bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunan borçları, başkasının muteber olarak yerine getirmesi mümkün değildir, meğer ki, alacaklı böyle bir ifaya rıza göstere; yani alacaklının rızası olmadıkça, bu gibi hallerde, üçüncü şahsın ifası iş görmenin hükümlerini husule getiremez⁵⁶.

§ 15 — VEKÂLETSİZ İŞ GÖRMENİN BİR UNSURU OLARAK İŞ GÖRME MEFHUMUNUN, BU MÜESSESENİN MAHİYETİNDEN VE GAYESİNDEN ÇIKAN TAKYİDLERİ.

Bundan evvelki paragrafta, yalnız iş sahibinin şahsen yapabileceği bazı fiiller müstesna, mâkul olan her nevi faaliyetin umumiyetle iş görmeye mevzu olabileceğini tesbit eyledik. Hususî bir iş görme çeşidi olan vekâletsiz iş görmenin muhtevasına, müessesenin kendi mahiyetinden ve gayesinden doğan başka takyidler de vazetmek mümkündür.

I — Muteber surette yapılması bir salâhiyetin mevcudiyetine mütevakkıf olan fiiller, esas itibarıyla, vekâletsiz iş görmeye mevzu olamazlar.

Vekâletsiz iş görmede, iş görenin faaliyetini icra hususunda bir mezuniyeti bulunmaması, müessesenin mahiyeti iktizasıdır. İş sahibi ile olan münasebetinde mezuniyeti bulunmayan kimse, ekseriya, üçüncü şahıslara karşı da salâhiyetli olmadığından, muteber surette yapılması hususî bir salâhiyete mütevakkıf olan fiiller, esas itibarıyla, vekâletsiz iş görmenin mevzuunu teşkil edemezler¹. Bununla beraber, bu gibi fiiller, her nasılsa, hiç salâhiyeti bulunmayan veya salâhiyeti muteber olmayan bir şahıs tarafından, bu noksanlığa rağmen yapılmışlarsa, bazan bir vekâletsiz iş görme münasebeti doğabilir. Bahsi geçen fiillere misal olarak usul ve takip hukukuna ait bir takım muameleler, bir anonim şirket hissedar-

lerde temsil câri olmadığı halde, onlar vekâletsiz iş görmeye mevzu teşkil edebilirler.

(54) Bu haklar için bk.: A. Egger: Einleitung und Personenrecht, Art. 19, Nr. 8 ve müt.; Jacques Lador, Des droits strictement personnels, thèse de Lausanne 1933.

(55) Maruitte, sh. 105-106; Moser, sh. 125; Hagenbüchli, sh. 31; Picard sh 16.

(56) Maruitte, sh. 114.

(1) Daha mutlak surette: Moser, sh. 132; Oser - Schönenberger, Art. 419, Nr. 6. Bu fikri esas itibarıyla kabul edenler: Maruitte, sh. 107-113; Becker, Art. 419, Nr. 4; Suter, sh. 12.

nin rey hakkının kullanılması (TK. md. 360 f. II, III, 361 zikredilmektedir. Biz bunlara, tapu sicilline bir tescil yapılması için talepte bulunma hallerini ilâve edebiliriz (Tapu Sicilli Nizamnamesi, md. 17)².

Bir başkası nâm veya hesabına salâhiyetsiz olarak dava açmanın vekâletsiz iş görme münasebetine vücut veremeyeceğini mutlak surette iddia etmek doğru olmaz³. Bu husus, muhtelif memleketlerin usul hukukunda çeşitli şekillerde hallolunmuştur.

Türk HMUK md. 67 ye göre :

“İki taraftan birinin vekili olduğunu söyleyen kimse vekâletnamesini ilk celsede ibraza mecburdur.

Taraflardan birinin tasdikli vekâletname ile vekili olduğunu söyleyen avukat veya dava vekili ilk celsede vekâletnamesini ibraz edemezse ikinci celsede ibraz etmek üzere huzur ile muhakemeye devam olunur.

Vekâletnamesini yaptırmamış olduğunu söyleyen avukat veya dava vekiline hâkim vekâletnamesini getirmek üzere bir mühlet verebilir. Bu takdirde muhakemeye devam olunmaz.

Vekil muhakemeye hiç gelmez veya ikinci celsede yahut verilen mühlet içinde vekâletnamesini ibraz etmezse o vekil tarafından yapılan işler yapılmamış sayılır ve celse harcı ile başka masrafları ve karşı tarafın uğradığı zararı ödemeye mahkûm edilir...”

İlk bakışta, bu hükmün dördüncü fıkrasında zikredilen vekilin, bir vekâletsiz iş gören sayılamayacağı zannı uyanabilir; zira onun yaptığı işler yapılmamış addolunacağı cihetle, bir iş görmeden bahsolunamaz denebilir. Fakat böyle bir muhakeme tarzı tatminkâr değildir. Bahsi geçen işlerin keenlemyekün sayılması, namına dava açılan kimseyi yersiz müdahalelerin neticelerinden mutazarrar etmemek için kabul olunmuştur. Salâhiyetsiz mümessil vekâletnamesini getiremediği takdirde HMUK md. 67 f. IV mucibince bir takım masrafları ve karşı tarafın uğradığı zararı ödemeğe mecbur olacaktır. Eğer davanın açılması iş sahibinin menfaati iktizası ise, salâhiyetsiz mümessilin BK. md. 413 ten istifade etmesine ve iş sahibinden vekâlet vermesini, aksi takdirde ödeme-

(2) Bk. İlhan Postacıoğlu, Gayrimenkullerin ferağına müteallik akitlerde şerh riayet mecburiyeti, tez İstanbul 1945, sh. 100.

(3) Demogue (t. III, no. 10, sh. 19 ve Zürih Ticaret Mahkemesi BIZR, 36 (1937), Nr. 117, sh. 230) mutlak surette, bir dava açmanın vekâletsiz iş görme olamayacağı fikrindedirler. BIZR, 34 (1935), sh. 223 e de bk.

ğe mahkûm olacağı masraf ve tazminatı üzerine almasını istemesine fikrimizce bir mani yoktur⁴.

Becker, Maruitte ve Esmein de İsviçre ve Fransız hukuku için benzer bir görüşü müdafaa etmektedirler. Becker'e nazaran⁵, usul muamelelerinin muteber surette başkası tarafından vekâletsiz olarak yapılmasına kanunen müsaade edildiği veya karşı taraf bu hususta bir itirazda bulunmadığı takdirde, bu muamelelere girişilmesinden bir vekâletsiz iş görme münasebeti doğabilir. Maruitte'in kanaatınca⁶, karşı taraf salâhiyetsiz mümessil tarafından davanın açılmasına bir itirazda bulunmazsa davaya devam olunur; davanın açılması menfaati iktizası ise, iş sahibi, umulan netice hasıl olmasa dahi, iş görenin masraflarını ödemelidir.

Federal Mahkeme de kararlarından birinde⁷, bir davanın ikamesini ve takibini vekâletsiz iş görme olarak tavsif etmiştir. Bu karara nazaran, bir işveren tarafından işçisi lehine aktedilen meslekî kaza sigortası, yalnız işverenin basiretsizliğinden doğan zararı değil, aynı zamanda bu basiretsizlikten müstakil olan rizikoyu da karşılar; bu sonuncu neviden bir riziko yalnız başına gerçekleştiği takdirde, sigortalı işçi sigorta kumpanyasına karşı doğrudan doğruya haiz olduğu davayı (action directe) açmazsa, ona tazminatın verilmesi için dâva ikame eden işveren, vekâletsiz iş gören vaziyetine girer ve dava masraflarını işçiden isteyebilir.

Bundan başka Federal Mahkeme, bir icra takibi talebinde bulunmanın ve böyle bir takibe itiraz etmenin, bazı şartlar altında bir salâhiyetsiz mümessil tarafından yapılabileceğini ve onunla namına hareket ettiği şahıs arasındaki münasebetin vekâletsiz iş görme hükümlerine tabi tutulacağını kabul etmiştir⁸.

(4) Aynı fikirde M. R. Belgesay, Hukuk usulü muhakemeleri Kanunu şerhi, 2. tabı, cilt I, İstanbul 1939, sh. 217, no. 6; İsmail Doğanay, Hukuk dâvalarında vekâlet, Ad. Der. 45 (1954), sh. 336.

(5) Art. 419, Nr. 4.

(6) Sh. 111-113, no. 35. Aynı fikirde: Planiol - Ripert - Esmein, t. VII, no. 728, sh. 11.

(7) RO 67 II 145 yahut JdT, 1941, sh. 303, "Wassmer c. Centre Anticancreux de Genève".

(8) Federal Mahkeme, önceleri, salâhiyetsiz üçüncü şahıslar tarafından muteber bir itiraz yapılabileceğini mutlak surette kabul etmekte idi. Sonradan, takip edilen borçlu böyle bir itiraza icazet vermedikçe, alacaklının icra memûrundan itirazı nazara almamasını isteyebileceği şeklinde bu içtihadını değiştirdi. Bk. RO 24 I 734 "Fleury" meselesi; 29, I, 625 "Dr. Forrer" meselesi; 38 I 722 "Broches des Combes" meselesi; C. Jaeger, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, éd. française, Lausanne

Alman HMUK § 89 mucibince bir kimse vekâletsiz iş gören sıfatıyla dava takip edebilir; mahkemece tayin olunan mehil zarfında iş sahibi icazet vermezse, böyle vekâletsiz olarak onun namına hareket eden şahıs muhakeme masraflarını ve karşı tarafın uğradığı zararı ödemeğe mahkûm edilir.

Salâhiyetsiz mümessil tarafından vaki tescil taleplerine gelince, talpu memurunun, esas itibarıyla, bunları reddetmesi gerekir; fakat, böyle bir tescil bir ihmal neticesinde yapılmış veya salâhiyetnamenin muteber olmadığı sonradan meydana çıkmış ise, salâhiyetsiz mümessille namına hareket ettiği şahıs arasındaki münasebete, vekâletsiz iş görme hükümlerinin tatbikinde bir mahzur yoktur⁹.

II — Bir takım haksız fiillerin ikâ vekâletsiz iş görme sayılamaz.

Haksız fiillerin vekâletsiz iş görmeye mevzu teşkil etmeleri meselesi hakkındaki fikirleri iki grupta toplamak mümkündür:

a) Bazı müellifler¹⁰, bir haksız fiil ikamının aslâ vekâletsiz iş görme mahiyetini arz edemeyeceği kanaatinde dirler. Bunlardan bir kısmı bu hususta bir mucip sebep göstermemektedirler. Diğer bir kısmı ise¹¹, yalnız başkasının menfaatine olan müdahalelerin vekâletsiz iş görme diye tavsif edilebileceği fikrine istinad etmektedirler; bu nevi müdahaleler ise, muhtelif telâkkilere göre bir şibih akit veya bir fiili muamele yahut da hukukî muamele benzeri bir fiil mahiyetinde olup, daima hukuka uygun bir fiilin mevcudiyetini mutazammındırlar.

Kendi menfaatine başkasının işlerini istismar etmenin vekâletsiz iş görme sayılamayacağı hakkında ileri sürülen delillerden çoğuna, aynı zamanda haksız fiillerin vekâletsiz iş görme dışında bırakılması fikrini müdafaa için de müracaat olunmaktadır. Bu delillerin kabili cerh olduklarını yukarıda arzettiğimizden¹² onları burada tekrar münakaşa etmeyeceğiz.

Bir haksız fiil ikamının vekâletsiz iş görme sayılmasının kabule şayan

1920, art. 74, rem. 3; Kemal Arar, İcra ve İflâs hükümleri, Ankara 1944, sh. 111 ve 127.

(9) Maruitte, sh. 107-111 ile karşılaştırınız.

(10) Oser-Schönenberger, Art. 419, Nr. 6; Becker, Art. 419, Nr. 4; Brückmann, sh. 18; Maruitte, sh. 90-93; Demogue, t. III, no. 33; Frouin, sh. 67; Carrez, sh. 50-51.

(11) Meselâ Maruitte, sh. 90-93.

(12) Bk. yukarıda Bap I, Fâsil III ve hususiyle § 12.

olmayan neticeler doğuracağı hususu bir takım misallerle de gösterilmek istenmiştir. Ezcümle, başkası hesabına hırsızlık eden bir kimsenin vekâletsiz iş görme hükümlerine binaen masraflarını talep etmesi veya hırsızın hesabına çalıştığı kimsenin çalınan malları mezkûr hükümler mucibince temellüke kalkışması tecviz edilemez denilmektedir. Diğer bir misal, bir kimsenin haberi olmaksızın onun sigortalı evini yakanın, sigorta tazminatından vekâletsiz iş gören sıfatıyla bir hisse istemesine cevaz verilemeyeceği şeklindedir.

b) Bizim de fikirlerine iştirak ettiğimiz diğer bazı hukukçulara¹³ ve Fedaral Mahkeme'ye¹⁴ nazaran mutlak surette hiçbir haksız fiilin vekâletsiz iş görme mevzuu olamayacağı aşırı bir iddiadır; bir takım haksız fiillerin ikai dolayısıyla hakikaten vekâletsiz iş görmeden bahsedilemezse de, diğer bir kısım haksız fiillerin yapılması, ezcümle başkasının haklarını kendi menfaatine istismar etme, mezkûr müessesenin çerçevesi içine girer.

Suter'in fikrinde¹⁵, A'nın B'ye ait bir şeyi çalması halinde A, B'nin işini görmüştür denemeyeceği muhakkaktır; buna mukabil A'nın B'ye bir mameleki menfaat temin etmek için C'yi kandırması yahut B'ye ait çalınmış malları satması takdirinde B'nin bir işini görüp görmediği ca-yi sualdir; bir adım daha atılır ve bir kimsenin başkasının hukuki sahasına tecavüz ederek kendisine bir fayda temini hali gözönüne getirilirse, bu halde de haksız fiil mevcut olmasına rağmen vekâletsiz iş görme hükümlerinin tatbik edilmesi gerektiği görülür; aksi takdirde haksız fiil ve haksız iktisap davaları mütecavizin tecavüzünden elde ettiği kân alıkoymasına tamamen mani olamazlar. Hulâsa Suter, bazı haksız fiillerin, bilhassa kendi menfaatine başkasının işlerini istismarın vekâletsiz iş görme addolunabileceği kanaatindedir; ancak hangi haksız fiillerin vekâletsiz iş görme dışında kalacağı hususunda emin bir kıtas bulamamıştır.

Böyle bir kıtas arayan Bermann¹⁶, şu nazariyeyi ortaya atmıştır: vekâletsiz iş gören, iş sahibinin hukuki sahasında adeta onun yerine kâim olur; binaenaleyh bizzat iş sahibinin de yapması caiz bulunmayan,

(13) Suter, sh. 12-13; Bermann, sh. 13; Moser, sh. 133-136; Isay, sh. 90-91; Lent, sh. 176-178; Friedrich, sh. 27; Vizioz, sh. 238, 250-251.

(14) RO 45 II 207, "Mertz c. Mellwig"; 47 II 198 yahut JdT, 1921, sh. 506, "Kistler und Konsorten c. Allgemeine Genossame Reichenburg"; 51 II 583, "Union de Banques Suisses c. Mariotti".

(15) Sh. 12-13.

(16) Sh. 13.

yani bizzat iş sahibi yaptığı takdirde de haksız sayılacak olan fiiller vekâletsiz iş görmeye mevzu olamazlar¹⁷.

Lent¹⁸ ve Moser¹⁹ de Bermann'inkine benzer bir kıstas teklif etmişlerdir: Sadece âmir bir objektif hukuk kaidesine aykırı olan fakat aynı zamanda bir sübjektif hakka tecavüzü tazammun etmeyen fiiller vekâletsiz iş görmenin mevzuunu teşkil edemezler; bir objektif hukuk kaidesiyle birlikte iş sahibinden gayri bir üçüncü şahsın sübjektif hakkını ihlâl eden fiiller için de aynı şey söylenebilir; buna mukabil münhasıran iş sahibinin bir sübjektif hakkını ihlâl eden fiiller²⁰ vekâletsiz iş görmenin mevzuuna girebilirler. Bu sonuncu grup fiillere bizzat iş sahibi giriştiği takdirde kendi hukukî sahası içinde hareket edeceğinden bir haksız fiil ika etmiş olmaz; bu sebeptendir ki, Moser'in kıstası Bermann'inkine benzerdir.

Bermann'ın nazariyesini tenkid eden Isay²¹ başka bir kıstasa müracaat etmiştir²². Isay'a nazaran, bir fiilin bizatihi, yani mücerret olarak müşahede edildiği takdirde, hukuka veya ahlâka aykırı olup olmamasının ehemmiyeti yoktur; eğer fiil, başkasının hizmetinde bir faaliyet, bir iş görme olarak hukukan veya ahlâken memnu ise vekâletsiz iş görme münasebetine vücut veremez. Isay fikrini şöyle bir misalle izaha çalışmıştır: Bir dükkân sahibi, pazar günü çalışma yasağına muhalif olarak, yardımcılara satış yapıyor; bu satışın yapılması sade yardımcıları için değil bizzat onun için de memnu bir fiildir; binaenaleyh dükkân sahibinin satış için verdiği vekâlet muteber değildir; fakat, o yardımcılarından vekâletsiz iş görmeye müsteniden satış bedelini istiyebilir; çünkü satış muamelesi başkasının menfaatine yapılan bir faaliyet bir iş görme olarak hukuka aykırı değildir; halbuki Bermann'ın kıstasına başvurulsa idi, pazar günü satış bizzat iş sahibi için de memnu olduğundan vekâletsiz iş görme hükümlerinin tatbik edilememesi lâzım gelirdi.

Isay misal olarak verdiği meseleyi halle çalışırken, Moser'in de işâret eylediği veçhile²³, yanlış bir noktadan hareket etmiştir. Tatil günlerinde satış memnuiyetine aykırı mukaveleler bâtil değildir; sadece

(17) Aynı fikirde Bern İstinaf Mahkemesi, JbJV, 58 (1922), sh. 333.

(18) Sh. 174-178.

(19) Sh. 133-136.

(20) Her sübjektif hak bir objektif hukuk kaidesine dayandığından böyle bir fiil aynı zamanda objektif hukuka da aykırıdır.

(21) Sh. 90-91.

(22) Isay'ın kıstasını İsviçre'de Hagenbüchli (sh. 32) benimsemiştir.

(23) Moser, sh. 135-136.

başka cezaî ve idarî müeyyideleri mucip olurlar; binaenaleyh dükkâncı satış bedelini, yardımcıları ile arasında mevcut mukaveleye müsteniden, istiyebilir; vekâletsiz iş görmeye istinad etmesine hacet yoktur. Diğer taraftan, pazar günü satış, bir iş görme olarak, yardımcıların menfaati bakımından menedilmiştir; Isay'ın kıtası doğru bir şekilde tatbik edilseydi, burada vekâletsiz iş görmenin bahis mevzuu olmaması lâzım gelirdi. Nihayet, pazar günü satış yapmakla sadece bir objektif hukuk kaidesinin ihlâli değil, aynı zamanda - dükkâncı ile yardımcıları arasındaki satışa vekâlet muteber sayılmazsa - dükkâncının sübjektif haklarına bir müdahale mevcut olacağından, Moser'in kıtası burada vekâletsiz iş görme hükümlerinin nazara alınmasına engel olmazdı. Hulâsa bahsi geçen muhtelif kıtaslar arasında en mukni olan Moser'inkidir. Bu kıtasın tatbik şeklini aydınlatmak hususunda verilen iki misali²⁴ biz de iktibas ediyoruz :

A tarafından B ye bir şey tevdi edilmiştir; B nin arkadaşı C, bu şeyi B ye ait ve B onu çoktanberi elden çıkarmak istiyor zannederek müsait şartlarla bir üçüncü şahsa satıyor. Burada bizzat B de şeyin satışına salâhiyetli bulunmadığından onun hesabına bir vekâletsiz iş görme bahis mevzuu olamaz; ancak sübjektif hakkı ihlâl edilen A satış bedelini temellük talebini ileri sürebilir.

Çiftçi A nın gaybubetinde arkadaşı B, onun ineklerinin sütünü, daha fazla para kazanmak için, su karıştırarak satmıştır. A, B den sadece süt su karıştırılmadan kaç satılacak idiye o miktar para istiyebilir; çünkü karışık süt satarak fazla kâr elde etmeğe A da salâhiyetli değildir; diğer bir ifade ile sütün B tarafından satılması A nın sübjektif haklarına bir müdahaleyi tazammun eder, fakat ona su karıştırılıp daha yüksek kâr sağlandığı nisbette üçüncü şahısların hakları da mutazarrır olur. Binaenaleyh, B nin haksız fiili normal fiata satışı tazammun ettiği nisbette bir iş görme sayılabilir; fakat üçüncü şahısların aldatılması suretiyle fazla kâr temini vekâletsiz iş görme dışında kalır.

Moser'in kıtası isabetli olmakla beraber, fikrimizce, tamamlanmağa muhtaçtır. Filhakika bizzat iş sahibi tarafından yapıldıkları takdirde haksız olmayan bazı fiiller de iş görmenin sahası dışında bırakılmalıdır. Ezcümle bir kimsenin intihar veya kendisine ait bir şeyi tahrip etmesi, esas itibarıyla, bir haksız fiil değildir; halbuki o kimseyi başkası öldürür veya ona ait şeyi tahrip ederse bir haksız fiil ika etmiş olur. Kanaatimiz-

(24) Bk. Moser, sh. 136; Bermann, sh. 13.

ce, bu gibi sırf gayrı ızzar neticesine müteveccih haksız filler de bir iş görme vasfını haiz olamazlar²⁵.

FASIL II

İŞİN BAŞKASINA AİDİYETİ

§ 16 — İŞİN BAŞKASINA AİDİYETİ MEFHUMU, EHEMMİYETİ VE BAŞKASINA AİT İŞLERİN NEVİLERİ

Vekâletsiz iş görenin mevcudiyeti için, iş görenin fiili ile başka bir şahsın hukuki sahası arasında bir münasebetin bulunması zaruridir. Diğer bir ifade ile, yapılan iş, failinden gayri bir şahsa ait olmalıdır.

İşin başkasına aidiyeti mefhumunun tesbiti pratik cepheden büyük ehemmiyeti haizdir. Menfaati iktizası girişilen bir işde, iş sahibi, herhangi bir sebepten ve bilhassa umulan neticenin hasıl olmaması yüzünden iş görenin masraflarını ve zararını tazminden kaçınmak maksadıyla, iş kendisine ait olmadığını iddia yoluna gidebilir. Yahut da iş görenin, faaliyeti dolayısıyla mes'ul tutulacağı meblâğın kendi tazminat taleplerini aşacağı endişesi tahtında, yaptıklarının başkasını ilgilendirmediğini dermeyeran etmesi mümkündür¹. Nihayet, kendi menfaatine başkasının işlerini istismar eden kimse, iş sahibinin kânı temellük talebine karşı, onun hukuki sahasına müdahale etmediğini ileri sürebilir. Bütün bu hallerde, vekâletsiz iş görme hükümlerinden faydalanabilme, iş ile iş sahibi arasındaki rabitanın isbatına bağlıdır.

Bundan başka, bir evvelki faslın başında işaret ettiğimiz veçhile, “iş görme,, mefhumunun mahiyetini yalnız başına lâyıkıyla izah etmek mümkün olmayıp, ancak “başkasının işini görme,, mefhumunun tayininden sonra bu hususta tam bir fikir elde etmek imkânı hasıl olur²; yani iş görme ve işin başkasına aidiyeti mefhumları birbirlerinin mütemmimdirler.

İşin başkasına aidiyeti mefhumunun tesbiti, nazari bakımdan, müşkülât arzeden bir meseledir. Daha ziyade münferit vakıalara dair hal tarzlarını ihtiva eden Roma hukukunda, bu hususta umumi kıstaslara

(25) Yukarıda § 14 not 38 ve 39 a ya ait metinler karşılaştırınız.

(1) Friedrich, sh. 30; Moser, sh. 137 ve aynı sahifede not 2.

(2) Bk. yukarıda § 13, 4. Lent (sh. 7-9) ve Isele (sh. 160) ye nazaran, “iş görme” mefhumundan yalnız başına bahsedilemez; sadece “başkasının işini görme” mefhumu kendi başına bir mâna ifade edebilir. Aksi fikirde olan Moser (sh. 137, not 1), her iş, iş sahibi bakımından zâtî bir iş suretinde tezahür ettiğinden, “başkasına aidiyetin” iş görmeye has bir vasıf olduğu söylenemez, demektedir.

rastlanmamaktadır³. Buna mukabil, başkasına ait işin (negotium alienum, affaire d'autrui, fremdes Geschäft) neden ibaret olduğu Pandekt hukukunda hararetili münakaşalara yol açmıştır. Bu münakaşalar zamanımıza kadar devam edegelmiş bulunuyor. Nazariyelerin çokluğu, "işin başkasına aidiyeti" mefhumunun basit ve muntazam bir tekâmül seyri takip etmesine mani olmuştur. Bugün de hâlâ bu mefhumun mahiyetinin ve hudutlarının kat'i ve bütün ihtimalleri karşılayacak surette tesbit edilmiş olduğu söylenemez. Bu sahada hâkim olan vuzuhsuzluğun sebebi, işin başkasına aidiyetinin, tatbikatta çok çeşitli görünüşler arzemesi dolayısıyla, umumî bir formüle şırdınlmasının güçlüğünde bulmak kabildir. Bazı müellifler bu güçlüğü bertaraf edilemeyeceği kanaatini izhar etmişlerdir⁴; diğer bazıları ise, her müşahhas vakıada işin başkasına ait olup olmadığının takdirini hâkime bırakmışlardır⁵. Halbuki bu sahada şimdiye kadar yapılan denemeler, mutlak surette cârî olmasalar dahi tatbikatta işe yarayabilecek bir takım kıstasların bulunabileceğini göstermektedir. Müşahhas vakıalarda takdir hakkını kullanan hâkim, hakkaniyet esasları gibi müphem kıstaslarla iktifa etmeğe mecbur kalmamalıdır.

Pandekt hukukundan intikal eden ve halen de hüküm süren bir telâkki mucibince, bir iş ya objektif bakımdan yahut da sübjektif bakımdan başkasına ait olabilir⁶. Diğer bir ifade ile, bir işin başkasına aidiyeti objektif veya sübjektif kıstaslar vasıtası ile tayin edilebilir.

Alâkalıların iradesinden müstakil olarak mahiyetleri ve muhtevaları icabı başkasının hukukî sahası ile münasebettar bulunan işlere "objektif bakımdan yahut zarurî surette başkasına ait olan işler" (negotium re ipsa alienum, objektiv - notwendiges fremdes Geschäft) denilir; bu nevi işlerin klâsik bir misali olarak, başkasının malik olduğu bir şeyin tamiri zikredilebilir.

Mücerret muhteva ve mahiyetleri itibarıyla muayyen bir şahsa izafeleri mümkün olmayan, yani nötr (neutre, neutrales) olan, fakat taraflardan birisinin, bilhassa iş görenin iradesi ile başkasına ait kılınan işler de "sübjektif bakımdan başkasına ait işler" (negotium contemplatione

(3) Bu hususta bk. Lent, h. 87-107.

(4) Kreis, sh. 36.

(5) Sturm, sh. 68; Hagenbüchli, sh. 38.

(6) Objektif ve sübjektif bakımdan başkasına ait işler tasnifi için bk.: Moser, sh. 139; Suter, sh. 14; Hagenbüchli, sh. 35; Friedrich, sh. 30; Oser-Schönenberger, Art. 419, Nr. 8; Becker, Art. 419, Nr. 5; Staudinger-Nipperdey, § 677, Nr. 5; Enneccerus-Lehmann, sh. 676.

alienum subjektiv fremdes Geschäft) diye tavsif edilmektedir; meselâ, bir kimsenin pul biriktirmeye meraklı olan bir arkadaşı için, müsait şartlarla satılan bir koleksiyonu vekâletsiz olarak satın alması gibi.

Objektif ve sübjektif bakımdan başkasına ait iş tasnifi bazı müelliflerin tenkidlerini mucip olmuştur⁷. Onlara göre, işin başkasına aidiyeti, sadece objektif kıstaslara müsteniden tayin edilmelidir; binaenaleyh sübjektif bakımdan başkasına ait olan işler ismi altında ayrı bir kategoriden bahsedilemez.

Bu faslın ikinci paragrafını (§ 17) objektif bakımdan başkasına ait işlere tahsis edeceğiz. Bu paragrafta hem ikili tasnifi kabul edenlerin objektif bakımdan başkasına ait olan işler hakkındaki nazariyelerini; hem de bu tasnifin aleyhinde olanların umumiyetle işin başkasına aidiyeti hakkında ileri sürdükleri kıstasları inceleyeceğiz. Sübjektif bakımdan başkasına ait olan işler başlığını taşıyan üçüncü paragrafta (§ 18) ise ikili tasnife taraftar olanların sübjektif kıstastan ne anladıkları ve bu tasnife tevcih edilen tenkidler üzerinde durulacaktır. Nihayet dördüncü bir paragrafın (§ 19) mevzuunu da, son zamanlarda ortaya çıkan ve objektif veya sübjektif mahiyeti münakaşalı bulunan bir kategori, iş görenin başkası namına kendi hesabına vekâletsiz olarak yaptığı işler teşkil edecektir.

§ 17 — OBJEKTİF BAKIMDAN BAŞKASINA AİT OLAN İŞLER

I — İşin başkasının menfaatine uygun olması, başkası hesabına yapılması ve rizikosunun başkasına ait bulunması kıstasları.

Bu kıstaslar muhtelif Pandektist'ler tarafından ileri sürülmüştür.

Ezcümle Leist¹, negotium necessarium, negotium utile ve negotium voluptarium'u tefrik etmekte ve ilk iki halde işin iş sahibi için zarurî veya faydalı olmasını, sonuncu halde de iş sahibinin icazetini, işin başkasına aidiyetinin temeli mahiyetinde saymakta idi. Yani Leist'a nazaran, iş, yapılması kendisi için zarurî veya faydalı bulunan yahut da ona icazet veren şahsa aittir. İcazet verme iş sahibinin iradesine bağlı sübjektif bir keyfiyet olduğundan, onu müteakip paragrafta tetkik edeceğiz. Buna mukabil işin zarurî veya faydalı olması, onun objektif bakımdan iş sahibinin menfaatine uygun bulunması demektir.

(7) Bk. aşağıda § 18, II.

(1) Sh. 111 ve müt. hususiyle sh. 139.

Köllner de², Leist'inkine benzeyen şu görüşü müdafaa etmekte idi: Yapılan faaliyetin başkasının şahsî ihtiyaçlarını tatmine veya mamelekinin idaresine yahut mamelekinde bir artma husule getirilmesine yaraması veya o şahıs tarafından arzu edilmesi ve işe icazet verilmesi, işin başkasına aidiyetini tayine hizmet eden kıstaslardır.

Ruhrat'ın yazılarında da, bu müellifin, işin başkasına faydalı olması ile başkasına ait olmasını aynı mânada addettiğini gösteren parçalar mevcuttur³.

Von Tuhr "Actio de in rem verso" adlı eserinde⁴, iş görmeyi "başkasının menfaatine ve hesabına hareket" şeklinde tarif etmişti; işin başkasının menfaatine ve hesabına olup olmadığı, müellifin fikrinde, objektif olarak tayin edilmek gerekiyordu.

Nihayet Jhering'e⁵ ve onu takiben Chambon'a⁶ nazaran, işin rizikosunu kim taşıyorsa, iş ona aittir; diğer bir ifade ile, işin rizikosuna katlanması lâzım gelen kimse, o işden hasıl olan faydaları da temellük edebilmelidir.

İşin başkasının menfaatine uygunluğu kıstası lüzumundan fazla geniş ve müphem olduğu cihetle başkasına ait işleri tahdit için kiyafetsizdir⁷. Filhakika başkasının menfaatlerine uygun olan her işin mutlaka ona ait olması gerekmez. Meselâ, mâlî vaziyeti iyi olmayan bir kimsenin işlerini vekâletsiz olarak idare edip yola koyan şahsın bu müdahalesi, o kimsenin alacaklılarının menfaatine uygun olmakla beraber, alacaklılara ait bir iş görme vasfını taşımaz. Bir kimsenin kendi işini görmesinden başkalarının da az veya çok faydalanması mümkündür; zaten umumiyetle iş bölümü neticesinde, cemiyet dahilindeki faaliyetlerden bütün cemiyet azası müstefid olur. Kaldı ki, gayrın menfaatine uygunluk, işin başkasına aidiyeti hususunda bir kıstas olarak kabul edilseydi, bir şahsın gerçekte başkasına ait olan bir işi kendi menfaatine istismar etmesi halinde başkasının işini görmeden bahsolunamazdı. Zikri geçen kıstasları sürenler, vekâletsiz iş görmenin unsurlarıyla, iş görenin bazı hakla-

(2) Sh. 58-59.

(3) Das negotium utiliter Gestum, Jher. Jb., Bd. 27 (1889), sh. 121 ve müt.

(4) Sh. 20-21.

(5) Abhandlungen aus dem Römischen Recht, 1844, 1. Abh., sh. 45-47.

(6) Sh. 31 ve müt.

(7) Aynı fikirde Moser, sh. 140-141; Lent, sh. 24-25; Leonhard, Bd. II, sh. 425; Suter, sh. 16; Enneccerus-Lehmann, sh. 676.

nın şartlarını⁸ karıştırmaktadırlar. İş görmenin iş sahibinin menfaati iktisasi olması bu sonuncu şartlardandır. Yoksa böyle bir şart tahakkuk etmeden de bir vekâletsiz iş görme (teviz edilmeyen neviden) karşısında bulunulabilir.

İşin başkası hesabına yapılmasına gelince, bu, onun masraflarına başkasının katlanması ve işden hasıl olan faydaları da o şahsın talep edebilmesi demektir. Fakat her vekâletsiz iş görmede, masrafları talep salâhiyeti doğmayabilir (meselâ, iş gören animo donandi hareket etmişse), yahut kâr elde edilmeyebilir⁹. Kaldı ki, masrafların kime yükleneyeceği ve kârın kimin alacağı, ancak işin kime ait olduğunu tayinden sonra belli olur; yani bir defa, işin başkasına ait olduğu tesbit edilmelidir ki masrafların ve kârın kime düşeceği tebellür edebilsin. Şu halde işin objektif bakımdan başkası hesabına yapılması da işin başkasına aidiyetini tayin hususunda tatminkâr bir kıstas değildir¹⁰.

Aynı tenkid işin rizikosunun başkasına ait olması kıstası için de varittir. İşin kime ait olduğu bilinmedikçe rizikosunun kime terettüp edeceği söylenemez. Diğer taraftan, Moser'in işaret ettiği veçhile¹¹, nefi ve hasarın birbirine bağlı olması mutlak bir kaide değildir.

II — Muamelâtta câri telâkkiye göre başkasının menfaatinin hâkim olduğu iş nazariyesi

Isay tarafından¹² ortaya atılan bu nazariye mucibince, bir işte, iş görenden gayri bir şahsın iktisadî menfaati hâkimse, iş o şahsa, yani başkasına aittir. Bir faaliyette kimin menfaatinin hâkim olduğu ise, muamelâtta câri telâkki (Verkehrsauffassung) veya iş görenin iradesi gözönünde tutularak tayin edilir. Birinci halde objektif, ikinci halde sübjektif bakımdan başkasına ait bir iş bahis mevzuu olur.

Isay böylece, işin başkasına aidiyetini tesbit için hukuk dışı kıstaslar koymağa çalışmaktadır; fakat bu teşebbüsünde ne dereceye kadar muvaffak olduğu câyi sualdir¹³.

(8) Bk. aşağıda § 32 ve 33.

(9) Moser, sh. 143-144; Lent, sh. 27-31.

(10) Zaten von Tuhr da, başkası menfaatine ve hesabına hareketi, Lent'in iddia ettiği gibi (sh. 18), işin başkasına aidiyetini tayine yarayan bir kıstas olmaktan ziyade, actio negotiorum contraria'nın doğum şartı olarak addetmekte idi; nitekim, Actio de in rem verso'nun 174 üncü sahifesinde von Tuhr, işin aidiyetinin halin icaplarına göre tayin edileceğini yazmıştır.

(11) Sh. 145.

(12) Sh. 62 ve müt.

(13) Isay'in nazariyesinin tenkidi için bk.: Lent, sh. 60-68; Hagenbüchli, sh. 37-38; Suter, sh. 17; Moser, sh. 141-143.

Filhakika, bir işin yapılmasında bir şahsın, taallük ettiği miktar ve ehemmiyet itibarıyla daha üstün bir iktisadi menfaati bulunması, işin muhakkak o şahsa ait sayılmasını gerektirmez. Aksi takdirde, bir takım hisse senetlerini satan kimse, bu satış dolayısıyla vukua gelen rayiç tahvülünden çok faydalanan bir spekülâtörün işini görmüş addolunmak lâzım gelirdi; yahut bir gayrimenkulün satıcısı, bu malını satmakla, kendisine müşteri bularak külliyetli bir ücret alan ve iflâstan kurtulan emlak tellâlinin işini yapmış olurdu. Her iki misalde de başkasına ait bir iş görmenin bulunmadığı aşikârdır.

Diğer taraftan, muamelâta câri telâkki müşahhas vakialarda hâkime rehber olmaktan uzak, müphem bir kıstastır. Zaten Isay de¹⁴ hukuk nizamının bahsi geçen telâkkinin ifadesi olduğunu ve onu benimseyeceğini söyleyerek, neticede işin başkasına aidiyetinin objektif hukuka müracaat suretiyle tesbit olunmasını tavsiye eylemektedir; müellifin fikrinde, ancak objektif hukukta bir hal çaresi bulunmadığı takdirde muamelâta câri telâkkinin ne merkezde olduğu araştırılmalıdır. Isay de evvelâ objektif hukuka göre işin kime ait olduğunu araştırdığı cihetle, hukuk dışı kıstaslarla meseleyi halletmek fikrini tahakkuk ettirememiştir. Kaldı ki, zaten çözülmesi icap eden husus objektif hukuka göre işin kime ait olduğudur; Isay'in nazariyesi, bir hal tarzı temin etmekten ziyade, meseleyi başka kelimelerle ortaya koymaktadır.

Isay'in fikirlerini isbat için verdiği misaller de tatminkâr değildir: İntifa hakkı sahibi malik'in haklarını tehlikeye düşürür ve teminat vermezse, hâkim hakkın mevzuunu bir kayyım'a tevdi eder (BGB § 1052, MK. md. 734); bu kayyım bizzat malik olabilir. Isay'e nazaran, burada, muamelâta câri telâkki bakımından intifa hakkı sahibinin iktisadi menfaati hâkim olduğundan, malik kendi işini değil onunkini görmüş sayılır. Fakat, Moser'in de kaydettiği veçhile¹⁵, işin intifa hakkı sahibine ait sayılması, hukuk dışı bir kıstasa değil, hak sahibinin bu sıfatıyla malike takaddüm eden bir salâhiyeti bulunmasına istinad eder.

Isay'in gösterdiği diğer bir misal, itimada müstenid olarak mülkiyeti başkasına nakledilmiş birşey üzerinde bir üçüncü şahsın vekâletsiz tasarrufta bulunması ile alâkalıdır. Müellifin fikrinde, hukukan mutemed şeyin maliki olmakla beraber, üçüncü şahsın tasarrufu, muamelâta câri telâkkiye binaen, itimad edene ait bir işin görülmesi sayılır. Bu fikir de,

(14) Sh. 67 ve 73.

(15) Sh. 143.

itimada müstenid mülkiyet nakli müessesesinin bünyesine aykırıdır¹⁶: Malik sıfatını mutemed taşıdığı cihetle iş sahibinin de o olduğunu kabul etmek lâzımdır.

Nihayet Isay, Alman hukukunda, hasar müşteriye intikal ettikten sonra bayiiin mebi için, ve alacaklının temerrüdü takdirinde borçlunun borç mevzuu şey için yaptıkları masrafları vekâletsiz iş görme hükümlerine tevfikan istiyebilmelerini, kendi nazariyesi lehinde birer delil olarak zikretmektedir; filhakika bayi veya borçlu, üzerinde masraf yaptıkları şeyin henüz maliki oldukları halde, muamelâtta cârî telâkkiye nazaran müşteri veya alacaklı iş sahibi addolunmaktadır. Lent¹⁷ bu görüşün doğru olmadığını ve zikredilen hallerde vekâletsiz iş görmenin mevcudiyetinden bahsedilemeyeceğini etraflı bir surette isbata çalışmıştır¹⁸.

Isay' in muamelâtta cârî telâkkiye ve iş görenin iradesine nazaran başkasına ait işleri tefrik etmesi de Lent'in¹⁹ tenkidine uğramıştır: Muamelâtta cârî telâkki bir işde başkasının menfaati hâkim olup olmadığı hususunda bir hüküm vermeğe yarar; halbuki iş görenin iradesi, sadece böyle bir hükme mevzu teşkil edecek vaziyeti hazırlar. Yani sübjektif bakımdan başkasına ait işlerde de bu aidiyeti tayin edecek olan muamelâtta cârî telâkkidir. İşe kimin menfaatinin hâkim olduğu hususunda verilecek hükmün ölçüsü ile hükme mevzu olan vaziyetin illeti arasında mahiyet farkı vardır; bunlar aynı tasnifin kollarını teşkil edemezler.

III — Başkasının haklarına tesir nazariyesi

Lent²⁰, başkasının sahip olduğu bir şeyin mülkiyetini nakletmek üzere yapılan tasarrufun herkes tarafından başkasına ait bir iş görme olarak kabul edilmesinden hareketle böyle bir tasarrufun bu şekilde tavsiinin neye istinad ettiğini araştırmıştır. Lent'e nazaran bu tasarrufu ya-

(16) Aynı fikirde Moser sh, 142, not 18.

(17) Sh. 65-68.

(18) Oser-Schönenberger (Art. 419, Nr. 21); Becker (Art. 419, Nr. 11 in fine); von Tuhr (sh. 476,5) ve Suter (Sh. 22-23) bahis mevzuu misallerde vekâletsiz iş görmenin mevcudiyetini kabul etmektedirler. Bu hal tarzı, zikri geçen müelliflerden ilk ikisi bakımından, onların, işin başkasına aidiyetinin kıstası olarak, başkasının menfaatleri çevresine müdahaleyi nazara almaları ile izah olunabilir. Fikrimizce, bayi veya borçlunun fiilinde, müşteri veya mütemerrid alacaklının haklarının mevzunun muhafazasını temin eden bir fiil mahiyeti müşahade olunursa başkasına ait bir iş görmeden bahsedilebilir. Bk. aşağıda not 84 e ait metin.

(19) Sh. 62-64.

(20) Sh. 10 ve müt.; sh. 68 ve müt.

bancı kılan onun başkasının, yani malikin mülkiyet hakkına tesir icra etmesidir. Bu tesir, tasarrufu yapanın salâhiyeti bulunup bulunmamasına göre kat'i veya muallâktadır (yani malikin icazetine bağlıdır). Lent varlığı neticeyi umumileştirmiş ve bir faaliyetin başkasına ait bir işin görülmesi mahiyetinde sayılması için, o fiilin başkasının haklarına tesir icra etmesi (Einwirkung auf fremde Rechte) gerektiği kaidesini ortaya atmıştır. Lent'in kanaatınca, işin başkasına aidiyeti ancak böyle objektif bir kıstas vasıtasıyla tayin edilebilir; bunun yanında iş görenin iradesi gibi sübjektif bir kıstasa müracaat yersizdir.

Lent'ten çok önce, Pandektistlerden Aarons, Karlowa ve Dankwardt da onunkine benzer nazariyeler ileri sürmüşlerdi. Bunlardan Aarons'a nazaran²¹ “bir şahsın başkasının işini görmek iradesiyle giriştiği bir faaliyette, yalnız başına bu irade mezkûr faaliyete hiçbir zaman negotium alienum vasfını bahsedemez... Negotium alienum, muhtevası, başkasının mamelekine bir salâhiyet yahut mükellefiyet mevzuu eklemekten yahut mevcut olan böyle bir salâhiyet veya mükellefiyeti kaldırmak yahut tadil eylemekten veyahut da bu çeşit vakıalara mani olmaktan ibaret bir fiildir”. Karlowa da²² “muhtevası itibarıyla başkasının mamelekî sahasına doğrudan doğruya temas eden, yani başkasının menfaatleri çevresine tesiri o şahsın iradesine bağlı olmayan faaliyetler ile, istihdaf edilen tesirin o şahsın iradesine bağlı olduğu işleri,, tefrik ediyordu; yani bu müellif de, işin başkasına aidiyeti için, daima başkasının mamelekine doğrudan doğruya veya iş sahibinin iradesine bağlı tesirin şart bulunduğu ve iş görenin iradesinin tek başına işi başkasına ait kılamayacağı fikrinde idi. Dankwardt'a göre de²³ “mamelekin süjesine objektif olarak tesir eden fiil” o şahsa ait bir iş görmedir. Nisbeten yakın zamanlarda İsviçre hukukçularından Suter²⁴ Lent'in nazariyesini benimsemiştir.

Aarons'un başkasının işini görme hakkındaki tarifi çok geniş olmak ve bir kimsenin mamelekine tesir eden bütün fiilleri, bu arada o kimsenin bütün hukukî muamelelerini içine almakla itham edilmişti. Aynı tenkidler Lent'in koyduğu daha şümüllü esas için de varitti. Bu hususu nazara alan Lent, ortaya attığı kaideyi birtakım takyidlere tabi tuttu:

Evvelâ, iki şahıs arasındaki hukukî muameleler içlerinden birinin

(21) Sh. 7 ve 195.

(22) Römische Rechtsgeschichte, Bd. II, sh. 673.

(23) Sh. 36.

(24) Sh. 17.

işini görme vasfını arzedemez²⁵; başka bir deyimle, iş görenin bizzat iş sahibi ile yaptığı hukukî muameleler asla bu iş sahibi için bir iş görme teşkil edemezler.

Diğer taraftan, iş görenin bir üçüncü şahısla yaptığı hukukî muamelelerde, yalnız muameleyle istihdaf edilen, yani ondan doğrudan doğruya neşet eden netice ve tesir nazara alınmalıdır²⁶. Eğer böyle bir hukukî muamele doğrudan doğruya başkasının haklarına tesir ediyorsa, o şahsa ait bir iş görme bahis mevzuu olur. Meselâ, başkasına ait bir şeyde onun mülkiyetini nakletmek üzere tasarruf eden kimse, tasarrufun doğrudan doğruya istihdaf ettiği netice mülkiyetin nakli olduğundan malikin işini görmüş sayılır. Yoksa mülkiyet kendisine nakledilmek istenen üçüncü şahsın hüsnüniyetli olması dolayısıyla mülkiyeti iktisab etmesi neticesinde malikin ve şey üzerindeki diğer hak sahiplerinin haklarının ortadan kalkması tasarrufun doğrudan doğruya olan neticeleri değildir. Binaenaleyh, mülkiyetten gayri hakların sukut etmesi dolayısıyla, bunların sahiplerinin kendilerine ait bir işin görüldüğünü iddia edememeleri lâzımgelir. Moser²⁷, Lent'in izahlarının kâfi vuzuhu haiz olmaması yüzünden onun burada, malike ait bir iş görmeden de bahsolunamayacağını iddia ettiği zehabına kapılmış ve Lent'i vekâletsiz iş görenin sahasını bu bakımdan çok daraltmakla ittiham etmiştir. Halbuki, Lent²⁸, başkasının mülkü olan şey üzerinde tasarrufu, başkasının işini görenin en münakaşasız bir misali ve nazariyesinin hareket noktası olarak kabul eylemektedir.

İş görenin üçüncü şahıslarla yaptığı hukukî muamelelerin yalnız doğrudan doğruya olan neticelerinin nazara alınması, Lent'e nazaran²⁹, bu muamelelerin başkasının alacak haklarına tesiri bahis mevzuu olan hallerde ehemmiyet arzeder. Meselâ A, B ye tevdi ettiği bir şeyi C ye satmış, fakat zilyedliğin nakli henüz yapılmamıştır. B bu şeyin mülkiyetini hüsnüniyetli bir dördüncü şahsa D ye naklederse, A nin artık şeyi teslim etmesi mümkün olamayacağından B nin tasarrufu C nin alacak hakkı üzerine müessir olur; fakat B nin tasarrufunun bu tesiri dolayısıyladır; tasarrufun doğrudan doğruya istihdaf ettiği netice mülkiyetin D ye naklidir; binaenaleyh B, C nin bir işini görmüş sayılamaz. Moser'in

(25) Lent, sh. 70.

(26) Lent, sh. 71.

(27) Sh. 147.

(28) Sh. 10 ve 71.

(29) Sh. 71-72.

haklı olarak işaret ettiği veçhile³⁰, Lent'in vardığı netice doğru olmak la beraber, gösterdiği mucip sebep yerinde değildir: B nin C ye ait bir işi görmüş sayılmaması onun tasarrufunun C nin alacak hakkına doğrudan doğruya tesir icra etmemiş olmasından istidlâl edilmemelidir; bizzat C de şeyin zilyedliği kendisine nakledilmezden önce onun üzerinde tasarrufa ehil değildir; işte bu sebeptendir ki³¹ B, C nin bir işini görmüş adolunamaz.

Lent'in nazariyesinden çıkarttığı diğer bir netice de³², bir kimse- nin kendi namına başkası hesabına hukukî muamelelerde bulunmasının, başkasının işini görme mahiyetini haiz olmadığıdır. Yani Lent, vasıtalı temsil bahis mevzuu olan hallerde başkasının işini görmenin mevcudiyetini inkâr etmektedir. Bu netice Lent'in "başkasının haklarına doğrudan doğruya tesir" kıstasına uygundur. Lent'in taraftarlarından Suter³³ de, iş görenin kendi namına başkası hesabına yaptığı muamelelerin, inkadları anında değil, fakat ancak iş gören, sonradan, bu muamelelere müsteniden iş sahibinin haklarına tesir icra eden bir faaliyette bulunduğ u takdirde, başkasına ait bir iş vasfını kazanabileceklerini söylemektedir. Benzer fikirde olan Fransız hukukçusu Maruitte³⁴ bu hususta şu mîsali vermiştir: Eğer bir kimse başkası namühesabına 1000 fr. istikraz ederse namına hareket ettiği şahsın işini görmüş olur; fakat başkasının borcunu tediyeye etmek için kendi namına bu 1000 fr. ı alırsa, o, başkasının işini görmüştür denilemez; ancak ödünç aldığı parayla başkasının borcunu ödediği anda başkasının işini görmeden bahsedilebilir.

Bu nazariye İsviçre hukukunda Suter³⁵ ve Aeby'den³⁶ başka müdafî bulamamıştır. Oser - Schönberger³⁷ ve Moser³⁸ "vasıtalı temsil hallerinin bir tarafa bırakılmasıyla, başkasına ait işler çevresinin tecviz edilemeyecek surette daraltıldığını ve günlük hayatın meşru ihtiyaçlarının nazara alınmadığını" beyan etmektedirler³⁹. Filhakika, iş gören, ve-

(30) Sh. 147.

(31) Bk. yukarıda § 15, II, b.

(32) Sh. 75-76.

(33) Sh. 17.

(34) Sh. 135-136.

(35) Sh. 17.

(36) Sh. 55, 57.

(37) Art. 419, Nr. 8.

(38) Sh. 147, not 29.

(39) Reichel, sh. 199; Schneider et Fick, art. 419, no. 25; Staudinger-Nipperdey, § 677, Nr. 8; Ennecerus - Lehmann, sh. 676 ve Paland (§ 677, Nr. 2, c) da iş görenin kendi namına hareket etmesinin, vekâletsiz iş görme hükümlerinin tatbikine engel olmayacağı fikrindedirler.

kâletsiz iş görme hükümlerinden faydalanabilmek için, mutlaka iş sahibi namına hareket mecburiyetinde kalırsa, iş sahibi, onun kendi namına faaliyette bulunmak suretiyle temin edebileceği müsait şartlardan mahrum olur. Diğer taraftan iş gören, hukuki muameleyi başlangıçta iş sahibi hesabına yaptığı halde sonradan cayar ve muameleden hasıl olan faydaları alıkoymak ister ise, iş sahibi bu faydaları, vekâletsiz iş görme hükümlerine binaen, temellük imkânını bulamaz. Kaldı ki BK. md. 413 f. I mucibince, iş sahibi, iş göreni giriştiği taahhütlerden kurtarmak mecburiyetindedir⁴⁰; iş görenin bizzat taahhüt altına girebilmesi ise ancak vasıtalı temsilde bahis mevzuu olur; binaenaleyh mezkûr hüküm, ancak vasıtalı temsilde de iş görme vasfı kabul olunduğu takdirde bir mâna ifade eder. İsviçre'de Federal Mahkeme de müteaddit defalar, iş görenin mutlaka başkası namına hareket etmesi gerekmediği, kendi namına başkası hesabına faaliyetin de kâfi olduğu içtihadını izhar etmiştir⁴¹.

Moser⁴², bütün haksız fiillerin Lent'in başkasına ait iş tarifine ithal edilebileceği yolunda bir tenkid ileri sürmektedir. Halbuki Lent koyduğu kaideyi bu hususta da takyidlere tabi tutmuştur⁴³: Eğer haksız fiil bir üçüncü şahsa karşı ika edilmişse, zaten bu fiilin iş sahibinin haklarına doğrudan doğruya tesir icra etmesi nadiren vaki olabilir. Sadece, haksız fiil aynı zamanda bir hukuki muamelenin yapılması dolayısıyla ika edilmişse böyle bir tesir husule gelebilir. Meselâ, başkası namına bir üçüncü şahsı kandırarak akit yapan kimse başkasının işini görmüş sayılır; çünkü bu akit, diğer taraf onunla ilzam olunamayacağı iddia etmedikçe, iş sahibinin haklarına tesir eder; fakat iş görenin fiili bir hileye müstenid olması dolayısıyla aynı zamanda bir haksız fiildir. Şu halde, Lent'e nazaran, üçüncü şahsa karşı ika edilen haksız fiil, aynı zamanda bir hukuki muameleye vücut verip iş sahibinin haklarına doğrudan doğruya müessir olmadıkça başkasının işini görme sayılamaz⁴⁴.

Moser'in tenkidi, bizzat iş sahibine karşı ika edilen haksız fiiller hususunda isabetlidir. Bu nevi haksız fiiller daima başkasının haklarına

(40) Bk. md. 413 teki "bu kabil taahhütlerini ifaya... iş sahibi mecburdur" ibaresinin aslı "giriştiği bütün taahhütlerden kurtarmağa..." (décharger dans la même mesure de tous les engagements qu'il a pris, von den übernommen Verbindlichkeiten zu befreien) şeklindedir.

(41) RO 41 II 271, "Wertenschlag c. Barlet"; 42 II 471, "François Grangier c. David Reymond".

(42) Sh. 147.

(43) Sh. 174 ve müt.

(44) İş sahibi, iş görenin hilesi dolayısıyla, meşru ivazdan fazla olarak temin ettiği faydaları temellük edemez. Bk. yukarıda § 15, II, b.

doğrudan doğruya tesir icra ettikleri halde⁴⁵, bunların hepsinin mağdurun işini görme mahiyetini arzettiği söylenemez. İş sahibini mutazarr eden haksız fiiller gerçi bazan onun işini görme vasfını haizdirler: Meselâ, bir kimsenin kendi menfaatine başkasının işlerini istismar etmesi halinde vaziyet böyledir. Ancak bu fiillerin bir iş görme sayılmayacağı haller de pek çoktur: Bu meyanda iş sahibini ızzardan başka hiçbir netice husule getirmeyen fiiller zikredilebilir⁴⁶. Şu halde Lent'in kaidesine bunlar hakkında da bir istisna kabul etmesi lâzım gelirdi.

Lent'in tarifine diğer bir takyidin de, üçüncü şahıs lehine şart bakımından konması gerekir; zira âkitlerin böyle bir şart kabul etmeleri üçüncü şahsın haklarına tesir eder ve mezkûr tarife göre başkasının işini görme vasfını kazanır. Bazı Fransız müelliflerinin uzun zaman üçüncü şahıs lehine şartı bir nevi vekâletsiz iş görme şeklinde izah etmelerine rağmen her iki müessese birbirinden farklıdır⁴⁷. Vekâletsiz iş görmeye has olan, iş görenin iş sahibi yerine kaim olması keyfiyeti, üçüncü şahıs lehine şartta mevcut değildir. Diğer taraftan, bir akitte üçüncü şahıs lehine bir hakkın tanınması tarafların iradelerinin yöneldiği bir netice olduğu halde, vekâletsiz iş görmede iş sahibinin haklarının doğumu ve şümulü iş görenin iradesinin muhtevasına uygun olarak tayin edilmez; yani üçüncü şahıs lehine şarttaki irade izharlarının hukukî muamele karakterini haiz olmalarına mukabil vekâletsiz iş görmede vaziyet böyle değildir.

Müşahede olduğu üzere, Lent'in nazariyesinin esaslı bir mahzuru, pek çok istisnaları muhtevi olmasıdır.

Moser tarafından⁴⁸ bu nazariyeye tevcih edilen bir tenkid de şudur: Lent işin başkasına aidiyetinin kıstasını tesbit ederken iş görme fiilinin neticelerini gözönünde tutmaktadır; halbuki evvelâ işin başkasına aidiyeti tayin olunmadıkça bu neticeler belli olmaz. Fikrimizce bu tenkid yerinde değildir: Çünkü Lent'in işin başkasına aidiyetini tayin ederken nazara aldığı neticeler, işin başkasına ait bulunduğu sabit olunca fiile izafe edilecek neticelerin aynı değildir; meselâ Lent, başkasının mülkü

(45) Ve Lent'in tarifine göre başkasının işini görme sayılmaları gerektiği halde.

(46) Bk. yukarıda § 15, not 25 e ait metin.

(47) Bu Fransız müelliflerinin nazariyeleri ve onların tenkidi hakkında bk.: Jean Péquignot, La stipulation pour autrui, thèse de Berne 1942, sh. 41-42; Carrez, sh. 44; Maruitte, sh. 137-140.

(48) Sh. 148.

olan şeyin tamirinde, onun mülkiyet hakkına vaki tesiri hesaba katarak işin ona aidiyetini kabul etmektedir; yoksa tamir masraflarının iş sahibine terettüp etmesi gibi ancak işin aidiyeti belirdikten sonra ortaya çıkabilecek neticeleri nazarı itibara almamaktadır.

IV — Başkasının haklarına veya menfaatlerine müdahale nazariyesi

Bu nazariye, başkasına ait iş mefhumunu tayin etmek için, iş görenin faaliyetinin netice ve tesirlerinden ziyade, bu faaliyetin kendisi üzerinde durmakta, onun mahiyetini araştırmaktadır. Halen Alman ve İsviçre hukukunda hâkim olan bu nazariye⁴⁹ mucibince, eğer iş görenin fiili başkasının hakları veya menfaatleri sahasına bir müdahaleyi (Eingriff) tazammun ediyorsa başkasının işini görmeden bahsedilebilir. Nazariyenin taraftarlarından bazıları başkasının haklarını, diğer bazıları ise menfaatlerini müdahalenin mevzuu olarak kabul ederler⁵⁰. Bu iki görüş arasındaki şümul farkı büyüktür⁵¹; çünkü yalnız objektif hukukun himaye ettiği menfaatler bir hak mertebesine erişebilirler. Fakat müdahalenin mevzuu olarak başkasının menfaatleri sahasını kabul edenlerin, bahsi geçen şümul farkını hesaba kattıkları çoğu zaman şüphelidir.

(49) Alman hukukunda bu nazariyeye taraftar görünenler: RGR Komm., Nr. 4 vor § 677; Palandt, § 677, 2, b, Isele, sh. 162; Enneccerus - Lehmann, sh. 675; Staudinger - Nipperdey, Vorbem. zum elften Titel, Nr. 24 ve § 677, Nr. 5 ve Moser'in sh. 149 not 34 te zikrettiği diğer müellifler. İsviçre hukukunda: Aeby, sh. 56 ve müt.; Wolf, ZSR, N. F., 46 (1927), sh. 314; Becker, Art. 419, Nr. 5 ve 13; Guhl, sh. 307; Simonius, sh. 59; Friedrich, sh. 31-34. Federal Mahkemenin bu nazariyeye müstenid kararları şunlardır: RO 39 II 707, "A. G. Merkur c. Schwob"; 45 II 207/208, "Mertz c. Mellwig"; 47 II 198 yahut JdT, 1921, sh. 506, "Kistler und Konsorten c. Allgemeine Genossame Reichenburg"; 51 II 583, "Union de Banques Suisses c. Mariotti"; 68 II 36 yahut JdT, 1942, sh. 312, "Wildhaber c. Landwirtschaftlicher Verein des Kantons Graubünden"; 71 II 98 yahut JdT, 1945, sh. 528, "Eisenhut c. Hoogstral". Türk hukukunda da Arsebük (sh. 559-560) ve Göktürk (sh. 523) aynı nazariyeyi benimsemişlerdir.

(50) Ezcümle Palandt (§ 677, Nr. 2, b) ve Friedrich (sh. 33-34) başkasının menfaatleri sahasına müdahaleyi esas itti haz etmişlerdir. Oser - Schönnenberger (Art. 419, Nr. 8) ve Becker (Art. 419, Nr. 5) "muhtevaları veya mevzuları itibariyle iş sahibinin menfaatleri çevresine ait olan işler" den bahsetmektedirler. Federal Mahkeme de "Mertz c. Mellwig" (RO 45 II 207/208) ve "Wildhaber" (RO 68 II 36) davalarında hem başkasının menfaatleri hem de hakları çevresine müdahaleyi kıstas olarak almaktadır.

(51) Bu şümul farkının tatbiki bir misali için aşağıda VI da "A. G. Merkur c. Schwob" ve "Wildhaber" davalarının tahliline ve not 59, 101 ve 111 e ait metne bk.

Kayda şayan olan diğer bir husus da, başkasının haklarına tesir eden her fiilin, bu haklara bir müdahale teşkil etmediğidir; bir fiil başkasının haklarına onları ihlâl etmeden müessir olabileceği halde müdahalede daima başkasının hukuki sahasının bir ihlâli mevcuttur. Müdahale nazariyesi müdafilerinin hepsinin bu hususu müdrük oldukları mutlak surette iddia edilemez. Haklara tesir ile haklara müdahale arasındaki farkı bilhassa belirten ve bundan neticeler çıkartan bir hukukçu, İsviçreli müelliflerden Aeby⁵² olmuştur.

Aeby⁵³ vekâletsiz iş görmenin mevcudiyeti umumiyetle kabul edilen bazı hallerde, başkasının haklarına müdahale ve dolayısıyla başkasının işini görme unsurunun bulunmadığı fikrini müdafaa etmektedir. Ezcümle, Aeby'ye nazaran, bir kimseyi bir tecavüze karşı müdafaa, kaybolan bir şahsı veya şeyi araştırma, başkasının bir borcunu yahut yükülefiyetini yerine getirme vekâletsiz iş görme sayılamaz. Çünkü bahsi geçen fiilleri yapmak herkesin hakkı olup onların ikası başkasının hukuki sahasına bir müdahale teşkil etmez.

Diğer taraftan aynı mülâhazalarla Aeby⁵⁴; kendisinden önce Lent'in ileri sürdüğü bir fikri, bir kimsenin kendi namına başkası hesabına gördüğü işlerin başkasına ait olmadığı fikrini tasvip etmektedir. Hatta Lent'ten bir adım daha ileri giderek, salâhiyeti olmaksızın başkası namına hareket edenin, iş sahibi icazet vermedikçe onun haklarına müdahale etmiş sayılamayacağını söylemektedir; yani icazetin verildiği ana kadar ortada bir vekâletsiz iş görme bulunmayacaktır.

Aeby'nin kanaatınca⁵⁵; zikredilen bütün bu hallerde, iş göreni vekâletsiz iş görmeye mes'uliyete müteallik hükümlere tabi tutmak ve iş sahibini de umulan netice hasil olmasa dahi iş görenin masraflarını ödemeğe mecbur kılmak hakkaniyete aykındır. Fakat bu hallerin bir kısmında, gene hakkaniyet icabı, iş görenin yaptığı masrafları istiyebilmesine cevaz vermek lâzımdır. Bunun için hâkim, MK. md. 1 deki salâhiyetine müsteniden, bu hususta kanunda mevcut boşluğu doldurmalı ve vekâletsiz iş görme hakkındaki hükümleri kıyasen tatbik etmelidir. Ancak bu takdirde dahi, iş görenin, işin fena yapılmasından dolayı mes'ul tutulmaması ve umulan netice hasil olmazsa masraflarının ve zararının karşılığını istiyememesi yerinde olur; filhakika bu gibi hallerde, o, mes'ul

(52) Sh. 49-67.

(53) Sh. 50-55.

(54) Sh. 50 ve 57.

(55) Sh. 57-58.

edilemeyeceği cihetle işin rizikosunu da taşımalıdır. Aeby'nin böyle bir takım tahditlerle vekâletsiz iş görme hükümlerinin kıyasen tatbikine cevaz verdiği hallerin misalleri şunlardır: Başkasının borcunu ödemek, bir kimsenin izini kaybettiren borçlusunu veya kaybolan bir şahıs veya şeyi bulmak, haksız yere mahkûm edilen bir şahsın suçsuzluğunu ortaya koymak için faaliyette bulunmak, tecavüze uğrayan bir kimseyi himaye etmek gibi.

Aeby'nin misallerinden bir kısmında, müdahale nazariyesinin diğer taraftarları dahi⁵⁶, başkasının işini görmenin mevcudiyetini tanımaktadırlar. Ezcümle başkasını bir tecavüzden veya tehlikeden kurtarma, başkasının borcunu ödeme hakkında vaziyet böyledir. Kaldı ki, Aeby de, kaydettiğimiz veçhile, dolambaçlı yollardan vekâletsiz iş görme hükümlerinin kıyasen tatbikine gitmek zaruretini hissetmiştir; yalnız onun mezkûr hükümlerin kıyasen tatbiki hususunda koyduğu tahditler isabetli olmadığı gibi bu hükümlere müracaatın pratik ehemmiyetini de azaltmaktadır. Başkasına vaki bir tecavüzü önlemek teşebbüsünde bulunan, fakat bu teşebbüsü muvaffakiyetle reticelenmeyen kimsenin, bu esnada uğradığı zararın tazminini talep edememesi, kanun vazının başkasına yarardını teşvik gayesine aykındır.

Diğer taraftan Aeby'nin, başkasının haklarına bir müdahale teşkil etmeyen faaliyetlerde bulunan kimselerin vekâletsiz iş görme hükümlerine binaen mes'ul tutulması doğru olmaz şeklindeki beyanı da zaittir. Zaten bu nevi hallerde iş sahibinin hakları ihlâl edilmediği cihetle, onun bakımından bir zarar ve binnetice iş gören için de bir mes'uliyet bahis mevzuu olamaz. Aeby bu hususta bir misâl vermekte ve şöyle demektedir⁵⁷: Bir kimse, başkasının borcunu ödemek için onun alacaklısı ile müzakerelere girip bu yüzden borçlunun başka bir arkadaşının borcu ödemesine mani olsa, ve sonradan kendisi de keyfi olarak tediye vazgeçse, mes'ul tutulamaz. Burada, borcu ödemekten vazgeçenin vekâletsiz iş görme hükümlerine binaen mes'ul tutulamaması, Aeby'nin zannettiği gibi başkasının borcunu tediye edenin onun işini görme sayılmamasından ileri gelmez; ortada mes'uliyet yoktur, çünkü başkasının işini görmeye vücut verecek ödeme fiili tahakkuk etmemiştir.

Aeby, başkasını tecavüzden koruyanın, vekâletsiz iş gören sıfatıyla mes'ul kılınmasını, hakkaniyete mugayir bulmaktadır. Halbuki, BK. md.

(56) Bk. Staudinger - Nipperdey, § 677, Nr. 5; Wolf, FJS, no. 1078, II.

(57) Sh. 61.

411 f. II mucibince, zaten bu gibi hallerde iş görenin mes'uliyeti tahfif olunur.

Aeby'nin, başkası hesabına kendi namına yapılan fiilleri başkasının işini görme mahiyetinde telâkki etmemesine karşı aynı fikrin müdafii Lent hakkındaki tenkitler tekrar edilebilir⁵⁸. Nihayet vekâleti olmaksızın başkası namına hukukî muameleler yapılmasında, iş görmeyi, iş sahibinin icazeti anından itibaren başlatmak da doğru değildir; aksi takdirde iş gören, iş sahibinden onun menfaati iktizası yaptığı bir akitten doğan borçları üzerine almasını talep edemeyecektir.

Müdahale nazariyesi haksız surette başkasının hukukî sahasından elde edilen kârın iadesini temin hususunda çok şümüllü bir esas bahşetmektedir. Hele müdahalenin mevzuu, başkasının menfaatleri çevresi olarak kabul edilirse bu esasın şümülü bir kat daha artar. Fakat müdahale nazariyesinin bu sonuncu şeklinde, başkasının işini görmenin hudutları genişlediği nisbette müphemleşir. Bundan başka, her menfaat himayeye şayan olmadığından ve himayeye şayan menfaatler arasında da bir sıralama yapmak gerektiğinden, menfaatleri sahasına vaki her müdahale dolayısıyla bir kimsenin vekâletsiz iş görme hükümlerinden faydalanması doğru olmaz⁵⁹. Filhakika müdahale ile, objektif hukukun vikaye etmediği bir menfaat ihlâl edilebilir; yahut müdahale edenin fiili, aynı zamanda hukuk nizamının himayede kendisine rüçhan tanıdığı bir menfaate tecavüzü mutazammın olabilir. Birinci hale misal olarak hukuka uygun rekabet fiilleri gösterilebilir; bunlar rakiplerin menfaatleri çevresine bir müdahaleyi mucip oldukları halde başkasının işini görme suretinde tavsif edilemezler. İkinci hale de, üzerinde intifa hakkı olan bir ormanın başkası tarafından işletilmesi misal verilebilir; burada malikin de menfaatleri sahasına bir müdahale vaki olmakla beraber menfaati daha üstün olan intifa hakkının süjesi iş sahibi addolunmak gerekir; yani hakkı takaddüm edenin menfaati de üstün sayılır.

Müdahalenin mevzuu başkasının hukukî sahasına hasredilirse bu tenkidler kısmen bertaraf edilmiş olur. Şu kadar ki, Moser'in de beyan ettiği veçhile⁶⁰, müdahale nazariyesi bu şekilde dahi, başkasının işini görme mefhumunun tesbiti hususunda tam bir kat'iyet ve muayyeniyete (plénitude de détermination, vollen Bestimmtheit) erişmiştir denemez. Filhakika başkasının işini görmenin başlıca hususiyeti, iş görenin iş sa-

(58) Yukarıda not 37 - 41 e ait metne bk.

(59) Yukarıda not 51 ve aşağıda not 101 ve 111 e ait metne bk.

(60) Sh. 151-153.

hibinin hukukî sahasında onun yerine kaim olması ve onu tamamlamasıdır. Bundan, daha yukarıda⁶¹, bizzat iş sahibinin yapmağa salâhiyetli olmadığı bir fiili iş görenin de yapamayacağı ve bu neviden fiillerin başkasının işini görme sayılamayacağı neticesini çıkartmıştık. Başkasının haklarına vaki her müdahaleyi onun işini görme addeden nazariye, bu neticeyi hesaba katmadığı cihetle, başkasının işini görmeyi haksız fiillerden tefrik imkânını vermemektedir. Meselâ bir kimse mülkünü kullanırken, MK. md. 661 de derpiş edilen taşkınlıkları yaparsa, komşusunun mülkiyet hakkını ihlâl eden bir müdahalede bulunmuş olur; fakat o, böylelikle, komşusunun işini görmüştür denemez.

Moser⁶² müdahale nazariyesinin doğru olmadığını şu misalle isbata çalışmıştır: G daha önce D ye satıp ta henüz teslim etmediği bir şeyi D nin zararına bir üçüncü şahsa daha yüksek fiatla devrediyor. Müdahale nazariyesi mucibince, G, D nin alacak hakkını ihlâl ve bu suretle onun hukukî sahasına müdahale ettiği için ona ait bir iş görmüş sayılır ve fiat fazlasını ona devretmek mecburiyetindedir. Halbuki bu netice isabetli değildir; zira bizzat D nin, şey üzerinde tasarrufa henüz, salâhiyeti yoktur.

V — Başkasının haklarını kullanma veya istismar nazariyesi

Moser⁶³, müdahale nazariyesine yaptığı tenkidlerden, iş görmede daima iş sahibi ile iş arasında muayyen bir objektif münasebet, iş sahibinin o işe girişme salâhiyeti, o işi yapmağa hakkı bulunması gerektiği neticesine varmıştır. Her hakkı kıymetlendirme imkânları ise yalnız onun sahibine aittir. Kendi menfaatine başkasının işini görme aynı zamanda hukuka aykırı bir fiil mahiyetini arzeder; zira, bu nevi iş görme, iş gören bakımından memnu bir faaliyetten ibarettir; bu memnuiyet, iş sahibinin, herkese karşı dermeyan edebileceği mutlak veya yalnız iş görene karşı ileri sürebileceği nisbî bir hakkından neş'et eder; yani iş sahibi münhasıran yahut hiç olmazsa sadece iş gören muvacehesinde iş görme fiilini yapmağa salâhiyetli olmalıdır. Böylece iş sahibinin hukukan himaye edil-meyen menfaatlerine müdahaleyi tazammun eden fiiller onun işini görme vasfını taşımazlar.

İşle iş sahibi arasındaki münasebet bir sübjektif hak⁶⁴ olarak vasıf-

(61) Bk. yukarıda § 15, II.

(62) Sh. 153.

(63) Sh. 154 ve müt.

(64) Moser (sh. 158-163), sübjektif haktan Jellinek (System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1892, sh. 52) gibi "beşeri irade kudretinin tanı-

landınıncı, başkasının işinin görülmesi de iş sahibine ait bir sübjektif hakkın iş gören tarafından kullanılması demek olur. Bu kullanma, kendi menfaatine başkasının işini görmede, daima, iş sahibinin de bir hakkının ihlâlini teşkil eder. Şu kadar ki, başkasının sübjektif hakları, onları kullanma suretinde tezahür etmeyen ihlâllere de maruz kalabilir: Eğer başkasının hakkına tecavüz edenin faaliyeti bu hakkın muhtevasına tekabül etmiyorsa vaziyet böyledir. Binaenaleyh, bir hakkın kullanılmasından, onun muhtevasının gerçekleştirilmesi anlaşılacak lâzım gelir⁶⁵. Kullanma mefhumu mümkün olduğu kadar geniş tutulmalıdır: "Buraya yalnız doğrudan doğruya istifade, istimal ve hakkın üçüncü şahıslara karşı dermeyanı değil, hak üzerinde, mevzuunu tahrip, takyid, ferağ suretiyle, onu kısmen veya tamamen, hak sahibi bakımından veya umumiyetle, ortadan kaldıran yahut kaldırmayan bir tasarrufla bulunmak da girer"⁶⁶. Failin fiilini yapmasına cevaz olup olmadığı veya hakkın kullanılmasının bir üçüncü şahsa devri mümkün bulunup bulunmadığı haizi ehemmiyet değildir; çünkü esas olan, faaliyetin iş gören için memnu, iş sahibi için caiz olmasıdır; bu itibarla, şahsiyet haklarından birinin istismanın dahi vekâletsiz iş görmenin mevzuunu teşkil edebilir⁶⁷.

Hulâsa Moser'e nazaran bir işin görülmesi ile kimin sübjektif hakkı istimal ediliyorsa, iş ona aittir.

Moser nazariyesini kurarken von Monroy'dan ilham almıştır. Bu sonuncu müellif⁶⁸, başkasına ait iş görme mefhumunun kıstaslarından

masıyla himaye edilen varlık veya menfaat" i (das durch die Anerkennung menschlicher Willensmacht geschützte Gut oder Interesse) anlamaktadır. Mutlak olsun, nisbî olsun her sübjektif hakkın iç ve dış hükümleri mevcuttur: Bunlardan birincisi hakkın nüvesi olarak ferdi salâhiyeti yakından tesbit eder, ikincisi ise bu salâhiyetin zarfı olarak hakkın ziyedliğini üçüncü şahıslara karşı emniyet altına alır. Her sübjektif hak inhisarî bir salâhiyet bahşeder. Moser sübjektif haklar yanında, ayrıca "hukukan himaye edilen menfaatler" diye bir kategori tanınamaktadır. İnhisarî bir salâhiyete ilâveten hususî hukuka müteallik bir himaye mutalebesi (meselâ tazminat talebi) bulunan bütün hallerde bir sübjektif hak mevcuttur. Objektif hukukun koyduğu bir takım yasaklardan effet reflexe suretiyle fertler de faydalansa bile, bundan o fertler lehine sübjektif haklar doğmaz; çünkü bu kaidelere aykırı fiiller herkes için memnudur. Buna mukabil bir objektif hukuk kaidesinin effet reflexe'i olarak bir fert lehine fiilen inhisarî bir vaziyet doğuyorsa ve sübjektif bir hakkın tanınması o kaidenin gayesine uygunsa böyle bir hakkın mevcudiyeti kabul edilmelidir.

(65) Moser, sh. 163-164.

(66) (67) Moser, sh. 164 ve aynı sahifede not 70.

(68) Sh. 9 ve müt. hususiyile sh. 17.

birinin "başkasının haklarının salâhiyetsiz olarak istimali,, diğerinin de "başkasının menfaatlerinin korunması" olduğunu söylemekte idi; bunlardan birincisi objektif, ikincisi ise sübjektif bir mahiyet taşımaktadır.

Isay⁶⁹ ve Chrestin⁷⁰, hakların kullanılması mefhumunun gayrimuayyen olduğunu ve bir kaç tane hak sahibi bulunduğu zaman bunlardan hangisinin hakkının kullanıldığını tesbit etmenin müşkülât arzettiğini beyanla von Monroy'un nazariyesini tenkid etmişlerdi. Moser hakların kullanılması mefhumundan ne anlamak gerektiğini kâfi derecede açıklamıştır. Diğer taraftan, Moser'e nazaran⁷¹, işle alâkalı birden ziyade hak sahibinin mevcudiyeti takdirinde, hangisinin hakkı terciha şayan ise onun işi görülmüş sayılmalıdır. Meselâ, intifa hakkı sahibi B, A ya ait bir taş ocağını C ye hasılat icarına vermiş ve bir dördüncü şahıs D haksız olarak bu ocağı işletmişse, D, müstecir C nin hakkını kullanmış olur. Gerçi von Monroy, Roma hukukuna müsteniden, bir kimsenin alacak hakkının bir üçüncü şahıs tarafından ihlâlini ve istismarını mümkün görmemekte idiyse de modern hukukta aksi fikir kabul edilmektedir.

Başkasının haklarını kullanma kıstasına Federal Mahkeme'nin bazı kararlarında⁷² ve bir takım Alman eserleriyle⁷³, BGB § 687 f. II ye ait mahkeme tatbikatında⁷⁴ rastlanmaktadır. Bu kıstas kendi menfaatine başkasının işini görme hallerinde işin başkasına aidiyetini tayin için çok isabetli ve kullanışlıdır; ancak diğer vekâletsiz iş görme çeşitleri bakımından aynı isabeti haiz olduğu söylenemez⁷⁵. Gerçi bu kıstası ileri sürenler, ekseriya onun yanında, iş görenin iradesine müstenid sübjektif bir kıstas da tanımaktadırlar. Fakat sadece objektif bakımdan başkasına ait olan işleri tayin etmek için dahi, başkasının haklarını kullanma kıstası kâfi gelmez. Ezcümle, bu nevi işlerin mühim bir kategorisini başkasının borç ve mükellefiyetlerini yerine getirme teşkil eder. Bu kategoriye dahil iş görme hallerinde başkasının haklarını kullanma kıstasının bir rol oynamadığı aşikârdır.

(69) Sh. 60.

(70) Sh. 37.

(71) Sh. 157-158.

(72) RO 35 II 659, "J. Mégevet Cie. c. Société des Moteurs Daimler"; 49 II 519, "Basler Glühlampenfabrik AG c. Allgemeine Elektrizitätsgesellschaft"; 67 II 145, "Wassmer c. Centre Anticancéreux de Genève,,"

(73) Mueser, sh. 6-7 ve Moser'in sh. 156 not 46 da zikrettiği diğer müellifler.

(74) RGE, 135, sh. 103; 138, sh. 48.

(75) Aynı fikirde: Friedrich, sh. 31-32.

VI — Netice ve ta'bi-katta münakaşalı bazı haller.

Başkasının haklarını kullanma kıstasının objektif bakımdan başkasına ait olan işlerin bir kısmını tayin için elverişli olduğunu müşahade etmiş bulunuyoruz. Bu kıstasın yanında, doktrini⁷⁶ ve mahkeme içtihadlarını⁷⁷ nazara alarak, başkasının borç veya mükellefiyetlerini yerine getirmeyi de ikinci bir objektif kıstas olarak kabul edebiliriz; fiilhakika bir borç veya mükellefiyetle onun süjesi arasındaki münasebetin, yani bu borç veya mükellefiyetin kime ait olduğu hususunun objektif olarak tayini mümkündür. Burada kasden "borç veya mükellefiyet" tabirini kullanmaktayız; mükellefiyetten gerek bir hakkın iktisabı veya kaybı, yerine getirilmesine bağlı külfetleri (Obliegenheiten; meselâ, müşterinin şeyi muayene ve ayıpları ihbar külfeti gibi - BK. md. 198 -,), gerek bir borç

(76) Wolf, FJS, no. 1078, II; Oser-Schönenberger, Art. 419, Nr. 8; von Tuhr, sh. 430-431; Becker; Art. 419, Nr. 5; Schneider et Fick, art. 419, no. 4; Picard, Revue Trim.; 20 (1921), sh. 443-452; Demogue, t. III, sh. 11-12. Staudinger-Nipperdey (§ 677, Nr. 5) ve Enneccerus-Lehmann (sh. 675-676), Reichsgericht'in bir kararına (RGE, 97, sh. 65-66) müsteniden, "başkasına ait bir işin görübræsinden, yalnız, meşgul olunması hukukan veya iktisaden başkasına terettüp eden bir faaliyet icra edildiği takdirde bahsedilebilir" demektedirler. Bu kıstas başkasına ait bir borç veya mükellefiyetin yerine getirilmesi kıstasına çok yakındır. Şu kadar ki, fikrimizce iktisaden yapılması başkasına terettüp eden bir işin icrası, hukukan da bu hususta bir mükellefiyet bulunmadıkça başkasının işini görme sayılmamalıdır.

(77) Federal Mahkeme: RO 12, sh. 656, "Bank in Luzern c. Biemann"; (bir havalenin kabulü ve tediyesi cırantaların işini görme teşkil eder); 19, sh. 840-841, "Jäggi Cie. c. Erben Segesser" (başkasının borcunu ödeme); 56 II 139 yahut JdT, 1930, sh. 557, "Laeubli-Geiger c. Dame Blattner"; 56 II 132 "Mayer c. Constantin"; 66 II 127 yahut JdT, 1940, sh. 458, "Brun - Haettenschwiller c. Hautle-Haettenschwiller" (müteselsil borçlulardan birinin borcun tamamını ödemesi); 28 II 406, "Schweizerische Seetalbahngesellschaft c. Kanton Aargau", (Kanton tarafından tamiri lâzım gelen yolun nakliye şirketi tarafından yenilenmesi); 16, sh. 810-811, "Mayer c. Landolt"; 55 II 262, "Moynat c. Pâquier"; Bern İstinaf Mahkemesi, ZbJV, 46 (1910), sh. 370, (başkasının infak mükellefiyetini yerine getirme); Cour de Justice Civile de Genève: Sem. Jud. 1951, sh. 436. (başkasına terettüp eden tamirat işlerini yapma); Sem. Jud. 1919, sh. 459 ve müt. (kaldırılması sahibine düşen ve tehlike arzeden gemi enkazının Kanton tarafından kaldırılması). Türk Temyiz Mahkemesi, 4. H. D. 27/1/1951, E. 675/K. 606, İçt. Küll. 1951, II, sh. 1276-1277; no. 2200, (kayınpederin damadının borcunu ödemesi); İcra İflâs D., 12/2/1954, E. 510/K. 707, (Ad. Der., 45 (1954), sh. 1046), (başkasının senede bağlı borcunu ödeme); H.U.H., 18/6/1952, E. 103/K. 137 (İçt. Küll. 7 (1953), sh. 200, no. 311), (yazılı olmayan bir kefalet dolayısıyla başkasının borcunu ödeme).

teşkil etmeyen hukuki vazifeleri (Rechtspflichten; meselâ, istihdam edenin, ev reisinin, hayvan vazüüyledinin nezaret vazifeleri gibi) anlıyoruz⁷⁸.

Hulâsa başkasının haklarını kullanmayı veya borç ve mükellefiyetlerini yerine getirmeyi tazammun eden fiiller objektif bakımdan başkasına ait bir iş görme teşkil ederler. Fransız müellifi Maruitte de⁷⁹, başkasının işlerine müdahaleyi (immixtion dans les affaires d'autrui), başkasının normal surette yapmağa salâhiyetli veya mükellef olduğu fiilleri, onun yerine kaim olarak gerçekleştirmek şeklinde tarif etmektedir. Burada hatıra bir sual gelebilir: Acaba başkasının haklarını kullanma yahut borç veya mükellefiyetlerini yerine getirme kıstasları, objektif bakımdan başkasına ait olan bütün işleri tayin için kâfi midir?

Tatbikatta rastlanan, iş sahibinin menfaatine vekâletsiz iş görme hallerinin başlıcaları gözönünde tutulursa bu suale menfi cevap vermek lâzımdır. Filhakika vekâletsiz iş görmenin mevcudiyeti kabul edilen öyle vakıalar vardır ki, bunlarda ne gayrın haklarını kullanma ne de borç veya mükellefiyetlerini yerine getirme bahis mevzuu olur. Başkasına ait bir hakkın muhafazasını sağlayan fiillerde vaziyet böyledir. Gerçi, zorlama bir tefsir tarzıyla, bu fiillerin icrasının başkasının haklarını kullanmağı tazammun ettiği ileri sürülebilir. Meselâ, komşusunun evini tamir eden kimse, şey üzerinde mülkiyet hakkının mevzuuna dahil bazı tasarruflarda bulunduğu cihetle, malikin hakkını kullanmıştır denebilir. Başkasının hayvanını besleyen şahsın, bu suretle onun mülkiyet hakkını kullandığı da, daha güç olmakla beraber, belki iddia edilebilir. Fakat yanan bir evin söndürülmesine yahut düşen bir atın kaldırılmasına⁸⁰ yardım edenin fiili hakkında böyle bir iddianın ne derecede isabetli olacağı cayi sualdir. Hele dağda kaybolan bir şahsı kurtarmağa gidenlerin⁸¹ onun herhangi bir hakkını kullandıkları büsbütün şüphelidir; aynı şey, haksız yere akrabaları tarafından bir tımarhaneye kapatılan şahsın serbest bırakılmasını temin maksadıyla bir basın kampanyası açan kimse⁸² için de söylenebilir; meğer ki bu hallerde, kaybolan veya kapatılan şahsın, kendisini alâkadar eden kurtarma işine girilip girililmemesine ka-

(78) Von Tuhr, sh. 9-10 ile karşılaştırmız. Başkasının ahlâkî vazifesini ifa, objektif bakımdan başkasına ait iş görme teşkil edemez; bu hususta tafsilât için bk. aşağıda § 31 not 42-43 e ait metin ve § 32 not 36.

(79) Sh. 117.

(80) Bk. Tribunal de première instance de Genève, Sem. Jud. 1914, sh. 218 ve müt., "Caillat c. Calendret".

(81) Bk. Bienne Mahkemesi, SJZ, 46 (1950), Nr. 76, sh. 208-210.

(82) Bk. Picard, Revue Trim. 20 (1921), sh. 461 not 1 de zikredilen karar.

rar vermek hususundaki şahsiyet hakkının kullanıldığı fikri müdafaa edilsin. Bu gibi dolambaçlı muhakeme tarzlarının muknî olmadıkları aşıkârdır. Verdiğimiz misallerde, başkasının borç veya mükellefiyetlerinin edası kıstası da esas itibarıyla bir rol oynamaz. Binaenaleyh, başkasına ait bir hakkın muhafazasını, başkasının haklarını kullanmaya ve borç veya mükellefiyetlerini yerine getirmeye zamimeten, başkasına ait iş görmenin bir kıstası olarak kabul etmek doğru olur⁸³.

Hakkın muhafazasından, doğrudan doğruya hakkın kendisini veya onun mevzuunu teşkil eden şahsiyete yahut mameleke müteallik bir varlığın beka ve idamesini temine⁸⁴, hatta hakkın mevcudiyetini tesbite yarayan her nevi faaliyet anlaşılmalıdır. Hakkın kendisinin doğrudan doğruya korunmasına misal olarak, onun sukutuna veya müruruzamana uğramasına mani olacak tedbirlerin alınması⁸⁵ zikredilebilir. Denize düşen bir kimseyi kurtarmada veya yangın söndürmeye iştirakta hakkın mevzuu olan varlık korunur. Bir kimsenin şecerelerini araştırarak onun miras haklarını ortaya çıkaran da⁸⁶, hakkı tesbit eden bir muhafaza fiilinde bulunmuş olur.

Başkasının haklarını muhafaza suretinde tezahür eden faaliyetin, objektif bakımdan mı yoksa sübjektif bakımdan mı başkasının işini görme olduğu hususu tereddüt uyandırabilir. Ezcümle von Monroy⁸⁷ "başkasının menfaatlerini koruma" yı (Wahrnahme fremder Interessen), sübjektif bakımdan başkasına ait işlerin kıstası addediyordu. Bu nevi işler için aynı kıstası halen de kabul eden müellifler vardır⁸⁸. Fakat, fikrimizce, başkasının haklarının muhafazasında, yapılan faaliyet, o şahsın esas itibarıyla alâkalı olmadığı ve sadece iş görenin iradesi ile ona bağlanan, nötr bir iş değildir; bu faaliyet, iş sahibi ile objektif bakımdan alâkalıdır, çünkü onun haklarına taallük etmektedir. Şu halde, başkasının haklarını muhafazayı, objektif bakımdan başkasına ait işleri tayine yarayan bir kıstas olarak kabul etmek gerekir. Kıstasın objektif olması, gerçekte hakkı veya mevzuunu muhafazaya lüzum bulunmayan veya umulan netice hasıl olmayan hallerde, başkasının işini görmenin mevcut olmadığına karar verilmesini icap ettirmez; fiilin mahiyeti itiba-

(83) Fransız hukukunda bu kıstas için bk. Picard, Revue Trim. 21 (1922), sh. 16; Demogue, t. III, sh. 13.

(84) Hakkın mevzuunu teşkil eden mameleki varlığın muhafazası hakkında yukarıda not 18 e ve aşağıda § 42 not 23 e bk.

(85) Bk. Friedrich, sh. 32.

(86) Demogue, t. III, sh. 15, not 2.

(87) Sh. 9 ve müt.

(88) Bk. aşağıda § 18, not 2.

nyla, umumiyetle başkasının hakkını korumak için yapılan fiillerden olması kâfidir. Meselâ dağda kaybolan bir kimseyi aramak için umumiyetle başvuru tedbirlerin alınması, kaybolan kimse hakikatte emniyette olsa⁸⁹ veya bulununcaya kadar ölmüş olsa dahi⁹⁰, o şahsın işini görme teşkil eder.

Böylece objektif bakımdan başkasına ait olan işlerin üç kistasını tesbit ettikten sonra, tatbikatta, iş sahibinin ve işin başkasına aidiyetinin tayini hususunda tereddüde sebebiyet veren bazı haller üzerinde duralım :

Tereddüt bilhassa birden fazla hak sahibinin veya mükellefin alâkalı olduğu işlerin görülmesinde husule gelebilir. Bu gibi vaziyetlerde terciha şayan hakkı olan veya birinci derecede mükellef bulunan şahsın işi görülmüş olur; eğer böyle bir tefrik yapmak imkânı yoksa hak veya borç sülhelerinin hepsi iş sahibi addolunmak iktiza eder. Bu hususu şu misallerle aydınlatırız: bk kabildir:

Üzerinde intifa hakkı tesis edilmiş bir şeyi işleten kimse, mücerret malikin değil intifa hakkı sahibinin işini görmüş olur. Buna mukabil, böyle bir şeyi hüsnüniyetli bir üçüncü şahsa satan ve teslim eden kimse malike ait bir işi yaptığı cihetle satış bedelini ona iade etmelidir; intifa hakkı bu bedele intikal eder (MK. md. 722 cümle 3). Bir üçüncü şahıs, şey üzerinde intifa hakkı sahibinin yapmağa mecbur olduğu bir masraf ihtiyar ettiği takdirde, bu hak sahibinden vekâletsiz iş görme hükümlerine binaen masrafını ödemesini isteyebilir; intifa hakkı sahibinin yapmağa mecbur olmadığı masraflar için ise malike müracaat etmelidir. Bizzat intifa hakkı sahibi de bu sonuncu neviden masrafları için, intifanın hitamında vekâletsiz iş görme hükümlerine istinad edebilir (MK. md. 725)⁹¹. Mecurda, mucire terettüp eden tamirâtı yapan (BK. md; 258 f. II; md. 279 f. II) üçüncü şahıs onun işini, diğer tamirâtı yaptığı takdirde ise malikin işini görmüş olur.

İştirak halinde yahut müşterek mülkiyete mevzu olan bir şeyde tamirât yapılması halinde, maliklerin hepsi iş sahibi vaziyetine girer⁹²;

(89) Yukarıda not 81 de zikredilen karara bk.

(90) Bu takdirde iş gören mirasçılara müracaat edebilir.

(91) Fransız MK. u bu hususta bir hüküm ihtiva etmediğinden, mesele Fransız hukukunda münakaşalıdır: Bk. Maruitte, sh. 120-124; Carrez, sh. 29-30; Demogue, t. III, sh. 50.

(92) Maruitte, sh. 119-120.

müşterek mülkiyette hisseleri nisbetinde, iştirak halinde mülkiyette ise aralarındaki şahsi münasebete ait hükümlere göre (umumiyetle müteselsilen), bu tamirat masraflarından mes'ul olurlar. İş maliklerden biri tarafından yapılmışsa, o malik, hem iş gören hem de iş sahibi sıfatını haiz olur^{92a}).

Fransız ve İsviçre mahkeme içtihadlarında⁹³, ürken bir hayvanı zaptederken zarara uğrayan kimsenin, vekâletsiz iş gören sıfatıyla tazminat isteyebileceği kabul edilmektedir. Bu neviden vaziyetlerde, hayvanı zapteden, onun hücumundan kurtardığı kimselerin değil, hayvan vazüülyedinin işini görmüş sayılır; çünkü bu şahıs hayvana nezaretle mükellef ve onun sebebiyet verdiği zararlardan mes'uldür; meğer ki kusuruyla hayvanı ürkün bir üçüncü şahıs da zarardan mes'ul tutulabilsin; böyle bir hal bahis mevzuu ise, üçüncü şahsın kusuru illiyet rabitasını kesmedikçe hem o, hem de hayvan vazüülyedi iş sahibi vaziyetine girerler. Hayvan vazüülyedinin mes'uliyetini ortadan kaldıran sebepler bulunduğu takdirde, hayvanı tutan şahıs müdahalesiyle korumağı istihdaf ettiği şahıslara ait bir işi görmüş olur.

Teşebbüs edilmiş bir suçun işlenmesine mani olan kimse, bir taraftan bu suçtan mutazarrır olacak olan şahsın, diğer taraftan da emniyet makamlarının işiyle meşgul olmuş vaziyettedir; hatta suça maruz olan varlık sigortalı ise sigortacı da iş sahibi vasfını haizdir. Buna mukabil işlenmiş olan bir suçun failini yakalamağa hizmet eden hususi şahıs, mağdurun tazminat talebi de neticesiz kalacaksa, daha ziyade idari makamlara ait bir işi yapmış sayılmalıdır⁹⁴.

Bir otomobil tarafından çignenmiş ve şuurunu kaybetmiş olan kimseyi tedavi eden doktor hem kazazedeye, hem de kazayı yapıp kaçana karşı vekâletsiz iş görme hükümlerini ileri sürebilir⁹⁵; çünkü o böylelik-

(92a) Aşağıda § 41, III a ya bk.

(93) Bu hususta bk. Maruitte, sh. 127-129; Picard, Revue trim., 20 (1921), sh. 462; İsviçre hukukunda aynı mânada: Cour de Justice civile de Genève, Sem. Jud. 1915, sh. 120 ve müt.

(94) Hususi bir şahsın idari makamlara ait bir işi görmesinin ne nisbette tevcih edilebileceği ve bu makamlardan masraf ve zararı için tazminat talebinde bulunup bulunamayacağı hususunda bk. Lent, Wille und Interesse, sh. 51-58; Staudinger - Nipperdey, Vorbem. 71 vor § 677; aşağıda § 22, I, 2. Lent'e nazaran (Wille und Interesse, sh. 54-55) bir suçun işlenmesini önleyen veya suçlunun yakalanmasına yardım eden kimse daima, sadece idari makamlara ait bir işi görmüş addolunmalıdır.

(95) Enneccerus-Lehmann, sh. 696.

le birincinin şahsiyet haklarını muhafazaya çalışmış ve ikincisinin de bir borcunu yerine getirmiştir.

Yangına karşı sigortalı bir gayrimenkulün yanması halinde kendiliğinden onun söndürülmesine yardım eden de hem malikin hem de sigorta şirketinin işini görür. Demogue'a nazaran⁹⁶, gayrimenkul tamamı için ve emin şartlarla sigorta edilmişse, yalnız sigorta şirketine ait bir işin görülmesi bahis mevzuu olur; fikrimizce bu vaziyette dahi malikin haklarını muhafaza karşısında bulunulduğundan onu da iş sahibi adetmek gerekir⁹⁷.

Federal Mahkeme'nin, vekâletsiz iş görmeye mütedair bazı kararlarında, işin başkasına aidiyeti hususunda ileri sürdüğü mülâhazalar doktrinde münakaşaları mucip olmuştur:

Mahkemenin hükme bağladığı dâvalardan birinde⁹⁸, bir bakkal dükkâm olarak icar edilen yeri, müstecir mukaveleye muhalif olarak bir sinemaya alt kiraya vermişti; malik, müstecirin kendisine ait bir işi vekâletsiz olarak gördüğünü iddia ederek, onun alt kiracıdan aldığı icar bedellerini temellük talebinde bulunuyordu. Federal Mahkeme, müstecirin, alt kira mukavelesini akdetmekle malikin haklarına müdahale ve onlarda tasarruf etmediği mülâhazası ile bu iddiayı reddetti; yalnız mecurda yapılan değişiklikler dolayısıyla, malike tazminat talebinde bulunmak hakkını tanıdı. Şeyi kiraya vermekle, bizzat malik, icar müddetince onun üzerinde yeniden kiralamak suretiyle tasarruf edemeyeceğinden, Federal Mahkeme'nin mucip sebepleri haklı görünmektedir⁹⁹. Friedrich¹⁰⁰ burada, mecurda değişiklikler yapılması dolayısıyla malikin menfaatleri sahasına tesir icra edildiğini, binaenaleyh ona ait bir işin görüldüğünü beyan ederek Federal Mahkemeyi tenkide çalışmıştır. Halbuki işin başkasına aidiyeti mefhumunun böyle geniş tutulması yukanda işaret ettiğimiz veçhile mahzurludur¹⁰¹.

(96) T. III, no. 28 bis.

(97) Aynı fikirde olan Enneccerus-Lehmann'a göre (sh. 676), gayrimenkul malikine veya sigorta şirketine müracaat etmek iş görenin ihtiyarına kalmıştır; bunlar, ona ödedikleri miktarı aralarındaki münasebete göre paylaşılırlar.

(98) RO 39 II 702 ve müt., hususile sh. 707, "AG Merkur c. Schwob".

(99) Federal Mahkeme'nin vardığı neticeyi Moser de (Gewinnherausgabe im Wettbewerbsrecht, sh. 14, not 21) tasvip etmektedir.

(100) Sh. 33.

(101) Bk. yukarıda not 51 ve 59.

Bir başka meselede¹⁰², hasılat icanna verilmiş olan bir çayıra kömün tarafından el konulması neticesinde icar sona ermiş ve kömün malike eskisinden daha yüksek bir icar bedeli ödemeğe başlamıştı. Eski müstecir, kendi ödediği icar bedeli ile yeni bedel arasındaki farkın, vekâletsiz iş görme hükümlerine binaen kendisine verilmesini istiyordu. Federal Mahkeme, yeni icarın eski müstecirin haklarına bir müdahale olmaksızın yapılamayacağı ve bu akdin onun haklarında bir tasarrufu tazammun ettiği mülahazası ile eski müstecirin talebini is'af etti. Halbuki burada, çayıra el konulmasıyla eski icar ortadan kalkmış olduğundan ve bu el koymada malikin bir dahli bulunmadığından, eski müstecire ait bir işin görülmesinden bahsedilememesi lâzım gelirdi¹⁰³.

Federal Mahkeme'nin çok tenkide uğramış kararlarından biri de¹⁰⁴ şu hâdise ile alakalı idi: Bir borçlu (B), alacaklılarından A_1 e yapmak istediği bir tediyeyi yanlışlıkla diğer bir alacaklısına (A_2 ye) yapmış ve o da vaziyetin farkında olmayarak, bunu kendi alacağına mahsup etmiş idi; sonradan borçlu iflâs edince, ondan alacağını tahsil edemeyen A_1 , A_2 ye müracaatla, ona yanlışlıkla ödenen meblağı, vekâletsiz iş görme hükümlerine tevfikan, kendisine vermesini istemişti. Federal Mahkeme'ye nazaran, A_2 , tediye'nin gerçekte A_1 e müteveccih olduğunun farkında bulunmadığından sadece kendisine ait bir işi görmüştür; A_2 tarafından tediye'nin kabulü ne objektif ne de sübjektif bakımdan A_1 e ait bir işin görülmesi sayılabilir; eğer havale ihbarnamesinin mahiyetinden ve yazılış tarzından onun A_1 e mahsus olduğu anlaşılabilse idi, tediye'nin kabulü objektif bakımdan başkasına ait bir iş addolunabilirdi; diğer taraftan A_2 tediye'yi kendi alacağına mahsup etmek üzere, kendisi için kabul ettiğiinden, ortada sübjektif bakımdan başkasına ait bir iş olduğu da söylenemez.

Federal Mahkeme'nin bu mülahazaları haklı olarak şu muahezelelere maruz kalmıştır¹⁰⁵: Bir işin objektif bakımdan başkasına ait olması iş

(102) RO 47 II 195, hususile 198 yahut JdT, 1921, sh. 503 ve müt., hususile sh. 506, "Kistler und Konsorten c. Allgemeine Genossame Reichenburg".

(103) Aynı fikirde: Wolf, ZSR, N. F., 46 (1927), sh. 316; Friedrich, sh. 32-33.

(104) RO 68 II 29, hususile 34-36 yahut JdT, 1942, sh. 308 ve müt. "Wildhaber c. Landwirtschaftlicher Verein des Kantons Graubünden".

(105) Bu hususta bk.: Ferruccio Bolla, Repertorio di Giurisprudenza Patria, 1942, sh. 345 ve müt.; Guhl, ZbJV, 79 (1943), sh. 372; Simonius Über die Bedeutung des Vertrauensprinzipes in der Vertragslehre, in Festgabe der Basler Juristenfakultät zum Schweiz. Juristentag, 1942, sh. 247, aynı müellif, Quelques observations sur le rôle de la doctrine dans l'application des

görenin iradesine bağlı değildir; iş görenin işin başkasına ait olduğunu bilip bilmemesi bu hususta hiçbir rol oynamaz; diğer taraftan, burada sadece kendi menfaatine başkasının işini görme bahis mevzuu olabileceğinden, Mahkemece, işin sübjektif bakımdan başkasına ait olup olmadığının araştırılması da yersizdir¹⁰⁶; nihayet vaktiada A₂ nin hüsnüniyetinden şüpheyi icap ettirecek emareler vardır.

Moser'in fikrinde¹⁰⁷, başkasına mahsus olduğu bilinen bir tediye nin kabulü de, Federal Mahkemenin beyan ettiği gibi muhakkak objektif bakımdan başkasına ait bir iş görme vasfını haiz olmaz; ancak hakikatte kendisine tediye yapılmak istenen alacaklının alacağına, tediye başkasına vaki olmakla sukut ettiği istisnai hallerde (meselâ BK. md. 165; TK. md. 568, cümle 1 ve 570 f. I,) bu alacak üzerinde tasarruf edilmiş ve alacaklının işi görülmüş olur. Zikredilen ihtimaller dışında, alacaklının hakkı, tediye başkasına yapılırsa da, baki kalacağından, ne onun hakkına bir müdahalenin vukuundan, ne de hakkın başkası tarafından kullanılmasından bahsedilebilir.

Bazı müelliflere göre¹⁰⁸, Federal Mahkeme'nin meşgul olduğu meselede, A₁ borçlunun iflâsı dolayısıyla alacağını tahsil edemediğinden A₂, A₁ in haklarına değilse bile menfaatleri sahasına müdahale etmiş vaziyettedir; binaenaleyh A₂ objektif bakımdan A₁ e ait bir işi görmüştür ve A₁ İBK. md. 423 e (BK. md. 414 e) binaen A₂ den kendisine tediye edilen meblâğı talep edebilmelidir. Hattâ bir takım müellifler, yalnız bu meselede değil, umumiyetle başkasına ait tediye nin kabulünde vekâletsiz iş görme mahiyetini bulmaktadırlar¹⁰⁹; Wolf'un fikrinde¹¹⁰, "böyle bir hal tarzı, vekâletsiz iş görmeye ve haksız iktisaba müteallik prensiplerin inkişafına yardım eder".

Başkasının menfaatlerine müdahale kıstası, daha yukarıda işaret ettiğimiz veçhile¹¹¹, lüzumundan fazla şümüllü ve gayrimuayyen olduğundan, bu kıstasa müracaat kanaatımızca, yerinde değildir. Bununla

dispositions générales du Code des obligations, Sem. Jud. 71 (1949), sh. 217-218; Friedrich, sh. 33-35.

(106) Bk. aşağıda § 18 not 9 a ait metin.

(107) Gewinnherausgabe im Wettbewerbsrecht, sh. 10 ve not 15.

(108) Ezcümle Friedrich, sh. 34.

(109) Friedrich, sh. 53 ve müt.; Guhl, sh. 308; Göktürk, sh. 526; Bolis, not 105 de bahsi geçen yazı, sh. 350; Simonius, not 105 de bahsi geçen yazılardan ilki, sh. 247, ikincisi, sh. 218; Wolf, FJS; no. 1078; II; Annexe; Ennecerus - Lehmann; sh. 683.

(110) FJS, no. 1078, II, Annexe.

(111) Bk. yukarıda not 59.

beraber, Moser'in müdafaa ettiği gibi, 'başkasına ait tediyeyi kabulün, sadece onun alacak hakkının sukutunu mucip olduğu hallerde, bu hakkın kullanılması şeklinde sayılması da hakkaniyete aykırı neticeler doğurabilir; nitekim Federal Mahkeme'nin önüne gelen hâdisede keyfiyet böyledir. Bir hakkın kullanılması için o haktan bir fayda elde edilmesi kâfidir; yoksa o hak üzerinde onu sukut ettirecek bir tasarrufta bulunmak şart değildir; binaenaleyh başkasına ait tediyenin kabulünden, Wildhaber dâvasında olduğu gibi, kendisine ait bir alacağı istifa suretiyle faydalanan kimseyi de başkasına ait bir iş görmüş saymak doğru olur.

§ 18 — SÜBJEKTİF BAKIMDAN BAŞKASINA AİT OLAN İŞLER

*I — İşin başkasına aidiyetini tayin için ileri sürülen
sübjektif kıstaslar*

Sübjektif bakımdan başkasına ait işler kategorisini kabul eden müelliflerden bir kısmı¹, bu işlerin mücerret mahiyet ve muhtevaları itibarıyla başkasının hukukî sahasını alâkalandırmayıp nötr olduklarını ve ancak iş görenin iradesinin iş sahibine müteveccih olması dolayısıyla, başkasına ait sayıldıklarını beyan etmektedirler. İş görenin faaliyette bulunurken iradesinin başkasına müteveccih olması, bu iradenin muhtevası tesbit edilmedikçe emin bir kıstas teşkil etmez. Binaenaleyh bir adım daha ileri gitmek ve bahsi geçen iradenin muhtevasını araştırmak gerekir.

Pandekt hukukundan intikal eden ve bugün de taraftarları bulunan² bir nazariye bu hususu tesbite çalışmıştır. Bu nazariye mucibince, iş görenin başkasının menfaatlerine hizmet maksadıyla faaliyette bulunması, esas itibarıyla nötr olan o faaliyete, başkasına ait bir işin görülmesi vasfını izafe eder. Yalnız bu nazariyenin müdafii olan Pandektist'lerden ekserisi, iş görenin başkasının menfaatlerini sağlamak iradesine iş sahibinin iradesinin de inzimamını şart koşmakta idiler³; yani iş görenin iradesine müsteniden bir işin başkasına ait olabilmesi için aynı zamanda bu işe, iş sahibinin de icazet vermesi lâzım geliyordu. Bugün icazet şartı umumiyetle terkedilmiş bulunmaktadır⁴; iş görenin başkasının menfaatlerine hiz-

(1) Oser - Schönerberger, Art. 419, Nr. 8; Staudinger - Nipperdey, § 677, Nr. 5; Hagenbüchli, sh. 35; RGR Komm., Nr. 4 vor § 677 ve Nr. 2 zu § 677.

(2) Ezcümlle Becker, Art. 419, Nr. 5; Enneccerus - Nipperdey, sh. 676; Palandt, § 677, 2 b.

(3) Bk. von Monroy, sh. 27 ve müt., sh. 31; Ruhstrat, Arch. für ziv. Praxis, Bd. 34, sh. 62; Leist, sh. 139 (negotium voluptarium hakkında); Köllner, sh. 57; Saksonya MK. § 1358.

(4) Lent'in (sh. 22-23) bu şart hakkındaki tenkidlerine bk.

met iradesi kâfi addolunmaktadır. Fakat böyle bir kıstas da haklı bazı tenkidleri celbetmiştir⁵.

Filhakika başkasının faydasını sağlamak maksadı ile yapılan her iş o şahsa ait olmaz. Meselâ başkasına hediye etmek üzere bir şey satın alan kimse, o şahsın menfaati için hareket ettiği halde onun işini görmez; yahut A tarafından yapılan tabloyu şehir müzesi hesabına satın alan, böylece A'nın menfaatlerini korumak istese dahi, müzeye ait bir işi yapmış olur.

Zikredilen misaller başkasının menfaatine hareket iradesinin sübjektif bakımdan başkasına ait olan işleri tayin için elverişli bulunmadığını açıkça göstermektedir. Bu sebepten, bahsi geçen işlerin kıstası olarak, nisbeten yeni eserlerde şu esas ortaya atılmıştır⁶: İş görenin, faaliyetinin neticelerini başkasının hukukî sahasına izafe etmek, o sahada müessir kılmak iradesi. Bu kıstası, "iş görenin, yaptığı hukukî muamelelerin başkasının hukukî sahasına doğrudan doğruya veya dolayısıyla tesir husule getirmesine yönelen iradesi" şeklinde ifade etmek de mümkündür. Filhakika, sübjektif bakımdan başkasına ait olan işler, onun hukukî sahasında önceden mevcut haklara, bunların mevzuunu teşkil eden varlıklara, borçlara ve mükellefiyetlere tesir etmedikleri cihetle, daha ziyade, başkasının mamelekine yeni hak ve borçlar eklemeye matuf *hukukî muamelelerin* yapılması suretinde tezahür ederler⁷. Binaenaleyh bir işi sübjektif bakımdan başkasına ait kılan, iş görenin başkasını vasitasız veya vasıtalı surette temsil iradesidir de denebilir⁸.

(5) Bk. Leonhard, Bd. II, sh. 427; Lent sh. 41-43.

(6) Bk. Leonhard, Bd. II, sh. 427; Isele, sh. 163.

(7) Meğer ki "başkasının haklarını muhafaza" da "muhafaza maksadıyla hareket" şeklinde sübjektif bir kıstas olarak kabul edilsin; o takdirde muhafaza fiili, maddî bir fiil olabileceğinden, sübjektif bakımdan başkasına ait işler hukukî muamelelerin yapılmasına inhisar ettirilemez.

(8) Planiol - Ripert - Boulanger de (t. II, no. 1204) temsili tazammun eden ve etmeyen vekâletsiz iş görme diye bir tefrik yapmaktadırlar. Yalnız şu hususu açıkça belirtmek lâzımdır: Sübjektif bakımdan başkasına ait işlerin kıstasını "temsil iradesi" olarak tavsif, vekâletsiz iş görmeyi salâhiyetsiz temsilin bir nev'i saymağı icap ettirmez; zira, vekâletsiz iş görme, yalnız sübjektif bakımdan başkasına ait işlerin yapılmasına inhisar etmez; kaldı ki, temsil iradesi sadece sübjektif bakımdan işin başkasına aidiyetini tayine yarayan bir kıstastır, yoksa iş görenle iş sahibi arasındaki iç münasebetin mahiyetini izaha hizmet etmez.

Kendi menfaatine başkasının işini istismar etme hallerinde, böyle bir iradeye rastlanamayacağı için, sübjektif bakımdan başkasına ait bir işin görülmesinden asla bahsedilemez⁹.

Diğer taraftan, iş sahibinin henüz mevcut olmayan bir şahıs (meselâ ileride kurulacak bir hükmi şahıs) olabileceği umumiyetle kabul edilmektedir¹⁰; böyle bir şahsın hukukî sahası, iş görme anında henüz meydana çıkmadığından, onun işini görme de daha ziyade sübjektif mahiyet arzeder.

İş görenin başkasını vasitasız veya vasıtalı surette temsil iradesini herhangi bir şekilde izhar etmiş olması lâzımdır¹¹. Bu iradenin muhakkak kendisiyle muameleye girilen şahsa karşı izhar edilmiş olmasına hacet yoktur; iş görenin, iş sahibine veya işle alakası olmayan bir üçüncü şahsa bu husustaki iradesini bildirmiş olması kâfidir.

Müteaddit defalar belirttiğimiz veçhile¹², iş gören üçüncü şahıslarla bir hukukî muamele aktederken iş sahibi namına hareket edebileceği gibi kendi namına iş sahibi hesabına da faaliyette bulunabilir; yani vasıtalı temsil iradesi de işi sübjektif bakımdan başkasına ait kılmak için kifayet eder.

Nihayet bir noktayı daha açıklamak gerekir: Bir işin evvelâ objektif bakımdan muayyen bir şahsa ait olup olmadığı araştırılmalıdır; ancak işin böyle bir vasıf taşımadığı tahakkuk ettikten sonradır ki sübjektif kıstasa başvurulabilir¹³; diğer bir ifade ile, sübjektif kıstas, yalnız objektif bakımdan nötr işler için ehemmiyet arzeden tâli bir kıstastır.

II — Sübjektif bakımdan başkasına ait işler kategorisinin kabulü aleyhindeki fikirler ve bunların reddi

Almanya'da bazı Pandektistler¹⁴ ve Lent¹⁵, İsviçre'de de Aeby¹⁶

(9) Friedrich, sh. 30; Moser, sh. 139; Staudinger - Nipperdey, § 687, Nr. 6. Aksi fikirde Enneccerus - Lehmann (sh. 685, b) ve Oertmann. (§ 687, 3, d). Bk. aşağıda § 19 not 10 ve 11 e ait metin.

(10) Enneccerus - Lehmann, sh. 676; Staudinger - Nipperdey, § 677, Nr. 7; Brückmann, sh. 62; Becker, Art. 419, Nr. 7. Aşağıda § 23 not 48 e de bk.

(11) Palandt, §. 677, Nr. 2, c; Staudinger - Nipperdey, § 677; Nr. 5; Becker, Art. 419, Nr. 5.

(12) Bk. yukarıda § 17 not 37 - 41 ve 58 e ait metinler.

(13) Bk. Isele, sh. 162 - 163; Palandt, § 677, 2, b.

(14) Bk. yukarıda § 17 not 21 - 23 te zikredilen müellifler.

(15) Sh. 34 - 59.

(16) Sh. 55 ve müt.

ile Suter¹⁷, objektif kıstaslara binaen başkasına aidiyeti tayin edilen işler yanında, ayrıca sübjektif bakımdan başkasına ait işler kategorisinin kabul olunmasının şiddetle aleyhinde bulunmuşlardır. Bu müelliflerin dermeyan eyledikleri deliller etraflı bir tetkike tabi tutulursa, onların sağlam temellere dayanmadığı müşahede olunur :

a) Suter'in fikrince¹⁸, başkasına ait işlerin objektif ve sübjektif diye iki gruba ayrılması mantığa aykırıdır; zira objektif bakımdan başkasına ait olduğu söylenen işler de, bunlara teşebbüs edip etmemek iş görenin iradesine bağlı olduğu için bir bakıma sübjektiftirler.

Suter mantık icaplarını ileri sürmekle beraber, bizzat kendisi meseleyi bu icaplara uygun bir surette tahlile muvaffak olamamaktadır. Filhakika, bir işin başkasına aidiyetini tayin meselesinin, o işe girişip girişmeme iradesiyle hiçbir alakası yoktur; mezkûr mesele ancak işe girişildi mi ortaya çıkar; meydanda iş görme yoksa zaten işin kime ait olduğunu araştırmaya hacet kalmaz. Bir işi yapmak iradesi, her iş görmede, bu arada bir kimsenin kendi işini görmesinde de mevcut olup, herhangi bir işi başka bir şahsa izafe etmeye salih değildir. Şu da var ki, bizim anladığımız mânada sübjektif kıstas, başkasını vasitasız veya vasitalı surette temsil iradesinden ibarettir; bu ise, işe girişme iradesinden tamamen farklıdır.

b) Lent ve Suter'in, objektif ve sübjektif bakımdan başkasına ait işler tasnifine atfettikleri ikinci mahzur¹⁹, bu tasnifin işin başkasına aidiyetinin illikî üzerinde durup mahiyetini izaah etmemesidir. Diğer bir ifade ile, adı geçen müelliflere nazaran, bu tasnife müracaatla, işin objektif veya sübjektif sebeplerden başkasına ait olabileceği beyan edilmekte, fakat başkasının işini görme mefhumunun muhtevası hakkında bir fikir verilmemektedir.

Bu tenkid de isabetli olmaktan uzaktır. Bizim tesbit ettiğimiz kıstaslar (yani objektif bakımdan başkasına ait işler için, başkasının haklarını kullanma veya muhafaza yahut borç veya mükellefiyetlerini yerine getirme, sübjektif bakımdan başkasına ait olan işler için de, başkasını vasitasız veya vasitalı surette temsil iradesi), başkasının işini görme mefhumunun muhteva ve mahiyetini lâyıkıyla tebarüz ettirmektedir.

(17) Sh. 15.

(18) Sh. 15.

(19) Lent, sh. 14 - 15; Suter, sh. 15.

c) Lent, Suter ve Aeby, işin başkasına aidiyetinin sübjektif kıstaslara binaen tayin olunabileceğini reddetmekle, vasıtalı temsil bahis mevzuu olan halleri başkasına ait iş görme mefhumu dışında bırakmak istemektedirler²⁰. Hatta Aeby²¹ salâhiyetsiz olarak girişilen vasıtasız temsilde de, başkasının işini görmenin mevcudiyetini ancak iş sahibinin icazeti anından itibaren kabul etmektedir.

Vasıtalı temsil hallerinde de başkasının işini görme vasfının bulunduğu hususunda daha yukarıda söylediklerimizi²² burada tekrardan sarfınazar ediyoruz. Yalnız şuna bir daha işaret edelim ki, vasıtalı temsil bahis mevzuu olan vakialarda başkasının işini görmenin mevcudiyeti kabul edilmezse, iş gören sonradan fikrini değiştirdiği takdirde, iş sahibî kendi hesabına yapılan bir işin faydalarını temellük edemeyecektir; diğer taraftan, iş yapılması iş sahibinin menfaati iktizası olsa dahi, iş gören masraflarını vekâletsiz iş görme hükümlerine binaen istiyemeyecektir; hatta Aeby'ye nazaran, iş sahibi namına hareket eden salâhiyetsiz mümessilin, ondan menfaati iktizası olan bir işden doğan borçları üzerine almasını talep etmesi mümkün olamayacaktır. Bu neticelerin içtimai hayatın icaplarına uygun olmadığı aşikârdır.

d) Lent'in kanaatınca²³ başkası hesabına hareket iradesi, her zaman başvurulması mümkün olan bir kıstas değildir; çünkü böyle bir irade, işin masraflarını ve riskini başkasına yüklemeyi, hasılatını da ona devretmeyi tazammun eder; halbuki, iş gören işi, iş sahibinin mamelekine dahil kıymetlerle yapıp, hiç masraf etmemiş olabilir; yahut da masrafları istememek niyetini (animus donandi) taşıyabilir; veyahut da işten bir kâr husule gelmeyebilir. Bu hallerde işin başkasına aidiyetini tayin etmek mümkün olmaz. Başkası hesabına hareket iradesi, işin başkasına aidiyetine kıstas teşkil edemez, çünkü işin başkası hesabına yapıldığı ancak onun başkasına ait bulunduğu belli olunca ortaya çıkar.

Lent burada bazı hatalara düşmektedir. Bir kere, iş sahibinin mamelekine dahil kıymetlerle iş görmede, zaten objektif bakımdan başkasına ait bir iş vardır; binaenaleyh ayrıca sübjektif kıstasa müracaat etmeye hacet yoktur. Saniyen, biz, başkası hesabına hareketten, iş görenin yaptığı hukukî muamelenin neticelerini sonradan iş sahibinin hukukî sahasına nakletme iradesini anlıyoruz; Lent, bu irade ile, neticelerin na-

(20) Lent, sh. 75; Suter, sh. 17; Aeby, sh. 50, 56 . 57.

(21) Sh. 50.

(22) Bk. yukarıda § 17, not 37 - 41 e ait metin.

(23) Sh. 37 ve müt.

kilden sonra iş sahibinin hukukî sahasında kendisini göstermesi keyfiyetini birbiri ile kanıtlamaktadır. Kaldı ki sübjektif bakımdan başkasına ait iş görmede daima bir hukukî muamelenin yapılması bahis mevzuudur; hukukî muamelenin neticeleri ise, iş gören için bazı masrafları mücip olmağa inhisar etmez; binaenaleyh iş görenin masrafları istemeğe niyeti olmasa dahi, hukukî muamelenin diğer neticelerini iş sahibine nakletme iradesi, işin bu sonuncuya aidiyetini göstermeğe kâfidir.

e) Lent'e nazaran²⁴, vasıtalı temsil mevcut olan hallerde başkasının işini görme mahiyeti kabul edilirse, iş görme akitleriyle satış aktını birbirlerinden tefrik etmek müşkülleşir; bir kimsenin kendisinde bulunmayan bir şeyi satın sonradan onu tedarik etmesiyle, o şeyi kendi namına başkası hesabına satın alması arasında bir fark olmamasına rağmen, birinci halde satışa, ikinci halde ise iş görmeye ait hükümleri tatbik etmek doğru değildir.

Lent bu suretle komisyon aktinin pratik ehemmiyetini inkâr etmektedir. Müellifin verdiği iki misal arasında, onun iddia ettiği gibi hiç fark yok değildir; bilâkis misallerin herbirinde, iş görenin iradesinin matuf olduğu gaye, yani faaliyetinin illeti bambaşkadır; bahis mevzuu hallerin ilkinde bu irade satış aktinin hükümlerini, ikincisinde ise komisyon aktinininkileri istihdaf eder.

f) Gene Lent'in fikrinde²⁵, eğer işin başkasına aidiyetini tayinde iş görenin iradesi, bu iradenin yöneldiği netice, esas ittihaz edilirse, vekâletsiz iş görenin tek taraflı bir hukukî muamele olduğunu kabul etmek lâzımgelir; halbuki müellife göre, bu müessesese bir fiili muamele mahiyetini taşır.

Böyle bir muhakeme tarzı da tatminkâr görünmemektedir. Filhalka sübjektif kıstasa nazaran, iş görenin iradesi, yaptığı hukukî muamelenin neticelerinin doğrudan doğruya veya dolayısıyla iş sahibinin hukukî sahasına tesir etmesine müteveccihdir; yoksa kanunun vekâletsiz iş görmeye tırttırdığı hükümlere matuf değildir. Binaenaleyh, sübjektif kıstasın kabulü, vekâletsiz iş görmeyi tek taraflı bir hukukî muamele saymak zaruretine vücut vermez.

g) Lent'in bir iddiası da şudur²⁶: Eğer sübjektif kıstas tanınrsa,

(24) Sh. 35 - 36, 39 - 40.

(25) Sh. 51 - 56.

(26) Sh. 57 - 58.

(27) Bk. yukarıda not 13 ve ona ait metin.

bir kimsenin gerçekte objektif bakımdan kendisine ait olan bir işi, hataen başkası hesabına yapması halinde, o iş sübjektif bakımdan başkasına ait addolunmak icap eder; yani böylece bir işin kime ait olduğunu tayin etmek imkânı ortadan kalkar.

Lent burada da zuhüle düşmektedir; çünkü, daha önce de belirttiğimiz veçhile²⁷, sübjektif kıstasa ancak objektif bakımdan iş görenin kendisine veya başkasına ait olmayan nötr işler hakkında müracaat edilebilir.

§ 19 — İŞ GÖRENİN BAŞKASI NAMINA KENDİ HESABINA
YAPTIĞI İŞLER ,

I — Meselenin vaz'ı ve hal tarzı.

Bir kimsenin (A) başkasının (B) şahsına ait kolaylık ve imkân-lardan ve krediden istifade maksadıyla onun namına hareket ederek kendine kazanç temin eylemesi, bilhassa şu suretlerde vaki olabilir :

a) A, B nin namına birtakım muameleleri yapmağa gerek üçüncü şahıslara karşı, yani dış münasebette, gerek B ile aralarındaki iç münasebette salâhiyetlidir. Fakat A yaptığı muamelelerin kazancını kendisine alkoymak üzere B namına hareket etmiştir. Bu takdirde B temsil yoluyla mülkiyeti kendisine intikal eden şeyler varsa, onlar için A ya karşı aynı bir istihkak davası açabilir. Eğer muamelenin temin ettiği faydalar hakkında böyle bir dava açmağa imkân yoksa (faraza, misli eşya ve para bahis mevzuu ise) B, A ile aralarındaki iç münasebete (vekâlet veya hizmet akdi v.s.) binaen bu faydaları temellük talebinde bulunabilir. B nin, istihkak davası açmak imkânına sahip olduğu hallerde de, onun yerine iç münasebete müteallik davayı ikame etmek salâhiyeti mahfuzdur.

b) A dış münasebette B namına hareket etmeğe salâhiyetli olmakla beraber, iç münasebette ayrıca B den müsaade alması şart kılınmıştır. Bu müsaadeyi almaksızın A, B ye gösterilen müsait şartlardan istifade niyeti ile onun namına kendi hesabına hareket etmiştir. Bu takdirde, B, dış münasebette alacaklı ve borçlu vaziyetine girer; muameleden hasil olan ve A nın alkoymuş olduğu faydaları, eğer mümkünse, aynı bir istihkak davası vasıtasıyla isteyebilir; fakat muamelenin temin ettiği faydalar para veya misli şeylerden ibaret ise bunların mülkiyetini A iktisap etmiş olduğundan böyle bir dava açmak imkânı kalmaz. Diğer taraftan, B nin A ile aralarındaki akde ne dereceye kadar istinad edebileceği de şüpheli.

lidir; eğer A'nın iç münasebetteki mezuniyetini aşarak yaptığı muamelelere o akdin hükümlerinin tatbik edilemeyeceği kabul olunursa¹, B ye muameleden hasıl olan faydaları temellük imkânını ancak vekâletsiz iş görmeye müteallik kaideler bahşeder². Mezkûr kaidelere istinad edilebilmesi ise, A'nın B namına kendi hesabına muameleye girişmesini B ye ait bir işin görülmesi mahiyetinde sayıp saymamağa bağlıdır.

Buradaki vaziyet hakkında umumiyetle şu misal verilmektedir³: B müstahdemi olan A ya, üçüncü şahıslara karşı, namına bütün borsa muamelelerini yapmak salâhiyetini tanımıştır; fakat iç münasebette, A'nın muameleye girişeceği her defa kendisinden müsaade istemesini şart koşmuştur; A, B ye temin edilen düşük rayıçten faydalanmak maksadı ile onun namına kendi hesabına spekülasyon yapmıştır. Halledilmesi lâzım gelen mesele, A'nın B ye ait bir işi görüp görmediği ve binnetice B'nin, işden hasıl olan faydaları vekâletsiz iş görme hükümlerine tevfi-kan, temellük edip edemeyeceğidir.

c) A ne dış ne de iç münasebette B namına hareket etmeğe salâhiyetlidir; fakat kendisini mümessili gibi göstererek veya icazetini istihsal edeceğini vaadederek onun namına muamelede bulunmuştur; gerçekte ise B'nin isminden faydalanmak ve işin kazancını alıkoymak niyetindedir. Bu takdirde B, kendi namına yapılan muameleye icazet vermek salâhiyetine sahiptir ve icazet vermekle dış münasebette alacaklı ve borçlu vaziyetine girer. Böylece dış münasebette taraf olmak sıfatını kazanan B'nin, A ya karşı da işin faydalarını temellük hususunda bir mutalebede bulunabilmesi, yine yapılan muamelenin B ye ait bir iş görme addolunmasına tabidir; zira, ancak bu suretle B, vekâletsiz iş görme hükümlerini dermeyeran edebilir. Faraza B'nin müstahdemi olan A, onun namına borsa muameleleri yapmağa asla salâhiyetli olmadığı halde A namına kendi hesabına spekülasyon yaparsa vaziyet böyledir⁴.

Bazı müelliflere göre⁵, b ve c şıklarında zikredilen hallerde A, B ye

(1) Bk. aşağıda § 21, III.

(2) Bk. Moser, sh. 167

(3) Bk. Moser, sh. 165.

(4) Moser, sh. 165.

(5) Staudinger . Nipperdey, § 687, Nr. 6; Palandt, § 687, 2, b; Isele; sh. 168; RGR Komm., § 687, Nr. 1. Leonhard'ın fikrinde (Bd. II, sh. 430 - 431), spekülasyon yapan müstahdem misalinde, mesele patronun hizmet akdine müstenid bir mutalebede bulunmasıyla halledilebilirse de, onun vekâletsiz iş görme hükümlerini dermeyeran etmesi de kabili müdafaa görünmektedir; fakat bir kimse hiç münasebette olmadığı bir üçüncü şahsın isminden faydalanırsa vekâletsiz iş görme hükümlerinin tatbiki doğru olmaz.

değil kendisine ait bir iş görmüştür; binaenaleyh B vekâletsiz iş görme hükümlerine tevfikân işden hasıl olan faydaları temellük hakkını haiz değildir.

Bizim de fikirlerine iştirâk ettiğimiz diğer bir kısım müellifler⁶, B nin dış münasebette alacaklı ve borçlu olmasına rağmen⁷ iç münasebette A ya karşı bir mutalebede bulunamamasını hakkaniyete ve mantığa aykırı bulmaktadırlar; şu halde B namına kendi hesabına muamelelere girişen A, B ye ait bir işi görmüş addedilmeli ve B vekâletsiz iş görmenin mevcudiyetini ileri sürebilmelidir. Bu suretle işin başkasına aidiyeti hususunda yeni bir kıstas daha ortaya çıkmaktadır.

Yalnız burada gene bir tahdit yapmak zaruridir⁸ : Başkası namına hareket kıstası yalnız objektif bakımdan nötr işler hakkında tatbik olunmalıdır. Eğer yapılan iş, objektif bakımdan iş görene veya bir üçüncü şahsa (D) aitse, namına hareket edilen kimseye (B) ait bir iş görmeden bahsedilemez. Meselâ A, kendisine veya D ye ait bir tabloyu, daha yüksek fiat elde etmek için, san'at eserlerinden çok iyi anlamakla maruf B ye ait diye satıyor. Bu takdirde A, B namına, kendisinin veya D nin hesabına hareket etmekle beraber, B nin işini görmüş olmaz; çünkü, B namına yapılan satış akdine icazet verse dahi, tablo üzerinde tasarruf salâhiyeti bulunmadığından o akdi ifa imkânına sahip değildir ve Moser'e nazaran⁹ akit, muhtevasının haksızlığı veya imkânsızlığı dolayısıyla batıldır; butlan kabul edilmese bile, tabloyu satın alan hile dolayısıyla akitle mülzem olmadığını beyan edebilir.

II — İş görenin başkası namına kendi hesabına yaptığı işlerin objektif veya sübjektif mahiyeti.

Bir takım müelliflerin kanaatinca, iş görenin başkası namına kendi hesabına yaptığı işler sübjektif bakımdan başkasına aittir. Bu hususta Enneccerus - Lehmann¹⁰, namı istismar edilen şahsın yapılan işle objektif bakımdan hiçbir alâkası olmadığını söylemektedir. Oertmann¹¹

(6) Enneccerus - Lehmann, sh. 685, b; Oertmann, § 687, 3, d; von Tuhr, Allg. Teil, II, 2, sh. 440 not 39; Chrestin, sh. 36 ve müt.; Moser; sh. 167 ve müt.

(7) Yukarıda c şikkında zikredilen halde, B icazet verdiği takdirde dış münasebette alacaklı ve borçlu olur.

(8) Moser, sh. 168 - 169; Chrestin, sh. 48.

(9) Sh. 168 - 169.

(10) Sh. 685, b.

(11) § 687, Nr. 3, d.

ise, üçüncü şahıslara karşı başkası namına hareket eden iş görenin, işin kazancını kendisine alkoyma iradesini, muteber olmayan bir kaydı zihni şeklinde tavsif etmektedir; böylece kendi hesabına hareket iradesi muteber olmayınca, geriye sadece, başkası namına hukuki muamele yapmak iradesi kalır ki, bu da esas itibarıyla nötr olan işi, sübjektif kastasa tevfikân, başkasına ait kılmağa kâfidir.

Moser'e nazaran¹², bu müelliflerin muhakeme tarzı hatalıdır; zira işin objektif bakımdan başkası ile alâkası olmaması, yalnız onun esas itibarıyla nötr bir iş olduğuna delâlet eder; iş görenin kendi hesabına hareket iradesini gayri muteber bir kaydı zihni saymak da doğru olmaz; çünkü kaydı zihninin muteber addolunmaması muamelâta emniyet ve itimad prensibini tahakkuk ettirmeğe matuftur; halbuki burada iş gören (A) yalnız kendisiyle muamele yaptığı şahsa (C) karşı bir beyanda bulunmuştur; onun bu beyanının hakiki iradesine uymamasından, namına hareket ettiği şahsın (B) itimadı sarsılmış olmaz; zira beyan bu sonuncu şahsa (B ye) tevcih edilmiş değildir; bilâkis iş gören, ondan namına hareket ettiğini saklamak ister; hulâsa iş görenin kendi hesabına iş görme hususundaki kaydı zihnisini muteber saymamak için bir sebep yoktur.

Moser'in fikrinde¹³, başkası namına kendi hesabına hukukî muameleye girişmek, iş görenin iradesine tabi olmakla beraber, işi başkasına ait kılan bu irade değildir. Burada işin başkasına aidiyeti iç münasebetin neticelerini dış münasebetinkilere uydurmak zaruretinden ileri gelmektedir. Binaenaleyh, bahis mevzuu neviden olan işleri objektif bakımdan başkasına ait işlere yakın bir kategori olarak kabul etmek gerekir. Biz, bu nevi işlerin mahiyeti ile ilk defa etraflı surette meşgul olan Chrestin'le¹⁴ birlikte, onları ayrı bir kategori olarak tanımanın isabetli olacağı zannındayız. Filhakika, bu işlerin esas itibarıyla nötr olması zarureti kabul ettiğimize göre, onları objektif bakımdan başkasına ait işler arasına ithal edemeyiz; diğer taraftan, bu işler sübjektif bakımdan başkasına ait işler grubu içinde de yer alamazlar; çünkü iş gören, faaliyetinin başkasının hukukî sahasına müessir olması niyetini taşımamaktadır.

(12) Sh. 166.

(13) Sh. 169 - 170.

(14) Sh. 36 ve müt. Chrestin ve onu takiben Moser (sh. 164 ve müt.) bu kategoriye "verfremdete Geschäfte" (yabancı kılınan işler) adını vermektedirler; fakat sübjektif bakımdan başkasına ait işler de esasında nötr olup iş görenin iradesiyle yabancı kılındıklarından bu tabir bize her iki kategori arasında karşılıklı mahal verecek mahiyette görünmektedir.

FASIL III

VEKÂLETİ OLMAMA

§ 20 — İŞ GÖRENİ İŞ SAHİBİNE KARŞI İŞİ YAPMAĞA MEZUN KILAN BİR HUKUKİ MÜNASEBETİN VEYA VAZİYETİN MEVCUT OLMAMASI

I — İş görenin işi yapma hususunda, iş sahibine karşı, bir mükellefiyetinin veya mezuniyetinin bulunmaması

Borçlar Kanunu'nun 14. bâbında rastlanan "vekâleti olmaksızın" tabirinden, iş sahibi ile iş gören arasında BK. md. 386 da tarif edilen tarzda bir vekâlet akdi bulunmayan bütün hallerde, mezkûr bap hükümlerine müracaat edileceği neticesi çıkarılmamalıdır. Umumiyetle kabul olduğu üzere¹, burada vekâlet kelimesinin teknik mânası değil, halk ağzındaki mânası kastedilmiştir. Filhakika iş sahibi ile iş gören arasında, vekâlet akdinden gayri bir hukuki sebebe müstenid bir münasebetin mevcudiyeti de vekâletsiz iş görme hakkındaki hükümlerin tatbikine engel olabilir. Hatta Suter'in fikrinde², "vekâlet" kelimesi burada umumî konuşma dilindeki mânasından da daha şümulü olarak kullanılmıştır.

Bazı müelliflere nazaran³, "vekâleti olmaksızın" tabiri, iş sahibi ile iş gören arasında, ikinciye birinciye karşı işi yapmağa mükellef kılan bir hukukî münasebetin bulunmamasına delâlet eder⁴.

Fakat bugün hâkim olan görüş mucibince⁵, iş görenin iş sahibine karşı bir mükellefiyetinin mevcut olmaması artık kâfi bir kıstas sayılmaktadır; öyle haller zikredilmektedir ki, bunlarda, iş görenin işi yapmak hususunda bir mükellefiyeti bulunmamasına rağmen yine vekâletsiz iş görmeden bahsedilemez. Ezcümle veli çocuğun mamelekini veya mal birliğinde koca karının şahsi mallarını idare ederken, mükellef olmadığı halde bazı muamelelere girişebilir⁶; bununla beraber ne veliye ne de kocaya vekâletsiz iş gören sıfatına izafesi mümkündür; zira veli

(1) Oser - Schönerberger, Art. 419, Nr. 16; Schneider et Fick, art. 419, no. 31; Friedrich, sh. 35; Staudinger - Nipperdey, § 677, Nr. 11; Lent, sh. 161.

(2) Sh. 18.

(3) Becker, Art. 419, Nr. 10; Martin, sh. 287 - 288; Schneider et Fick, art. 419, no. 32; Arsebük, sh. 561.

(4) İtalyan MK. md. 2028 de "mükellef olmaksızın" (senza esservi obligato) tabirini ihtiva etmektedir.

(5) Bk. Suter, sh. 18 - 19; Oser - Schönerberger, Art. 419, Nr. 16; Friedrich, sh. 35 - 36; Hagenbüchli, sh. 48; Staudinger - Nipperdey, § 677, Nr. 13; Enneccerus - Lehmann, sh. 677; Maruitte, sh. 142 - 143; Lent, sh. 161 - 163.

veya koca ile çocuk veya kan arasında, birincileri ikinciler muvacehesinde işi yapmağa mezun kılan bir hukukî münasebet mevcuttur.

Bir işin yapılmasıyla mükellef olan kimselerin daima o fiili gerçekleştirmeye mezuniyetleri de vardır⁷; diğer bir ifade ile mükellefiyetin mevcut olduğu hallerde muhakkak mezuniyet de bulunur. Fakat aksi kaziye varit değildir; yani her mezuniyet aynı zamanda bir mükellefiyeti istilzam etmez. Bu itibarla, iş görenin vekâleti olmamasından, onun, iş sahibine katışı işi yapmak hususunda mezuniyet bahşeden bir hukukî vaziyette bulunmaması anlaşılmalıdır⁸.

Leonhard⁹, iş sahibinin iş görene tek taraflı bir beyanla işi yapma hususunda yalnız salâhiyet bahşetmesi halinde de¹⁰ vekâletsiz iş görme hükümlerinin tatbikine taraftardır; çünkü bu gibi vaziyetlerde iş gören işi yapmağa mezun olmakla beraber, onunla iş sahibi arasındaki münasebet bir akitle tanzim edilmemiştir; iş görenin işin idaresindeki kusurları dolayısıyla sadece haksız fiillere müteallik esaslar mucibince mes'ul tutulması ve masraflarını da ancak haksız iktisap kaidelerine tevfikân talep edebilmesi tatminkâr bir hal sureti değildir; tarafların menfaatlerini daha iyi himaye etmek için, burada, önceden tasvip edilmiş bir vekâletsiz iş görme kabul etmek yerinde olur. Buna mukabil Lent'in kanaatınca¹¹, böyle tek taraflı mezuniyet verildiği takdirde, vekâletsiz iş görme hükümlerinin tatbiki hakkaniyete uygun olmaz; çünkü bu vaziyette, iş gören işin yapılması iş sahibinin menfaati iktizası olmasa dahi, masraflarını talep edebilmelidir. Leonhard, iş önceden tasvip edildiği ve bu suretle sonraki icazete benzer bir vaziyet husule geldiği cihetle, zaten iş görenin, masraflarını istemek için, iş sahibinin menfaati iktizası hareket ettiğini isbat eylesine hacet bulunmadığını ileri sürmektedir. Fikrimizce, kendisine mezuniyet tanınan kimsenin işi görmesiyle bir ve-

(6) Meselâ, veli çocuğun hesabına çok müsait şartlarla bir gayrimenkul satın aldığı veya koca alelade idarî muamelât çerçevesi içinde (MK. md. 198) karı lehine kârlı bir iş yaptığı takdirde vaziyet böyledir.

(7) Lent, sh. 162; Suter, sh. 18.

(8) BGB § 677 de "ohne von ihm ihm beauftragt oder sonst ihm gegenüber dazü berechtigt zu sein" ibaresini muhtevîdir. Çekoslovak MK. md. 443 f. I de, "hakkı olmaksızın" tabiri kullanılmıştır.

(9) Ejd. II, sh. 431 - 432.

(10) Tatbikatta iş görene bir borç yüklemeksizin sadece bir mezuniyet bahşeden tek taraflı beyanlara sık sık rastlanır; meselâ, fırsat olursa benim için de bir tablo alın gibi.

(11) Sh. 162 - 163.

kâlet akdinin teşekkül ettği kabul edilirse, mesele daha kestirme bir surette çözülmüş olur.

Vekâletsiz iş görme karşılığında bazan kullanılan “ihtiyarî iş görme”, (gestion volontaire, freiwillige Geschäftsbesorgung) tabiri¹², “vekâleti olmama”nın, mükellefiyeti bulunmama şeklinde anlaşılmasıyla kabili izahtır. Bu tabir, terminoloji bahsinde de işaret olunduğu veçhile¹³, lüzumundan fazla geniştir; zira mükellefiyet bulunmaksızın sadece mezuniyet bulunan hallerde de iş gören işi yapıp yapmamakta muhtar olmakla beraber vekâletsiz iş görmeden bahsedilemez¹⁴. Gerçi iş gören mezuniyete sahip olduğu takdirde işi yapmak hususunda psikolojik bakımdan kendisini bir dereceye kadar bağlı hissedebilir de, bu hukuki cepheden ehemmiyet arzetmez.

Aeby¹⁵, “vekâleti olmama” mefhumunun “iş görenin mezuniyeti bulunmaması” tarzında tefsirinin aleyhindedir; bu müellifin kanaatinca; işin yapılması iş sahibinin menfaati iktizası ise, kanun, iş görenin müdahalesini haksız saymamakta, onu işe girişmeğe mezun kılmaktadır; binaenaleyh, bu çeşit hallerde, iş görenin kanunen işi yapmağa mezuniyeti olması, onun vekâletsiz iş gören addedilmesine mani olmamaktadır. Aeby'nin bu görüşü de kabule şayan değildir; çünkü biz, vekâleti olmamadan, *mevcut bir hukuki münasebet veya hukukî vaziyete binaen* iş görenin işi yapmağa mezun bulunmamasını anlıyoruz; hukuka uygun olan vekâletsiz iş görmede, iş gören işi yapmağa mezun olmakla beraber, bu mezuniyet mevcut bir hukukî münasebet veya vaziyete istinad etmez; ancak işin görülmesiyle bir münasebet doğar ve fail vekâletsiz iş gören hukukî vaziyetini iktisab eder.

İş görenin müdahalesi ahlâki bir mükellefiyeti yerine getirmek kaygusundan ileri geliyorsa, böyle bir mükellefiyetin mevcudiyeti, prensip itibarıyla vekâletsiz iş görme münasebetinin vücut bulmasına engel teşkil etmez¹⁶. Yalnız iş görenin ahlâki bir vecibeyi yerine getirmek üzere hareket etmesinden, masraflarını istemek niyeti bulunmadığı istidlâl edilebilir¹⁷.

(12) Fransız MK. md. 1372 de “lorsque volontairement on gère l'affaire d'autrui” ibaresi mevcuttur.

(13) Bk. yukarıda § 4, not 14 ve 15.

(14) Lent, sh. 163; Suter, sh. 19.

(15) Sh. 47, not 51.

(16) Aksi fikirde Schneider et Fick, art. 419, no. 35.

(17) Bk. aşağıda § 34, III.

İş görenin mezuniyetinin bulunmaması menfi mahiyette bir unsurdur; binaenaleyh bir iş görmenin vekâletsiz olduğunu iddia eden kimse bunu isbata mecbur değildir. Taraflardan hangisi işin mevcut bir hukuki münasebetten doğan bir mezuniyete binaen yapıldığını ileri sürerse, bu beyanın doğruluğu hakkında hâkime kanaat vermelidir. Bazı müellifler burada isbat külfetinin ters çevrilmesinden bahsederlerse de¹⁸, bu külfetin arzettiğimiz şekilde tevzii "vekâleti olmama" unsurunun menfi mahiyetinin normal neticesidir.

II — Mükellefiyet veya mezuniyetin istinad ettiği hukuki münasebet veya vaziyet.

İş görmenin vekâletsiz sayılmasına mani olan mükellefiyet veya mezuniyet, aşağıda sayılan hukuki münasebet veya vaziyetlerden birine istinad edebilir¹⁹:

1. İş görenin mezuniyetinin bir hususî hukuk muamelesinden, bilhassa bir akitten neş'et etmesi mümkündür.

Bu gibi muamelelerin başlıca misallerini iş görme akitleri teşkil eder. Ezcümle, iş sahibi ile iş gören arasında vekâlet, hizmet, istisna, komisyon, nakliye gibi bir akit bulunduğu takdirde, bu akdin hudutları içinde yapılan işler²⁰ vekâletsiz iş görme olarak vasıflandırılmaz. Bir âdi şirket akdinin mevcudiyeti de, bu akdin ve kanunun tesbit ettiği sahada, şirket hesabına faaliyette bulunan şerikin vekâletsiz iş görme hükümlerine tabi tutulmamasını icap ettirir. Bir şeyin muhafazası da, fikrimizce bir nevi iş görme olduğu cihetle²¹, bir muhafaza akdine veya sair bir hukuki münasebete dayanmadığı takdirde vekâletsiz iş görme mahiyetini haiz olur. Bir şeyin mülkiyetinin veya kullanılmasının devrine müteallik akitlerin fer'i hükümlerinden olarak tesbit edilen bir iş görme de²² vekâletsiz addolunamaz.

(18) Bk. Suter, sh. 24 ve bu müellifin sh. 24 not 4 te zikrettiği hukukçular.

(19) Bk. Isele, sh. 9 - 20; Lent, sh. 161; Oser - Schönerberger, Art. 419, Nr. 16 - 19; Suter, sh. 20.

(20) Bk. aşağıda § 21, III.

(21) Bk. yukarıda § 17, not 83 ve 84 e ait metin; Isele, sh. 155 ile de karşılaştırmız.

(22) Meselâ satış akdinde, mebiin ambalajının yapılması hakkındaki hüküm gibi.

İş görmenin vekâletsiz sayılmasına engel olan akit sarahaten in'ikad edebileceği gibi zımnen de vücut bulabilir. Bilhassa zımnî bir vekâlet akdiyle vekâletsiz iş görmenin tefriki tatbikatta bazan müşkülât arzeder. Filhakika iş sahibi işin görülmesinden haberdar olup da onun devâmına muhalefet etmediği takdirde zımnî bir vekâlet akdinin mi yoksa bir vekâletsiz iş görmenin mi karşısında bulunulduğu münakaşalıdır²³. Roma hukukunda ve eski Fransız doktrininde, işin görüldüğünü bilen iş sahibinin sükûtu, işe girişmekle yapılan icabın kabulü mahiyetinde telâkki olunuyor ve bir vekâlet akdine vücut veriyordu²⁴. Bugün de İsviçre hukukçularından Gautschi²⁵ aynı fikri müdafaa etmektedir. Halbuki bu fikir, modern hukukta zımnî irade izharları hakkında hâkim olan görüş²⁶ ile kabili telif değildir. İş sahibinin sükûtu ancak, hâlin icabından, onun muhalefetini izhar edebilecek vaziyette olduğu ve böyle bir izharda bulunması lâzım geldiği anlaşılıyorsa kabule delâlet edebilir²⁷. Diğer taraftan, iş görme fiilinin zımnî bir icap suretinde tavsif edilebilmesi için, iş görenin işi yaparken iş sahibi menfaatine hareket etme iradesini taşıması gerekir. Binaenaleyh, yalnız bu şartlar altında, zımnî bir vekâlet akdinin mevcudiyetine hükmetmek doğru olur. Nitekim Fransız MK. md. 1372 de "iş sahibi işin görülmesine vakıf olsun olmasın", vekâletsiz iş görmenin ortaya çıkabileceği, kabul edilmektedir.

Eğer iş sahibi, işin görülmesine faaliyetin başlangıcında değil devâmı esnasında ittila kesb ve sükûtu muhafaza ederse vaziyet ne olacaktır? Bir takım müelliflere nazaran²⁸, iş sahibi iptida'ën haberdar olmadığından iş görme vekâletsizdir ve onun sonradan haberi olsa bile iş görmenin bu vasfı değişmez; çünkü iş görme fiili veya fiilleri bir bütün teşkil eder ve kısmen vekâletsiz iş görme kısmen vekâlet hükümlerine tabi kılınmaz. Maruite tarafından²⁹ müdafaa edilen aksi fikir bize daha mülâyim görünmektedir: yani iş sahibinin işden haberi olmadığı müddet zarfında yapılan fiiller muhakkak surette vekâletsiz iş görme mahiyetinde sayılmalı ve iş sahibinin ittiladan sonraki sükûtu zımnî bir kabul şeklinde tavsif edilebilirse bu andan itibaren vaki fiillere vekâlet hükümleri tatbik olunmalıdır; meğer ki bu sükûta aynı zamanda daha

(23) Bu hususta bilhassa Maruite, sh. 148 - 166 ya bk.

(24) Maruite, sh. 148 - 149.

(25) Sh. 5 ve 250.

(26) Bk. von Tuhr, sh. 141.

(27) Arsebük, sh. 561 not 35 ile karşılaştırmız.

(28) Bk. Maruite tarafından sh. 154 not 1 ve 2 de zikredilen müellifler.

(29) Sh. 156 - 162.

önceki fiillere icazet verme mânası da izafe edilebilir. İş görmenin kısmen vekâlet, kısmen vekâletsiz iş görme hükümlerine tabi tutulmasına bir mani yoktur; mitekim bir vekilin mezuniyeti dahilinde yaptığı işler için vekâlet, bu mezuniyeti aşan faaliyeti için vekâletsiz iş görme kaide-lerinin tatbik olunacağı umumiyetle teyid edilen bir husustur³⁰.

İş görenin mezuniyetinin tek taraflı bir hukuki muameleye müstehid olması da imkân dahilindedir. Vasiyeti tenfiz memurunun veya fevkalâde ikamede nakil ile mükellef mirasçının bir vasiyetname ile nasbedilmeleri bu hususta misal olarak gösterilmektedir³¹.

Bir hükmî şahsın organı sıfatıyla iş gören kimse de vekâletsiz sayılamaz. Organın iş görmeye mezuniyeti, hükmî şahsı tesis eden hukuki muameleden veya doğrudan doğruya kanundan istihraç olunur³².

2. Resmî bir makam tarafından muayyen işlerin görülmesi için tayin edilen şahıs da (publizistisch bestellte Geschäftsbesorger)³³, vekâletsiz iş gören muamelesine tabi tutulamaz. Tayini yapan makam idarî veya kazai bir merci olabilir. Resmen tayin edilen şahıs ya tamamen amme hukuku sahasında kalan bir memuriyet icra eder, yahut da vasi, kayyum, kanunî müşavir, mirası resmen idareye memur kimse gibi hususî hukuka müteallik işlerle meşgul olur. Tayini böyle resmî bir tasarrufla vaki olan kimsenin mezuniyetini bu tasarruftan mı yoksa doğrudan doğruya kanundan mı aldığı hususu ihtilâfıdır³⁴; fakat bu mesele- nin tetkiki mevzuumuzun hudutları dışında kalır.

3. Aile hukukuna müteallik bir sıfatı haiz olan bazı şahıslar da, bu sıfatları dolayısıyla kanunen muayyen işleri görmeğe mezundurlar³⁵. Meselâ veli çocuğun mamelekini, mal birliğinde koca karının şahsî mallarını idareye hak sahibidir. Diğer taraftan, kanunun derpiş ettiği derecede yakın hısımlık vaziyetinde bulunmaları dolayısıyla birbirlerini infak ile mükellef olan kimselerin bu mükellefiyetlerini yerine getirmeleri de vekâletsiz iş görme karakterini taşımaz³⁶.

(30) Bk. aşağıda § 21. III.

(31) İsele, sh. 15 - 16. Gerçi vasiyeti tenfiz memurunun kendisine tevcih edilen vazifeyi kabulü lâzımsa da, bu kabul bir akde vücut vermez: İsele, sh. 16; Isay, sh. 17. Nakil ile mükellef mirasçının iş gören sayılması hakkında bk. İsele, sh. 15 ve 46.

(32) Bk. İsele, sh. 16 - 17.

(33) İsele, sh. 17 - 20.

(34) Bk. İsele, sh. 19, not 44.

(35) İsele, sh. 20 ile karşılaştırmız.

(36) Schneider et Fick, art. 419, no. 34.

III — İş görenin iç münasebette mezuniyeti olmamalıdır. Vekâletsiz iş görme ile salâhiyetsiz temsilin mukayesesi

Bir iş görenin vekâletsiz olarak vasıflandırılabilmesi için bulunmaması gerekli mezuniyet, iş görenle iş sahibi arasındaki iç münasebetle alakalıdır. Bu mezuniyeti (interne Berechtigung), iş sahibini üçüncü şahıslara karşı, yani dış münasebette temsil salâhiyeti ile karıştırmamak lâzımdır; binnetice vekâletsiz iş görme ile salâhiyetsiz temsili de birbirinden iyice tefrik etmek zarurîdir³⁷. Bazan tatbikatta, hatta doktrinde bu mefhumların lâykile ayırdeilemediği müşahede olunmaktadır. Temyiz Mahkememizin eski bir kararında, salâhiyetsiz temsil kaidelerine başvurulması gereken bir meselede vekâletsiz iş görme hükümlerinin tatbikini emrettiğine daha yukarıda işaret eylemiştik³⁸. Diğer taraftan, Saymen³⁹, vekâletsiz iş görmeden “salâhiyetsiz temsilin bir nev’i” olarak bahsetmektedir. Göktürk’ün Borçlar Hukuku kitabında⁴⁰, “... vekâletsiz tasarrufçu ile iş sahiplerinin münasebetlerine (= yani iç münasebet hakkında), kanunumuzun salâhiyetsiz temsile dair olan hükümleri tatbik olunur” tarzında bir ibare mevcuttur. Aynı mealde bir cümleye Guhl’un eserinde de⁴¹ rastlanmaktadır. Ba’dır de, Reichel’in şiddetli tenkidine uğrayan, bir makalesinde⁴², salâhiyetsiz temsil ile vekâletsiz iş görme arasındaki farkı iyice belirtememiştir.

İç münasebetteki salâhiyeti dış münasebetteki ile karıştırmamak için, birincisi mukabilinde mezuniyet tabirinin kullanılmasını, terminoloji hakkındaki mütalâalarımız arasında⁴³, teklif etmiştik.

Salâhiyetsiz temsille vekâletsiz iş görenin sahalarının birbirinden farklı olduğunu belirtmek için şu hususlar üzerinde durmak kâfidir :

İş gören dış münasebette iş sahibini temsile salâhiyetli bulunduğu halde iç münasebette böyle bir mezuniyeti haiz olmayabilir. Üçüncü şa-

(37) Suter, sh. 23; Oser - Schönerberger, Art. 419, Nr. 16; Lent, sh. 164 - 165; Schneider et Fick, no. 25 avant l’art. 419; Reichel, sh. 199; Friedrich, sh. 36; Federal Mahkeme, RO 42 II 472, “François Grangier c. David Raymond”⁴; Arsebük, sh. 546.

(38) Bk. yukarıda § 2, not 33.

(39) Sh. 215.

(40) Sh. 527.

(41) Sh. 309 (almanca metin, sh. 332)

(42) Falsus procurator und negotiorum gestor, SJZ, 26 (1929/30), sh. 167-168.

(43) Bk. yukarıda § 4, not 9.

hıslarla müzakereleri kolaylaştırmak için iş görene, dış münasebettekinden çok daha geniş salâhiyet verildiği sık sık vakidir. Meselâ iş sahibi, iş görene kendisi namına üçüncü şahıslarla sulh yapmak salâhiyetini bahşeden bir vesika ita eyler; fakat onunla, sulhü akdetmezden önce kendisinden hususî bir müsaade alması hususunda da mutabık kahr; bu takdirde iş sahibine sormadan sulha rıza gösteren mümessil, dış münasebette salâhiyetli olmasına rağmen iç münasebette vekâletsiz iş gören vaziyetindedir. Yahut bir anonim şirketin haricen çok geniş salâhiyetlerle teçhiz edilmiş olan müdürü, dahilen işlerin ekserisinde meclisi idarenin kararlarına bağlı olarak hareket mecburiyetindedir; böyle bir karar olmadan muamelelerde bulunan müdür, iç münasebet bakımından, vekâletsiz iş görmüş olur⁴⁴.

Müelliflerden bazılarının fikrince⁴⁵, dış münasebette temsil salâhiyeti olmayan kimse, yani salâhiyetsiz mümessil, iç münasebette de mutlaka vekâletsiz iş gören sıfatını taşır⁴⁶. Halbuki von Tuhr⁴⁷ ve Friedrich⁴⁸, aksi kanaati müdafaa etmektedirler; bu sonunculara nazaran, iş sahibini temsil salâhiyeti bahşetmeyen bir vekâlet akdinin yapılması mümkündür; meselâ iş sahibi hesabına yapacağı muameleye, iş gören kendi namına girişebiliyorsa, ona dış münasebette salâhiyet tevfiz edilmesine hacet yoktur. Ancak, fikrimizce, iç münasebette salâhiyetli olup da dış münasebette kendi namına hareket eden şahıs, salâhiyetsiz mümessil değil vasıtalı mümessildir; kendisine sadece vasıtalı temsil salâhiyeti bahşedilen şahıs, dış münasebette doğrudan doğruya temsil olunan namına hareket ederse, böyle bir hareket tarzına iç münasebet bakımından mezun olmadığından gene vekâletsiz iş gören sıfatını taşır; binaenalevh, salâhiyetsiz mümessilin aynı zamanda vekâletsiz iş gören olmadığı bir ihtimalin tasavvuru müşküldür.

Salâhiyetsiz temsil yalnız hukukî muamelelerin yapılması dolay-

(44) Suter, sh. 24.

(45) Suter, sh. 24; Landtwing. Der falsus procurator im schweizerischen Recht, Diss. Bern 1929, sh. 15-21; Guhl, sh. 118.

(46) Zimmermann, ne iç ne de dış münasebette salâhiyeti olmaksızın başkası namına hukukî muamelelere girişen kimseye "stellvertretender negotiorum gestor" adını vermektedir (Bk. bibliyografya). Aynı mânada Planiol - Ripert - Boulanger (t. II, sh. 421) "gestion d'affaires avec représentation" tabirini kullanmaktadırlar.

(47) Sh. 319 ve 289. Aynı fikirde Arsebük, sh. 546.

(48) Sh. 37.

syıla bahis mevzuu olduğu halde, vekâletsiz iş görmenin sahası, evvelce temas ettiğimiz veçhile⁴⁹, daha geniştir.

Bazan iç münasebet dış münasebet üzerine tesir icra edebilir. Ez-cümle ne iç ne de dış münasebette salâhiyet olmaksızın bir üçüncü şahısla yapılan akit iş sahibinin menfaati iktizası ise, iş gören kendisini, iş sahibinin bu akitten diğer âkid. yani üçüncü şahıs lehine doğan borçlardan kurtarmasını istemek hakkına sahiptir (BK. md. 413 f. I)⁵⁰. Diğer taraftan başkası namına kendi hesabına yapılan hukukî muamelelerde dış münasebetin iç münasebet üzerine tesir ettiğini daha yukarıda⁵¹ kaydetmiş bulunuyoruz.

Buna mukabil, dış münasebette icazet verilmesi, mutlaka iç münasebette de icazeti tazammun etmez⁵². Bu hususta Reichel'in verdiği⁵³ misallerden biri şudur: B, A adına ne iç ne de dış münasebette salâhiyeti olmaksızın bir çim kesme makinası satın alıyor; halbuki A kendisi böyle bir makina almış bulunduğundan buna ihtiyacı yoktur; satıcıyı müşkül mevkiide bırakmamak için, A, dış münasebet bakımından beyi akdine icazet verebilir; fakat iç münasebette satışın menfaati iktizası olmadığı ileri sürerek makinayı B ye terkedip satıcıya ödediği parayı ondan tahsil edebilir.

§ 21 — İŞ GÖRENİN GERÇEKTE MEVCUT OLMAYAN VEYA HÜKÜMSÜZ OLAN BİR HUKUKİ MUAMELEYE BİNAEN HAREKET ETMESİ VEYA MEZUNİYETİNİN MÜSTENİD OLDUĞU HUKUKİ MÜNASEBETİN HUDUTLARINI AŞMASI

I — İş görenin gerçekte mevcut olmayan bir hukukî muameleye müsteniden kendisini mezun veya mükellef zannetmesi.

İş görenin gerçekte bir mükellefiyet veya mezuniyeti bulunmamasına rağmen, bunu mevcut zannederek işi yapması halinde vekâletsiz iş görme hükümlerinin tatbik edilip edilemeyeceği münakaşalıdır.

Maruite'e nazaran¹, böyle hatalı bir zannın esas itibarıyla, vekâletsiz iş görmeye müteallik borçların doğmasına mani olmaması gerekirdi; şu kadar ki, hataen kendisini, işi yapmakla mükellef zanneden

(49) Bk. yukarıda § 14, I.

(50) Von Tuhr, sh. 320, not 20. Birsen, sh. 187 not 3 e de bk.

(51) Bk. yukarıda § 19 not 13 e ait metin.

(52) Becker, Art. 39, Nr. 7; Reichel, sh. 200.

(53) Sh. 200.

(1) Sh. 145 ve 218 - 219.

kimse, umumiyetle, iş sahibinin menfaatine hizmet maksadıyla hareket etmez; onun gayesi kendi borcunu yerine getirmektir; halbuki iş sahibinin menfaatine hizmet etme niyeti bulunmadıkça vekâletsiz iş görme bahis mevzuu olamaz; kaldı ki, iş gören kendi borcunu ifa yanında böyle bir niyet de taşısa bunun isbatı çok müşküldür.

Alman hukukçularından bir kısmının noktainazarı da², Maruitte'inkine çok yakındır. Bu müellifler, iş görenin bir *mezuniyete* sahip olduğu zehabına kapılmasıyla, hataen bir *mükellefiyeti* mevcut bulunduğuna inanmasını tefrik etmektedirler. Mezuniyetin varlığı hakkındaki hatalı kanaati, iş görenin iş sahibi menfaatine hareket niyetini ortadan kaldırmaz; buna mukabil, bir mükellefiyeti yerine getirmeye çalışan kimse, bu mükellefiyet gerçekte mevcut olmasa bile, kendi menfaatini gözönünde tutar; binaenaleyh, bu sonuncu halde vekâletsiz iş görmeden bahsolanamaz.

Müşahede olduğu üzere, zikri geçen Alman müellifleri de Maruitte gibi, iş sahibinin menfaatlerine hizmet niyetinin, vekâletsiz iş görmeye ait zaruri bir unsur olduğu fikrinden hareket etmektedirler. Diğer bazı Alman ve İsviçre hukukçuları ise³, bu unsurun zaruri olduğunu teyid etmekle beraber, mezuniyetin ve mükellefiyetin mevcudiyetini zannetme halleri arasında bir fark gözetilmemesi gerektiğini beyandan geri kalmamaktadırlar. Onların kanaati mucibince, iş görenin kendisine düşen bir mükellefiyeti yerine getirdiği zehabıyla işe girişmesi halinde de vekâletsiz iş görme mevcuttur; böyle bir zehap, iş görenin, iş sahibinin menfaatine faaliyette bulunma maksadıyla, kabili teliftir⁴; vekâleti olmama hususu, her türlü sübjektif mülâhazadan âri olarak objektif esaslara tevfikân tayin edilmelidir⁵.

Federal Mahkeme, mevzuumuzla alakalı şu mesele ile meşgul olmuştur⁶: Kışın bir klinikten bir garaja telefon edilerek bir otomobilin tamiri için makinist gönderilmesi isteniyor. Kliniğe giden makinist, yanlışlıkla kendisini çağırandan başka bir şahsa ait otomobili muayene edi-

(2) RGR Komm. § 677, Nr. 3 (sh. 460) ve § 686, Nr. 2 (sh. 469); Palandt, § 677, Nr. 3.

(3) Leonhard, Bd. II, sh. 431; Staudinger - Nipperdey, § 686, Nr. 3; Enneccerus - Lehmann, sh. 677, not 5; Lent, sh. 126; Suter, sh. 20; Hagenbüchli, sh. 51 - 52; Wolf, FJS, no. 1079, sh. 4.

(4) Lent, sh. 125 - 126.

(5) Suter, sh. 20.

(6) RO 75 II 225 yahut JdT, 1950, sh. 601 ve müt., "Waucquez c. Bonvin".

yor ve onun radyatörüne su koyuyor; sonradan soğğun tesiriyle donan su silindirleri çatlatıyor. Otomobilin sahibi, vekâletsiz iş görmeden dolayı makinistin ve İBK. md. 101 (BK. md. 100) e müsteniden de onun patronunun mes'ul olduğunu iddia suretiyle, zararının tazminini istiyordu. Federal Mahkeme "vekâletsiz iş görmenin, başkasının işinin görüldüğünü müdrük olmağı (conscience de gérer l'affaire d'autrui, Bewusstsein der Fremdheit) tazammun ettiğini ve iş görenin işi yapmak hususunda vekâleti bulunmadığını bilmesi şart olduğunu" beyanla hâdisede vekâletsiz iş görmenin mevcudiyetini reddetmiştir; sadece makinistin haksız fiilinden dolayı tazminata mahkûmiyeti cihetine gitmiştir.

Bu karar Wolf tarafından⁷, haklı olarak tenkid edilmektedir. Wolf'un kanaati mucibince, hâdisede makinistin *çifte* vekâletsiz iş görmesi karşısında bulunulmaktadır; yani makinist, hem garaj hem de otomobil sahibinin işini görmüş vaziyettedir; bu sonuncular arasında doğrudan doğruya bir münasebetin doğabilmesi için her ikisinin de işe icazet vermeleri gerekirdi. Wolf'un belirttiği veçhile, İsviçre hukukunda - binaenaleyh hukukumuzda da - başkasının menfaatine hareket iradesi vekâletsiz iş görmenin zarurî bir unsuru değildir; bir kimse başkasının işini vekâleti olmaksızın kendi menfaatine de görebilir. Kaldı ki, vekâletsiz iş görmenin sübjektif unsuru olarak iş sahibinin menfaatine hizmet iradesi değil de, Federal Mahkeme'nin beyan ettiği gibi "başkasının işinin görüldüğünü müdrük olma" kabul edilirse, hâdisede bu unsurun mevcudiyeti inkâr edilemez; çünkü makinistin bir vekâletin mevcudiyeti hakkındaki hatalı kanaati, onun başkasının işini gördüğünü bilmesine mani olmaz⁸. Diğer taraftan Federal Mahkeme'nin atfı yaptığı RGR Kommentar'daki telâkki tarzı, bugün Almanya'da dahi hakkaniyete ve vekâletsiz iş görmenin mahiyetine aykırı sayılmaktadır⁹. Mahkemece incelenen meselede, *hiç olmazsa bir* vekâletsiz iş görmenin bulunduğu muhakkaktır: Makinist, mezuniyeti olmaksızın, objektif bakımdan yanlış otomobil sahibine ait bir işi görmüştür. Makinistin aynı zamanda patronuna ait bir işi vekâletsiz olarak yapıp yapmadığı münakaşa edilebilir: Filhakika yanlış otomobilin tamiri objektif bakımdan patrona ait bir işin yapılması suretinde addolunamaz; olsa olsa makinist patron nam ve hesabına hareket ettiğinden sübjektif bakımdan ona ait bir iş görmüştür

(7) FJS, no. 1079, sh. 4.

(8) Hattâ iş görenin bir vekâlet mucibince hareket ettiğini zannetmesi onun iş sahibinin menfaatine hizmet maksadını taşımasıyla da gayrikabili telif değildir. Bk. yukarıda not 4.

(9) Bk. yukarıda not 2 ve 3.

denilebilir; fakat bu iş görmenin vekâletsiz olup olmadığı cayı sualdir; çünkü makinistin umumiyetle her tamiri patron hesabına yapmakla mükellef olduğu fikri müdafaa edilebilir. Her halükârda, hadisede, yanlış otomobil sahibinin menfaati iktzası olmayan binaenaleyh hukuka aykırı bulunan bir iş görme bahis mevzuu olduğundan, patronun BK. md. 100 mucibince mes'uliyeti düşünülemez. Bu bakımdan Federal Mahkeme kararının, esbabı mucibesi tasvibe şayan olmamakla beraber, hüküm kısmı doğrudur.

Netice olarak şu esası tesbit etmek kabildir: İş gören işi yapmak hususunda gerçekte mevcut olmayan bir mezuniyet veya mükellefiyetin varlığına inanarak hareket etse dahi, bu yanlış zehabı, onun vekâletsiz iş görme hükümlerine tabi tutulmasına mani teşkil etmez.

II — İş görenin mükellefiyet veya mezuniyetinin istinad ettiği hukukî muamelenin hükümsüz olması.

Hukukî muameleler, in'ikadları esnasında mevcut veya sonradan zuhur eden muhtelif sebepler dolayısıyla, normal olarak müteveccih oldukları hukukî neticeleri başlangıçtan itibaren hiç husule getirmeyebilirler veya bu neticeleri husule getirmeleri sona erer. Burada hükümsüzlük mefhumu ve onun neveleri üzerinde duracak değildir; bu hususta gerekli izahatı "Akitlerin kısmi butlanı, iptali ve feshi" hakkındaki doktora tezimizde¹⁰ bulmak mümkündür.

İş görenin mükellefiyet veya mezuniyetinin istinad ettiği hukukî muamelenin hükümsüz olması, hükümsüzlük anından itibaren bu mezuniyet veya mükellefiyetin ortadan kalkmasına ve hükümsüzlük bidayetinde ise hiç doğmamasına sebebiyet verir. Binaenaleyh, prensip itibarıyla, muamelenin hüküm ifade etmediği andan itibaren, o muamele mucibince yapılan iş vekâletsizdir. Eğer iş gören hükümsüzlüğün farkında olmadan hareket ediyorsa, vaziyet yukarıda I — de arzedilen hale benzer; yani iş görenin muamelenin hükümsüzlüğüne vakıf olmaması onun vekâletsiz sayılmasına mani teşkil etmez.

Ancak, muhtelif hükümsüzlük sebepleri yakından tetkik edilecek olursa, bunlardan bir kısmının, kendileriyle malûl olan bir hukukî mua-

(10) La nullité, l'annulation et la résiliation partielles des contrats (Contribution à l'étude de l'inefficacité partielle des actes juridiques) thèse Genève 1952, sh. 21 - 45.

mele dolayısıyla yapılan iş hakkında, vekâletsiz iş görme hükümlerinin tatbikine, mahiyetleri icabı, imkân vermedikleri görülür¹¹:

Mezuniyeti bahşeden hukukî muamele, muhtevasının veya gayesinin hukuka veya ahlâka mugayir olması yüzünden, batıl olduğu takdirde, bu muameleye binaen görülen iş hakkında, tarafların vekâletsiz iş görme hükümlerini dermeyeran edip edemeyecekleri münakaşalıdır. Moser'in fikrince¹², vekâletsiz iş görme, haksız fiillerde ve haksız iktisapta olduğu gibi, tarafların iradesine bakılmaksızın, kanundan doğan bir takım mutalebelere vücut verdiğiinden, iş görmenin istinad ettiği hukukî muamelenin muhtevası hukuka veya ahlâka aykırı olsa dahi, bu mutalebelerin meydana çıkmasına bir mani yoktur; diğer bir ifade ile, vekâletsiz iş görmeye müteallik mutalebeler kanundan neş'et ettiğinden, bu mutalebelere yer verilmesi, batıl olan hukukî muamelenin normal hükümlerini husule getirmesini tazammun etmez. Ancak Moser, böyle bir muhakeme tarzını ileri sürerken BK. md. 65 de ifadesini bulan "nemo auditur propriam suam turpitudinem allegens" kaidesini hatırdan çıkarmaktadır; filhakika haksız veya âdaba mugayir bir akit dolayısıyla yapılan edaların iadesine müteallik talepler mahkeme tarafından mesmu olamazlar. Bahsi geçen sebepler yüzünden batıl olan bir iş görme akdinin icrası dolayısıyla, iş görenin masraflarının ve münasip bir tazminatın ödenmesini, iş sahibinin de işden hasıl olan kârın kendisine devrini istiyebilmesi, haksız veya ahlâka aykırı iş görme hallerini Devlet otoritesiyle teyid ve teşvik etmek neticesini doğurur. Bu itibarla, müelliflerin ekseriyetinin de beyan ettiği veçhile¹³, hukuka veya ahlâka aykırılığı dolayısıyla batıl olan bir hukukî muameleye müstenid faaliyetler hiçbir suretle vekâletsiz iş görme hükümlerinin dermeyanına yol açamamalıdır.

Eğer iş görme akdinin butlanı, mevzuunun imkânsızlığından ileri geliyorsa, bu akit dolayısıyla yapılan işe, vekâletsiz iş görme kaidelerinin tatbikine bir mani yoktur. Fakat mezkûr kaidelere müracaattan pratik bir fayda hasıl olacağı çok şüphelidir; çünkü, tahakkuku imkânsız bir iş için yapılan masraflar, iş sahibinin menfaati iktizası olmadığından, iş gören bunların ödenmesini talep edemez; böyle bir işden, iş sahibinin

(11) Elias Wolf (FJS, no. 1077, VII, B), Staudinger - Nipperdey (§ 677; Nr. 12), Oser - Schönerberger (Art. 419, Nr. 21) ve Marutte (sh. 145), batıl olan bir akit mucibince yapılan işlere, butlan sebepleri arasında bir tefrik yapmaksızın, umumî olarak, vekâletsiz iş görme hükümlerinin tatbik edileceğini beyan eylemektedirler.

(12) Sh. 120 ve 134.

(13) Gautschi, sh. 59; Lent, sh. 179 - 180; Demogue, t. III, sh. 47.

temellük talebine mevzu olabilecek bir kârın doğmasını tasavvur da çok müşküldür.

Taraflardan birinin ehliyetsizliği sebebiyle batıl olan bir akde müsteniden görülen işler hakkında bir tefrik yapmak gerekir: Eğer akit iş sahibinin ehliyetsizliği dolayısıyla batıl ise, vekâletsiz iş görme hükümlerinin tatbiki imkân dahilindedir¹⁴ ve faydadan da hâli değildir; çünkü mezkûr hükümlerin dermeyanı için iş sahibinin ehil olmasına hacet yoktur. Buna mukabil, akit, iş görenin ehliyetsizliği yüzünden batıl ise, vekâletsiz iş görme hükümlerine müracaatta esas itibariyle, bir fayda melhuz değildir; zira, bu takdirde, BK. md. 412 mucibince, iş gören sadece haksız iktisabı ve haksız fiili dolayısıyla mes'ul tutulabilir^{14a}.

Yapılması kanunî şekle tabi bir vekâleti müstelzim olup da bu şekilde riayet edilmeksizin verilmiş bir salâhiyete müsteniden teşebbüs edilen iş görme hallerinin prensip itibarıyla vekâletsiz iş görmenin sahası dışında kaldığına yukarıda işaret etmiştik¹⁵. Bununla beraber, gene yukarıda kaydettiğimiz istisnai hallerde¹⁶ ve tarafların kararlaştırdığı şekle tevafuk etmemesi dolayısıyla batıl akitlere müsteniden yapılan işlerde, vekâletsiz iş görme kaidelerinden istifade etmek kabildir.

İrade fesadıyla malûl akitlere binaen girilen işler için de, bir taraflı ilzam olunmazlık beyanını müteakip, vekâletsiz iş görme hükümleri sürülebilir¹⁷.

İş görmeye mezuniyet bahşeden akdin, in'ikadından sonra zuhur eden bir sebep dolayısıyla, hükümlerinin sona ermesine rağmen, işle meşgul olmaya devam eden âkidin esas itibarıyla vekâletsiz iş gören olarak tavsifi düşünülebilir¹⁸.

Şu kadar ki, bu gibi vaziyetlerde BK. md. 397 ve 398 hükümlerini gözden kaçırmamak lâzımdır. Vekilin veya müvekkilin ölümü, eh-

(14) Becker, Art. 419, Nr. 10; aksi fikirde Hagenbüchli, sh. 51.

(14a) Bununla beraber mümeyyiz kasırın kârı devir borcu bazan haksız iktisap dolayısıyla iade borcundan daha şümulü olabilir; bu gibi vaziyetlerde vekâletsiz iş görme hükümlerini dermeyan etmekte fayda vardır. Bk. aşağıda § 28, III, 1.

(15) (16) Bk, yukarıda § 15, I.

(17) Gautschi, sh. 56 - 57.

(18) Gautschi, sh. 176; Oser - Schönerberger, Art. 419, Nr. 21; Staudinger - Nipperdey, § 677, Nr. 12.

liyetinin zevali veya iflâsı ile vekâletin nihayet bulması neticesinde, müvekkilin menfaatleri tehlikeye düşüyorsa, müvekkil veya mirasçısı veya mümessili bizzat işlerini görebilecek hale gelinceye kadar, vekil veya mirasçısı veya mümessili vekâleti ifaya devam ile mükelleftir. Vekâletinin nihayet bulunduğu ittila peyda eylemeden, onu ifaya devam eden kimse de, vekâletsiz iş görme değil vekâlet akdi hükümlerine tabidir. Bu kaideler, kıyas caiz olduğu nisbette, diğer iş görme akitlerinin sona ermesi halinde de tatbik olunabilir.

Vekâletin azil dolayısıyla hitam bulmasına rağmen iş görmeye devam edilmesi takdirinde, müelliflerden bazıları vekâletsiz iş görme hükümlerine müracaat edilemeyeceği fikrindedirler. Ezcümle Suter'e nazaran¹⁹, azlin dinlenmemesi, akdin inikadı anında ekseriya zımnen kabul edilen ve her zaman azle rıza göstermeyi tazammun eden şarta aykındır; binaenaleyh azle itaat etmeyerek işe devam, bir vekâletsiz iş görme değil vekâlet akdine bir nevi riayetsizlik teşkil eder²⁰. Maruitte ise²¹, azilde iş görmeye devama iş sahibinin muhalefeti mahiyeti görülmedikçe, azli müteakip yapılan işlerin vekâletsiz iş görme sayılması gerektiği kanaatinde. Buna mukâbil, Moser²², azilden sonraki faaliyetin, mutlak surette, vekâletsiz iş görme olarak tavsifine taraftardır. Oser'in fikri²³, bize en mülâyim gelenidir: "İş sahibinin muhalefeti vekâletsiz iş görmenin mevcudiyetini bertaraf etmeyeceğinden, azilden sonra ifaya devam edilen vekâlet, nadiren de olsa vekâletsiz iş görme hükmüne tabi tutulabilir." Fakat ekseri hallerde Suter'in görüşüne iştirak ve azle itaat etmeyi vekâlet akdine riayetsizlik mahiyetinde addetmek doğru olur.

Alman hukukunda, vesayetin hitamından sonra da kasının işleriyle meşgul olan vasiinin vekâletsiz iş gören sıfatı ile hareket ettiği umumiyetle kabul edilmektedir²⁴. Fransız hukukunda ise, vesayetin hitamına rağmen işlere devam eden vasi hakkında "fiili vesayet" (la tutelle de fait) nazariyesi ortaya atılmıştır²⁵. Bu nazariye mucibince, işe devam eden vasi, eski kasını himaye maksadıyla, vesayet hükümlerine göre mes'ul tutulur. Medeni Kanunumuzda, vasilik sıfatı zeval bulan kimsenin, halefi işe başlayıncaya kadar, zaruri idari tasarruflarda

(19) Sh. 21.

(20) Becker (Art. 419, Nr. 11) ve Demogue (sh. 45) da buna benzer bir mütalâa ileri sürmektedirler.

(21) Sh. 146 - 147.

(22) Sh. 171.

(23) Art. 419, Nr. 21.

(24) Staudinger - Nipperdey, § 677, Nr. 13; RGR Komm., § 677, Nr. 3, sh. 460.

bulunmakla mükellef olduğu sarahaten beyan edilmiştir (md. 426); bittabi vasilik sıfatının zevali değil de vesayetin hitamı bahis mevzuu olursa, hitam anından sonra işe devam eden vasi hakkında vekâletsiz iş görme hükümleri tatbik olunmalıdır.

III — İş görenin mezuniyetinin müstenid olduğu hukukî münasebetin hudutlarını aşması.

Bir kimsenin bir hukukî münasebet veya vaziyet dolayısıyla haiz olduğu mezuniyeti aşarak iş görmesi halinde, o münasebet veya vaziyete ait kaidelerin mi yoksa vekâletsiz iş görmeye mütedair hükümlerin mi tatbik edileceği meselesinin halli çok naziktir. Bütün müellifler, iş görme ile, hudutları dışına çıkan hukukî münasebet veya vaziyet arasında sıkı bir rabıta (innere Zusammenhang) mevcut olduğu takdirde, bu iş görmeyi o münasebet veya vaziyete ait kaidelere tabi tutmak hususunda müttefiktirler²⁶. Ancak üzerinde ittifak bulunan diğer bir nokta daha vardır ki, o da, iş görme ile hudutları tecavüz edilen münasebet arasındaki sıkı rabitanın ne zaman mevcut olacağını tesbite yarayan umumî esaslar koymanın müşkül olduğudur. Filhakika, bu meselenin çözülmesinde, her müşahhas vakıanın hususiyetlerini gözönünde tutmak gerekir; bununla beraber bazı kıstaslara müracaat imkânı da tamamen yok değildir.

Eğer muhtemel bir mezuniyet tecavüzü hudutları dışına çıkan münasebete ait akdi veya kanunî hükümler tarafından derpiş edilmişse veya o münasebetin gayesinden bu salâhiyet tecavüzlerine de şamil bulunduğu istihraç olunabilirse, vekâletsiz iş görme kaidelerinin tatbiki yerinde olmaz²⁷. Ezcümle BK. md. 389, vekilin müvekkilinin talimatına muhalefet etmesi halini sarahaten tanzim etmiştir; binaenaleyh böyle bir ihtimalde vekâlet akdinden doğan borçlara muhalefetin hususî bir şekli bahis mevzuudur²⁸. BK. md. 251 f. II, mecurun ufak tefek ayıplarını müstecirin mucir hesabına izale edebileceğini ifade eylemektedir; ilmî ve kazai içtihadlara nazaran²⁹, mezkûr hüküm, mecurun tamiri hu-

(25) Bk. Maruitte, sh. 169 - 185 ve onun tarafından sh. 169 not 1 de zikredilen müellifler.

(26) (27) Brückmann, sh. 66 - 73; Suter, sh. 21; Oser - Schönerberger, Art. 419, Nr. 21; Hagenbüchli, sh. 54; Lent, sh. 167 ve müt.; Becker, Art. 419, Nr. 11.

(28) Gautschi, sh. 189 - 190 ile karşılaştırmız.

(29) Becker, Art. 419, Nr. 11; Art. 254 - 255, Nr. 19; Suter, sh. 22; Oser - Schönerberger, Art. 419, Nr. 22; Federal Mahkeme: RO 61 II 37 yahut Sem. Jud. 1935, sh. 369 ve müt. (bilhassa sh. 374), "Dame Reusser - Trappagen c. Domaine du Chanet SA."

susunda mucirle müstecir arasındaki münasebetleri hasredici bir şekilde tanzim etmiş olduğu cihetle, mühim ayıpların izalesine teşebbüs eden müstecir vekâletsiz iş görme hükümlerinden istifade edemez; meğer ki, mucirin gaybubeti veya sair bir sebep yüzünden vaktinde haberdar edilmesi veya faydalı bir şekilde müdahale eylemesi mümkün olmasın.

Bazan da, masrafta bulunan veya salâhiyetini tecavüz eden kimsenin, bu hareketinin, müstenid olduğu münasebete değil, vekâletsiz iş görme hükümlerine tabi olacağı kanunda sarahaten beyan edilir: Şey üzerinde masraf yapan intifa hakkı sahibine (MK. md. 725) ve salâhiyetini tecavüz ederek âdi şirket hesabına hareket eden şirket (BK. md. 530 cümle 2) müteallik hükümlerin bu meyanda zikri kabildir.

Eğer görülen işin iş sahibini iş görene bağlayan akdin ifası ile hiç alakası yoksa, bittabii o akde değil vekâletsiz iş görmeye ait hükümlerin tatbiki bahis mevzuu olur³⁰. Meselâ bir otomobil satın almağa mezun kılınan kimsenin bir buz dolabı alması halinde vaziyet böyledir. Yahut bir yangında kendisini hizmet dışı bir tehlikeye atarak patronunun eşyalarını kurtarmağa çalışan ve zarara uğrayan işçi vekâletsiz iş görme hükümlerinden istifade eder.

Buna mukabil, iş sahibinin istediği fiattan farklı bir fiata yapılan alım - satım muamelelerine vekâletsiz iş görmeden ziyade, vekâlet akdinde talimata riayetsizlik mahiyetinin izafesi doğru olur³¹.

İş sahibi ile iş gören arasındaki münasebet, hukuki bakımdan değil, fakat fiili bakımdan işin yapılmasına yol açmışsa vekâletsiz iş görme hükümlerine müracaat edilmelidir³²; müşterinin mebbii tesellümde temerrüdü halinde bayiin malı muhafaza için masraflara girişmesi bu hususta misal olarak verilebilir.

Eğer iş görenle iş sahibi arasında bidayette mevcut münasebet, hudutlarının aşılması suretiyle yapılan işe nisbeten pek ehemmiyetsiz kalıyorsa, iş görenin vekâletsiz olduğunu kabul etmek gerekir³³. Ezcümle bir vekâlet akdinin hudutlarını ilk defa tecavüz etme akde riayetsizlik

(30) Staudinger - Nipperdey, § 677, Nr. 11; Oser - Schönerberger, Art. 419, Nr. 21; Becker, Art. 419, Nr. 11; Lent, sh. 168 - 169.

(31) Lent, sh. 169; aksi fikirde Reichel, sh. 199. BK. md. 419 da komisyonunun malı âmir tarafından tayin olunan asgarî bedelden noksanına satması hususî surette tanzim olunmuştur.

(32) Suter, sh. 22 - 23.

(33) Suter, sh. 23.

şeklinde tavsif olunabilir; fakat sonradan vaki mükerrer salâhiyet tecavüzleri hakkında artık vekâletsiz iş görme hükümlerini nazara almak icap eder.

Temyiz Mahkememiz muhtelif kararlarında³⁴, âmme hükmi şahıslarına ait taahhüt işlerinde, mukavele dışında fazla inşaat yapan müteahhidin vekâletsiz iş görmeye müteallik esaslardan faydalanabileceği içtihadında bulunmuştur.

Brückmann'ın kanaatınca³⁵, akde riayetsizlik olarak vasıflandırılan bir halin aynı zamanda bir vekâletsiz iş görme teşkil edebileceğini söylemek mantığa aykındır. Halbuki diğer müelliflerin belirttikleri veçhile³⁶, bazan akde muhalefet halinde vekâletsiz iş görme hükümlerinin tatbiki iş sahibinin himayesini çok daha iyi temin eder; çünkü vekâletsiz iş görmeye müstenid kânn temellükü talebi akde riayetsizlikten dolayı tazminat talebinden daha şümüllü olabilir. Bilhassa, bir işçinin rekabet memnuiyeti şartına veya bir fabrikatörün bir tüccara tanıdığı muayyen bir muntakadaki inhisari satış hakkına riayet etmemeleri takdirinde, BK. md. 414 ün tatbiki ehemmiyeti büyüktür.

§ 22 — İŞ GÖRENİN, BİR ÜÇÜNCÜ ŞAHISLA OLAN MÜNASEBETİNDE VEYA UMUMÎ SURETTE YAHUT TÂLÎ DERECEDE, İŞİ YAPMAĞA MÜKELLEF OLMASI.

I — Tecviz edilen vekâletsiz iş görmede.

1. İş görmenin vekâletsiz sayılmasına mani olan mükellefiyet veya mezuniyetin, iş sahibi ile iş gören arasındaki bir hukukî münasebete istinad etmesi gerektiği hususunda bütün müellifler mütefikler¹. Binaenaleyh, iş görenin iş sahibinden gayri bir şahısla olan münasebeti dola-

(34) H.U.H., 17/1/1940, E. 47/8, K. 6 (Tepeci, sh. 578); T.D., 24/2/1936; E. 3548, K. 498 (Tepeci, sh. 579); T.D., 16/2/1942, K. 482 (Arıç, sh. 338; no: 641); T.D., 21/12/1942, K. 2875 (Arıç, sh. 338, no. 643); T.D., 6/5/1943; K. 887 (Arıç, sh. 338, no. 644); T.D., 9/9/1943, K. 1530 (Arıç, sh. 316; no: 603); T.D., 10/3/1945, K. 596 (Arıç, sh. 339, no. 645); T.D., 26/10/1953; E: 1311/K. 5502 (Ankara Barosu Dergisi, 1954, sh. 52 ve müt.); T.D., 18/9/1954, E. 953/4592, K. 6817 (Ankara Barosu Dergisi, 1955, sh. 644).

(35) Sh. 68.

(36) Lent, sh. 170 - 173; Moser, sh. 171; Gautschi, sh. 164; Friedrich, sh. 36. RO 45 II 207 ile de karşılaştırınız.

(1) Staudinger - Nipperdey, § 677, Nr. 14 - 15; Suter, sh. 19 - 20; Oser - Schönenberger, Art. 419, Nr. 17; Becker, Art. 419, Nr. 10; Maruitte, sh. 145; Palandt, § 677, 2 e.

yısıyla yapmağa mükellef olduğu veya bu şahıs tarafından mezun kılındığı bir işle uğraşması halinde, vekâletsiz iş görme hükümlerinin tatbik edilmesine esas itibarıyla, bir engel yoktur. Yani, iş gören (A), B ye ait bir işi yapmak hususunda ona karşı değil de bir üçüncü şahsa (C ye) karşı mükellef ise veya A, B nin işiyle meşgul olmağa mezun olmadığı halde C ona mezuniyet vermişse, A ile B arasında bir vekâletsiz iş görme münasebeti doğabilir. Bittabiî kanunun veya resmî bir makamın bahşettiği mezuniyete binaen başkasının işini gören kimsenin bu mezuniyeti iş sahibi muvacehesinde de mevcuttur. Burada bahis mevzuu olan, B ile önceden bir münasebeti bulunmayan A nın, C ile yaptığı bir hukuki muamele neticesinde B nin işini görmek hususunda mükellef veya mezun kılınmasıdır. Kaideten, bu mükellefiyet veya mezuniyetin mevcudiyetine rağmen A ile B birbirlerine karşı vekâletsiz iş görme hükümlerini dermeyan edebilmelidirler.

Ancak, iş sahibinin menfaatine hizmet iradesini vekâletsiz iş görenin zaruri bir unsuru sayan hukukçulardan bazılarına nazaran², bahsi geçen hallerin bilhassa ilkinde bu irade ekseriya bulunmaz, bulunsa bile isbatı çok müşküldür; çünkü üçüncü şahısla yaptığı mukavelelerin zoru altında hareket eden kimse iş sahibine hizmetten ziyade kendi mükellefiyetini yerine getirme niyetini taşır³.

Alman Medenî Kanunu hakkındaki ilk Proje'nin 760 ıncı paragrafı bu hususta şöyle bir hükmü muhtevi idi: "Başkasına ait bir işle bir üçüncü şahsın vekâletine binaen meşgul olan kimse iş sahibine ve iş sahibi de ona karşı vekâletsiz iş görmeden dolayı borçlanmaz, meğer ki işle meşgul olan aynı zamanda iş sahibine hizmet niyetiyle hareket etsin." Kanunun ikinci Projesi'nin görüşülmesi esnasında bu hüküm, taallük ettiği meselenin pratik ehemmiyetinin az olduğu ve aydınlatılmasının doktrine bırakılmasının münasip bulunduğu mülâhazasıyla kaldırılmıştır.

Fikrimizce, iş sahibi hesabına hareket iradesi gözönünde tutulmuş veya tutulmuş, meselenin halinde bazı tefrikler yapmak zaruridir:

a) İş görenin kendisiyle mukavele yaptığı şahıs, iş sahibinin vekili veya mümessili olabilir. Vekil ya kendi yerine başka birini ikame eder yahut da iş görenle vekâletten gayri bir akit yapar. Bu takdirde iş sahibinin iş görenle olan münasebetleri münhasıran BK. md. 391 veya

(2) Maruitte, sh. 224-225; RGR Komm. § 677, Nr. 2, sh. 450; Palant, § 677, 2 e; Schneider et Fick, rem. pré. à l'art. 419, no. 20.

(3) Üçüncü şahısla yaptığı mukaveleyi ifa için iş gören kimsenin niyetinin, bütün ihtimalleri hesaba katan, bir tahlili için bk. Lent, sh. 150 ve müt.

393 - 394 e tabi olur. Eğer iş gören iş sahibinin mümessili ile akdettiği bir mukaveleye müsteniden faaliyette bulunuyorsa BK. md. 32 ve müt. hükümleri tatbik edilir. İş sahibinin vekili kendi namına onun hesabına hareket etse dahi, iş gören iş sahibi ile aralarında doğrudan doğruya bir akit mevcut değil diye, bu sonuncuya karşı vekâletsiz iş görme hükümlerini ileri süremez⁴.

b) İş görenin kendisiyle mukavele yaptığı şahıs iş sahibinin vekili veya mümessili olmamakla beraber, mukavele iş sahibi lehine yapılan bir akit mahiyeti arz edebilir. Bu takdirde BK. nun, 14. bânına değil, 111 inci maddesine müracaat etmek gerekir⁵.

Bazan da iş göreni işi yapmağa sevkeden şahıs, iş sahibi sonradan icazet vermezse, onun ücretini ödemeği taahhüt eder. Böyle bir münasebetin bir garanti mukavelesi (BK. md. 110) olarak tavsifi mümkündür⁶. Meselâ, şuurunu kaybetmiş hasta bir müşterisine hekim çağırır otelci, müşterinin kendisine gelince muayene ücretini ödememesi ihtimaline karşı hekimi temin eder. Bittabiü bu şekilde bir garanti mukavelesinin mevcudiyeti, hekimin değilse bile, otelcinin vekâletsiz iş gören vaziyetine girmesine mani olmaz.

c) İş sahibinin mümessili veya vekili olmadığı halde, iş göreni işle uğraşmağa davet eden şahıs her vakit iş görenle bir akit yapmaz⁷. Meselâ, yolda bir kaza olduğunu ve kendisini kaybetmiş tedaviye muhtaç yaralıların bulunduğunu bir hekime haber veren kimse onunla mukaveleye girişmiş vaziyette değildir; binaenaleyh ortada doktorun vekâletsiz iş gören addolunmasını önleyecek bir akit yoktur.

d) Bir kimse vekâleti olmaksızın başkasının işini görürken bir temsilciye veya yardımcılarına başvurabilir. Bu temsilci veya yardımcıları da vekâletsiz iş gören sıfatını kazanırlar mı?

Tecviz edilen vekâletsiz iş görme, hukukî muamele benzeri bir fiil karakterini haiz olduğundan temsil suretiyle yapılması mümkündür⁸. Binaenaleyh, başkasının menfaati iktizası bulunan bir iş, onun vekâleti olmaksızın bir mümessil marifetiyle yaptırılsa, mümessil değil fakat işi

(4) Fransız hukukunda aksi fikri müdafaa eden bazı müellifler ve bunların fikrinin cerhi için bk. Maruitte, sh. 225 - 227.

(5) Suter, sh. 20; Oser - Schönerberger, Art. 419, Nr. 17.

(6) Lent, sh. 154.

(7) Oser - Schönerberger, Art. 419, Nr. 17; Lent, sh. 155; Aeby, sh. 83, not 46

(8) Bk. yukarıda § 10 not 7 ve ona ait metin.

ona bırakan şahıs vekâletsiz iş gören sıfatını kazanır. Tabii böyle bir iş görme, yalnız bir hukuki muamelenin veya hukuki muamele benzeri bir fiilin yapılmasına müteallik olabilir.

Nasıl akdi bir borcun ifasının yardımcı şahıslara tevdi halinde bu şahıslar alacaklı ile doğrudan doğruya münasebete 'girmiyorlar ise, tecviz edilen vekâletsiz iş görmede yardımcı şahıslara müracaat da aynı esaslara tabi tutulmalıdır⁹. Filhakika iş sahibine, yardımcı şahısların herbirine karşı ayrı ayrı mutalebeler tanınması ve onların herbirinin masraf ve zararını ayrı ayrı tazmin mükellefiyeti yüklenmesi pratik bakımdan güçlükler doğurur. Bu hususta misal olarak vekâletsiz surette büyük bir inşaatın yaptırılmasını düşünmek kâfidir. Eğer iş sahibi inşaatta çalışan işçilerin herbiri ile doğrudan doğruya münasebete girişecek olsaydı vekâletsiz müteahhide ait külfetler ona tahmil edilmiş olurdu. Diğer taraftan, işçiler de müteahhitle olan mukavelelerini ileri sürmeyi vekâletsiz iş görmeden mütevellid taleplerde bulunmayı tercih ederler; kaldı ki onlar, çok defa, müteahhidin vekâleti olup olmadığını bile bilmezler. Hülâsa, tecviz edilen vekâletsiz iş görmenin hukuki muamele benzeri fiil karakteri gözönünde tutularak, BK. md. 100 ü kıyasen ona da tatbik etmek doğru olur. Binaenaleyh yalnız işin yapılmasını başkalanna tevdi eden kimse, vekâletsiz iş görme hükümlerine müsteniden mes'ul kılınmalı ve mezkûr hükümlerden faydalanabilmelidir. Bu kaideye sadece şu ihtimal nazara alınarak bir istisna kabul etmek kabildir¹⁰: eğer yardımcı şahıslara müracaat eden kimsenin, ehliyetsizliği yüzünden, onlarla yaptığı mukavele batıl olacak ise, bu şahısların, iş sahibinden vekâletsiz iş görme hükümlerine binaen masraflarını ve iş esnasında uğradıkları zararın tazminini istiyebilmeleri hakkaniyete uygun düşer.

e) İş görenle mukavele yapan şahsın işe ait masraflara nihâi olarak katlanması gerekiyorsa, iş gören iş sahibine müracaat edemez; buna mukabil, mukaveleye müsteniden işin görülmesi neticesinde, iş görenle mukaveleyi yapandan başka bir şahsın bir mükellefiyeti yerine getiriliyorsa, iş görenin bu sonuncu şahsa karşı vekâletsiz iş görmeye müteallik mutalebelerde bulunmağa hakkı vardır¹¹. Bu kaideyi Alman mahkeme içtihadlarından alınma misallerle¹² aydınlatmağa çalışalım: Faraza bir kimse kansını veya çocuğunu bir hekime tedavi ettirirse, hekim vekâlet-

(9) Aynı fikirde Lent, sh. 156 - 157; Staudinger - Nipperdey, § 677, Nr. 18.

(10) Bk. Lent, sh. 158.

(11) Staudinger - Nipperdey, § 677, Nr. 16 - 17; Enneccerus - Lehmann, sh. 677; Palandt, § 677, 2 e.

(12) RGE 152, 176; 85, 183.

siz iş görme hükümlerine tevfikân kan veya çocuktan ücret istiyemez; çünkü tedavi masraflarına nihai surette katlanması lâzım gelen koca veya babadır ve mukaveleye binaen hekimin ücretini vermelidir. Buna mukabil, kan, evlilik birliğini temsil şahsiyeti dışında, kendisini veya çocuğunu tedavi ettirirse, hekim, kadımla aralarında mukavele olmasına rağmen, kocadan vekâletsiz iş görme hükümleri mucibince ücretini talep edebilir.

Burada, Cour de Justice civile de Genève'in hükme bağladığı bir davayı da^{12a} dikkate değer bir misal olarak zikretmek kabildir: Bir müteahhid bir mahzenin suyunu boşaltmayı ve duvarlarını tamiri, bir diğeri de duvarların su geçmez hale getirilmesini üzerine alıyor. İkinci müteahhidin işini ayıplı bir tarzda yapması yüzünden, mahzen yeniden su ile doluyor. Mahzen sahibi birinci müteahhide, tekrar suyun boşaltılmasını ve duvarların su geçmez hale konulmasını emrediyor. Birinci müteahhid, bu emri ifa etmekle, ikinci müteahhide terettüp eden ayıpları izale mükellefiyetini yerine getirdiğini ve binaenaleyh vekâleti olmaksızın ona ait bir işi gördüğünü iddia ediyor; netice olarak da ondan, masraflarını ödemesi talebinde bulunuyor. Cour de Justice, birinci müteahhid ile mahzen sahibi arasında, ikinci müteahhidin işinin ayıplarını izale için bir mukavele yapılmış olmasının, birinci müteahhidin vekâletsiz iş gören sıfatı ile masraflarını ikinci müteahhiden istemesine mani olmayacağını kabul etmiştir. Gerçi Mahkeme, birinci müteahhidin vekâletsiz iş gören sıfatı ile hareket ettiğini bilmeden iş yaptığı mülâhazasıyla, bahis mevzuu vekâletsiz iş görmenin gayrihakiki (nakıs) mahiyette olduğuna hükmetmiştir ki biz bunu tasvip etmiyoruz; bununla beraber, burada ehemmiyetli olan husus, bir şahısla (C) yaptığı mukavele mucibince, başkasının (B) mükellefiyetini yerine getiren kimseye (A), asıl mükellefe (B) karşı vekâletsiz iş görmeden mütevellid mutalebelerde bulunma hakkının, Mahkemece tanınmasıdır.

2. Umumi bir yardım mükellefiyetinin yerine getirilmesi de vekâletsiz iş görme hükümlerinden faydalanılmasına mani olmaz¹³.

CK. md. 527 mucibince, kimse bir musibet ve felâket veya karışıklık yahut cürmümeşhud vukuunda, makbul bir özrü bulunmadıkça,

(12a) Sem. Jud. 1951 (73), sh. 433 ve müt., "Belloni SA. c. Vve Hirschy et Cie."

(13) Staudinger - Nipperdey, § 677, Nr. 14; Esser, sh. 327; Enneccerus - Lehmann, sh. 677; Féaux de la Croix, Die Entschädigung bei Hilfeleistung in Not = und Unglücksfaellen, JW, 1939, sh. 457 ve müt., hususile sh. 459-461.

gerekli hizmet ve yardımı yapmaktan kaçınamaz. Gene aynı kanunun 476 ncı md. sine tevfikân, yedi yaşından aşağı bir sabiyi veya müptelâ olduğu akıl veya beden hastalığından dolayı kendini idare edemeyen bir şahsı terkedilmiş bulan kimse derhal ait olduğu daireye veya hükümet memurlarına malûmat vermeğe mecburdur; bir mecruha veya sair tehlikede bulunan bir kimseye yahut ölü veya ölüye benzer bir cesede tesadüf eden, mümkün olan yardımı yapmak veya derhal alâkalı daireye haber vermekle mükelleffir. İşte kanun bu mükellefiyetleri vazetmiştir diye, onları yerine getirenlerin vekâletsiz iş görmeye binaen masraf ve zararlarının tazminini istiyememeleri, mezkûr müessesenin başkasına yardımı teşvik gayesine aykırı olurdu; masraflarının boşa gitmesinden korkanlar CK. md. 527 ve 476 daki ehemmiyetsiz para cezalarına çarpılmağı göze alırlardı.

Resmî bir memur, bir hususî şahsa, vazifesinin ifası çerçevesine giren bir hizmet veya yardımda bulunacak olursa, prensip itibarıyla, onun bu husustaki mükellefiyeti, vekâletsiz iş görme hükümlerinden istifadesine engel teşkil eder; zira, Demogue'un belirttiği veçhile¹⁴, bir harca tabi olmayan bütün amme hizmetlerinden herkes bedava olarak istifade eder. Ancak vazifesini aşan hizmetlerde bulunan memur vekâletsiz iş gören vasfını kazanabilir.

Amme hükmî şahısları, külfeti nihai surette bir hususî şahsa ait olan işleri gördükleri takdirde¹⁵, vekâletsiz iş görme hükümlerine istinad edebilirler; fakat bir hususî şahsın mükellef tutulamayacağı bir işin görülmesi şeklindeki hizmetleri için mezkûr hükümlere binaen masraflarının veya bir tazminatın ödenmesini istiyemezler¹⁶.

Muhtelif amme hükmî şahıslarının birbirlerinin mükellefiyetlerini yerine getirerek amme hukukuna müteallik bir vekâletsiz iş görmede bulunmaları da mümkündür¹⁷; böyle bir vaziyette BK. nun 14. bâbı hükümleri kıyasen tatbik olunur.

3. Bir kimsenin bir işin yapılmasıyla mukavele dışında bir sebebe

(14) T. III, sh. 37 - 39; Maruitte, sh. 224, not 1 ve Arsebük, sh. 563 e de bk.

(15) Meselâ seyrüsefer için tehlike arzeden enkazın kaldırılması. Bk. Sem. Jud. 1919, sh. 459 ve müt.

(16) Bk. Demogue, t. III, sh. 35 - 37; Arsebük, sh. 563.

(17) Alman hukuku için bk. Staudinger - Nipperdey, Vorbem. zum elften Titel, Nr. 68 ve müt.; Fransız hukuku için: Maruitte, sh. 287 not 1 de zikredilen eserler.

müsteniden tâli derecede mükellef olması da, işi gördüğü takdirde asıl mükellef olan şahsa vekâletsiz iş görme hükümlerini dermeyer etmek suretile, rücu etmesine mani olmaz¹⁸. Meselâ, nafaka sırasında daha sonra gelen bir şahıs yakınlarından birini infak ederse, bu sırada kendisinden önce gelenden masraflarının ödenmesini isteyebilir. Yahut bir haksız fiil neticesinde yaralanan çocuğun babası, vekâletsiz iş gören sıfatıyla, tedavi masrafları için faile müracaat hakkına sahiptir.

Müteselsil borçlulardan herbiri alacaklıya karşı borcun tamamını ödemekle mükelleftir (BK. md. 141 f. I); fakat iç münasebette her borçlunun hissesi farklı olabilir (BK. md. 146 f. I). İç münasebetteki hissesinden fazla ödeyen borçlu, bu hususta vekâleti yoksa, dış münasebetteki borcun tamamını tediye mükellefiyetine rağmen, vekâletsiz iş gören sıfatını iktisab eder; fakat rücu meselesi kanunda sarahaten tanzım edilmiş bulunduğu cihetle (BK. md. 146 - 147), sadece mes'uliyet bakımından vekâletsiz iş görme hükümlerine tabî olur; dış münasebetteki borcun tamamını ödeme mükellefiyeti ile bu hükümlerin tatbiki teauruz halinde bulunmaz. Oser - Schönerberger de müteselsil borçlar bahsinde aynı fikri izhar etmekle beraber¹⁹, md. 419 a ait mülâhazalarında²⁰, dış münasebetteki mükellefiyeti nazara alarak, borcun tamamını ödeyen borçlunun vekâletsiz iş gören sayılamayacağını söylemektedirler. Bu sonuncu görüş tarzı, iç münasebeti hesaba katmadığı için hatalı ve ilmi ve kazai içtihadlara²¹ da aykındır.

II — Tecvîz edilmeyen vekâletsiz iş görmede.

Tecvîz edilmeyen vekâletsiz iş görmenin başlıca nev'i olan kendi menfaatine başkasının işlerini istismarda yukarıda I de derpiş edilen ihtimallerin çoğu bahis mevzuu olamaz. Diğer taraftan, bütün tecvîz edilmeyen vekâletsiz iş görme halleri hukuka aykırı bir fiil mahiyetini arzettiklerinden, bunlara, hukukî muamelelerde temsile ve yardımcı şahıslara müracaata müteallik hükümler tatbik edilemez.

(18) Enneccerus - Lehman, sh. 677 - 678. Esser'e nazaran (sh. 327) burada vekâletsiz iş görmeden değil, nakis teselsüliden mütevellid bir rücu hakkı bahis mevzuudur.

(19) Art. 148, Nr. 6.

(20) Art. 419, Nr. 20.

(21) Bk. Guhl, sh. 307; Becker, Art. 148, Nr. 1; Wolf, FJS; no. 1078; sh. 2; von Tuhr, sh. 698, not. 117; Federal Mahkeme RO 56 II 139 yahut JdT, 1930, sh. 557, "Laeubli - Geiger c. Dame Blattner"; RO 56 II 132, "Mayer c. Constantin"; 66 II 127 yahut JdT, 1940, sh. 458, "Brun - Hättenschwiller c. Hautle".

Vekâleti olmaksızın tecviz edilmeyen bir iş gören kimsenin bu işde yardımcılarından istifade ettiği şahıslara karşı da vekâletsiz iş görme hükümlerinin, bilhassa kârın temellükü talebinin ileri sürülüp sürülemediği pratik bakımdan büyük ehemmiyeti haizdir. Alman hukukunda hâkim olan cereyana nazaran²², başkasının işlerini istismar eden şahsa kıyasen onun yardımcıları da BGB § 687 f. II ye tabi tutulmalıdır; zira ancak bu suretle iş sahibi lâıykıyla himaye edilebilir; filhakika, yardımcıların kendilerini istihdam edene devretmedikleri kâr iş sahibinin tamamıyla temellük edebilmesi için onlara karşı haksız iktisap veya haksız fiilden dolayı tazminat davalarını açması kâfi gelmez. Yardımcılar § 687 f. II nin tatbikine karşı, istihdam edenle aralarındaki mukaveleyi ileri süremezler; çünkü bu mukavele, hukuka aykırı bir fiilin yapılmasını tazammun ettiğinden hemen daima batıldır. § 687 f. II nin tatbiki aleyhinde ortaya atılan diğer bir delil de²³, yardımcıların kendi menfaatlerine değil istihdam eden menfaatine hareket etmeleridir. Fakat, Mueser'in haklı olarak belirttiği veçhile²⁴, mezkûr hükmün tatbikinde yalnız iş gören yardımcı ile iş sahibi arasındaki münasebet gözönünde tutulmalıdır; bir üçüncü şahsın menfaatlerine hizmet eden kimsenin iş sahibinin nef'ine faaliyette bulunmadığı ve iş sahibi bakımından, kendi menfaatine hareket eden bir iş görene müşabih vaziyette bulunduğu aşikârdır. Nasıl haksız fiillerde asıl fail ile yardımcıları müştereken mes'ul tutuluyorsa (BK. md. 50), hukuka aykırı vekâletsiz iş görmeye de aynı esas kabul edilmelidir²⁵.

Türk - İsviçre hukukunda BK. md. 413 cümle 1 (İBK. md. 423 f. I) in menfi şekilde kaleme alınmış olması meselenin hallini daha kolaylaştırmıştır. Filhakika bu hükme tevfikan, "kendi menfaati için yapmamış olsa bile iş sahibi yapılan işden hasıl olan faydaları temellük hakkını haizdir". Binaenaleyh, yardımcı şahsın istihdam edenin menfaatini gözettiği kabul edilse dahi, bu suretle iş, hakiki sahibinin menfaatine yapılmış olacağından, bu sonuncunun yardımcı şahsa karşı da mezkûr hükmü dermeyan etmesi mümkündür²⁶.

(22) Lent, sh. 159; Staudinger - Nipperdey, § 687, Nr. 9; Mueser, sh. 22.

(23) Bk. Freese, sh. 22; RG kararı, JW, 1903, Beilage; sh. 141.

(24) Sh. 22.

(25) Yalnız, hukuka aykırı vekâletsiz iş görmeye, yardımcı, elde ettiği kâr, hatta hüsnüniyetli ise elinde kalan kâr nisbetinde mes'ul tutulacağından, müstahdemlerinin ve kendisinin elde ettiği kârın tamamından mes'ul olan istihdam edenle yardımcı arasında tam değil nakıs teselsül vardır. Bk. Moser, sh. 175 - 176.

(26) Moser, sh. 175.

Moser'in fikrinde²⁷, eğer yardımcı şahıs hüsnüniyetle, istihdam edeni işi yaptıрмаğa mezun zannetmişse, onun kârdan yalnız elinde kalan kısmı iadeye mecbur tutulması hakkaniyete uygun olur; diğer taraftan, hüsnüniyetli yardımcı masraflarının tamamını iş sahibinden tahsil edemezse²⁸ ödenmeyen kısım için kendisini istihdam edene müracaat edebilir; gerçi yardımcı ile istihdam eden arasındaki akit hukuka aykırılığı dolayısıyla batıldır; ancak yardımcının akdin muteberliğine olan itimadının sarsılması yüzünden uğradığı zararın tazmini için culpa in contrahendo esasına istinad etmesi kabildir.

FASIL IV

İŞ GÖRENİN İRADESİ

Tecviz edilen neviden olsun veya olmasın, vekâletsiz iş görme mâkul bir beşerî fiilî tazammun eder. Her mâkul beşerî fiil ise, mümeyyiz olması şart bulunan bir failin iradesine müsteniddir. Binaenaleyh, iş görenin muayyen bir gayeye yönelmiş olan iradesi, vekâletsiz iş görmenin zarurî bir unsurudur. Ancak bu gayenin, yani iş görenin iradesinin muhtevasının neden ibaret olması lâzım geldiği ihtilâflı bir meseledir. Aşağıdaki paragraflarda, bu husustaki nazariyelerden ve onların pratik neticelerinden bahsedilecektir.

§ 23 — BAŞKASININ MENFAATİNE HAREKET İRADESİNİ VEKÂLETSİZ İŞ GÖRMENİN SÜBJEKTİF UNSURU OLARAK KABUL EDEN NAZARİYE

I — Başkasının menfaatine hareket iradesini vekâletsiz iş görmenin zarurî bir unsuru sayanların, bu iradenin mahiyeti ve muhtevası hakkındaki açıklamaları.

Daha Fandekt hukukunda Zimmermann¹, “hakiki vekâletsiz iş görmeye, iş görenin bilerek ve isteyerek başkasının menfaatine hareket etmesinin şart olduğunu” beyan ediyordu. Halen de muhtelif memleketler hukukunda hâkim olan bu telâkki, çeşitli şekillerde ifade olunmaktadır. Fransız müellifi Maruitte'e nazaran², “başkasına hizmette bulunmak kasdı” vekâletsiz iş görmenin zarurî bir unsurudur. Alman, İsviçre, Fran-

(27) Sh. 175 - 176.

(28) Çünkü, onun masraflarına müteallik mutalebesi iş sahibinin temellük ettiği kârda mahduttur (BK. md. 413 cümle 2).

(1) Sh. 7.

(2) Sh. 201 ve müt.

sız ve İtalyan hukukçularının bir çoğu³, vekâletsiz iş görmenin sübjektif unsurunu, "başkasına ait olduğu bilinen bir işi, onun için, ona ait olarak yapmak iradesi" suretinde tarif etmektedirler. Bu tarif Reichsgericht'in ve İsviçre mahkemelerinin bazı kararlarında⁴ benimsenmiştir. Kısaca "başkasının menfaatine hareket niyetinden" bahseden müelliflere de rastlamak mümkündür⁵. Lent'in bu bapta fikri de⁶, zikre şayandır: "İş görenin, fiili ile iş sahibinin menfaatini gözetmek iradesi ve yaptığı işin onun menfaatine uyduğu hususundaki telâkkisi, aranılan sübjektif unsuru teşkil eder."

Birtakım müellifler de⁷, iş görenin fiilinin başkasının menfaatine yaradığını bilmesini kâfi saymaktadırlar; onlara nazaran, iş görende ayrıca, başkasına hizmet niyetinin, başkası için hareket etme kasdının bulunmasına hacet yoktur. Bu nazariyenin, bundan evvel ismi geçen müelliflerin fikirleri ile pratik bakımdan büyük bir fark arzettiği söylenebilir. Filhakika, Oser - Schönerberger⁸ ve Suter'in de⁹ işaret ettikleri veçhile, fiilinin başkasının menfaatine yaradığını bilerek hareket eden kimse, aynı zamanda böyle hareket etmek iradesini de taşıyor demektir; zira vekâletsiz iş görenin işle meşgul olmağa, prensip itibarıyla, hiçbir mecburiyeti yoktur. Buna mukabil Picard demektedir ki¹⁰, insanlar her vakit altruistçe, diğergâm saiklerle hareket etmezler; bazan iş gören bir üçüncü şahısla yaptığı mukavelenin veya diğer hâdiselerin tazyiki altında, iş sahibine hizmet etmek kasdı olmaksızın, onun menfaatine olduğunu bildiği bir işe girişir. Meselâ, asıl borçlunun vekâleti bulunmaksızın, borcu ödeyen müteselsil kefilin vaziyeti böyledir. Yahut, karı ile onu tedavi için mukavele yapıp da, kocanın işini vekâletsiz olarak gören he-

(3) RGR Komm., § 677, Nr. 2; Palandt, § 677, 2b; Staudinger - Nipperdey, § 677, Nr. 5; Enneccerus - Lehmann, sh. 675 - 676; Martin, sh. 287; Suter, sh. 29-30; Oser - Schönerberger, Art. 419; Nr. 9; Reichel, sh. 198; Guhl, sh. 307; Carrez, sh. 91; Vizoz, sh. 250; Planiol - Ripert - Esmein, t. VII, sh. 10 - 11; Colin - Capitant - de la Morandière, t. II, no. 954; d'Amelio - Finzi - de Bernardinis, sh. 1954. Türk hukukunda Göktürk (sh. 523) bu nazariyeye taraftar görünmektedir.

(4) RGE, 130, 310; Federal Mahkeme, RO 41 II 392, "Lichtensteiger c. Jucker"; Bienne Mahkemesi, SJZ, 46 (1950), sh. 209.

(5) Bk. Aeby, sh. 68; Becker, Art. 422, Nr. 2; Bern İstinaf Mahkemesi, ZbJV, 46 (1910), sh. 372.

(6) Sh. 124.

(7) Oertmann, Vorbem. 3c vor § 677; Picard, sh. 24; Esser sh. 325.

(8) Art. 419, Nr. 9.

(9) Sh. 28 - 29.

(10) Sh. 24 - 25.

kim, kocaya faydalı olmak niyetini taşımaz. Harpte, düşman işgali altında, düşman tarafından komüne tahmil edilen mâli mükellefiyetleri yerine getiren zengin şahıslar da komün halkından ziyade kendilerini kurtarmak için mallarını verirler. Fikrimizce Picard'ın verdiği misallerin ilk ikisinde, kefil veya hekim, sadece gördükleri iş dolayısıyla iş sahibinin menfaatine hizmet ettiklerini bilmekle kalmayıp aynı zamanda ona hizmette bulunmak iradesine de sahiptirler. Üçüncü misalde zaten Picard¹¹, başkasına ait bir işe müdahale vaki olmadığı cihetle, vekâletsiz iş görmenin mevcut olmadığı kanaatindedir. Kaldı ki, müellifin, başkasına hizmette bulunmak niyetini, yahut diğer bir ifade ile başkasının işini ona ait olarak görme iradesini, iş görenin hareketinin saikleri ile karıştırdığı zannındayız.

Filhakika, iş göreni işle iş sahibi için, onun menfaatine meşgul olmağa karar verdiren saikler muhtelif olabilir¹². Başkasına hizmet için yapılan bir işin altında çok egoistçe düşüncelerin saklı olduğu vakidir. İşgörenin ileride iş sahibinden başka bir menfaat teminini hesaba katması yahut işin yapılmasında kendisinin veya alâkadar olduğu bir üçüncü şahsın menfaatinin de bulunması daima ihtimal dahilindedir. Bütün bunlar vekâletsiz iş görmenin mevcudiyetine engel olmaz. Alman Mendeni Kanunu'nun ilk Projesinde (md. 759), iş görenin işe kendisinin yahut bir üçüncü şahsın menfaati saikasıyla girişmiş olmasının vekâletsiz iş görmeye müteallik hükümlerin tatbikini bertaraf etmeyeceği sarahaten ifade olunmuştu¹³; sonradan kanunda böyle bir sarahat mevcut olmasa da aynı neticenin çıkarılabileceği mülâhazası ile mezkûr hüküm tayyedilmiştir.

İş sahibinin menfaatlerine hizmet arzusunun iş göreni işi yapmağa sevkeden yegâne âmil olmasına hacet bulunmadığı ve onun aynı zamanda kendisinin veya bir üçüncü şahsın menfaatini gözetebileceği doktrin ve mahkemeler tarafından umumiyetle kabul edilmektedir¹⁴. Meselâ

(11) Sh. 28.

(12) İş sahibinin menfaatine hizmet iradesinin iş görmenin saiklerinden tefriki lâzım geldiği hakkında bk.: Staudinger - Nipperdey, § 677, Nr. 6; Lent, sh. 121 - 126; Suter, sh. 31; Aeby, sh. 38 not 29.

(13) Brezilya MK. md. 1345 de aynı mealde bir hükmü muhtevirdir.

(14) Bk. Oser - Schönerberger, Art. 419, Nr. 13; Suter, sh. 81 - 83; Beckre, Art. 419, Nr. 6; Palandt, § 677, 2 d; Isele, sh. 39, 46; 63 - 64; Enneccerus Lehmann, sh. 676; Staudinger - Nipperdey, § 677, Nr. 9; RGR Komm. § 677, Nr. 2; Demogue, t. III, no. 15; Maruitte, sh. 208 - 209; Planiol - Ripert - Esmein, t. VII, sh. 11 ve aşağıda not 15 - 17 de zikredilen mahkeme kararları.

Federal Mahkeme, tamiri Kanton idaresine terettüp eden bir yolu, ondan faydalanan bir nakliye şirketinin yenileştirmesi halinde, şirketin, aynı zamanda kendi menfaatine hareket etmesinin, vekâletsiz iş gören sıfatı ile, iş sahibi olan Kanton'dan masraflarını istemesine mani olmayacağını beyan etmiştir¹⁵. Aynı kanaat Cour de Justice civile de Genève tarafından, Rhône nehrinde batan bir gemi enkazının Kanton idaresi tarafından kaldırılması dolayısıyla izhar edilmiştir¹⁶: İdarenin nehrin temizlenmesinde menfaati olması, Mahkemece, onun enkaz sahibine ait bir mükellefiyeti yerine getirmek ve böylelikle bu sonuncuya hizmet etmek iradesine mani sayılmamıştır. Reichsgericht de, bir haksız fiil neticesinde yaralanan çocuğunu tedavi ettiren babanın, bu işde kendi menfaati de olmakla beraber, vekâletsiz iş görme hükümlerine müsteniden, haksız fiil failinden tedavi masraflarını isteyebileceğini kabul etmiştir¹⁷.

Fransız hukukçusu Demolombe'a nazaran¹⁸, bir kimse, hem kendisini hem başkasını alâkalandıran bir işin, yalnız kendisine ait olan kısmını yapmak imkânna sahip olmasına rağmen, başkasının menfaattar olduğu kısımla da meşgul olursa vekâletsiz iş görme hükümlerinden istifade edebilir; fakat eğer işi başkasının alâkalı olduğu kısmı tefrik ederek görmek mümkün değilse, ancak bir taksim dâvası açmak suretile iş görmeden doğan vaziyeti tasfiye etmek kabil olur. Bu fikir Carrez¹⁹ ve Maruitte²⁰ tarafından haklı olarak şöylece tenkid edilmiştir: Taksim dâvası sadece mevcut hakların ve borçların paylaşılmasına hizmet eder, yoksa bizzat hak ve borçlara vücut vermez; binaenaleyh, bir kısmının ayrıca görülmesi mümkün olmayan işlerde de evvelâ vekâletsiz iş görme dolayısıyla bazı hak ve borçların doğduğunu kabul etmek lâzımdır.

Oser - Schönenberger'in kanaati mucibince²¹, bir işde iş görenin kendi menfaatini gözetme endişesi iş sahibinin menfaatine hizmet niye-

(15) RO 28 II 406, "Schweizerische Seetalbahngesellschaft c. Kanton Aargau; Federal Mahkeme, "Caprez Cie. c. Wohlwend" dâvasına müteallik kararında da, iş görenin aynı zamanda kendi menfaatini takib etmesinin İBK. md. 422 ye istinad etmesine mani olmayacağı fikrini teyid etmiştir (JdT, 1915, sh. 262). Aynı fikirde Zürich Yüksek Mahkemesi, BIZR, 22 (1933), sh. 229 - 230.

(16) Sem. Jud., 1919, sh. 459 ve müt., "Dame Veuve Schmid. c. Etat de Genève".

(17) JW, 1909, 137. Bundan başka RGE 82, 274; 75, 283; 126, 293 e de bk.

(18) T. XXXI, no. 104 ve 105.

(19) Sh. 96.

(20) Sh. 208 - 209.

(21) Art. 419, Nr. 13.

ından daha ağır basıyorsa, hakiki vekâletsiz iş görme hükümleri tatbik edilemez. Maruitte²² ve diğer bazı Fransız müellifleri²³ aksi görüşü müdafaa etmektedirler; yani iş gören esas itibarıyla kendi işini yapmak istese dahi aynı zamanda başkasına hizmet niyetini ve dolayısıyla vekâletsiz iş gören sıfatını taşıyabilir. Bittabi, bir işin görülmesinden bir üçüncü şahıs sadece “effet reflexe” (Reflexwirkung) suretile istifade ediyorsa vekâletsiz iş görme bahis mevzuu olamaz²⁴; meselâ arsasındaki bir toprak yığını kaldırarak aynı zamanda gerideki arsaların manzarasının açılmasını temin eden veya evindeki yangını söndürerek onun komşu- evlere sirayetini mani olan kimse, bunların sahiplerinden masraflarına iştirak etmelerini isteyemez.

Vekâletsiz iş görmenin sübjektif unsuru olarak kabul edilen başkasının menfaatine hareket iradesini, sübjektif bakımdan işin başkasına aidiyeti kıstasından tefrik, bu kıstasa verilen mânaya göre²⁵, müşkül ve hatta imkânsızdır. Eğer mezkûr kıstas, bizim yaptığımız gibi, “iş görenin faaliyetinin neticelerini başkasının hukukî sahasında müessir kılmak iradesi” şeklinde anlaşılırsa, onu başkasının menfaatine hareket iradesinden belki ayırdetmek kabil olur. Fakat bir işi sübjektif bakımdan başkasına ait kılan hususun, iş görenin başkasının menfaatine hareket iradesi olduğu müdafaa edilirse böyle bir tefrik artık bahis mevzuu olamaz; yani başkasının menfaatine hareket iradesi hem işin başkasına aidiyetini tayine yarar, hem de vekâletsiz iş görmenin iradî unsurunu teşkil eder²⁶.

İş sahibinin menfaatine hizmet iradesi, iş görenin işin fiilî neticesine yönelmiş olan iradesinden de farklıdır²⁷; meselâ başkasına ait bir duvarın yıkılması ona faydalı olmak maksadı ile yapılabileceği²⁸ gibi, iş gören bu suretle kendi menfaatini korumak²⁹ veya sadece duvar sahibine zarar vermek niyeti ile de hareket etmiş olabilir; halbuki işin fiilî neticesi daima aynı olup duvarın yıkılmasından ibarettir.

(22) Sh. 209.

(23) Maruitte'in sh. 209 not 2 de zikrettiği müellifler.

(24) Isele, sh. 40; Isay, sh. 71; Becker, Art. 419, Nr. 6; Federal Mahkeme, RO 34 I 589, “Konkursmasse Caesar Schmidt”.

(25) Bk. yukarıda § 18, I.

(26) Nitekim Enneccerus - Lehmann (sh. 676) ve Staudinger - Nipperdey (§ 677, Nr. 5) bu kanaatte görünmektedirler.

(27) Lent, sh. 126.

(28) Meselâ, zaten iş sahibi de yenisini yaptıracığı için duvarı yıktıracağıdır.

(29) Meselâ, duvar iş görenin evinin manzarasını kapamaktadır.

İş görenin işe giriştikten sonra, iş sahibinin menfaatine hizmet iradesini değiştirmesi ve kendi faydasına hareket etmeğe başlaması, bir ke-re teessüs etmiş olan vekâletsiz iş görme münasebetine son vermez; yalnız böyle bir hareket tarzı, onun vekâletsiz iş görme hükümleri daire-sinde mes'uliyetini mucip olur³⁰. Kendi menfaatine işe girişen kimse, işin devamı esnasında, iş sahibinin menfaatine hareket etmeğe karar ve-rirse, bu andan itibaren hakiki vekâletsiz iş görme hükümlerine tabi tu-tulur³¹.

II — Başkasının menfaatine hareket iradesinin vekâletsiz iş görmenin zarurî bir unsuru sayılması lehindeki deliller ve bu telâkkinin pratik neticeleri.

Başkasının menfaatine hareket iradesinin vekâletsiz iş görmenin zarurî bir unsuru olduğu fikrini isbat için muhtelif memleketlerin hukuk-cuları tarafından ileri sürülen deliller üzerinde, iş görenin kendi menfaa-tine başkasının hukukî sahasına müdahalesinin hukukî mahiyetini tetkik ederken³², etraflı bir surette durduk. Bu yüzden, o bahiste arzettikleri-mizi burada tekrardan, esas itibarıyla, içtinap edeceğiz.

Fransız ve Avusturya Medenî Kanunlarının vekâletsiz iş görme hak-kındaki hükümlerinin, daha ziyade başkasına yardım maksadıyla vaki müdahaleler gözönünde tutularak vazedildiğine, bununla beraber bil-hassa Fransız hukukunda, egoistçe iş görmenin de, mahkeme içtihadla rı vasıtasıyla, aynı hükümlere tabi tutulmasına bir engel bulunmadığına işaret eylemiştik³³.

Alman Medenî Kanunu ise, § 687 f. I in ihtiva ettiği hüküm mu-cibince, kendisinin zannıyla başkasının işi ile meşgul olmağı vekâletsiz iş görmenin sahası dışında bırakarak, hiç olmazsa, iş görenin başkasına ait bir işi gördüğünü meş'ur olmasını (Bewesstein der Fremdheit), mez-kûr müessesenin zarurî bir unsuru mertebesine yükseltmektedir. § 687 nin ikinci fıkrasına müsteniden, iş görenin sadece işin başkasına aidiye-tini bilmesinin kâfi olmadığı, buna inzimamen işi başkasına ait olarak, onun menfaatine görmek iradesine sahip olmasının gerektiği neticesinin çıkarılıp çıkarılmayacağı münakaşalıdır. Alman hukukçuları arasında

(30) Lent, sh. 129 - 130.

(31) Lent, sh. 128 - 129.

(32) Bk. yukarıda § 11, I ve § 12, II.

(33) Bk. yukarıda § 11, I.

hâkim olan kanaat böyle bir neticenin istihraç edilebileceğidir³⁴; çünkü, iş sahibinin menfaatine hareket iradesi şart olmasaydı ayrıca bu fıkrayı sevketmeğe hacet kalmazdı denilmektedir.

Türk - İsviçre hukuk sisteminde, başkasının menfaatine hareket iradesinin vekâletsiz iş görmenin zarurî bir unsuru olmadığı kanaatine varmıştı³⁵. Bu bapta delilleri burada tekrar münakaşa etmemekle beraber, aksi fikirde olan Suter'in dermeyan ettiği iki mülâhazayı yeniden gözden geçireceğiz. Adı geçen müellife nazaran³⁶, BK. md. 410 un, iş görene yüklediği iş sahibinin menfaatine ve tahmin olunan maksadına uygun hareket mükellefiyeti, ancak, iş görenin iş sahibinin menfaatine hizmet kaskına sahip olmasının vekâletsiz iş görmenin zarurî bir unsuru addedilmesiyle kabili izahıdır. Daha önce Aeby tarafından da müdafaa edilmiş olan bu fikir³⁷, ilk bakışta cazip görünmesine rağmen, şöylece cerhedilebilir: İş sahibinin menfaatine ve tahmin olunan maksadına uygun hareket mükellefiyeti iş görenin mes'uliyetinin temelini teşkil eder; iş gören kendi menfaatine hareket ettiğini ileri sürerek bu mükellefiyetten veya ona riayetsizliğin neticelerinden kurtulamamalıdır.

Suter'in ikinci delili şudur³⁸: İş görenin masrafları ve zararı için mutalebelerde bulunabilmesi, onun iş sahibini borçlu kılmak iradesine bağlıdır³⁹. Böyle bir irade ise, işi iş sahibine ait olarak görmek iradesinin mevcudiyetini tazammun eder. Suter'in başvurduğu muhakeme tarzının hareket noktası yanlıştır; çünkü her vekâletsiz iş görmede, iş görenin mutlaka birtakım mutalebelerde bulunması icap etmez; vekâletsiz iş görmenin bir de iş görene tahmil ettiği mükellefiyetler cephesi vardır. Diğer bir ifade ile, sadece iş görenin haklarının doğumu için şart olduğunu Suter'in de teyid ettiği⁴⁰, iş sahibini borçlandırma iradesinden, vekâletsiz iş görme müessesesinin bütününe ait bir şartın istihraç edilmesi doğru olmaz. Kaldı ki, iş görenin masraflarının ve zararının tazminini isteyebilmesi için, onun, iş sahibini borçlu kılmak iradesini taşımasından ziyade, iş sahibini masraflardan beri kılmak iradesini haiz olmaması lâzımdır^{40a}.

(34) Lent, sh. 118 - 124; Brückmann, sh. 39 ve müt.; RGR Komm., § 677, Nr. 2; Staudinger - Nipperdey, § 677, Nr. 5.

(35) Bk. yukarıda § 12, II.

(36) Sh. 25.

(37) Bk. yukarıda § 12, not 22.

(38) Sh. 26.

(39) Bk. aşağıda § 34.

(40) Sh. 57 ve müt.

(40a) Bk. aşağıda § 34, I.

Vekâletsiz iş görmenin sübjektif unsurunun, iş sahibi menfaatine hareket iradesinden ibaret olduğunu isbat için BK. nun 14. bâbında kullanılan lâfızlara ve bu bâbin tertip tarzına istinad etmenin de kabili olmadığına daha önce işaret etmiş bulunuyoruz⁴¹.

Başkasının menfaatine hareket iradesinin vekâletsiz iş görmenin zarurî bir unsuru sayılmasının bizim tasvip etmediğimiz pratik neticeleri şunlardır: Bahsi geçen telâkki taraftarları iş görenin kendi menfaatine başkasının işlerini, işin başkasına aidiyetini bilerek veya bilmeyerek, istismar etmesini ya vekâletsiz iş görmenin çevresi dışına çıkarırlar⁴², yahut da bu gibi haller için gayrihakikilik nazariyesini kabule mecbur kılırlar⁴³. Diğer taraftan, mezkûr telâkki mümessillerinden bir kısmı, gerçekte mevcut olmayan veya hükümsüz olan, yahut da bir üçüncü şahısla yapılan bir hukuki muamele mucibince iş görme hallerinde vekâletsiz iş görmenin varlığını reddederler⁴⁴.

III — İş görenin, iş sahibinin şahsı hakkındaki bilgisinin, ve duçar olduğu irade fesatlarının ehemmiyeti

Başkasının menfaatine hizmet niyeti vekâletsiz iş görmenin zarurî bir unsuru olarak kabul edilince, menfaatleri gözetilen şahsın kim olduğunun iş görence bilinmesinin şart olup olmadığı ve iş görenin bu şahıs hakkındaki hatasına terettüp edecek hükümlerin neler olduğu meseleleri ortaya çıkar.

Doktrinde ittifakla tasvip olunan bir fikre nazaran⁴⁵, iş görenin, iş sahibinin kim olduğunu bilmesine hacet yoktur; yalnız, bu şahsın objektif surette kabili tayin olması kâfidir. Diğer bir ifade ile, iş görenin iş ki-me aitse onun menfaatine hareket niyetini haiz olması vekâletsiz iş görmenin sübjektif unsuru olarak kifayet eder. Objektif bakımdan başkasına ait işlerde, iş sahibinin şahsı iş görence malûm olmasa dahi, onu tayin, işin başkasına aidiyeti hakkındaki kıstaslara müracaat etmek suretile daima mümkündür: Kimin hakları kullanılmış yahut muhafaza edilmiş veya mükellefiyetleri yerine getirilmiş ise, o iş sahibidir⁴⁶. Süb-

(41) Bk. yukarıda § 12, II ve not 15, 17 - 18.

(42) Bk. yukarıda § 11, I ve IV.

(43) Bk. yukarıda § 11, II.

(44) Bk. yukarıda § 21, I, not 1 - 2; II; § 22, not 2.

(45) Oser - Schönerberger, Art. 419, Nr. 10; Suter; sh. 31; Lent, sh. 138; Staudinger - Nipperdey, § 677, Nr. 7; Friedrich, sh. 44; Enneccerus - Lehmann, sh. 676; RGR Komm., § 677, Nr. 2; Palandt, § 677, 2b; Maruitte, sh. 206.

(46) Bk. yukarıda § 17, VI.

jektif bakımdan başkasına ait işlerde de iş gören, iş sahibinin kim olduğunu bilmese bile, objektif olarak onu tayin etmek imkânı bazan vardır⁴⁷: Meselâ, iş gören, muayyen bir gayrimenkulün tanımadığı maliki hesabına bir şey satın alabilir. Bittabi, iş gören kimin nam veya hesabına hareket ettiğini bilmeksizin ve nam veya hesabına hareket edilen şahsın objektif surette tayini de kabil olmaksızın sübjektif bakımdan başkasına ait bir iş görme tasavvur edilemez.

İş sahibinin iş görme anında mevcut bir şahıs olmasına da lüzum yoktur⁴⁸: cenin veya ileride kurulacak bir hükmi şahıs hesabına vekâletsiz iş görmek mümkündür; bu gibi hallerde, vekâletsiz iş görmenin hükümleri ceninin sağ doğmasına veya hükmi şahsın teşekkülüne tâlik edilmiştir.

İş görenin iş sahibinin şahsı hakkındaki hatasının da ehemmiyeti olmadığı ve hataen iş sahibi zannettiği kimse ile değil, hakiki iş sahibi ile vekâletsiz iş görme münasebetine gireceği doktrinde umumiyetle kabul olunmaktadır⁴⁹. Hatta bu husus B G B § 686 da sarahaten ifade edilmiştir. Ancak bu esasın tatbikinde bazı tefrikler yapmak lâzımdır:

Objektif bakımdan başkasına ait olan işlerin görülmesinde, mezkûr esasın tatbiki müşkülât arzuetmez. Vekâletsiz iş görme münasebeti, iş görenle, onun hataen iş sahibi zannettiği şahıs arasında değil, işin kendisine aidiyeti objektif olarak tesbit edilen kimse arasında doğar⁵⁰. Mese-

(47) Lent, sh. 138.

(48) Oser - Schönerberger, Art. 419, Nr. 10; Becker, Art. 419, Nr. 7; Suter, sh. 31 - 32; Staudinger - Nipperdey, § 677, Nr. 7; Enneccerus - Lehmann, sh. 676; Brückmann, sh. 62; Aargau Kantonu Yüksek Mahkemesi, SJZ, 33 (1936/37), sh. 221, Nr. 45

(49) Oser - Schönerberger, Art. 419, Nr. 10; Becker, Art. 419, Nr. 7; Suter, sh. 32; Hagenbüchli, sh. 45; Staudinger - Nipperdey, § 677, Nr. 7; § 686, Nr. 1; RGR Komm., § 686, Nr. 1 - 2; Demogue, t. III, sh. 33; Maruitte, sh. 206 - 207. Bu fikre yalnız vekâletsiz iş görmeye bir hukukî muamele mahiyeti izafe eden müellifler, bu arada Laurent, iştirak etmemektedir. Laurent'a nazaran (t. XX, no. 325), iş görenin yanılarak iş sahibi zannettiği şahıs vekâletsiz iş görme münasebetine taraf olamaz; çünkü, onun işlerine bir müdahale yoktur; diğer taraftan, iş gören, gerçekten işlerine müdahale ettiği şahısla münasebete girişmek arzusunu izhar eylememiş olduğundan bu sonuncu şahıs da iş sahibi sayılamaz; nasıl ki A, B zannı ile C ye karşı rızasını beyan ederse A ile C arasında bir mukavele doğmaz (BK. md. 24 bent 2 ye göre bu halde bir akit vücut bulmakla beraber A yı ilzam etmez).

(50) Lent, sh. 139.

lâ A, bir saati B ye ait zannederek tamir etmiş ve hakikatte bu saatin maliki C ise, A masraflarını yalnız C den istiyebilir.

Sübjektif bakımdan başkasına ait işlerin görülmesinde, hakiki iş sahibinin kim olduğunun nasıl tayin edileceği münakaşalıdır. Brückmann⁵¹, Isay⁵² ve Hagenbüchli'ye⁵³ nazaran, bu, iş görenin yanılmasaydı iş sahibi olmasını arzu edeceği kimsedir. Lent'in fikrinde ise⁵⁴, görülen iş kimin hukukî sahasına tesir ediyorsa, o, hakiki iş sahibidir. Meselâ, A, *muayyen bir şeyin sahibi namına*, D ile bir mukavele yapmak niyetindedir; fakat o şeyin hakiki sahibi B olduğu halde A hataen onun C ye ait olduğunu zannediyor ve mukaveleyi C namına yapıyor. Burada Brückmann'ın kıstası mucibince B, Lent'inkine tevfikan ise C iş sahibi vaziyetine girerler.

Kanaatimizce, aynı zamanda salâhiyetsiz mümessil olan A nın hataen C namına D ile yaptığı mukaveleye C icazet verirse mukavele onun hukukî sahasına tesir icra eder ve C iş sahibi sıfatını kazanır. C nin mukaveleye icazet vermesi halinde, A hatasını ileri sürse bile bunun, mukavelelenin bağlayıcı vasfına tesiri olmaması lâzım gelir. Buna mukabil, A, C nin namına değil de sadece hesabına hareket etmiş ise mukaveleyi kendi namına yapmış olacağından hatasını dermeyan edebilmesi ihtimali hatıra gelebilir; ancak bu hatanın esaslı bir hata olarak tavsifi kabil olursa A nın mukavele ile bağlı olmadığını ileri sürmesi ve C nin iş sahibi olmasını önlemesi mümkündür. Diğer taraftan B, hiçbir vakit iş sahibi sıfatını iktisab edemez; çünkü B, A nın D ile hataen C namına yaptığı mukaveleye icazet verip onu kendi hukukî sahasına müessir kılamaz.

Eğer A, D ile B namına bir mukavele akdetmek isterken, beyanda hataya düşerek C namına rızasını izhar ederse, hal sureti gene bundan önceki misaldeki gibi olmalıdır⁵⁵.

Diğer bir ihtimal de, A nın namına hareket etmek istediği şahsın bazı vasıflarında hataya duçar olmasıdır. Meselâ, A, bir çiftlik sahibi olan ve orada hayvan yetiştiren arkadaşı B namına müsait şartlarla onun vekâleti olmaksızın birkaç inek satın alıyor; halbuki B, bu arada, A nın

(51) Sh. 61.

(52) Sh. 84.

(53) Sh. 46 - 47.

(54) Sh. 142 ve müt.

(55) Bk. Lent, sh. 141.

haberi olmadan çiftliğini C ye satmış ve şehre yerleşmiş bulunuyor. Böyle bir vaziyette, Lent'in haklı olarak belirttiği veçhile⁵⁶, iş sahibi B dir; çünkü mukavele onun hukukî sahasına tesir edeceği gibi, A da hakikaten onun namına hareket etmeği istemiş, yalnız bu hareketinin saiklerinde yanılmıştır⁵⁷. Hagenbüchli'ye nazaran⁵⁸, bu misalde, B nin arkadaşlık vasfının mı yoksa çiftlik sahibi olmak vasfının mı A ca ehemmiyetli olduğu araştırılmalı, A birinci vasfı bilhassa gözönünde tutmuşsa B, ikinci vasfı mühim saymışsa C iş sahibi addolunmalıdır. Fikrimizce, böyle bir hal tarzı, hem saikler arasında icrası müşkül bir kıymetlendirmeye yol açtığı, hem de C, mukavele onun hukukî sahasına tesir edemeyeceği için, aslâ iş sahibi olamayacağı cihetle yanlıştır.

Buna mukabil A, objektif bir münasebete göre tayin edilen bir şahıs (meselâ, X çiftliğinin sahibi) namına hareket etmişse ve bu şahsın B veya C olmasının onca bir ehemmiyeti yoksa, A nın C ye ait çiftliğin sahibini B zannetmesine rağmen C iş sahibi sıfatını kazanır; çünkü mukavele B namına değil X çiftliğinin sahibi kimse onun namına yapılmıştır ve ancak bu çiftliğin hakiki sahibi olan C nin hukukî sahasına tesir eder⁵⁹.

İş gören bir üçüncü şahsın hilesinin veya tehdidinin tesiri altında başkasının işiyle vekâletsiz olarak uğraştığı takdirde, bahsi geçen irade fesatları vekâletsiz iş görme münasebetinin doğmasına engel teşkil etmezler⁶⁰; yalnız, Demogue'un fikri mucibince⁶¹, o, hile veya tehdidin tesiri ile hareket ettiği nisbette hareketinin neticelerinden mes'ul tutulmalıdır; iş görenin iş sahibine karşı olan mes'uliyetini bu suretle bertaraf etmek ve bizzat iş sahibini üçüncü şahsa karşı dâva açmak mecburiyetinde bırakmak bize pek isabetli bir hal çaresi şeklinde görünmemektedir; iş sahibi iş görenin vekâletsiz iş görme hükümlerine tevfikan mes'ul kılınmasını istiyebilmelidir; bittabi iş görenin haksız fiil faili üçüncü şahsa rücu hakkı mahfuzdur.

IV — Başkasının menfaatine hareket iradesinin isbatı.

Başkasının menfaatine hareket iradesinin herhangi bir şekilde iz-

(56) Sh. 140 - 141.

(57) İş görenin, iş sahibinin, masraflarını ödeyebilecek vaziyette olduğunu veya evli bulunmadığını zannederek işe girişmesi gibi saikte hata halleri de vekâletsiz iş görme münasebetinin doğmasına mani olmaz: Bk. Suter, sh. 32.

(58) Sh. 47.

(59) Lent, sh. 140.

(60) Bk. yukarıda § 10 not 6 ya ait metin.

(61) T. III, no. 17.

har edilmiş olması lâzımdır⁶². Fakat bu irade izharının sarahaten vakit olmasına hacet yoktur; iş görme fiilinin içinde ika edildiği ahvalin icaplarından böyle bir iradenin mevcudiyetinin istidlâl olunabilmesi kâfidir⁶³. Bu hususta bir hüküm verebilmek için iş görenle iş sahibinin münasebetleri, yapılan işde iş görenin bir menfaati bulunmaması, işe başladığını iş sahibine bildirmesi, işden hasıl olan faydaları ona devretmesi gibi vakıalar nazara alınmalıdır⁶⁴.

Müelliflerin ekserisi başkasının menfaatine hareket iradesinin isbatında, objektif bakımdan başkasına ait işler bahis mevzuu olduğu zaman, sübjektif bakımdan başkasına ait işlerde olduğundan daha az sıkı davranmak lâzım geldiği kanaatindedirler⁶⁵. Hattâ bazılarına nazaran⁶⁶, objektif bakımdan başkasına ait işlerde, iş görenin işin başkasına aidiyetini bildiğini isbatla iktifa eylemesi mümkündür; o, ancak, sübjektif bakımdan başkasına ait işlerde, aynı zamanda iş sahibinin menfaatine hareket iradesini taşıdığı hakkında hâkime kanaat vermelidir. Buna benzer bir görüş de Maruitte tarafından⁶⁷ ortaya atılmıştır: Bu hukukçunun fikrinde, vekâletsiz iş görmeye müsteniden bir hak iddia eden kimsenin, her halükârda evvelâ iş görenin işin başkasına aidiyetini bildiğini isbat etmesi lâzımdır; bundan sonra, eğer iş görenin işin icrasında şahsî bir menfaati olduğunu gösteren ahval mevcut değilse, başkasına hizmet niyetinin varlığı bir karine olarak tanınmalıdır; aksine, halin icaplarından, iş görenin işin icrasında şahsî bir menfaati olduğu anlaşılıyorsa, başkasına hizmet niyetinin ademi mevcudiyeti karine olarak kabul edilmelidir. Bu suretle, başkasına yardım kasdıyla faaliyette bulunanların haklarını elde etmekte bir takım isbat güçlükleriyle karşılaşmaları önlenmeyeceği gibi egoistçe müdahalelerde bulunanların da vekâletsiz iş görme hükümlerinden kolayca müstefid olmalarına set çekilmiş olur.

Suter⁶⁸ ve Brückmann'a⁶⁹ nazaran ise, vekâletsiz iş görmeden

(62) Suter, sh. 30; Hagenbüchli, sh. 39; RGR Komm., § 677, Nr. 2; Brückmann, sh. 51. Aksi fikri Windscheid (sh. 854) müdafaa etmiştir; ona nazaran A'nın menfaatine harcamak üzere borç para alan, bu niyetini hiçbir suretle açıklamamış olsa dahi, sonradan parayı A için harcaması, bahsi geçen niyetin mevcudiyetini kabul için kâfidir.

(63) (64) Oser - Schönerberger, Art. 419, Nr. 11; Suter, sh. 30 - 31; Becker, Art. 419, Nr. 5; Maruitte, sh. 217.

(65) Oser - Schönerberger, Art. 419, Nr. 11; Suter, sh. 31; RGR Komm. § 677, Nr. 2; Palandt, § 677, 2 b; Becker, Art. 419, Nr. 5.

(66) Enneccerus - Lehmann, sh. 676; Staudinger - Nipperdey, § 677, Nr. 5.

(67) Sh. 212 - 216.

(68) Sh. 30.

(69) Sh. 54 - 55.

mütevellid bir talepte bulunan kimse, başkasının menfaatine hareket niyetinin mevcudiyetini değil, karşı taraf böyle bir niyetin ademi mevcudiyetini isbatla mükellef tutulmalıdır; bu hal tarzı iş göreni isbat külfeti bakımından müsait bir vaziyete sokar ve onun haklarının sadece kâğıt üzerinde yazılı kalmamasını temin eder.

§ 24 — İŞİN BAŞKASINA AİDİYETİNİ BİLEREK FAALİYETTE BULUNMA İRADESİNİ VEYA UMUMİ OLARAK İŞ GÖRME İRADESİNİ VEKÂLETSİZ İŞ GÖRMENİN SÜBJEKTİF UNSURU ADDEDEN NAZARİYELER

1 — İşin başkasına aidiyetini bilerek faaliyette bulunma iradesinin vekâletsiz iş görmenin sübjektif unsuru olarak kabulü ve bunun pratik neticeleri.

Alman ve İsviçre müelliflerinden bir kısmının kanaatleri mucibince¹, iş görenin başkasına ait bir işi gördüğünü meş'ur olması, bilmesi (Bewusstsein der Fremdheit), vekâletsiz iş görmenin sübjektif unsuru olarak kâfidir; onun, ayrıca, işi başkasına ait olarak, yani başkasının menfaatine görmek iradesine sahip olmasına lüzum yoktur. İsviçre mahkemelerinin bazı kararlarında² da rastlanan bu telâkki, Türk hukukunda Arsebük tarafından³ müdafaa edilmektedir.

İtalyan MK. md. 2028 deki "bilerek (scientemente) başkasının işlerini üzerine alan kimse" ibaresi, bu hükmün vaz'ında aynı telâkkiden mülhem olduğu zehabını uyandırmakta ise de, kanunun hazırlık safhasına ait vesikalara ve şarihlerin fikrine nazaran⁴, vekâletsiz iş görmenin sübjektif unsuru sadece işin başkasına aidiyetini bilmekten ibaret olmayıp aynı zamanda işi başkasının menfaatine görme iradesinin mevcudiyetini tazammun eder.

(1) Leonhard, Bd. II, sh. 428 - 430; Isay, sh. 101, 103, 105; Schneider et Fick, rem. pré. avant l'art. 419, no. 15 ve 17; (bununla beraber Schneider et Fick, art. 419, no. 26 da, başkasının menfaatine hareket iradesi nazariyesine taraftar görünüyorlar); Friedrich, sh. 20.

(2) Bk. Federal Mahkeme RO 75 II 225 yahut JdT, 1950, sh. 601, "Waucquez c. Bonvin"; Cour de Justice civile de Genève, Sem. Jud., 1951 (73), sh. 433 ve müt., "Belloni SA c. Vve Hirschy et Cie."; Zürich Yüksek Mahkemesi, BZR, 22 (1923), sh. 229.

(3) Sh. 558: "Kezalik kanunumuza göre başkası namına sarfolunan bir faaliyetin kasdı olup olmaması arasında da bir fark yoktur. Yani sarfedilen herhangi bir faaliyette iradenin bir diğeri hesabına teveccüh etmesi icap etmez; **objektif bakımdan kendisine ait olmadığı anlaşılan herhangi bir tasarruf**, kendi hesabına yapılmış olsa bile vekâleti olmadan başkası hesabına tasarruf hükümlerine tabi tutulur". Bununla beraber Arsebük bu fikriyle mütenakız olarak, sh. 565 de, bilerek kendi menfaatine başkasının işlerini istismarı, sadece "vekâletsiz tasarrufa **benzeyen** bir ihtimal" olarak zikretmektedir.

(4) D'Amelio - Finzi - de Bernardinis, sh. 154.

Burada bahis mevzuu olan nazariyeyi, faaliyetinin başkasının menfaatine hizmet ettiğini bilerek hareket etme nazariyesinden⁵ tefrik etmek gerekir, birinci nazariye mucibince, iş görenin yalnız işin başkasına aidiyetini bilmesi şart olup, o ister kendi menfaatine isterse başkasının menfaatine hareket edebilir; ikinci nazariyeye tevfikan ise, iş görenin faaliyetinin iş sahibinin menfaatine olduğunu müdrük bulunması zaruridir. Diğer bir ifade ile, birinci nazariye kabul edilirse, iş görenin başkasına ait olduğunu bildiği bir işle kendi menfaatine meşgul olması hakiki mânasında bir vekâletsiz iş görme sayılır⁶; halbuki ikinci nazariye, bu çeşit iş görmeyi mezkûr müessesenin hudutları dışında bırakır⁷.

Isele⁸ ve Siber⁹ gibi bir takım Alman hukukçuları da, vekâletsiz iş görenin sübjektif unsurunun, esas itibariyle, işin başkasına aidiyetini bilmekten ibaret olduğunu söylemekle beraber, bunun yanında selbi mahiyette bir unsura da yer vermektedirler; iş görenin kendi menfaatine hareket iradesinin mevcut olmaması. Yani bu müelliflerin kanaatleri mucibince, vekâletsiz iş görme münasebetinin teşekkülü için, iş görenin işin başkasına aidiyetini müdrük olması kifayet edip ayrıca başkasının menfaatine hareket niyeti gibi aktif mahiyette bir iradeye sahip olmasına hacet yoktur; fakat eğer iş gören kendi menfaatine hareket iradesini taşıyorsa, bu, vekâletsiz iş görme münasebetinin doğmasına mani olur.

Zaten başkasının menfaatine hareket iradesinin taraftarları da, bilhassa objektif bakımdan başkasına ait işler bahis mevzuu olduğu zaman, isbat külfeti bakımından, Isele'nin görüş tarzına yaklaşılır; fiilhakika, daha yukarıda kaydettiğimiz gibi¹⁰, mezkûr müellifler, ya bu gibi işlerde iş görenin işin başkasına aidiyetini bildiğinin isbatını kâfi saymaktadırlar; yahut da isbat külfetini, başkasının menfaatine hareket iradesinin mevcudiyetini değil ademi mevcudiyetini iddia eden tarafa yüklemektedirler.

İş görenin işin başkasına aidiyetini bilmesini kâfi sayan nazariyenin pratik neticeleri şunlardır: Başkasına ait bir işle hatâen kendisinin zan-

(5) Bk. yukarıda § 23 not 7 ye ait metin.

(6) Bk. yukarıda § 11 not 27

(7) Bu itibarla, Suter ve Oser - Schönerberger'in, işin başkasına aidiyetini bilmenin bizzarure başkasının menfaatine hareket iradesini tazammun ettiği hakkındaki tenkidleri (Bk. yukarıda § 23, not 8 ve 9) ancak ikinci nazariye için varittir.

(8) Sh. 164 ve 169.

(9) Sh. 367.

(10) Bk. yukarıda § 23, IV ve not 65 - 69.

nederek kendi menfaatine uğraşan kimse, vekâletsiz iş görme hükümlerine tabi tutulamaz¹¹; buna mukabil, § 23 de bahsi geçen nazariyeden farklı olarak, başkasına ait olduğunu bildiği işi kendi menfaatine yapan şahıs hakkında, vekâletsiz iş görmeye müteallik kaideler tatbik edilir. Diğer taraftan, işin başkasına aidiyetini müdrük olma nazariyesinin bazı taraftarları, hakikatte mevcut olmayan veya hükümsüz olan veyahut da bir üçüncü şahısla yapılan bir hukuki muameleye müsteniden görülen işleri de vekâletsiz iş görmenin sahasından hariç tutarlar¹². Bu nazariye, bundan başka vekâletsiz iş görmenin sübjektif unsuru ile sübjektif bakımdan işin başkasına aidiyeti kıstasının tefrikine imkân bahşeder¹³.

Vekâletsiz iş görmenin sübjektif unsuru olarak, iş görence işin başkasına aidiyetinin müdrük olunmasını kabul eden Alman müellifleri bu görüşlerini BGB § 687 f. I hükmüne istinad ettirmektedirler¹⁴; buna mukabil mezkûr müelliflerin fikrinde aynı paragrafın ikinci fıkrasında hakiki bir vekâletsiz iş görme hali bahis mevzuudur; başkasına ait olduğunu bildiği bir işi kendi menfaatine yapanın haklarının tahdit edilmiş olması böyle bir tavsife mani teşkil etmez¹⁵.

Türk - İsviçre hukuku bakımından, başkasına ait bir işle kendisinin zannederek kendi menfaatine meşgul olmağı da vekâletsiz iş görmenin bir nev'i saymamak için hiçbir sebep yoktur; bilâkis BK. nun ihzan safhasına ait vesikalar bu gibi müdahalelerin de vekâletsiz iş görme olarak tavsifinin doğru olacağını göstermektedir¹⁶. Kaldı ki gayri hakiki vekâletsiz iş görme nazariyesinin mümessilleri dahi, iş görenin işi kendisine ait zannettiği hallerin BK. nun 14. babı hükümlerine tabi olduğunu kabul etmektedirler¹⁷. Gerçi, iş görenin, işi hüsnüniyetle kendisine ait zannetmesi halinde, mes'uliyeti ve kân iade mükellefiyeti bazı tahditlere uğramakta ise de, vekâletsiz iş görme dâvası bu halde bile haksız iktisap dâvasından daha avantajlıdır ve hakkaniyete uygundur. Filhakika iş sahibinin kânı iş sahibine devir mükellefiyeti elinde kalanla mahdut olsa

(11) Schneider et Fick, rem. pré. avant l'art. 419, no. 17; Leonhard, Bd. II, sh. 428 - 429.

(12) Schneider et Fick, rem. pré. avant l'art. 419, no. 20.

(13) Isay, sh. 102.

(14) Bk. Leonhard, Bd. II, sh. 428 - 429; Isele, sh. 164.

(15) Leonhard, sh. 429 - 430.

(16) Bk. yukarıda § 12, II de Dresden Projesi'nin 761 inci maddesi ve bu hükmü örnek alan 1875 ve 1876 tarihli İsviçre BK. Projeleri.

(17) Bk. Becker, Art. 423, Nr. 1; Bern İstinaf Mahkemesi, ZbJV, 58 (1922), sh. 332 ve müt.

dahi, bu, haksız iktisabından elinde kalanı iadedden daha şümüllü olabilir; diğer taraftan, vekâletsiz iş görene hesap verme mükellefiyeti tahmil edildiği halde, haksız müktesip için böyle bir mükellefiyet bahis mevzuu olmaz. Nihayet işi kendine ait zannetmenin kusurlu olduğu ihtimaller vardır ki, işin başkasına aidiyetini bilme nazariyesi kabul edilince, bunlar da vekâletsiz iş görme dışında kalır; kusuru yüzünden işin başkasına ait olduğunu bilmeyenlerin vekâletsiz iş gören gibi mes'ul tutulmamaları ise hakkaniyete aykırı olur¹⁸.

II — Umumî mahiyette bir iş görme iradesinin vekâletsiz iş görmenin sübjektif unsuru olarak tanınması.

Bu faslın başında belirttiğimiz veçhile, her vekâletsiz iş görme mâkul bir beşerî fiili tazammun eder. Binaenaleyh iş görenin iradesinden vekâletsiz iş görmenin bir unsuru olarak sarfınazar etmek mümkün değildir. Şu kadar ki, bu iradenin muhtevası, iş görenin, hem iş sahibinin menfaatine, hem de işin başkasına aidiyetini bilerek veya bilmeyerek kendi menfaatine hareket ettiği bütün ihtimalleri içine alacak bir surette tesbit etmek zarurîdir. Böyle umumî mahiyette bir irade ise, ancak *iş görme iradesi* olabilir; iş gören kimin menfaatine faaliyette bulunursa bulunsun iş görme niyeti ile hareket etmesi vekâletsiz iş görme münasebetinin teşekkülü için kâfidir. Gerçi iş görme mefhumunun muhtevası yalnız işin başkasına aidiyeti halinde bir mâna kazanır¹⁹; bu itibarla, umumî bir iş görme iradesinin hiç olmazsa işin başkasına aidiyeti hakkında bilgi sahibi olmayı gerektireceği fikri hatıra gelebilir; yahut, iş görme iradesinin bizzature başkasının işini görme iradesini tazammun edeceği düşüncesi ileri sürülebilir. Fakat, kanaatımızca, iş görenin iradesinin işin fiili neticesine yönelmiş olması kifayet eder; iş görenin neticesini arzu ettiği fiil başkasına ait bir işin görülmesi mahiyetini taşırsa vekâletsiz iş görme münasebeti doğar; buna mukabil, bizzat iş görenin işin başkasına aidiyetini bilmesine veya başkasının menfaatini gözetmek niyetinde olmasına hacet yoktur. Şüphesiz, sübjektif bakımdan başkasına ait işlerin görülmesinde, iş görenin iradesi hususî bir muhteva kazanır; fakat bu muhteva sadece işin başkasına aidiyeti meselesi bakımından ehemmiyet arzeder.

Başkasının menfaatine hareket iradesinin vekâletsiz iş görmenin sübjektif unsuru sayılması zaruretini ileri sürenlerden bazıları²⁰, ancak

(18) Nitekim RG bu gibi hallere zorlayıcı bir tefsir tarzı ile BGB § 687 f. II yi kıyasen tatbik mecburiyetini hissetmiştir: Bk. RGE, 70, 252; 84, 150.

(19) Bk. yukarıda § 13, 4.

böyle bir iradenin, mezkûr müesseseyi haksız iktisaptan tefrikan imkân vereceğini söylerler. Halbuki, sübjektif unsurun umumî bir iş görme iradesi olarak kabulü halinde dahi, bahis mevzuu tefrikan yapmak mümkündür; zira haksız iktisap hükümleri, mamelekler arasındaki kıymet nakli vakıasına, onun beşeri bir fiilden husule gelip gelmediğine ve eğer bu çeşit bir fiilden ileri geliyorsa, fiilin mümeyyiz bir kimsenin iradesine istinad edip etmediğine bakılmaksızın, izafe olunur. Kaldı ki haksız iktisabı vekâletsiz iş görmeden ayırdetmeye asıl hizmet eden bu sonuncu müessesenin "başkasının işini görme"²¹ unsurudur²².

Vekâletsiz iş görmenin sübjektif unsuru olarak umumî bir iş görme iradesinin kâfi olduğu ilk defa Moser tarafından²³ ortaya atılmış bir görüş olmakla beraber, bu müellif araştırmalarını daha ziyade haksız elde edilen kârın iadesi meselesine hasrettiği cihetle kâfi derecede işlenmemiştir.

Bu görüş tarzından şu pratik neticeleri çıkarmak kabildir:

Başkasına ait bir işi vekâletsiz olarak yapan her mümeyyiz şahıs, onun başkasına aidiyetini bilsin veya bilmesin ve başkasının menfaatinin gözetmek niyetini taşısın veya taşımasın, hakiki bir vekâletsiz iş gören olarak tavsif edilmelidir. Hataen mevcut zannedilen veya hükümsüz olan, yahut da bir üçüncü şahısla yapılan bir hukuki muameleye binaen hareket etmek vekâletsiz iş gören sıfatını bertaraf etmez.

Buna mukabil, gayrimümeyyiz bir şahsın faaliyeti hiç bir vakit vekâletsiz iş görme olarak adlandırılmaz²⁴. Aksi fikirde olan Aeby²⁵, bir yangının söndürülmesine yardım eden gayrimümeyyiz olan elbiseleri için vekâletsiz iş görme hükümlerine binaen tazminat isteyememesi hakkaniyete aykırı olmaz mı demektedir. Kanaatimizce, Aeby temyiz kudreti mefhumunun her müşahhas fiil hakkında ayrıca tesbiti gereken nisbi bir mefhum olduğunu unutmaktadır; bir yangında faydalı bir şekilde yardım eden kimsenin bu fiilin gerektirdiği temyiz kudretine sahip olduğunu kabul etmek lâzımdır. Aeby'nin diğer bir delili, İBK md. 421 (BK. md. 412) nin umumiyetle ehliyeti olmayan kimselerden iş gören olarak bahsetmesidir. Halbuki Martin'in de belirttiği veçhile²⁶, bu hü-

(20) Ezcümle Maruitte, sh. 343 - 346.

(21) Bk. Kısım I, Bap II, Fesil II.

(22) Aynı fikirde Picard, sh. 31.

(23) Sh. 215 - 217.

(24) Aynı fikirde Maruitte, sh. 256; Demogue, t. III, no. 29; Carrez, sh. 197.

(25) Sh. 36, not 26.

(26) Sh. 291.

küm daha ziyade, temyiz kudretini haiz olup da muamele ehliyetinden mahrum bulunanlar gözönünde tutularak vazedilmiştir²⁷. Diğer taraftan, mümeyyiz kasırların faaliyetlerinin, umumiyetle²⁸ veya kanunî mümessilleri icazet vermedikçe²⁹, vekâletsiz iş görme vasfını taşımayacağı da çok ileri giden bir görüştür. BK. md. 412, bu gibi şahısların vekâletsiz iş gören olarak tavsif edilemeyeceğini beyan eylemeyip sadece onların mes'uliyetlerini tahdit etmektedir.

Umumi bir iş görme iradesine müstenid nazariye, iş sahibinin iş görence bilinmesine hacet bulunmadığına, onun kabili tayin olmasının kâfi geldiğine, iş sahibinin şahsında hatanın hakiki iş sahibi ile vekâletsiz iş görme münasebetinin doğmasına mâni olmadığına mütedair esasları daha kolaylıkla izaha medar olur. Sübjektif bakımdan işin başkasına aidiyeti kıstası ile vekâletsiz iş görmenin sübjektif unsurunun tefriki bu nazariye kabul edildiği takdirde de imkân dahilinde bulunur.

Vekâletsiz iş görmeden mütevellid bir hak iddia eden kimsenin, iş görenin iş görme iradesini taşıdığını isbat etmesine hacet yoktur. İş görenin mümeyyiz olmadığını ileri süren tarafın - bizzat iş gören veya iş sahibi - bunun doğruluğu hakkında hâkime kanaat vermesi lâzımdır. İş görenin münhasıran kendi menfaatini gözetmek niyetini taşıması, sadece onun haklarının tahdidi ile alâkalı bir meseledir ve iş sahibi tarafından isbat olunmalıdır. Bundan başka, eğer iş gören mes'uliyetinin ve kân iş sahibine devretme mükellefiyetinin tahdidi için hüsnüniyetini dermeyan ederse, MK. md. 3 deki karine mucibince, isbat külfeti iş sahibine terettüp eder³⁰. İş sahibinin menfaatine hareket iradesi nazariyesine taraftar olanların bu iradenin isbatında tanıdıkları izahı müşkül kolaylıklar da³¹, böyle bir iradenin şart olmayıp umumi bir iş görme iradesinin kâfi bulunduğu hususunda bir delil olarak gösterilebilir.

(27) Arsebük (sh. 562), Hagenbüchli (sh. 27), Suter (sh. 56), Schneider et Fick (art. 421, no. 2) aynı hükme müsteniden, umumiyetle medenî hakları kullanma ehliyetini haiz olmayanların vekâletsiz iş gören sıfatını taşıyabileceğini beyan etmektedirler. Kanaatimizce bu telâkki tarzı lüzumundan fazla şümulüdür; zira gayrimümeyyizlerin de vekâletsiz iş gören olarak tavsifini mümkün kılmaktadır. Hagenbüchli (sh. 27) ve Suter (sh. 56, not 3) fikirlerini müdafaa sadedinde vekâletsiz iş görmenin bir fiili muamele mahiyetinde olduğunu ileri sürmüşlerdir. Fakat fiili muameleler dahi failin temyiz kudretini haiz olmasını istilzam ederler. (Bk. yukarıda § 9, I ve § 5 not 27).

(28) Rossel, sh. 497. İtalyan MK. md. 2029 a nazaran iş gören akdi ehliyeti haiz olmalıdır.

(29) Staudinger - Nipperdey, § 682, Nr. 4.

(30) Bk. aşağıda § 28 not 55 - 58.

(31) Bk. yukarıda § 23. IV.

KISIM II
VEKÂLETSİZ İŞ GÖRMENİN HUKUMLARI

BAP I

İŞ GÖRENİN BORÇLARI VE MES'ULİYETİ

FASIL I

İŞ GÖRENİN BORÇLARI

Vekâletsiz iş görenin bundan önceki bapta saydığımız unsurlarının bir araya gelmesi, yani başkasına ait bir işle vekâletsiz olarak meşgul olma fiilinin mevcudiyeti, iş görenin borçlarının doğması için kâfidir. Halbuki ileride müşahede edeceğimiz veçhile, iş görenin haklarının vücut bulması, bu unsurlara daha başka şartların da inzıam etmesine mütevakıftır.

İş görenin borçlarından bir kısmı, mahiyetleri icabı, tecviz edilmeyen iş görenin bazı nevilerinde, bilhassa hüsnüniyetle başkasının işini kendi menfaatine yapmada, ya hiç bahis mevzuu olamazlar veya şümulüleri itibarıyla tahdide uğrarlar; fakat bu keyfiyet, o iş görme çeşitlerinin vekâletsiz iş görme addolunmasına mani teşkil etmez.

BK. nun 14. bâbında, iş görenin borçlarından yalnız biri sarahaten zikredilmiş bulunmaktadır: O da, iş sahibinin menfaatine ve tahmin olunan maksadına uygun hareket mükellefiyetidir (BK. md. 410). İş görenin diğer borçlarını, bu mükellefiyetten ve her nevi iş görme için câri olabilecek, vekâlet akdine ait, bazı esaslardan istihraç etmek mümkündür. Nitekim Medeni Kanunların çoğunda (Alman MK. § 681 cümle 2, Fransız MK. md. 1372 f. II, İtalyan MK. md. 2030 cümle 1, Yunan MK. md. 734 ve Çin MK. md. 173 f. II de), bu hususta, vekilin borçları hakkındaki hükümlere tamamlayıcı surette müracaat edilmesi gerektiği beyan olunmaktadır. Böylece iş görenin, işe devam, işin bütünü ile meşgul olma, iş sahibine ihbar ve hesap verme gibi bir takım borçları tesbit edilebilir. Diğer taraftan, BK. md. 414 ün iş sahibine tanıdığı, işten hasıl olan faydaları temellük hakkından, iş görenin bu faydaları iş sahibine devretme borcunun istidlâl olunması tabiidir. Nihayet, iş gören, iş sahibinin menfaat ve maksadına uygun hareket etmediği takdir

de, sebebiyet verdiği zararı tazminle mükelleftir ki bu, onun mes'uliyeti bahsi ile alâkalıdır.

Aşağıdaki paragraflar iş görenin muhtelif borçlarının incelenmesine tahsis edilmiştir. İş sahibinin hakları, bu borçların yerine getirilmesini talepten ibaret olduğu cihetle, tekrarları önlemek için, mezkûr haklar ayrıca tetkik mevzuu olmayacaktır. Aynı şey, iş sahibinin borçları hakkında da söylenebilir. İş görenin haklarına, ayrılan ikinci kısmın ikinci bâbı, onların karşılığını teşkil eden, iş sahibinin borçları hususunda da kâfi fikir verecek mahiyettedir.

§ 25 — İŞ SAHİBİNİN MENFAATİNE VE HAKİKİ VEYA TAHMİN OLUNAN MAKSADINA UYGUN HAREKET MÜKELLEFİYETİ.

I — İş sahibinin menfaatine ve maksadına uygun hareket mükellefiyetinin mahiyeti ve fonksiyonu.

Vekâletsiz iş gören, BK. md. 410 mucibince, “iş sahibinin menfaatine ve tahmin olunan maksadına göre yapmağa mecburdur.” Bu hüküm, başkasının işlerine müdahale eden şahsın faaliyetinde tabi olacağı hudutları gösterir¹. Bir vekâlet akdinin mevcudiyeti halinde, vekil, hareket tarzını, mukavelenin esaslarına ve müvekkilin tâlimatına tevfikân tayin eder; vekâletsiz iş görmede, iş görenle iş sahibi arasında önceden bir münasebet bulunmadığından veya mevcut bir münasebet dışına çıkmadığından, iş görene faaliyetinde BK. md. 410 daki kaide rehber olur. İş sahibini himaye mülâhazası ile, nasıl sadece onun menfaat ve iradesine uygun müdahaleler tecviz ediliyorsa, bir kere görülmeğe başlanmış olan işin icrasında da bu menfaat ve iradenin gözönünde tutulması emrolunmaktadır.

Ancak BK. md. 410 un fonksiyonu yalnız, iş görene nasıl hareket edeceği hususunda yol göstermekten ibaret değildir²; bu hüküm ona aynı zamanda müsbet bir mükellefiyet yükler; mezkûr mükellefiyete riayetsizlik, iş görenin BK. md. 411 gereğince mes'ul tutulması neticesini doğurur.

BK. md. 410 un kaleme alınış tarzından, onun daha ziyade başlanmış olan bir işin nasıl yapılacağı hususunu derpiş ettiği söylenebilir³. Bil-

(1) Aeby, sh. 35, 82 - 83; Suter, sh. 38; Oser - Schönerberger, Art. 419, Nr. 27.

(2) Suter, sh. 38; Oser - Schönerberger, Art. 419, Nr. 27.

(3) Hagenbüchli, sh. 64.

İhassa, maddenin “das unternommene Geschäft so zu führen” (girişilmiş olan iş o şekilde sevküidare edilmelidir ki) ibaresini muhtevî Almanca metni böyle bir tefsiri icap ettirecek mahiyettedir. Bununla beraber, müelliflerin ekseriyeti BK. md. 410 daki mükellefiyetin, işe girişme anında da⁴ mevcut olduğu fikrini müdafaa eylemektedirler⁵. Onlara nazaran bu mükellefiyet iş görene şu vazifeleri tahmil eder:

a) İş gören, herşeyden önce, tasavvur ettiği faaliyetin, bütünü itibarıyla, iş sahibinin menfaat ve iradesine uygun olup olmadığını araştırmalıdır; bu uygunluk hakkında kanaat getirmediği işe girişmemelidir.

b) İş gören, bizzat kendisi o işi yapmağa ehil midir değil midir meselesi üzerinde durmak mecburiyetindedir. Eğer gerekli malûmata, fizik kuvvete, mâlî vasıtalara vesair şeylere sahip değilse, işle meşgul olmaktan içtinap eylemesi yerinde olur. İş gören, iş sahibinin işi bir üçüncü şahsa yaptıрмаğı veya şahsen yapmağı tercih etmesi ihtimalini de hesaba katmalıdır⁶; diğer taraftan, işe teşebbüs etmekle kendisinden daha ehliyetli bir kimsenin onunla meşgul olmasına mani olup olmayacağını da düşünmelidir.

c) Nihayet, iş gören işin icrası esnasında aldığı her münferit tedbirin de iş sahibinin menfaat ve iradesine tevafuk etmesine dikkat eylemeli ve bu menfaat ve iradenin gerektirdiği bütün tedbirlere başvurmakta ihmal göstermemelidir.

Gerçi, işe girişmenin iş sahibinin iradesine uygunluğunu araştırma

(4) İşe girişme anının tayini Alman ve İsviçre hukukçuları arasında bazı münakaşaları mucip olmuştur. Brückmann'a nazaran (sh. 104 - 114), işe girişme diyince, iş görenin tasavvur ettiği işi hakikaten ele almak hususundaki kararı anlaşılmalıdır. İsviçre'de de Aeby (sh. 36 - 37) bu fikri benimsemiştir. Fakat, bu telâkki, harici bir tezahürü olmayan sırf ruhi bir vakiyaya hukukî hüküm terettüp ettirilemeyeceği mülâhazası ile tenkid edilmiştir. Müelliflerin ekseriyetinin kanaatinca (Bermann, sh. 51; Lent, sh. 113 - 144; Hagenbüchli, sh. 63; Suter, sh. 47), işe girişme, iş görenin bu husustaki kararını harici âlemde mevkiî fiile koymasıyla tahakkuk eder. Ancak iş görme fiili yapıldıktan sonra, iş görenin işe iş sahibinin menfaatine ve maksadına uygun olarak girişip girişmediği araştırılabilir.

(5) Suter, sh. 40 - 41; Schneider et Fick, Art. 419, no. 38 - 39, 42; Oser - Schönenberger, Art. 419, Nr. 30; Aeby, sh. 37 (bununla beraber, Aeby, sh. 73, not 20 ye de bk.). Suter bu fikri takviye zımında İBK. md. 419 (BK. md. 410) un İtalyanca metnindeki “chi assume l'affare d'un altro” (başkasının işini üzerine alan) ibaresini ileri sürmektedir.

(6) BK. Bern. İstinaf Mahkemesi, ZbJV, 46 (1910), sh. 373; Staudinger - Nipperdey, § 683, Nr. 4.

mükellefiyetini BK. md. 411 f. III den, iş sahibinin menfaatine uygun olmayan bir işden içtinap mecburiyetini de BK. md. 413 f. I den istihraç etmenin daha münasip olduğu iddia edilebilir. Fakat pratik bakımdan ehemmiyetli olan keyfiyet, bu mükellefiyetlerin kanunen tanımlanmış bulunmasıdır.

II — İş sahibinin menfaatinin ve hakiki veya tahmin olunan maksadının tesbiti

İş sahibinin menfaati mefhumu üzerinde, ileride iş görenin haklarının şartları bahsinde etraflı surette duracağız⁷. Binaenaleyh, burada şu kısa açıklamaları yapmakla iktifa ediyoruz:

İş sahibinin menfaati mefhumunun tesbiti hakkında biri sübjektif diğeri objektif olmak üzere iki nazariye ileri sürülmüştür.

Bk. md. 410 da “menfaat” in “tahmin olunan maksat” la yan yana zikredilmiş olmasından, birinci mefhumu tefsir için ikinciye müracaat etmek gerektiği hatıra gelebilir⁸; yani iş sahibinin maksadına uygun olan bir hareket tarzı, onun menfaatine de tevafuk eder denilebilir. Nitekim vaktile Pandekt hukukçularının ekseriyetinin fikri bu merkezde idi⁹. Ancak iş sahibinin iradesini esas tutan bu sübjektif telâkki, insanların daima kendi menfaatlerini takdir edemedikleri ve takdir etseler dahi bu takdirlerine uygun hareket arzusunu taşımadıkları suretinde tenkid olunmuştur.

Halen hâkim olan objektif nazariye mucibince¹⁰, iş sahibinin içinde bulunduğu müşahhas şartlar gözönünde tutulmak kaydıyla, muamelelâta câri telâkkiye göre, ona faydalı olan bütün fiiller onun menfaatine uygun sayılır.

BK. md. 410, iş sahibinin menfaati yanında onun tahmin olunan, yani mefruz maksadının (intention présumable, mutmassliche Absicht) da nazara alınması mükellefiyetini tahmil eylemektedir. Halbuki iş sahibinin mefruz maksadına, ancak onun hakiki maksadı mevcut olmadığı veya tesbit edilemediği takdirde müracaat caizdir¹¹. Binaenaleyh, iş gö-

(7) Bk. aşağıda § 32, I ve IV.

(8) Suter, sh. 38.

(9) Bk. aşağıda § 32, not 3.

(10) Bk. aşağıda § 32, I, c ve Suter, sh. 38.

(11) Lent, Wille und Interesse, sh. 14; Staudinger, § 683, Nr. 10. Başka fikirde olan Isay'a nazaran (sh. 136), iş görme iş sahibinin hakiki maksadına aykırı fakat tahmin olunan maksadına uygun ise, iş gören kendisine terettüp eden mükellefiyeti yerine getirmiş sayılır.

ren, iş sahibinin menfaatine zamimeten, evvelâ onun hakiki maksadını araştırmalıdır. Hakiki maksadın bilindiği veya bilinmesi lâzım geldiği hallerde ona uygun hareket mecburiyeti, BK. md. 410 da zikredilmemiş olmakla beraber¹², diğer memleketler kanunlarının çoğunda bu hususta sarahat vardır¹³. İsviçre hukukçuları da¹⁴, mefruz maksadın rolünün ikinci derecede (subsidiare) olduğunu ve evvelemirde hakiki maksadın gözönünde tutulması iktiza ettiğini belirtmektedirler. BK. md. 410 da hakiki maksadın zikredilmemiş olması, ekseri vekâletsiz iş görme hallerinde iş sahibinin hazır olmadığı veya maksadını izhar vesilesini bulamadığı mülahazası ile izah olunabilir. İş sahibinin maksadından, onun, işlerinin inkişafı ve görülmesi tarzı hakkındaki tasavvur ve arzuları anlaşılmalıdır¹⁵. Bittabî bu maksadın nazara alınabilmesi için onun herhangi bir şekilde izhar edilmiş olması lâzımdır.

Mefruz maksadın tesbitinde, iş sahibi işlerine müdahale edilmesi ihtimalini düşünseydi bu müdahalenin kendisini ve icra tarzını tasvip eder miydi sualine cevap vermek gerekir. Bu cevap verilirken, tereddüt halinde, iş sahibini makul düşünen normal bir insan olarak kabul etmek doğru olur¹⁶; başka bir deyimle, burada da objektif bir metodun tercih edilmesi daha emniyetbahşır. Eğer iş sahibinin mefruz iradesinin tesbitinde onun tabiatının anormal hususiyetleri hesaba katılırsa, bu hususiyetleri ve onların ölçüsünü kat'î olarak tayin mümkün olmayacağı cihetle, bizzat iş sahibini veya iş göreni mutazarın edici neticelere varılabilir. Meselâ iş sahibinin müsrifliğiyle tanınmış olması, iş görenin de normali aşan masraflar yapmasını icap ettirmez; yahut iş sahibi hasistir diye, normal masraflara girişen iş görenin, onun tahmin olunan maksadına aykırı hareket ettiğini iddia etmek isabetli bir yol olmaz. İş sahibinin tabiatındaki anormal hususiyetlerin nazara alınmaması, her müşahhas hadisede onun objektif olarak tesbiti mümkün olan ailevî, meslekî, içtimai, iktisadi vaziyetinin, cinsinin, yaşının, itiyadlarının ve şahsî temayüllerinin hesaba katılmaması demek değildir¹⁷.

(12) Bu mecburiyet BK. md. 411 f. III den çıkarılabilir.

(13) Bk. Alman MK. § 677; Polonya BK. md. 115; Yunan MK. md. 730; Çin MK. md. 172.

(14) Hagenbüchli, sh. 65 - 66; Suter, sh. 39.

(15) Suter, sh. 39.

(16) Suter, sh. 39; Staudinger - Nipperdey, § 677, Nr. 24; § 683, Nr. 10 in fine. Demogue, t. III, sh. 68; Carrez, sh. 155. Esser (sh. 330) aksi fikirde görünmektedir.

(17) Suter, sh. 41; Hagenbüchli, sh. 65; Staudinger - Nipperdey, § 683, Nr. 10.

İş gören, kusuru olmaksızın, iş sahibinin menfaatini ve hakiki veya muhtemel maksadını tayinde hataya düşerse¹⁸, BK. md. 410 daki mükellefiyete riayetsizlik dolayısıyla mes'ul tutulmalıdır¹⁹. Bu husus, esas itibarıyla kusura müstenid bir mes'uliyeti mutazammın olan ve üçüncü fıkrasında da iş sahibinin bilinen veya *bilinmesi lâzım gelen* iradesine²⁰ muhalefet edilmemesini emreden BK. md. 411 hükmünden istidlâl olunabilir.

Eğer iş sahibi medenî hakları istimal ehliyetsizliğini haiz değilse, iş gören, onun kanunî mümessilinin hakiki veya tahmin olunan maksadına uygun hareket etmelidir²¹.

III — İş sahibinin menfaati ile maksadının kabili telif olmaması.

İş sahibinin menfaati ile maksadı kabili telif olduğu nispette, iş gören her ikisini de nazara almak zorundadır²². Fakat menfaat ile maksat birbirine zıt hareket tarzlarını icap ettirebilir. Bu aykırılık, daha ziyade hakiki maksat ile menfaat arasında kendini gösterir; inatçılık, batıl itikadlara saplanmak, kendisine has acayip görüşleri olmak, hafifmeşrep-lik gibi sebepler yüzünden bir kimse menfaatlerinin hilâfına hareket edilmesini isteyebilir. Buna mukabil, mefruz maksat ile menfaatin ayrı istikametlere yönelmesi pek nadirdir. Çünkü her ikisinin de tesbitinde iş sahibinin içinde bulunduğu müşahhas şartlar nazara alınır; diğer taraftan mefruz maksat tayin edilirken, iş sahibi normal ve makul bir insan olarak kabul edilir; böyle bir insanın menfaatine aykırı arzular taşımamasını tahayyül etmek ise müşküldür; ancak, müşahhas vakıada objektif olarak tesbit edilen itiyad ve temayülleri dolayısıyla, iş sahibinin tahmin olunan maksadının menfaati icaplarından farklı bir cihete teveccüh etmesi tamamen imkân haricinde değildir. Hülâsa, iş sahibinin menfaat ve maksadının birbiriyle kabili telif olmaması mümkün bulunduğu göre, bu

(18) Böyle bir hatanın iş görenin haklarına tesiri hakkında yukarıda § 7 not 16 - 17 ye ve aşağıda § 32, III e bk.

(19) Suter, sh. 43; Heck, sh. 356; Staudinger - Nipperdey, § 677, Nr. 23 - 24.

(20) Bk. md. 411 f. III e tekabül eden İBK. md. 420 f. III ün fransızca ve almanca metinlerinde "la volonté reconnaissable", "erkennbare Wille" tabirleri mevcuttur.

(21) Staudinger - Nipperdey, § 677, Nr. 26; Esser, sh. 330.

(22) Suter, sh. 41.

gibi hallerde iş gören bunlardan hangisine uygun olarak hareket etmelidir ?

Alman hukukunda hâkim olan bir nazariye mucibince bu hususta şu tefrik yapılmaktadır²³: Eğer işe girişmek (Übernahme der Geschäftsführung) bahis mevzuu ise irade veya menfaatten biri diğerine tercih edilemez; yani gerek iradeye uygun menfaate aykırı, gerek menfaate uygun iradeye aykırı müdahalelere teşebbüsten içtinap olunmak lâzımdır; buna mukabil, başlanmış olan bir işin icrasına müteallik tedbirlerin alınmasında (Ausführung des Geschäfts), menfaate üstün bir rol tanınmalıdır; başka bir deyimle, işin yapılması esnasında iş sahibinin iradesi değil menfaati gözönünde tutulmak gerekir. Bu sonuncu halin klâsikleşmiş misali şudur: Komşu köyde oturan bir tanıdığının yolunu kaybetmiş çocuğunu evine alan kimse, çocuk hastalanırsa, onun babasının dinî bazı mülâhazalarla doktora müracaat aleyhinde olduğunu bilse bile, bir hekim çağırmalıdır.

Hâkim nazariye taraftarlarının yaptığı tefrik Leonhard²⁴ ve Esser²⁵ tarafından tenkid edilmiştir. Bu müelliflerin fikrince, hem işe girişmede, hem de işin icrası safhasında iş sahibinin muteber iradesi ilk plânda nazara alınmalıdır; bu irade işe girişmeği ve onun muayyen bir tarzda icrasını âmir bulunuyorsa, müdahalenin veya icra tarzının iş sahibinin objektif olarak tayin edilen menfaatine aykırı olmasına aldırılmamak iktiza eder. Leonhard, yukarıda zikri geçen misalde, iş sahibinin iradesinin muteber olmadığı için hesaba katılmayacağını, yoksa bir çocuğun değil de bir köpeğin tedavisi yahut bir evin tamiri bahis mevzuu olunca iş sahibinin iradesine uygun hareket lâzım geldiğini²⁶ beyan eylemektedir. Esser'e nazaran, çocuğu yanına alan kimse, eğer orada tabii vasıtalarla tedavi eden bir şahıs (Naturheilkundiger) varsa doktor yerine onu çağırmalıdır.

İsviçre hukukunda Becker²⁷ ve Martin²⁸, hâkim Alman nazariye-

(23) Staudinger - Nipperdey, § 677, Nr. 24 in fine; § 683, Nr. 8; Oertmann, § 677, 1, b, B; Enneccerus - Lehmann, sh. 679; RGR Komm. § 677, Nr. 4; Palandt, § 677, 4, c ve d.

(24) Bd. II, sh. 439.

(25) Sh. 329.

(26) Velez ki iş sahibi batıl itikadları olan veya zevksiz bir kimse olsa dahi.

(27) Art. 419, Nr. 16.

(28) Sh. 289.

sine iltihak etmiş bulunuyorlar. Oser - Schönerberger²⁹ ve Hagenbüchli³⁰ ise, iş sahibinin iradesi muteber oldukça, onun tercihi gerektiği fikrindedirler. Suter'e nazaran³¹, hakiki maksadın menfaatten üstün tutulması İBK. md. 420 f. III (BK. md. 411 f. III) içabıdır; tahmin olunan maksatla menfaat arasında bir tenakuz mevcut olduğu takdirde, iş gören müdahaleden içtinap edebilir, fakat iş sahibinin mühim menfaatlerinin mevcudiyetine kanaat getirirse müdahale etmeğe salâhiyetlidir; yani bu sonuncu neviden hallerde menfaat tahmin olunan maksada tercih edilmelidir.

Fikrimizce, işin ele alınması iş sahibinin irade veya menfaatinden birine aykırı ise, bu işe teşebbüsten içtinap olunmalıdır. Filhakika ne iş sahibinin arzu etmediği müdahalelere maruz kalması, ne de onun menfaatine aykırı arzularının tahakkukunda başkalarından yardım görmesi tecviz edilebilir. İşin icrasında ise, girişilen iş yüzüstü bırakılmayacağından bir tercih yapmak zarureti vardır. Bu tercih de, iş sahibinin hakiki veya muhtemel maksadı lehine olmalıdır; böyle bir hal tarzı iş sahibinin şahsî hürriyetinin nisbeten daha az haleldar olmasını temin eder. Bittabi, iş sahibinin hukuka veya ahlâka aykırı maksadı nazarı itibara alınmaz. Burada şuna da işaret etmek lâzımdır ki, bütün bu nazariyelerin pratik ehemmiyeti pek büyük değildir; zira vekâletsiz iş görme hallerinin ekserisinde, iş sahibinin hakiki maksadı belli olmayacağı gibi muhtemel maksadı da menfaatine uygun bulunur.

IV — Tecviz edilmeyen vekâletsiz iş görmekte iş sahibinin menfaatine ve maksadına uygun hareket mükellefiyeti.

Tecviz edilmeyen vekâletsiz iş görmenin yalnız bir nev'inde, iş görene iş sahibinin menfaatine ve maksadına uygun hareket mükellefiyetinin yükletilemeyeceği hususunda doktrinde ittifak mevcuttur³²: O nevi de, başkasına ait bir işi hüsnüniyetle kendisinin zannederek, yani başkasına ait bulunduğunu kusuru olmaksızın bilmeyerek yapmaktır³³.

(29) Art. 419, Nr. 27.

(30) Sh. 67.

(31) Sh. 41 - 42.

(32) Oser - Schönerberger, Art. 419, Nr. 29; Becker, Art. 423, Nr. 3; Suter, sh. 42; Bermann, sh. 89 not 2; Friedrich, sh. 53.

(33) Alman müellifleri işin başkasına ait olduğu kusurlu veya kusursuz olarak bilinmeyen bütün hallerde menfaat ve maksada uygun hareket mükellefiyetinin bahis mevzuu olamayacağı fikrindedirler: Bk. Staudinger - Nipperdey, § 678, Nr. 21; § 687, Nr. 4.

Tecviz edilmeyen vekâletsiz iş görmenin diğer bütün nevilerinde, iş gören bu mükellefiyete riayet etmekle mükelleftir³⁴. Ezcümle, kusu-ruyla iş sahibinin maksadını veya menfaatini tesbitte yanılarak gerçekte bu maksat veya menfaate aykır iş görenin veya suiniyetle başkasının iş-lerini istismar edenin vaziyeti böyledir.

Aeby'nin, tecviz edilmeyen vekâletsiz iş görmenin yalnız hüsnüniyetle olan nev'inde değil diğer bütün çeşitlerinde de, iş sahibinin menfaat ve maksadına uygun hareket mükellefiyetinin tanınmasını mantığa aykır saydığına daha yukarıda işaret etmiştik³⁵. Filhakika, bir haksız fiil failinden mümkün mertebe mağdurun arzuladığı ve menfaatini gözetmesini istemek ilk bakışta tuhaf görünebilir. Ancak, bahsi geçen mükellefiyetin kabulü, tecviz edilmeyen iş görmede, iş görene nasıl hareket edeceği yolunda talimat vermektен ziyade onun mes'uliyetinin esasını koymak mülâhazasına müsteniddir. Gerçi bu mükellefiyetin bahis mevzuu olduğu tecviz edilmeyen iş görme fiilleri aynı zamanda birer haksız fiil teşkil ederler ve bu fiillerden mütevellid zararın BK. md. 41 e tevfi-kan tazmini istenebilir. Yalnız, bu fiillerin haksız ve kusurlu olmalarının bahis mevzuu mükellefiyetten istihraç olunduğu hatırdan çıkarılmamalıdır³⁶. Kaldı ki, tecviz edilmeyen iş görmenin icrası esnasında iş sahibinin menfaatine ve maksadına uygun tedbirlerin alınmamış olması dolayısıyla bir nevi müsbet zararın tazmini talep edilebilir; haksız fiilin ikai yüzünden istenebilecek tazminat ise daha ziyade menfi mahiyetteki zarar karşılığından ayrıca BK. md. 410 daki mükellefiyete riayetsizliğe müsteniden tazminat istemekte fayda olabilir³⁷.

§ 26 — BAŞLANAN İŞE DEVAM VE İŞİ BİR BÜTÜN OLARAK
GÖRME BORÇLARI.

I — Umumiyetle başlanan işe devam borcu.

Bir çok memleketlerin medenî kanunlarında, vekâletsiz iş görenin başladığı işe devam ve onu bitirmekle mükellef olduğu sarahaten beyan edilmiştir¹. İş görenin bu mükellefiyetten, ancak bizzat iş sahibi işle meş-

(34) Yukarıda not 2 de zikredilen İsviçre müellifleri ve not 33 deki tah-ditle Alman müellifleri: Staudinger - Nipperdey, § 687, Nr. 19; RGR Komm., Art. 687 Nr. 4; Enneccerus - Lehmann, sh. 685; Leonhard. Bd. II, sh. 429; Palandt, § 677, 4 b; § 687, 2 a.

(35) Bk. yukarıda § 12 not 22.

(36) Staudinger - Nipperdey, § 678, Nr. 22 ye de bk.

(37) Bk. Moser, sh. 242 - 245; Staudinger - Nipperdey, § 687, Nr. 19.

(1) Ezcümle Fransız MK. md. 1372, f. I; İspanyol MK. md. 1888; İtalyan

gul olacak vaziyete geldiği andan itibaren kurtulacağı da umumiyetle tasrih edilen bir husustur². Diğer taraftan, mezkûr memleketler doktrininde, iş görenin işe devamının, mutlak surette imkânsız olması veya kendi işlerini tehlikeye sokması halinde, onun işden vazgeçebileceği kabul olunmaktadır³. İspanyol MK. md. 1888 mucibince, işe devam edemeyecek vaziyette olan iş gören, iş sahibine kendi yerine başka birini ikame etmesi hususunda ihtarda bulunmak salâhiyetini haizdir. Bu salâhiyet Fransız müellifleri tarafından da tanınmıştır⁴.

Türk - İsviçre BK. ve Alman MK. da, işe devam borcu hususunda bir sarahat yoktur. Bununla beraber, doktrin ve mahkeme içtihadları, bu mükellefiyeti, az veya çok şümulü surette, iş görenin işi iş sahibinin menfaatine ve maksadına uygun şekilde yapmak mecburiyetinden çıkarılmaktadır.

Becker'e nazaran⁵: "Başkası için bir iş görmeye girişen kimse, keyfi olarak ondan vazgeçemez, bilâkis onu tamamlamağa mecburdur. Bu mecburiyet, iş sahibinin, kendi iyiliği saikasıyla hareket eden, fakat bir kere aldığı karan tahakkuk ettirmek için zarurî kuvvete ve sebata sahip olmayan şahısların müdahalesine karşı korunması mülâhazasına müsteniddir. Binaenaleyh vekâletsiz iş görenin vaziyeti, vekâletten her zaman rücu edebilen vekilinkine nisbetle daha fenadır. Bununla beraber, vekâletsiz iş görenin vaziyetinin ağırlığı, hiç olmazsa, pratik bakımdan en mühim olan, iş sahibinin manii bulunması halinde sadece görünüşte kalır, zira vekâlet akdinde dahi, böyle bir hal devam ettikçe iş görenin rücu münasip olmayan bir zamanda yapılmış sayılırdı. İş görmeye devam imkânsız kılan veya onu fevkalâde güçleştiren mühim bir sebebin (justa causa) mevcudiyeti takdirinde, vekâletsiz iş gören de işden vazgeçebilir, meselâ hastalık gibi bir manii varsa yahut iş sahibinin borç ödemekten âciz hale düşmesi veya iflâsı dolayısıyla masraflarını alamayacaksa vaziyet böyledir. Bittabi iş gören işi sonuna kadar götüremediği takdirde vakit geçirmeden iş sahibini bundan haberdar etmelidir."

MK. md. 2028, f. I; Çekoslovak MK. md. 447; Polonya BK. md. 116, f. II; Avusturya MK. md. 1039.

(2) Çekoslovak MK. müstesna not 1 de zikredilen kanunların hepsinde bu husus açıkça ifade olunmuştur.

(3) Planiol - Ripert - Esmein, t. VII, sh. 15; Demogue, t. III, sh. 70 - 71; Demolombe, t. XXXI, no. 135 ve müt.

(4) Planiol - Ripert - Esmein, t. VII, sh. 15; Demogue, t. III, sh. 71.

(5) Art. 419, Nr. 14 - 15.

Diğer İsviçre hukukçularının kanaatlerince, Becker işe devam mükellefiyetine lüzumundan fazla şümül tanmaktadır⁶. İşe girişmek için hiçbir mükellefiyeti olmayan vekâletsiz iş göreni, bir kere işe başladı mı, akdi bir borcunu yerine getirmek için faaliyette bulunan vekilden daha sıkı surette bağlamak doğru olmaz. Bu itibarla, iş görenin, ancak işden vazgeçmesi dolayısıyla iş sahibinin bir zarara uğrayacağı hallerde, işe devam mecbur olduğunu kabul etmek yerinde olur⁷. Bundan başka, işe devam iş gören için imkânsız veya fevkalâde müşkül olursa, iş sahibi bundan zarar görecektir olsa dahi iş görene rücu hakkı bahşedilmelidir. Bu hususta Becker'in söylediklerinde isabet vardır.

Alman müelliflerinin ve mahkemelerinin içtihadı da⁸, iş görene, sadece iş sahibinin menfaatine ve maksadına uygun hareket mükellefiyetinin icap ettirdiği nisbette işe devam mecburiyetini tahmil etmek gerektiği yolundadır.

Hukukumuzda işe devam mükellefiyeti, iş sahibinin menfaatine ve maksadına uygun hareket mükellefiyetinden istihraç edildiği cihetle, bu mükellefiyetlerden ikincisinin bahis mevzuu olmadığı hüsnüniyetle başkasının işini kendi menfaatini görmede birinciden de bahsedilemez⁹. Buna mukabil diğer tecviz edilmeyen iş görme hallerinde, işe devam mükellefiyetinin, iş sahibinin menfaatine ve maksadına uygun olduğu nisbette, tanınması lâzımdır. Filhakika bazan, böyle bir iş görmeye girişilmiş olması dolayısıyla zaten mutazarrır olan iş sahibi, alman tedbirlerin yanm kalmasından büsbütün zarara uğrayabilir. Fakat ekseriyetle, tecviz edilmeyen iş görmeye devam edilmemesi iş sahibinin de menfaati ve maksadı iktizasıdır.

II — İş sahibinin veya iş görenin ölümü, iflâsı veya ehliyetini kaybetmesi halinde işe devam borcu.

Fransız MK. md. 1373 ve İtalyan MK. md. 2028 f. II mucibince,

(6) Suter, sh. 34; Oser - Schöenbergër, Art. 419, Nr. 28. Buna mukabil Bermann da (sh. 52 - 53, 91), Becker gibi şümüllü mahiyette bir işe devam mükellefiyeti tanmaktadır.

(7) Suter, sh. 34 - 36; Oser - Schöenbergër, Art. 419, Nr. 28; Hagenbüchli, sh. 64, not 16; Martin, sh. 289; Aeby, sh. 84 ve bu sahifede not 48. Schneider et Fick, art. 419, no. 47 - 48.

(8) Staudinger - Nipperdey, § 677, Nr. 27; Oertmann, § 677, 1 a; RGR: Komm. § 677, Nr. 4 in fine; Enneccerus - Lehmann, sh. 679, Nr. 4; Esser, sh. 329; Palandt, § 677, 4 e. Reichsgericht: RGE, 63, 283; 126, 292.

(9) Becker, Art. 423, Nr. 3; Friedrich, sh. 52; Oser - Schöenbergër, Art. 423, Nr. 2.

iş sahibi işin hitamından önce ölse bile, iş gören, mirasçılar el koyana kadar, işe devamla mükelleftir. Demogue'un beyanı veçhile¹⁰, burada vaziyet müvekkilin ölümündekinden farklıdır; iş gören vekâlette olduğu gibi yalnız müstacel işleri yapmağa mecbur olmayıp, mirasçılar el koyana kadar iş görmenin icap ettirdiği her türlü tedbiri almağa devam etmek zorundadır. Bu farkı Demogue şu mülâhaza ile haklı göstermektedir: Vekil, müvekkilin itimadına mazhar olarak onun tarafından seçilmiş bir kimsedir; müvekkilin ölümünde mirasçılarının da aynı itimadı taşıyıp taşımayacakları belli değildir; halbuki vekâletsiz iş görmede böyle itimada müstenid bir tayin yoktur.

Alman hukukçuları iş sahibinin ölümü halinde BGB nin müvekkilin ölümüne müteallik 672 nci paragrafının kıyasen tatbikine taraftarlardır¹¹; yani, iş gören yalnız gecikmesinde tehlike olan işleri, mirasçılar el koyana kadar, takibe devamla mükelleftir.

Türk - İsviçre hukuku bakımından, Demogue'un belirttiği vekâletle-vekâletsiz iş görme arasındaki farkı da gözönünde tutarak, şu hal tarzının kabulü fikrimizce münasip olur: İş sahibi ölünce mirasçılar iş sahibi vaziyetine gireceğinden, iş gören, onların menfaati ve maksadı işe devamı âmir olduğu müddetçe, bu menfaat ve maksat icabı olan bütün fiilleri yapmağa mecburdur¹²; mirasçılarının menfaati yalnız müstacel işlerin yapılmasını gerektiriyorsa, vaziyet pratik bakımdan, vekâlettekinin aynı olur.

Fransız hukukçuları¹³, iş sahibinin ehliyetini kaybetmesi veya iflâsı hallerinde de, Fransız MK. md. 1373 ü kıyasen tatbik suretile, kanunî mümessil yahut iflâs masası işle meşgul olmağa başlayana kadar iş görenin işi bırakmamakla mükellef olduğu neticesine varmışlardır.

Türk - İsviçre hukukunda, iş sahibi ehliyetini kaybederse, onun menfaati ve kanunî mümessilinin maksadı iş görenin işe devamını iktiza ettirdiği nisbette, iş gören işleri takipten geri kalmamalıdır. Bittabi, iş

(10) T. III, no. 42, sh. 72. D'Amelio-Finzi- de Bernardinis, sh. 159, no. 13 e de bk.

(11) RGR Komm. § 681, Nr. 2; Staudinger, § 681, Nr. 12 ve Vorbem. vor § 677, Nr. 51; Enneccerus - Lehmann, sh. 679, Nr. 5; Oertmann, § 681, Nr. 2; Palandt, § 677, Nr. 4, f.

(12) Schneider et Fick (art. 419, no. 49) ve Hagenbüchli (sh. 92 - 93) ve Rossel, sh. 497 aynı fikri müdafaa etmektedirler.

(13) Demogue, t. III, sh. 72 - 73; Maruitte, sh. 284; Planiol-Ripert-Esmein, t. VII, sh. 15; Demolombe, t. XXXI, no. 138, 142.

gören kanunî mümessilden işi devralmasını talep edebilir; hakkında bir ehliyetsizlik sebebi zuhur eden iş sahibine bir vasi tayini için vesayet makamlarının dikkatini çekmesi de mümkündür. İş sahibinin iflâsının, iş görene işi bırakmağa hak vereceğine yukarıda işaret etmiştik.

İş görenin ölümü, ehliyetini kaybetmesi ve iflâsı halleri hiçbir kanun tarafından derpiş edilmemiştir. Bu takdirde vekilin aynı hallere maruz kalmasına müteallik BK. md. 397 f. II hükmünü kıyasen tatbikte bir mahzur yoktur¹⁴. Yani iş görmenin durması iş sahibinin menfaatlerini tehlikeye koyuyorsa iş gören¹⁵ veya mirasçılarını yahut kanunî mümessili işe devamla mükelleftirler.

III — İş bir bütün olarak görme mükellefiyeti.

Vekâletsiz olarak başkasının işine müdahale eden kimse, o işi bir bütün olarak görmelidir. Başka bir deyimle, birbirine murtabit bir takım fiillerin yapılmasını icap ettiren bir iş görmede, iş gören, bu fiillerden hoşuna giden veya kolayına gelen bir kısmını yapmakla iktifa edemez. Müsterek bir gayeye müteveccih¹⁶, yahut biri diğerine tabi olan işler birbirlerine murtabit sayılırlar. Meselâ, bir mamelekin idaresinde o mamelekin muhtelif unsurlarıyla alâkalı işlerin hepsiyle meşgul olmak gerekir. Bir gayrimenkulün satın alınmasına delâlet eden kimse, vekâleti dışında o gayrimenkulü ipotekten kurtarmaya tevessül etmişse, yalnız akdî değil kanunî ipotekleri de tasfiye etmelidir¹⁷. Bir alacağı vekâletsiz olarak başkası hesabına tahsil eden şahıs, onun faizlerini de almalıdır¹⁸.

İş bir bütün olarak görme mükellefiyeti, Türk - İsviçre hukukunda, iş sahibinin menfaatine ve maksadına uygun hareket borcundan is-

(14) Suter, sh. 37. Fransız hukukunda vekâlet hükümlerinin kıyasen tatbiki hususunda: Planiol-Ripert-Esmein, t. VII, sh. 15; Demogue, t. III, sh. 72 - 73; Demolombe, t. XXXI, no. 140; İtalyan hukukunda: D'Amelio-Finzi - de Bernardinis, sh. 159, no. 14; Alman hukukunda: Leonhard, Bd. II, sh. 440 ve yukarıda not 10 daki atıflar; yalnız Staudinger - Nipperdey (Vorbem. 51 vor § 677) bu takdirde de iş sahibinin menfaatini ve maksadını gözönünde tutma mükellefiyetini esas ittihaz ediyor (İsviçre'de aynı fikirde Hagenbüchli, sh. 93.).

(15) İş görenin iflâsı halinde, işe devam etmesi iş sahibinin menfaat ve maksadına aykırı olmadıkça, o işi terkedememelidir; Schneider et Fick'e nazaran (art. 419, no. 51) iflâs masası iş görenin yerine işe girebilir.

(16) Bk. Schneider et Fick, art 419, no. 46.

(17) Demogue, t. III, sh. 72, not 1.

(18) Demogue, t. III, sh. 62, not 3.

(19) Suter, sh. 36, III; Bermann, sh. 91; Becker, Art. 419, Nr. 14; Schneider et Fick, Art. 419, Nr. 46.

tihraç olunur¹⁹. Buna mukabil, bazı kanunlarda bu mecburiyet sarahaten zikredilmiş bulunmaktadır²⁰.

§ 27 — İŞ SAHİBİNE HABER VE HESAP VERME BORÇLARI VE
DİĞER BAZI MÜKELLEFİYETLER

I — İş sahibine ihbar borcu.

Alman MK. md. 681 cümle 1 mucibince “iş gören, işe giriştiğini, halin icapları müsaade eder etmez, iş sahibine bildirmek ve gecikmede tehlike olmadığı takdirde onun kararını beklemekle mükelleftir.” Diğer bazı memleketlerin kanunları tarafından da iktibas edilen bu hüküm¹, iş sahibinin hakiki maksadını öğrenmeği mümkün kılmak mülâhazasıyla vazedilmiştir.

Avusturya MK. md. 1037 cümle 1 ve Çekoslovak MK. md. 444 f. I e göre ise, başkasının işini görmek isteyen kimse, bu şahsı tehdit eden bir zararı önlemek bahis mevzuu olmadığı takdirde, onu bu niyetinden haberdar etmek ve rızasını beklemek mecburiyetindedir. Müşahede olduğu üzere, bu kaide, iş sahibini tehdit eden bir zararın önlenmesi hali müstesna, başkasının işini görmekten onun rızası olmadıkça mutlak surette içtinap eylemeyi âmirdir.

Lâtin memleketleri hukukunda, iş görenin işe devam niyetinde de gelse bunu zamanında iş sahibine bildirmesi iktiza ettiği beyan olunmaktadır². Bundan başka İtalyan müellifleri³ vekilin borçları hakkındaki hükümlerden, kıyasen, vekâletsiz iş görenin işe giriştiğinden ve işin safahatından iş sahibini haberdar etme ve onun talimatına intizar mükellefiyetini çıkarmaktadırlar. Demogue’a nazaran⁴ Fransız hukukunda, iş gören iş sahibine işle meşgul olduğunu bildirmeğe mecbur değildir; ancak böyle bir ihbarda bulunmaması yüzünden iş sahibinin de aynı işi yapmasının neticelerine katlanmalıdır.

Türk - İsviçre hukukunda, BK. nun bu hususta bir sarahat ihtiva etmemesine rağmen, doktrin ve mahkeme içtihadları tarafından Alman MK. § 681 cümle 1 deki kaide kabul olunmaktadır⁵. Filhakika iş sahi-

(20) Ezcümle Fransız MK. md. 1372 f. I; İspanyol MK. md. 1888.

(1) Yunan MK. md. 733; Polonya BK, md. 116 f. I; Çin MK. md. 173 f. I.

(2) Bk. yukarıda § 26 not 4.

(3) D'Amelio - Finzi - de Bernardinis, sh. 162.

(4) T. III, sh. 69, no. 39 bis.

(5) Suter, sh. 43; Oser - Schönerberger, Art. 419, Nr. 24; Hagenbüchli, sh. 64, not 17; Aeby, sh. 85 - 86; Schneider et Fick, art. 419, no. 41; Elias

bine ihbar mükellefiyeti, onun maksadına ve menfaatine uygun hareket borcundan istidlâl edilebilir; ancak iş sahibini işle uğraşıldığından haberdar etmek suretile onun bu faaliyet hakkındaki hakiki iradesi öğrenilebilir. Bittabi ihbarın bir netice vermeyeceği veya iş sahibinin hukuka veya ahlâka aykırı bir surette iş görmeye muhalefet edeceği önceden belli ise ihbardan imtina etmeğe cevaz vardır⁶.

Schneider ve Fick'e nazaran⁷, iş gören imkân bulur bulmaz iş sahibini haberdar etmelidir; Aeby'nin fikrinde ise⁸, ihbar, iş görenin bunu yapması mümkün olur olmaz değil ancak halin icapları müsait olduğu takdirde yapılmalıdır; meselâ iş sahibinin etrafı onun fenalığını isteyen ve iş görmeyi akamete uğratacak kimselerle çevrili ise onu haberdar etmemek lâzımdır.

İş gören, gecikmede tehlike olduğu için iş sahibinin talimatını beklemediğini ileri sürerse, bu tehlikenin mevcudiyetini ve iş sahibi, halin icaplarının ihbarın daha önce yapılmasını iktiza ettirdiğini beyan ederse, bu iddiasının doğruluğunu isbat etmelidir⁹. İş gören, iş sahibi ile aynı mahalde oturduğu ve onu bulması kolaylıkla mümkün olduğu takdirde, halin icaplarının ihbara müsait olup olmadığını tayin hususunda daha sıkı davranmak lâzımdır¹⁰.

İhtar mükellefiyetinin yerine getirilmemesi, iş göreni bundan mütevellid zararı tazmine mecbur kılar¹¹.

Hüsnüniyetle başkasının işini kendisinin zannederek görmede iş sahibine ihbar mükellefiyeti bahis mevzuu olamaz; diğer tecviz edilmeyen iş görme hallerinde iş gören bu mükellefiyeti yerine getirmemesi yüzünden doğan zararları da tazmin etmelidir,

Wolf, FJS, no. 1078, sh. 3. Aargau Yüksek Mahkemesi, SJZ, 21 (1924), Nr. 1; sh. 6. Bu kararda bir kimsenin bir akrabasını, asıl nafaka ile mükellef olana haber vermeden ve onun bu mükellefiyetine dikkatini çekmeden uzun zaman infak edip sonra masraflarını nafaka mükellefinden istemesi hüsnüniyet kaidelerine aykırı görülmüştür.

(6) Hagenbüchli, sh. 64, not 17; Suter, sh. 44; Staudinger - Nipperdey, § 681, Nr. 5.

(7) Art. 419, no. 41.

(8) Sh. 86.

(9) Staudinger - Nipperdey, § 681, Nr. 5.

(10) RGR Komm. § 681, Nr. 1.

(11) Staudinger-Nipperdey, § 681, Nr. 5. Reichsgericht, müvekkilinin vekâleti olmaksızın temyiz talebinde bulunan, sonra da onun fikrini sormadan bu talebini geri alan bir avukatı § 681 cümle 1 mucibince mes'ul tutmuştur: Bk. JW, 1913, sh. 921.

II — Hesap verme borcu.

İş görenin, işin yürüyüşü ve neticesi hakkında iş sahibine hesap vermekle mükellef olduğu bazı Medeni Kanunlarda açıkça beyan olunmuştur¹². Kanunlarında böyle bir sarahat bulunmayan memleketlerin hukukçuları, aynı mükellefiyeti, umumiyetle iş görmenin mahiyetinden, isbat külfetinin tevziine ait umumî kaidelerden ve vekâlet hakkındaki hükümlerin kıyasen tatbikinden istihraç etmektedirler¹³.

Filhakika, vekâleti bulunsun veya bulunmasın, başkasına ait bir işle meşgul olan kimse, bu meşguliyetinin neticelerinin tesbitini, hak ve borçlarının tayinini mümkün kılabilmek için iş sahibine hesap vermelidir¹⁴. Hüsünüyet kaideleri de, iş görmenin cereyan tarzını ve neticelerini iş sahibine nisbetle daha kolay ortaya koyabilecek vaziyette olan iş görene böyle bir mükellefiyet tahmilini icap ettirir¹⁵.

BK. md. 392 f. I e tevfikân, vekil, her zaman, müvekkilin talebi üzerine, yapmış olduğu işin hesabını vermeğe mecburdur. Bu hükmün kıyasen vekâletsiz iş görmeye tatbiki kabildir. Hatta bazı müelliflerin haklı olarak belirttikleri veçhile¹⁶, iş gören işin hitamında, talep vaki olmaksızın hesap vermelidir.

Hesap verme mükellefiyeti geniş mânada anlaşılacak iktiza eder¹⁷. Yalnız işin görülmesi esnasında alınan tedbirler değil, iş görme ile alâkası bulunan ve muamelâtta câri telâkkiye nazaran ehemmiyetli olan her türlü fiili ve hukuki husus açıklanmalıdır: ezcümle malzeme kullanıldığı takdirde, ne kadar malzemenin nerede sarfedildiği belirtilmelidir. İş gören yerine başkasını ikame etmişse veya üçüncü şahıslarla iş sahibi hesabına mukavele yapmışsa bunların isimlerini bildirmek mecburiyetindedir¹⁸. Eğer işin görülmesi bir mamelekin idaresinde olduğu gibi bir takım gelir ve gi-

(12) Yunan MK. md. 734; Polonya BK. md. 116 f. III; Avusturya MK. md. 1039; Çekoslovak MK. md. 447.

(13) Bk. İsviçre'de: Oser-Schönenberger, Art. 419, Nr. 25; Becker, Art. 419, Nr. 17; Martin, sh. 288; Suter, sh. 44; Schneider et Fick, Art. 422, no. 18; Elias Wolf, FJS, no. 1078, sh. 3; Almanya'da: Staudinger-Nipperdey, § 681 Nr. 6; Enneccerus - Lehmann, sh. 679; Leonhard, Bd. II, sh. 438; RGR Komm. § 681, Nr. 2; Fransa'da: Planiol-Ripert-Esmein, t. VII, sh. 16; Demogue, t. III sh. 73-74; İtalya'da: D'Amelio-Finzi-de Bernardinis, sh. 163.

(14) Bk. Federal Mahkeme'nin "Aktien-brauerie Wald c. Eisele" dâvasındaki kararı; RO 34 II 700.

(15) RGE, 108, sh. 7. (16) Suter, sh. 44 ve RGE, 69, sh. 26.

(17) Suter, sh. 44; Becker, Art. 400, Nr. 2. Gautschi, sh. 194 ve müt. e de bk.

(18) Oser-Schönenberger, Art. 400, Nr. 2; Becker, Art. 400, Nr. 2.

derlerin mevcudiyetini tazammun ediyorsa, iş gören, yalnız bunların yer-kûnu arasındaki farkı bildirmekle iktifa edemez; her kalemi ayrı ayrı zikretmesi ve iş sahibinin menfaati yahut teamül icabı olduğu takdirde bu kalemelere ait evrakı müsbiteyi göstermesi gerekir¹⁹. TK. md. 80 mucibince, iş görenden ticari defterlerini ibraz eylemesi de istenebilir. İş gören işe devam etmediğini ileri sürerek hesap vermekten kaçınmaz²⁰.

Tecviz edilmeyen iş görmenin her nev'inde ve hatta hüsünüyetle başkasının işini kendisininmiş gibi yapmak halinde dahi iş gören hesap vermekle mükelleftir²¹. Zira, yukarıda da belirttiğimiz gibi, bu, iş görmenin mahiyetinden ve hüsünüyet kaidelerinden neş'et eden bir mükellefiyettir. Her çeşit iş görmede yapılan faaliyetin neticelerini kolaylıkla tesbit, bu suretle mümkün olur; kaldı ki, iş sahibi, esas itibarıyla tecviz edilmeyen bir iş görmeye icazet verip vermemek yahut işden hasıl olan kân temellük edip etmemek hususunda ancak iş görenin hesabını tetkik ettikten sonra karar verebilir²².

Bazı Alman müellifleri²³, hüsünüyetle başkasının işlerini kendi menfaatine gören kimseye hesap verme mükellefiyeti tahmil edilmesinin aleyhinde bulunmuşlardır. Onlara nazaran, böyle bir mükellefiyet, iş görenin işlerine ait sırlarının ortaya dökülmesi ve müstahak olmadığı halde adeta bir nevi cezaya çarptırılması neticesini doğurur. Fakat Moser'in işaret ettiği üzere²⁴, çok defa hesap verirken iş görenin müşterilerinin isimlerini söylemesinden şafınazar edilebileceği gibi onun hesapları bitaraf ve itimada şayan bir üçüncü şahsa da tetkik ettirilebilir; kaldı ki, iş görenin sırlarının iş sahibi tarafından öğrenilmesi tehlikesi mevcut olsa bile, iş gören hüsünüyetine rağmen, kendi hukuka aykırı müdahalesinin bu neticesine katlanmalıdır.

III — İş görenin diğer bazı mükellefiyetleri.

Alman hukukçuları²⁵, vekile kıyasen iş görenin de, iş sahibine ait ve-

19) Oser-Schönenberger, Art. 400, Nr. 3.

(20) Staudinger-Nipperdey, § 681, Nr. 6; RGE, 63, sh. 285.

(21) Suiniyetle başkasının işini istismarda hesap verme mükellefiyeti Federal Mahkeme tarafından şu kararlarında tanınmıştır: RO 45 II 209, "Mertz c. Mellwig"; 49 II 520, "Basler Glühlampenfabrik AG. c. Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft".

(22) Staudinger-Nipperdey, § 681, Nr. 2; Friedrich, sh. 51.

(23) Moser, sh. 231 not 45-46 da zikredilen müellifler; Reimer, sh. 862.

(24) Sh. 232-233.

(25) Staudinger-Nipperdey, § 681, Nr. 8; § 687, Nr. 18; RGR Komm., § 681, Nr. 2; Enneccerus-Lehmann, sh. 679; Leonhard, Bd. II, sh. 438.

ya ona devri lâzım gelen parayı kenârî hesabına sarfetmesi halinde, faiz vermekle mükellef olduğunu beyan etmektedirler²⁶. BK. md. 392 f. II yi kıyasen tatbik suretile, hukukumuzda da aynı neticeye varmak mümkündür. Faiz, paranın sarfedildiği andan itibaren işleyip ayrıca ihtara hacet yoktur²⁷. Faiz yüzdesinin tayininde BK. md. 103 deki esaslar gözönünde tutulmalıdır.

İş görenin, iş görmenin mahiyetinden ve iş sahibinin menfaatine ve maksadına uygun hareket mükellefiyetinden neş'et eden, diğer bir borcu da meşgul olduğu işle alâkalı sırları saklamaya mütealliktir²⁸.

İşden elde edilen kân devir borcunu, hususi ehemmiyeti dolayısıyla, bunu takip eden paragrafta ve iş görmeden husule gelen zararın tazmini borcunu da iş görenin mes'uliyeti fashında tetkik edeceğiz.

§ 28 — İŞ GÖRME DOLAYISIYLA ELE GEÇEN ŞEYLERİ, HUSUSİYLE İŞDEN HASIL OLAN FAYDALARI DEVİR BORCU

I -- Borcun mesnedi, mevzuu ve şümulü.

BK.md. 414 de, iş sahibinin, menfaati iktizası olmayan bir iş görmeden husule gelen faydaları temellük etmek hakkına sahip bulunduğu belirtilmiştir. Bu hakka, iş görenin mezkûr faydaları devir borcunun tekabül etmesi tabiidir. Aynı borcun, iş sahibinin menfaati iktizası olan bir iş görmede evleviyetle bahis mevzuu olacağı aşikârdır¹. Diğer taraftan, BK. md. 392 f. I in vekile tahmil ettiği, iş görme dolayısıyla eline geçen her şeyi müvekkile iade borcuna kıyasen de aynı neticeye varmak mümkündür². Hatâ bu sonuncu hüküm, iş görene sadece faydaların devrinden daha şümulü bir mükellefiyet yüklediği için tercihe şayandır.

Şu halde, iş gören iş sahibine, prensip itibarıyla, işden hasıl olan her türlü mameleki menfaati devirle mükellef olduğu gibi, iş görme dolayısıy-

(26) Fransız hukukunda aynı fikirde Demogue, t. III, sh. 66, not 6 ve sh. 70.

(27) Oser-Schönenberger, Art. 400, Nr. 10. Aksi fikirde Gautschi, sh. 203.

(28) Gautschi, sh. 154.

(1) Yunan MK. md. 734 ve Çekoslovak MK. md. 447 de bu borç sarahaten zikredilmiştir.

(2) Bk. Oser-Schönenberger, Art. 419, Nr. 26; Becker Art. 419, Nr. 17; Elias Wolf, FJS, no. 1078, sh. 3; Alman hukukunda: Staudinger-Nipperdey, § 681, Nr. 7; RGR Komm. § 681, Nr. 2.

la eline geçen evrakı müsbitelyi, plânları, modelleri ve iş sahibi için manevi kıymeti haiz olan sair vesaiki³ teslim etmelidir⁴.

İşden elde edilen faydalar mefhumuna, medeni ve tabii semerelerin, hatta şeyin cevherini tüketmek suretile temin olunan hasılatın hepsi girer. İş gören kendisine bahşedilen müsait şartlardan, ezcümle fiat indirmelelerinden iş sahibini faydalandırmalıdır; iş görme dolayısıyla aldığı hediyeler kendi şahsına mahsus olmadıkça bunları da iş sahibine vermelidir⁵; iş görenin bu gibi hediyeler alması hukuka aykırı bir karakter, yani bir nevi rüşvet (Schmiergeld) mahiyetini arzettiği takdirde, hediye onun şahsına mahsus olsa dahi, iş sahibine devredilmesi lâzım geldiği umumiyetle kabul olunmaktadır⁶. Fikrimizce, eğer iş gören bu hediyeyi bizzat iş sahibi tarafından da yapılması hukuka aykırı olan bir fiilin ikası için almışsa, ortada iş görme ve binaenaleyh hediyeyi iş sahibine devir borcu yoktur⁷; diğer taraftan iş gören, iş sahibini mutazarrır edecek bir fiilde bulunmak için bir menfaat kabul etmişse, iş sahibi ona karşı bu menfaatin devri hakkında değil, sebebiyet verdiği zararın tazmini hususunda dâva açmalıdır⁸.

İşden hasil olan kâr devir borcu bilhassa, başkasına ait fikri hakların istisman ve haksız rekabet sahasında ehemmiyet arzeder. İş sahibine devri gereken kâr, işin sâfi hasılatıdır, yani iş görenin muhtelif masrafları çıktıktan sonra geriye kalan miktardır⁹. İş görenin masraflarını istiyebileceği BK. md. 414 cümle 2 de sarahaten ifade edilmiştir; bittabi iş sahibi bu masrafları ancak temellük ettiği faydalar nisbetinde tazmine borçludur.

İş sahibine devri lâzım gelen kâr, daha önce de müteaddit defalar işaret ettiğimiz veçhile, iş görme dolayısıyla onun mamelekinde husule gelen fakirleşme ve bu arada mahrum kaldığı kâr (lucrum cessans) ile mahdut değildir¹⁰. Diğer bir ifade ile, başkasının hakkını kullanan kimse kendi hususi imkânları sayesinde, iş sahibinin elde edemeyeceği bir kâr temin etmiş olsa dahi bunu ona devre mecburdur. Zaten kârın devri mükellefiyetinin haksız iktisap dolayısıyla iade ve haksız fiile müstenid tazmi-

(3) Meselâ bazı muhaberat ve resimler gibi.

(4) Suter, sh. 45; Elias Wolf, FJS, no. 1078, sh. 3.

(5) Suter, sh. 45; Planck, § 667, 2 b.

(6) Moser, sh. 193; Suter, sh. 45; Becker, Art. 400, Nr. 6; RGE, 99, 31.

(7) Bk. yukarıda § 15, II.

(8) Reimer, sh. 718.

(9) Moser, sh. 183-186. Bk. aşağıda § 40, I.

(10) Suter, sh. 137; Moser, sh. 181-182; Oser-Schönenberger, Art. 419, Nr. 26; Art. 423, Nr. 3; Friedrich, sh. 24; Elias Wolf, FJS, no. 1077, sh. 4; von Tuhr, sh. 401-402; Arsebük, sh. 565 not 65 e ait metin.

nat borçlarına faikiyeti de bundan ileri gelir. Meselâ başkasına ait bir şeyi çalan kimse o şeyi satar ve sonra daha ucuza geri alırsa veya onu daha ucuz bir şeyle trampa suretile yeniden ele geçirirse, şeyi malikine iade etmekle iktifa edemez; onu satış ve geri alış veya trampa dolayısıyla elde ettiği kâr da malike devretmekle mükelleftir¹¹.

İş gören, temin ettiği kârı elden çıkarsa bile, kâr devir borcu kaide-ten ortadan kalkmaz veya elinde kalan miktara inhisar etmez¹².

Bundan başka, devri lâzım gelen kârın muhakkak iş görenin mamelekinin aktifinde bir artma suretinde tezahür etmesine de hacet yoktur. Eğer giriştiği bir işte zaten zarar edecek olan kimse, başkasına ait bir ihtirai kullanması neticesinde daha az zarara uğramışsa, gene zarardan tasarruf nisbetinde bir kârdan bahsedilebilir¹³. Fakat böyle farazi bir kâr, ancak o kimse mezkûr ihtiradan faydalanmayı düşünmese de aynı teşebbüste bulunacak idiyse bahis mevzuu olur; yoksa sırf o ihtira sayesinde işin gayri iktisadiliğinin bertaraf edileceği mülâhazasıyla işe girişen, aksi takdirde içtinap edecek olan kimsenin, zarardan tasarruf ettiği ileri sürülemez.

Devri lâzım gelen kârın tesbitinde iş görenin faaliyetinin bütünü gözönünde tutulmalıdır. Başka bir ifade ile, iş görenin birbirine murtabıt olan fiillerinin birinden elde ettiği kâr diğeri yüzünden uğradığı zararlar mahsup edilmelidir¹⁴. Muhtelif fiillerin birbirine murtabıt olup olmadığını tayinde iş görenin iradesi başlıca kıstası teşkil eder¹⁵; yani iş gören, kâr ve zarar getiren fiillerden birini diğeri olmaksızın yapmayacak idiyse bunların birbirine bağlı olduğunu kabul etmek lâzımdır. Şu kadar ki, iş gören umumiyetle bu husustaki iradesini önceden izhar etmiş olmayacağından burada onun mefruz iradesi bahis mevzuu olur¹⁶; bunun tayini için de halin icapları ve bilhassa fiillerin ekonomik bakımdan bir vahdet arz edip

(11) Suter, sh. 136; Oser-Schönenberger, Art. 423, Nr. 3; E. Wolf, FJS, no. 1078, sh. 3; Moser, sh. 182-183.

(12) Bk. Moser, sh. 182. Meselâ, başkasının hakkını istismar ederek kâr temin eden bir anonim şirket bunu temettü olarak dağıttığını iddia suretile kâr devir borcundan kurtulamaz. İstisnalar için bk. aşağıda III.

(13) Moser, sh. 186-187.

(14) Moser, sh. 187-189; Schulz, sh. 41. Demogue, t. III, no. 48 e de bk.

(15) Bk. Moser, sh. 188-189; "La nullité, l'annulation et la résiliation partielles des contrats" adlı doktora tezimiz, Genève 1952, sh. 228-245.

(16) İş görenin fiillere giriştiği andaki mefruz iradesi esastır; yoksa o sonradan dilediği şekilde bunları birbirine bağlı addedip etmediğini beyan edilemez.

etmedikleri gözönünde tutulmalıdır. Meselâ, bir ihtirai hukuka aykırı surette istismar yoluyla imalâta bulunan kimsenin bir pazarda kâr diğeri bir pazarda zarar etmesi halinde bu muhtelif yerlerdeki faaliyet arasında böyle ekonomik bir irtibat mevcuttur; binaenaleyh, kârlı işlerle zararlı olanlar arasında mahsup yapılmalıdır. Aynı şey, spekülâsyon yapması mukavele ile menedilmiş bir müstahdem, istihdam eden namına kendi hesabına spekülâsyona girişmesi ve riskleri tevzi için çeşitli hisse senetleri alması hali için de söylenebilir. Buna mukabil, iş gören müdahalesinin neticesi belli olduktan sonra bu müdahaleyi tekrarlırsa iki fiil arasında irtibat olduğu iddiası reddedilmelidir. Meselâ, başkasının ihtirai istismar eden imalâtçı, piyasaya arzettiği mamullerin kâr getirdiğini görerek yeniden imalâta girer ve bu sefer zarar ederse ilk imalâtle ikincisinin neticeleri arasında mahsup yapmak doğru olmaz; yahut iş gören, iş sahibi hesabına yaptığı bir işde zarara girerek, onu telâfi için ikinci bir işe girişip kâr ederse, iş sahibi ikinci işin birinciden tefrikini isteyebilir.

İş sahibine devri lâzım gelen kârın iş görmeden husule gelmesi, yani iş görme ile kâr arasında bir illiyet rabitası bulunması şarttır. Aşağıda etraflı bir surette inceleyeceğimiz bu illiyet rabitası, hem kârın iş görmeden husule gelip gelmediğini hem de onun şumulünü tesbite hizmet eder.

II — Kâr ile iş görme arasındaki illiyet rabitası.

Kârın iş görmeden hasıl olup olmadığını ve şumulünü tayin hususunda hatıra ilk gelecek yol, haksız fiillerde zararlar fiil arasındaki illiyet rabitasının tesbitinde umumiyetle kabul edilen “uygun illiyet” (causalité adéquate, adequate Verursachung) nazariyesine başvurmak olur. Mezkûr nazariye nücibince¹⁷, zararın doğması için zarurî şartlar (condiciones sine qua non)¹⁸ arasında bir seçim yapılır ve bunlardan, umumî hayat tecrübesine ve hadiselerin mutad cereyanına göre böyle bir zararı doğurabilecek vasıfta olanlar o zararın illeti sayılırlar. Bu suretle mes’uliyeti makul hudutlar dahiline hasretmek mümkün olur.

Moser’in fikrinde¹⁹, uygun illiyet nazariyesi, iş görme ile kâr arasındaki illiyet rabitasının tesbiti bakımından elverişli değildir; çünkü, vekâletsiz iş görme dolayısıyla elde edilen kârın devrinde, ferdi fiilin önceden

(17) Bk. Schwarz, sh. 127-128; Karl Oftinger: Schweizerisches Haftpflichtrecht I, sh. 44 ve müt.; von Tuhr, sh. 82-83.

(18) Yani bulunmasalardı zararın hiç veya o nisbette husule gelmeyeceği şartlar.

(19) Sh. 191-192.

derpiş edilmesi mümkün olmayan neticelerine müteallik aşırı tazminat taleplerinden korumak mülâhazası²⁰ bahis mevzuu olmaz; işden elde ettiği kâr hiç bir tahdide tabi olmadan iş sahibine vermekle, iş görenin malekinin başkasının hukuki sahasına müdahale etmezden önceki vaziyetinde bir eksilme husule gelmez; iş gören yaptığı işden mutad olarak elde edilmesi mümkün olan kâr değil, fiilen temin ettiği kâr iş sahibine devirle mükelleftir. Bu itibarla, iş görme, kârın husule gelmesinin zarurî şartlarından birini teşkil ediyorsa, yani aynı kârın iş görme olmadan hiç veya aynı nisbette elde edilmesine imkân yoksa ikisi arasında bir illiyet rabitası olduğu kabul edilmelidir.

Moser'e nazaran²¹, zarurî şart nazariyesinin uygun illiyet nazariyesine diğer bir üstünlüğü de, onun, yalnız başkasının hakkını istismar fiilini değil kârın husule gelmesinde âmil olan diğer şartları da hesaba katmak imkânını vermesidir. Filhakika iş gören muhtelif şahısların haklarını istismar edebilir yahut bir şahsın hakkını istismar etse dahi husule gelen kârda kendisine ait bazı âmillerin de rolü bulunabilir. Bu gibi hallerde hakkı istismar edilen şahıs, ancak kendi hakkından istifade sayesinde elde edilebilen kâr kısmını isteyebilir²².

Moser'in yaptığı gibi mantıkî (tabii) illiyet mefhumunun²³ uygun illiyet mefhumuna tercih edilmesinin ne derece doğru olduğu cayı sualdir. İş gören fiilen elde ettiği kâr da, ancak makul hudutlar dairesinde²⁴, iş sahibine terk ile mükellef tutulmalıdır; meselâ, onun gayrın hakkını istismar suretiyle hasıl olan kazancını başka işlerde kullanarak elde ettiği servetin hepsini iş sahibine devre mecbur kılınması hakkaniyete uygun

(20) Moser'in ve onun atıfta bulunduğu Oser-Schönenberger'in (Art. 41, Nr. 85) bu fikri bugün tenkid edilmektedir; illiyet rabitasının tesbitinde hâkim, failin, fiilinin neticelerini önceden derpiş edip edemeyeceği noktasından hareket etmeyip, neticenin husulünden sonra malûm olan bütün şartları gözönünde tutmak suretile ex post ve objektif olarak hüküm verir. Bu itibarla, uygun illiyet nazariyesinin gayesi, mes'uliyeti makul hudutları dahiline hasretmektir demek daha doğru olur.

21) Sh. 201.

(22) Bu kısmın hesabı için ileri sürülen muhtelif fikirler hakkında bk. Moser, sh. 194-199, 211-215; Reimer, sh. 863-864; Schulz, sh. 117 ve müt., 178 ve müt.

(23) Mantıkî veya tabii illiyet tabirleri hakkında bk. Schwarz, sh. 126-127; Federal Mahkeme RO 64 II 204, "Schwarzenbach c. Dr. N."

(24) Yukarıda not 20 ye bk.

olmaz²⁵. Diğer taraftan, uygun illiyet nazariyesinin, kârın husule gelmesindeki muhtelif âmilleri nazara almağa müsait olmadığı iddiası yârinde değildir. Mezkûr nazariye taraftarları da, birden fazla uygun illetin bulunabileceğini ve her birinin neticenin husule gelmesindeki rolünün kabili tayin olduğunu kabul etmektedirler²⁶.

Bundan başka bizzat Moser²⁷ zarurî şart nazariyesine bazı istisnalar tanımak lüzumunu hissetmiştir. Bu istisnalar şu mesele dolayısıyla ortaya çıkar: eğer iş gören başkasının hakkını istismar etmeyip de, kendisine açık olan meşru yollardan giderek istihsalde bulunsaydı aynı kâr elde edebilecek idiyse kârı devre mecbur olmadığını, yahut meşru yollardan elde edebileceği kâr miktarı daha az olduğu takdirde sadece bu miktarla elde ettiği kâr arasındaki farkı vermekle mükellef olduğunu ileri sürebilir mi? Sırf mantıkî bakımdan hareket edince, zarurî şart nazariyesine göre bu suale müsbet cevap vermek lâzımdır. Nitekim Federal Mahkeme, başkasının ihtira beratına sahip olduğu bir usulden istifade ederek radyatör imal eden bir şahsın böylece kazandığı miktarın hiç olmazsa yarısını başka tip radyatör imali suretile de temin edebileceğini müşahede ve 600 bin frank tutarındaki kârın yalnız 300 bin frangının ihtirarı istismar edilene verilmesi gerektiğine hükmetmiştir²⁸. Moser bu görüş tarzını tasvip eylememekte ve böyle hallerde zarurî şart nazariyesinden ayrılmak lâzım geldiği fikrini izhar etmektedir. Müellife nazaran²⁹ iş gören kendisine ait veya başkasından satın alabileceği diğer bir usul sayesinde aynı kâr elde edebilecek olsaydı dahi, gene haksız olarak kullandığı ihtiram sahibine bu ihtira sayesinde temin ettiği kârın tamamını vermelidir. Ancak bu suretle kârın devri borcunun bir nevi hususî hukuk cezası görevini ifa etmesi mümkün olur; aksi takdirde bu müeyyide pratik kıymetini tamamen kaybeder³⁰.

(25) Reichsgericht, haklı olarak, bir kararında (RGE, 130, sh. 114), başkasının ihtirarından istifade suretile elde edilen kârın yeniden sarfedilmesi halinde sadece faiz borcunun doğacağını yoksa kârın kârının istenemeyeceğini beyan etmiştir. Aksi fikirde Moser, sh. 203 not 63. Aşağıda not 38 e bk.

(26) Bk. Oftinger, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, sh. 65-66.

(27) Sh. 204-209.

(28) RO 35 II 660/662, "J. Mégevet Cie. c. Société des Moteurs Daimler".

(29) Sh. 205-206, 209.

(30) Yalnız başkasının işini kusurlu olarak kendi menfaatine görme halleri için, Fischer de (sh. 56-57) aynı fikre iştirâk etmektedir. RO 29 II 179,

Kârın husule gelmesinde rol oynayan zarurî şartlar, iktisadi konjonktürdeki gelişmeler veya şans gibi ne hakkı istismar edilene ne de istismar edene izafe edilebilecek hususlar olabilir. Bu takdirde, Moser'in fikrinde³¹, bunlardan hangi tarafın istifade etmesi lâzım geldiği hususunda umumî bir kıstas koymak imkânsızdır; hâkim, bu gibi şartları, hak ve nasafete uygun olarak taraflardan birine izafe etmelidir. Bu hususta klâsik misal, bir hırsızın çaldığı para ile bir piyango bileti alarak büyük ikramiyeyi kazanmasıdır. Becker³² ve Reichsgericht'e³³ göre, hırsız sadece çaldığı parayı faiziyle birlikte iade etmelidir; çünkü onun piyango bileti satın alması haksız müdahalesinden müstakil olan bir muameledir; diğer taraftan, para bir mübadele vasıtası ve kıymet ölçüsü olup onun üzerindeki tasarruflar başkasına ait diğer fikrî ve maddi varlıkların istismarından farklıdır³⁴. Buna mukabil, Moser³⁵ ve Suter³⁶ şu kanaati müdafaa etmektedirler: hırsız, malikın para üzerindeki mülkiyet hakkını istismar ettiği cihetle bu istismardan husule gelen bütün kâr, binaenaleyh ikramiyeyi ona devretmek mecburiyetindedir³⁷.

Bize Reichsgericht'in içtihadı daha münasip görünmektedir; zira, hırsızın çaldığı para yerine başkasını kullanması ve bunu da faiz vererek temin etmesi mümkündür; böyle, yerine başka bir şey ikamesi mümkün olan, gayra ait şeylerin istismarında onların kullanılması için mutad ivazdan fazla bir kârın devri borcunu, umumiyetle tanımmamak isabetli olur³⁸. Buna mukabil, yerine başka şey ikamesi mümkün olmayan fikrî veya maddi varlıkların istismar edilmesi halinde, konjonktürden ve taraflardan birine izafesi mümkün olmayan sair hususlardan meydana gelen kâr

“Schneider Cie. c. Schneider” dâvasında Federal Mahkemenin mülâhazalarına da bk.

(31) Sh. 202.

(32) Art. 423, Nr. 2.

(33) RGE, 35, 73 - 74.

(34) RGE, 35, 73 - 74; Chrestin, sh. 58; Swoboda; sh. 79.

(35) Sh. 202 - 203.

(36) Sh. 136 not 1.

(37) Bittabi hırsız, parayı kendisinininki ile karıştırmış veya bozdurmuşsa, onun para sahibinin mülkiyet hakkı üzerindeki tasarrufu bu suretle tezahür eder ve artık kendisi malik vaziyetine gireceğinden, piyango biletini almakla başkasının hakkını istismar etmiş olmaz; meğer ki bu para eline geçmeyecek olsaydı piyango biletini almayacak olsun; bu sonuncu halde piyango biletini alma tasarrufu ile para üzerindeki ilk tasarruf arasında illiyet rabitası vardır: Moser, sh. 203, not 63.

(38) Moser, sh. 212 - 213 le karşılaştırınız. Bu hal tarzı BK. md. 392 f. II ve md. 103 deki hükümlere de tevafuk eder.

rn da iş sahibine devri BK. md. 414 ün maksadına ve bir kimsenin haklarından istihsal edilen bütün faydaların ona ait olması prensibine uygun düşer.

III — İş görenin ehil olmaması veya hüsünüyetle kendi menfaatine hareket etmesi hallerinde kârı devir borcunun tahdidı.

1. Gayrimümeyyiz bir kimsenin faaliyeti iş görme olarak tavsif edilemeyeceği cihetle³⁹, böyle bir şahıs için kâr devir borcu da bahis mevzuu olamaz. Zaten gayrimümeyyizin bir iş görüp kâr elde etmesini tasavvur etmek pratik bakımdan müşküldür. Mümeyyiz kasır ise, vekâletsiz iş görmeden doğan kârını kaideten iş sahibine devirle mükelleftir. Becker⁴⁰, İBK. md. 421 f. I (BK. md. 412 f. I) e müsteniden, mümeyyiz kasırın daha fazla kâr olsa bile ancak haksız iktisap kaidelerine tevfikân mes'ul tutulacağını söylemektedir^{40a}. Fikrimizce, mümeyyiz kasırın kâr devir borcunu, haksız iktisap esaslarına binaen, iş sahibinin mamelekindeki fakirleşme ile tahdit etmek isabetli bir hal tarzı değildir. Eğer kasır, bu fakirleşmeden fazla olan kârını henüz elden çıkarmamışsa onu da iş sahibine devretmemesi için hiç bir sebep yoktur; zira kâr devretmekle, kasırın mamelekinde, başkasının hukukî sahasına müdahaleden evvelki vaziyete nisbetle bir değişiklik olmaz; kasırın himaye için, onu kârın hüsünüyetle ve karşılıksız olarak elinden çıkarttığı kısımdan mes'ul tutmamak kâfidir. Binaenaleyh, BK. md. 412, kârın iadesi borcunu kasırın hüsünüyetle elinde çıkardığı kısımdan arta kalan miktara hasredecek şekilde tefsir olunmalıdır.

2. Hüsünüyetle başkasının işini kendi menfaatine yapan kimsenin elde ettiği kâr iş sahibine devirle mükellef tutulup tutulamayacağı ve eğer bu mükellefiyet kabul olunursa tahdidi gerekip gerekmediği hususunda muhtelif fikirler ileri sürülmüştür:

a) Bazı müellifler⁴¹, hüsünüyetle başkasının işlerini kendi menfaatine görenin de işden hasıl olan faydaları iş sahibine devre mecbur olduğunu beyan edip bu mükellefiyeti hiç bir tahdide tabi kılmamaktadırlar.

(39) Bk. yukarıda § 24, II ve not 24 - 28 e ait metin.

(40) Art. 421, Nr. 1.

(40a) Aynı fikirde Staudinger - Nipperdey, § 682, Nr. 9; zira bu müellife nazaran, mümeyyiz kasırın fiili, kanuni mümessilin muvafakat veya icazeti olmadıkça vekâletsiz iş görme münasebetine vücut veremez. Bk. yukarıda § 24, not. 29.

(41) Becker, Art. 423, Nr. 3; Suter, sh. 137 - 138.

b) MK. md. 906 mucibince, "hüsnüniyetle zilyed olduğu şeyden mevcudiyetine kani olduğu hakkına muvafık surette istifade eden kimse, o şeyi iade ile mükellef tutulduğu kimseye karşı bu yüzden hiçbir tazminat itasına mecbur olmaz." Bu hükmün, cârî olduğu sahada, BK. md. 414 ün tatbikini bertaraf ettiği umumiyetle kabul edilmektedir; yalnız mezkûr sahanın hudutlarının tayini ihtilâfıdır⁴². Şu kadar ki, aynı zamanda hüsnüniyetli zilyed olan iş görenin, hiç olmazsa, mevcudiyetine kani olduğu hakkına binaen şeyi kullanması ve ondan istifadesi hallerinde elde ettiği kârın iş sahibine devirle mükellef olmadığı hususunda müellifler müttefiktirler. Bazı Alman hukukçuları⁴³ aynı esası başkasına ait fikri hakların hüsnüniyetle kullanılması haline de teşmil etmek istemektedirler.

Gerçi Alman hukukunda, başkasının işini kendisinin zannıyla yapan kimseye karşı vekâletsiz iş görme hükümleri ileri sürülemez sadece haksız iktisap dâvası açılabilir. Fakat zikri geçen Alman müellifleri, fikri haklar ve haksız rekabet sahasında, hüsnüniyetle başkasının hakkından faydalananın haksız iktisap dâvasına muhatap olmasının dahi aleyhindedirler. Onların bu hususta dermeyan ettikleri deliller, Türk - İsviçre hukukunda, aynı meselelerde kârın iş sahibine devri borcunun tanınmasına karşı da ortaya atılabilirler. Bu sebepten bahis mevzuu delilleri incelemek faydadan hâli değildir:

Evvelâ, fikri hakların mevzuunu teşkil eden varlıkların hudutlarının kat'î ve vazîh olmaması yüzünden farkında olmadan bunları ihlâl etmekten kaçınmanın çok müşkül olduğuna işaret edilmekte ve binaenaleyh hüsnüniyetle bu gibi ihlâllerde bulunanlar bir müeyyideye maruz kalmamalıdır denilmektedir. Moser⁴⁴, bu iddiaya karşı şu haklı mülâhazayı dermeyan etmiştir: Fikri hakların hudutlarının kâfi derecede belirli olmaması, onların hukuka aykırı surette istismarının bir müeyyideye tabi kılınmamasını icap ettirmez; bu husus, ancak hüsnüniyetle suiniyetin, caiz olan müdahalelerle caiz olmayanların tayininde bir rol oynayabilir; fakat bir kere bu haklara tecavüzün mevcudiyeti tanındı mı, fail hüsnüniyetli olsa dahi bu tecavüzün müeyyidesi de kendisini göstermelidir.

Başkasına ait fikri hakların hüsnüniyetle kullanılması halinde, hak-

(42) Bk. aşağıda § 41, IV.

(43) Moser, sh. 223 not 20 de adı geçen müellifler; Reimer, sh. 861 - 862 ve onun zikrettikleri.

(44) Sh. 224 - 225.

sız iktisap dolayısıyla iade veya kârın devri müeyyidelerinin tatbikinin diğer bir mahzuru olarak da, hak sahibinin hakkına vaki müdahaleyi bildiği halde, müdahalede bulunanın faaliyetinin semerelerinden âzami istifade etmek maksadıyla, dâva açmak için uzun zaman bekleyebilmesi imkânı zikredilmektedir. Filhakika BGB § 195 e tevfikân haksız iktisap müruruzamanı otuz sene olduğu gibi, Türk - İsviçre hukukunda halen hâkim olan telâkki mucibince⁴⁵ her çeşit vekâletsiz iş görmeden doğan talep haklarının müruruzamanı da on senedir. Fakat bizim müdafaa ettiğimiz veçhile⁴⁶, hüsnüniyetle olsun suiniyetle olsun tecviz edilmeyen iş görmeden mütevellid mutalebeler bir senelik müruruzamana tabi tutulursa bu mahzur da ortadan kalkar.

İleri sürülen üçüncü bir mahzur, müdahale edenin hesap vermemesi mecbur olması yüzünden meslekî sırlarının öğrenilmesi tehlikesidir ki bunun varit olmadığını daha yukarıda⁴⁷ belirtmiştik.

5 Aralık 1951 tarih ve 5846 sayılı Fikir ve San'at Eserleri Kanunu (FSEK) md. 70 f. III, başkasının fikrî haklarından⁴⁸ faydalanan kimse- nin kusurlu olması halinde, hak sahibine onun temin ettiği kâr talep sa lâhiyetini bahşetmektedir. Filhakika mezkûr fıkraya tevfikân, "birinci ve ikinci fıkralardaki hallerde, tecavüze uğrayan *kimse tazminatından başka* temin edilen kârın kendisine verilmesini de isteyebilir." Birinci ve ikinci fıkralar ise, "manevî (mali) hakları haleldar edilen kimse *tecavüz edenin kusuru varsa*... tazminat talep edebilir" şeklinde kaleme alınmıştır. Md. 70 i iki surette tefsir eylemek mümkündür.

İlk hatıra gelen tefsir tarzı, mefhumu muhalif tarikiyle mezkûr hükümden, hüsnüniyetle, yani kusuru olmaksızın, başkasının fikrî haklarını kullanan şahsın elde ettiği kâr devre mecbur olmadığı neticesini çıkarmaktır^{48a}. Fakat böyle bir netice tatminkâr değildir; zira bir hakkı kıymetlendirme imkânları yalnız onun sahibine ait olmalıdır; hiç kimse, hüsnüniyetli olsa bile, başkasının hakkından faydalanamamalıdır. Hüsnüniyetli olsa bile, başkasının hakkından faydalanamamalıdır. Hüsnüniyetli olsa bile, başkasının hakkından faydalanamamalıdır.

(45) Bk. aşağıda not 70 - 71.

(46) Bk. aşağıda not 72 ye ait metin.

(47) Bk. yukarıda § 27, not 24 e ait metin.

(48) 5846 sayılı Kanun'un mevzuunu dar mânada fikrî haklar, yani ilim ve edebiyat, musiki, güzel san'atlar veya sinema eserlerine müteallik haklar teşkil eder. Sınai haklar bu kanunun çerçevesi dışında kalır. Fikrî ve sınai hak tabirleri için bk. E. Hırş: Fikrî ve sınai haklar, İstanbul 1948, no. 8 - 10.

(48a) Nitekim Arslanlı (sh. 221) bu fikirdedir.

nüniyetli şahsı kârı devir mükellefiyetine tabi tutmanın mahzurları hususunda söylenenlerin de varit olmadığına yukarıda işaret etmiş bulunuyoruz.

Binaenaleyh, FSEK. md. 70 in hüsnüniyetle başkasının fikri haklarından faydalanma ihtimalini derpiş etmediği ve bu hususun hallini umumî hükümlere bıraktığı yolunda bir tefsire başvurmak doğru olur. Bu takdirde, BK. md. 414 tamamlayıcı surette tatbik olunarak, başkasının fikri haklarından faydalanan hüsnüniyetli olsa dahi, elde ettiği kârı devre mecbur kılınabilir⁴⁹. Bu hal tarzı âdilâne ve mahzurdan âri olduğu gibi, kabulü için başka sebepler de mevcuttur. Filhakika, FSEK hazırlanırken, kârın devri talebinin hukukî mahiyeti lâıkiyle gözönünde tutulmamıştır; mezkûr talebin, “tazminat dâvası” matlabını taşıyan md. 70 de yer alması bunun en bariz delilidir; kârın devri ve tazminat müesseselerinin mahiyet itibariyle birbirinden ne kadar farklı olduğunu burada tekrar belirtmeği zait buluyoruz. Zaten kârın devri talebinin tazminat mutalebesiyle bir arada tanzim edilmesidir ki, kanun vazını yalnız mütecevizin kusurlu olması halini nazara almağa sevketmiştir. Diğer taraftan, gene FSEK. nun malî haklara tecavüzden bahseden 68 inci maddesinin dördüncü ve beşinci fıkraları şu hükümleri muhtevidir: “(Müşadesiz) çoğaltılmış nüshalar tecavüz edenin elinde çıkmış ise (eser sahibi) bir sözleşmenin mevcudiyeti halinde talep edebileceği mutad bedelin en çok % 50 fazlasını isteyebilir. Eser sahibinin talebi, sözleşmeden doğmuş sayılır ve *kusur bulunmadığı takdirde* haksız harekette bulunan kimsenin bundan sağlayabileceği istifade hududunu aşamaz.” Müşahede olunduğu üzere, bu hükümde, hak sahibinin, hüsnüniyetle hakkından faydalanan kimseden de bedel talebinde bulunabileceği kabul edilmiştir. Eğer kanun vazını hüsnüniyetli mütecevizi kârın devri talebine maruz bırakmamak suretiyle himaye etmek istemiş olsaydı, ona karşı bedel talebine de cevaz vermemesi gerekirdi; halbuki, sadece, hüsnüniyetli mütecevizin sağladığı istifade nisbetinde mes’ul tutulması şeklinde bir tahdit koymakla iktifa eylemiştir. Aşağıda beyan edeceğimiz veçhile^{49a}, böyle bir tahdidin umumiyetle hüsnüniyetli iş görenin iade borcu hakkında kabulüne zaten biz de taraftanz. Hulâsa, hüsnüniyetle başkasının fikri haklarından faydalanan da, BK. md. 414 ün tamamlayıcı olarak tatbiki suretiyle, işden temin ettiği kârı, mamelekinde bir zenginleşme olduğu nisbette hak sahibine devretmelidir.

(49) Bk. aşağıda § 41 not 59.

49a) Bk. aşağıda d).

c) Bir takım müellifler de⁵⁰, hüsnüniyetle başkasının işini kendi menfaatine görmede hasıl olan kârın, iş görenle iş sahibi arasında hakkaniyete uygun bir şekilde paylaşılması gerektiği kanaatindedirler. Bu hususta kanuni bir mesned bulmak mümkün olmadığı gibi böyle bir paylaşım ister istemez keyfi bir mahiyet arzeder; çünkü, hâkimin her müşahhas vakıada paylaşım yaparken riayet edeceği bir ölçü yoktur⁵¹. Binaenaleyh bu hal tarzı da kabule şayan değildir.

Buna benzeyen diğer bir teklif de⁵², hüsnüniyetle iş görenin kârı değil, kullandığı hakkın münasip ivazını, yani normal bedelini vermesidir. Fakat bir kimsenin hüsnüniyetle dahi olsa başkasının haklarını kullanarak kâr elde etmesi tecviz edilemeyeceği cihetle bu teklif de reddolunmalıdır⁵³.

d) Bazı hukukçular⁵⁴ hüsnüniyetle başkasının işini kendi menfaatine görenin, işden temin ettiği kârdan yalnız elinde kalan kısmını vermekle mükellef tutulmasını hakkaniyete uygun bulmaktadırlar. Yani onlara nazaran, iş gören kârın bir kısmını veya tamamını karşılıksız olarak hüsnüniyetle elden çıkarmışsa bundan mes'ul tutulmamalıdır.

Bu hal tarzına biz de iltihak etmekteyiz. BK. md. 63 ün sevkine âmil olan mülâhazalar, menfaatler vaziyetinin aynı olması dolayısıyla hüsnüniyetle iş gören hakkında da varittir; yalnız, haksız iktisapta bulunan hüsnüniyetli şahıs, iktisabından, iş gören ise, kârından elinde kalanı iş sahibine vermeğe mecburdur. Eğer iş gören hüsnüniyetini ileri sürerek kâr devir borcunun tahdidini isterse, kârın tamamını veya bir kısmını karşılık olmaksızın elden çıkardığını isbat etmelidir; buna mukabil hüsnüniyetini isbata mecbur olmayıp bu hususta MK. md. 3 deki karineden istifade eder⁵⁵; yani kârın tenkisine razı olmayan iş sahibi iş görenin suinyeti hakkında hâkime kanaat vermelidir. Aksi fikirde olan E. Wolf⁵⁶ isbat külfetini iş görene yüklemektedir⁵⁷. Wolf'un fikrini müdafaa zımında dermeyan ettiği mülâhazalar şunlardır: İş görenin kusuru olmadı-

(50) Elias Wolf, ZSR, N. F., 46 (1927), sh. 325; 51 (1932), sh. 74 - 75; Kreis, sh. 44 - 45, (d) deki hal tarzının yanında alternatif olarak.

(51) Aynı fikirde Moser, sh. 220.

(52) Elias Wolf, ZSR, N. F. 51 (1932), sh. 69 ve müt.

(53) Moser, sh. 221.

(54) Schulz, sh. 469; Kreis, sh. 44 - 45; Moser, sh. 218 - 219; Friedrich, sh. 51; Simonius, sh. 59.

(55) Bk. yukarıda § 24, not. 30.

(56) ZSR, N. F. 51 (1932), sh. 80 - 81.

(57) Moser de (sh. 239) Wolf'un fikrine iştirak etmektedir.

ğını belirtmesi iş sahibinin onun kusurlu olduğunu göstermesinden daha kolaydır; diğer taraftan, vekâletsiz iş görme akit tipleri arasında yer aldığından akdi mes'uliyetteki isbat kaideleri burada da tatbik edilebilir. Halbuki, kanaatimizce, hâisnüiyetin isbatının kolay olmaması kanun vazını MK. md. 3 deki karineyi koymağa sevk etmiştir; bundan başka Wolf, başkasının işini kendi menfaatine görmenin hukukî muamele benzeri olmayıp hukuka aykırı bir fiil olduğunu gözden kaçırmaktadır. Nihayet, buradaki vaziyete müşabih olan BK. md. 63 ün derpiş ettiği halde, aleyhine iktisapta bulunulan şahsın haksız müktesibin suiniyetini isbet etmesi lâzım geldiği umumiyetle kabul olunan bir husustur⁵⁸.

IV — İş görme dolayısıyla ele geçen şeyleri ve hasıl olan faydaları devir borcunun hukukî mahiyeti, haksız iktisap ve tazminat borçlarıyla münasebeti.

İşgörenin yaptığı iş dolayısıyla eline geçen şeyleri ve temin ettiği faydaları devir borcuna, iş sahibinin bunları temellük mutalebesinin karşılık teşkil ettiğini daha yukarıda kaydetmiştik. İş sahibinin bu hakkı bir alacak hakkı mahiyetindedir⁵⁹. İş görenin elinde menkul şeyler mevcutsa, iş sahibi sadece, bunların zilyedliğinin ve mülkiyetinin kendisine nakledilmesini talebe salâhiyetlidir. Bittabi iş sahibi, zaten kendisine ait olan veya iş görenin onun namına iktisap ettiği şeyler hakkında⁶⁰ aynı bir istihkak dâvası da açabilir. Buna mukabil, iş görenin kendi namına iş sahibi hesabına iktisap ettiği aynı hakları ve alacak haklarını işin hitamında iş sahibine devretmesi lâzımdır.

Burada BK. md. 393 hükmünün kıyasen vekâletsiz iş görmede de tatbik edilip edilemeyeceği suali hatıra gelir. Bu suale, mevzuu iş görenin kendi namına iş sahibi hesabına bir hukukî muamele yapmasından ibaret olan vekâletsiz iş görme bakımından umumiyetle müsbet cevap verilmektedir⁶¹. Binaenaleyh, iş sahibi iş görene karşı olan borçlarını ifa edince, bu sonuncunun üçüncü şahıstan kendi namına iş sahibi hesabına olan alacağı hükmü kanun icabı iş sahibine intikal eder; yani burada ka-

(58) André Bussy: Etude sur les conditions générales de l'enrichissement illégitime en droit suisse, thèse, Lausanne 1922, no. 198; Federal Mahkeme, RO 33 II 542. Oser - Schönenberger, Art. 64, Nr. 10. (Moser (sh. 239, not 10) yanlış olarak kendi fikrini teyid zımında Oser'e atıf yapmaktadır).

(59) Suter, sh. 45.

(60) Bu sonuncular için iş görenin üçüncü şahısla yaptığı muameleye icazet vermek şartıyla.

(61) Oser - Schönenberger, Art. 419, Nr. 26; Suter, sh. 45 - 46.

nunî bir halefiyet bahis mevzuudur. İş gören iflâs ederse, iş sahibi bu suretle kanunî halef olma hakkını onun masasına karşı da iddia edebilir. Gene iş görenin iflâsı halinde, onun kendi namına iş sahibi hesabına iktisab eylemiş olduğu menkul eşya hakkında iş sahibi istihkak iddiasında bulunmak salâhiyetini de haizdir; başka bir deyimle, iş sahibi iş görene karşı olan borçlarını yerine getirmiş olmak şartıyla, bu eşyanın masa mevcudu arasından ayrılarak aynen kendisine verilmesini isteyebilir⁶².

Kendi menfaatine başkasının işini görme hallerinde BK. md. 393 ün kıyasen tatbiki bahis mevzuu olamaz⁶³; çünkü bu hallerde, iş gören, mezkûr maddede derpiş edildiği gibi kendi namına iş sahibi hesabına hareket etmemektedir. İş görenin iş sahibi namına kendi hesabına muamelelere girişmesi takdirinde ise⁶⁴, zaten iş sahibi icazet vermekle, iş görenin üçüncü şahısla yaptığı muameleden doğan haklara vasitasız olarak sahip olur.

İşden hasıl olan faydaları temellük talebi, iş sahibinin mamelekindeki fakirleşme ile mahdud olmadığından daima haksız iktisap talebinden daha şümüllü veya hiç olmazsa ona müsavi şümuldedir. Diğer taraftan, bu taleplerden ilkinin müruruzamanı, iş görmenin tecviz edilirden neviden olup olmamasına göre, ikincinininkinden uzun veya onunla aynıdır. Bu itibarla, her iki talebin de şartları mevcut olduğu takdirde, kardeş bunlar içtima etmezler ve iş sahibi yalnız faydaları temellük talebini dermeyan eder⁶⁵. Tabiatıyla, vekâletsiz iş görme şartlarının mevcut olmaması ihtimaline muzaf olarak haksız iktisap talebinde bulunulması imkânı mahfuzdur.

İşden hasıl olan faydaları temellük talebinin iş görmeden mütevellid zararın tazmini talebiyle münasebetine gelince bu hususta bir takım tefrikler yapmak lâzımdır :

a) Evvelâ, işe iş sahibinin menfaatine veya maksadına aykırı olarak girişmekden, yani tecviz edilmeyen bir müdahaleden doğan zararın tazmini talebini ele alalım.

(62) Nedense Suter (sh. 45), BK. md. 393 f. I ve II nin kıyasen vekâletsiz iş görmede de tatbikini kabul ettiği halde, iflâsta menkul şeyleri masadan ayırma hakkına ait f. III ü nazara almamaktadır.

(63) Aynı fikirde Moser, sh. 238.

(64) Bk. yukarıda § 19, not 6 - 8 e ait metin.

(65) Moser, sh. 241; von Tuhr, sh. 401; Arsebük, sh. 667.

(66) Moser, sh. 242 - 243; Suter, sh. 56.

Böyle bir tazminat talebinin kânn devri talebine inzimamen (cumul) ileri sürülebilmesi doğru olmaz⁶⁶. Çünkü bu tazminat talebi, haksız müdahale vaki olmasaydı husule gelmeyecek olan zarara, yani bir nevi menfi zarara taallük eder; halbuki kâr, müdahale vaki olduğu için husule gelmiştir. Binaenaleyh, bir taraftan müdahalenin vaki olmasının neticelerinden faydalanırken diğer taraftan ondan içtinap edilmediği için tazminat istenilmesi hakkaniyete uygun olmaz.

Bununla beraber, her iki talep birbirlerini tamamen de bertaraf etmezler (exclusion); diğer bir ifade ile, bu taleplerden ya biri ya da öbürü ileri sürülmelidir demek de isabetli değildir. Zira kânn devri talebinde bulunmak tazminat talebinden feragati tazammun etmez⁶⁷.

Şu halde, en doğru yol, bu iki talebin içtimainı (concoures) kabul etmektir⁶⁸. Yani bu talepler birlikte ileri sürülebilirler; fakat birinin yerine getirilmesi halinde onun şümulü nisbetinde diğeri de ortadan kalır. Binaenaleyh, eğer kârla zarar aynı miktarda ise, bu taleplerden biri karşılandı mı diğerinin ifasına artık mahal yoktur. Fakat meselâ zarar kârdan fazla ise, kârı temellük eden iş sahibinin bu fazlalık nisbetinde tazminat talebi baki kalır; bittabi aksi kaziye de varit olabilir.

b) İş görenin, işe girişmesi dolayısıyla değil de, işin icrası esnasında iş sahibinin menfaatine veya maksadına aykırı hareket etmesi yüzünden ona verdiği zararın tazmini ise kân temellük talebine inzimamen istenebilir⁶⁹; çünkü burada vekâletsiz iş görme münasebetiyle doğan borcun ifa edilmemesinden husule gelen bir nevi müsbet zarar bahis mevzuudur.

V — Müruruzaman.

Tecviz edilen bir vekâletsiz iş görme dolayısıyla ele geçen şeyleri ve hasıl olan faydaları devir borcu on senelik müruruzamana tabidir⁷⁰; iş sahibi bu faydaları hasıl oldukları andan itibaren isteyebileceği cihetle müruruzamanın mebdei olarak bu an kabul edilmelidir. Bu hal tarzı

(67) Oser - Schönerberger, Art. 423, Nr. 4; Suter, sh. 137; Moser, sh. 244. Staudinger - Nipperdey'in fikrinde (§ 678, Nr. 7), kârı temellük talebine, halin icaplarına nazaran, iş görmeye icazet verme mahiyeti izafe edilebilir.

(68) Moser, sh. 244. Staudinger - Nipperdey, § 678, Nr. 7 ve 17 ile de karşılaştırmız.

(69) Moser, sh. 245.

(70) Suter, sh. 54; Oser - Schönerberger, Art. 423, Nr. 3; Federal Mahkeme, RO 30 II 87, "Béchaux c. Chapuis".

tecviz edilen vekâletsiz iş görmenin hukukî muamele benzeri bir fiil olmasıyla izah olunabilir.

Buna mukabil müelliflerin büyük bir ekseriyetinin yaptığı gibi⁷¹, tecviz edilmeyen iş görmeden husule gelen kârın devri borcunu da on senelik müruruzamana tabi kılmak fikrimizce doğru değildir⁷². Zira bu nevi iş görme, hukuka aykırı bir fiil mahiyetini haizdir; hukuka aykırı bir fiilden doğan borcun müruruzamanını ise hukukî muameleden mütevellid borçlannkine kıyasen tesbit yerinde olmaz. Kaldı ki, böyle bir kıyas mahzurlu neticeler de doğurabilir: İş sahibi haklarını istismar eden şahsa karşı dâva açmayı on seneye yakın bir zaman bekleyip, onun yıllarca çalışmasının mahsulünü temellük etmek yoluna gidebilir; bilhassa iş görenin hüsnüniyetle kendi menfaatine çalıştığı hallerde bu, çok ağır bir netice olur. Binaenaleyh, BK. md. 60 f. I e kıyasen, iş sahibinin hakkının istismarı suretile kâr edildiğine ve iş görenin kim olduğuna ıttıla tarihinden itibaren bir ve herhalde haksız müdahaleden itibaren on sene geçtikten sonra kârın devri talebinde bulunamayacağını kabul etmek lâzımdır. Hattâ Moser⁷³ daha ileriye giderek, fiil cezayı müstelzim olsa bile BK. md. 60 f. II deki daha uzun müruruzaman müddetinin nazara alınmamasını teklif etmektedir.

FASIL II

İŞ GÖRENİN MES'ULİYETİ

§ 29 — İŞ GÖRENİN MES'ULİYETİ HAKKINDAKİ UMUMİ ESASLAR.

I — Her kusurdan mes'uliyet prensibi. İş görenin göstermesi gerekli ihtimamın ölçüsü.

İş gören, mükellefiyetlerini, bilhassa iş sahibinin menfaatine ve maksadına uygun hareket mükellefiyetini, kusurlu bir şekilde yerine getirmemesinden mütevellid zarar tazmine mecburdur. BK. md. 411 f. I mucibince, o, "her türlü ihmâl ve kayıtsızlıktan mes'uldür¹". Bu hüküm BK. md. 98 cümle 1 deki esasın bir tekrarından ibarettir. Böyle bir tek-

(71) Suter, sh. 134; Oser - Schönerberger, Art. 423, Nr. 3; E. Wolf, FJS; no. 1078, III, C, 2. Temyiz Mahkememizin aşağıda § 41 not 50 de zikredilen kararına da bk.

(72) Aynı fikirde Moser, sh. 227 - 230, 239; Friedrich, sh. 52.

(73) Sh. 229 - 230.

(1) İş görenin kasden sebebiyet verdiği zarardan evleviyetle mes'ul olacağı bedihidir. BK. md. 411 f. I in tatbikine ait bir misal için bk. RO 60 II 128, "Hättenschwiller c. Hautle".

rar yapılmakla BK. md. 98 cümle 3 ün vekâletsiz iş görme sahasında tabiki önlenmek istenilmiştir. Filhakika, BK. md. 98 cümle 3 e tevfikân “iş borçlu için bir faideyi mucip olmadığı surette, mes’uliyet daha az şiddetle takdir olunur”; umumiyetle kabul olunduğu üzere², mes’uliyetin tahfifi hususundaki bu kaide, vekâletsiz iş görmede cârî olmaz³. Aksi iddia varit olsaydı, BK. md. 411 f. I in hikmeti vücudu oradan kalkardı; bundan başka, vekâletsiz iş görenin mes’uliyetinin tahfifi şartları hakkında aynı maddenin ikinci fıkrasında hususi bir kaide konulmuş olması da, artık BK. md. 98 cümle 3e müracaat imkânını selbetmiştir.

Şu halde, iş gören ekseriya kendisi için bir faideyi mucip olmayan, iş sahibinin menfaatine iş görme hallerinde, kaideten, mes’uliyetinin hafifletilmesini talep edemez. Kanun vazı esas itibarıyla bu gibi müdahaleleri teşvik gayesini gütmesine rağmen, niçin vekâletsiz iş görenin mes’uliyetini akdi mes’uliyetten daha ağır hükümlere tabi kılmıştır? Bu suale cevaben, mes’uliyet bahsinde, iş sahibinin şahsî hürriyetini himaye mülâhazasının, içtimai tesanüdü takviye fikrine galebe çaldığı söylenebilir⁴. Kaldı ki, iyi niyetle olsa dahi başkasına yardım için onun hukukî sahasına ihtiyatsızca müdahalelerde bulunulması cemiyetin de nef’ine değildir. Bu itibarla ancak iş sahibinin maruz bulunduğu zararı bertaraf etmek için yapılan işlerde mes’uliyetin tahfifi yolunda bir istisna tanınmıştır (BK. md. 411 f. II). Mamafih, bu hal tarzına, uzun tereddütlerden sonra, varılmıştır. Ezcümle İBK. nun III. projesinde, iş görenin yalnız kasdı veya ağır ihmali dolayısıyla mes’ul tutulabileceği hakkında bir hüküm mevcuttu. Böyle bir hükmün, bilhassa kendi menfaatine başkasının işini yapma halleri için, elverişli olmadığı aşikârdır.

Vekâletsiz iş görenin göstermesi gerekli ihtimamın ölçüsü tayin edilirken de, iş görme akitlerindeki bu hususa müteallik esaslara baş vurulamaz^{4a}, yani bu mevzuda da akdi mes’uliyet bahsindekinden biraz farklı kıstaslar kabul etmek lâzım gelir. Umumiyetle iş görme akitlerinde gösterilmesi icap eden ihtimamın ölçüsü BK. md. 321 f. III de belirtilmiştir: “İşçiye terettüp eden ihtimamın derecesi, akde göre tayin olunur ve işçinin o iş için muktazi olup iş sahibinin malûmu olan veya

(2) Bk. Suter, sh. 48 - 49; Oser - Schönerberger, Art. 420, Nr. 1; Bern İstinaf Mahkemesi, ZbJV, 1953 (89), sh. 317; von Tuhr, sh. 513; Guhl; sh. 307; Arsebük, sh. 561 not 34 e ait metin; Göktürk, sh. 524.

(3) Aksi fikirde, Aeby, sh. 97; Martin, sh. 290. Demogue, t. III; sh. 65 e de bk.

(4) Suter, sh. 48 - 49.

(4a) Aksi fikirde Gücün, sh. 777.

olması icap eden malûmatı derecesi ve mesleki vukufu kezalik istidat ve evsafı gözetilir⁵”.

Bir kere, vekâletsiz iş görmede, kaideten, iş sahibi ile iş gören arasında önceden bir akdi münasebet bulunmadığı cihetle, iş görenin ihtimam derecesinin akde göre tayini bahis mevzuu olamaz; bu hususta, işin mahiyetini ve hüsnüniyet kaidelerini gözönünde tutmakla iktifa eylemek gerekir.

Saniyen, BK. md. 321 f. III, tamamen objektif bir ihtimam ölçüsü koymayıp, iş görenin iş sahibince malûm olan veya olması icap eden istidat ve evsafı gibi subjektif bir kıstasa da yer vermektedir⁶. Böyle bir kıstas, akdi mes'uliyet için elverişlidir; çünkü iş sahibi dilediği şahısla akit yapabilir ve gerekli istidat ve evsafı haiz olmayana işini tevdi etmekten içtinap edebilir; binaenaleyh, işini, gerekli vasıfları taşımadığını bildiği bir kimseye yaptırmasının neticelerine kendisi katlanmalıdır. Halbuki, aynı mülâhaza vekâletsiz iş görme için varit olmaz; zira, vekâletsiz iş gören iş sahibi tarafından seçilmemiş, bilâkis kendiliğinden müdahale etmiştir. İş görmek için gerekli malûmata, istidada vesair evsafı sahip olmayanların, ancak kendilerinden beklenebilecek ihtimamı göstermemelerinden dolayı mes'ul tutulmaları, hukukî sahasına vekâletsiz olarak müdahale edilen şahıs bakımından hakkaniyete aykırı bir hal tarzı olurdu; böylece iyi niyetli fakat beceriksiz veya cahil kimselerin başkasının işine karışmalarından doğan zararı tazmin ettirmek imkânı ortadan kalkardı. Bu itibarla, vekâletsiz iş görenin ihtimam derecesinin objektif olarak tayini iktiza eder⁷; yani iş gören o işin icap ettirdiği evsafı haiz, makul ve normal bir insanın mutaden göstereceği ihtimamı sarfa mecburdur⁸; gerekli malûmatı ve istidadı haiz olmayan kimse başkasının işiyle meşgul olmaktan içtinab veya sebebiyet verdiği zararı tazmin eylemelidir.

Diğer taraftan, vekâletsiz iş gören mutaden kendi işlerinde göster-

(5) BK. md. 390 f. I de vekilin mes'uliyeti hakkında BK. md. 321 f. III e atıfta bulunmaktadır.

(6) Bk. von Tuhr, sh. 513; Gautschi, sh. 158.

(7) Suter, sh. 49 - 50; Isay, sh. 110 - 111. Eğer iş hususî bir bilgiyi veya istidadı icap ettiriyorsa, iş gören bu vasıfları haiz olmaması yüzünden sebebiyet verdiği zararı da tazminle mükelleftir: Aeby, sh. 85; Brückmann, sh. 180; Becker, Art. 420, Nr. 1.

(8) Buradaki objektif ihtimam ölçüsü haksız fiillerdeki aynıdır. Bk. Oftinger, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 1940, Bd. I, sh. 105 - 107.

diği ihtimamla faaliyette bulunduğunu ileri sürerek de mes'uliyetten kurtulamaz⁹.

Vekâletsiz iş görenin ihtimam derecesinin objektif olarak tayini gerektiği bazı kanunlarda sarahaten ifade edilmiştir¹⁰. Bu kanunlara tevfikan, iş gören iyi bir aile babasının göstereceği ihtimamla (diligentia boni patris familias) hareket etmelidir.

Bazan iş görmenin neticelerinin ne olacağını önceden lâıykıyla kestirmek mümkün olamaz; bu takdirde iş gören, vazifesini müdrük bir insan olarak, bütün ihtimalleri düşünmeli ve ona göre tedbir almalıdır¹¹. Eğer işe girişikten sonra ahval kötüleşirse, muhtemel bir zararı önleyici çareleri araştırmalı, icabında işden vazgeçmelidir¹². İş görenin, işin ilerideki inkişafını doğru takdir etmemesi, ancak onun hüsnüniyet kaidelerine tevfikan hesaba katması gereken bir vaziyeti nazara almaması halinde bir kusur teşkil eder¹³.

İş görenin gerekli ihtimamı gösterip göstermediğini tayin ederken, iş görme fiilinin yapılması anındaki bütün şartlar gözönünde tutulmalıdır¹⁴.

II — İkame ve yardımcı şahıslar kullanma; birden fazla iş görenin mes'uliyeti.

İş gören, işi bizzat yapmağa ehil olup olmadığını araştırmalı ve icabında yerine daha muktedir olan başka birisini ikame etmeli veya yardımcı şahıslar kullanmalıdır¹⁵.

Tevviz edilen bir vekâletsiz iş görmede, iş görenin yerine başka birini ikame etmesi iş sahibinin menfaatine ve maksadına uygunsa, iş gören sadece yerine kaim olan şahsı seçmekte ve ona talimat vermekteki kusuru dolayısıyla mes'ul olur¹⁶. Bu hal tarzı iş görenin mes'uliyeti hak-

(9) Becker, Art. 420, Nr. 1.

(10) Ezcümlle Fransız MK. md. 1374 f. I; İspanyol MK. md. 1889 cümle 1.

(11) Suter, sh. 51.

(12) Schneider et Fick, art. 419, no. 48.

(13) Suter, sh. 51; Becker, Art. 420, Nr. 1.

(14) Federal Mahkeme, BIZR, 21, (1922), Nr. 99; sh. 242 - 243; "H. c. St. Cie"; Oser - Schönenberger, Art. 420, Nr. 1.

(15) Suter, sh. 50; Oser - Schönenberger, Art. 420, Nr. 1; Becker, Art. 420, Nr. 1; Federal Mahkeme, RO 28 II 407, "Schweizerische Seetalbahngesellschaft c. Kanton Aargau"; Demogue, t. III, sh. 70; Aeby, sh. 83 - 84.

(16) İspanyol MK. md. 1890 f. I mucibince, iş gören işi kendisine havale

kındaki umumi esaslardan çıkarılabileceği gibi, BK. md. 391 f. II nin kıyasen tatbiki de aynı neticeye ulaştırır¹⁷.

Tecviz edilmeyen vekâletsiz iş görmede, caiz olan bir ikameden de bahsolunamaz. İş gören, yerine kaim olan şahsı seçmekte ve ona talimat vermekte gerekli ihtimamı gösterdiğini isbat etse bile mes'uliyetten kurtulması mümkün değildir. İş görenin, yerine kaim olan şahsın fiillerinden de mes'ul olması, illiyet prensibinin tabii bir neticesidir; hukuka aykırı bir fiilin ikamı başkasına havale eden kimse, onun hareketlerinin de hesabını vermelidir.

Gerek tecviz edilen gerekse tecviz edilmeyen müdahalelerde, iş gören yerine kaim olan şahıs da vekâletsiz iş gören sıfatını iktisap eder ve bu sıfatına müsteniden iş sahibine karşı doğrudan doğruya mes'ul olur¹⁸.

Daha yukarıda etraflıca izah ettiğimiz veçhile¹⁹, tecviz edilen bir vekâletsiz iş görmede yardımcı şahısların fiillerinden mes'uliyet hususunda BK. md. 100 f. I kıyasen tatbik olunmalıdır²⁰; iş sahibi, istisnaen, yardımcı şahsın hareketi aynı zamanda bir haksız fiil teşkil ettiği takdirde, doğrudan doğruya ondan da tazminat isteyebilir²¹. Tecviz edilmeyen vekâletsiz iş görmede ise, iş gören, yardımcı şahısların fiillerinden illiyet prensibi mucibince mes'ul olduğu gibi, bu şahısların her biri de vekâletsiz iş gören sıfatıyla BK. md. 411 f. I ve III e tabidirler²².

ettiği şahsın bütün fiillerinden mes'uldür. Fikrimizce, bu hal tarzı tecviz edilen bir iş görme için lüzumundan fazla ağırdır.

(17) Demogue (t. III, sh. 70) a ve Planiol - Ripert - Esmein'e (t. VII, sh. 15, not 7) nazaran, vekilin ikame halindeki mes'uliyetine ait esaslar kıyasen vekâletsiz iş görene de tatbik edilebilir.

(18) Bk. yukarıda § 22, I, 1 ve II; İspanyol MK. md. 1890 f. I bu hususu sarahaten ifade etmiştir.

(19) Bk. yukarıda § 22, I, 1 d ve not 9.

(20) Aynı fikirde Suter, sh. 50; Aebly, sh. 96; Federal Mahkeme, RO 75 II 226/227, "Waucquez c. Bonvin" dâvasında İBK. md. 101 (BK. md. 100) in kıyasen vekâletsiz iş görmede tatbik olup olunamayacağı meselesini halletmekten sarfınazar etmiştir; zaten bu dâvada tecviz edilmeyen bir vekâletsiz iş görme bahis mevzuu idi. Bk. yukarıda § 21 not 6.

(21) Bk. von Tuhr, § 70, V; von Tuhr'a nazaran, BK. md. 391 f. III kıyasen burada da tatbik edilmeli, yani iş sahibi, iş görenin yardımcı şahsa karşı haiz olduğu hakları doğrudan doğruya o şahsa karşı dermeyan edebilmelidir. Bundan başka, yukarıda (bk. § 22, not 10), yardımcı şahsın vekâletsiz iş görme hükümlerini ileri sürebileceğini kabul ettiğimiz istisnai halde de, onun doğrudan doğruya mes'ul tutulması mümkün olabilir.

(22) Bk. yukarıda § 22, II ve not 26.

Birden fazla iş görenin mevcudiyeti halinde, bunların mes'uliyeti, kaideten, müteselsil değildir²³; çünkü, kanunda teselsül derpiş edilmediği gibi²⁴, iş görenlerin bu bapta bir beyanı da bulunmaz. Birden ziyade vekilin müteselsil mes'uliyeti hakkındaki BK. md. 395 f. II nin kıyasen tecviz edilen vekâletsiz iş görmeye tatbiki de kabil değildir; zira bu hükmün şart kıldığı birlikte *vekâleti kabul* keyfiyeti birden fazla vekâletsiz iş gören için bahis mevzuu olamaz. Buna mukabil, tecviz edilmeyen iş görmede birden fazla iş gören müşterek kusurları yüzünden zarara sebebiyet verdikleri takdirde BK. md. 50 f. I e tevfikan müteselsilen mes'ul olurlar. Gene bu çeşit iş görmede, iş gören ile onun yerine ikame ettiği kimse veya kullandığı yardımcı şahıslar arasında nakıs teselsülün mevcudiyeti de imkân dahilindedir²⁵.

III — Tazminat borcunun muhtevası ve şümulü; isbat külfeti; müruzaman.

İş görenin tazminat borcunun muhtevasını ve şümulünü tayin ederken BK. md. 43 ve 44 deki esaslardan hareket olunmalıdır²⁶. Filhakkı, tecviz edilmeyen iş görme, iş görenin kusuru da mevcutsa, zaten aynı zamanda bir haksız fiil vasfını taşır; tecviz edilen vekâletsiz iş görme ise, hukukî muamele benzeri fiil mahiyeti nazara alınarak, akdi mes'uliyete ait kaidelerin kıyasen tatbiki mümkündür; akdi mes'uliyet bahsinde de BK. md. 98 f. II, haksız fiillerden mütevellid mes'uliyet hakkındaki kaidelere atıfta bulunmaktadır.

Şu halde, hâkim, tazminatın tarzını ve şümulünü, hal ve mevkiin icabına ve kusurun ağırlığına göre tayin etmelidir (BK. md. 43 f. I); iş sahibinin müterafık kusuru (BK. md.44 f. I)²⁷ veya hakkaniyet mülâhazasıyla (BK. md. 44 f. II) tazminatın tenkisi yoluna gidebilir.

Tazminat muayyen bir meblâğın verilmesi suretinde olabileceği gi-

(23) Staudinger - Nipperdey, Vorbem. vor § 677, Nr. 50; Demogue, t. III, sh. 70 ve 79; Rossel, sh. 497; Arsebük, sh. 564. Yalnız Rossel'e ve Arsebük'e nazaran iş sahibi icazet verirse BK. md. 395 f. II kıyasen tatbik edilir ve teselsül câri olur.

(24) İspanyol MK. md. 1890 f. II, birden fazla iş görenin müteselsilen mes'ul olacağını sarahaten beyan etmektedir.

(25) Bk. yukarıda § 22, not 25.

(26) Elias Wolf, FJS, no. 1078, III, C; 1; Martin; sh. 289.

(27) Bk. Cour de Justice civile de Genève'in Sem. Jud. 1915, sh. 120 ve müt. deki kararı, hususiyile sh. 123.

bi, hâkim, iş görene eski hali iade etmesini de emredebilir²⁸ Bu sonuncu tazmin tarzı, bilhassa iş gören iş sahibine ait bir şey üzerinde değişiklikler husule getirdiği takdirde bahis mevzuu olur. İş sahibi, bunda mamelek bir menfaati bulunmasa dahi eski halin iadesini talep edebilir; meselâ bir kimsenin gaybubeti esnasında arkadaşı onun çiçeklerle süslü bahçesini sebze bahçesine tahvil etmişse vaziyet böyledir²⁹.

İş sahibi, BK. md. 49 daki şartlar mevcutsa, manevî zararının tazminini dahi talep etmeğe salâhiyetlidir³⁰.

Zararın miktarını, iş görenin mükellefiyetlerini, hususiyle iş sahibinin menfaatine ve maksadına uygun hareket mükellefiyetini yerine getirmediğini, zararlı iş görenin fiili arasındaki illiyet rabitasını iş sahibi isbat etmek mecburiyetindedir. Zararın hakiki miktarını isbat mümkün olmadığı takdirde hâkim, halin mutad cereyanını ve mutazarın olan tarafın başvurduğu tedbirleri nazara alarak onu adalete tevfikân tayin eder (BK. md. 42 f. II)³¹.

İş sahibi, iş görenin kusurunu da isbat etmeli midir? Tecviz olunan iş görmede, bu hususta kıyasen BK. md. 96'nın tatbiki yerinde olur³²; yani iş gören kusuru bulunmadığını isbat etmedikçe, işin icrasında iş sahibinin menfaatine ve maksadına aykırı hareket etmesinin neticelerinden mes'ul tutulmalıdır. Buna mukabil, tecviz edilmeyen iş görmede, iş görenin kusurunu isbat külfeti iş sahibine düşer.

Türk - İsviçre doktrininde ve mahkeme içtihadlarında hâkim olan telâkkiye nazaran³³, her çeşit vekâletsiz iş görme dolayısıyla iş sahibinin tazminat talepleri on senelik umumî müruruzamana tabidir. Halbuki, fikrimizce, burada da bir tefrik yapılmalıdır: İş görenin, tecviz edilen iş görmenin icrasındaki kusurları yüzünden sebebiyet verdiği zararın tazmin borcu hakkında on senelik müruruzamanın kabulü isabetlidir³⁴; fakat tecviz edilmeyen iş görmeden, doğan tazminat talepleri mahiyetleri icabı, haksız fiillerin müruruzamanına müteallik BK. md. 60 hükmüne

(28) Avusturya MK. md. 1038 ve Polonya BK. md. 119, bu hususta sarîh bir hükmü muhtevirdir.

(29) Staudinger - Nipperdey, § 678, Nr. 17.

(30) (31) Elias Wolf, FJS, no. 1078, III, C; 1.

(32) Aynı fikirde: Aeby, sh. 96; aksi fikirde Suter, sh. 55. Demogue, t. III, sh. 6 ve no. 38 e de bk.

(33) Bk. Suter, sh. 56; Aeby, sh. 96; Elias Wolf, FJS, no. 1078; III, C; 2; RO 30 II 82, "Béchaux c. Chapuis".

(34) "Béchaux c. Chapuis" dâvasında tecviz edilen bir vekâletsiz iş görmenin kusurlu ifası bahis mevzuu idi.

tabi kılınmalıdır; böylece bu taleplerin kârın iadesi talebiyle aynı zamanda tasfiye edilmesi de mümkün olur³⁵

§ 30 — MES'ULİYETİN HAFİFLETİLMESİ

I — İş sahibinin maruz olduğu bir zararı bertaraf etmek için iş görmeye.

İş görenin fiilinin saikleri kaideten nazara alınmazlar. Bununla beraber BK. md. 411 f. II de bu kaideye bir istisna tanınmıştır. Mezkûr hüküm mucibince, iş gören, iş sahibinin maruz olduğu bir zararı bertaraf etmek maksadıyla faaliyette bulunmuşsa, mes'uliyeti tahfif olunur. Böyle bir hükmün sevkinde aşağıdaki mülâhazalar âmil olmuştur¹: Bir kimseyi tehdit eden bir tehlikeyi önlemek bahis mevzuu olduğu zaman, müdahale edip etmemek ve müdahalenin şeklini tayin eylemek hususunda karar vermek için kâfi vakit ve sükûnetle düşünme imkânı yoktur. Bu gibi vaziyetlerde, sırf iş sahibini tehlikeden kurtarmak niyetiyle faaliyette bulunan şahsı, BK. md. 411 f. I deki ağır mes'uliyete tabi tutmak hakkaniyete ve hukuk nizamının içtimai tesanüdü teşvik gayesine aykırı olurdu. Zararın önlenmesi için acele hareket edilmesi iş sahibinin de menfaatinedir; iş sahibi müdahalenin iyi netice vermemesi ihtimalini kendisine hiç yardım edilmemesi ihtimaline her halde tercih eder.

Mes'uliyetin tahfifinin şartları şunlardır: İş gören iş sahibinin şahsi veya mamelekî varlıklarını tehdit eden bir tehlikeyi önlemek maksadıyla hareket etmelidir². Gerçi kanunda "iş sahibinin maruz bulunduğu zarar" dan bahsedilmektedir ve zarar daha ziyade mamelekî bir mahiyet taşır; bununla beraber, iş sahibinin şahsi varlıklarına (hayat, sıhhat, şeref gibi) müteveccih bir tehlikeyi uzaklaştırmak için hareket eden kimse- nin de BK. md. 411 f. II den istifade edebileceği evleviyetle kabul olunmaktadır³; filhakika şahsi varlıkların korunması mamelekî varlıkların

(35) Yukarıda § 28, IV a, b ve V ile karşılaştırınız.

(1) Bk. Suter, sh. 51; RGR Komm. § 680, Nr. 1; Staudinger - Nipperdey, § 680, Nr. 1; Bienne Mahkemesi, SJZ, 46 (1950), Nr. 76; sh. 210.

(2) Fransız MK. (md. 1374 f. II) ile ondan iştikak eden kanunlarda (İspanyol MK. md. 1889 cümle 2; İtalyan MK. md. 2030 f. II) mes'uliyetin tahfifi muayyen şartlara bağlanmamış, hâkimin, iş göreni işi yapmağa sevkeden icapları nazara alarak mes'uliyeti tahfif edebileceği yolunda umumî bir ifade kullanılmıştır. Demogue, t. III, sh. 65 e bk.

(3) Oser - Schönerberger, Art. 420, Nr. 2; Martin, sh. 290; Schneider et Fick, art. 420, no. 5; Suter, sh. 52; Staudinger - Nipperdey, § 680; Nr. 7; Oertmann, § 680, Nr. 1; RGR Komm., § 680, Nr. 3. Çin MK; md. 175; sarahaten "şahsi veya mamelekî varlıkları tehdit eden tehlike" den, Alman MK. § 680, Polonya BK. md. 121 f. I, Yunan MK. md. 732 "iş sahibini tehdit eden tehlike" den bahsetmektedirler.

korunmasından da daha ehemmiyetlidir. Tehlikeye muhakkak bizzat iş sahibinin maruz olması gerekmez; onun yakınlarını tehdit eden bir tehlike de kâfidir⁴. Tehlikenin derhal müdahaleyi icab ettirecek mahiyette olması iktiza eder; yani burada bir nevi zaruret hali (Notfall) bahis mevzuudur; yoksa böyle bir hal bulunmaksızın iş sahibinin menfaatleri bakımından zarurî veya sadece faydalı işleri yapan kimse BK. md. 411 f. II ye istinad edemez⁵. Tehlikenin hakikaten mevcut olmasına hacet yoktur; fakat iş gören onun mevcudiyetine ve kendi müdahalesinin zarurî olduğuna kani bulunmalıdır⁶; eğer o, tehlikenin mevcudiyeti hakkında hataya düşmüşse, hata kusurundan ileri gelmediği takdirde gene BK. md. 411 f. II den istifade edebilir; kusuru olup olmadığını tayin ederken, iş görenin acele hareket etmek mecburiyetinde olduğu göz önünde tutulmalıdır; iş gören kusurlu ise BK. md. 411 f. I ve III e tevfi kan mes'ul olur. Müdahale neticesinde tehlike bertaraf edilememiş ve zarar husule gelmiş olsa bile mes'uliyet tahfif olunmalıdır⁷; mühim olan, iş görenin tehlikeyi bertaraf etmek niyetiyle hareket etmesidir. İş gören, BK. md. 411 f. II ye binaen mes'uliyetinin hafifletilmesini istediği takdirde, bu hükmün şartlarının tahakkuk etmiş olduğunu isbat ile mükelleftir⁸.

Mes'uliyetin ne suretle tahfif edileceği, bazı kanunların aksine BK. mızda gösterilmemiştir. Binaenaleyh, hâkim, tazminat borcunu tenkis edebileceği gibi, iş göreni bu borçtan tamamen beri de kılabilir⁹. Bu hal tarzı, iş görenin yalnız kasdından ve ağır ihmalinden mes'ul olacağını

(4) Schneider et Fick, art. 420, no. 5; Suter, sh. 52; Oser - Schönerberger, Art. 420, Nr. 2; Staudinger - Nipperdey, § 680, Nr. 7; RGR Komm. § 680, Nr. 3; Enneccerus - Lehmann, sh. 680.

(5) Oser - Schönerberger, Art. 420, Nr. 2; Suter, sh. 52; Becker, Art. 420, Nr. 3. Zaruret hali ile zarurî işlerin tefriki için bk. yukarıda § 3 not 4, aşağıda § 32 not 33; Avusturya, Çekoslovak ve Portekiz Medenî Kanunları, zaruret halini yalnız mes'uliyetin tahfifi için değil, iş görenin masraflarını talep salâhiyetinin doğması için de şart koşmaktadırlar. Cour de Justice civile de Genève'e nazaran (Sem. Jud., 1915, sh. 120 ve müt.) İBK. md. 420 f. II (BK. md. 411 f. II) yalnız, derhal vukuu muhakkak ve iş görenin müdahalesi olmaksızın önlenemeyecek zarar halinde değil, onun müdahalesi esnasında makul surette tahmin edebileceği her türlü zarar halinde tatbik olunabilir.

(6) Suter, sh. 52; Enneccerus - Lehmann, sh. 681; Staudinger - Nipperdey, § 680, Nr. 6; Schneider et Fick, art. 420, no. 6; RGR Komm. § 680; Nr. 2.

(7) Staudinger - Nipperdey, § 680, Nr. 8; RGR Komm. § 680, Nr. 2.

(8) Staudinger - Nipperdey, § 680, Nr. 10; RGR Komm. § 680, Nr. 1.

(9) Oser - Schönerberger, Art. 420, Nr. 2; Becker, Art. 420, Nr. 4; Suter, sh. 52.

beyan eden Alman MK. § 680 e nisbetle maksada daha elverişlidir¹⁰; zira halin icaplarını daha iyi nazara almak imkânını verir. Ağır kusur halinde, hâkim umumiyetle sadece tazminatı tenkisle iktifa etmelidir; fakat eğer kusur, gerekli bilgiye veya kabiliyete sahip olmamaktan ileri geliyor ve halin icapları iş görenin acele müdahalesini zarurî kılmış bulunuyor ise, hâkim onu tazminat borcundan tamamen âzade tutabilir¹¹. Bittabi kasdî bir zarar verme halinde mes'uliyetin tahfifi bahis mevzuu olamaz. Tazminatın tenkisinde tehlikenin tehdit ettiği varlığın kıymeti¹² ve müdahalenin âcillik derecesi¹³ hesaba katılmalıdır.

BK. md. 411 f. II de derpiş edilen müdahaleler umumiyetle tecviz olunan bir iş görme vasfını taşırlar; bu gibi hallerde, mezkûr hüküm, işin icrasına müteallik kusurdan mütevellid mes'uliyetin tahfifi ile alâkalıdır¹⁴; meselâ boğulmak üzere olan bir kimseyi kurtaran şahsın, kurtarma esnasında kusurlu bir hareketi neticesinde onun elbisesini yırtması; yahut bir arabanın başıboş giden atlarını zapteden şahsın kusurlu olarak atın yere düşüp sakatlanmasına sebebiyet vermesi¹⁵ gibi. Fakat başkasını tehdit eden tehlikeyi bertaraf etmek maksadıyla hareket eden kimse, gerçekte böyle bir tehlike yoksa ve müdahale iş sahibinin objektif bakımdan menfaati iktizası değilse tecviz edilmeyen bir iş görmüş olur; BK. md. 411 f. II bu takdirde işe girişmedeki kusurdan mütevellid mes'uliyetin tahfifine yönelir¹⁶. Her halde, bu hüküm, iş sahibinin men'ine rağmen işe girişmek salâhiyetini vermez¹⁷; filhakika, iş sahibinin kendisini tehdit eden bir tehlikeyi bertaraf etmek isteyen kimsenin yardımına muhalefet etmesi, her zaman, hukuka veya ahlâka aykırı sayılamaz^{16a}. Binaenaleyh, iş sahibinin muhalefetine rağmen, onu tehlikeden kurtarmak isteyen kimse kaideten BK. md. 411 f. III mucibince mes'ul olur; fakat iş görenin bu mes'uliyeti, aynı maddenin ikinci fıkrasına tevfikân tahfif edilir.

(10) Polonya BK. md. md. 121 f. I; Yunan MK. md. 732 ve Çin MK. md. 175 de bu bakımdan Alman MK. § 680 e benzemektedir.

(11) Becker, Art. 420, Nr. 4.

(12) Staudinger - Nipperdey, § 680, Nr. 11.

(13) Oser - Schönerberger, Art. 420, Nr. 2.

(14) Staudinger - Nipperdey, § 680, Nr. 3.

(15) Cour de Justice civile de Genève'in hükme bağladığı bir dâvanın mevzuu böyle idi (Sem. Jud. 1915, sh. 120 ve müt.).

(16) Staudinger - Nipperdey, § 680, Nr. 4.

(16a) Bk. aşağıda § 31, III.

(17) Aynı fikirde Staudinger - Nipperdey, § 680, Nr. 12; RGE, IOL, 19; aksî fikirde Oertmann, § 680, Nr. 2.

II — İş görenin akdi ehliyeti haiz olmaması halinde.

Temyiz kudretini haiz bulunmayan bir kimsenin vekâletsiz iş gören sayılamayacağını yukarıda belirtmiştik¹⁸; binaenaleyh böyle bir şahıs, başkasının hukukî sahasına müdahale edecek olursa, müdahaleye maruz kalan ona karşı sadece BK. md. 54 hükmünü ve haksız iktisap kaidelerini ileri sürebilir¹⁹.

Mümeyyiz olup da medenî hakları kullanma ehliyetinden mahrum bulunan şahısların fiilleri ise vekâletsiz iş görme vasfını taşıyabilir. Yalnız, bunların işden elde ettikleri kârı iş sahibine devir borcunun MK. md. 412 vasıtasıyla tahdit olunduğunu daha önce kaydetmiştik²⁰: Mümeyyiz kasırlar, kâr hüsnüniyetle ve karşılıksız olarak elden çıkarttıklarını takdirde bundan dolayı mes'ul tutulamıyorlardı ve sadece ellerinde kalan miktardan devir ile mükellefdiler.

Şimdi, mümeyyiz kasırların işin icrasında veya işe girişmekteki kusurları dolayısıyla BK. md. 411 hükmüne tevfikane mes'ul edilmeleri mümkün olup olmadığı meselesini tetkik edeceğiz.

Müelliflerin ekserisi²¹, kanunî mümessillerinin muvafakati olmadan vekâletsiz iş gören mümeyyiz kasırların, sebebiyet verdikleri zarardan dolayı, münhasıran haksız fiiller hakkındaki kaidelere müsteniden mes'uliyetleri cihetine gidilebileceği fikrindedirler. Bu hususta, "haksız fiillerden mütevellid daha şümlü mes'uliyeti mahfuz" tutan BK. md. 412 f. II bir mesned olarak zikredilmektedir; bundan başka, şöyle bir muhakeme yürütüldüğü de vakidir: Akdi ehliyeti haiz bulunmayan bir kimse, nasıl akdi mes'uliyet hükümlerine tabi olmuyorsa, bir şibih akit veya hukukî muamele benzeri fiil mahiyetini taşıyan vekâletsiz iş görme hakkındaki kaideler mucibince de mes'ul edilememelidir.

Mümeyyiz kasırın sadece haksız fiil hükümlerine tevfikane mes'ul

(18) Bk. yukarıda § 24 not 24 e ait metin.

(19) Suter, sh. 57; Martin, sh. 293; Becker, Art. 421, Nr. 3; Oser - Schönberger, Art. 421, Nr. 1.

(20) Bk. yukarıda § 28, III, 1.

(21) Schneider et Fick, art. 421, no. 4; Suter, sh. 56 - 57; Becker, Art. 421, Nr. 3; Oser - Schönberger, Art. 421, Nr. 1; Staudinger - Nipperdey, § 682, Nr. 4 - 5; Enneccerus - Lehmann, sh. 681; RGR Komm. § 682, Nr. 3; Demogue t. III, sh. 52; Maruitte, sh. 261 ve müt., 277 - 278 ve onun sh. 260 not 2 de zikrettiği diğer Fransız müellifleri; İtalyan MK. md. 2029 dan aynı netice çıkar.

tutulması onu himaye maksadıyladır²²; böylece, o, tecviz edilen bir vekâletsiz iş görmenin icrası esnasındaki kusurundan mütevellid zarar tazminle mükellef olmaz²³; iş sahibinin men'ine rağmen işe girişirse, kazadan da mes'uliyeti emreden BK. md. 411 f. III ona tatbik edilemez²⁴. Fikrimizce, BK. md. 411 de derpiş edilen mes'uliyetle haksız fiilden mütevellid mes'uliyetin neticeleri arasındaki fark tatbikatta pek büyük olmaz: zira işin icrasındaki kusurlu hareket tarzı aynı zamanda bir haksız fiil teşkil edebilir; eğer BK. md. 411 f. III de sırf kazaya değil de başlangıçtaki kusura müstenid bir mes'uliyetin bahis mevzuu olduğu kabul edilirse²⁵, haksız fiilde, fiile uygun illiyet rabitasıyla bağlı bütün vakialardan mes'uliyet prensibi aynı neticeye götürür. Kaldı ki, mümeyyiz kasırın yalnız haksız fiil esaslarına binaen mes'ul tutulması fikrinin müdafileri de, onun BK. md. 411 f. II deki mes'uliyet tahfifinden istifade edebileceği kanaatindedirler²⁶.

Mümeyyiz kasır, kanunî mümessilinin muvafakatıyla hareket etmişse, onun vekâletsiz iş görme hükümlerine tevfikan, yani BK. md. 411 mucibince, mes'ul kılınacağı umumiyetle kabul olunmaktadır²⁷. Yalnız Leonhard²⁸ aksi görüşü müdafaa etmektedir. Bu müellife nazaran, kasırın vekâletsiz iş görmesine muvafakat edilmesi, onun bir hukukî muamele yapmasına izin verilmesinden farklıdır; böyle bir muvafakat neticesinde, hukukî muamele ile borç altına girmesi, kasırın menfaatlere aykır değildir; çünkü kanunî mümessil umumiyetle onun için faydalı olan muamelelere izin verir; halbuki vekâletsiz iş görme kasır bakımından bir fayda arzetmez. Şu da var ki, kanunî mümessil kasıra vekâletsiz iş görmek için müsaade ederken bu müsaade, iş sahibine zarar verici bir fiilin ikana değil sadece iş görmeye muzaftır. Bir baba 13 yaşın-

(22) Bazı Fransız müellifleri, vekâletsiz iş görme hükümlerinin iş görenin iradesinden değil doğrudan doğruya kanundan doğduğunu ileri sürerek, mümeyyiz kasırın da bu hükümler mucibince mes'ul tutulması gerektiğini ve tamamen pasif vaziyette olan iş sahibinin menfaatlerinin ehliyetsiz iş görenin himayesi için feda edilmesinin doğru olmadığını beyan etmektedirler (Bk. Frouin, sh. 103 - 104; Carrez, sh. 206; Vizioz, sh. 249 ve Maruitte'in, sh. 256 not 2 de zikrettiği diğer müellifler).

(23) Staudinger - Nipperdey, § 682, Nr. 6.

(24) Staudinger - Nipperdey, § 682, Nr. 7 ye bk.

(25) Bk. aşağıda § 31, II.

(26) Staudinger - Nipperdey, § 682, Nr. 5.

(27) Schneider et Fick, art. 421, no. 5; Martin, sh. 292, not 1; Staudinger - Nipperdey, § 682, Nr. 2; RGR Komm. § 682, Nr. 1; Ennecerus - Lehmann, sh. 681.

(28) Bd. II, sh. 433 - 434.

daki oğluna bir yangını söndürmeye yardım etmesi hususunda izin verse, çocuğun bu yardımı esnasındaki kusurundan mes'ul tutulması hakkaniyete uygun olmaz. Fikrimizce haksız fiilden mütevellid mes'uliyetle vekâletsiz iş görmeden doğan mes'uliyet arasında mühim bir fark olmadıgından, Leonhard'ın bu itirazlarının tatbiki kıymeti büyük değildir. Diğer taraftan, müellifin verdiği misalde, zaten BK. md. 411 f. II ye tevfi kan çocuğun mes'uliyetten âzade kılınması mümkündür.

§ 31 — MES'ULİYETİN AĞIRLAŞTIRILMASI

BK. md. 411 f. III e tevfi kan, iş gören, iş sahibinin sarahaten veya delâleten men'i varken işe girişmiş ve bu men kanununa veya âdaba muhalif bulunmamış ise, kazadan dahi mes'ul olur; meğer ki müdahalesi olmasa bile kazanın vukua geleceğini isbat etsin. Müşahede olunduğu üzere, iş sahibinin men'i, sadece iş görmeyi tecviz edilmeyen bir hale sokar ve iş görenin mes'uliyetinin ağırlaştırılması (aggravation de la responsabilité, Haftungsverschäerfung) neticesini doğurur; yoksa böyle bir men'in bulunmaması vekâletsiz iş görmenin unsurlarından biridir denilemez¹. Şimdi, bahsi geçen mes'uliyet ağırlaştırılmasının şartlarını, mahiyetini, hükümlerini ve iş sahibinin men'inin muteber olmadığı halleri tetkik edeceğiz.

I — Mes'uliyetin ağırlaştırılmasının şartları.

1. İş görenin BK. md. 411 f. III mucibince kazadan dahi mes'ul tutulabilmesi için, onun iş sahibinin muhalefetine rağmen işe girişmiş olması lâzımdır². Eğer iş sahibi, işin hiçbir suretle veya o tarzda yahut da

(1) Oser - Schönerberger, Art. 419, Nr. 14 ve Art. 420, Nr. 3; Bern İstinaf Mahkemesi, ZbJV, 58 (1922) sh. 333. Aksi fikirde olan Maruitte'e göre (sh. 228 ve müt. hususiyle sh. 235), iş sahibinin men'ine rağmen vaki müdahaleler vekâletsiz iş görme suretinde tavsif edilemezler.

(2) İspanyol MK. md. 1891 e tevfi kan "iş gören, iş sahibinin mutadı olmayan, neticesi tesadüfe bağlı işlere teşebbüs veya kendi menfaatini iş sahibininkine tercih ettiği takdirde kazadan dahi mes'ul olur"; Çekoslovak MK. md. 445 de, iş sahibini tehdid eden bir zararı bertaraf etmek bahis mevzuu olmayan bütün hallerde iş görenin kazadan mes'ul olacağı beyan edilmiştir; hattâ bu maddenin ikinci fıkrasında, kazadan mes'uliyet, bir zararı bertaraf etmek için vaki müdahalelerin iş sahibinin muteber surette izhar ettiği iradesine aykırı olduğu hallere de teşmil olunmuştur; meğer ki iş görenin medeni bir vazife icabı (par devoir civique) mühim bir zararı önlemesi bahis mevzuu olsun. Buna mukabil Alman MK. § 678, Avusturya MK. § 1040; Portekiz MK. md. 1733; Yunan MK. md. 731 f. II; Çin MK. md. 174; Polonya BK. md. 118, BK. md. 411 f. III e benzer hükümleri muhtevirdirler.

o iş gören tarafından yapılmasını istemiyorsa böyle bir muhalefet mevcut demektir³.

İş sahibinin iradesine muhalefet, işin icrası bakımından değil işe girişme dolayısıyla olmalıdır⁴. İşe girişme, iş görenin işi yapmak hususundaki kararını mevkii fiile koymasıyla tahakkuk eder⁵. Eğer iş gören, iş sahibinin iradesine ve menfaatine uygun surette işe girişmiş olup da işin icrası esnasında mezkûr iradeye aykırı hareket ederse BK. md. 411 f. III ün tatbiki cihetine gidilemez; bu takdirde, iş gören BK. md. 410 ve 411 f. I mucibince yalnız kusuru yüzünden mes'ul tutulabilir. Fakat işin görülmesi esnasında, iş sahibi sadece icra tarzına muhalefet etmeyip, işin tamamen bırakılmasını isterse, iş gören bu andan itibaren işe devam etmekle kazadan dolayı dahi mes'uliyet altına girer⁶.

İş gören, iş sahibinin iradesine uygun, fakat menfaatine aykırı olarak işe girişmiş ise ortada gene tecviz edilmeyen bir iş görme mevcuttur; ancak iş görenin BK. md. 411 f. III mucibince mes'ul kılınması mümkün değildir⁷. Hattâ iş sahibinin iş görenden, haksız fiil esaslarına binaen tazminat isteyebilip isteyemeyeceği bile cayi sualdir; çünkü iş görenin faaliyetinin iş sahibinin iradesine uygunluğundan, çok defa, onun fiilin yapılmasına rıza gösterdiği istidlâl olunabilir; böyle bir rıza ise hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldırır⁸.

2. İş sahibinin men'i muteber olmalıdır. Bu husus üzerinde aşağıda III de ayrıca duracağız.

Eğer iş gören, kusuru olmadan yanılarak men'in muteber olmadığı zehabına kapılmışsa, BK. md. 411 f. III e tevfikan mes'ul edilemez⁹. Şu kadar ki burada bir hukuki hata (erreur de droit. Rechtsirrtum) bahis mevzuudur; böyle bir hatanın kusursuz (excusable) sayılabilmesi de maddî hataya nisbetle çok daha müşküldür¹⁰.

(3) Staudinger - Nipperdey, Art. 678, Nr. 3; Leonhard, Bd. II, sh. 434.

(4) Staudinger - Nipperdey, § 678, Nr. 2 ve 5. BK. md. 411 f. III deki "... bu işi yapmış..." ibaresi, işe girişme ile işin icrası tefrikinin lâyikeyle aksettirememektedir; İBK. md. 420 f. III de "lorsqu'il a entrepris la gestion", "hat er die Geschäftsführung... unternommen..." tabirleri mevcuttur.

(5) Bk. yukarıda § 25 not 4.

(6) Marutte, sh. 236 ile karşılaştırmız.

(7) Bk. yukarıda § 7, not 15; Suter, sh. 54.

(8) Bk. yukarıda § 7, not 14.

(9) Bk. Staudinger - Nipperdey, § 679, Nr. 16; RGR Komm. § 679, Nr. 6; Oertmann, § 679, Nr. 4. Aksi fikirde Giovanoli, sh. 195.

(10) Bk. von Tuhr, sh. 158, sh. 254, not 12; Jean - Pierre Lichti: Der

3. İş sahibi, başlangıçtaki men'ine rağmen yapılan işe sonradan icazet vermişse, iş görenden BK. md. 411 f. III e müsteniden tazminat isteyemez¹¹.

4. İş görenin kazadan dahi mes'ul tutulabilmesinin diğer bir şartı da, onun iş sahibinin men'ini bilmesi veya gerekli dikkat ve ihtimamı gösterseydi bilecek vaziyette olmasıdır¹². Kanundaki "delâleten men" tabiri, iş görenin iş sahibinin iradesini araştırmak hususunda gerekli ihtimamı gösterme mükellefiyetine işaret eder¹³. Buradaki ihtimamın ölçüsü de objektiftir; bununla beraber müşahhas vakıanın icaplarını, hususiyile iş sahibinin itiyadlarını, menfaatini, malî münasebetlerini gözönünde tutmak iktiza eder¹⁴.

İş sahibinin sarahaten men'i bulunduğu takdirde, iş görenin bu men'e herhangi bir suretle ittila kesbetmiş olması kâfidir; muhalefetin muayyen bir şekilde izhar edilmiş olmasına hacet yokur¹⁵.

Bir işle meşgul olmak için nasbedilmiş bulunan vekilin harekete geçmemesi üzerine onun yerine bu işi vekâletsiz olarak yapan kimse, esas itibarıyla, iş sahibinin men'ine rağmen faaliyette bulunmuş sayılamaz; fakat iş sahibi, bir şahsı muayyen bazı vasıfları dolayısıyla vekil tayin etmişse, başkasının o işle uğraşmasını zmnen men'ettiğini kabul eylemek lâzımdır¹⁶.

İş sahibinin işin görüldüğüne muttali olup da sükûtu muhafaza etmesinden, onun işin yapılmasına zmnen muhalefet ettiği neticesi çıkarılamaz¹⁷.

İş sahibinin iradesi daima aynı kalmayabilir; değişen şartlara göre bu iradede de tahavvülât husule gelmesi mümkündür; iş sahibi, önceden men ettiği bir işin yapılmasını yeni şartlar altında arzu edebilir. Binaena:

Rechtsirrtum, besonders im schweiz. O.R., Diss. Zürich 1950, sh. 124 ve müt., 153 ve müt.

(11) Staudinger - Nipperdey, § 678, Nr. 7; RGR Komm. § 678, Nr. 3.

(12) Becker, Art. 420, Nr. 11; Suter, sh. 54; Staudinger - Nipperdey, § 678, Nr. 8 - 10.

(13) İBK. md. 420 f. III deki "la volonté reconnaissable", "erkennbaren Willen" tabirleri bu bakımdan daha sarıhtir.

(14) Staudinger - Nipperdey, § 678, Nr. 10; Schneider et Fick, art. 420, no. 9.

(15) Maruitte, sh. 237; Becker, Art. 420, Nr. 9; RGE, 43; 287.

(16) Mauitte, sh. 239.

(17) Maruitte, sh. 240 - 241.

leyh. iş gören iş sahibinin eski beyanlarıyla bağlı kalmayıp, onun halen mevcut vaziyetin icapları karşısında iradesinin ne olacağını araştırmalıdır¹⁸. Meselâ A, seyahate çıkan arkadaşı B nin kendisine tevdi ettiği hisse senetlerini kat'iyen satmak istemediğini bilmektedir; fakat bu senetleri ihraç eden anonim şirketin yakında iflâs edeceğini emin bir yerden öğrenmiştir; böyle bir vaziyette B de senetleri elden çıkarmak isteyeceğinden, A onları satarken B nin men'ine rağmen hareket etmiştir denilemez. Tabiatıyla, iş sahibinin önceki men'inden sarahaten de vazgeçmesi mümkündür.

Hüsnüniyetle başkasının işini kendisinin zannıyla gören kimse BK. md. 411 f. III e tabi tutulamaz¹⁹; çünkü değil iş sahibinin men'inden haberdar olmamakta, işin başkasına aidiyetini bilmemekte dahi kusuru yoktur.

5. İş sahibinin muhalefetine rağmen girişilen işle husule gelen zarar arasında bir uygun illiyet rabitası bulunmalıdır²⁰. Aksi fikirde olan Arsebük'e nazaran²¹, "yapılan tasarrufla husule gelen zarar arasında tam (uygun) bir illiyet bulunmasa dahi" iş gören zarardan mes'ul olur. Arsebük'ün bu neticeyi "umulmamazlık" mefhumundan çıkardığı anlaşılmaktadır. Fikrimizce, BK. md. 411 f. III de, tam bir umulmamazlıktan mes'uliyet hali mevcut değildir²²; kaldı ki umulmamazlıktan mes'uliyet de çok defa, illiyet rabitasından değil sadece kusurdan sarfınazar etmeği icab ettirir²³; eğer umulmamazlık bir mücbir sebep şiddetini taşıyorsa zaten illiyet rabitası kesilir²⁴, bu takdirde kanun sarahaten derpiş etmedikçe bir mes'uliyet bahis mevzuu olamaz.

6. İş sahibi, işe girişilmesini sarahaten veya zımnen men ettiğini, bu men'i iş görenin bildiğini veya bilmesi lâzımgeldiğini, zarara uğradığını, zararları iş görme arasındaki illiyet rabitasını isbat etmeğe mecburdur²⁵.

(18) Suter, sh. 55; Becker, Art. 420, Nr. 10; Hagenbüchli, sh. 71; Federal Mahkeme, BIZR, 21 (1922), Nr. 99, sh. 242 - 243; "H. c. St. Cie."

(19) Staudinger - Nipperdey, § 678, Nr. 21 e bk.

(20) Staudinger - Nipperdey, § 678, Nr. 12.

(21) Sh. 561 not 39.

(22) Bk. aşağıda II.

(23) Von Tuhr, sh. 518 - 519.

(24) Bk. aşağıda not 32 ye ait metin.

(25) Staudinger - Nipperdey, § 678, Nr. 13. Suter, sh. 55.

II — Mes'uliyetin ağırlaştırılmasının mahiyeti ve hükümleri.

İş görenin mes'uliyetinin ağırlaştırılmasından ne anlaşılacak lâzım geldiği ihtilâfıdır.

Doktrinde hâkim olan telâkkiye nazaran²⁶, burada kusura müstened mes'uliyetin neticelerinin teşmili (Erweiterung der Rechtsfolgen der Verschuldenshaftung) bahis mevzuudur; yani bilerek veya gerekli ihtimamı göstermemesi neticesinde bilmeyerek, iş sahibinin men'ine aykırı surette işe girişen kimse kusurludur; tazminat mükellefiyetinin doğması için bu kusurun memnu olan fiile muzaf olması kâfidir; başka bir deyimle, iş görenin müdahalesinin memnu olduğunu bilmesi veya bilmesi lâzım gelmesi kifayet eder; onun ayrıca fiilin diğer neticelerini önceden derpiş etmesine hacet yoktur; o, fiile uygun illiyet rabitasıyla bağlı bütün neticelerden mes'ul olur. Binaenaleyh BK. md. 411 f. III de "kazadan dahi mes'ul olur" ibaresinin mevcudiyetine rağmen burada kaza dolayısıyla değil başlangıçtaki kusur dolayısıyla illiyet prensibinin tatbiki neticesi olan bir mes'uliyet karşısında bulunulur; vaziyet, mütemerrid borçlunun ve şeyi müsaadesiz kullanan müsteirin veya müstevdâkinin aynidir.

Buna mukabil Giovanoli'nin fikrinde²⁷, BK. md. 411 f. III, kazadan mes'uliyet halinin (Zufallshaftung) tam bir örneğini muhtevirdir; zira iş gören, başlangıçta bir kusuru olmasa dahi mezkûr hüküm mucibince tazminat vermekle mükellef tutulabilir; nitekim kusuru olmaksızın, iş sahibinin men'ini gayri muteber zannederek işe girişen kimse, BK. md. 411 f. III e tevfikân, kazadan dahi mes'ul olur.

Kanaatimizce, Giovanoli'nin nazariyesi tatminkâr değildir; çünkü, iş sahibinin men'inin muteberliği hususunda kusuru olmaksızın hataya düşen kimsenin vaziyeti BK. md. 411 f. III tarafından derpiş edilmemiştir²⁸; bu hükümde tanzim olunan mes'uliyetin başlangıçtaki kusura istinad ettiği muhakkaktır; hükmün tatbik edilebilmesi için iş gören işe giri-

(26) Bk. Becker, Art. 420, Nr. 12; Martin, sh. 290; Rossel, sh. 499; Joseph Suter: Der Zufall im heutigen schweiz. Obligationenrecht, Diss. Freiburg, 1916, sh. 70; Staudinger - Nipperdey, § 678, Nr. 1; Oertmann; § 678; 2, b; RGR Komm. § 678, Nr. 1; Enneccerus - Lehmann, sh. 679 - 680; Demogue, t. III, no. 37; Leonhard, Bd. II, sh. 437.

(27) Sh. 192 ve müt., hususiyle sh. 194 - 195. Oser - Schönenberger de (Art. 420, Nr. 4) Giovanoli'nin fikrini tasvib edici bir ifade kullanmaktadırlar. Alman hukukunda Esser (sh. 328) aynı fikirdedir. Arsebük'ün, yukarıda not 21 e ait metinde zikredilen mütalâası daha da ileri gitmektedir.

(28) Bk. yukarıda not 9.

şirken ya kasden iş sahibinin iradesine aykırı hareket etmiş, yahut da bu iradeyi araştırmakta ihmal göstermiş olmalıdır. Şu halde burada tecvız edilmeyen ve kusurlu olan bir iş görme bahis mevzuudur ki bunun, aynı zamanda, dar mânada bir haksız fiil suretinde tavsifi kabildir²⁹. Binaenaleyh, her haksız fiilde olduğu gibi failin, yani iş görenin, müdahalesinin yalnız önceden görebildiği neticelerinden değil, o fiile uygun illiyet rabtasıyla bağlı bütün neticelerden mes'ul olması tabiidir; BK. md. 411 f. III de bir sarahat olmasaydı dahi, iş görenin başlangıçtaki kusura müstenid olan fiilin kusurlu olmayan neticelerinden de mes'ul tutulması umumi esaslardan çıkarılabilirdi. Suter'e nazaran³⁰ burada sadece bir terminoloji meselesi mevcuttur: İş görenin mes'uliyeti, işe girişme anı nazara alınırsa kusura, işin icrası safhası gözönünde tutulursa kazaya müstenid olarak tavsif edilebilir; mühim olan iş görenin kusurlu olarak işe giriştikten sonra işin icrasında kusuru bulunmadığını isbat ederek mes'uliyetten kurtulamamasıdır.

Yukarıda arzettiklerimizden, iş görenin BK. md. 411 f. III deki mes'uliyetten kurtulma imkânları bakımından, şu neticeleri çıkarabiliriz:

İş gören, işe girişmekte kusuru olmadığını, yani iş sahibinin men'ini bilmediğini ve gerekli ihtimamı sarfetmesine rağmen bu men'e itila kesbedemediğini isbat ederse mezkûr hüküm mucibince mes'ul kılınmaz; onun, iş sahibinin men'ini, kusuru olmaksızın gayri muteber zannettiğini isbat etmesi de mes'uliyetten beraatini mucip olur; fakat böyle bir isbatın müşkül olduğuna yukarıda işaret etmiştik³¹. Diğer taraftan, illiyet rabtasını kesen hallerin mevcudiyeti takdirinde de mes'uliyet ortadan kalkar³². Nihayet, BK. md. 411 f. III de beyan edildiği veçhile, iş gören, müdahalesi olmasa bile kazanın vukua geleceğini isbat ederse gene mes'uliyetten kurtulur.

III — İş sahibinin men'inin nazara alınmadığı haller.

BK. md. 411 f. III e tevfikân, iş gören, iş sahibinin kanuna veya âdaba aykırı bir men'ini nazara almağa mecbur değildir³³. Bu hükümde

(29) Fransız hukukunda (Bk. Maruitte, sh. 248 - 249), bu gibi hallerde iş görenin sadece haksız fiile müteallik hükümlere binaen mes'uliyeti cihetine gidilmektedir.

(30) Sh. 53 - 54.

(31) Bk. yukarıda not 10.

(32) Suter, sh. 55 - 56.

(33) Yunan MK. md. 730 f. II; Polonya BK. md. 118; İtalyan MK. md. 2031 f. II buna benzer hükümleri muhtevirdirler.

zikri geçen “âdap” mefhumunu, BK. nun diğer bazı maddelerinde olduğu gibi, yazılı olmayan hukuk mânasında anlamak lâzımdır³⁴. Şu halde, iş sahibinin hukuka aykırı olan muhalefeti muteber değildir. BK. md. 411 f. III de bu hususta sarahat bulunmasaydı dahi aynı neticeyi umumî esaslardan, ezcümle BK. md. 19 f. II ve md. 20 f. I den çıkartmak kabildi³⁵.

Burada hukuka aykırılık mefhumu üzerinde durmak mevzuumuzun hudutlarını aşar³⁶. Ancak, kanunun iş görenin müdahalesini emrettiği veya bu müdahalede bulunulması âcil âmme menfaatleri icabı olduğu hallerde iş sahibinin muhalefetinin hukuka aykırı olacağını söylemekle iktifa edebiliriz³⁷. Türk ve İsviçre müelliflerinin çoğu, hukuka aykırı men hallerini tesbit etmek için Alman MK. § 679 a ve ona dair şerhlere müracaat etmektedirler³⁸. Mezkûr hüküm şu mealdedir: “İş yapılmadığı takdirde, iş sahibinin, ifası âmme menfaati icabı olan bir mükellefiyeti veya kanunî bir infak borcu vaktinde yerine getirilmemiş olursa, onun iş görmeye muhalif olan iradesi nazara alınmaz.”

§ 679 da bahis mevzuu olan ihtimallerden ilki, vaktinde ifası âm

(34) Ezcümle BK. md. 19 f. II, 20 f. I, 41 f. II de olduğu gibi. Adaba aykırılık mefhumu hakkında bk. Remy Gorgé: Die absichtliche Schädigung unter Verstoß gegen die guten Sitten gemäss OR Art. 41 Abs. 2, Diss. Bern 1948, hususiyile sh. 33; Rudolf Aeschlimann: Nichtigkeit wegen Widerrechtlichkeit im Sinne von OR 20, unter Berücksichtigung des Kriegswirtschaftsrechts, Diss. Zürich 1949, sh. 8 - 12; Paul Pfister: Fragen aus dem Gebiete der Widerrechtlichkeit, Diss. Zürich 1925, sh. 48 ve müt., hususiyile sh. 133 ve müt. Buna mukabil Becker'e nazaran (Art. 420, Nr. 8) âdaba aykırılık diyince “ahlâk hissine (sittliche Empfinden) aykırılığı” anlamak gerekir.

(35) Nitekim bu sonuncu yoldan giden Alman hukukçuları (Staudinger - Nipperdey, § 679, Nr. 15; RGR Komm. § 679, Nr. 2; Enneccerus - Lehmann, sh. 680) BGB § 134 ve 138 e istinad etmektedirler.

(36) Hukuka aykırılık mefhumu hakkında çok zengin neşriyat mevcuttur; burada not 34 te zikredilenlerden maada sadece şu iki esere işaretle iktifa edeceğiz: Ernst Känzig: Die Widerrechtlichkeit nach Art. 41 Abs. 1 des schweiz. OR., Diss. Bern 1939; Armin Eduard Baader: Die Widerrechtlichkeit nach Art. 41 I OR unter besonderer Berücksichtigung der Gründe für den Ausschluss der Widerrechtlichkeit, Diss. Basel 1947.

(37) Bk. Staudinger - Nipperdey, § 679, Nr. 15.

(38) Bk. Arsebük, sh. 561, not 40; Hagenbüchli sh. 70; Oser - Schönenberger, Art. 420, Nr. 5; Suter, sh. 54 ve o sahifede not. 3. Fransız müellifleri de BGB § 679 dan mülhem olmuşlardır; bk. Maruitte, sh. 244 - 245; Carrez, sh. 190 - 191; Vizioz, sh. 252, not 1; Demogue, t. III, no. 41. Diğer taraftan, Çin MK. md. 174 f. II de BGB § 679 hükmü aynen iktibas edilmiştir; Fas MK. md. 948 ve Tunus MK. md. 1184 de aynı mealdedir.

me menfaati icabı olan, iş sahibine ait bir mükellefiyeti onun yerine ifa etmektir. Bu ihtimalde iş sahibinin men'inin, Türk - İsviçre hukuk sistemi bakımından da hukuka aykırı olacağında şüphe yoktur. Şimdi Alman müellifleri tarafından bu ihtimalin tahakkuku için ileri sürülen şartları nakledeyim:

a) Evvelâ, iş sahibine terettüp eden bir mükellefiyet mevcut olmalıdır³⁹. Ortada böyle bir mükellefiyet yoksa, başkasına ait işin yapılması âmme menfaatine yarasa dahi § 679 tatbik edilemez. Meselâ bir kimse başkasına ait arsayı umumî park yapılması için belediyeye hibe etse, bu hibe âmme menfaatine uygun olmakla beraber arsa sahibinin bu tasarrufa muhalif olan iradesini gözönünde tutmamak doğru olmaz.

İş sahibine terettüp eden mükellefiyet akdî veya kanunî, hususî hukuka veya âmme hukukuna müteallik olabilir⁴⁰. Fakat her halde bunun hukukî bir mükellefiyet olması zaruridir. Başkasına ait ahlâkî bir vazifenin ifası hususunda § 679 a istinad edilemez⁴¹. Mezkûr hükmün ahlâkî vazifeler hakkında da tatbikinin mahzurlarını Lent⁴² şöylece belirtmiştir⁴³: Bir kere, iş görenin kendisine mi yoksa başkasına mı terettüp eden bir ahlâkî vazifeyi yerine getirdiğini tayin etmek ekseriya müşküldür; çünkü aynı ahlâkî vazife muhtelif kimseler için bahis mevzuu olabilir; bir fakire sadaka verenin bunu başkası hesabına eda ettiğini sarahaten ifade etmesi lâzımdır; hattâ başkasının ahlâkî vazifesini yerine getiren şahıs bu suretle kendi ahlâk hissinin emirlerine uyduğundan işin külfetine kendisi katlanmalıdır da denilebilir. Diğer taraftan, iş sahibinin iradesi hilâfına onun ahlâkî vazifesini yapan kimsenin, masrafları için, vekâletsiz iş görme hükümlerine binaen ona rücuu imkânı kabul edilirse, bu ahlâkî borç hukukî bir borca tahavvül etmiş olur; böylece ahlâkî vazifelerin hukukî vazifelere tahvilinin fertlerin keyfine bırakılması mahzurludur; bu tahavvülün ancak bir kanun vaz'ı yahut bir âdetin teessüsü suretiyle olması gerekir. Nihayet, ahlâkî vazifelerin hepsinin hukukî vazife haline inkılâb etmesi de arzuya şayan değildir; zira bazı ahlâkî va-

(39) Staudinger - Nipperdey, § 679, Nr. 4; Lent, Wille und Interesse, sh. 28 - 29.

(40) Staudinger - Nipperdey, § 679, Nr. 5; Lent, Wille und Interesse, sh.29.

(41) Staudinger - Nipperdey, § 679, Nr. 6; Lent, Wille und Interesse, sh. 34 - 39; RGR Komm. § 679, Nr. 3; Esser, sh. 328; Leonhard, Bd. II, sh. 434. Aksi fikirde Larenz: Vertrag und Unrecht, II. Teil, 1935, sh. 128; Palandt, § 679, Nr. 2 a.

(42) Sh. 34 - 39.

(43) Leonhard, Bd. II, sh. 434 - 435 e de bk.

zifeler bir zecir tesiri altında yapılmadıkları takdirde kıymet taşırlar; bunların ifası, mahiyetleri icabı, hukukî müeyyidelerle temin edilmemeli-
lidir.

b) İş sahibine terettüp eden mükellefiyetin ifasında âmme menfaati bulunmalıdır⁴⁴. Bundan kasıd, topluluğun, her türlü borcun yerine getirilmesine ve hukuk ve iktisad nizamının iyi işlemesine olan mücerred menfaati değil, müşahhas vakıada iş görence iş sahibine ait mükellefiyetin ifası hususundaki menfaatidir⁴⁵.

Ifasında âmmenin menfaati olan, iş sahibine ait mükellefiyet, daha önce de işaret ettiğimiz gibi, hususî hukuk sahasıyla alâkalı olabilir: meselâ komşunun arsası üzerine yıkılma tehlikesi arz eden bir duvarın tamirine (MK. md. 656, 661)⁴⁶, müstecirin yahut onunla birlikte yaşayan kimselerin sıhhati için ciddi tehlike teşkil eden mecurdaki ayıpların izalesine (BK. md. 249 f. II); iş yerinin tehlikeden âri ve sıhhi olması için gerekli tedbirlerin alınmasına (BK. md. 332); ölen bir kimsenin defin masraflarının karşılanmasına⁴⁷ müteallik mükellefiyetler gibi. Fakat umumiyetle hususî hukuku alâkalandıran akdî borçların ifasında âmme menfaati bulunmaz. Becker'in haklı olarak belirttiği veçhile⁴⁸, iş sahibinin bu gibi borçların başkası tarafından ifasını men'etmesi muteber sayılmalıdır; aksi takdirde iş sahibinin borçlusu onun bir borcunu ödeyerek rücuca olan alacağını kendi borcuyla takas etmek imkânını bulurdu; başkasının mameleki üzerinde böyle bir tasarruf ise tecviz edilemez. Buna mukabil, gene Becker'e nazaran⁴⁹, bir işçinin kendisinin ve ailesinin geçimi için zarurî olan ücretine mütedair alacağını başkası tarafından ödenmesine iş veren muhalefet etse bile bu muhalefet nazara alınmalıdır; çünkü bu borcun yerine getirilmesi âmme intizamı ile alâkahdır.

(44) Staudinger - Nipperdey, § 679, Nr. 7.

(45) Lent, Wille und Interesse, sh. 29, not 3.

(46) Yıkılma tehlikesi arzeden bir duvarın başkası tarafından tamirine sahibinin muhalefet etmesi, vekâletsiz iş görmenin hukuka aykırı surette men'inin klâsik misallerindendir (Bk. Hagenbüchli, sh. 69; Suter, sh. 54; Becker, Art. 420, Nr. 6; Maruite, sh. 244; Carrez, sh. 190 - 191). Komşuluk hukuku ve BK. md. 59 f. I dışında böyle bir duvarı tamir ettirme mükellefiyeti daha ziyade idare hukukunu alâkalandırır. Alman müellifleri, ifasında âmme menfaati bulunan hususî hukuka müteallik borçlara bir misal olarak, ordunun ihtiyaçları için girişilen taahhütleri de göstermektedirler; bu gibi taahhütler de daha ziyade idare hukukuna taallük eder.

(47) Yukarıda § not 16 ya bk. İspanyol MK. md. 1894 de sarahaten bu ihtimali derpiş etmektedir.

(48) Art. 420, Nr. 6.

(49) Art. 420, Nr. 7.

Âmme hukukuna müteallik mükellefiyetlerin uhdesine terettüp ettikleri şahıslar tarafından ifasında daima âmme menfaati mevcuttur; ancak, bunların başkası tarafından ifasının âmme menfaati iktizası olup olmadığı ayrı bir meseledir.

c) İş görenin müdahalesi olmadığı takdirde, iş sahibine ait mükellefiyetin vaktinde yerine getirilmemesi neticesi doğmalıdır⁵⁰. Mükellefiyetin muaccel olması şarttır; fakat iş sahibinin daha önceden mütemerrid hale düşmüş olmasına hacet yoktur. Bittabi, iş görenin müdahalesi olmasaydı, iş sahibi mükellefiyetini hiç bir vakit yerine getirmeyecek idiyse vaziyet gene aynıdır.

d) Mükellefiyetin iş sahibi yerine iş gören tarafından ifası âmme menfaati iktizası olmalıdır. Bu şart, § 679 da sarahaten zikredilmemiş olmakla beraber, doktrin tarafından konulmuştur⁵¹. Bunun ehemmiyeti bilhassa âmme hukuku mükellefiyetlerinde kendisini gösterir. Filhakika bu mükellefiyetlerin büyük bir kısmının bizzat salâhiyetli makamlar tarafından yerine getirilmesi ve hususî şahısların bu işlere müdahale etmesi gerekir; bu gibi hallerde ancak salâhiyetin yanlış anlaşılması neticesinde bir makamın diğer bir makamın işini görmesi bahis mevzuu olabilir. Diğer taraftan, hususî şahıslara yükletilen âmme mükellefiyetlerinin ekserisinin bizzat mükellef tarafından ifasını temin için çeşitli müeyyideler mevcuttur; binaenaleyh bunların başka hususî şahıslarca vekâletsiz iş görme tarikiyle yerine getirilmesinde âmme menfaati yoktur. Nihayet, bazı mükellefiyetler sıkı surette şahsa bağlıdır; bunların yerine getirilmesi kadar, kimin uhdesine düşüyorlarsa onun tarafından ifası da mühimdir: Meselâ askerlik hizmeti gibi. Para cezaları ve hatta Alman hukukunda son zamanlarda hâkim olan cereyana nazaran⁵², vergiler için de aynı şey söylenebilir; gerçi vergilerin tahsili devlet için bir zarurettir, fakat onların mükellef yerine başkası tarafından ödenmesi vergilerin tevziinde gözönünde tutulan içtimaî adalet esaslarının tahakkukuna mani olur. Yolda kazaya uğrayan birini hastahaneye götüren kimsenin bu müdahalesi âmme menfaatine uygundur; buna mukabil ölmüş bir kimsenin cesedini kaldırmak hususî şahıslara düşmez⁵³.

(50) Staudinger - Nipperdey, § 679, Nr. 8; Lent, Wille und Interesse, sh. 30; RGR Komm. § 679, Nr. 3.

(51) Lent, Wille und Interesse, sh. 31 - 33; Staudinger - Nipperdey, § 679, Nr. 9; RGR Komm. § 679; Nr. 3; Enneccerus - Lehmann; sh. 680.

(52) Lent, Wille und Interesse; sh. 32 - 33, not 7; Staudinger - Nipperdey, § 679; Nr. 9; Esser. sh. 328, Aksi fikirde İsviçre'li müellif Suter, sh. 54.

(53) Lent, Wille und Interesse, sh. 32, not 7.

§ 679 da derpiş edilen ikinci ihtimal, iş sahibine ait kanunî infak mükellefiyetinin başkası tarafından yerine getirilmesidir. Böyle bir ifanın âmme menfaati icabı olup olmadığı ve iş sahibinin ona muhalefetinin hukuka aykırı sayılıp sayılmayacağı Türk - İsviçre hukuku bakımından münakaşa edilebilir. Müelliflerin ekserisi, iş sahibinin bu husustaki muhalefetinin hukuka aykırı olacağı fikrindedirler⁵⁴. Buna mukabil, Bern İstinaf Mahkemesi eski bir kararında⁵⁵, İsviçre BK. hazırlanırken BGB § 679 a benzer bir hüküm sevkinden kasden sarfnazar edildiğini⁵⁶, binaenaleyh iş sahibinin kendisine düşen nafaka borcunun başkası tarafından ifasını muteber surette men'edebileceğini beyan etmiştir. Fakat bu karar 1910 tarihlidir ve iş sahibinin hukuka aykırı men'inin muteber olmadığı hususu İBK. md. 420 f. III e 1912 tadilinde eklenmiştir. Bu itibarla, kararın tatminkâr bir mesnet teşkil etmesi şüphelidir. Gerçi halen de BK. da, bir kimsenin kendisine ait kanunî infak mükellefiyetinin başkası tarafından yerine getirilmesine muhalefeti sarahaten derpiş edilmiştir ve nafaka borçlusunu bizzat edaya icbar için müeyyideler mevcuttur; bununla beraber, başkasının bu mükellefiyeti ifasına muhalefet, mukayeseli hukuk da nazara alınarak⁵⁷, hukuka aykırı sayılabilir.

İş sahibinin muhalefetinin muteberliği hususunda ihtilâflar doğuran bir mesele de başkasının intiharna mani olmak dolayısıyla ortaya çıkar: İntihara teşebbüs eden kimsenin bu teşebbüsüne engel olunmasını men'etmesi muteber midir? Bazı müelliflere nazaran⁵⁸, iş sahibinin bu men'i ahlâka aykırıdır. Diğer bazı hukukçular ise⁵⁹, intihar etmenin her zaman ahlâka aykırı olmadığını, yüksek ahlâkî saikler tahtında da bir kimsenin hayatına son verebileceğini, binaenaleyh intihar edenin kendisine karışılmamasını istemesinin de ahlâk kaideleriyle tearuz halinde bulunmayacağını söylemektedirler. Bu sonuncu hukukçulardan bir kısmının fikrinde⁶⁰, kimsenin yaşamak hakkından vazgeçmeğe müteallik be-

(54) Oser - Schönerberger, Art. 420, Nr. 5; Becker, Art. 420, Nr. 6; Suter, sh. 54; Schneider et Fick, art. 420, no. 13; Martin, sh. 291; Aeby, sh. 76.

(55) ZbJV, 46 (1910), sh. 375.

(56) Filhakika 1881 tarihli İBK na takaddüm eden IV. Projede böyle bir hüküm mevcut iken, başkasının mükellefiyetlerini yerine getirmek için vaki müdahaleleri tecviz etmenin tehlikeli olacağı mülâhazası ile tayyedilmiştir. Bk. Bermann, sh. 60; Hagenbüchli, sh. 70.

(57) Bk. yukarıda not 38; İspanyol MK. md. 1894.

(58) Becker, Art. 420, Nr. 8; Aeby, sh. 76; Oertmann, § 679; Nr. 2; Larenz, yukarıda not 41 de a.g.e., sh. 128; Palandt, § 679, 2 a.

(59) Lent, Wille und Interesse, sh. 40; Leonhard, Bd. II, sh. 436; Staudinger - Nipperdey, § 679, Nr. 15.

(60) Leonhard, Bd. II, sh. 437; RGR Komm. § 679, Nr. 2; Berger : Pflicht-

yanları muteber değildir (MK. md. 23 f. I); kendi intihanna mani olunmaması tarzındaki beyanlar da bu nevidendir. Lent'e nazaran ise⁶¹ intihara mani olan şahıs, müntehire değil emniyet makamlarına ait bir işi vekâletsiz olarak görür; mezkûr makamlar vaktinde müdahale edemeyecekler ise, intihar edeni kurtaran kimsenin o makamlara ait vazifeyi yerine getirmesi âmme menfaati iktizasıdır ve bu makamların aksine iradesi bahis mevzuu olamaz. Başka bir müellifler grubu⁶², şu telâkkiyi müdafaa etmektedir: İntiharı önleyen şahıs müntehirin işini görmüş vaziyettedir; ancak müntehirin muhalefeti hukuka aykındır; çünkü onu kurtaran şahıs CK. md. 476 nın (Alman CK. § 330 c) emrettiği şekilde hareket eylemiştir; mezkûr hüküm mucibince, herkes tehlikede olan kimseye mümkün olan yardımı yapmakla mükelleftir; şahıs, intihara teşebbüste olduğu gibi, kendi kendisini tehlikeye koymuş olsa bile bu hüküm kabili tatbiktir; kanunun emrettiği bir müdahaleye iş sahibinin muhalefeti ise hukuka aykındır. Kaldı ki, intihara teşebbüs edenin temyiz kudretinden mahrum olduğu hallerde zaten muhalefeti nazara alınmaz; bazan da, o, kurtulduktan sonra icazet vermekle önceki muhalefetini hükümsüz kılabilir.

Bir hekimin tedavi maksadıyla vaki müdahalesine hastanın muhalefetinin ne nisbette muteber olacağı meselesi de pratik bakımdan ehemmiyetlidir⁶³. Bu hususta, kaideten kimsenin iradesi hilâfına, hususî şahıs sıfatıyla hareket eden bir hekim tarafından tedaviye tabi tutulamayacağı söylenebilir⁶⁴; hatta hastanın bu tedaviden fayda görmesi ihtimali pek büyük olsa dahi gene iradesi nazara alınmalıdır. Ancak, bir haksız fiilden bedenî bir zarara uğrayan kimsenin, tedavi yoluyla zararının artmasına mani olmak mümkün olduğu halde, buna rıza göstermemesi bir müterafık kusur mahiyetinde sayılır. Bittabi şuurunu kaybetmiş ve ya-

widrige Verbote des Geschäftsherrn, insbes. die Rettung eines Selbstmörders, 1933, sh. 22 ve müt.

(61) Wille und Interesse, sh. 41 - 42.

(62) Staudinger - Nipperdey, § 679, Nr. 15; Enneccerus - Lehmann, sh. 680.

(63) Bu mesele hakkında bk. Lent, Wille und Interesse, sh. 42 - 49; Leonhard, Bd. II, sh. 438; Holz: Der Arzt als negotiorum gestor, JW, 1914; sh. 1124; V. Heise: Ärztliche Tätigkeit ohne Einwilligung des Patienten, Diss. Göttingen 1921; E. Richter: Die ärztliche Geschäftsführung ohne Auftrag, Diss. Marburg 1922; Demogue, t. III, no. 13.

(64) Buna mukabil, bu hususta bir âmme hukuku mükellefiyeti mevcut olabilir: Asılanma mecburiyeti gibi. Umumî surette tedaviye rıza gösterme mükellefiyetinin de lege ferenda tanınmasının isabetli olup olmayacağı hakkında bk.: Lent, Wille und Interesse, sh. 45 - 49.

kınlarından kimse de bulunmayan⁶⁵ bir şahsa yapılan tıbbi müdahalenin, onun mefruz iradesine uygunluğu kabul edilmek gerekir.

İş görme, iş sahibinin menfaati iktizası olsa ve o, sırf inatçılık veya hafiflik yüzünden işin yapılmasını men'etse dahi bu men muteberdir⁶⁶.

Demogue'a göre⁶⁷, iş sahibi ehliyetsizse veya irade fesadına uğramışsa, muhalefeti muteber sayılmamalıdır. Kanaatimizce, yalnız iş sahibi mümeyyiz değilse muhalefeti nazara alınmamak iktiza eder; yoksa mümeyyiz kasırın men'ine riayet etmek lâzımdır⁶⁸. İrade fesatları ise Türk - İsviçre hukukuna nazaran, ilzam olunmamazlık beyanında bulunmak salâhiyetini bahşeder; iş sahibinin böyle bir beyanda bulunması görülen işe icazet vermesine müsavidir.

İş sahibinin muhalefetinin muteber olmamasının hükmü şudur⁶⁹: İş gören, BK. md. 411 f. III mucibince kazadan da değil sadece kusuraundan mes'ul olur; iş görme aynı zamanda iş sahibinin menfaatine de

(65) Şuurunu kaybetmiş bir hastaya tıbbi bir müdahalede bulunmak için yakınlarının fikrinin sorulması keyfiyetinin, Demogue'a (t. III, sh. 25, not 5) ve Arsebük'e (sh. 563 not 47) nazaran, hukukan izahı müşküldür; bu hususta ancak aile tesanüdüne dayanan içtimai mülâhazalar ileri sürülebilir. Buna mukabil Aebly (sh. 74, not 26) ve Richter'in (sh. 5) kanaatine, yakınların fikrinin sorulması, hastanın mefruz iradesini tesbit edebilmek, onun şahsî ve mamelekî vaziyeti, itiyadları ve temayülleri hakkında bilgi sahibi olabilmek gayesine matuftur; yoksa müdahale için yakınların rızasına hacet bulunmaz.

Türk Tabipler Birliği Tıbbî Deontoloji Nizamname Lâyihası md. 22 bu mevzu ile alâkalı şu hükümleri muhtevidir:

“Tabip ve dış tabibi, yapacağı herhangi bir müdahale veya ameliye için, şuuru yerinde ve beyana muktedir olan bir hastanın, hasta küçük veya hacir altında ise, veli veya vasisinin muvafakatini almakla mükelleftir.

Büyük cerrahî ameliyelerle muvakkat zaman için şuur ziyanı mucip olan çok tedavilerinde, müdahalenin muhtemel neticeleri münasip şekilde anlatılır. Bu gibi hallerde alınacak muvafakatın yazılı olması şarttır.

Ancak, intihar kasdiyle veya şuuruna sahip bulunmaması sebebiyle, kat'i şekilde faydalı olacağı bilinen ve âcilen yapılması zarurî olan bir müdahaleye rıza gösteremeyecek durumdaki hastanın muvafakati aranmaz.

Müdahale esnasında evvelce tahmin edilmeyen bir vak'a ile karşılaşan tabip ve dış tabibi ayrıca muvafakat istihsaline lüzum olmaksızın fennin icaplarını tatbik eder.

Hasta, müdahaleyi yapacak tabibi seçmekte serbesttir.”

(66) Aksi fikirde olan Mourlon'un nazariyesi ve onun tenkidi hakkında bk. Maruitte, sh. 242 - 244.

(68) Aynı fikirde Maruitte, sh. 283 - 284.

(69) Staudinger - Nipperdey, § 679, Nr. 1 ve 2 ile karşılaştırınız.

uygun ise, iş görenin BK. md. 413 teki hakları dermeyan etmesi imkân dahiline girer.

BAP II

İŞ GÖRENİN HAKLARI

İş görenin borçlarının doğması için vekâletsiz iş görme unsurlarının mevcudiyeti kâfi olduğu halde, onun haklarını dermeyan edebilmesi bu unsurlara ilâveten başka şartların da tahakkukuna mütevakıftır. Diğer tarafta, iş gören bilhassa, tecviz edilen iş görmeye şümüllü haklara sahiptir; tecviz edilmeyen iş görmeye onun mutalebeleri iş sahibinin temellük ettiği faydalarla mahduttur. Bu itibarla, evvelâ, tecviz edilen iş görmeye iş görenin haklarının dermeyanı için gerekli şartları ve mezkûr hakların muhtevasını, sonra da, tecviz edilmeyen bir müdahalede bulunanın haklarını tetkik edeceğiz.

FASIL I

TECVİZ EDİLEN İŞ GÖRMEDE İŞ GÖRENİN HAKLARININ DERMEYANI İÇİN GEREKLİ ŞARTLAR.

§ 32 — İŞ SAHİBİNİN MENFAATI İKTİZASINA VE MAKSADINA
UYGUN OLARAK İŞE GİRİŞİLMESİ

I — İşe girişmenin iş sahibinin menfaatine uygun olması şartı ve bu menfaatin tesbitinde takip edilecek metod.

İş görenin BK. md. 413 f. I deki hakları dermeyan edebilmesi için işe girişmenin iş sahibinin menfaatine uygun olması gerektiği mezkûr hükümde sarahaten beyan olunmuştur. Fakat bu menfaatin (utilitas) nasıl tayin edileceği hususu ihtilâfıdır:

a) BK. md. 413 f. I in lâfzından hareket edilecek olursa, iş görenin “iş sahibinin menfaati için” hareket etmesi kâfidir. Yani iş gören kendi sübjektif takdirine göre işe girişmediği iş sahibinin menfaatine uygun bulur ve bu menfaate hizmet maksadıyla faaliyete geçerse BK. md.413 f. I deki haklardan istifade edebilir.

Bu aşın derecede sübjektif tefsir tarzının ne kadar tehlikeli neticeler doğuracağı aşikârdır. Filhakika, böylelikle herkes başkasının işlerine keyfi surette karışmak cesaretine sahip olur; çünkü müdahalesinin tevliidi ettiği masrafları isteyebileceğinden emindir. İş görenin takdirinin objektif bir ölçüsü olmadığından, yalnız iyi niyete müstenid fakat beceriksizce ve yersiz müdahaleler değil, aynı zamanda iş sahibini rahatsız veya mu-

tazarrır etmek kasdıyla yapılanlar da tecviz edilmiş olur; iş gören, müdahalesinin iş sahibinin menfaatine olduğu zannıyla hareket ettiğini ileri sürerek masraflarını talep edebilir.

Hulâsa bu hal tarzının tasvibe şayan olmadığı muhakkaktır¹. Zaten BK. md. 413 f. I e tekabül eden İBK. md. 422 f. I in her üç dildeki metninde, işe girişmeyi "iş sahibinin menfaatinin iktiza ettirmesi" şeklinde objektif bir ifade kullanılmıştır²; türkçe metni tefsir ederken İsviçre metinlerindeki ibareler gözönünde tutulmalıdır.

b) Pandekt hukukunda hâkim olan³ ve sonradan da bazı müelliflerin⁴ iltihak ettikleri bir nazariye mucibince, iş sahibinin menfaati iktizasının ne olduğu, onun hakiki veya tahmin olunan maksadına tevfi kan tayin edilmelidir. Başka bir deyimle, iş sahibinin iradesine uygun olan her müdahale onun menfaatine de uygundur.

Bu nazariye de şöylece tenkid edilebilir: İnsanlar her vakit kendi menfaatleri iktizasının ne olduğunu lâyikiyle takdir edemezler ve takdir etseler bile bu takdirlerine uygun surette hareket eylemek arzusunu taşımazlar. Binaenaleyh, iş sahibinin menfaati ile iradesi mutlaka aynı istikamete müteveccih değildir. Diğer taraftan, iş sahibinin iradesine uygun, fakat menfaatine aykırı bir vekâletsiz iş görmeyi tecviz etmek, hafifmeşrep veya makul olmayan düşüncelerin tahakkukuna yardımcı, kötü arkadaşlığı teşvik neticesini doğurur⁵.

Gerçi iş sahibinin menfaatine onun hakiki iradesinin takaddüm etmesi fikrini müdafaa eden müelliflerden bazıları⁶, bu hususta vekâlet aktini misal göstermektedirler: bir kere bir iş için vekâlet verildi mi onun-

(1) Aynı fikirde Becker, Art. 422, Nr. 2 in fine; Staudinger - Nipperdey, § 683, Nr. 6; Suter, sh. 78; Enneccerus - Lehmann, sh. 682.

(2) "Lorsque son intérêt commandait que la gestion fût entreprise..", "Wenn die Übernahme einer Geschäftsbesorgung durch das Interesse des Geschäftsherrn geboten war...", "Se l'assunzione della gestione era richiesta nell'interesse del padrone...".

(3) Bk. von Monroy, sh. 26; Sturm, sh. 4; Windscheid, sh. 859; Ruhstrat, Arch. ziv. Prax., Bd. 32, sh. 181 ve müt.; Chambon, § 7; Ogonowski, sh. 17 ve müt.

(4) İsviçre hukukunda: Bermann, sh. 54; Aeby, sh. 73 - 74; Alman hukukunda: Leonhard, Bd. II, sh. 442 ve müt.; Isay, sh. 134 ve müt.; Ernst, Arch. ziv. Prax., Bd. 96, sh. 440 ve müt.; Fransız hukukunda bu nazariyeye taraftar olan müellifleri Maruitte, sh. 305 de saymaktadır.

(5) Lent, Wille und Interesse, sh. 15.

(6) Maruitte, sh. 313 - 314. Leonhard, Bd. II, sh. 443 de bk.

yapılması müvekkilin menfaatine aykırı olsa dahi vekil masraflarını isteyebilir; iş sahibinin maksadına uygun hareket eden vekâletsiz iş görenin vaziyeti de buna müşabihdir. Ancak, fikrimizce, bu müşabeheti ileri sürenler, vekâletsiz iş görmede iş sahibinin vekilden farklı olarak tamamen pasif vaziyette bulunduğunu hatırdan çıkarmaktadırlar; kaldı ki, iş sahibi iradesine uygun fakat menfaatine aykırı olan işin neticelerini hakikaten üzerine almak istiyorsa ona icazet vermek imkânına da sahiptir.

Suter⁷, iş sahibinin menfaatinin onun iradesi esas alınarak tayin edilmesine karşı, bu metodun muamelâttaki emniyet (Verkehrssicherheit) prensibi bakımından da tatminkâr olmadığını beyan eylemektedir; müellife nazaran, iş görene, iş sahibinin normal bir insanınkinden farklı olan iradesini, kusuru olmaksızın bilememesinin riskleri yükletilmemelidir.

Bu tenkidleri bertaraf etmek için, iş sahibinin iradesini esas tutan nazariye taraftarlarından bir kısmı⁸, şu takyidleri tanımaktadırlar: İş gören, gerekli ihtimamı sarfetse dahi iş sahibinin hakiki iradesini öğrenemeyecek idiye, bu iradeye aykırı fakat iş sahibinin objektif olarak tesbit edilen mefruz iradesine⁹ uygun surette hareket etmişse gene masraflarının ödenmesini isteyebilmelidir. Diğer taraftan, bilerek iş sahibinin menfaatine aykırı bir faaliyette bulunan kimse, bu faaliyeti onun iradesine uygun olsa bile masraflarını talep edememelidir.

c) Bugün hâkim olan nazariyeye tevfikan¹⁰, işe girişmenin iş sahibinin menfaati iktizası olup olmadığı objektif surette tayin olunur. Yani işe girişme anında iş sahibinin içinde bulunduğu şartlar gözönünde tutulmak kaydıyla, muamelâta cârî telâkkiye ve hüsnüniyet kaidelerine göre, onun menfaati iktizasının ne olduğu araştırılır. Eğer işe girişme, iş sahibinin bu suretle tesbit edilen menfaatine aykırı, fakat iradesine uygun ise, iş gören BK. md.413 f. I den istifade edemez.

Burada üzerinde durulması gerekli olan nokta, menfaatin tesbitin-

(7) Sh. 65.

(8) Maruitte, sh. 310 - 312; Isay, sh. 136, 138.

(9) Yani iş sahibi mâkul bir insan olarak hareket etseydi haiz olacağı irade. Bk. yukarıda § 25, not 16 ya ait metin.

(10) Bu nazariyenin müdafileri İsviçre'de: Suter, sh. 65 - 69; Hagenbüchli, sh. 61; Oser - Schönenberger, Art. 422, Nr. 3; Becker, Art. 422, Nr. 2; Schneider et Fick, art. 422, no. 4; Guhl, sh. 307; Bienne Mahkemesi, SJZ; 46 (1950); sh. 209; Türk hukukunda: Göktürk, sh. 525; Alman hukukunda: Staudinger - Nipperdey, § 683, Nr. 6; Lent, Wille und Interesse, sh. 19 - 20; Enneccerus - Lehmann, sh. 682; RGR Komm. § 683, Nr. 2; Palandt, § 683, Nr. 2; Fransız hukukunda: Demogue, t. III, no. 39; Planiol - Ripert - Esmein, t. VII, sh. 17.

de müşahhas vakıanın icaplarının, iş sahibinin cinsi, yaşı, içtimai ve mâli vaziyeti, temayülleri, itiyadları gibi hususların gözönünde tutulması lüzumudur¹¹. Yalnız iş görenin müdahalesiyle istihdaf ettiği mücerret netice değil müşahhas vakiada bu müdahalenin o kimse tarafından yapılması da iş sahibinin menfaati iktizası bulunmalıdır¹². Filhakika aynı neticeye muhtelif yollardan erişmek mümkündür; iş sahibi, o işi bizzat yapabileceği gibi bir başkasını da bu hususta tevkil edebilir; binaenaleyh ancak iş sahibinin bizzat veya vekili marifetiyle harekete geçmesi mümkün olmadığı ve iş görenin âcilen müdahale etmesi lâzım gelen hallerde böyle bir müdahale tecviz olunmalıdır. Diğer taraftan, mücerret olarak bir kimsenin menfaatine aykırı sayılabilecek olan bir işe girişilmesi, müşahhas vakiada iş sahibinin menfaati iktizası bulunabilir; meselâ, muhakkak ve acele paraya ihtiyacı olan iş sahibine ait bir şeyin kıymetinden aşağıya satılması gibi. Aksine, çok müsait şartlarla bir şeyin satın alınması, mücerret bakımdan faydalı bir muamele olmakla beraber, müşahhas vakiada iş sahibinin, o şeye ihtiyacı bulunmadığı veya semeni ödeyecek imkânı olmadığı için, menfaati iktizası sayılmayabilir. Böylece objektif nazariye, müşahhas vakıanın icaplarını gözönünde tuttuğu için, pratik bakımdan, iş sahibinin objektif surette tesbit edilmiş olan mefruz iradesine¹³ müstenid nazariye ile hemen daima aynı neticeye ulaşır.

Gerek sübjektif gerekse objektif nazariye taraftarlarının kabul ettikleri¹⁴ ve Roma hukukundan gelen¹⁵ bir kaide mucibince, iş sahibinin menfaatine uygun olması iktiza eden, işe girişmenin¹⁶ kendisidir, yani bu uygunluk işe girişme anında mevcut olmalıdır; yoksa bir kere iş bu menfaate uygun olarak ele alındıktan sonra, gerekli ihtimamı sarfetmesine rağmen umulan netice hasıl olmasa¹⁷ veya hasıl olup da kaybolursa¹⁸ dahi, iş gören BK. md. 413 f. I deki hakları dermeyan edebilir. Bu esas

(11) Suter, sh. 66; Staudinger - Nipperdey, § 683, Nr. 6; Lent, Wille und Interesse, sh. 20.

(12) Lent, Wille und Interesse, sh. 21; Staudinger - Nipperdey, § 683, Nr. 4.

(13) Bk. yukarıda § 25 not 16 - 17 ye ait metin.

(14) Bk. Maruitte, sh. 298 - 303; Suter, sh. 93 - 94; Hagenbüchli, sh. 62; Aeby, sh. 90 - 91; Oser - Schönenberger, Art. 422, Nr. 4; Schneider et Fick, art. 422, no. 19; Lent, Wille und Interesse, sh. 13; Staudinger - Nipperdey, § 683; Nr. 5.

(15) Bk. yukarıda § 2 not 17 ve ona ait metin.

(16) İşe girişme mefhumu hakkında bk. yukarıda § 25 not 4.

(17) Meselâ şuurunu kaybetmiş bir kazazede, yapılan cerrahî müdahaleye rağmen ölüyor.

(18) Meselâ tamir edilen duvar zelzele neticesinde yeniden yıkılıyor.

BK. md. 413 f. II de sarahaten ifade edilmiştir¹⁹. Menfaate uygunluğun işin neticesi bakımından değil de yalnız işe girişmede aranması, herkesi başkalarına yardıma teşvik içindir; aksi takdirde girişilen işin iyi neticelenmemesi endişesi, faydalı surette başkalarına müzahir olabilecek kimseleri dahi müdahaleden alıkoyardı. Zaten, istisna akdi bir tarafa bırakılırsa, iş görmenin bir akde müstenid olduğu hallerin ekserisinde de, işin kusur dışında sebeplerle neticelenmemesinin rizikosu iş görene ait değildir.

İşe girişmenin iş sahibinin menfaati iktizası olduğunu isbat külfeti iş görene terettüp eder²⁰.

II — İşe girişmenin iş sahibinin maksadına uygun olması şartı.

BK. md. 413 f. I de, md. 410 un aksine işe girişmenin iş sahibinin menfaatinden maada maksadına da uygun olması sarahaten şart kılınmamıştır²¹. Bu vaziyet karşısında, iş görmenin tecviz edilmesi için, iş sahibinin sadece menfaati iktizası olmasının kâfi gelip gelmeyeceği ve ayrıca onun bu husustaki iradesinin nazara alınmasına hacet bulunup bulunmayacağı meselesi ortaya çıkar.

İş sahibinin menfaati iktizasının ne olduğunu onun hakiki veya tahmin olunan maksadına göre tayin eden sübjektif nazariye kabul edilirse mesele kendiliğinden hallolunur. Zira iş sahibinin maksadına uygun olan bir iş görme, menfaatine de uygun olacağı cihetle, BK. md. 413 f. I de ayrıca maksadın zikredilmemiş olmasının ehemmiyeti yoktur.

Buna mukabil objektif nazariyeden hareket edilirse, menfaat ile maksat her zaman aynı olmayacağından²², mesele yeniden ehemmiyet kazanır.

Objektif nazariye taraftarlarından olan Suter'in kanaatinde²³ iş görenin haklarının doğması bakımından, işe girişmenin iş sahibinin mak-

(19) Bu fıkradaki, "iş yaparken icab eden ihtimamda bulunan" ibaresi mevcut olmasaydı gene aynı netice çıkarılabilirdi. Zira işin icrasında gerekli ihtimamı göstermeyen iş görene BK. md. 410 ve 411 f. I. mucibince terettüp edecek tazminat borcu ile onun masraflarına müteallik mutalebesi birbiriyle mahsup edilirdi.

(20) Staudinger - Nipperdey, § 683, Nr. 13.

(21) Alman MK. § 683, Polonya BK. md. 117 f. I ve Yunan MK. md. 736 da bu hususta sarahat mevcuttur.

(22) Yukarda § 25, III ün baş kısmına bk.

(23) Sh. 65.

sadına uygun olup olmasının ehemmiyeti yoktur; bu hakların doğumu, BK. md. 413 f. I de iş görenin iş sahibinin sadece menfaati iktizasası olması şartına mütevakıf tutulmuştur. Binaenaleyh, iş sahibinin maksadına aykırı, fakat menfaatine uygun olarak işe girişen kimse de mezkûr hükümden istifade eder; yalnız onun mes'uliyeti BK. md. 411 f. III mucibince daha ağırdır.

Gene objektif nazariye müdafilerinden olan diğer bir takım müelliflerin bu husustaki fikri²⁴ bize daha münasip görünmektedir. Bunlara nazaran, iş görenin BK. md. 413 f. I deki hakları dermeyan edebilmesi için, işe girişmenin iş sahibinin yalnız menfaatine uygun olması kâfi gelmeyip aynı zamanda onun maksadına da aykırı olmaması gerekir. Gerçi iş sahibinin menfaati ile maksadı daima aynı istikamete yönelmezler; fakat iş sahibinin maksadına aykırı bir iş görme mücerret bakımdan onun menfaatine uygun olsa dahi müşahhas bakımdan bu menfaate aykındır; yani maksat menfaatin tayininde sadece menfi bir rol oynar²⁵. Bu hal tarzı birçok memleketler hukukunda kabul edilmiş olduğu gibi²⁶ hakka niyete de uygundur. İş sahibinin, objektif bakımdan menfaatine uygun diye, arzu etmediği müdahalelerin masraflarını ödemeğe mecbur kılması, onu başkalarının bir nevi vesayeti altına sokmak neticesini doğurur; böyle bir netice ise tasvibe şayan değildir. Şu halde, iş sahibi, işin görülmesini sarahaten veya delâleten men'ettiği takdirde, işe girişme mücerret surette onun menfaatine uygun olsa dahi, iş gören yalnız BK. md. 411 f. III mucibince mes'ul olmakla kalmayıp BK. md. 413 f. I deki hakları da dermeyan edemez. Bittabi, iş sahibinin bu men'inin muteber olması gerekir²⁷. Diğer taraftan, şuna da tekrar işaret etmek lâzımdır ki, ekseriya iş sahibinin hakiki iradesi mevcut değildir veya bu iradeyi tesbit etmek mümkün olmaz; objektif olarak tesbit edilen mefruz irade ise, pek ender haller müstesna, iş sahibinin müşahhas menfaati ile aynı istikamete yönelir.

(24) Becker, Art. 422, Nr. 2; Schneider et Fick, art. 422, no. 10; Hagenbüchli, sh. 61. Oser - Schönerberger de iş sahibinin iradesinin onun menfaatinin tayininde hesaba katılması gerektiği fikrindedir (Art. 422, Nr. 3).

(25) Halbuki sübjektif nazariyede, iş sahibinin maksadının müsbet bir rolü de vardır; yani bu maksada uygun fakat menfaate aykırı iş görme de tecviz edilir; meğer ki Isay'ın yaptığı gibi (sh. 138) bu hususta bir takyid kabul edilmiş olsun; bk. yukarıda not 8.

(26) Bk. İtalyan MK. md. 2031 f. II; Çin MK. md. 176 f. I; Avusturya MK. md. 1040; Polonya BK. md. 118.

(27) Bk. yukarıda § 31, III.

İşe girişme iş sahibinin menfaatine uygun ise, onun iradesine de uygunluğu karine olarak kabul edilmelidir²⁸; eğer iş sahibi, işe girişilmesini men'ettiğini iddia eylerse, iş görenin bu men'i bildiğini veya bilmesi lâzım geldiğini isbata mecburdur. Beyyine külfetinin bu suretle tevzii iş sahibinin maksadının onun menfaatinin tayinindeki menfi rolüne de tevafuk eder.

III — İş görenin, iş sahibinin menfaatini ve maksadını tesbitte hatâya düşmesi.

Alman hukukunda hâkim olan telâkkiye nazaran²⁹, iş gören, iş sahibinin maksadını veya menfaatini tesbit hususunda hataya düşer ve bunun neticesinde mezkûr maksada veya menfaate aykırı hareket ederse, kusuru bulunsun veya bulunmasın, tecviz edilen bir iş görmeden doğan haklara sahip olamaz.

Buna mukabil Lent'in kanaatince³⁰ burada bir takım tefrikler yapmak ve de lege ferenda şu hal tarzlarını tanımak isabetli olur:

İş görenin hatası kusuruna müstenid ise, iş görmeyi tecviz etmemek fikri tasvibe şayandır. Eğer bu hata kusurdan ileri gelmiyorsa, onun iş sahibinin iradesine mi yoksa menfaati iktizasına mı taallük ettiğine bakılmalıdır. İş gören, iş sahibinin menfaatine uygun fakat kusuru olmaksızın bilmediği iradesine aykırı hareket ettiği takdirde gene tecviz edilen bir iş görmeden mütevellid hakları ileri sürebilmelidir; zira aksi takdirde, bu iradeyi tesbitte hata endişesi herkesi başkalarına yardımdan içti nab etmeğe sevkederdi; kaldı ki, burada iş sahibinin menfaati de gözetildiğinden onun şahsî hürriyetinin içtimâi tesanüd mülâhazasıyla böylece takyidi ağır sayılmamak gerekir. Buna mukabil, iş gören kusuru olmaksızın iş sahibinin menfaati üzerinde hataya düşerek ona aykırı hareket edecek olursa, iş görmenin külfetleri hâkim tarafından hakkaniyete uygun bir surette iş sahibi ile iş gören arasında paylaşılmalıdır; yani iş gören masraflarının hiç olmazsa bir kısmını isteyebilmelidir.

Fikrimizce, Türk - İsviçre hukuku bakımından, meseleyi şu şekilde

(28) Staudinger - Nipperdey, § 683, Nr. 14; Enneccerus - Lehmann, sh. 682; RGR Komm. § 683, Nr. 4; Maruitte, sh. 321 - 322.

(29) Staudinger - Nipperdey, § 683, Nr. 7 ve 12; Oertmann, § 683, 1 d; RGR Komm., § 683, Nr. 3; Enneccerus - Lehmann, sh. 682; Leonhard, Bd. II; sh. 440 - 441. Fransız müelliflerinin çoğu da aynı fikirdedirler: Maruitte, sh. 321; Demogue, t. III, sh. 68 not 1; Larombière, t. VII, art. 1375, no. 10.

(30) Wille und Interesse, sh. 17 - 19, 21 - 23.

halletmek kabildir: İş sahibinin objektif bakımdan menfaati iktizası olan, fakat yapılmasını arzu etmediği bir işini, iş gören, bu men'e kusuru olmaksızın itila edememesi neticesinde yaparsa, BK. md. 411 f. III kıyasen tatbik edilmeli ve iş gören masraflarının ödenmesini isteyebilmelidir. Zira, BGB § 683 ün aksine, BK. md. 413 f. I sarahaten iş sahibinin men'i halini derpiş etmediği gibi bu menden bahseden yegâne hüküm (yani BK. md. 411 f. III) de onun ancak bilindiği veya bilinmesi lâzım geldiği takdirde nazara alınmasını emretmektedir. İş görenin kusuru olmadan iş sahibinin menfaati iktizasını tayinde hataya düşmüş olması ihtimaline gelince, bu menfaatin objektif surette tesbiti kabul olunduğu cihetle, iş görenin onu tayindeki hatasının kusura müstenid bulunmamasını tasavvur biraz müşküldür. Ender kusursuz hata halleri için, de lege ferenda, Lent'in tavsiyesine ittiba olunarak, iş sahibi ile iş gören arasında risklerin paylaşılması yoluna gidilebilir.

IV — Menfaatin muhtevası; tatbikattan misaller.

Ancak iş sahibinin menfaatinin iktiza ettirdiği bir işe girişen kimse- nin BK. md. 413 deki haklardan istifade edebileceği beyan olunmakla, iş sahibinin hukukî sahası keyfi, yersiz ve beceriksizce müdahalelerden masun kılınmak istenmiştir. Bahis mevzuu menfaatin objektif surette ve in concreto tayininin isabetli olacağını yukanda belirtmiş bulunuyoruz. Fakat menfaatin tayininde takib edilecek metodun seçilmesi kâfi değildir; bir de, menfaatin muhtevasının ne olacağını tesbit etmek lâzımdır. Başka bir deyimle, iş sahibinin menfaatinin iktiza ettirdiği işler hangileridir? Bu işlerin sahasını dar veya geniş tutan muhtelif görüşler mevcuttur:

a) Pandektistlerden bir kısmı³¹, yalnız zarurî işleri (negotia necessaria), iş sahibinin menfaati iktizası addediyorlardı. Yapılmadıkları takdirde iş sahibinin maruz kalacağı zararlı bir neticeyi önlemek için girişilen işler zarurîdir³².

Zarurî işlerin başında, zaruret halinde vaki müdahaleler gelir. Zaruret hali (cas de nécessité, Notfall), bir kimsenin şahsî veya mameleki varlıklarını tehdit eden bir tehlikeyi bertaraf etmek için *derhal harekete*

(31) Vangerow, Pandekten, Bd. III, 7 Aufl. sh. 506; Wächter, Pandekten, Bd. II, 1881, sh. 455; Brinz, Lehrbuch der Pandekten, Bd. II, 2. Aufl. 1879, sh. 641 (Bk. Suter, sh. 72, not 2, 3, 4).

(32) Suter, sh. 72 ve müt.

geçilmesini icap ettirir³³; boğulmakta olan bir insanın kurtarılması yahut yanan bir evin söndürülmesine yardım bu hususta misal olarak gösterilebilir³⁴. Bazı Medenî Kanunlar vekâletsiz iş görmeyi sadece zaruret halinde tecviz etmektedirler³⁵.

Zarurî işler, zaruret halinde girişilen müdahalelere münhasır değildir. Bir hukukî varlığın idamesi için gerekli fakat âcil olarak yapılmasına hacet bulunmayan işler de bu kategoriye girer; meselâ bir hayvanın beslenmesi, hemen yıkılma tehlikesi arzuetmeyen, harâbiye yüz tutmuş bir duvarın tamiri gibi.

Nihayet, iş sahibinin kanunen veya bir hukukî muamele mucibince, yahut ahlâkî bir baskı tesiri altında yapmakla mükellef olduğu işlerin icrasına da zarurî vasfı izafe olunmaktadır³⁶. Burada, iş görenin iş sahibine terettüp eden mükellefiyeti ifa suretiyle önlediği zararlı neticenin, ademi ifa halinde onun maruz kalacağı müeyyide (tazminat, para cezası, cemiyet içindeki kredisinin azalması, diğer şahısların takbihi gibi) olduğu söylenmektedir. Yalnız mükellefiyetin hakikaten mevcut ve muaccel olması, iş sahibinin herhangi bir defa veya itirazdan istifade edemeyecek vaziyette bulunması şarttır. Diğer taraftan, iş sahibi mükellefiyetin yerine getirilmesini muteber bir surette men'etmiş olmamalıdır. Buna mukabil, iş sahibinin hastalık, gaybubet gibi sebeplerden işiyle bizzat meşgul olmaması veya mükellefiyetin mevcudiyetinden haberdar bulunmaması şartlarının tahakkukuna hacet görülmemektedir³⁷.

Yalnız zarurî işlerin vekâletsiz olarak yapılmasını tecviz eden nazariye yukarıda ismi geçen Pandektistlerden³⁸ maada bazı Fransız hukukçuları tarafından da³⁹ müdafaa edilmiştir. Eski bir kararında Fede-

(33) Bk. yukarıda § 3, not 4 ve § 30 not 5.

(34) Aşağıda not 51 ve 52 deki mahkeme kararlarına da bk.

(35) Ezcümle Avusturya MK. md. 1036; Çekoslovak MK. md. 443; Portekiz MK. md. 1723 ve müt. ve hatta İspanyol MK. md. 1893.

(36) Bk. Suter, sh. 73 - 74; Oser - Schönerberger, Art. 422, Nr. 3. Fikrimizce, başkasının ahlâkî bir mükellefiyetinin ifası, vekâletsiz iş görme olarak tavsif edilemez; zira başkasının böyle bir mükellefiyetini yerine getiren kendi vicdanının emirlerini dinlediği için kendisine ait bir işi görmüş olur; ahlâkî mükellefiyetlerin vekâletsiz iş görme vasıtasıyla hukukî mükellefiyetlere tahvilinin mahzurları hakkında bk. yukarıda § 31 not 42 - 43 e ait metin.

(37) Suter sh. 74; Brückmann, sh. 121. Aeby, sh. 77; aksi fikirde Zimmermann, sh. 121; Vangerow, sh. 507.

(38) Bk. yukarıda not 31.

(39) Planiol - Ripert - Esmein, t. VII, no. 726.

ral Mahkeme⁴⁰ ve onu takiben Martin de⁴¹ aynı nazariyeyi benimsemişlerdi.

b) Bugün hâkim olan ve bizim de iştirâk ettiğimiz telâkki mucibince, yalnız zarurî işler değil faydalı işler de (negotia utilia) iş sahibinin menfaati iktizası olabilir⁴². Bu sonuncu neviden işler, hukukî varlıkların idamesine, onları tehdit eden bir tehlikeyi bertaraf etmeğe müteveccih olmayıp, sadece onların kıymetlerini arttırmaya veya iş sahibinin mamelekine yeni kıymetler eklemeye hizmet ederler⁴³; iş sahibinin masraflarından tasarruf etmesini temin edecek bir faaliyette bulunma da (meselâ, işletmede yeni bir ihtiranın tatbiki) bu gruba dahil olur.

Faydalı işlerin hepsi değilse bile, âcil olarak ele alınması gerekenler, iş sahibinin menfaati iktizasıdır⁴⁴. İş sahibi menfaatine, bir daha tahakkuk etmeyecek veya tahakkuku müşkül olacak müsait şartlarla aşırı masrafı mucip olmayan faydalı bir işi yapan kimse de BK. md. 413 deki hakları dermeyeran edebilmelidir. Klâsik bir misal olarak, seyahata çıkan bir kimsenin pul meraklısı bir arkadaşı hesabına gayet müsait şartlarla satılan bir seri pulu alması zikredilebilir.

Federal Mahkeme yukarıda bahsi geçen kararında⁴⁵, yalnız zarurî işlerin iş sahibinin menfaati iktizası olduğunu beyan ederken kanunun lâfzından hareket etmiştir. Eski İBK md. 472 (şimdiki md. 422/ BK. md. 413) de kullanılan “iş sahibinin menfaatinin iktiza ettirdiği” tabiri gerçî bir tahdid ifade eder; ama bu, bütün faydalı işleri tecviz etmeye sebebiyet verecek bir tahdit mânasını taşımaz⁴⁶; iş sahibinin menfaati yalnız zarurî işlere değil, âcil mahiyetteki faydalı işlere de girişmeği iktiza ettirir.

(40) RO 19, sh. 845 - 846, “Fritschin c. Jeissi”.

(41) Sh. 294.

(42) Suter, sh. 78 - 79; Oser - Schönerberger, Art. 422, Nr. 3; Becker, Art. 422, Nr. 3; Bermann, sh. 101; Rossel, sh. 500; Aeby, sh. 71; Hagenbüchli; sh. 59; Schneider et Fick, art. 419, no. 37; Gücün, sh. 776; Planiol - Ripert - Boulanger, t. II, no. 1216.

(43) Suter, sh. 71. Faydalı işlerin başkasına aidiyetini tayine, bilhassa sübjektif kıstas ile, objektif kıstaslardan başkasının hakkını kullanma esası, hizmet eder; fiilhakika bir kimsenin mamelekine yeni kıymetler eklenmesi, ya onun nam veya hesabına faydalı hukukî muameleler yapmak yahut bu mameleke dahil varlıklar üzerinde malik gibi kıymet arttırıcı tasarruflarda bulunmak suretile mümkün olur.

(44) Bk. yukarıda not 42 deki atıflar; Aeby, sh. 77 - 78.

(45) Bk. yukarıda not 40.

(46) Suter, sh. 77; Aeby, sh. 71 ve 77.

Eğer yalnız iş sahibinin şahsî veya mamelekî varlıklarını tehdid eden tehlikeleri bertaraf etmek için yapılan müdahaleler tecviz edilseydi BK. md. 411 f. I in hikmeti vücudu ortadan kalkardı⁴⁷. Zira, o zaman, bütün tecviz edilen müdahalelerde BK. md. 411 f. II deki esas mucibince iş görenin mes'uliyetinin tahfifi gerekirdi; binnetice tecviz edilen bir iş görmenin icrasında iş görenin hafif kusurundan da mes'ul olması hiç bir vakit bahis mevzuu olamazdı⁴⁸.

Diğer taraftan, Federal Mahkeme'nin atıfta bulunduğu Milli Meclis Komisyonu raporunda da tecviz edilen iş görmenin zarurî işlere tahdidi fikri müdafaa olunmayıp bilâkis reddedilmiştir⁴⁹.

Zaten Federal Mahkeme de daha yeni kararlarında eski görüşüne bağlı kalmamıştır. Aralarında faydalı işlerin de bulunduğu şu faaliyetler Federal Mahkeme, Kanton Mahkemeleri ve Türk Temyiz Mahkemesi⁵⁰ tarafından iş sahibinin menfaati iktizası sayılmışlardır:

— Bir otelin müdiresi tarafından onun işletilmesinde faydalı olacak eşyanın tedariki: Federal Mahkeme, RO 29 II 78, "Gerber und Genossen c. Konkursmasse Hirzel - Burkhardt".

— Bir satış akdinin vaktinde ifası için alınan tedbirler (nakliyecinin, satıcıya karşı olan bir alacağı için, naklettiği mebli hapsetmesi halinde, alıcının satıcı hesabına şeyi hapis hakkından kurtarması:) Zürich Yüksek Mahkemesi, BIZR, 22 (1923), sh. 227, Nr. 121.

— Hissedarlardan birinin müşterek gayrimenkule ağaç dikmesi: Erdek Sulh Hukuk Mahkemesi, 25/5/1938 tarih ve 108 sayılı karar (Temyiz Mahkemesi H.U.H. 25/1/1939 tarih ve E. 11/K. 13 tarihli kararıyla meselede vekâletsiz iş görme değil haksız iktisap mahiyetini görmüştür, Temyiz Kararları 1939/40, sh. 43-44).

— Kırtasiye alınıp sarfolunması: Temyiz Mahkemesi H.U.H., 27/5/942, Tepeci, sh. 581. (Yüksek Mahkeme BK. md. 413 ü sarahaten zikretmeksizin BK. nun 14. babı hükümlerinin tatbikini emretmiştir).

(47) Suter, sh. 77; Oser - Schönenberger, Art. 422, Nr. 3; Hagenbüchli, sh. 59. Gerçi bu delil sadece tecviz edilen iş görmenin zaruret haline inhisar ettirilmesine karşı ileri sürülebilir; filhakika BK. md. 411 f. II yalnız zaruret halini derpiş etmektedir. Bk. yukarıda § 30 not 5 e ait metin.

(48) Tecviz edilmeyen iş görmede her kusurdan mes'uliyet, zaten haksız fiillere müteallik esaslardan istihraç olunabilir.

(49) Hagenbüchli, sh. 59; Suter, sh. 77 - 78.

(50) Temyiz Mahkememizin bu mevzuda nesredilmiş kararları pek azdır.

— Fazla nakil masrafları olmasını önlemek için tedbir ittihazı: Federal Mahkeme, RO 16, sh. 183, "Barckhausen Cie. c. Thiery".

— Bir şirketin gayrimuntazam hesaplarının gözden geçirilmesi: Federal Mahkeme, JdT, 1915, sh. 263 - 264, "Caprez Cie. c. Wohlwend".

— Bir resmî dairenin menfaati icabı, müteahhit tarafından keşif dışı cam taktırılması: Temyiz Mahkemesi, T.D., 10/3/1945, K. 596 (Anç, sh. 339, no. 645).

— Bir müteahhit tarafından, mukavele harici olarak, bina temellerinin ve bölme duvarlarının beton kalıp dökmek suretile inşa edilmesi: Temyiz Mahkemesi, T.D., 16/2/1942, K. 482 (Anç, sh. 338, no. 641).

— Vadesi gelmiş bir ticarî senedin tediyesi: Federal Mahkeme, RO 12, sh. 656 - 657, "Bank im Luzern c. Biemann"; RO 19, sh. 845, "Fritschin c. Jeissi".

— Başkasının borcunu ödeme (Federal Mahkemeye göre bu ödeme iş sahibinin menfaati iktizası olabilir de olmayabilir de). Federal Mahkeme, RO 19, sh. 840 - 841 "Jäggi Cie. c. Erben Segesser".

— Rücu hakkını haiz olan müteselsil borçlulardan birinin borcun tamamını ödemesi: Federal Mahkeme RO 56 II 132 "Mayor c. Constantin".

— Kayınpederin damadının borçlarını ödemesi: Temyiz Mahkemesi, 4.H.D. 27/1/1951 tarih ve E. 675/K. 606 sayılı karar, İct. Kül. 1951, II, sh. 1276/1277, no. 2200.

— Başkasına terettüp eden nafaka borcunu yerine getirme: Federal Mahkeme, RO 16, sh. 810 - 811, "Mayer c. Landolt" (Mahkeme müşahhas vakiada kendi ahlâki borcunu ifa mahiyetini görmüştür; Temyiz Mahkememizin bu husustaki bir kararı için bk. aşağıda § 34, not32); RO 55 II 265, "Moynat c. Pâquier"; Bern İstinaf Mahkemesi, ZbJV, 50 (1914), sh. 416; Zürich Yüksek Mahkemesi, BIZR, 35 (1936), Nr. 98, sh. 227 - 228 (hâdisede iş sahibinin menfaati iktizası sayılmamıştır); eğer bir kimsenin infakı başka türlü temin edilmiş veya infak mükellefiyeti münazaalı ise, infak masraflarının yapılması iş sahibinin menfaati iktizası değildir: Federal Mahkeme, RO 31 II 665 - 666, "Holthausen c. Erben Wagner".

— Bir Kanton'un başka Kanton'a ait muhtaç kimselere yardım

ve onların defin masraflarını karşılama mükellefiyetini yerine getirmesi: Federal Mahkeme: RO 8, sh. 443, "Baselstadt c. Solothurn"; 31 I 408, "Zug c. St. Gallen"; 38 I 112, "Zürich c. Bern"; 43 I 308, "Zürich c. Schaffhausen".

—Boşanma dâvası açan karının avukatının koca yerine muhakeme masraflarını ödemesi: Bern İstinaf Mahkemesi, ZbJV, 46 (1910), sh. 433; avukatın ücreti için aksi fikirde: Zürich Yüksek Mahkemesi, BIZR, 49 (1950), Nr. 193, sh. 357.

— Bir meslekî kaza sigortası dolayısıyla iş verenin, işçi hesabına sigorta kumpanyası aleyhine açtığı dâvanın masraflarını ödemesi: RO 67 II 145, "Wassmer c. Centre anticancéreux de Genève".

— Yabancı memlekete giden borçlunun iflâsına mani olmak ve yurduna dönebilmesini temin etmek için alacaklı ile bir sulh mukavelesi aktedilmesi: St. Gallen Kanton Mahkemesi, SJZ 24 (1927/28), sh. 9, Nr. 4.

— Bozulan bir yolun, onun bakımıyla mükellef Kanton İdaresi yerine bir nakliyat şirketi tarafından tamir ettirilmesi: Federal Mahkeme, RO 28 II 406, "Schweizerische Seetalbahngesellschaft c. Kanton Aargau".

— Nehir üzerinde batan bir geminin seyrüsefer için tehlike arzeden enkazının Kanton İdaresi tarafından kaldırılması gemi sahibinin menfaati iktizasıdır: Cour de Justice civile de Genève, Sem. Jud. 1919, sh. 459 ve müt. "Dame Vve. Schmid c. Etat de Genève".

— Gemi aızıya alan araba atlarının zaptedilmesi: Cour de Justice civile de Genève, Sem. Jud. 1915, sh. 120 ve müt. "Mogenet c. Marquis".

— Yere düşen bir atın kaldırılması: Tribunal de première instance de Genève, Sem. Jud. 1914, sh. 219, "Caillat c. Calendret".

— Yanan bir sinemanın memurlarından birinin kurtarılması sinema sahibinin menfaati iktizasıdır: Cour de Justice civile de Genève, Sem. Jud. 1910, sh. 109, "Compagnie Omnia c. Cairen"⁵¹.

— Dağda kaybolan bir kimsenin aranması: Bienne Mahkemesi, SJZ, 46 (1950), Nr. 76, sh. 209⁵².

(51) Bk. yukarıda not 34.

(52) Bk. yukarıda not 34.

§ 33 — İŞ SAHİBİNİN İCAZETİ.

İş sahibinin icazeti, tecviz edilmeyen bir iş görmeyi, aşağıda tafsilâtiyle arz edileceği veçhile, caiz bir hale tahvil eder. Bu takdirde, artık iş görenin BK. md. 413 deki hakları ileri sürebilmesi için, iş görenin iş sahibinin menfaati iktizası olup olmadığını ve işe sahibinin men'ine rağmen girişilip girişilmediğini araştırmağa hacet kalmaz.

I — İcazetin hukukî mahiyeti ve verilmesi tarzı.

İcazet, iş sahibinin tek taraflı bir hukukî muamelesidir¹. Bazı müelliflere nazaran², icazeti tazammun eden irade beyanı, vusulü muktazi (empfangsbedürftig) beyanlardandır. Filhakika bu beyan sarahaten vaki olduğu takdirde iş görene tevcih edilmelidir. Fakat eğer icazet zımnî ise, Federal Mahkeme'nin belirttiği üzere³, böyle bir tevcih bahis mevzuu olamaz; iş sahibinin üçüncü şahıslara müteveccih beyanlarından da, onun iş görmeye zimnen icazet verdiği istidlâl olunabilir.

İş sahibi, icazet vermekle, kendisine ait inşai (yenilik doğurucu) bir hakkı (Gestaltungsrecht) kullanmış olur⁴; gerçekten icazet, tarafların hukukî vaziyetinde bir değişiklik husule getirir: tecviz edilmeyen bir iş görmeyi caiz hale tahvil eder. Diğer inşai hakların kullanılmasında olduğu gibi, icazet de bir kere verildi mi artık ondan rücu edilemez; zira iş gören hukukî vaziyetinin ne olacağını kat'î surette bilmelidir. Yalnız, iş sahibi irade fesatlarından birinin mevcudiyetini ileri sürerek icazeti mutazammın beyanıyla ilzam olunamayacağını iddia etmek salâhiyetini haizdir⁵.

İcazet verme iş sahibine ait bir hak olduğu cihetle, o, bu hakkını kullanıp kullanmamakta muhtardır. İş gören, iş sahibinin bu hususta zorlanması için bir mutalebeye sahip değildir⁶. İş sahibi önceden işe girişilmesini men yahut yapılan işe icazet vermeği reddetmiş olsa dahi, sonradan fikrini değiştirip, iş görenin faaliyetini tasvib ettiğini bildire-

(1) Suter, sh. 84; Hagenbüchli, sh. 89; Oser - Schönenberger, Art. 424, Nr. 4; Martin, sh. 297; Staudinger - Nipperdey, § 684, Nr. 11.

(2) Suter, sh. 84; Staudinger - Nipperdey, § 684, Nr. 11; Brückmann; sh. 167; Planck, § 684, Nr. 2; Enneccerus - Lehmann, sh. 683.

(3) JdT, 1915, sh. 262 - 263, "Caprez Cie. c. Wohlwend".

(4) Suter, sh. 84; Oser - Schönenberger, Art. 424, Nr. 4.

(5) Suter, sh. 85.

(6) Brückmann, sh. 168; Hagenbüchli, sh. 91, not 5; Suter; sh. 84; Sturm, sh. 68. Aksi fikirde olan eski Pandektistlerden bazıları, ezcümle Wächter (sh. 455), zarurî bir işin yapılması halinde iş görene böyle bir mutalebe tanıyorlardı. Birsen, sh. 187, not 3 le karşılaştırmız.

bilir⁷; şu halde sadece icazetin kendisinden rücu edilemez yoksa reddinden geri dönmek kabildir⁸.

İcazet (ratification, Genehmigung), iznin (autorisation, Einwilligung) aksine, işe başlandıktan sonra izhar edilen bir muvafakattır. Bu muvafakat, iş henüz tamamlanmadan veya tamamlandıktan sonra beyan olunabilir⁹. İş görenin işe girişmesine, zımnî bir icap ve icazete de onun kabulü mahiyetinin izafesi doğru olmaz¹⁰.

Leonhard'a nazaran¹¹, iş sahibinin iş görmeye başlanmadan evvel bu hususta izin vermesi de sonradan icazet vermeye kıyaslanmalıdır; iş sahibinin iş görenle bir vekâlet akdi yapmaksızın ona sadece mezuniyet bahsettiği hallerde vaziyet böyledir¹²; meselâ, A seyahate çıkmazdan önce B ye kendi yerine bir umumî heyet toplantısına veya mirasın taksimine iştirâk için mezuniyet veriyor; B sükût ediyor ki, bunda, başka hiçbir emare olmaksızın, zımnî bir kabul mahiyeti bulunamaz; sonradan B, A'nın kendisini mezun kıldığı işe girişirse, tecviz edilen vekâletsiz iş görme hükümlerine binaen masraflarını isteyebilmelidir. Kanaatimizce, B'nin işe girişmekle A'nın icabını zımnî kabul ettiği ve bir vekâlet akdinin vücut bulduğu yolundaki hal tarzı daha basit ve tercihe şayandır¹³.

İş henüz devam etmekte iken icazet verilmişse ve o ana kadarki faaliyetle ondan sonraki faaliyet bir bütün teşkil etmiyorsa ilk safha tecviz edilen vekâletsiz iş görme ve ikinci safha da bir vekâlet akdinin icrası suretinde tavsif edilebilir¹⁴. Fakat böyle bir tefrikin pratik bakımdan büyük ehemmiyeti olmaz; çünkü tecviz edilen vekâletsiz iş görme ve vekâlet hükümleri birbirine çok yakındır.

İş sahibi bir bütün teşkil eden muhtelif fiillerin işine gelen kısmına icazet vermekle iktifa edemez; bununla beraber işin icrası esnasında alı-

(7) Swoboda, sh. 81; Suter, sh. 84 - 85; Becker, Art. 424; Nr. 3.

(8) Aksi fikirde olan Demogue'a nazaran (t. III, sh. 90), iş sahibi bir kere icazet vermeği reddetti mi artık sonradan icazet vermeğe kalkışamaz; çünkü iş gören, vaziyetinin ne olacağını kat'i surette bilmelidir; kanaatimizce, Demogue, önceden reddolunmuş bir icazetin sonradan verilmesinin dahi iş görenin menfaatine olduğunu hatırdan çıkarmaktadır.

(9) Schneider et Fick, art. 424, no. 3; Suter, sh. 87; Demogue; t. III; sh. 90.

(10) Swoboda, sh. 81; Becker, Art. 424, no. 3; Suter; sh. 85; Hagenbüchli, sh. 91. Aksi fikirde: Bermann, sh. 77; Demogue, t. III; No. 56.

(11) Bd. II, sh. 445 - 446.

(12) (13) Bk. yukarıda § 20, not 9 - 11 e ait metin.

(14) Bk. yukarıda § 20 not 28 - 30 a ait metin.

nan bazı kusurlu tedbirlér dolayısıyla tazminat taleplerini mahfuz tutabilir¹⁵.

İcazet bir şekle tabi değildir; hatta iş görme, iş sahibi nam veya hesabına bir hukukî muamelenin yapılmasından ibaret olsa ve bu muamelenin muteberiyeti muayyen bir şekle riyeti icap ettirse dahi, icazetin hiçbir şekil gözetilmeksizin verilmesi kabildir¹⁶.

İcazet sarîh olabileceği gibi zımnî de olabilir¹⁷. Zımnî bir icazetin ne zaman mevcut sayılacağı hakkında önceden umumî kaideler koymak mümkün değildir; iş sahibinin müşahhas vakiadaki hareket tarzından onun iş görmeyi tasvîp ettiği neticesinin çıkarılıp çıkarılmayacağı araştırılmalıdır. Halin icaplarının, iş görmeye muttali olan iş sahibinin iş göreni faaliyetten men'etmesini gerektirmesine rağmen, o sükûtu muhafaza ederse zımnî bir icazetin mevcudiyetine hükmedilebilir¹⁸. Eğer iş gören, iş sahibine icazet vermesi için bir mehil tayin eder ve bu sonuncu da mezkûr mehil zarfında hiç sesini çıkarmazsa, onun sükûtu icazeti red şeklinde tefsir olunmalıdır¹⁹. Yeni kurulan bir hükûmî şahsın, kuruluşu esnasında kendisi hesabına yapılan akitlerden mütevellid hakları dermayan etmesinden onun iş görmeye icazet verdiği istidlâl edilebilir²⁰.

İş sahibinin iş görenden hesap vermesini veya elde ettiği kâr kendisine devretmesini talep eylemesi, zımnî icazete karine teşkil etmez; zi-

(15) Kısmî icazet hakkında bk. Hagenbüchli, sh. 91, not 6; Chambon, sh. 50; not 3; Zimmermann, § 9; Suter, sh. 91.

(16) Schneider et Fick, art. 424, no. 3; Suter, sh. 85; Brückmann; sh. 165; Martin; sh. 298. Demogue da (t. III, sh. 88) esas itibariyle icazetin şekle tabi olmadığını beyan etmekle beraber, iş görmenin mevzuunu şekle bağlı bir hukukî muamelenin yapılması teşkil ettiği takdirde, icazette de aynı şekle riayet edilmesini zarurî saymaktadır.

(17) Oser - Schönenberger, Art. 424, Nr. 5; Becker, Art. 424; Nr. 4; Hagenbüchli, sh. 91; Suter, sh. 85 - 86; Martin, sh. 298; Demogue, t. III; sh. 89; Staudinger - Nipperdey, § 684, Nr. 12.

(18) Bk. Federal Mahkeme, RO 28 II 407, "Schweizerische Seetalbahngesellschaft c. Kanton Aargau".

(19) Suter (sh. 86) ve Oser - Schönenberger (Art. 424, Nr. 5), tayin edilen mehil zarfında iş sahibinin sükûtunu zimnen icazet verilmesi şeklinde tefsir etmektedirler. Fikrimizce, burada, icazet için tayin edilen mehil zarfında sükûtun mânası hakkındaki umumî esaslardan (bk. von Tuhr, sh. 321) ayrılmak için hiçbir sebep yoktur. Suter'in istinad ettiği Zürich Yüksek Mahkemesi'nin kararından da (BIZR, 4 (1905), Nr. 168, sh. 266) böyle bir netice çıkarılamaz.

(20) Aargau Kantonu Yüksek Mahkemesi, SJZ, 33 (1936/37), sh. 221; Nr. 45.

ra iş sahibi, tecviz edilmeyen bir iş görmeye icazet vermese de, BK. md. 414 f. I e tevfi kan, bu hakları ileri sürebilir; halbuki onun borçları icazet vermediği takdirde ancak temellük ettiği kârla mahduttur; binaenaleyh, tereddüt halinde, onun icazet verip de daha şümüllü borçları altına girmeyi istemeyeceği daha galip bir ihtimal olarak kabul edilmelidir²¹.

İcazetin mevcudiyetini isbat külfeti iş görene aittir²².

II — Vekâletsiz iş görmeye icazet vermenin mümkün olduğu haller.

Vekâletsiz iş görmenin hangi nevilerine icazet verilebileceği münakaşalıdır:

İsviçre hukukçularının ekserisine nazaran, tecviz edilen vekâletsiz iş görmeye de icazet verilmesi mümkündür²³. Filhakika İBK. md. 424 (BK. md. 415), iş görmenin tecviz edilen neviden olup olmaması hususunda bir tefrik yapmamaktadır; bundan başka, kanunun tertip tarzından da mezkûr hükmün tecviz edilen vekâletsiz iş görmeye de şamil olduğu neticesi çıkarılabilir.

Tecviz edilen vekâletsiz iş görmeye de icazet verilebilmesinin pratik ehemmiyeti, bilhassa, iş görenin icazet verildikten sonra artık işin iş sahibinin menfaati iktizası olduğunu isbat etmesine hacet kalmaması şeklinde kendisini gösterir; yoksa tecviz edilen neviden olduğu isbat edilmiş bulunan bir iş görmeye icazet verilmekle onun hükümlerinde mühim bir değişiklik husule gelmez; çünkü icazetin neticesi, aşağıda etraflı surette arzedeceğimiz veçhile, iş görmeye vekâlete ait kaidelerin kıyasen tatbik edilebilmesidir; halbuki tecviz edilen vekâletsiz iş görmenin hükümleriyle vekâletinkiler arasında mühim bir ayrılık yoktur.

Gerçi zahiren, tecviz edilen vekâletsiz iş görmeden mütevellid masrafları talep salâhiyeti ile vekilin aynı salâhiyetinin şümülü birbirinden farklı gibidir: Vekâletsiz iş gören, BK. md. 413 f. I ve II mucibince, zarurî ve halin icaplarının haklı gösterdiği faydalı masraflarını, gerekli ihtimamı sarfetmesine rağmen, umulan netice hasıl olmasa dahi istemeğe

(21) Suter, sh. 86; Becker, Art. 424, Nr. 4; Staudinger - Nipperdey, § 684; Nr. 12 ye de bk.

(22) Staudinger - Nipperdey, § 684, Nr. 13; Suter, sh. 92.

(23) Schneider et Fick, art. 424, no. 2; Hagenbüchli, sh. 91; Oser - Schönenberger, Art. 424, Nr. 1. Buna mukabil Staudinger - Nipperdey, (§ 684, Nr. 9) icazetin, yalnız iş sahibi menfaatine hizmet niyetiyle girişilen tecviz edilmeyen iş görme hakkında bahis mevzuu olacağı fikrindedir.

salâhiyetlidir; vekil ise BK. md. 394 f. I e tevfikân, usulü dairesinde müvekkelünbîhi ifa için yaptığı bütün masrafları talep edebilir; hakikatte, BK. md. 394 f. I de derpiş edilen masrafların da halin icaplarının yapılmasını haklı gösterdiği nisbette ödeneceği şârihlerce teyid olunmaktadır²⁴.

Hattâ işin icrasında uğranılan zararın tazmini bakımından vekâletsiz iş görenin vaziyeti, kanun muvacehesinde, vekilinkine nazaran daha elverişlidir: Vekâletsiz iş gören, iş sahibinin kusuru olmasa dahi, bu zarar için münasip bir tazminat talep edebilir (BK. md. 413 f. I); halbuki vekilin böyle bir mutalebesine karşı müvekkil, zararın husulünde kusuru bulunmadığını isbat suretiyle, tazminat mükellefiyetinden kurtulabilir (BK. md. 394 f. II). Bu yüzden, bazı müellifler²⁵, iş sahibinin tazminattan sıyrılmak için tecviz edilen vekâletsiz iş görmeye icazet verip BK. md. 394 f. II hükmünden istifade yoluna gidemeyeceğini beyan etmişlerdi. Fakat halen bu beyan kıymetini kaybetmiş bulunmaktadır; çünkü Federal Mahkeme müteaddit kararlarıyla²⁶ mezkûr hükmün yalnız ücretli vekâlet halinde bahis mevzuu olacağı içtihadını izhar eylemiştir; Mahkeme, bu kararlarında, ücret almayan vekilin uğradığı zararın tazmini hususunda kanunda bir boşluk olduğunu müşahede etmiş ve onu İBK. md. 422 f. I. (BK. md. 413, f. I) in kıyasen tatbiki suretiyle doldurmağa çalışmıştır; yani Federal Mahkeme'ye nazaran, ücretsiz vekâlette de, vekil işin icrasında uğradığı zararın tazminini, müvekkil kusuru olmadığını isbat etse bile, isteyebilir.

Diğer taraftan, faaliyeti tecviz edilen vekâletsiz iş görenin borçları hakkında, icazet verilmemiş olsa dahi, vekâlete ait kaidelerin kıyasen tatbik olunacağına muhtelif vesilelerle işaret etmiştik²⁷. Yalnız, iş görenin sarfetmesi lâzım gelen ihtimamın ölçüsü vekilinkinden biraz farklıdır²⁸; fakat, zaten vekâletsiz iş görmeye icazet veren iş sahibi bu hususta bir kaydı ihtirazîde bulunmadıkça tazminat taleplerinden de feragat etmiş sayılır²⁹; eğer iş sahibi bu taleplerini mahfuz tutmuşsa, iş görenin

(24) Becker, Art. 402, Nr. 4; Oser - Schönenberger, Art. 402, Nr. 4. Aksi fikirde von Tuhr, sh. 109; Martin, sh. 295.

(25) Ezcümle Becker, Art. 424, Nr. 1 in fine; Suter, sh. 88; Oser - Schönenberger, Art. 424, Nr. 1.

(26) RO 48 II 490/492, "Bucher c. Lisibach"; 61 II 97/98, "Wüest c. Haltiner".

(27) Bk. yukarıda Kısım II, Bap I, Fesıl I in başındaki izahat; § 27, not 3, 13 - 16, 25; § 28, not 2 ve 61; § 29, not 17.

(28) Bk. yukarıda § 29, not 4a.

(29) Bk. aşağıda not 52 ye ait metin.

mes'uliyetini takdir ederken vekâletteki mes'uliyet ölçüsünü gözönünde tutmak doğru olmaz.

Hülâsa, tecviz edilen vekâletsiz iş görmeye icazet vermenin pratik faydası şu noktalara inhisar eder: İcazet, iş göreni işi yapmanın iş sahibinin menfaati iktizası olduğunu isbat külfetinden kurtarır; birden fazla iş sahibi birlikte icazet verdikleri takdirde, BK. md. 395 f. I e kıyasen, müteselsilen mes'ul olurlar.

Tecviz edilmeyen iş görmeye gelince, Becker³⁰ ve ekseri Alman müellifleri³¹, iş görenin kendi menfaatine başkasının işlerine müdahalesi halinde de iş sahibinin icazet veremeyeceği fikrindedirler; yani bu müellifler, icazet vermeyi, yalnız, iş sahibinin menfaatine hizmet niyetiyle girişilip de gerçekte onun maksadına veya objektif surette tesbit edilen menfaatine uygun olmayan iş görme ihtimallerine hasretmektedirler. Böyle bir telâkki Alman hukuku bakımından isabetlidir; çünkü BGB § 684 cümle 2 de icazetin sadece bahis mevzuu hallerde verilebileceği sarahaten ifade olunmuştur; kaldı ki Alman hukukunda hâkim olan cereyana nazaran, iş görenin kendi menfaatine başkasının hukukî sahasına vaki müdahaleleri vekâletsiz iş görme olarak tavsif edilemez. Buna mukabil Türk - İsviçre hukukunda, iş görenin kendi menfaatine hareket etmesi halinde onun faaliyetine icazet verilemeyeceği hususunda hiç bir mesnet mevcut değildir; gerçi bu gibi hallerde, umumiyetle, sadece BK. md. 414 e binaen kâr temellük talebinde bulunmak iş sahibinin daha çok işine gelir; fakat aynı mülâhaza diğer tecviz edilmeyen iş görme halleri için de varittir; binaenaleyh iş sahibi tecviz edilmeyen iş görmenin bütün çeşitlerine icazet vermek salâhiyetini haizdir³².

İş sahibi, medenî hakları istimal ehliyetini haiz olmadığı takdirde, mümeyyiz dahi olsa, iş görmeye icazet veremez; çünkü bu icazet onu daha şümüllü mükellefiyetler altına sokar³³. Bununla beraber, ehliyetsiz iş sahibinin, mümeyyiz ise, kanunî mümessilinin muvafakatiyle icazet vermesi kabildir; gayri mümeyyizler namına da bizzat kanunî mümessilleri icazet verebilirler.

(30) Art. 424, Nr. 2.

(31) Staudinger - Nipperdey, § 684, Nr. 9; RGR Komm. § 684, Nr. 2; Enneccerus - Lehmann, sh. 683. Fransız hukukunda aynı fikirde: Planiol - Ripert - Esmein, t. VII, sh. 21.

(32) Aynı fikirde Oser - Schöenberger, Art. 424, Nr. 1 ve 2; Suter, sh. 83 - 84. Hatta bazı kanunlara nazaran, iş görenin kendi menfaatine iş görmesinden mütevellid kârı iş sahibi ancak icazet vermek suretiyle temellük edebilir (Bk. yukarıda § 3, II, 2.).

(33) Suter, sh. 91; Demogue, t. III, sh. 89.

İş görenin ehil olup olmamasının icazet bakımından bir ehemmiyeti yoktur; zira icazet, iş görenin borçlarında ve mes'uliyetinde bir değişiklik husule getirmez. Başka bir deyimle, mümeyyiz kasının yaptığı işe iş sahibinin icazet vermesiyle, onun vekâlet hükümlerine binaen mes'ul tutulması bahis mevzuu olamaz; onun mes'uliyeti, gene BK. md. 412 hükmü dairesinde takdir olunur. Binaenaleyh, Becker'in³⁴ "İBK. md. 424 (BK. md. 415), iş gören akdi ehliyeti haiz olmadığı takdirde tatbik edilemez" tarzındaki ifadesini, yalnız mes'uliyet zaviyesinden tasvip eylemek gerekir; yoksa akdi ehliyeti haiz olmayanın işine icazet verilmesine ve onun böylelikle tecviz edilen bir iş görmeden mütevellid haklardan istifade etmesine herhangi bir mani mevcut değildir. Suter de³⁵, iş sahibi, akdi ehliyeti haiz olmayan iş görene karşı tazminat taleplerini mahfuz tutarak icazet veremez, demektedir. Kanaatimizce, böyle mukayyet bir icazet verilememesi için de bir sebep yoktur; yalnız, tazminat talepleri gene BK. md. 412 nin derpiş ettiği nisbette nazara alınmalıdır.

III — İcazetin hükümleri.

BK. md. 415 mucibince "iş sahibi, yapılan işe icazet verirse, vekâlet hükümleri câri olur". Bu hükümden ne anlaşılması lâzım geldiği ihtilâflara yol açmıştır:

Bazı müelliflere nazaran³⁶, iş gören başkasına ait işi yapmakla, o işin sahibine zımnî bir icapta bulunur; iş sahibinin icazeti de bu icabı kabul mânasını tazammun ve böylece bir vekâlet akdi in'ikad eder; yani icazet, vekâletsiz iş görmeyi vekâlete tahvil eyler.

Bu telâkki kuvvetli tenkidlere maruz kalmıştır. Filhakika, evvelâ, vekâletsiz iş görenin fiilinde zımnî bir icap mahiyetini bulmak müşküldür. Zira iş gören faaliyette bulunurken, umumiyetle, bir akid yapmak niyetini taşımaz; zaten o, ekseriya bir akit yapmak imkânı olmadığı için iş sahibinin rızasını almadan onun işine müdahale eder. Bazan da vekâletsiz iş görme mevcut bir akdin hükümsüz olması veya hudutlarının aşılması dolayısıyla bahis mevzuu olur; bu takdirde de iş görenin fiilinin nasıl icap mahiyetinde sayılacağı cayı sualdir. Hele iş görenin kendi men-

(34) Art. 424, Nr. 2.

(35) Sh. 92.

(36) Martin, sh. 298; Rossel, sh. 502; Bermann, sh. 77; Gücün, sh. 781; Demogue, t. III, no. 56 - 57. İslâm hukukunda "icazeti lâhika vekâleti sabıka hükmündedir kâidesi için bk. yukarıda § 2, not 32; Roma hukuku için bk. yukarıda § 2 not 18.

faatine hareket ettiği hallerde, onun iş sahibiyle akdi münasebetlere girişmek niyetinde olduğu hiçten söylenemez.

Diğer taraftan, iş sahibî işe girişilmesini önceden men ve hatta icazet vermeği red etmesine rağmen sonradan fikrini değiştirip icazet verebilir³⁷; iş görenin fiiline zımnî bir icap mahiyeti izafe olunsa bile, bu icap bir kere reddolunduktan sonra yeniden verilen icazetle bir akdin teşekkülü mantıkan izah edilemez. Şu da var ki, icazetin verilmesi bir müddetle mukayyed değildir; halbuki BK. md. 4 ve 5 e tevfikan, bir müddet tayin olunmaksızın vaki icapta dahi, kabulün mezkûr hükümler dairesinde hesaplanacak bir müddet zarfında icabı yapana vasıl olması lâzımdır; bu müddetin geçmesinden sonra verilecek icazetin kabul değil fakat yeni bir icap mahiyetinde addolunması ve vekâletsiz iş görmenin vekâlete tahavvülü için, iş görenin icazeti kabulü gerekirdi; BK. md. 415 te ise ne bundan, ne de iş görenin fiilinde mündemiç zımnî icabın kabulü hakkında BK. md. 4 ve 5 in nazara alınmayacağından bahis vardır.

Bundan başka, iş görmenin mevzuu bir istisna veya vedia akdinin-kiyle aynı olabilir; bu gibi hallerde, iş görenin fiilinde meknuz icabı iş sahibinin icazet vermekle kabul etmesi neticesinde, vekâletsiz iş görmenin vekâlete değil mezkûr akitlerden birine tahavvül etmesi iktiza ederdi³⁸; halbuki, BK. md. 415 te icazet verilince vekâlet hükümlerinin tatbik edileceği yazılıdır.

Nihayet, vekâlet akdi, mahiyeti icabı, istikbale muzaf bir iş görme için yapılır; buna mukabil icazet daha evvelden yapılmış bir işe taallük eder; icazetin makable şamil olduğu kabul edilse dahi, önceden yapılmış bir işin vekâlet akdine mevzu teşkil etmesinin sun'iliği ortadan kaldırılamaz³⁹. Vekâletsiz iş görmenin icazetle makabline şamil olarak vekâlet akdine tahavvül ettiği fikri müdafaa edildiği takdirde, iş sahibinin iş görme anında ehil olması gerekirdi; halbuki onun icazet anında ehliyeti haiz bulunması kâfidir⁴⁰.

Şu halde, icazetin vekâletsiz iş görmeyi vekâlete tahvil etmesi reddolununca, BK. md. 415 den vekâlet hükümlerinin sadece *kayasen* vekâletsiz iş görmeye tatbik edileceği neticesi çıkar⁴¹. Fakat, daha yukarı-

(37) Bk. yukarıda not 8.

(38) Oser - Schönerberger, Art. 424, Nr. 1; Becker, Art. 424, Nr. 1.

(39) Suter, sh. 87; Hagenbüchli, sh. 90 - 91.

(40) Planiol - Ripert - Boulanger, t. II, no. 1224 in fine.

(41) Oser - Schönerberger, Art. 424, Nr. 1; Becker, Art. 424, Nr. 1 ve 3; Suter, sh. 87 - 89; Aebly, sh. 47; Hagenbüchli, sh. 90 - 91; Guhl, sh. 307;

da işaret ettiğimiz üzere⁴², vekilin sahip olduğu haklarla tecviz edilen vekâletsiz iş görmeden mütevellid haklar arasında pratik bakımdan mühim bir fark yoktur. Kaldı ki, tecviz edilen vekâletsiz iş görmeye, icazet bulunmasa da, vekâlet hükümleri kıyasen tatbik edilir. Binaenaleyh, BK. md. 415 hükmünün “iş sahibi, yapılan işe icazet verdiği takdirde, iş gören caiz bir iş görmeden mütevellid hakları dermeyeran edebilir” şeklinde kaleme alınması daha isabetli olurdu⁴³. İcazetin hükümleri makabline şamildir; yani iş görme icazet anından değil işe girişildiği andan itibaren BK. md. 413 deki esaslara tabi olur⁴⁴.

İcazet, işe girişmenin iş sahibinin menfaati iktizası olması şartının yerini tutmakla beraber, iş görenin iş sahibini borçlandırma iradesinin ademi mevcudiyetine rağmen BK. md. 413 f. I deki hakları ileri sürmesine imkân vermez; başka bir deyimle, icazet borçlandırma iradesinin noksanlığını telâfi etmez⁴⁵.

Suter⁴⁶, Schneider ve Fick'in⁴⁷ kanaatlerince, iş sahibi icazet verdiği takdirde, yapılan işin mahiyetine göre sade vekâlet akdi hükümleri değil, bu müelliflerin vekâletin hususi neveleri saydıkları komisyon ve nakliye mukavelelerine ait hükümler de kıyasen tatbik edilebilir. Suter'e nazaran, böylece, iş gören bir komisyonçuya veya nakliyeciye benzer faaliyette bulunduğu takdirde bir ücret iddiasında bulunabileceği gibi; onlara tanınan şartlar altında bir hapis hakkı da icra edebilir. Becker⁴⁸, bu tefsir tarzını kabul etmemekte ve icazet verilmesi halinde münhasıran vekâlet akdine müteallik hükümlere kıyasen müracaat olunabileceği fik-

Göktürk, sh. 525. Zaten 1881 tarihli İBK. na ait bazı Proje'lerde bu husus şimdiki metinden daha sarih surette ifade edilmişti. Bermann, sh. 74 e bk.

(42) Bk. yukarıda II nin baş kısmı.

(43) Aynı fikirde Suter, sh. 89. Nitekim BGB § 684 cümle 2 de bu mealdedir. Aeby'ye nazaran (sh. 46 - 47), icazet verilmekle tecviz edilmeyen iş görenin hukuka aykırılığını izale edilemez. Aeby, misal olarak, ameliyata lüzum olmamasına rağmen bir cerrahın bilgisizliği yüzünden bir kimsenin bacağı kesmesi halinde, bacağı kesilenin icazet vermesini göstermektedir. Fakat burada şahsiyetin himayesi hakkındaki hükümlere aykırı ve binaenaleyh gayri muteber bir icazet bahis mevzuudur. İcazet, hukuka veya âdaba aykırılık gibi sebepler yüzünden hükümsüz olmadıkça, tecviz edilmeyen iş görmeye caiz hale tahvil eder.

(44) Suter, sh. 90; Schneider et Fick, Art. 424, no. 4; Staudinger - Nipperdey, § 684, Nr. 8.

(45) Suter, sh. 84; Oser - Schönerberger, Art. 424, Nr. 2.

(46) Sh. 89 - 90.

(47) Art. 424, no. 5.

(48) Art. 424, Nr. 1.

rini müdafaa eylemektedir; Becker'e göre, meselâ iş gören iş sahibine ait bir şeyi bir yerden başka bir yere gönderdiği takdirde, BK. md. 440a tevfikân mutavassıt nakliyecinin fiilinden mes'ul tutulmamalıdır. Fikrimizce, bir nakliyeciy veya komisyoncu gibi hareket eden vekâletsiz iş görene bunlar hakkındaki hükümlerin kıyasen tatbikinde bir mahzur yoktur; yalnız, iş sahibi icazet vermekle iş görenin mes'uliyetini ağırlaştırılmamalıdır. Şu da var ki, faaliyeti tecviz edilen vekâletsiz iş gören, icazet verilmemiş olsa da nakliyecinin ve komisyoncunun haklarına ait hükümlerden kıyas yoluyla faydalanabilir: ezcümle, onun bir komisyoncu veya nakliyeciy gibi ücret isteyebilmesi mümkündür⁴⁹; diğer taraftan, iş görenin, komisyoncuya ve nakliyeciyeye kıyasen hapis hakkına sahip olması icazet haline münhasır kalmamalıdır⁵⁰; komisyoncunun veya nakliyecinin hapis hakkına müteallik hükümlerin vekâletsiz iş görmede kıyasen nazara alınması, komisyon veya nakliye mukavelelerinin vekâletin hususî bir nev'ini teşkil etmesi bakımından değildir; bu hükümler MK. md. 864 ün şartlarından bazıları tahakkuk etmeden hapis hakkının icra edilebileceğine misal teşkil ettikleri için kıyasen gözönünde tutulmalıdırlar.

İcazetin, işin fena icrasından dolayı iş sahibinin dermeyana salâhiyetli olduğu tazminat taleplerinden de feragati tazammun edip etmeyeceği hususu münakaşalıdır. Bazı müelliflere nazaran⁵¹, icazet sadece işe girişmeyi tecviz mânasına gelir; yoksa iş sahibinin, icazet vermesine rağmen, iş görenin işin icrasındaki kusuru yüzünden husule gelen zararın tazminini isteme salâhiyeti baki kalır. Bizim de iştirâk ettiğimiz diğer bir görüş mucibince⁵² tereddüt halinde icazetin işin icrasına da şamil olduğunu kabul eylemek iktiza eder; bittabi iş sahibi işin icrasındaki kusuru ve bundan husule gelen zararı bildiği nisbette icazet vermiş sayılır; binaenaleyh, işin fena icrası yüzünden tazminat istemek niyetinde olan iş sahibi bu hakkını sarahaten mahfuz tutmalıdır.

İş sahibinin icazeti, kaideten, iş görenle onun arasındaki iç münasebeti alâkalandır. Maamafih, iş gören onun namına bir akit yapmışsa, icazet neticesinde karşı âkit iş sahibi ile doğrudan doğruya münasebete girer⁵³. İş görenin kendi namına iş sahibi hesabına hareket ettiği hallerde, iş sahibinin iş görenle akit yapan üçüncü şahıslara karşı alacaklı va-

(49) Bk. aşağıda § 37, not 7, 10, 13 - 14 e ait metin.

(50) Bk. aşağıda § 38, not 33 - 34.

(51) Becker, Art. 424, Nr. 5; Schneider et Fick, art. 424, no. 7.

(52) Suter, sh. 90 - 91; Martin, sh. 297; Oser - Schönerberger, Art. 424, Nr. 3; Staudinger - Nipperdey, § 684, Nr. 16 - 17; RGR Komm. § 684, Nr. 2.

(53) Becker, Art. 424, Nr. 5; Suter, sh. 91.

ziyetine girmesi, onun iş görene karşı olan borçlarını yerine getirmesine mütevakıftır (BK. md. 393 f. I e kıyasen). İcazet, verilmesinden önce, üçüncü şahısların iktisab ettikleri hakları haleldar edemez⁵⁴; ezcümle bir alacaklının, alacağının vekâletsiz olarak temlikine icazet vermesi, temlik anıyla icazet anı arasında bu alacağa haciz koydurmuş olan üçüncü şahısların haklarını bertaraf etmek neticesini doğuramaz⁵⁵.

Evvelce de kaydettiğimiz veçhile⁵⁶, dış münasebette icazet verilmesi mutlaka iç münasebette de icazeti mutazammın değildir.

§ 34 — İŞ SAHİBİNİ BORÇLANDIRMA İRADESİ.

I — İş sahibini borçlandırma iradesinin mânası ve fonksiyonu.

Pandektistlerden bir kısmı¹ tarafından müdafaa edilen ve İsviçre hukukçular arasında da revaç bulan² bir nazariye mucibince, vekâletsiz iş görme münasebetinin doğması için, iş görenin iş sahibini borçlandırma iradesini (animus dominum obligandi yahut animus recipiendi) taşıması şarttır; başka bir deyimle, iş görenin işin külfetlerini iş sahibine yüklemek, masraflarını ondan istemek niyetine sahip olması vekâletsiz iş görmenin unsurlarından biridir.

Bu nazariye haklı tenkidlere maruz kalmıştır. Filhakika vekâletsiz iş görmenin neticelerinin husule gelmesi, iş görenin bu neticeleri arzu edip etmemesine tabi olsaydı, onun bir hukukî muamele olarak tavsifi gerekirdi; halbuki mezkûr müessesenin tecviz edilen ve edilmeyen nevelerinden hiçbirisi hukukî muamele mahiyetini arzetmez³. İş gören, başkasına ait bir işi yapmakla, iş sahibini borçlandırma iradesini haiz olsa da olmasa da, vekâletsiz iş görme münasebeti ve bu arada iş sahibinin borçları ortaya çıkar⁴.

Kaldı ki, vekâletsiz iş görmenin hükümleri sadece iş sahibinin bir takım borçlar altına girmesine münhasır değildir. İş görene terettüp eden

(54) Not 53 teki atıflara ilâveten: Schneider et Fick, art. 424, no. 6; Arsebük, sh. 565; Demogue, t. III, no. 59 - 60.

(55) Federal Mahkeme, RO 41 II 391 yahut JdT, 1915, sh. 662 - 663. "Jucker c. Lichtensteiger".

(56) Bk. yukarıda § 20, not 52 ve 53.

(1) Sturm, sh. 55 ve müt.; Chambon § 18.

(2) Becker, Art. 419, Nr. 9; Schneider et Fick, rem, pré. no. 12 et 15 à l'art. 419; Martin, sh. 287.

(3) Bk. yukarıda § 8 ve 12.

(4) Carrez, sh. 91; Aeby, sh. 87 - 88; Oser - Schönenberger, Art. 419, Nr. 22; Maruitte, sh. 333 - 336.

borçlar da mevcut olduğu gibi, onun bu borçlarını lâıykıyla yerine getirmemesi yüzünden mes'ul edilmesi mümkündür. İş gören, iş sahibini borçlandırma iradesini haiz olmadığını ileri sürerek, bu mes'uliyetten kurtulamamalıdır.

Diğer taraftan, iş gören, kendi menfaatine başkasının işlerini istismar ettiği takdirde, iş sahibini borçlu kılmak niyetine sahip değildir; fakat bu gibi egoistçe müdahaleler de vekâletsiz iş görmenin bir nevini teşkil ederler⁵.

Nihayet Aeby'ye nazaran⁶, iş gören iş sahibini borçlandırmak niyetinde olmasa bile, işi yaparken uğradığı zarar için tazminat isteyebilir; bu da, ancak mezkûr niyetin yokluğunun vekâletsiz iş görmeye müteallik hükümlerin tatbikine engel olmamasıyla kabil olur. Fikrimizce, Aeby'nin bu delili münakaşa götürür; zira, iş görenin masrafları istememe iradesinin, vekâletsiz iş görme münasebetinin doğmasına engel olmasa bile, halin icaplarına nazaran, kazaen uğranılan zarara müteallik tazminat taleplerinden de feragati tazammun ettiği tarzında tefsiri mümkündür.

İş sahibini borçlandırma iradesini vekâletsiz iş görmenin bir unsuru olarak kabul etmeyenler, bu iradenin, sadece iş görenin haklarını dermeyan edebilmesinin, yani actio contraria'yı açabilmesinin bir şartı olduğu neticesine varmaktadırlar⁷. Bu vaziyet karşısında, iş görenin, iş sahibinden mutalebede bulunduğu takdirde, böyle bir iradenin mevcudiyetini isbat etmesi lâzım gelirdi; fakat, umumiyetle, bu irade mevcut farzolanmakta ve iş sahibi, iş görenin taleplerini is'af etmek istemezse, onun kendisini borçlandırma iradesini taşımadığını isbata mecbur kılınmaktadır⁸. İsbat külfetinin böylece ters çevrilmesi, iş görenin haklarının dermeyanını fazla güçleştirmemek mülâhazasına ve teberru niyetinin ağemi mevcudiyetinin asıl olduğu kaidesine müsteniddir.

Fikrimizce, Türk - İsviçre hukuku bakımından, iş sahibini borçlandırma iradesinin, iş görenin haklarının doğumu için bir şart olduğunu dahi iddia etmek müşküldür; zira BK. nun 14. bâbında bu hususta bir sarahat bulunmadığı gibi, bu bapdaki maddelerin tefsiri yoluyla da böy-

(5) Bk. yukarıda § 12.

(6) Sh. 87 - 88.

(7) Suter, sh. 57 - 58; Oser - Schönenberger, Art. 419, Nr. 22; Art. 422, Nr. 2; Guhl, sh. 307; Göktürk, sh. 524 - 525; Federal Mahkeme, RO, 16; sh. 810 - 811, "Mayer c. Landolt"; Bienne Mahkemesi, SJZ, 46 (1950), sh. 209.

İle bir şartın istihraç edilmesi mümkün değildir. Ancak, hibe ve ahlâki bir vazifenin ifası hakkındaki esaslardan şu neticeye ulaşılabilir: İş gören teberru niyetiyle hareket ettiği veya masraflara katlanması ahlâki bir vazife icabı bulunduğu takdirde, iş sahibine karşı bir mutalebe dermeyeran edememelidir. Şu halde, iş görenin haklarını ileri sürebilmesi için iş sahibini borçlandırma iradesini haiz olması şart değildir; fakat iş gören iş sahibini borçlandırmama iradesini taşıyorsa ondan herhangi bir talepte bulunamaz⁹; böyle bir iradenin mevcudiyetini isbat ise iş görenin taleplerini karşılamak istemeyen iş sahibine terettüp eder.

Müşahede edildiği üzere, mühim olan borçlandırma değil borçlandırmama iradesidir ve onun da rolü selbîdir. Bu keyfiyetin pratik neticesi, bilhassa, iş görenin işe girdiği zaman masraflarını isteyip istememek hususunda bir şey düşünmemiş olması hallerinde kendini gösterir: Eğer iş sahibini borçlandırma iradesinin iş görenin haklarının doğum şartı olduğu fikrinden hareket edilirse, bu gibi hallerde, bahis mevzuu hakların vücut bulmaması gerekirdi; bu ise kanunun başkalarına yardımı teşvik gayesine aykırı olurdu; halbuki, bizim müdafaa ettiğimiz gibi, borçlandırmama iradesinin hakların dermeyeranına engel olduğu kabul edilirse, iş gören işe girdiği anda masrafları talep mevzuunda bir şey düşünmemiş olsa bile onların ödenmesini isteyebilir. Zaten borçlandırma iradesini hakların doğum şartı addedenler de, yukarıda işaret ettiğimiz gibi¹⁰, bu iradenin mevcudiyeti hususunda bir fiksiyon tanımak ve onun ademi mevcudiyetini isbat külfetini iş sahibine yüklemek zorunda kalmışlardır.

Diğer memleketler hukukunda da, iş sahibini borçlandırmama iradesinin iş görenin haklarına tesiri, ekseriya umumî esaslardan çıkarılmaktadır¹¹. Buna mukabil Alman MK. § 685 f. I bu hususta sarîh bir hükmü muhtevîdir: “İş gören, iş sahibinden tazminat istemek niyetinde değil idiyse, hiçbir mutalebede bulunamaz”¹². Şârihler bu hükmün “iş gören, iş sahibinden tazminat istememek niyetinde idiyse, hiçbir mutalebede bulunamaz” şeklinde anlaşılması lâzım geldiği fikrindedirler¹³. Yu-

(8) Bk. not 7 deki atıflar; aşağıda not 10 a ait metin.

(9) Benzer fikirde: Dankwardt, sh. 30 - 31; Brückmann, sh. 96; Bermann, sh. 36 ve müt.; Hagenbüchli, sh. 42, 44; Aeby, sh. 88; Maruitte; sh. 336.

(10) Bk. yukarıda not 8.

(11) Ezcümle Fransız hukuku için bk.: Maruitte sh. 326 ve müt.; Demogue, t. III, no. 18.

(12) Fas MK. md. 954 ve Tunus MK. md. 1190 da aynı mealdedir.

(13) Staudinger - Nipperdey, § 685, Nr. 2; Oertmann, § 685, Nr. 1; Enneccerus - Lehmann, sh. 683.

nan MK. md. 738 f. I de bu sonuncu şekilde kaleme alınmıştır. İspanya MK. md. 1894 cümle 1 mucibince, başkasına ait kanunî bir infak mükelleftiyetini yerine getiren kimse, iyilik maksadıyla ve talepte bulunmak niyeti olmaksızın hareket ettiği aşikâr olmadıkça masraflarını isteyebilir. Görülüyor ki, bu memleketler hukukunda da, borçlandırma iradesine müsbet bir rol izafe edilmeyip, borçlandırmama iradesine menfi bir fonksiyon tanınmıştır.

İlk bakışta, iş sahibi tarafından, iş görenin kendisini borçlandırmamak niyetinde olduğunun ileri sürülmesine tatbikatta hacet yok gibi görünür; iş sahibini borçlandırmak istemeyen kimse zaten ondan bir talepte bulunmaz denilebilir. Halbuki burada bahis mevzuu olan, iş görenin iş yaptığı anda haiz olduğu borçlandırmama iradesidir; iş gören sonradan, mali vaziyetinin bozulması veya iş sahibi ile arasının açılması gibi sebeplerle, fikrini değiştirip masraflarını isteyebilir; yahut iş görenin alacaklıları, onun masrafları dolayısıyla iş sahibine karşı alacaklı olduğunu iddia ederek bu alacak üzerine haciz koydurabilirler. İşte bu gibi hallerde, iş görenin masrafları yaptığı vakit kendisini borçlu kılmak istemediğini isbat etmekte iş sahibinin büyük menfaati vardır¹⁴.

Şimdi iş sahibini borçlandırmama iradesinin başlıca iki tezahür şeklini daha yakından inceleyeceğiz.

II — İş görenin *teberru niyetiyle hareket etmesi*.

İş görenin *teberru niyetiyle* (*animo donandi*) hareket ettiği hallerde iş sahibinden bir mutalebede bulunamayacağı umumiyetle teyid olunan bir husustur. Ancak, bu hususun hukukî izahı muhtelif şekillerde yapılmaktadır:

Ekseri Alman müelliflerinin fikrince¹⁵, iş gören *teberru niyetiyle* hareket etmişse BGB § 685 f. I e tevfikan, mutalebesi hiç doğmaz; yani burada hakkında doğumuna mani olan bir vakıa (*rechtshindernde Tatsache*) bahis mevzuudur.

Bizim de iştirak ettiğimiz diğer bir telâkki mucibince ise, iş görenin haklarının doğması onun niyetine bağlı değildir; iş gören *teberru niyetini* taşısa dahi, bu, onun mutalebelerinin vücut bulmasına engel olmaz; fakat iş görenin böyle bir niyeti haiz olması, onun iş sahibini borcundan ibra etmek arzusuna delâlet eder. Filhakıka, *teberru niyeti*, ancak iş görenin mutalebesi doğduktan ve mutalebenin şümulü kabili tayin

(14) Bk. Maruitte, sh. 324.

olduktan sonra bir mâna kazanır. Şu halde, burada iş sahibinin zımnen kabulüyle tekemmül eden ve teberru niyetiyle yapılan bir ibra karşısında bulunulur¹⁶. İbra, tasarrufi bir muamele (Verfügungsgeschäft) mahiyetini haiz olduğu cihetle, hibe taahhüdü şeklinde yapılmasına hacet yoktur¹⁷. İş sahibi münasip bir müddet zarfında, masraflardan beri tutulmağı reddetmediği takdirde, ibraya rıza göstermiş sayılır (BK. md. 6)¹⁸. Carrez'e nazaran¹⁹, ibrayı kabul, görülen işin teferruatından olup, bunu bizzat iş gören iş sahibi namına yapmış addolunmalıdır; iş gören böyle bir kabulde bulunmadığını iddia edemez; aksi takdirde işin bir kısmını ihmal etmiş olmaktan dolayı mes'ul tutulur. Maruitte ise²⁰, bir teberru kabulün şahsa bağlı bir hakkın kullanılması mahiyetinde olduğu ve iş görenin bunu iş sahibi namına yapamayacağı fikrindedir. İş görenin hem icapta hem de iş sahibi namına kabulde bulunması, bize de biraz sun'î ve zorlayıcı bir izah tarzı olarak görünmektedir.

İş sahibi masraflardan beri tutulmağı reddettiği takdirde, bazı müelliflere nazaran²¹, iş gören bu masrafları için haksız iktisap dâvası açabilir; zira masraflar tahakkuk etmemiş bir sebebe binaen yapılmışlardır. Halbuki kanaatimizce bu telâkki yanlıştır; iş sahibi ibrayı kabul etmezse, iş görenin zaten vekâletsiz iş görme hükümleri mucibince doğmuş olan taleplerini gene o hükümlere tevfikân dermeyeran etmesine hiç bir mani yoktur.

Hibeden rücu sebeplerinin zuhuru halinde, iş gören teberru niyetiyle hareket etmiş olsa dahi masraflarını isteyebilmelidir²².

Teberru niyetinin sarahaten izhar edilmiş olmasına lüzum yoktur.

(15) RGR Komm. § 685, Nr. 1; von Tuhr, Allg. Teil, § 49, not 11; Brückmann, sh. 96 ve müt.; Staudinger - Nipperdey, § 685, Nr. 4.

(16) Carrez, sh. 186; Maruitte, sh. 327; Aeby, sh. 88 - 89; Oser - Schönenberger, Art. 422; Nr. 2; Leonhard, Bd. II, sh. 434 ve 447.

(17) Von Tuhr, sh. 570 not 35 e ait metin; Enneocerus - Lehmann, sh. 285 not 2; Oser - Schönenberger, Art. 422, Nr. 2. Aeby (sh. 89) ibranın şekle tabi olmamasını İBK. md. 115 e (bu madde BK. muza intikal etmemiştir) istinad ettirmektedir; halbuki buradaki ibra şekle tabi olarak doğmuş bir borca taalluk etmez; ibranın şekle bağlı olması, teberru niyetiyle yapıldığı için bahis mevzuu olabilir; fakat ibra bir tasarrufi muamele olduğundan hibe taahhüdü şeklinde yapılması gerekmez. Maruitte, sh. 327 ye de bk.

(18) Bk. von Tuhr, sh. 568 ve Becker, Art. 239, Nr. 3.

(19) Sh. 188.

(20) Sh. 331 - 333.

(21) Hagenbüchli, sh. 43; Staudinger - Nipperdey, § 685, Nr. 4 in fine.

(22) Bk. Maruitte, sh. 334. Alman MK. nun II. Projesinin müzakeresi es-

Halin icaplarından böyle bir niyetin mevcudiyetine hükmolunabilir²³. Bu hususta, iş görenin çok zengin iş sahibinin fakir olması, masrafların pek cüz'î bulunması, iş görenin iş hitama erdikten sonra uzun zaman talepte bulunmaması gibi emareler gözönünde tutulmalıdır²⁴. İş görenle iş sahibi arasında yakın arkadaşlık veya akrabalık münasebetlerinin bulunması daha ziyade ahlâki bir vazifenin ifası bakımından ehemmiyet arzeder²⁵. Tereddüt halinde teberru niyetinin ademi mevcudiyetine hükmolunmalıdır²⁶. Bu niyeti isbat külfeti, daha evvel de kaydettiğimiz veçhile, iş sahibine aittir²⁷.

Teberru niyetinin nazara alınması ve iş sahibinin masraflardan beri olması, iş görenin akdi ehliyeti haiz olmasına mütevakkıftır²⁸.

III — İş görenin masraflara katlanmasının ahlâki bir vazife icab olması.

BK. md. 239 f. III e tevfikân "ahlâki bir vazifenin ifası bağışlama sayılamaz"; binaenaleyh böyle bir vazifenin ifası bahis mevzuu olan hallerde, yukarıda II de kaydettiğimiz hususlar câri olmaz. Ancak, BK. md. 62 cümle 2 mucibince, ahlâki bir vazifeyi ifa için verilen şeyi geri almak kabil değildir; haksız iktisap hakkındaki bu hüküm kıyasen vekâletsiz iş görme sahasında da tatbik olunmalıdır²⁹.

Başkasına yardım için girişilen her iş görme geniş mânada bir ahlâki vazifenin ifası vasfını taşır³⁰. Fakat bundan, faaliyeti tecviz edilen iş görenin aslâ masraflarını isteyemeyeceği neticesi çıkarılmamalıdır. Aksi takdirde, BK. md. 413 ün hikmeti vücudu kalmazdı, masraflarını almayacakları için çok kimseler başkasına yardımdan kaçınırlardı. Binaenaleyh, BK. md. 62 cümle 2 kıyasen vekâletsiz iş görmeye tatbik edilir-

nasında da böyle bir hüküm vaz'edilmek istenmiş, fakat sonra bundan vazgeçilmişti (Staudinger - Nipperdey, § 685, Nr. 1).

(23) Suter, sh. 59; Becker, Art. 239, Nr. 7; Aeby, sh. 89; Maruitte; sh. 328 ve müt.

(24) Maruitte, sh. 329.

(25) Bk. aşağıda III.

(26) Suter, sh. 59; Hagenbüchli, sh. 43; Maruitte, sh. 328; Becker, Art. 239; Nr. 7; Federal Mahkeme: RO, 16, sh. 811, "Mayer c. Landolt"; RO 19, 845, "Fritschin c. Jeissi"; RO 56 II 132/133, "Mayor c. Constantin"; Bern İstinaf Mahkemesi, ZbJV, 46 (1910), sh. 371.

(27) Aeby, sh. 89; Hagenbüchli, sh. 43; Bern İstinaf Mahkemesi, ZbJV, 46 (1910), sh. 371.

(28) Aeby, sh. 88.

(29) Suter, sh. 59 - 60.

(30) Oser - Schönenberger, Art. 239, Nr. 13.

ken, Suter'in teklifi veçhile³¹, şu tefriki yapmak lâzımdır: İş görenin müdahalesinin kendisi ahlâkî bir vazifenin ifası mahiyetini arzetsen bile iş gören masraflarının ödenmesini isteyebilmelidir; fakat eğer iş görenin masraflara katlanması da ahlâkî bir vazifenin icabı ise, o artık bir mutalebede bulunamamalıdır. Meselâ boğulan bir kimseyi kurtarmak ahlâkî bir vazifenin ifası sayılabilir; fakat kurtaran kimsenin yeni elbisesinin perişan olması ve soğuk alıp hastalanması halinde, elbisesini temizletme ve tedavi masraflarını kurtardığı şahıstan isteyemeyip bunlara kendisinin katlanması ahlâkî bir vazife icabı değildir. Yahut, seyahatta olan arkadaşına ait âcıl bazı işleri vekâletsiz olarak yapan kimse ahlâkî bir vazifeyi, arkadaşlık vazifesini yerine getirir; fakat ondan bu işlerin masraflarını da üzerine almasını istemek fazla olur. Buna mukabil, fakir bir arkadaşının çocuğuna bakan kimsenin yalnız infakta bulunması değil, infak masraflarına nihâi surette katlanması da ahlâkî bir vazife icabı suretinde telâkki edilebilir.

Zaten iş görenin masraflara katlanmasının ahlâkî bir vazife icabı ad-dolunması daha ziyade yakın akraba ve arkadaşlara yapılan yardımlar dolayısıyla bahis mevzuu olur. Bazı Kanunlar, bu gibi kimseleri infak halinde, masrafları istememe niyeti hususunda bir karine kabul etmektedirler. Ezcümle Alman MK. § 685 f. II de, ana, baba, büyük ana ve büyük babaların çocuklarını ve torunlarını infak etmeleri veya onlar tarafından infak edilmeleri takdirinde masrafları istememe niyetinin asıl olduğu beyan edilmiştir. Yunan MK. md. 738 f. II, bu karineyi kardeşlere de teşmil eylemektedir. Züriç MK. § 1214 de Alman MK. § 685 f. II ye benzer bir hükmü muhtevi idi.

Türk - İsviçre BK. da böyle bir karine mevcut değildir. Bununla beraber Temyiz Mahkememiz son zamanlarda bu mesele ile alakalı bir karar vermiştir³². Yüksek Mahkeme'ye nazaran "yanında bulunan torununa büyük baba tarafından yapılan masraf mutad yardımlardan ibaret olup nafaka ile mükellef olan kimseden mutlak olarak istirdadı kabul olunamaz. Ancak nafaka mükellefi ile bir anlaşmanın mevcudiyeti halinde masrafın tahsili mümkün olabilir. Bu cihet göz önünde tutulmadan ve hâdisede çocuklarını terketmiş bulunan bir babaya karşı kanunî mümessil sıfatıyla nafaka talebine matuf bir dâvanın da bulunmadığı nazara alınmadan... karar verilmesi yolsuz" dur. Mahkeme'nin "mutad

(31) Sh. 60 - 61.

(32) III. H. D., 26/5/1953, E. 5361, K. 3670; Ad. Der. 45 (1954); sh. 1255 - 1256.

yardımlar” diye tavsif ettiği, ahlâkî bir vazifenin ifasından başka bir şey değildir.

Federal Mahkeme'nin meşgul olduğu bir meselede³³, iki kardeşten biri uzun zaman yalnız başına babasına bakmış ve sonra öbüründen infak masraflarından hissesine düşeni talep etmiş bulunuyordu. Mahkeme, dâvacının yalnız başına babasına bakmakla ahlâkî bir vazifeyi ifa ettiğini beyan ve şunu ilâve etmiştir: “Dâvacının dargın olduğu kardeşine karşı teberru niyetini haiz bulunmadığı yolunda vaki itirazı boşunadır; bilâkis bu dargınlık yüzündendir ki o, kardeşiyle temasa girmektense babasına tek başına bakmayı tercih eylemiştir.”

Aargau Yüksek Mahkemesi de, kızını infak masraflarını damadından isteyen bir kayımbabanın talebini red hususunda aşağıdaki mülahazaları ileri sürmüştür³⁴: “Aile mensuplarından birinin nafaka talebinde bulunmağa hak sahibi diğer birini, nafaka ile mükellefiyet sırasında kendisinden önce gelen bir başkası yerine, uzun seneler, masrafları kendisinden isteyeceğine asıl mükellefin dikkatini çekmeden, infak etmesi ve sonra masrafları talep etmesi hüsnüniyet kaidelerine aykırıdır”.

Zürich Yüksek Mahkemesi, bir kaynananın, kocasından ayrı yaşayıp yanında oturan kızının tedavi ve kür masrafları için damadına rücu etmesini kabul etmemiştir³⁵. Mahkemenin bu kararında, zaten kocanın karsına ihtiyaçları için bir miktar para vermesi ve kaynananın kızını damadı hesabına tedavi ettirdiğinden bu sonuncuyu vaktinde haberdar etmemesi âmil olmuştur.

Federal Mahkeme'nin önüne gelen bir başka meselede de³⁶ bir kadın ölmüş bulunan kızkardeşinin çocuklarını, babalarının mâli vaziyetinin kötü olması ve ikinci kere evlenmesi yüzünden yanına almış ve onları yetiştirmişti. Mahkeme, teyzenin yeğenleri için yaptığı masrafları uzun seneler sonra babadan istemesini tasvib etmemiştir; mucip sebep olarak da, teyzenin çocukların ebeveyni yerine kaim olmak ve bir akrabalık vazifesini yerine getirmek üzere hareket etmesini göstermiştir³⁷.

Gene Federal Mahkeme, yeğenini yanında büyüten ve yetiştiren ve

(33) SJZ, 4 (1907), sh. 354, Nr. 913.

(34) SJZ, 21 (1924/25), sh. 6, Nr. 1.

(35) BIZR, 35 (1936), Nr. 98, sh. 228.

(36) RO, 16, sh. 805 ve müt., “Mayer c. Landolt”.

(37) RO, 16, sh. 811.

Her vakit sanki onun babasıymış gibi hareket eden bir amcanın masraflarını babadan isteyemeyeceği içtihadında bulunmuştur³⁸; maamafih, amcanın muayyen bir tarihten sonra işlerinin bozulduğunu ve artık çocuğun masraflarını karşılayamayacağını kardeşine ihtar ettiğini nazara alarak, bu tarihten sonraki masrafları isteyebilmesine cevaz vermiştir.

Federal Mahkeme diğer bir kararında da³⁹, uzun zaman yanında çalışan ve sonra hastalanıp ölen bir hizmetkârın hastalığı esnasında bir çiftlik sahibinin yaptığı masrafların iyilik ve yardım maksadıyla olduğunu, bu sonuncunun hizmetkârın mirasçılara yazdığı mektuplardan istihraç ve masrafların ödenmesi talebini red etmiştir.

Buna mukabil, Bern İstinaf Mahkemesi, kayınbabasına bakan bir kimsenin, karısının kardeşinden infak masraflarından hissesine düşeni istemesine bir mani olmadığını beyan etmiştir⁴⁰. Aargau Yüksek Mahkemesi'ne nazaran⁴¹, kardeşlerinden birine muavenet eden kimse, diğer kardeşlerine hisseleri nisbetinde rücu edebilir. Schaffhausen Mahkemesi de buna benzer bir içtihadında bulunmuştur⁴²; fakat bu Mahkeme âzasından biri, yazdığı muhalefet şerhinde, yakın kan hısımlarına, kanunî infak mükellefiyetinden hissesine düşenden fazla yardımda bulunan kimsenin bu edası ahlâkî bir vazifenin ifası olup, onun diğer mükellefe rücu doğru olmaz, demiştir. Bern İstinaf Mahkemesi'nin bir başka kararında da⁴³, kocasından ayrılmış olan bir ananın, çocuğunun yetiştirilmesi için yaptığı masraflar hakkında kocaya karşı vekâletsiz iş görme hükümlerini ileri sürebileceği kabul edilmiştir.

§ 35 — İŞ GÖRENİN HAKLARININ DERMEYANI İLE ALÂKALI
DİĞER BAZI MESELELER.

I — İş görenin ve iş sahibinin ehliyeti.

Temyiz kudretini haiz bulunmayan kimse, vekâletsiz iş gören olarak tavsif edilemeyeceği cihetle¹, BK. md. 413 den istifade edemez. Zaten gayrimümeyyizin, iş sahibinin menfaati iktizasına uygun bir şekilde hareket etmesini tasavvur eylemek müşküldür. Diğer taraftan, temyiz

(38) RO 55 II 262, " Moynat c. Pâquier ".

(39) RO 31 II 666, "Holthausen c. Erben Wagnér".

(40) ZbJV, 46 (1910), sh. 369 ve müt., hususiyle sh. 371 - 372.

(41) SJZ, 12 (1915), sh. 16, Nr. 3.

(42) SJZ, 25 (1928/29), sh. 174, Nr. 32.

(43) ZbJV, 50 (1914), sh. 416.

(1) Bk. yukarıda § 24 not 24 e ait metin.

kudreti nisbî bir mefhum olduğu için, iş sahibinin menfaati iktizasına uygun bir faaliyette bulunan şahsın, o faaliyeti bakımından mümeyyiz sayılması ve BK. md. 413 e tevfikan masraflarıyla, uğradığı zararın tazminini isteyebilmesi kabildir².

Alman hukukunda hâkim olan bir cereyana nazaran³, mümeyyiz kasırın müdahalesi dahi, kanunî mümessilinin icazeti olmaksızın, bir vekâletsiz iş görme münasebetine vücut vermez. Binaenaleyh, bahis mevzuu icazet verilmedikçe, mümeyyiz kasır iş görmeden mütevellid masrafları için sadece haksız iktisap hükümlerini dermeyer edebilir. Bu telâkki BGB § 682 (BK. md. 412) ye müsteniddir. Mezkûr hüküm mucibince iş gören akdî ehliyeti haiz bulunmadığı takdirde mes'uliyeti mahduttur; mes'uliyeti mahdut olan iş görenin hakları da mahdut olmalıdır, denilmektedir. Kanunî mümessili icazet verince, iş gören tam ehliyetli bir kimse gibi vekâletsiz iş görme hükümlerine tevfikan mes'ul olacağından, hakları hususunda da aynı hükümlerden istifade edebilir.

Fikrimizce, BGB § 682 (BK. md. 412) hükmünün, böylece mümeyyiz kasırın haklarını da tahdit edecek bir şekilde tefsiri, bu hükmün vaz'ındaki kasırın himaye gayesine aykındır; mezkûr hüküm yalnız mes'uliyetin tahdidi ile alâkalıdır. Mümeyyiz kasır kanunî mümessilinin icazeti olsa da olmasa da, tecviz edilen bir iş görmenin şartları tahakkuk ettiği takdirde, ondan mütevellid hakları dermeyer edebilmelidir⁴.

Vekâletsiz iş görme bir akit olmadığı cihetle, iş sahibinin ehliyetsizliği iş görenin haklarının doğmasına tesir icra etmez⁵; bu haklar iş sahibi gayrimümeyyiz olsa bile husule gelirler.

Pandekt hukukunda iş sahibinin, ehliyetsizliği halinde, sadece iş görme dolayısıyla iktisab ettiği elinde kalanla mes'ul tutulması fikri hüküm sürüyordu⁶. Halen terkedilmiş olan bu fikri yalnız Esser⁷ hakkaniyete uygun bulmaktadır. Kanaatimizce, iş sahibinin borçlarının doğmasında, kendisinin hiçbir dahil olmadığı için böyle bir telâkkinin mü-

(2) Bk. yukarıda § 24 not 25 e ait metin.

(3) Staudinger - Nipperdey, § 682, Nr. 4; RGR Komm. § 682, Nr. 3; Palandt, § 682, Nr. 1.

(4) Aynı fikirde Oertmann, § 682, Nr. 1. Esser, sh. 326 ya da bk.

(5) Suter, sh. 57; Becker, Art. 421, Nr. 2; Aeby; sh. 36; not 26; Staudinger - Nipperdey, § 682, Nr. 11.

(6) Bk. Staudinger - Nipperdey, § 682, Nr. 11. Bazı eski Fransız hukukçuları da aynı fikirde idi : Bk. Maruite, sh. 279 not 1 de zikredilen müellifleri.

(7) Sh. 326.

dafaası doğru olmaz. Kaldı ki, BK. md. 413 deki hakların dermeyanınım, işe iş sahibinin menfaati iktizası girişilmiş olmasına mütevakkıf bulunması, iş sahibinin himayesi için kâfidir⁸. Hatta iş sahibinin ehliyetsizliği yüzünden masrafları tediye borcunun tahdidi onun lehine olmaz; çünkü bu takdirde, masraflarının tamamını tahsil edememek endişesi herkesi ehliyetsizlere yardımdan alıkoymaz⁹.

İş sahibinin ehil olması yalnız şu bakımlardan ehemmiyet arzeder: İş sahibi gayrimümeyyiz ise, onun iş göreni işe girişmekten men'etmesi nazara alınmaz¹⁰. Bundan başka, akdi ehliyeti haiz olmayan iş sahibi, kendisini daha şümüllü külfetler altına sokacağı için, iş görmeye icazet veremez¹¹; bu icazet, eğer iş sahibi gayrimümeyyiz ise, onun yerine kanunî mümessili tarafından verilebilir; mümeyyiz kasırın işe icazeti ise ancak kanunî mümessilinin muvafakatıyla hüküm ifade eder.

II — Birden fazla iş sahibinin mevcudiyeti.

İş gören aynı zamanda birden fazla kimsenin alâkalı olduğu bir işi görebilir. Bu şahıslar arasında, onları müteselsilen mes'ul kılabacak bir münasebet - meselâ, âdi bir şirket yahut miras şirketi - önceden mevcut olmadıkça, onlardan her biri iş görmenin masraflarından hissesine düşen miktarla mes'ul olur¹². Maamafih, birden fazla iş sahibi işe birlikte icazet verdikleri takdirde, BK. md. 395 f. I e kıyasen, onların müteselsilen mes'uliyetleri cihetine gidilir¹³. Bundan başka, iş görenin muhtelif iş sahiplerinin herhangi birinden masraflarının ve zararının tamamının karşılanmasını isteyebileceği nakıs teselsül halleri de vardır; meselâ yanar bir evin söndürülmesine yardım eden kimse ev sahibi ile sigorta şirketinden birine veya diğerine karşı masraflarının tamamı için talepte bulunabilir; bunların birbirlerine ne nisbette rücu edecekleri aralarındaki münasebete göre tayin olunur¹⁴.

İş görmenin tecviz edilen neviden olup olmadığı iş sahiplerinin her biri bakımından ayrı ayrı araştırılmalıdır; başka bir deyimle, her birinin menfaati iktizasının ne olduğu ve iş görmeyi men edip etmedikleri ayrı ayrı tesbit edilmek gerekir. Meselâ, müşterek mülkiyete mevzu olan bir

(8) (9) Maruitte, sh. 280 - 282.

(10) Bk. yukarıda § 31, not 67 - 68.

(11) Bk. yukarıda § 33, not 33.

(12) Suter, sh. 82, not 1; Rossel, sh. 497; Staudinger - Nipperdey; Vorbem. 50 vor § 677; Demogue, t. III, no. 46.

(13) Schneider et Fick, art. 424, no. 10; Rossel, sh. 497.

(14) Bk. yukarıda § 12, not 97.

şeyin tamiri maliklerin hepsinin menfaati iktizası bulunduğu halde içlerinden biri iş görenin müdahalesini arzu etmemiş olabilir; yahut iş gören, iki ayrı iş sahibi arasında onlar namü hesabına bir akit yapmış ve birinin menfaatini diğerininkine tercih etmiş bulunabilir. Bu gibi hallerde iş gören, iş sahiplerinden birine veya bir kısmına karşı tecviz edilen, diğerine veya diğer kısmına karşı tecviz edilmeyen iş görmeden mütevellid hakları dermeyan eder.

III — Müruruzaman

BK. md. 413 tecviz edilen bir iş görmenin mevcudiyetini derpiş ettiği, iş görenin bu maddede zikri geçen mutalebeleri on senelik müruruzamana tabidir. Filhakika, vekâletsiz iş görmenin bu nev'i, hukukî muamele benzeri bir fiil karakterini taşır; binaenaleyh, ondan neş'et eden mutalebeler hakkında da kıyasen akdi müruruzaman cereyan eder. Bu husus mahkeme içtihadlarıyla da teyid edilmiştir¹⁵.

Eğer iş görmenin mevzuunu BK. md. 126 da zikri geçen nev'iden edalar teşkil ediyorsa, bunlar hakkında beş senelik müruruzaman câri olmalıdır¹⁶. Bu kısa müruruzaman bilhassa infak masraflarına, san'atkârlarla serbest meslek erbabının hizmetlerinin karşılığına ve masrafların faizlerine müteallik alacaklar bakımından ehemmiyet arzeder. Buna mukabil, iş görme, başkasının bir borcunun onun yerine ifasından ibaretse, o borcun müruruzamanı daha kısa olsa bile iş görenin alacağı on senelik müruruzamana tabidir¹⁷. Bittabi, eğer iş gören başkasının müruruzamana uğramış borcunu öderse, iş sahibine karşı bir talepte bulunamaz; fakat borcu müruruzamana uğramazdan önce tediye ettiği takdirde, iş görenin iş sahibine karşı bu yüzden olan alacağı hakkında ödenmiş olan borcun kısa müruruzamanı câri olmaz.

Müruruzaman, iş görenin masrafta bulunduğu veya zarara uğradığı andan itibaren işlemeğe başlar; zira iş gören bu andan itibaren masrafların ödenmesi veya tazminat taleplerini ileri sürebilir; maamafih bu mutalebelerin şumulünü işin hitamından önce tesbit etmek mümkün de-

(15) Federal Mahkeme, RO 55 II 265, "Moynaç c. Pâquier"; Temyiz Mahkemesi, 4. H.D., E. 3603/K. 2694 (tarihi yazılmamış), Ad. Der. 45 (1954); sh. 59 - 60.

(16) Alman hukukunda aynı fikrin müdafaası için bk. Staudinger - Nipperdey; Vorbem. 54 vor § 677 ve onun zikrettiği müellifler; Fransız hukukunda aksi fikirde Demogue, t. III, sh. 82.

(17) Staudinger - Nipperdey, Vorbem. 53 vor § 677; Demogue, t. III, no. 50.

ğilse, müruruzamanın başlangıcını işin hitama ermesi tarihi olarak kabul etmek yerinde olur¹⁸.

FASIL II

TECVİZ EDİLEN İŞ GÖRMEDE İŞ GÖRENİN HAKLARININ MUHTEVASI

Bu fasılda, faaliyeti tecviz edilen iş görenin BK. md. 413 e tevfi kanun dermeyan edebileceği hakların neler olduğu üzerinde duracağız. Kanun vazı, bu hakların muhtevasını ve şümulünü tesbit ederken şu mülâhazalardan hareket eylemiştir: Başkasının menfaatinin iktiza ettirdiği bir işe girişen kimsenin bu müdahalesi kendi mamelekinde bir azalmayı mucip olmamalıdır; herkesi başkalarına yardıma teşvik, ancak iş görene böyle bir azalmayı telâfi edecek taleplerde bulunmak salâhiyetinin bahşedilmesiyle mümkün olur. Diğer taraftan, vekâletsiz iş görme, işi yapan için bir kâr teminine vesile teşkil etmemelidir; aksi takdirde, başkasının işlerine karşın hevesinin lüzumundan fazla tahrikine yol açılır; bu itibarla, iş görene geniş ölçüde ücret istemek salâhiyeti tanınmamak gerekir. Hülâsa, iş görenin, aşağıda tetkik edeceğimiz haklarının gayesi, onun mamelekini mümkün merteye iş görmeden önceki haline irca etmektir.

§ 36 — MASRAFLARIN ÖDENMESİ TALEBİ

I — *Masraf mefhumu*

Türk - İsviçre hukukunda, masraf mefhumunun umumî mahiyette muhtelif tariflerine rastlanmaktadır. Bu tariflerin hepsinde müelliflerin birleştikleri bir nokta vardır: Masraf mefhumu, bir kimsenin mamelekinde husule gelmesine kendi iradesiyle katlandığı bir azalmayı ifade eder¹. Bu azalmaya, bazı hukukçuların fikrinde² “bir üçüncü şahıs lehine veya bir şey için”, diğer bazılarına göre³ “başkasının bir malına veya hakkına bir fayda temin etmek üzere” katlanılır. Başka bir telâkki mucibince ise⁴, mamelekteki azalma “aharın ayına veya muayyen bir maksada hizmet etmek üzere bazı malların tahsisi” şeklinde olmalıdır.

(18) Gautschi, sh. 178 ile karşılaştırmız.

(1) Davran, sh. 289 ve 295 - 297; von Tuhr, sh. 108; Arsebük, sh. 105; Saymen, sh. 394, not 2; Hagenbüchli, sh. 74; Feyzioğlu, sh. 145; Becker; Art. 402, Nr. 2; Suter, sh. 95. Lent. Wille und Interesse, sh. 60-61 ve Enneccerus - Lehmann, sh. 89 a da bk.

(2) Von Tuhr, sh. 108. Arsebük (sh. 105) von Tuhr'un tarifinden sadece “üçüncü şahıs lehine” kısmını muhafaza etmiş, “bir şey için” kısmını çıkarmıştır.

(3) Saymen, sh. 394, not 2; Feyzioğlu, sh. 145.

Bütün bu tarifleri nazara alarak, BK. md. 413 de bahsi geçen masraf tabirinden, iş görenin başkasına ait bir işi görmek için kendi mamelekinde ihtiyarıyla husule getirdiği veya husule gelmesine katlandığı bir azalma, anlaşılacak lazımdır diyebiliriz⁵. Filhakika “başkasının işini görme” mefhumu, “başkası lehine veya başkasına ait bir şey üzerinde” bir fiil ikamı tazammun eder. “Bazı malların tahsisi” kaydına gelince, bunun tarifte yer almasına lüzum yoktur; mamelekteki azalma, bazı malların tahsisi şeklinde olabileceği gibi üçüncü şahıs hesabına bir borç altına girmek suretinde de tezahür edebilir; meğer ki borç altına giren kimse- nin mamelekinin bu borca karşılık teşkil etmesinde bir tahsis mahiyeti görülsün.

Masraf yapılması, umumiyetle, fiili bir muamele (Tathandlung) olarak tavsif edilmektedir⁶.

İş görenin mamelekinde masraf sayılabilecek bir azalma, başlıca şu suretlerde vukua gelir⁷:

a) Para tediyesi. Meselâ, iş görenin, işin gerektirdiği seyahat masraflarını, yahut iş sahibinin nakde taallük eden bir borcunu, ezcümle tediyesi ona terettüp eden sigorta primlerini, bir ticarî senette mündemiç borcu, mahkeme masraflarını ödemesi, bir kimseyi infak için nakdî yardımlarda bulunması gibi.

b) Paradan gayri şeylerin istihlâki yahut mütemmim cüzü olacak şekilde başka bir şeyle birleştirilmesi. Bir hayvana yem verilmesi, bir tarlanın ekilmesi, iş görenin kendisine ait malzemeyi başkasının evinin tamirinde sarfetmesi bu hususta misal olarak zikredilebilir.

c) Eşyanın temliki. Meselâ iş sahibinin teslimle mükellef olduğu fakat halen tedarik edecek vaziyette bulunmadığı şeyleri onun yerine iş görenin teslim etmesi.

d) İş görene ait bir şeyden veya yerden faydalanılması, ancak o, bu yüzden hadisatın normal cereyanına tevfikân elde edebileceği bir kâr-

(4) Davran, sh. 296; Hagenbüchli, sh. 74; Enneccerus - Lehmann, sh. 88 - 89.

(5) Suter (sh. 95) ve Becker'in (Art. 402, Nr. 2) tarifleriyle karşılaştı- rınız.

(6) Davran, sh. 289; von Tuhr, 153; Arsebük, sh. 261; Suter, sh. 95.

(7) Suter, sh. 95 - 97; von Tuhr, sh. 110 - 111; Arsebük, sh. 108 - 109; Davran, sh. 299 - 300; Feyzioğlu, sh. 146 - 147; Becker, Art. 402, Nr. 2 - 3; Art. 422, Nr. 4; Oser-Schönenberger, Art. 402, Nr. 2-3, 5; Hagenbüchli; sh. 74.

dan mahrum kalmışsa masraf teşkil eder. Ezcümle, iş gören kiraya vereceği bir odayı iş sahibine ait şeylerin muhafazasına tahsis etmişse vaziyet böyledir. Buna mukabil, iş görenin işi yaparken kendisine ait bazı aletleri kullanması, bu aletler sırf o iş için tedarik edilmiş veya iş gören onlarla başka türlü bir kâr temin etmek fırsatını kaçırmış olmadıkça, bir masraf teşkil etmez. Keza iş gören, teşebbüsüne ait umumî masrafların ödenmesini de, bunlardan o işe düşen kısmı hesaplamak mümkün olmadığı takdirde, talep edemez; meselâ, vekâletsiz olarak başkasına ait bazı işleri takip eden avukat yazıhane kirasının cüz'î de olsa bir kısmını iş sahibinden istemeğe salâhiyetli değildir.

e) Hizmet edaları, muayyen şartlar altında, masraf mahiyetinde sayılabilirler. Bunlardan, iş görenin hizmetine karşılık bir ücret talebine hakkı olup olmadığının tetkiki esnasında bahsolunacaktır⁸.

f) İş görenin iş sahibi hesabına üçüncü şahıslara karşı borç altına girmesi de masraf vasfını taşır. BK. md. 413 f. I de bu çeşit masraflar ayrıca tasrih edildiği cihetle aşağıda onlar üzerinde daha etraflı surette tevakkuf edeceğiz⁹.

g) Kaideten masraf ile zararı birbirinden tefrik etmek lâzımdır¹⁰. Gerçi her iki mefhum da mamelekteki bir azalmayı tazammun eder; fakat bu azalma, masrafta mamelek sahibinin ihtiyarıyla olduğu halde, zararda onun ihtiyarı hilâfnadır¹¹. Maamafih, başkasının menfaatine bir iş görürken zarara uğrayan kimsenin bu zararı bazan masraf olarak tavsif edilebilir. Doktrinde hâkim olan telâkkiye nazaran¹², iş gören işin

(8) Bk. aşağıda § 37, I.

(9) Bk. aşağıda III.

(10) İBK. md. 422 f. I de "... iş sahibi... iş görene... masraflarını öde-meğe... ve... onun, hâkimin serbestçe takdir edeceği sair bütün zararını tazmine mecburdur" (et l'indemniser de tout autre dommage, sowie für andern Schaden) ibaresi mevcuttur. Bu ifade tarzı, iş görenin masraflarının da bir nevi zarar addolunduğu zehabını uyandırabilir. Bu bakımdan "sair bütün" kelimelerinden sarfınazar ve "hâkimin takdir edeceği zararı tazmine" ibaresiyle iktifa eden Türkçe metin (BK. md. 413 f. I) daha doğrudur.

(11) Bu tefriğe karşı, bir kimsenin şahsî veya mamelekî varlıklarını ihlâl eden bir haksız fiile rıza göstermesi halinde de masraf değil zarar bahis-mevzuu olduğu ileri sürülebilir; şu kadar ki, bu halde masrafın diğer unsuru, "mamelekteki azalmaya başkasının işini görmek için katlanma" unsuru, yoktur.

(12) Von Tuhr, sh. 100 - 111; Davran, sh. 306 - 308; Suter, sh. 104 - 105; Ennecerus - Lehmann, sh. 666; Hagenbüchli, sh. 83; Staudinger - Nipper-dey, § 683, Nr. 21; Becker, Art. 402, Nr. 3; Art. 422; Nr. 4; Oser-Schönen-berger, Art. 402, Nr. 5.

icrası esnasında bilerek şahsi veya mameleki varlıklarını bir tehlikeye maruz bırakmışsa, tehlikenin tahakkuku ihtimali için zarar istemiş olur ve onu, bu sebeple şarta bağlı bir masraf suretinde ileri sürebilir.

Böylece işin görülmesi yüzünden uğranılan zararın da bazı şartlar altında masraf sayılması bilhassa Alman hukukunda çok ehemmiyet arzeder. Zira, aşağıda teferruatıyla arzedeceğimiz veçhile¹³, BGB iş görene masraflarının ödenmesi yanında zararının tazmini için bir talep hakkı tanımamaktadır.

II — Masrafların ödenmesinin şümülü ve tarzı.

BK. md. 413 f. I e tevfikân, iş sahibi, iş görene, sadece halin icaplarının yapılmasını haklı gösterdiği zarurî veya faydalı masraflarını ödemekle mükelleftir.

Yapılmadıkları takdirde iş sahibinin maruz kalacağı zararlı bir neticeyi önlemek için girişilen masraflar zaruridir; bunlar bilhassa iş görenin şahsi ve mameleki varlıklarının mevcudiyetlerinin ve kıymetlerinin idamesine yarar. Buna mukabil faydalı masraflar, mezkûr varlıkların kıymetlerinin arttırılmasını veya iş sahibinin mamelekine yeni kıymetler eklenmesine hizmet ederler¹⁴.

Halin icaplarının zarurî veya faydalı masrafların yapılmasını haklı gösterip göstermediği objektif bir kıstasa göre tayin olunmalıdır¹⁵; yani bu husus iş görenin veya iş sahibinin sübjektif takdirine bırakılmış değildir; müşahhas vakianın şartları göz önünde tutularak muamelâtta câri telâkkiye ve hüsnüniyet kaidelerine tevfikân masrafların yapılmasının münasip (angemessen) olup olmadığını tesbit etmek lâzımdır; başka bir deyimle, mezkûr şartlar altında mâkul bir insanın bu masraflara girişip girişmeyeceği araştırılmalıdır. Müşahhas hadisede iş sahibinin ailevi, içtimai, iktisadi vaziyeti, temayülleri, itiyadları, ihtiyaçları ve bilhassa iş görmenin gayesi ile yapılan masraf arasındaki nisbet¹⁶ nazara alınmak icab eder.

(13) Bk. aşağıda § 37, II, b.

(14) Schneider et Fick, art. 422, no. 12 - 13; von Tuhr, sh. 109; Oğuzoğlu, Borçlar Hukuku, sh. 274; Davran, sh. 299 ve Aeby, sh. 92 - 93 ile karşılaştırınız.

(15) Suter, sh. 98; Oser - Schönerberger, Art. 422, Nr. 6; von Tuhr, sh. 109; Davran, sh. 299; Hagenbüchli, sh. 76.

(16) Bk. Lent, Wille und Interesse, sh. 62 - 63.

Kaideten mâkul bir haddi aşan masrafların ödenmesi istenemez¹⁷. İş gören, işin icrası için yaptığı seyahatte daha ucuz olan vasıtayı tercih etmeli, posta kartı ile halledilebilecek bir iş için telgraf göndermemelidir. Görülen işde vasat kalitede malzeme kullanılmalı ve bu da ihtiyaçtan fazla satın alınmamalıdır. Aksi takdirde, iş gören masraflarının aşırı olan kısmı için ancak haksız mal iktisabı hükümleri dairesinde talepte bulunabilir¹⁸.

Masrafların halin icaplarına uygun olup olmadığının tayininde, bu icaplardan sadece iş görenin malûmu olanlar veya olması lâzım gelenler hesaba katılmalıdır¹⁹. Aksi fikri müdafaa eden bazı müelliflere nazaran²⁰, müşahhas vakıanın, işgörence kusuru olmaksızın bilinmeyen şartları da nazara alınmak iktiza eder ve böylece vekâletsiz iş görenin masraflarının şümulünü tayindeki ölçü vekilinkinden farklı olur; zira vekil, hâdisenin kendisince bilinen veya bilinmesi lâzım gelen şartlarının haklı gösterdiği masraflarını talebe salâhiyetlidir; kusuru olmaksızın bilmediği şartlar yüzünden bu masrafların yapılmamasının iktiza etmesi onun bu salâhiyetine hâlel getirmez²¹. Kanaatimizce, faaliyeti tecviz edilen vekâletsiz iş görenin masrafları için vekilinkinden farklı bir ölçü kullanmağa mahal yoktur; zira bu çeşit bir iş görmede, iş sahibi, işe girişmenin onun menfaati iktizası olup olmadığının tayininde, iş görenin kusuru olmaksızın bilmediği hususlar da nazara alınmak suretiyle kâfi derecede himaye edilmiş olur²²; artık masrafların münasip olup olmadığının tesbitinde de aynı derecede sıkı davranmak, iş sahibini iş gören aleyhine lüzumundan fazla himaye etmek neticesini doğurur. Şu da var ki, iş görenin bilmesi lâzım gelmeyen hususların gözönünde tutulmaması kıstasın objektifliğini ortadan kaldırmaz; masrafların münasip olup olmadığı hakkında, iş görence bilinen ve bilinmesi lâzım gelen şartlardan hareket edilerek yine muamelâta câri telâkkiye ve hüsnüniyet kaidelerine göre karar verilir. Bu hususta şu misali zikretmek kabildir²³: Kazaya uğrayan bir şahsı, iş gören, mâkul bir insan sıfatıyla, otomobille hastahaneye nak-

(17) Suter, sh. 98; Lent, Wille und Interesse, sh. 63; Hagenbüchli, sh. 76.

(18) Bk. aşağıda § 38, I.

(19) Aynı fikirde Lent, Wille und Interesse, sh. 61 - 62.

(20) Von Tuhr, sh. 109; Davran, sh. 299.

(21) Bu yüzden von Tuhr ve Davran'a nazaran, vekilin masraflarının şümulünü tayinde ölçü sübjektif olduğu halde vekâletsiz iş göreninde objektiftir. Lent'in fikrinde ise, her iki halde de ölçü hem sübjektif hem objektiftir.

(22) Bk. yukarıda, § 32, III.

(23) Bk. Lent, Wille und Interesse, sh. 62, not 10.

letmek lüzumunu hissetmişse, sonradan kazazedenin vaziyetinin o kadar vahim olmadığı ve yürüyebileceği anlaşılmış olsa bile, otomobille nakil masraflarını talep salâhiyeti mevcuttur.

İş görme ile istihdaf edilen neticenin, iş görenin gerekli bütün ihtimamı sarfetmesine rağmen, hasıl olmaması veya husule geldikten sonra zail olması, daha yukarıda da kaydettiğimiz veçhile²⁴, masrafların ödenmesi talebinin dermeyanına engel teşkil etmez.

Mühim olan bir husus da, masrafların gerçekten, fiilen yapılmış olmasıdır²⁵. İş gören halim icaplarının yapılmasını haklı gösterdiği masraflardan, hususî kabiliyet ve mehareti dolayısıyla bir tasarruf temin etmişse, tasarruf ettiği miktar için bir talepte bulunamaz; başka bir deyimle, iş gören işi normalden ucuza çıkardığı takdirde ancak hakikaten sarfettiği miktardan isteyebilip normal olarak sarfı lâzım gelen miktardan talep edemez.

Masraflar, kaideten, yapıldıkları andaki kıymetlerine göre nakden ödenirler²⁶. Hâkim, BK. md. 43 f. I in kendisine tanıdığı, tazminatın suretini takdir serbestisinden burada istifade edemez²⁷. Zira masraflar zarardan farklı olarak, bilihtiyar husule getirilen veya katlanılan bir mamelek azalmasından ibarettirler. Binenaleyh, von Tuhr'un da belirttiği gibi²⁸, misliyattan olan şeylerin istihlâki halinde, benzeri şeylerin iadesi istenemez; çünkü vaziyete göre, böyle bir tazmin tarzı diğer taraf için çok külfetli olabilir. Hususiyle fiatların yükselmesi halinde, masrafta bulunan, bir zarar için tazminat isteyen kimse gibi, şeyin hüküm tarihinde eriştiği yüksek kıymeti talebe salâhiyetli değildir; madem ki o şeyi ihtiyarıyla elinden çıkarmıştır, bunun neticelerine de kendisi tahammül etmelidir. Maamafih hâkim hakkaniyete uygun görürse, masrafta bulunana, sarfettiği şeyin kıymetinin yükselmesi yüzünden uğradığı zarar için münasip bir tazminat verilmesine hükmedebilir; artık burada masrafın değil, hakiki mânasında bir zararın tazmini bahis mevzuudur²⁹.

Masrafların ödenmesi talebinin şümulüne bunların faizi de dahil

(24) Bk. yukarıda § 32, not 14 - 19 ve bunlara ait metin.

(25) Hagenbüchli, sh. 75; Suter, sh. 98.

(26) Von Tuhr, sh. 111; Davran, sh. 300; Suter, sh. 99; Hagenbüchli, sh. 75; Aeby, sh. 93.

(27) Von Tuhr, sh. 111; Becker, Art. 422, Nr. 5; Davran, sh. 300; Suter, sh. 99.

(28) Sh. 111.

(29) Suter, sh. 99.

ölür³⁰. Faiz, masrafların yapıldığı tarihten itibaren ve o andaki kıymetleri üzerinden yürütülür. Faiz nisbeti, bu hususta bir teamül yoksa, BK. md. 72 mucibince, senevi % 5 olarak kabul edilmek gerekir. Masrafların faize tabi tutulacağı, BK. md. 413 f. I ve TK. md. 22 cümle 2 de sarahaten ifade edilmiştir; böyle bir hüküm mevcut olmasaydı da aynı netice iş görenin mamelekinde husule gelen tenezzülün mümkün mertebeye telâfisi esasından çıkarılabilirdi. Eğer üzerinde masraf yapılmış olan şeyden bizzat iş gören istifade ediyorsa, ancak bu istifadenin nihayete ermesi anından itibaren faiz işlemeğe başlar³¹; filhakika, iş görenin kendi yaptığı masraftan faydalanması faizin yerini tutar; bu husus, intifa hakkı sahibi için MK. md. 725 den istihraç olunabilir; mecur üzerinde masraf yapan mucir hakkında da aynı esasm tatbiki mümkündür.

III — İş görenin deruhde ettiği borçlardan kurtarılması.

İBK. md. 422 f. I e tevfikân, iş sahibi, iş göreni deruhde ettiği borçlarından, masraflar için câri olan ölçüde, kurtarmakla mükelleftir³². Maalesef mezkûr maddenin bu kısmı türkçeye nakledilirken "... bu kabil taahütlerini ifaya... iş sahibi mecburdur" tarzında anlaşılmasız bir ifade kullanılmıştır. Binaenaleyh, BK. md. 413 f. I deki bu ibarenin mehaz kanuna uygun olarak düzeltilmesi temenniye şayandır.

İş görenin iş sahibi hesabına üçüncü şahıslara karşı borç altına girmesinin bir masraf nevi olduğuna yukarıda işaret eylemiştik³³. Kanun vazınının, umumiyetle masrafların ödenmesi talebinden bahsettikten sonra bir de borçtan kurtarma talebini zikretmesi bu talebin yerine getirilme tarzının arzettiği hususiyetle izah olunmaktadır³⁴.

İş sahibi hesabına borç altına girme de, bir nevi masraf olduğu cihetle, borçtan kurtarma talebinin şumulünün tayininde masrafların ödenmesi talebindekinin aynı ölçü kullanılır; yani iş gören, borçlanması zarurî veya faydalı olduğu ve halin icapları bu borçlanmayı haklı gösterdiği nisbette borçtan kurtarılma talebinde bulunabilir.

(30) Bu hususta bk. Suter, sh. 99; Aeby, sh. 93; von Tuhr, sh. 111; Davran, sh. 300.

(31) Leemann, Art. 753, Nr. 7; von Tuhr, sh. 111 - 112; Davran, sh. 300 - 301.

(32) "... le décharger dans la même mesure de tous les engagements qu'il a pris...", "ihn in demselben Masse von den übernommenen Verbindlichkeiten zu befreien...".

(33) Bk. yukarıda I, f.

(34) Aeby, sh. 90.

İş görenin iş görme dolayısıyla üçüncü şahıslara karşı borç altına girmesi, bilhassa bu şahıslarla kendi namına iş sahibi hesabına borç doğurucu bir hukukî muamele yapması halinde bahis mevzuu olur. Bu gibi vaziyetlerde, iş görme iş sahibinin menfaati iktizası olsa dahi üçüncü şahıs ona karşı bir mutalebede bulunamaz³⁵; çünkü vekâletsiz iş görme hükümleri yalnız iş görenle iş sahibi arasındaki iç münasebeti alâkalandırır; dış münasebette ise vasıtalı temsil mevcut olduğundan borç iş görenin şahsında doğar. Hatta iş gören üçüncü şahıstan iş sahibi hesabına satın aldığı şeyi iş sahibine teslim etmiş bulursa bile satıcı vaziyetindeki üçüncü şahıs şeyin semenini iş sahibinden isteyemez; üçüncü şahsın başvurabileceği çareler sadece, iş görenden iş sahibine karşı olan alacağını kendisine temlik etmesini istemek veya bu alacağa haciz koydurmak³⁶.

İş sahibinin iş göreni borçtan kurtarması şu şekillerde olur:

İş sahibi, iş gören yerine onun üçüncü şahsa karşı olan borcunu ödeyebilir. Bazı müelliflere nazaran³⁷, iş gören, iş sahibinden tediye üçüncü şahsa yapacağına kendisine yapmasını isteyemez; çünkü, böyle bir tediye, iş görene, mamelekindeki azalmayı telâfi gayesini aşan bir menfaat temin eder; bundan başka, üçüncü şahsın menfaatlerini de tehlikeye sokar; zira iş görenin aldığı parayı ona vermemesi veya borç ödemekten âciz hale düşerek verememesi ihtimali mevcuttur. Aksi fikri müdafaa eden diğer müellifler bu delilleri şöylece çürütmeğe çalışmaktadırlar³⁸: İş gören borçlu olduğu meblağın kendisine verilmesini ancak borç muacceliyet kesbettikten sonra isteyebileceği cihetle, tediye kendisine yapılması neticesinde hakkı olduğundan fazla bir menfaat elde etmiş olmaz. Diğer taraftan, iş gören parayı aldıktan sonra da üçüncü şahsa karşı mes'ul olmakta devam eder; kaldı ki, iş görene bir kere parayı verdikten sonra artık onun üçüncü şahsa borcunu ödeyip ödemediği hiç bir surette iş sahibini alâkadar etmez. Üçüncü şahısların menfaatlerini himaye bakımından ilk telâkki bize daha münasip görünmektedir; filhakkâ iş görenin mes'ul olması üçüncü şahsın alacağını muhakkak tahsil edebilmesi demek değildir.

(35) Suter, sh. 100; Becker, Art. 422, Nr. 7; Oser - Schönerberger, Art. 422, Nr. 6. Yukarıda § 20, III e de bk.

(36) Federal Mahkeme RO 42 II 472, "François Grangier c. Davit Raymond". Fransız ve Avusturya hukukunda, üçüncü şahsa doğrudan doğruya iş sahibine karşı dâva açmak hakkı tanınmıştır (Bk. Demolombe, t. XXXI, no. 192; Swoboda, sh. 135 ve müt.). Bern İstinaf Mahkemesi de İsviçre hukukunda böyle bir dâva hakkını kabul etmişti: ZbJV, 42 (1906), sh. 321.

(37) Von Tuhr, sh. 112; Suter, sh. 101; Arsebük, sh. 111.

(38) Becker, Art. 402, Nr. 7; Davran, sh. 301.

İş sahibi, iş göreni borçtan kurtarma mükellefiyetine müsteniden, üçüncü şahsa karşı iş gören yerine borcu üstlenmek için icapta da bulunabilir; üçüncü şahıs bu icabı kabul ederse iş gören borçtan kurtulur; burada eski borçluyu borçtan beri kılan bir borcun nakli mukavelesi (privative Schuldübernahme) bahis mevzuudur³⁹.

Bazan iş görenin iş sahibi hesabına borç altına girmesi ona kredi temini gayesiyle olur. Bu takdirde, iş görenin iş sahibinden tediyede bulunmasını veya borcu üstlenmesini talep eylemesi iş görmenin gayesiyle telif edilemez; binaenaleyh, böyle bir iş görmede, iş gören sadece hakları tehlikeye düşerse teminat istemekle iktifa etmelidir⁴⁰.

Eğer iş gören iç münasebette mezuniyeti bulunmadığı halde üçüncü şahıslara karşı haiz olduğu temsil salâhiyetine binaen iş sahibi namına borç doğurucu bir muamele aktederse, bu muamelenin hükümleri doğrudan doğruya iş sahibinin şahsında husule gelir ve iş görenin borçtan kurtarılmasına hacet kalmaz⁴¹. Yalnız iş sahibi, iş görenden, iç münasebette müsaadesini almadan hareket ettiği için tazminat isteyebilir.

İş gören iç münasebette mezuniyeti ve dışı karşı da salâhiyeti mevcut olmamasına rağmen iş sahibi namına borç doğurucu bir akit yapmışsa, icazet vermeyen iş sahibi bu akitten dolayı borç altına girmez; yalnız iş gören salâhiyetsiz temsil hakkındaki hükümlere tevfikan (BK. md. 39) üçüncü şahıslara karşı tazminatla mükellef olur. Eğer işin görülmesi iş sahibinin menfaati iktizası ise iş gören ondan kendisini bu tazminat borcundan kurtarmasını isteyebilir, yoksa iş sahibini icazet vermeğe zorlayamaz⁴²; maamafih, bu gibi hallerde iş sahibi ekseriya kendiliğinden icazet verir.

§ 37 — İŞ GÖRENİN ÜCRET VE İŞİN İCRASI YÜZÜNDEN UĞRADIĞI ZARARIN TAZMİNİ TALEPLERİ

I — İş görenin ücret talebi

Türk - İsviçre BK. da dahil olmak üzere, hiçbir memleketin kanununda vekâletsiz iş görenin hizmetine karşılık bir ücret isteyebileceği hak-

(39) Becker, Art. 422, Nr. 7; Suter, sh. 101; Aeby, sh. 93.

(40) Becker, Art. 422, Nr. 8; Suter, sh. 101.

(41) Suter, sh. 101.

(42) Bk. Enneccerus - Lehmann, sh. 681; Alman Federal Mahkemesi (Bundesgerichtshof), NJW, 1951, sh. 398; Suter, sh. 102.

kimda umumî bir hüküm mevcut değildir¹. Bu keyfiyet, vekâletsiz iş görenin kazanç temini için vasıta ittihaz edilmesinin doğru olmadığı mülahazasıyla izah ve aksi takdirde başkalarının işlerine vaki müdahalelerin lüzumundan fazla artmasından endişe olunmaktadır². Bundan maada, vekâletin esas itibarıyla ivazsız bir akit olması, vekâletsiz iş görenin de aynı mahiyeti taşıması gerektiği hususunda ileri sürülen delillerden biridir³. Nihayet, iş görenin tamamen pasif vaziyette bulunan iş sahibi ile bir ücret hususunda mutabık kalmadan onun işine müdahale edip de sonradan ücret istemesinin caiz olmayacağı iddia edilmektedir⁴.

Şu kadar ki, iş görenin hizmet edasının muayyen şartlar altında bir masraf sayılabileceği de umumiyetle kabul olunan bir husustur⁵. Bir kere, iş gören ahara ait işi yapması yüzünden hadisetin normal seyrine göre başka bir yerde elde edebileceği kazançdan mahrum kalmışsa⁶, bu mamelekî fedakârlığını bir masraf olarak ileri sürebilmelidir. Diğer taraftan, o, meslekü san'atının icrasına giren ve normal olarak bir ücret verilmesini istilzam eden bir işle meşgul olduğu takdirde⁷, gene mutad ücretini masraf suretinde isteyebilmelidir. Bu sonuncu halde, iş görenin vekâletsiz iş görme yüzünden meslekî faaliyetini başka bir kimse hesabına icra etmek imkânından mahrum kaldığı farz olunmaktadır⁸; yani iş görenden, hadisetin normal seyrine göre böyle bir imkânın mevcut olduğunu isbat etmesi beklenilmemektedir. Bazı müelliflere nazaran⁹; "Haddi zatında iş kuvveti veya sây, mameleke dahil bir mal veya kıymet değildir, bizatihi insana bağlıdır, halbuki mamelek mefhumu hak sahibinin yanında müstakil olarak yer alır. Fakat iş kuvveti ile mâlî kıymetler yara-

(1) Bittabi, TK. md. 22 cümle 1 ile kurtarma, yardım ve lûkata hakkındaki hususî hükümler bundan müstesnadır. Bk. aşağıda § 41, I ve II.

(2) Suter, sh. 93.

(3) Bk. Suter, sh. 97; Lent, Wille und Interesse, sh. 102.

(4) Bk. Lent, Wille und Interesse, sh. 103.

(5) Suter, sh. 96 - 97; Hagenbüchli, sh. 77 - 79; Oser - Schönenberger, Art. 422, Nr. 8; Becker, Art. 422, Nr. 4; von Tuhr, sh. 110; Arsebük; sh. 109; Davran, sh. 298 ve 300; Isay, sh. 148; Brückmann, sh. 183 ve müt.; Aeby, sh. 94; Staudinger - Nipperdey, § 683, Nr. 22; Enneccerus - Lehmann, sh. 681 ve onun zikrettiği mahkeme kararları.

(6) Meselâ konser vermeğe giden bir san'atkâr yolda rastladığı bir kazazedeyle meşgul olması yüzünden konserden alacağı ücretten mahrum kalmıştır.

(7) Meselâ bir hekim veya avukat vekâletsiz olarak başkasına, mesleklerinin çerçevesine giren bir hizmette bulunmuşlardır.

(8) Bk. bilhassa Brückmann, sh. 184 ve Aeby, sh. 94.

(9) Bk. Davran, sh. 298; Swoboda, sh. 90 - 91.

tilabildiğinden, bilvasıta iş kuvveti de kıymetler yaratan bir âmil olarak, bir kıymet ifade eder. Sâ-y vasıtasıyla başarılan netice, insanın bir nevi semeresidir. Sâ-y, piyasada muayyen bir kıymet ifade eden netice veya eser vücuda getirdiği anda âdetâ müstakil bir şey olur". Binaenaleyh, piyasada muayyen bir kıymeti olan bir hizmet edasının da masraf sayılması gerekir¹⁰. Bu telâkkiye teyid zımında şu sual sorulabilir: İş gören işi yardımcı şahıslara yaptırdığı zaman onlara verdiği ücreti masraf olarak dermeyan edebildiği halde aynı işi kendisi yaparsa niçin sarfettiği mesainin karşılığını isteyemesin¹¹?

Son zamanlarda, vekâletsiz iş görene, muayyen şartların mevcudiyeti halinde masraf kisvesi altında olmaksızın, açıkca ücret istemeğe hak tanınması lehinde bir cereyan ortaya çıkmıştır¹². Filhakika, vekâletin kaideten ücretsiz olması, aynı esasın vekâletsiz iş görmede de kabulü için bir sebep teşkil etmez¹³; çünkü vekâleti olmama mefhumu sadece vekâletin değil iş görene işi yapmak hususunda mezuniyet bahşeden herhangi bir hukukî muamelenin veya vaziyetin âdemi mevcudiyetini tazammun eder; başka bir deyimle, kaideten ücret mukabilinde yapılan işler de vekâletsiz iş görmeye mevzu olabilirler. Vekâletsiz iş görenle iş sahibi arasında ücret hususunda önceden bir anlaşma bulunmaması da iş görenin ücret istemesine mani olmamalıdır; çünkü iş, ekseriya taraflar bir akit yapmak imkânı bulamadıkları için, vekâletsiz olarak görülür; bu imkân bulunsaydı iş sahibinin bir ücret vermeğe razı olacağı haller mevcuttur; böyle hallerde ortada akit yok diye iş görenin hizmetinin karşılığını alamaması hakkaniyete uygun olmaz¹⁴. Binaenaleyh, bir akde müsteniden yapıldığı takdirde ancak ücret karşılığında görülmesi mutad bulunan işler için, vekâletsiz iş gören de bir ücret isteyebilmelidir. Bu gibi işler, bilhassa bir kimsenin meslekî faaliyeti çerçevesine girenlerdir. Nihayet, iş sahibini sırf kâr maksadıyla yapılacak lüzumsuz müdahaleler-

(10) Schneider et Fick'e (art. 422, no. 16) ve Martin'e (sh. 295) nazaran meslekî bir faaliyette bulunan iş gören kaybettiği zamanı ve mahrum kaldığı kârı bir zarar olarak ileri sürebilir. Bu müellifler burada iradî bir kayıp bahis mevzuu olduğunu hatırdan çıkarmaktadırlar.

(11) Hagenbüchli, sh. 78.

(12) Bu cereyanın başlıca müdafii Lent'tir (bk. Wille und Interesse, sh. 101 - 104); aynı fikirde Palandt, § 683, Nr. 4 in fine; RGR Komm. § 683, Nr. 5.

(13) Lent, Wille und Interesse, sh. 102. Kaldı ki, Türk - İsviçre hukukunda, Roma ve Alman hukukunun aksine ivazsızlık vekâletin farik bir vasfı değildir: Becker, Art. 394, Nr. 18; Oser - Schönenberger, Art. 394, Nr. 14.

(14) Lent, Wille und Interesse, sh. 103.

den vikaye için, onun menfaati iktizası olmayan veya men'ine rağmen girişilen işlerin tecviz edilmemesinin kâfi olduğu söylenebilir¹⁵. Kaldı ki Temyiz Mahkemesi Ticaret Daire.inin yeni bir kararında belirttiği veçhile^{15a}, “hüsnüniyet kaidelerine aykırı surette yapılan işler için vaki ücret talepleri MK. md. 2 mucibince hâkim tarafından mesmu olmazlar”.

Lent¹⁶, ücretin masraf kisvesi altında istenmesinin tatminkâr bir hal sureti olmadığını şöylece göstermeğe çalışmıştır: Vekâletsiz iş gören, müdahalesi yüzünden başka bir yerde muhakkak surette kazanacağı ücreti kaybetmişse bu kaybını bir masraf olarak ileri sürebilir; ezcümle yoldaki bir kazazedeyi hastaneye götüren ve vereceği konsere yetişemeyen artistin bu sebepten mahrum kaldığı ücret hakkında vaziyet böyledir. Fakat, iş görenin işi görmeseydi, başka bir yerde faaliyette bulunmasının sadece muhtemel olduğu veya kazanacağı miktarın belli olmadığı haller de vardır; meselâ, bir rehber dağda kaybolanı aramaya iştirak etmeseydi belki başka bir müşteri bulacaktı, fakat başka müşteriyi bulması muhakkak olmadığı gibi ondan ne ücret alacağı da belli değildir; aynı şey bir yangının söndürülmesine yardım eden hammal için de varittir. Bazan da, iş görenin vekâletsiz müdahalesi dolayısıyla sadece onun başka yerde kazanç temin etme imkânı tâlik edilmiş olur; meselâ yoldaki kazazedeye yardım eden doktoru hastaları muhakkak bekleyeceklerdir. İşte bu gibi vaziyetlerde, Lent'e göre, mamelekte bir azalma ve binaenaleyh bir masraf bahis mevzuu değildir¹⁷. Kaldı ki, ücretle masrafın şümulü de daima birbirinin aynı olmaz: meselâ kazazedeye yardım eden artistin bu yüzden uğradığı ücret kaybı, yani masrafı, onun yaptığı hizmet edasının normal kıymetinden çok fazladır; buna mukabil, başka yerde ehemmiyetsiz bir hastayı tedaviye giderken bir kazazedeye mühim bir ameliyat yapmak zorunda kalan cerrahın mahrum kaldığı kazanç, ameliyat için isteyebileceği ücrete nisbetle cüz'î olabilir.

Fıkrimizce, hizmet edalarının mamelekî bir kıymet ifade ettiği kabul olunduğu takdirde, Lent'in bu tenkidleri ehemmiyetini kaybeder. Bununla beraber, iş görenin, mutad olarak bir ücret mukabilinde yapılan

(15) Planiol - Ripert - Esmein, sh. 17 - 18 ile karşılaştırmız.

(15a) E. 953/4592 - K. 6817 sayı ve 18/9/1954 tarihli karar (Ankara Barosu Dergisi, 1955, sayı 1, sh. 643 - 645).

(16) Wille und Interesse, sh. 101 - 102.

(17) Nitekim bazı Alman hukukçularına nazaran (Oertmann, § 683, 3b; Esser, sh. 331; Enneccerus - Lehmann, sh. 681) iş gören başka yerde muhakkak bir kazançtan mahrum kaldığını isbat edemedikçe emeği için bir karşılık isteyemez.

Hizmetleri için ücret isteyebileceğinin de lege ferenda sarahaten beyan olunmasında fayda mevcuttur. Zaten İsviçre'de Federal Mahkeme, vekâletsiz iş görmeye müteallik eski bir kararında böyle bir beyanda bulunmuştur¹⁸: "Hâdisede, bir ivaz mukabili yapılmaları mutad olan hizmetler bahis mevzuu olduğu cihetle dâvacıya zahmeti için münasip bir tazminat verilmesi gerekir"¹⁹.

Temyiz Mahkeme'mizin Ticaret Dairesi de son kararlarından birinde^{19a} vekâletsiz iş görenin ücreti meselesi üzerinde durmuştur. Yüksek Mahkeme'ye nazaran, kaideten, vekâletsiz iş görenin BK. na istinad ederek ücret talebinde bulunması mümkün değildir; ancak, iş, bir tacir tarafından sıfatı icabı yapılmışsa bu hususta bir istisna kabul etmek gerekir; tacir sıfatıyla iş gören, eski TK. md. 653 f. I e tevfikân hizmetinin ivazını istemeğe salâhiyetlidir; filhakika mezkûr hüküm mucibince "sıfatı ticariyeyi haiz olan bir şahıs diğer bir tacir veya gayri tacire ticareti icabından olarak bir iş görmüş veya her ne suretle olursa olsun ona bir menfaat temin eylemiş olursa bir ivaz talep ve istifa etmeğe hakkı vardır".

Yüksek Mahkeme'nin hâdisede vardığı netice doğrudur; bununla beraber, eski TK. md. 653 f. I. in BK. nun vekâletsiz iş görmeğe müteallik esaslarına bir istisna teşkil ettiği fikrine iştirak etmemiz mümkün değildir. Kanaatimizce, vekâletsiz iş gören tacir sıfatıyla hareket etsin veya etmesin, mutad olarak bir ücret mukabilinde yapılan bir iş gördüğü takdirde hizmetinin karşılığını isteyebilmelidir. Ezcümle vekâletsiz iş gören bir hekim veya avukat da, eski TK. md. 653 f. I e (yeni TK. md. 22 cümle 1 e) istinad edemese bile, iş sahibinden bir ücret talebinde bulunabilmelidir. Teamül varsa vekilin ücrete müstahak olacağı hususundaki BK. md. 386 f. III hükmü burada kıyasen tatbik edilebilir.

Ticaret Dairesinin bahsi geçen kararını tahlil eden Hayri Ertürk'e göre^{19b} "eskiden beri vekâleti olmadan başkası hesabına yapılan tasar-

(18) RO, 14, sh. 731, "Schuler c. Glarus".

(19) Fransız hukukunda da, meslekî bir faaliyette bulunan vekâletsiz iş görenin bu gibi işlerde verilmesi mutad ücreti isteyebileceği görüşü hâkimdir. Bk. Demogue, t. III, sh. 77 - 78; Planiol - Ripert - Esmein, t. VII, sh. 17; Carrez, sh. 170; Demolombe, t. XXXI, no. 174; aksi fikirde Laurent, t. XX, no. 331.

(19a) 18/9/1954 tarih ve E. 953/4592 - K. 6817 sayılı karar (Ankara Barosu Dergisi, 1955, sayı 1, sh. 643 - 645). Bu kararı tahlil eden bir yazımız için bk. Ank. H. F. Der., cilt XII (1955), sayı 1 - 4 sh. 384 ve müt.

(19b) Mükayeseli Hukuk Dergisi, sayı 1, ocak - şubat 1956, sh. 32 - 33.

ruflarda işbu vekâletsiz tasarrufu yapan kimsenin ancak faydalı ve zarurî masraflarını iş sahibinden istemeğe hakkı bulunup, başkaca bir kâr talebeylemek hakkını haiz bulunmadığı içtihad edilmekte idi. Bu hususta takarrür etmiş bir hayli içtihad mevcuttur... Takarrür eden evvelki içtihadlar hilâfına tebellür eden bu yeni içtihad muvacehesinde keyfiyetin, doktrin sahasında tetkik ve münakaşası yerinde olacağı gibi; Temyiz Mahkemesi içtihadı birleştirme heyetince tetkik ve halli icab eder.”

Halbuki Hayri Ertürk'ün zikrettiği kararlardan^{19c} yalnız birinde^{19d} vekâletsiz iş görenin “müteahhit kânı namıyla bir şey istemeğe hakkı olmadığı” sarahaten beyan edilmiştir; ancak bu hâdisede Mahkeme, vekâletsiz iş görmenin iş sahibinin menfaatine uygun olmadığı mülâhazasını ileri sürmüş ve BK. md. 414 ü tatbik etmiştir. Binaenaleyh bu karar tecviz edilen vekâletsiz iş görmede iş görenin ücret isteyebilmesine engel teşkil etmez. Bu itibarla Ticaret Dairesi'nin eski kararlarıyla yeni karar arasında tevhidî içtihad yoluna gidilmesini icab ettirecek bir muhalefet yoktur.

Kaldı ki, eski TK. md. 653 f. I yerine kaim olan yeni TK. md. 22'nin birinci cümlesinde “tacir olan veya olmayan bir kimseye, ticarî işletmesiyle ilgili bir iş veya hizmet görmüş olan tacirin münasip bir ücret isteyebileceği” açıkça ifade olunmuştur. Adliye Encümeni Mazbatası'nı nazaran^{19e} “bu madde ticarî sahada vekâletsiz tasarrufa ait bir hüküm tesis etmektedir...; Borçlar Kanununun 413 üncü maddesine nazaran buradaki hükmün farkı yapılan işe karşılık, masraftan ayrı olarak, bir para istenebilmesi esasıdır”. Yeni TK. md. 22 f. I muvacehesinde artık bir tacirin vekâletsiz olarak tacir olan veya olmayan bir kimseye ticarî işletmesiyle alâkalı bir iş görmesi halinde ücret isteyebileceği hususunda hiçbir tereddüde mahal kalmamıştır. Ancak Adliye Encümeni Mazbata'sından naklettiğimiz kısımlar da, BK. md. 413 e, bir ivaz karşılığı yapılması mutad hizmetleri için, vekâletsiz iş görenin tacir olmasa dahi ücret isteyebilmesini mümkün kılacak bir hükmün eklenmesinin faydalı olacağı hakkındaki görüşümüzü teyid etmektedir.

(19c) Temyiz Mahkemesi T.D., 16/2/1942, K. 482 (Arıç, sh. 338 no. 641); 21/12/1942, K. 2875 (Arıç, sh. 338, no. 643); 6/5/1943, K. 887 (Arıç, sh. 338; no. 644); 9/9/1943, K. 1530 (Arıç, sh. 316, no. 603).

(19d) 21/12/1942 tarih ve K. 2875 sayılı karar.

(19e) Sh. 362.

*II — İş görenin işin icrası yüzünden uğradığı zararın tazmini talebi,
bu talebin mesnedi ve mahiyeti.*

BK. md. 413 f. I mucibince, iş sahibi, iş görenin masraflarından maada, hâkim tarafından serbestçe takdir edilecek zararını da tazmine mecburdur. Mevaz kanuna 1912 tadilinde eklenen bu hüküm uzun bir tekâmülün eseridir. Filhakika iş görenin işin icrasında uğradığı zararın tazminini ne nisbette isteyebileceği ve iş sahibinin mes'uliyetinin mesnedinin ne olması gerektiği, Pandektistler zamanındanberi münakaşalıdır:

a) Pandekt hukukunda, bir akde binaen veya vekâletsiz iş görenin, sadece iş sahibinin kusuru yüzünden uğradığı zararın tazminini talep edebileceği fikri hâkimdi²⁰. Bu fikir 1881 tarihli İBK. nun ve BGB'nin tanziminde de tesir icra etti. Hatta İBK. nun 1912 tadilinde dahi müvekkilin, kendisine bir kusur isnad olunamayacağını isbat suretile, vekilin uğradığı zararın tazminden kurtulabileceği esasını muhafaza edildi (İBK. md. 402 f. II/BK. md. 394 f. II).

b) Zamanla Alman hukukunda, iş sahibinin mes'uliyetinin kusura istinad etmesinin ve işin bütün risklerinin iş görene yükletilmesinin hakkaniyete aykırı olduğu fikri galebe çaldı. BGB de iş görene zarar için bir tazminat talebi tanınmamış olduğundan, masraf mefhumunu teşmîli surette tefsir ederek, iş görenin zararını hiç olmazsa kısmen telâfi etmek cereyanı ortaya çıktı. Daha yukarıda da işaret ettiğimiz veçhile²¹, şu fikir müdafaa edilmeğe başlandı²²: İş gören, işi yaparken bilerek şahsî veya mamelekî varlıklarını bir tehlikeye maruz bırakmışsa, tehlikenin tahakkuku ihtimali için zarar istemiş olur ve onu, şartta bağlı bir masraf olarak ileri sürebilir.

İsviçre'de de Hagenbüchli²³, 1912 tadilinden sonra İBK. md. 422 f. I e eklenen tazminat talebinin, böyle şartta bağlı bir masraf talebinden başka bir şey olmadığı kanaatinde idi²⁴. Halbuki, mezkûr talebin mahi-

(20) Bu hususta teferruat için bk. Brückmann, sh. 186 - 189.

(21) Bk. yukarıda § 36, I, g ve not 12 ve 13.

(22) Enneccerus - Lehmann, sh. 666 - 667, 681 - 682; RGR Komm. sh. 448 (§ 670, Nr. 2); Staudinger - Nipperdey, § 683, Nr. 21; Brückmann, sh. 93 ve müt.

(23) Sh. 83.

(24) Oser de İBK. şerhinin ilk tab'ında (Art. 422, 3, b) aynı fikirde idi. 1912 tadilinden önce İsviçre mahkemeleri de zararı masraf kisvesi altında tazmin ettirmek çaresine başvuruylardı. Bu cümleden olarak bk. Cour de Justice civile de Genève, Sem. Jud., 1910, sh. 109, "Compagnie Omnia c. Cairen".

yeti, aşağıda izah olunacağı üzere, masrafların ödenmesinden tamamen farklıdır. Bundan başka, şarta bağlı masraf nazariyesi, son zamanlarda Almanya'da dahi tenkide uğramıştır²⁵.

Filhakika, ancak iş görmenin kaçınılmaz neticesi olduğu iş görence bilinen zarar, masraf mahiyetinde sayılabilir. Buna mukabil, iş görmenin muhtemel neticesi olan fakat kaçınılması mümkün bulunan zarar, masraf vasfını taşıyamaz. İş görenin bu sonuncu neviden zararın husule gelmesi ihtimalini istemiş olduğu iddiası yanlıştır; bilâkis, o, böyle hallerde, işe, zararın husule gelmesinden kaçınabileceğini düşünerek girer; yani iş gören, tehlikeye niza göstermiş olmakla beraber onun tahakkukunu arzu etmemiştir. Meselâ, boğulmak üzere olan birisini kurtarmak için suya atlayan, üşümek tehlikesi olduğunu bilmekle beraber, üşüyüp hasta olmağı ve tedavi parası vermeğı istemez. Diğer taraftan, iş görenin önceden derpiş etmesi mümkün olmayan bir zarara uğraması halinde hiç bir suretle bir masrafın mevcudiyetinden bahsedilemez; meselâ birisini kurtarmak üzere suya atlayan kimsenin, kıyıda bıraktığı ayakkabılarının çalınması halinde vaziyet böyledir. Demek oluyor ki vukuu sadece muhtemel olan veya iş görenin, vukua geleceğini önceden düşünmediğı zararın masraf sayılarak tazmini mümkün değildir. Halbuki hakkaniyet, bu gibi hallerde de, zararın tamamen iş gören üstünde bırakılmamasını icab ettirir.

İş görenin işi yapmak için, hayat, bedenî tamamîyet ve sıhhat gibi şahsî varlıklarını tehlikeye atması takdirinde de hakiki mânasında bir masraf bahis mevzuu olamaz; çünkü bu varlıkların tehlikeye konulması mamelekte bir azalma değildir. Gerçi şahsî varlıklarını tehdit eden tehlikenin tahakkukuyla husule gelen zararın telâfisi için mameleki varlıkların harcanması, meselâ tedavi için para verilmesi, bir masraf olarak ileri sürülebilir²⁶. Fakat bu masraf iş görmenin gayesine tahsis edilmiş değildir; başka bir deyimle, iş görme hitam bulduktan sonra onun için masraf yapıldığını iddia etmek mantığa aykırıdır. Eğer tedavi masrafları iş görme için yapılmış sayılıyorsa onların iş görmenin gayesi bakımından münasip olup olmadığı araştırılırdı; halbuki bu masrafların değil, iş görenin kendisini tehlikeye koymasının bu gayeye uygunluğu üzerinde durulmak icab eder. Hulâsa, masraf mefhumu, şahsî varlıklarını tehdit eden bir

(25) Bk. bilhassa Lent, Wille und Interesse, sh. 63 - 70; Palandt, § 670, 3, b; Leonhard, Bd. II, sh. 252.

(26) Ezcümle Isay, sh. 156, Enneccerus - Lehmann (sh. 666) ve Oertmann (§ 683, 3, a) bu fikirdedir.

tehlikenin tahakkuku yüzünden husule gelen zararın karşılanmasına da imkân vermemektedir.

c) Şarta bağlı masraf nazariyesini tenkid eden Lent²⁷, Alman hukukunda, de lege ferenda, şöyle bir hüküm kabulünü teklif etmiştir: “İş gören, iş görme yüzünden bir zarara uğradığı takdirde, bu zarar, halin icaplarına nazaran iş görenin atılmağa haklı olduğu bir tehlikeden neş’et etmişse, iş sahibi onun telâfisine iştirakla mükelleftir”.

Almanya’da uzun münakaşalardan sonra ortaya çıkan bu teklif, senelerce evvel İsviçre’de kanuniyet kesbetmiş olan esasın aynidir. Filhakika BK. md. 413 f. I deki, zararın tazmini talebi, Hagenbüchli’nin iddia ettiği gibi masrafların ödenmesi talebinin hususî bir şekli değildir. Burada illiyete müstenid bir mes’uliyet karşısında bulunulur²⁸: İş sahibi, kusuru bulunmasa dahi²⁹, iş görenin iş görme yüzünden uğradığı zararı onunla paylaşmalıdır. İş sahibine böyle bir mes’uliyet yüklenmesi, onun ekonomik bakımdan daha kuvvetli olmasından veya bir tehlike ihdas etmesinden dolayı değildir³⁰. Gerçi bazı vekâletsiz iş görme hallerinde iş gören için tehlike ihtimali artar (Erhöhung der Gefahr)³¹: Ezcümle dağda kaybolanı aramak, hayat pahasına başka birisini kurtarmak, azgın bir hayvanı zaptetmek gibi fiillerde vaziyet böyledir. Fakat umumiyetle iş sahibinin illiyete müstenid mes’uliyetini, daha ziyade, onun kendi menfaatine yapılan bir işin risklerini iş görenle paylaşmasının, hakkaniyete uygun olmasıyla izah kabildir³². BK. md. 413 f. I de iş görenin zararı için hakkaniyete dayanan bir tazmin mükellefiyeti (Billigkeitshaftung) kabul edildiği, İBK. nun 1912 tadiline takaddüm eden çalışmalarda sarahaten ifade olunmuştur³³.

(27) Wille und Interesse, sh. 105.

(28) Suter, sh. 102 ve müt.; Federal Mahkeme, RO 48 II 491, “Bucher c. Lisibach”.

(29) İş sahibinin kusuru varsa, haksız fiiller hakkındaki hükümlere müsteniden iş gören kendisinden tazminat isteyebilir; meselâ, çocukların girip karıştırabileceği bir yere patlayıcı maddeler bırakan kimse, bunları emniyetli bir yere koymak isterken yaralanan şahsın zararından sade BK. md. 413 f. I mucibince değil aynı zamanda BK. md. 41 ve müteakibe tevfikân da mes’ul tutulabilir. Bundan başka iş sahibinin hayvan vazülyedi veya bina yahut imal olunan şey maliki olarak da mes’ul edilmesi mümkündür. (BK. md. 56 ve 58). BK. md. 413 f. I, bilhassa, iş sahibinin başka bir sebebe müsteniden mes’ul kılınmadığı hallerde ehemmiyet kazanır. Bk. Suter, sh. 102.

(30) (31) Lent, Wille und Interesse, sh. 82 - 83.

(32) Suter, sh. 103; Becker, Art. 422, Nr. 9; Oser - Schönenberger, Art. 422; Nr. 7; Aeby, sh. 94 - 95; Federal Mahkeme, RO 48 II 491/492.

(33) Mütihazsıslar Komisyonu’nun 19 Ekim 1908 tarihli oturumunda

Esas itibariyle BGB yi örnek alan bazı yeni kanunların dahi benimsemiş olduğu bu hal tarzı³⁴ Fransız hukukunda ötedenberi câri bulunuyordu. Napolyon Kodu md. 2000 mucibince “müvekkil vekilin, iş görme vesilesiyle uğradığı kayıpları, ona bir kusur isnadı mümkün olmadıkça tazmine mecburdur”. Fransız müellifleri bu hükmün kıyasen vekâletsiz iş görmeye de tatbikine taraftardır³⁵.

Avusturya MK. md. 1043, kendisini ve başkasını tehdit eden bir tehlikeyi bertaraf etmek için mülkünden fedakârlıkta bulunan kimseye, bu fiilinden faydalanan şahıstan münasip bir tazminat istemek salâhiyetini bahşetmektedir³⁶. Bu hükümden mülhem olan Polonya BK. md. 122 de şu mealdedir: “Başkasını tehdit eden bir zararı veya müşterek bir tehlikeyi önlemek için bilihtiyar veya zorla, maddî bir zarara katlanan kimse, fiilinden istifade eden şahıslardan, uğradığı kaybı mütenasiben tazmin etmelerini isteyebilir”. Çekoslovak MK. md. 443 f. II de, başkasını tehdit eden mühim bir zararı önlemek için medenî bir vazife icabı (par devoir civique) onun işine müdahale edenin müdahalesi dolayısıyla uğradığı zararın tazminini iş sahibinden talep edebileceği beyan olunmuştur. Müşahede bulunduğu üzere bu kanunlar iş görenin uğradığı zararın tazmini talebini ancak zaruret halinde tanımaktadırlar³⁷; bu tanım tarzı, Polonya BK. müstesna, mezkûr kanunların vekâletsiz iş görmeyi dar bir sahada tecviz eden sistemlerine uygundur.

İsviçre kanun vazısı, 1912 tadilinde vekâletsiz iş görenin zararını karşılamak için iş sahibinin illiyete müstenid mes’uliyetine yer vermekten çekinmediği halde, her nedense vekilin zararı hususunda aynı esası kabulden ihtiraz eylemişti. Filhakika, daha önce de müteaddit defalar işaret ettiğimiz gibi, İBK. md. 402 f. II (BK. md. 394 f. II) ye tevfikân, müvekkil kusuru bulunmadığını isbat suretiyle vekilin zararını ödemekten kurtulabilir. Gerçi bu hüküm ücretli vekâlet bakımından hakkaniyete uygun addolunabilir ve vekil ücret aldığı takdirde işin risklerine de kat-

Raportör’ün beyanatı (Bu Komisyon’un müzakerelerine ait zabıtlar, sh. 9); C. Chr. Burckhardt: Die Revision des Schweizerischen Obligationenrechtes in Hinsicht auf das Schadenersatzrecht, ZSR, N. F. 22 (1903), sh. 509.

(34) Çin MK. md. 176 f. I; Yunan MK. md. 736 bu meyanda zikredilebilir.

(35) Demogue, t. III, sh. 77; Planiol - Ripert - Esmein, t. VII, sh. 16. Bu husus İspanyol MK. md. 1893, Fas MK. 949 ve Tunus MK. md. 1185 de sarihâten ifade edilmiştir.

(36) Karl Wolff’a nazaran (sh. 217) burada vekâletsiz iş görme değil actio de in rem verso bahis mevzuudur.

(37) Portekiz MK. md. 1725 de aynı mahiyettedir.

lanmalıdır denilebilir. Fakat ücretsiz vekilin de işin bütün risklerini taşıması adalet hissine aykındır. Gene daha yukarıda kaydettiğimiz veçhile³⁸ Federal Mahkeme³⁹, bu hususta kanunda bir boşluk olduğunu beyan edip, bu boşluğu, BK. md. 413 f. I hükmünün kıyasen ücretsiz vekilin zarar hakkında da tatbiki suretiyle doldurmak yoluna gitmiştir. Aynı hal tarzına Türk hukukunda da iltihak olunması temenniye şayandır.

III — İş görenin tazminat talebinin şümülü.

BK. md. 413 f. I e tevfikân, hâkim, iş görenin iş görme yüzünden uğradığı zarar için alabileceği tazminatın miktarını hakkaniyete uygun olarak takdir eder. Cenevre Kantonu İlk Derece Mahkemesi bir kararında⁴⁰, iş görenin bütün zararının tazminini istemeğe salâhiyetli olduğunu beyan etmişti. Bu karar haklı tenkidlere maruz kalmıştır⁴¹. Hâkimin her vakıada bütün zararı iş sahibine yüklemesi de bu zararın tamamen iş görenin üstünde kalması kadar hakkaniyete aykındır. Zarar, ne iş görenin ne de iş sahibinin kusuruyla husule geldiğinden, adilâne surette ve halin icapları göz önünde tutularak, iki taraf arasında taksim olunmalıdır.

Zararla iş görme arasında bir illiyet rabitası bulunması zarurîdir. Pandekt hukukunda hâkim olan bir telâkki mucibince, işin görülmesinin sebebiyet verdiği zararlar işin görülmesi vesilesiyle tesadüfen uğramış zarar tefrik ve yalnız birinci nevi zararın tazmini kabul edilmelidir⁴². Fakat Lent'in belirttiği veçhile⁴³ bu tefrik tatminkâr değildir; zira bir kusur eseri olmayan zarar iş görmeye merbut bir tehlikenin tahakkukundan doğsa bile daima tesadüf mahsulüdür. Keza Lent'in fikrinde⁴⁴, iş görmeye has olan veya ona zarurî surette bağlı bulunan tehlikelerden doğan zararlar, iş görmeye yabancı veya onunla alâkası uzak olan tehlikelerden mütevellid zarar tefriki de burada maksada elverişli değildir. İş görmeye uygun illiyet rabitası ile bağlı bulunan zarar ancak, halin icap-

(38) Bk. yukarıda § 33 not 26.

(39) RO 48 II 491/492, "Bucher c. Lisibach".

(40) Sem. Jud. 1914, sh. 219, "Caillat c. Calendret".

(41) Bk. Suter, sh. 103; Oser - Schönenberger, Art. 422, Nr. 7; Becker, Art 422, Nr. 9.

(42) Bk. C. Chr. Burckhardt, ZSR. N. F. 22 (1903), sh. 508. Bugün de bazı müellifler bu tefrike başvurmaktadırlar: Bk. Becker, Art. 402, Nr. 9; Davran, sh. 306 - 307.

(43) Wille und Interesse, sh. 86 - 87.

(44) Wille und Interesse, sh. 87.

larının iş görenin atılmasını haklı gösterdiği bir tehlikeden husule geldiği nisbette tazmin olunmalıdır⁴⁵.

Bittabi zararı meydana gelmesinde, iş görenin kendi kusuru varsa bu, illiyet rabitasını keseceğinden iş gören hiç bir tazminat talebinde bulunamaz⁴⁶.

Zarar taraflar arasında paylaşırlırken onların mâli vaziyeti, iş görenin bir üçüncü şahıstan başka bir sebebe (sigorta mukavelesi, haksız fiil yahut illiyete müstenid mes'uliyet) binaen tazminat alıp alamayacağı, iş görenin tehlikeye koyduğu varlıklarıyla iş görmenin gayesi arasındaki nisbet nazara alınmalıdır⁴⁷.

Almanya'da kazai ve ilmi içtihadlar, işin icrası esnasında ölen iş görenin yakınlarına da bir tazminat mutalebesinin tanınması yolundadır⁴⁸. Alman hukukçuları bu hal tarzına, kanunu hüsnüniyet kaidelerine tevfikân ikmal ve BGB § 844 ü kıyasen tatbik suretiyle varmışlardır. Aynı esastan, Türk - İsviçre hukukunda da, BK. md. 45 f. II ye kıyasen, kabulü isabetli olur. Buna mukabil Alman hukukunda, iş görene veya ölümü halinde yakınlarına manevî tazminat talebinde bulunma salâhiyeti bahşolunmamaktadır⁴⁹. Gerçi İsviçre'de Federal Mahkeme illiyete müstenid mes'uliyet hallerinde de manevî zararın tazminine hükümlenabileceği fikrindedir⁵⁰; bununla beraber iş sahibinin böyle bir tazminat vermeğe mahkûm edilmesi nadiren hakkaniyet icabı olabilir.

§ 38 — İŞ GÖRENE İŞ SAHİBİNİN HAKSIZ İKTİSABINA MANİ OLMAK İÇİN TANINAN SALÂHİYETLER VE İŞ GÖRENİN HAPİS HAKKI

I — Ref'i hakkı.

İş görenin, iş görme dolayısıyla eline geçen şeyleri iş sahibine iade ve devir ile mükellef olduğuna daha yukarıda işaret etmiştik¹. İş gören

(45) Lent, Wille und Interesse, sh. 88 ve müt. C. Chr. Burckhard, ZSR, N. F. 22 (1903), sh. 509 a da bk.

(46) Suter, sh. 105 - 106; Lent, Wille und Interesse, sh. 88; Cenevre Kantonu Birinci Derece Mahkemesi, Sem. Jud. 1914, sh. 219, "Caillat c. Calendret".

(47) Bk. Lent, Wille und Interesse, sh. 93 - 96; Aeby, sh. 95.

(48) RGE, 122, 305; 167, 92. Lent, Wille und Interesse; sh. 97; Ennecerus - Lehmann, sh. 682; Werner Wussow: Das Unfall - Haftpflichtrecht, 5. Aufl. Berlin - Köln 1954, sh. 244.

(49) W. Wussow, sh. 244.

(50) RO 74 II 202 yahut JdT, 1949, sh. 524 - 529, "Dame Richter et consorts c. Lienhard - Meier et consorts"; aksi fikirde Oftinger, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, sh. 224.

(1) Bk. yukarıda § 28.

bu şeylere, onlarla mütemmim cüzü teşkil edecek surette başka şeyler ekleyerek masrafta bulunmuş olabilir². Tecviz edilen iş görmede, iş gören bütün masrafları gibi bu çeşit masraflarının da ödenmesini, BK. md. 413 f. I e tevfikân, ancak zarurî veya faydalı oldukları ve halin icapları yapılmalarını haklı gösterdiği nisbette isteyebilir. Mezkûr şartları arzetmeyen masraflar için iş görene bir talep hakkı tanınmadığı cihetle, iş görenin iş sahibine karşı iade borcunu yerine getirmesi halinde, iş sahibinin mamelekinde bu masraflar dolayısıyla haksız bir zenginleşme husule gelecektir. İşte kanun vazı bu zenginleşmeyi önlemek için, iş görene, iade ettiği şeyle birleştirdiği ve BK. md. 413 f. I mucibince kıymetinin ödenmesini talep edemediği mütemmim cüzüleri, iadeden evvel asıl şeyden ayırmak (ius tollendi) ve temellük etmek salâhiyetini tanımıştır.

Ref'i salâhiyetini bahşeden BK. md. 413 f. III şu şekilde kaleme alınmıştır : “ İş yapan kimse yaptığı masrafı istifa edemediği takdirde, haksız bir fiil ile mal iktisabı faslındaki hükümlere göre yaptığı şeyi refettirebilir”. Maalesef bu fıkra da tercüme yanlışlarını muhtevlidir. Bir kere, “yaptığı masrafı istifa edemediği takdirde” ibaresi, iş sahibi zarurî veya faydalı ve halin icaplarının yapılmasını haklı gösterdiği masrafları ödemediği takdirde de, iş görenin ref'i salâhiyetini kullanabileceği zehabını uyandırır. Halbuki mehaz Kanunda iş görenin bu salâhiyeti yalnız, “talebe mezun olmadığı masrafları”³ hakkında ileri sürebileceği sarahaten beyan olunmuştur; başka bir deyimle, iş görenin ref'i salâhiyeti, halin icaplarının yapılmasını haklı gösterdiği zarurî veya faydalı masraflar dışında kalan sarfiyatına⁴ münhasırdır⁵. Diğer taraftan, daha evvel de birçok müelliflerin de ifade ettiği veçhile⁶, “haksız bir fiil ile mal iktisabı” tabiri de hatalıdır; bunun yerine “haksız iktisap” tabirinin kullanılması isabetli olur; zira BK. md. 61 ve müt. in derpiş ettiği, muhtelif şahısların mamelekleri arasındaki caiz olmayan kıymet yer değiştirmeleri, muhakkak bir haksız fiil neticesinde vukua gelmezler.

(2) Bk. yukarıda § 36, I, b.

(3) “A l'égard des dépenses que le gérant n'est pas admis à répéter...”, “Sind die Verwendungen dem Geschäftsführer nicht zu ersetzen...”

(4) Bazı müellifler (ezcümle Hagenbüchli, sh. 76 - 77) bunlar için “lüks masraflar” tabirini kullanmaktadırlar; halbuki halin icaplarının yapılmasını haklı göstermediği faydalı masraflar da buraya girer.

(5) Bk. Oser - Schönerberger, Art. 422, Nr. 9. Hüsünîyetli ziyedin ref'i hakkı için aynı fikirde: Homberger, Art. 939, Nr. 17; Ostertag, Art. 939, Nr. 14.

(6) Bk. Saymen, sh. 374 - 375; Oğuzoğlu, Borçlar Hukuku, sh. 262; Arsebük, sh. 625 not 1.

BK. md. 413 f. III de, iş görenin ref'i hakkının şartları hususunda, haksız mal iktisabı bahsine atıfta bulunulduğundan, bu şartları, BK. md. 64 cümle 4 ile⁷ ona mütedair ilmi ve kazaî içtihadları gözönünde tutarak tayin etmek lâzımdır. MK. md. 907 f. I cümle 2 de yine yukarıda zikri geçenlere benzer bir ref'i hakkı derpiş edildiğinden onun hakkındaki tetkiklerden de istifade eylemek mümkündür. Bu suretle iş görenin ref'i hakkının şartlarının şunlar olduğu söylenebilir:

a) BK. m. 64 cümle 4 e tevfikân, ref'i hakkı ancak şeyin iadesinden evvel kullanılabilir. Binaenaleyh, iş görenin ref'i hakkını iddia edebilmesi şeyin ziyedliğine sahip olmasına bağlıdır⁸. Gerçi MK. md. 907 f. I cümle 2 de, mehz Kanun'dan farklı olarak, ref'i hakkının kullanılması böyle bir şarta tabi tutulmamıştır; bundan bazı müellifler⁹ Türk hukukunda, iade ile mükellef hüsnüniyetli ziyedin şeyi hak sahibine verdikten sonra da ref'i hakkını ileri sürebileceği neticesini çıkarmaktadırlar¹⁰; fakat bu müellifler dahi BK. md. 413 f. I deki atfın haksız iktisap hükümlerine yapılması dolayısıyla, iş görenin ref'i hakkını şeyi iadeden sonra iddia edemeyeceği fikrindedirler.

Ref'i hakkının iadeden sonra da kullanılmasının kabul edildiği bir tek ihtimal vardır: O da iş görenin bu hakkı mahfuz tuttuğu kaydı ihtirazisi ile şeyi iş sahibine vermesi halidir¹¹. Bundan başka, iş sahibi şeyi iş görenin rızası olmadan eline geçirirse, iş gören gene ref'i hakkını kullanmakta serbesttir¹²; zira bu takdirde şeyin iadesinden bahs olunamaz.

b) BK. md. 64 cümle 4 ten istihraç olunabilecek diğer bir şart da şudur: İş sahibi, "masrafların bedelini teklif" etmemiş olmalıdır; o böyle bir teklifte bulunacak olursa, iş gören bunu kabule mecburdur ve artık ref'i hakkını dermeyan edemez¹³. İş sahibinin masrafların bedelini

(7) BK. md. 64 cümle 3 ve 4 mehz Kanunun'un 65 inci maddesinin ikinci fıkrasını teşkil etmektedirler; başka birçok maddelerde olduğu gibi burada da tercüme yapılırken mehz Kanun'un fıkraları tertip şekline riayet edilmiştir.

(8) Suter, sh. 108; Aeby, sh. 93; von Tuhr, sh. 112; Arsebük, sh. 108; not 22 ve sh. 565.

(9) Davran, sh. 304 - 305; Feyzioğlu, sh. 170.

(10) MK. md. 907 f. I cümle 2 ye tekabül eden BGB § 997 yi Alman müellifleri aynı şekilde tefsir etmektedirler: Bk. Palandt, § 997, Nr. 1.

(11) Von Tuhr, sh. 112 not 37; Arsebük, sh. 108, not 22; Feyzioğlu, sh. 170.

(12) Feyzioğlu, sh. 170.

(13) Suter, sh. 109 - 110; von Tuhr, sh. 112; Feyzioğlu, sh. 166-167. Oser - Schönemberger (Art. 65, Nr. 6) ve Suter'e (sh. 109) göre, eğer asıl

teklif etmesi için iş görenin ref'e tevessül edeceğini ihbar etmesi yerinde olur; bununla beraber, ihbar vaki olmadan da, iş sahibi, iade talebiyle birlikte masrafların karşılığını ödeme teklifinde bulunabilir¹⁴.

Teklif olunacak bedelin nasıl tesbit edileceği münakaşalıdır: Oser - Schönerberger'e nazaran¹⁵, bu hususta, ayrıp alma halinde ayrılan şeyin iade borçlusu - yani iş gören - için haiz olacağı değer gözönünde tutulmalıdır. Müelliflerin ekseriyetinin fikrinde ise¹⁶, masrafların yapıldıkları andaki kıymetlerinin nakdî karşılığının teklif edilmesi lâzımdır; zira ref'i müessesesinin gayesi, iş sahibini ref'e mevzu sarfiyatın bedelini vermeğe dolayısıyla tazyik ve iş görenin mamelekindeki azalmayı bu suretle telâfidir; ekseriya ref'edilen şeyin yalnız başına olan kıymeti asıl şeye bağlı iken arzettiği kıymete nisbetle bir hiç mesabesinde kalır ve onunla iktifa olunacak olursa, ref'in gayesi tahakkuk etmez.

Eğer taraflar, bedel üzerinde anlaşamayacak olurlarsa, iş sahibi, ref'e mani olmak için, ihtilâfın halline kadar, iş görenin talep ettiği miktarı tevdi etmelidir¹⁷.

c) "Birleştirilmiş olan ziyadenin - asıl - şeye zarar vermeksizin tefriki kabil" olması da BK. md. 64 cümle 4 te konulan şartlardandır. Ref'edilecek şey, hemen daima bir mütemmim cüzü mahiyetini taşıdığı ve mütemmim cüz'ün asıl şeye zarar vermeden ayrılması da mümkün olmadığı cihetle, BK. md. 64 cümle 4 hükmünün lâfzı esas tutulsaydı, ref'i hakkının kullanılması tatbikatta aşağı yukarı imkânsız bir hale gelirdi. Bu yüzden müellifler, mezkûr hükmü şöyle tefsir etmek hususunda müttefikler¹⁸: Kanun vaznı böyle bir şart koymakla, şeye zarar verecek bir ref'e mani olmak istememiştir; sadece ref'i hakkını kullananı, ziyadeyi ayırdıktan sonra, masrafı kendisine ait olmak üzere, şeyi eski haline getirmeğe mecbur etmek hedefini gütmüştür. Binaenaleyh, asıl şeye zarar gelecek olsa dahi, iş gören, onu eski haline irca etmek şartıyla ref'i hakkını kullanabilir; ancak eski vaziyete irca mümkün olma-

şeye eklenen şeyler, hiçbir iz bırakmadan ayrılabiliyorsa, iş sahibi bedelini teklif etse dahi iş gören bunları ref'edebilir; zaten bu takdirde hakiki mânada bir masraftan bahsedilemez.

(14) Feyzioğlu, sh. 166.

(15) Art. 65, Nr. 5.

(16) Von Tuhr, sh. 112 not 35; Feyzioğlu, sh. 167; Homberger, Art. 939, Nr. 20.

(17) Homberger, Art. 939, Nr. 20; Feyzioğlu, sh. 167 - 168.

(18) Von Tuhr, sh. 113; Suter, sh. 110; Oser - Schönerberger, Art. 65, Nr. 5; Davran, sh. 304; Feyzioğlu, sh. 168; Wieland, Art. 939, Nr. 5.

dığı hallerde bu hakkın kullanılmasına cevaz yoktur. İş görenin ref'e girişmezden önce, şeyi eski haline getireceğine dair teminat vermesi gerek-
kip gerekmediği hususunda iki zıd fikir mevcuttur: von Tuhr'a göre¹⁹,
BGB § 997 böyle bir teminat verilmesini şart koşmakla beraber aynı
esasın İsviçre hukukunda tatbiki doğru olmaz; Alman hukukunda ref'i
hakkı iadedden sonra da kullanabildiğinden teminat verilmesi zarureti
vardır; halbuki İsviçre hukukunda ref'i hakkı iadedden sonra kullanıla-
madığı ve kanunda da bir sarahat bulunmadığı cihetle teminata hacet
yoktur. Buna mukabil Türk - İsviçre müelliflerinin ekseriyeti²⁰ aksi ka-
naattedirler. Filhakika, teminat verme mükellefiyeti, iş sahibinin asıl şe-
yin eski haline ircaı hususundaki menfaatini himaye maksadıyla tahmil
olunur; ref'i hakkının iadedden evvel veya sonra kullanılması, şeye zarar
irası ve bunun izalesi bakımından bir fark arzetmez; iş sahibinin teminat
verilmesi hususundaki menfaati her iki halde de aynıdır; binaenaleyh,
ref'i hakkının iadedden sonra kullanılması halinde teminatın zaruri oldu-
ğu kabul edilince, iadedden evvel kullanılması takdirinde de aynı zaru-
retin mevcudiyetini teyid etmek lâzımdır²¹; eğer teminat asıl şeyi eski
haline irca için değil de şeyin iadesi hakkında verilseydi, von Tuhr'un
düşünce tarzı isabetli olurdu.

d) BGB § 997 f. II den mülhem olan bir kısım müelliflerin fikrin-
ce²², iş gören ref'i hakkını ancak bunda bir menfaati bulunduğu takdir-
de kullanabilir; aksi takdirde, onun masraflarının mevzuunu asıl şeyden
ayırması hakkın suiistimali mahiyetini arzeder. Bu hususta, klâsik mi-
sal olarak, iş görenin iş sahibinin evinin duvarlarına koydurduğu kâğıt-
ları yırtıp sökmesi gösterilmektedir.

Bizim de fikirlerine iştirak ettiğimiz diğer müellifler ise²³, ref'i hak-
kının kullanılmasında, iş görenin daima bir menfaati olduğunu beyan et-
mektedirler; filhakika, iş sahibini ancak bu hakkın kullanılacağı tehdi-

(19) Sh. 113 not 38.

(20) Oser - Schönenberger, Art. 65, Nr. 5; Wieland, Art. 939, Nr. 5; Os-
tertag, Art. 939, Nr. 14; Feyzioğlu, sh. 168 ve onun not 351 de zikrettiği mü-
ellifler.

(21) Davran'a nazaran (sh. 305), hüsnüniyetli zilyed, ref'i hakkını iade-
den sonra da kullanabileceği için teminat iraesıyla mükelleftir; buna mukabil
haksız müktesip ve vekâletsiz iş gören iadeyi müteakip ref'i hakkını derme-
yan edemeyecekleri cihetle teminat vermelerine hacet yoktur.

(22) Homberger, Art. 939, Nr. 19; Suter, sh. 110; Wieland, Art. 939;
Nr. 5; Ostertag, Art. 939, Nr. 19.

(23) Von Tuhr, sh. 113; Davran, sh. 306; Feyzioğlu, sh. 169.

diyle masrafların ödenmesi hususunda tazyik etmek mümkündür; ayrılan mütemmim cüzüleri iş gören için bir kıymet ifade etmiyor diye ref'i hakkı dermeyan edilemeseydi böyle bir tazyike imkân kalmazdı²⁴.

II — Haksız iktisaptan mütevellid iade mutalebesi.

BK. md. 413 f. III ün haksız iktisap hükümlerine yaptığı atf dolayısıyla, iş görenin ref'i hakkını yalnız üzerinde masraf yaptığı şeyi iade etmezden önce kullanabileceğini kaydetmiştik. Halbuki, iş görenin, kendisi zilyed vaziyetine girmeksizin, iş sahibine ait bir şey için sarfiyatta bulunduğu haller de mevcuttur. Bu gibi hallerde, iş gören masraflarının zarurî veya faydalı ve halin icaplarının haklı gösterdiği kısmından fazlasını BK. md. 413 f. I e tevfikân talep edemeyecektir; bununla beraber bu fazla kısım, iş sahibinin mamelekinde bir artma vücuda getirmiş olabilir; bahis mevzuu artma nisbetinde iş görenin iş sahibine karşı bir haksız iktisap davası açabileceği umumiyetle kabul olunmaktadır²⁵. BK. md. 413 f. III de yalnız ref'i hakkı zikredilip, iş görenin umumî surette iş sahibine karşı haksız iktisaptan mütevellid haklarının mahfuz olduğunun beyan edilmemiş bulunması, bu hususta bir mani teşkil etmez. Bazı müellifler²⁶, iş görenin haksız iktisap dâvasını sarahaten mahfuz tutan BGB § 684 ü İsviçre hukuku için de örnek ittihaz etmek gerektiği fikrindedirler. Şu kadar ki, mezkûr hüküm, halin icaplarının haklı gösterdiği nisbeti aşan masraflardan ziyade, iş sahibinin menfaatine hizmet maksadıyla girişilip de bu menfaat iktizasına veya iş sahibinin iradesine aykırı iş görme ihtimalini derpiş eder²⁷.

İş gören, masrafların aşırı kısmının mümkünse aynen iadesini, değilse bu kısmın iş sahibinin mamelekinde husule getirdiği artma karşılığının nakden ödenmesini isteyebilir. Burada artık haksız iktisap hükümlerinin tatbiki bahis mevzuu olduğundan masrafların yapıldığı andaki kıymetlerinin esas tutulması düşünülemez. İş sahibi hüsnüniyetli ise ancak, masrafların mamelekinde mucip oldukları artmadan, haksız iktisap

(24) Feyzioğlu'na göre (sh. 169), hakkın suiistimalinde gayri ızzar şarttır; halbuki ref'i hakkı şeye zarar vermemek kaydıyla kullanılabilir; binaenaleyh, ref'i hakkının kullanılmasının hakkın suiistimali şeklinde tezahür edebileceği fikri teyakkuzla karşılanmak lâzımdır.

(25) Suter, sh. 108; Hagenbüchli, sh. 87; Oser - Schönerberger, Art. 422, Nr. 9; Guhl, sh. 308; Göktürk, sh. 525.

(26) Suter, sh. 108 not 1; Hagenbüchli, sh. 87, not 2.

(27) Aeby (sh. 44) BK. md. 413 f. III de aynı ihtimalin göz önünde tutulduğu fikrini müdafaa etmektedir; kanaatimizce bu ihtimal BK. md. 414 ün tatbik sahası içine girer: Bk. yukarıda § 12, not 14.

dâvası açıldığı zaman elinde kalan miktarla mes'ul olur; bittabi suiniyetle elden çıkardığı bir kısım varsa onun karşılığını da ödemekle mükelleftir.

III — Hapis hakkı.

İş görenin, iş görme dolayısıyla eline geçen ve iş sahibine iade ile mükellef olduğu şeyler üzerinde, iş görmeden mütevellid alacakları için bir hapis hakkı icra edebileceği hususunda hukukçular arasında ittifak mevcuttur²⁸. Bahis mevzuu olan MK. md. 864 ve müt. te tanzim edilmiş bulunan hapis hakkıdır. Bu hakkın şartlarının burada tahakkuk edip etmediğini inceleyelim :

İş görenin, iş sahibine ait menkul bir şeye yahut kıymetli evraka zilyed olduğunu zaten hareket noktası olarak kabul ediyoruz. Diğer taraftan, iş görenin alacaklarının muaccel olmasına gelince, masraf ve zarara müteallik alacaklar kaideten doğmalarıyla ve belki en geç iş sahibinin iade talebinde bulunmasıyla muaccel olurlar²⁹. Alacakla eşya arasında tabii bir irtibatın mevcut olması şartının tahakkuku da büyük güçlük arzemez³⁰; filhakika, eğer iş gören şeyi, üzerinde yaptığı masrafa veya o şey yüzünden uğradığı zararın tazminine müteallik bir alacağı için alıyorsa, alacakla şey arasında maddî (objektif) bir irtibat (debitum cum re junctum) vardır; şey ile iş görenin masraf veya zararının tazmini alacağı arasında böyle bir irtibat mevcut değilse, hiç olmazsa hukukî bir irtibat bulunur; zira alacağın iş görmeden doğması ve şeyin iş görenin eline iş görme dolayısıyla geçmesi gene hareket noktası olarak kabul ettiğimiz hususlardandır; alacakla şeyin zilyedliği aynı hukukî münasebetten neş'et eyledikleri cihetle bunlar arasındaki hukukî irtibatın mevcudiyeti inkâr edilemez.

İş görenin hapis hakkının icrasında en ziyade müşkülât doğuracak şart, onun şeyin zilyedliğine iş sahibinin rızasıyla geçmiş olmasıdır. Ek-

(28) Bk. Suter, sh. 111 - 112; E. Wolf, FJS, no. 1078, sh. 4; Schneider et Fick, art. 422, no. 21; André Jacob: Le droit de rétention d'après les articles 895 - 898 du Code civil suisse, thèse, Genève 1933, sh. 57, 65 - 66; Oskar Brander: Das Retentionsrecht nach schweizerischem Zivilrecht, Diss. Zürich 1933, sh. 98 - 101; Hans Geiger: Begriff und Arten der Konnexität im Retentionsrecht nach schweiz. Recht Diss. Bern, 1920, sh. 5 - 7, 17 - 18. Alman hukukunda: Staudinger - Nipperdey, § 683, Nr. 26; Planck, § 683, 3, c; RGR Komm. § 683, Nr. 5. Fransız hukukunda: Demogue, t. III, no. 49; İtalyan hukukunda Pacchioni, sh. 544 - 545.

(29) Bk. Suter, sh. 111; Brander, sh. 98.

(30) Bk. Jacob, sh. 57, 65 - 66; Brander, sh. 99 - 100; Geiger, sh. 5 - 7; 17 - 18; Suter, sh. 111.

seri vekâletsiz iş görme hallerinde, iş sahibi ortada olmadığı veya rızasını izhar edecek vaziyette bulunmadığı için bu şartın tahakkuku imkânsız olur. Bu rıza noksanını, iş görenin müdahalesinin iş sahibinin menfaati iktizası olması ve onun tarafından men'edilmemiş bulunmasıyla telâfi etmek mümkündür³¹. Filhakika iş görenin müdahalesi şeyin ziyedliğine geçmeyi de tazammun eder; diğer taraftan, bu müdahale iş sahibinin menfaati iktizası bulunduğu ve onun bu hususta bir men'i de olmadığı takdirde, iş sahibinin mefruz iradesine hemen daima uygun olur; binnetice iş görmenin teferruatından olan şeyin ziyedliğine geçmek fiili de iş sahibinin mefruz iradesine uygun addolunabilir³². Kaldı ki, bizzat kanun vazı bir çok hallerde, ziyedliği borçlunun rızasıyla elde etmek şartı tahakkuk etmeksizin de hapis hakkının doğabileceğini kabul etmiştir³³; ezcümle MK. md. 676 ya binaen, *tabii kuvvetler vasıtasıyla veya tesadüfen* bir kimsenin arsasına düşen veya giren mal veya hayvanların sebebiyet verdikleri zararın tazmini alacağı için, o kimse, bu şeyler üzerinde hapis hakkı icra edebilir; BK. md. 442 mucibince, naklettiği şey üzerinde hapis hakkı iddia eden nakliyecisi, bu şeye borçlusu olan mürselünileyhin değil mürsilin rızasıyla ziyed olmuştur; BK. md. 425 in komisyoncuya tanıdığı hapis hakkı da âmirin bir dahli olmadan komisyoncunun ziyed olduğu şeyler üzerinde icra olunur.

Hulâsa, iş görenin tecviz edilen vekâletsiz iş görme dolayısıyla eline geçirdiği şeyler üzerinde, iş görmeden mütevellid alacakları için hapis hakkı icra etmesine kaideten bir mani yoktur. Bu hapis hakkı, masrafi ve zararın tazmini alacakları hakkında dermeyan edilebileceği gibi, iş görenin iş sahibine karşı onun haksız iktisabı dolayısıyla haiz olduğu alacak için de ileri sürülebilir; haksız iktisap alacağını temin etmek üzere hapis hakkı icra edilmesi bilhassa iş görenin ref'i hakkını kullanamadığı hallerde ehemmiyet arzeder.

Vekâletsiz olarak bir komisyoncu veya nakliyecisi gibi hareket eden iş görenin onlanınkine benzer bir hapis hakkına sahip olmasında da bir mahzur yoktur; bu husustaki hükümlere kıyasen müracaat edebilmek için vekâletsiz iş görmenin tecviz edilen neviden olması kâfidir; ayrıca icazete hacet yoktur³⁴; bittabi icazet, tecviz edilmeyen iş görmeyi caiz hale tahvil etmesi bakımından mühimdir.

(31) Brander, sh. 99 ile karşılaştırmız.

(32) Jacob, sh. 46 ile karşılaştırmız.

(33) Bk. Jacob, sh. 45 - 46; Süter, sh. 111 - 112.

(34) Bk. yukarıda § 33, not 50.

FASIL III

TECVİZ EDİLMİYEN İŞ GÖRMEDE İŞ GÖRENİN HAKLARI

§ 39 — İŞ GÖRENİN HAKLARININ ŞARTLARI VE MAHİYETİ

I — İş görenin haklarının şartları.

Tecviz edilmeyen iş görmede iş görenin haklarının şartlarını inceleyen, herşeyden önce böyle bir iş görmenin hangi hallerde bahis mevzuu olacağını tayin eylemek lâzımdır. Vekâletsiz iş görmenin tecviz olunması için gerekli şartları yukarıda kaydetmiştik¹. Bu şartların tahakkuk etmemesi takdirinde vekâletsiz iş görmenin tecviz edilmeyen neviden olduğunu söylemek kabildir; başka bir deyimle, tecviz edilmeyen iş görmenin mevcudiyeti için, evvelâ vekâletsiz iş görmenin umumî mahiyet-teki unsurlarının bir araya gelmesi, yani vekâletsiz olarak başkasına ait bir işin görülmesi ve bir de, bu iş görmeyi caiz kılacak unsurların bulunmaması gerekir. Menfi mahiyet arz eden bu tarif yerine, başlıca tecviz edilmeyen vekâletsiz iş görme ihtimallerini müsbet surette şöylece sıralamak da mümkündür:

a) İş görenin kendi sübjektif takdirine nazaran, iş sahibinin menfaatine hizmet maksadıyla giriştiği, fakat gerçekte bu menfaatin yapılmasını iktiza ettirmediği veya iş sahibinin muteber men'ine aykırı olan iş görme, tecviz edilmeyen nevidendir².

b) İş görenin başkasına ait işi kendisinin zannederek kendi menfaatine yapması da, caiz olmayan vekâletsiz iş görme hallerindendir³. Eğer iş görenin hatası kusurundan ileri gelmiyorsa, yani iş gören hüsnüniyetli ise, bu husus sahip olacağı haklar bakımından ehemmiyet taşır.

c) İş görenin başkasına ait olduğunu bildiği bir işi kendi menfaatine istismar eylemesi, tecviz edilmeyen iş görmenin en çok rastlanan çeşididir⁴.

d) Nihayet, iş görenin başkasına ait bir işle, iş sahibine karşı o işi yapmağa mezun olmayan bir üçüncü şahsın menfaatine, bu sonuncunun vekâletine müsteniden, meşgul olması da tecviz edilmeyen bir iş görme vasfını haizdir⁵.

Tecviz edilmeyen iş görme, BK. md. 414 de tanzim olunmuştur.

(1) Bk. yukarıda § 32 ve 33.

(2) Bk. yukarıda § 32, I, a ve § 7 not 7.

(3) (4) Bk. yukarıda § 12.

(5) Bk. yukarıda § 22, not 24 ve 26 ya ait metin.

Gerçi bu maddenin metnindeki “kendi menfaati için yapılmamış olsa bile, iş sahibi...” ve matlabındaki “iş, yapan kimsenin menfaati için yapıldığı takdirde” ibareleri gözönünde tutulursa, a) şıkkında bahsi geçen ihtimalin mezkûr hükmün tatbik sahası dışında kalması icab ederdi⁶. Ancak doktrinde hâkim olan ve bizim de iltihak ettiğimiz telâkki mucibince, bahsi geçen ihtimal de BK. md. 414 e tabi kılınmalıdır⁷. Zaten İBK. nun hazırlanmış safhasına ait vesikalar da böyle bir tefsire müsaadettir⁸.

Diğer taraftan, bazı müellifler⁹, b) şıkkındaki ihtimalin diğer bazıları ise¹⁰ hem b), hem de c) şıkkındaki hallerin BK. md. 414 tarafından derpiş edilmemiş olduğu fikrini müdafaa etmektedirler. Bu fikirlerin de mesnetsiz bulunduğu daha yukarıda işaret etmiştik¹¹.

Tecviz edilmeyen iş görme nevelerinden sonuncusu da - d) şıkkında zikredilen - belki BK. md. 414 ün matlabıyla kabili telif sayılmayabilir; filhakika bu nevi iş görme, iş görenin değil, iş sahibinden gayri bir üçüncü şahsın menfaatinedir. Şu kadar ki, BK. md. 414 ün metnindeki “kendi menfaati için yapılmamış olsa bile, iş sahibi...” tarzındaki menfi ifade, bu ihtimali de içine alacak mahiyettedir.

Kanaatimizce, her türlü tereddüdü bertaraf etmek üzere BK. md. 413 ün matlabındaki I rakamından sonra “tecviz edilen iş görmede” ve md. 414 ün matlabındaki II rakamından sonra da “tecviz edilmeyen iş görmede” ibarelerinin, halen mevcut ibarelerin yerine konulması isabetli olurdu; bundan başka, BK. md. 414 cümle1 metninin “menfaati iktizası olmasa yahut sarahaten veya delâleten men'ine rağmen yapılmış bulunsa bile, iş sahibi görülen işden...” şeklinde değiştirilmesi temenniye şayandır.

BK. md. 414 cümle 2 ye tevfikân¹², iş sahibi “temellük ettiği faydalara göre, işi yapan kimsenin masrafını tazmin ve yapmış olduğu taahhütlerden onu tahlis eder”. Şu halde, tecviz edilmeyen iş görmede iş görenin haklarını dermeyan edebilmesi, iş sahibinin, işden hasıl olan

(6) Nitekim Aeby (sh. 44) bu fikirdedir. Bk. yukarıda § 38, not 27 ve §§ 12 not 14.

(7) Bk. yukarıda § 12, not 14.

(8) Bk. yukarıda § 12, not 11 - 13.

(9) Bk. yukarıda § 12, not 7.

(10) Bk. yukarıda § 12, not 6.

(11) Bk. yukarıda § 12, II; § 23 not 35 - 42; § 24, not 16 - 18 e ait metin.

(12) Mehaz Kanunda bu cümle ayrı bir fıkra teşkil eder (md. 423 f. II).

faidaları temellük etmesine, yahut hiç olmazsa temellük talebinde bulunmasına bağlıdır. Bununla beraber, bazan iş sahibi faidaları temellük iddiasında bulunmaksızın, onun mamelekinde iş görme dolayısıyla bir zenginleşme husule gelmesi mümkündür; meselâ, iş gören, iş sahibinin zilyedliğinde kalan bir şey üzerinde sarfiyat yapmış olabilir. Böyle bir vaziyette de, iş görenin haklarını dermeyeran etmesine bir mani yoktur. Mehaz Kanunda, Türkçe metindeki “temellük ettiği faydalara göre” ibaresine tekabül eden, “zenginleştiği nisbette”¹³ kelimeleri de iş görenin haklarını dermeyeran edebilmesinin, iş sahibinin temellük talebinde bulunması haline inhisar etmediğini göstermektedir¹⁴.

Burada isbat külfetinin tevzii bakımından mühim olan bir noktaya işaret etmek gerekir: Schneider ve Fick¹⁵, iş gören masraflarının ödenmesini talep ettiği zaman, iş sahibi mamelekinde bir zenginleşme olmadığını isbat etmelidir tarzında bir mülâhaza ileri sürmüşlerdir. Bu mülâhazadan, iş görenin sadece masrafta bulunduğunu isbatla iktifa edebileceği ve iş sahibinin bu masrafların mamelekinde bir artma husule getirmediği hususunda hâkime kanaat vermesi gerektiği neticesi çıkarılırsa, böyle bir neticeyi tasvib etmemiz kabil değildir. Kanaatimizce, iş gören hem masrafta bulunduğunu, hem de bu masrafların iş sahibinin mamelekinde bir artma husule getirdiğini isbata mecburdur; buna mukabil, iş sahibi gerçekte mamelekinde bir artma olmadığını¹⁶ veya zenginleştiği miktarın kısmen veya tamamen elinde çıktığını belirten beyineler ibraz edebilir; iş gören için de, iş sahibinin zenginleştiği miktar elinden çıkarırken suiniyetli olduğunu isbat hakkı mahfuzdur. Zaten çok defa, iş sahibinin faidaları temellük talebine karşı iş gören masraflarından mütevellid mutalebeyi dermeyeran ve her iki talep arasında takas yapıldıktan sonra arta kalan miktarı iş sahibine devreder; bu gibi hallerde artık iş sahibinin mamelekindeki zenginleşmeyi veya bu zenginleşmenin elden çıkmasını isbata hacet kalmaz.

(13) “... jusqu'à concurrence de son enrichissement”, “... als er bereichert ist”.

(14) BGB § 687 f. II cümle 2 ye nazaran, suiniyetli iş görenin haklarını dermeyeran edebilmesi, iş sahibinin temellük talebinde bulunmasına mütevakıftır. Alman müelliflerinin ekseriyeti (Leonhard, Bd. II, sh. 430; Brückmann, sh. 226; Oertmann, § 687, Nr. 3, c) bu hükmün lâfzen tefsir edilmemesi ve iş sahibinin mamelekinde bir zenginleşme olduğu nisbette iş görenin haklarını ileri sürebilmesi gerektiği fikrindedir.

(15) Art. 423, no. 19.

(16) Meselâ, iş görenin ödediği borcun müruruzamana uğramış bulunduğunu.

Bazı müelliflere nazaran¹⁷, tecviz edilmeyen iş görmede de, iş görenin, iş sahibine karşı mutalebede bulunabilmesi, teberru niyetiyle hareket etmemiş olmasına bağlıdır. Bu mütalâa yalnız yukarıda a) şıkkında zikredilen iş görme nev'i için varit olabilir; yoksa iş görenin kendi menfaatine veya iş sahibinden gayrı bir üçüncü şahsın nef'ine hareket ettiği hallerde, onun teberru niyetini taşıması düşünülemez.

II — İş görenin haklarının mahiyeti.

Türk - İsviçre ve Alman müelliflerinin büyük bir ekseriyeti¹⁸, tecviz edilmeyen vekâletsiz iş görmede iş görene tanınmış olan salâhiyetlerin haksız iktisaptan mütevellid haklar mahiyetini taşıdığı fikrindedir; yani bu müelliflere nazaran İBK. md. 423 f. II (BK. md. 414 cümle 2) ve BGB § 687, f. II cümle 2, haksız iktisap hükümlerinin tatbiki hallerinden birini teşkil eder.

Buna mukabil İsviçre hukukunda Moser¹⁹ ve Alman hukukunda Leonhard²⁰, iş görenin haklarının vekâletsiz iş görmeden doğan salâhiyetler vasfını taşıdığı kanaatindedirler. Gerçi vekâletsiz iş görenin haklarının hususiyeti, bunların, haksız iktisaptan farklı olarak, umulan netice hasıl olmasa dahi dermeyan edilebilmesindedir; böyle bir şey ise, tecviz edilmeyen vekâletsiz iş görmede bahis mevzuu olamaz; bu nevi iş görmede, iş gören iş sahibine karşı yalnız onun mamelekinde bir zenginleşme olduğu veya olacağı nisbette mutalebeler ileri sürebilir; bu bakımdan iş görenin haklarının haksız iktisaptan mütevellid salâhiyetlerle müşabeheti aşikârdır. Şu kadar ki, ekseriya iş gören, mutalebelerini, iş sahibine işden hasıl olan kârı devretmeden önce ileri sürer; iş sahibinin kâr temellük talebi ile bu mutalebeler arasında takas yapılır ve iş gören sadece arta kalan miktarı iş sahibine devrettiği cihetle bu sonuncu da bir haksız iktisapta bulunmuş olmaz. Diğer taraftan, iş görenin haklarının vekâletsiz iş görmeye müstenid olduğunun kabul edilmesi, bizim tecviz edilmeyen vekâletsiz iş görmenin mahiyeti hakkında taraftar olduğumuz hakikilik nazariyesine de²¹ uygun düşer. Bittabi, iş görenin BK. md.

(17) Oser - Schönerberger, Art. 423, Nr. 6; Schneider et Fick, art. 423, no. 17.

(18) Oser - Schönerberger, Art. 423, Nr. 5; Becker, Art. 423; Nr. 4; Hagenbüchli, sh. 87; Guhl, sh. 309; Göktürk, sh. 525; Arsebük, sh. 565; Staudinger - Nipperdey, § 687, Nr. 22, Enneccerus - Lehmann sh. 685.

(19) Sh. 183.

(20) Bd. II, sh. 430.

(21) Bk. yukarıda § 12.

414 cümle 2 deki salâhiyetlerinin vekâletsiz iş görmeye has olduğunun beyan edilmesinden, bunların akdi müruruzamana tabi olacağı neticesi çıkarılmamalıdır. Bahis mevzuu iş görme tecviz edilmeyen neviden olduğu cihetle, iş sahibinin kân temellük salâhiyetine mütenazır olarak²², iş görenin mutalebeleri hakkında da, BK. md. 66 ya kıyasen, bir senelik müruruzamanın tanınması gerekir.

§ 40 — İŞ GÖRENİN HAKLARININ MUHTEVASI VE ŞÜMULÜ

I — Masrafların ödenmesi talebi.

BK. md. 414 cümle 2 de, iş görenin masraflarının ödenmesi ve deruhde ettiği borçlardan kurtarılması talebinde bulunabileceği sarahaten beyan edilmiştir. Bu talebin şümulü de, iş sahibinin temellük ettiği faydalar veya me haz Kanundaki tabire göre onun zenginleşmesi ile tahdit olunmuştur.

Moser¹, kendi menfaatine başkasının işini istismar edenin masraflarının ödenmesi talebine ikinci bir tahdit vaz'etmek taraftarıdır²: kendi menfaatine iş gören sadece zarurî masraflarını isteyebilmelidir. Moser, bu hususta, MK. md. 908 cümle 2 den mülhem olmaktadır. Ancak onun bu telâkkisinin ne derece isabetli olduğu cayı sualdir. Gerçi Moser'in fikrini takviye zımında şu mülâhaza hatıra gelebilir: iş sahibinin temellük ettiği faydalar yahut mamelekindeki zenginleşme, iş görenin masraflarının ödenmesi talebinin erişebileceği en yüksek haddi ifade eder; fakat bundan, iş görenin zarurî olsun veya olmasın bütün masraflarını isteyebileceği istihraç edilmemelidir; aksi takdirde, bir çok hallerde, iş sahibinin kân temellük talebi aşırı bir kısıntıya uğramış, hatta bazan tamamıyla kıymetini kaybetmiş olurdu. Kanaatimizce, bu mülâhaza tatminkâr değildir; zira iş sahibi iş görenin mutalebelerinden yalnız temellük ettiği fayda nisbetinde mes'ul tutulmakla kâfi derecede himaye edilmiş olur. İş görenin BK. md. 413 f. I mucibince yalnız halin icaplarının haklı gösterdiği zarurî veya faydalı masraflarını, yahut suiniyetli ziyedin MK. md. 908 cümle 2 ye binaen münhasıran zarurî sarfiyatını isteyebilmesi, mezkûr hallerde masrafların ödenmesi talebinin, iş veya hak sahibinin mamelekindeki zenginleşme ile tahdit edilmemiş olmasından ileri gelir; başka bir deyimle, faaliyeti tecviz edilen iş gören veya suiniyetli ziyed bahis mevzuu masraflarını, bu masraflar yüzünden iş veya hak

(22) Bk. yukarıda § 28, V.

(1) Sh. 183 ve o sahifede not 16.

(2) Aynı fikirde E. Wolf, FJS, no. 1078, sh. 4.

sahibinin mamelekinde bir zenginleşme husule gelmemiş veya husule gelip de zail olmuş bulunsa dahi isteyebilir; halbuki kendi menfaatine iş görenin mutalebesi, iş sahibinin mamelekinde bir zenginleşmenin mevcudiyetine³ mütevakkıftır; binaenaleyh, bu mutalebenin ayrıca zarurî masraflara hasredilmesine ihtiyaç yoktur. Kaldı ki, iş görme bir bütün teşkil eder; bu yüzden, iş sahibi, iş görenin bütün masraflarının gayrisâfi hasıllattan çıkarılmasına katlanmalıdır. Nihayet, kendi menfaatine iş gören hüsnüniyetli de olabilir; bu takdirde suiniyetli zilyedin masraflarına ait MK. md. 908 cümle 2 nin kıyasen tatbiki hiçten doğru olmaz. Hulâsa, kendi menfaatine iş gören, yalnız zarurî olanları değil, talep etmediği takdirde iş sahibinin mamelekinde bir zenginleşme husule getirecek bütün masraflarını isteyebilmelidir; bittabi bu masraflar fiilen yapılmış olmalıdır. Eğer bu masraflar çıktıktan sonra iş görme gene bir kâr bırakıyorsa, iş sahibi sadece bu kârın kendisine verilmesi talebinde bulunabilir.

Fikrî hakların istismarı veya haksız rekabet suretiyle istihsalde bulunan vekâletsiz iş görenin iş sahibine devirle mükellef olduğu sâfi hasıllatın hesaplanması hususî bir ehemmiyet arzeder. İsviçreli müelliflere nazaran bu hesap yapılırken gayrisâfi hasıllattan bilhassa şu masraflar tahdedilmelidir⁴:

- a) Başkasının hakkını istismar suretiyle yapılan istihsalde kullanılan malzemenin ve muharrik kuvvetlerin tedariki için sarfedilen para⁵;
- b) İstihsalde istihdam edilen şahıslara verilen ücretler;
- c) İş görenin kendi faaliyeti için münasip ücret⁶;
- d) Yalnız haksız istihsal için istikraz edilmiş olan sermayenin faizi yahut istikraz olunan sermayeden bahis mevzuu istihsale tahsis edilen kısmın hesabı mümkünse o kısma ait faiz; istihsal vasıtalarının, o istihsale düşen itfa payı;
- e) İstihsalde kullanılan başka ihtiraların bedelleri;
- f) İstihsal olunan şeylerin satış masrafları⁷;

(3) Hiç olmazsa iş gören mutalebede bulunmayacak olursa husule gelecek bir zenginleşmenin mevcudiyetine.

(4) Bk. Moser, sh. 184 - 185; Fischer, sh. 38 - 46. Moser bu hususta Amerikan mahkeme içtihadlarından mülhem olmuştur.

(5) Malzeme ve muharrik kuvvetlerin tedarik anındaki piyasa fiyatı esas tutulur.

(6) Bk. aşağıda II.

(7) Tevzi ve reklâm masrafları buraya girer.

g) Umumî masraflardan, o istihsale isabet ettiği hesaplanabilen kısmı. Moser'e göre⁸, teşebbüsün verdiği vasıtasız vergiler hiç bir suretle hesaba katılmamalıdır; Fischer ise⁹, bunların, teşebbüsün haksız istihsalden mütevellid kârı ile alâkalı oldukları nisbette, gayrisâfi hasıllardan tarhı fikrindedir.

II — Ücret ve zararın tazmini talepleri.

Bazı müelliflere nazaran¹⁰, tecviz edilmeyen iş görmede, iş gören asla ücret isteyemez; zira ona böyle bir talep hakkı tanımak onun hukuka aykırı fiilini mükâfatlandırmak neticesini doğurur; hukuk nizamı bu suretle kendi kendisiyle tezat haline düşmemelidir; iş gören, hukuka aykırı bir faaliyet için sarfettiği emeğin karşılıksız kalmasına katlanmalıdır.

Fakat son zamanlarda aksi telâkki hâkim olmağa başlamıştır. Bu yeni telâkki mucibince¹¹, faaliyeti tecviz edilmeyen iş gören dahi, mutad olarak bir ücret mukabilinde yapılan bir hizmette bulunduğu takdirde, münasip bir ivaza hak kazanır; tabiatıyla bu ücret talebi, masraflara müteallik mutalebe ile birlikte, iş sahibinin temellük ettiği faydaların balığ olduğu miktarı aşamaz. İş görenin böylece ücret isteyebilmesi, hizmet edalarının da mamelekî bir kıymeti olduğu ve iş sahibinin bu edalar dolayısıyla haksız bir iktisapta bulunmasının önlenmesi gerektiği mülâhazalarına istinad etmektedir. Ücret talebi, bilhassa fikrî hakların istismarı ve haksız rekabet suretiyle yapılan istihsalde, ehemmiyetini gösterir. Hükmi şahsiyeti haiz olan bir teşebbüs, meselâ bir ticaret şirketi, bu çeşit bir faaliyette bulunduğu zaman sâfi kârın hesabında, teşebbüsün müdürünün ücreti de nazara alınır; bundan farklı olarak iş görenin hükmi şahsiyeti haiz olmayan teşebbüsünü bizzat idare ettiği hallerde emeğinin karşılığını alamaması için bir sebep yoktur¹².

İş görenin iş görme yüzünden uğradığı zararın tazmini meselesine gelince bu mevzuda da şunlar söylenebilir: İş görenin işden hasıl olan

(8) Sh. 185.

(9) Sh. 39 ve 44.

(10) Bk. Moser, sh. 185 not 22 de zikredilen müellifler.

(11) Bk. Moser, sh. 185 - 186; Fischer, sh. 38; E. Wolf, ZSR, N. F. 46 (1927), sh. 324.

(12) Federal Mahkeme de muhtelif kararlarında iş görenin faaliyetinin karşılığının, gayrisâfi hasıllardan tarhı lâzım geldiği içtihadında bulunmuştur: bk. RO 34 II 700, "Aktienbrauerei Wald c. Eisele"; 35 II 660, "Mégevot Cie. c. Société des Moteurs Daimler"; 36 II 601, "Kaiser c. Union libre des fabricants suisses de chocolat".

kân devir borcu bahsinde kaydettiğimiz veçhile¹³, bu borcun şumulünün tayininde iş görenin faaliyetinin bütünü gözönünde tutulmalıdır; yani, iş görenin iş görme yüzünden elde ettiği kârla bu yüzden uğradığı zarar birbiriyle mahsup edilmelidir; şayet geriye bir miktar kâr kalırsa iş gören onu iş sahibine devre mecburdur. Buna mukabil, tecviz edilmeyen iş görmede hiç bir kâr hasıl olmadığı halde, iş görenin iş görme yüzünden uğradığı zararı kendisiyle paylaşmasını iş sahibinden istemesi mümkün değildir; diğer taraftan, iş gören, kân aşan tazminat taleplerinde de bulunamaz; onun, hukuka aykırı müdahalesinin neticelerini çekmesi tabiidir.

Eğer iş gören suiniyetli ise, iş sahibinin bina sahibi veya hayvan vazüüyledi sıfatıyla mes'ul kılınmasını da talep edemez; zira kendi kusuru illiyet rabitasını keser. Fakat, hüsnüniyetli olan iş görenin, BK. md. 56 veya 58 de derpiş olunan şartlar gerçekleştiği takdirde, iş sahibinden tazminat istemesine bir engel yoktur.

III — Ref'i ve hapis hakları.

Tecviz edilmeyen iş görmede de, iş gören, iş sahibine ait eşyaya başka şeyler eklemek suretiyle sarfiyatta bulunmuşsa, eşyayı iade etmeden önce eklediği kısım hakkında ref'i salâhiyetini kullanabilir¹⁴. Bu salâhiyetin icrasının tabî olduğu şartlar, tecviz edilen iş görmedekininkin aynıdır¹⁵.

Schneider ve Fick¹⁶, faaliyeti tecviz edilmeyen iş görenin, iş görme dolayısıyla el koyduğu, iş sahibine ait şey üzerinde bir hapis hakkı icra edebileceğini beyan eylemektedirler. Kanaatimizce, burada MK. md. 864 ün derpiş ettiği neviden bir hapis hakkı bahis mevzuu olamaz; zira şeyin zilyedliği iş görene iş sahibinin rızasıyla intikal etmemiştir; bu intikalin, tecviz edilen iş görmede olduğu gibi¹⁷, iş sahibinin mefruz iradesine uygun bulunduğu fikri de müdafaa edilemez; bilâkis tecviz edilmeyen iş görme hallerinin ekserisi bu iradeye aykındır; bu hususta belki, iş sahibinin iradesine uygun, menfaati iktizasına aykırı iş görme için bir istisna kabul edilebilir. Diğer taraftan, hüsnüniyetli iş gören, masrafları için iş sahibine ait şey üzerinde, MK. md. 907 cümle 1 de zikri geçen

(13) Bk. yukarıda § 28 not 14 e ait metin.

(14) Suter, sh. 138; Oser - Schönerberger, Art. 423, Nr. 5.

(15) Bk. yukarıda § 38, I.

(16) Art. 423, no. 12.

(17) Bk. yukarıda § 38, not 32 ye ait metin.

neviden bir hapis hakkı dermeyan edebilir¹⁸; filhakika bu nevi hapis hakkının dermeyanı için, ziyedliği şeyin malikinin rızasıyla iktisab etmiş olmak şartına hacet yoktur; fakat bu hapis hakkı şeyi icabında nakde tahvil salâhiyetini bahşetmez¹⁹.

(18) Bk. Jacob, sh. 53.

(19) Bk. Jacob, sh. 140 - 141.

KISIM III

VEKÂLETSİZ İŞ GÖRMENİN TATBİK SAHASI İLE ALÂKALI BAZI MESELELER

Vekâletsiz iş görmenin unsurlarının tesbitine hasrettiğimiz I. Kısmın II. Bâbında, onun tatbik sahasının hudutlarını da esas itibariyle belirtmiştik. Bununla beraber, mezkûr sahanın tayini ile alâkalı bazı meselelerin hallini kasden, vekâletsiz iş görmenin hükümlerinin tetkikinden sonraya bırakmış bulunuyoruz. Zira bu meselelerin bir kısmının hallininde, bahis mevzuu hükümlere ne nisbette müracaat olunabileceği hususı ortaya çıkar; diğer taraftan, vekâletsiz iş görmenin hükümlerinin iyice bilinmesi, onların tatbikinin ihtilâflı olduğu bazı meseleleri daha kolaylıkla münakaşa etmek imkânını bahşeder.

Bu kısımda evvelâ, vekâletsiz iş görmenin unsurlarını havi olmalarına rağmen kanunun hususî surette tanzim ettiği haller ile mezkûr müesseseye atıf yapılan hususları inceleyeceğiz. Sonra da, kendi menfaatine başkasının işini görmenin tatbik sahasıyla alâkalı bazı meselelere temas edeceğiz; filhakika vekâletsiz iş görmenin bu çeşidine ait hükümlerin hangi hallerde ileri sürülebileceği hakkındaki düşünceler, bilhassa fikri haklara ve haksız rekabete müteallik kaidelerin inkişafına mütenazır olarak, son elli yılda büyük bir tekâmüle mazhar olmuştur. Buna mukabil, iş sahibinin menfaatine vekâletsiz iş görmenin tatbikatına dair, daha önce pek çok misaller verdiğimizden burada ayrıca onun üzerinde durmayacağız.

FASIL I

VEKÂLETSİZ İŞ GÖRMENİN UNSURLARINI HAVİ OLMALARINA RAĞMEN HUSUSÎ SURETTE TANZİM EDİLEN HALLER İLE MEZKÛR MÜESSESEYE ATIF YAPILAN HUSUSLAR

§ 41 — VEKÂLETSİZ İŞ GÖRMENİN UNSURLARINI HAVİ OLMALARINA RAĞMEN, KANUNUN HUSUSÎ HÜKÜMLERE TABİ KILDIĞI HALLER.

Bazı fiiller vekâletsiz iş görmenin unsurlarını taşımalarına rağmen, kanunda bunlar hakkında hususî hükümlerin mevcudiyeti halinde şu mesele ortaya çıkar: Bu hususî hükümler başka kaidelerin tatbikini bertaraf edici, inhisarî (exhaustif) bir mahiyet arzederler mi, yoksa vekâletsiz iş

görmeye müteallik esaslara onları tamamlamak üzere müracaat etmek caiz midir? Bu sorunun cevabını verebilmek için kanunun haklarında hususi bir tanzim tarzı kabul ettiği aşağıdaki halleri ayrı ayrı incelemek lâzımdır.

I — Kaybolmuş bir şeyin, bir definenin, fennî kıymeti haiz eşyanın ve enkazın bulunması.

Umumiyetle hâkim olan bir telâkkiye nazaran, kaybolmuş bir şeyi bulan kimse vekâletsiz iş gören sıfatıyla hareket eder¹. Filhakika, o, başkasına ait olan kaybolmuş şeyi, ya sahibini bulmak ve ona iade etmek maksadıyla muhafaza altına alır, yahut da şey üzerinde kendi menfaatine tasarrufla bulunmak ister; böylece iş sahibinin veya bizzat iş görenin menfaatine bir vekâletsiz iş görme karşısında bulunulur.

Gerçi MK. md. 693 - 695 te, kaybolmuş şeyi bulan kimsenin hak ve mükellefiyetlerine mütedair teferruatlı kaideler mevcuttur. Ancak bunların derpiş etmedikleri hususlar için, bu kimse aynı zamanda bir vekâletsiz iş gören ve suiniyetli zilyed olduğu cihetle, BK. nun 14. bâbına ve MK. md. 908 e tamamlayıcı olarak müracaat etmek kabildir². Şeyi bulan, onun kime iadesi lâzım geldiğini bilmediği müddetçe sadece kendi kusuruyla ortaya çıkan zarardan mes'ul olur (MK. md. 908 cümle 2); eğer MK. md. 693 ün tahmil ettiği mükellefiyetleri yerine getirmiş ise, şey sahibinin maruz olduğu bir zararı bertaraf etmek maksadıyla hareket ettiğinden dolayı mes'uliyeti tahfif olunur (BK. md. 411 f. II)³; aksi takdirde hafif kusurundan dahi mes'ul tutulur (BK. md. 411 f. I); şeyin kime iadesi gerektiğini bilip de iade etmemiş ise kusuruyla husule gelmeyen zararı da tazminle mükelleftir (MK. md. 908 f. I). Şeyi bulanın, medenî hakları istimal ehliyetini haiz olmaması halinde, mes'uliyeti BK. md. 412 hükmüne göre takdir olunur⁴. Diğer taraftan, o, şeyi kendisinden isteyen şahsın hakikaten malik olup olmadığını iyice tahkik etmeden onu iade etmemelidir; bu husus BK. md. 410 daki iş sahibinin menfaatine hareket mükellefiyetinden istihraç olunur⁵.

(1) W. Beck, Das Fundrecht nach dem ZGB, Diss. Zürich 1911, sh. 66; Aebly, sh. 80; Suter, sh. 97. Becker, Art. 420, Nr. 18; Leemann; Art. 720 Nr. 19; Homberger - Marti, FJS, no. 650, IV, 2; Staudinger-Nipperdey; Vorbem. vor § 677 Nr. 60; Enneccerus - Lehmann, sh. 678, III ve aynı sahifede not 8; Isele sh. 21.

(2) Bk. yukarıda not 1 deki atıflar.

(3) Leemann, Art. 720, Nr. 22; Homberger - Marti, FJS, no. 650; IV, 3 b.

(4) Leemann, Art. 720, Nr. 18.

(5) Leemann, Art. 722, Nr. 16.

Şeyi bulan onu iade niyetinde değilse, yalnız malik için de yapılması zarurî masrafları istiyebilir (MK. md. 908 cümle 2) ve bu talebi şeyin iade zamanındaki kıymeti ile mahduttur (BK. md. 414 cümle2)⁶.

Kaybolan şey, meskûn bir evde bulunursa, MK. md. 695 f. II hükümünden yalnız o ev sahibi veya müsteciri istifade edeceği cihetle, şeyi asıl bulan masraflarının ve varsa zararının tazminini BK. md. 413 e tevfikân talep hakkını haizdir⁷.

Bir define keşfeden, şeyin içine gömüldüğü veya saklandığı gayrimenkul veya menkulün sahibinin⁸; ilmî kıymeti haiz eşyayı meydana çıkaran, Hazinenin⁹; enkazı ele geçiren, onun malikinin işini vekâletsiz olarak görmüş vaziyettedir. Bu itibarla bu şahısların hak ve mükellefiyetleri hakkında da vekâletsiz iş görmeye müteallik kaideler tamamlayıcı olarak tatbik olunur. Mezkûr kaideler bilhassa, defineyi veya ilmî kıymeti haiz eşyayı ortaya çıkaranın mes'uliyeti, definenin içinde bulunduğu şeyin malikine veya alâkalı makama ihbar ve keşfedilen şeyi muhafaza mükellefiyetleri bakımından ehemmiyet arzederler¹⁰.

II — Denizde kurtarma ve yardım.

TK. md. 1222 - 1234 de tanzim edilmiş bulunan, denizde kurtarma ve yardımın da bir nevi vekâletsiz iş görme olduğu hususu Alman müelliflerinin ekserisi¹¹ ve bazı Fransız müellifleri¹² tarafından müdafaa edilen bir görüştür.

Fakat bu görüş Fransız ve İsviçre hukukçularından bir kısmının tenkidine uğramıştır¹³. Her şeyden evvel şunu kaydetmek lâzımdır ki,

(6) Homberger - Marti, FJS, no. 650, IV, 4 a.

(7) Becker, Art. 420, Nr. 18.

(8) Leemann, Art. 723, Nr. 19 - 20, 22 - 23; Beck, not 1 de a.g.e., sh. 85.

(9) Leemann, Art. 724, Nr. 15.

(10) Leemann, Art. 723, Nr. 20 - 21; Art. 724, Nr. 16; Beck, sh. 85:

(11) Staudinger - Nipperdey, Vorbem. vor § 677, Nr. 61; RGR Komm., Vorbem. vor § 677, Nr. 6; Enneccerus - Lehmann, sh. 678, III; Isele, sh. 21; Palandt, § 677, 1, f.

(12) Lyon - Caen et Renault: Traité de droit commercial, Paris 1911, t. VI, nos. 1068 et 1071; Albert Wahl, Droit maritime, Paris 1924, no. 859; Demogue, t. III, nos. 69-70.

(13) Georges Ripert, Droit maritime, 2 e. éd., Paris 1923, t. III, nos. 2174 ve 2205; Daniel Danjon, Traité de droit maritime, 2 é. éd., t. IV, Paris 1928, sh. 100, 104; Jan von der Mühl, Hilfeleistung und Bergung in Seenot, Diss. Basel 1948, sh. 33 - 36. Türk hukukunda da Galip Gültekin (Çatma, kurtarma ve yardım, Cemil Bilsel'e Armağan, İstanbul 1939, sh. 630) bu tenkidlere iştirak etmektedir.

yalnız, tehlikede bulunan geminin bir talebi vaki olmaksızın, kendiliğinden yardımın (assistance spontanée, spontanen Hilfeleistung) vekâletsiz iş görme mahiyetini taşıyıp taşımadığı bahis mevzuu olabilir. Böyle kendiliğinden yardımda dahi vekâletsiz iş görme mahiyetini kabul etmeyenlere nazaran¹⁴, bu sonuncu müessesenin mevcudiyeti için iş sahibinin gaybubeti veya hiç olmazsa hareketsizliği şarttır; halbuki kendisine yardım edilen geminin mensupları da, yardıma gelenlerle birlikte, aktif surette gemilerinin selâmete çıkması için çalışırlar; diğer taraftan, vekâletsiz iş görme, prensip itibarıyla, ücretsiz olarak yapılır; buna mukabil, yardımda bulunanlar masraflarını ve zararlarını aşan bir ücrete hak kazanırlar. Binaenaleyh, kendiliğinden yardımda, zımnî bir iş görme mukavelesinin¹⁵ veya yardım edenle edilen arasındaki menfaat iştirakine müstenid nev'i şahsına münhasır bir şibih akdın¹⁶ mevcudiyetini tanımak gerekir.

Fikrimizce, vekâletsiz iş görme nazariyesine yapılan itirazlardan bir kısmının isabeti münakaşa edilebilir. Ezcümle, vekâletsiz iş görenin, mutad olarak bir ivaz mukabilinde yapılan bir işle meşgul olduğu takdirde ücret isteyebileceğini daha yukarıda kaydetmiştik¹⁷; diğer taraftan, vekâletsiz iş görme münasebetinin vücut bulabilmesi için iş sahibinin gaybubeti de şart değildir; meselâ iş sahibi hazır fakat şuursuz vaziyette olabilir. Buna mukabil, hazır bulunan iş sahibinin işin görülmesine itiraz etmeyip bilâkis ona iştirak etmesi, hakikaten zımnî bir iş görme akdine vücut verecek mahiyette görünmektedir¹⁸. Kaldı ki, kendiliğinden yardımın bir nevi vekâletsiz iş görme olduğu fikri tasvip edilse dahi bunun pratik ehemmiyeti büyük olmaz; zira TK. nun yardıma ait hükümleri çok teferruatı olduğundan, onları tamfamlayıcı surette BK. nun 14. bâbına müracaata hacet yoktur.

Kurtarmanın hukukî mahiyetine gelince, o, ancak gemi veya gemide bulunan şeyler gemi adamlarının idaresinden çıktığı takdirde bahis mevzuu olduğu cihetle, kurtarmada gemi adamlarıyla kurtaran arasında

(14) Ripert, t. III, no. 2174, sh. 141 - 142; Danjon, sh. 100; Mühlh, sh. 33 - 34.

(15) Danjon, t. IV, sh. 101 - 102; Mühlh, sh. 34.

(16) Ripert, t. III, sh. 142 - 143; Gültekin, sh. 630.

(17) Bk. yukarıda § 37, I.

(18) Diğer taraftan, 4922 sayılı Kanun'un 15 ve 5512 sayılı Kanun'un 45 inci maddelerinin derpiş ettiği, deniz tehlikesindeki gemilere yardım mükellefiyetinin, vekâletsiz iş görme münasebetinin doğumuna mani sayılması da mümkündür. Bununla beraber yukarıda § 22, I, 2 ye bk.

zmnî bir akdin mevcudiyeti dahi iddia edilemez. Danjon¹⁹ ve Ripert'e²⁰ nazaran, kurtaran umumiyetle kendi menfaatini gözetir: bir ücret almak veya kurtardığı şeyin mülkiyetini iktisab etmek niyeti ile hareket eder; binaenaleyh, o vekâletsiz iş gören sayılamaz ve hizmeti için bir karşılık isteyebilmesi haksız mal iktisabı esaslarına istinad eder. Bu fikre iştirak etmek mümkün değildir; çünkü kanaatimizce, bir kimsenin kendi menfaatine başkasının işi ile meşgul olması da bir nevi vekâletsiz iş görmedir. Mühl²¹, kurtarmanın vekâletsiz iş görme ile benzerliğini kabul etmekle beraber onun bir nev'i olmadığını beyan eylemektedir; delil olarak da, kurtaranın yalnız masraflarını değil bir de ücret talep edebilmesini göstermektedir. Bu delile karşı, yardımda ücret hakkında söylediklerimizi tekrarlar iktifa edebiliriz²². Hulâsa, kurtarma bir nevi vekâletsiz iş görme vasfını haizdir. Fakat TK. da bu müessesenin etraflı surette tanzim edilmiş olması, ona tamamlayıcı olarak vekâletsiz iş görme hükümlerinin tatbikine pek imkân vermez.

Vekâletsiz iş görme hükümleri, ancak TK. md. 1222 - 1234 e tabi olmayan denizde kurtarma veya yardım hallerinde ehemmiyet kazanır. Ezcümle Wüstendörfer'e nazaran²³, harp gemileri ve resmî işlerde kullanılan devlet gemileri, kurtarma ve yardım dolayısıyla olan masraflarını isteyebilmek için sadece vekâletsiz iş görme hakkındaki BGB § 683 (BK. md. 413) e istinad edebilirler²⁴. Tehlikede olmayan bir gemiye kendiliğinden yardım halinde de, Ripert'in kanaatince²⁵, yalnız vekâletsiz iş görme hükümleri bahis mevzuu olabilir. Diğer taraftan, denizde münhasıran can kurtarma da TK. tarafından derpiş edilmemiştir²⁶. 4922 sayılı Kanun'un 14 üncü maddesi mucibince, "her kaptan, denizde can tehlikesine uğramış olarak rastgeldiği kimselere, düşman bile olsa, kendi gemisini, gemi adamlarını ve yolcusunu ciddi bir tehlikeye atmaksızın elinden gelen her yardımı yapmakla ödevlidir". Münhasıran

(19) T. IV, sh. 103 - 104.

(20) T. III, sh. 172.

(21) Sh. 36.

(22) Bk. yukarıda not 17.

(23) Neuzeitliches Seehandelsrecht, Hamburg 1947, § 30, II, 3.

(24) Bu mesele hakkında Danjon, t. IV, no. 1384 e de bk.

(25) T. III, sh. 117.

(26) Eğer mal kurtarma esnasında bir kimse can kurtarmış ise, gemi veya yükü kurtaranların alacakları ücretten kendisine uygun bir hissenin verilmesini isteyebilir (TK. md. 1231). Bu hüküm konulmamış olsaydı insan yerine mal kurtarmak hırsına kapılanlar bulunabilirdi (Bk. Wüstendörfer, § 30, VI, 2).

can kurtarmada bir ücret, hattâ masrafların tazmini talebinde bulunulmayacağı, bunun aksini kabul etmenin denizciler arasındaki tesanüd fikrine ve ahlâkî düşüncelere aykırı olacağı söylenmektedir²⁷ Ancak derizde başkasının canını kurtaran şahsın, masraflarını ve zararını vekâletsiz iş görme hükümlerine binaen isteyememesi için bizce bir sebep yoktur. Can kurtarma hakkında yukarıda zikrettiğimiz hükümle koyulan mükellefiyet umumî mahiyettedir ve sadece kaptana ve dolayısıyla donatana tevaccüh etmektedir; bu itibarla, yolcuların veya vazife dışında hareket eden gemi adamlarının, can kurtarmaları ve bu yüzden masraf yapmaları veya zarara uğramaları halinde, vekâletsiz iş görme hükümlerine istinad etmelerine mani olmaz²⁸. Bundan başka, kıyıda denize atlayarak veya kayıkla giderek, boğulmakta olan birisini sudan çıkaran kimse de aynı hükümlerden istifade edebilmelidir.

III — Müstecirin mecurdaki, külfeti kendisine ait olmayan, ayıpları izalesi

İsviçre'de 1881 tarihli BK. meriyette olduğu zamanlar, müstecirin mecurdaki ayıpları, mucire haber vermesine rağmen onun bertaraf etmemesi takdirinde, bizzat izale edebileceği ve masraflarını vekâletsiz iş görme hükümlerine tevfikân ondan istiyebileceği mahkeme içtihadları vasıtasıyla kabul edilmişti²⁹. Bu içtihadlar, 1912 tadilinde BK. md. 251 f. II nin vaz'ıyla, küçük bir tahdide uğrayarak kanuniyet kazandılar. Mezkûr hükme binaen, "intifa başladığı zaman mevcut yahut intifa esnasında hâdis olup da külfeti kendisine ait olmayan ve mucire yapılan ihbar üzerine münasip bir mehil zarfında bertaraf edilmeyen ufak tefek ayıpları, müstecir mucir hesabına izale edebilir". Bu kaide menşei itibarıyla vekâletsiz iş görme hakkındaki hükümlerden istikak etmekle beraber, bugün artık BK. md. 251 f. II ye müsteniden ufak ayıpların izalesi bir vekâletsiz iş görme sayılamaz; çünkü bahsi geçen hüküm müsteciri bu gibi ayıpları izaleye mezun kılmaktadır. Binaenaleyh müstecirin masraflarını isteyebilmesi için BK. md. 251 f. II deki şartların tahakkuk etmiş bulunması lâzım ve kâfidir; ayrıca hâdisede vekâletsiz iş görme unsurlarının mevcudiyetini araştırmağa hacet yoktur.

(27) Wüstendörfer, § 30, VI, 1; Ripert, t. III, no. 2149; Danjon, t. IV; no. 1411; 29 eylül 1910 tarihli Bruxelles Mukavelesi, md. 9 f. I; E. Hirsch, Ticaret Hukuku Dersleri, 3. bası, İstanbul 1948, no. 847.

(28) Wüstendörfer, § 30, VI, 2 in fine.

(29) Bk. Federal Mahkeme, ZbJV, 39 (1903) sh. 181, "Zorn de Bülach c. Chr. Gerber"; Bern İstinaf Mahkemesi, ZbJV, 48 (1912), sh. 443 ve müt.

Müşahede olduğu üzere BK. md. 251 f. II de müstecire ancak *ufak tefek* ayıpları mucir hesabına bertaraf etme salâhiyeti bahşedilmektedir; bundan başka, bu salâhiyetin kullanılabilmesi, mucire ayıpları gidermesi için *ihbarda bulunulmasına* rağmen onun münasip mehil zarfında harekete geçmemesine mütevakıftır. Bu vaziyet karşısında şu sual hatıra gelebilir: Müstecir *ehemmiyetli ayıpları* bizzat izale ederse yahut ufak tefek ayıplar için mucire *ihbar şartını yerine getirmezse* vekâletsiz iş görme hükümlerinden istifade edebilir mi; başka bir deyimle, BK. md. 251 f. II yanında BK. md. 410 ve müt. ne nisbette tatbik olunabilir?

Federal Mahkeme bir kararında bu soruların cevabını şöylece vermiştir³⁰: “Ufak tefek ayıplar bahis mevzuu olmadığı takdirde, müstecir İBK. md. 98 f. I (BK. md. 97 f. I) e tevfikân hâkimin müdahalesini talep etmelidir. Eğer müstecirin, umumî bir surette, hâkimin iznini almaksızın hareket etmesine müsaade olunsaydı İBK. md. 256 f. II (BK. md. 251 f. II) de vazedilen tahdit boşta gideceği gibi müstecir İBK. md. 98 f. I in tatbikinden kolaylıkla kaçınılabirdi.

Kanun vaznı, mecurun tamiri hususunda müstecirle mucir arasındaki münasebetleri, kaideten, hakiki (tam) vekâletsiz iş görmeye (gestion d'affaires parfaite) müteallik hükümlerin tatbikini bertaraf edecek tarzda tanzim eylemiştir. Bununla beraber, bu kaidenin bir istisnası vardır: mucirin, gayububeti yahut sair herhangi bir sebepten dolayı vaktinde haberdar edilmesi veya faydalı olarak müdahale etmesi mümkün değilse, müstecir kaideye riayet etmeyebilir³¹; zira kanunun hükmü, mucirin vaktinde gerekli tedbirleri alabilmesi için onunla temasa geçmek imkânının mevcudiyeti faraziyesine müsteniddir. Diğer bütün hallerde, sadece nakıs vekâletsiz iş görme (gestion d'affaires imparfaite) dermeyeran edilebilir. Filhakika tam vekâletsiz iş görmeye müteallik hükümlerin tatbikine karşı ileri sürülen deliller nakıs vekâletsiz iş görme hakkındaki kaidelerin tatbikine engel olmazlar; bu sonuncu kaideler mucibince müstecir, mucirden tamiratın bedelini değil yalnız onun zenginleştiği miktarı isteyebilir. Böylece md. 256 f. II (md. 251 f. II) hikmeti vücudunu muhafaza eder ve md. 98 f. I (md. 97 f. I) bertaraf edilmiş olmaz”. Şu halde Federal Mahkeme'nin kanaatine, BK. md. 97 f. I hilâfına hâkimin iznini almadan büyük tamirata girişen yahut BK. md. 251 f. II deki ihbar mükellefiyetini yerine getirmeden küçük tamirata yapan müstecir sa-

(30) RO 61 II 37 yahut Sem. Jud. 1935, sh. 369 ve müt., hususile sh 374, “Dame Reusser - Traphagen c. Domaine du Chanet S. A.”.

(31) Yani tam vekâletsiz iş görme hükümlerinden istifade edebilir.

dece BK. md. 414 e istinad edebilir; müstecirin BK. md. 413 ten faydalanabilmesi ancak mucire vaktinde haber verilmesi veya onun faydalı olarak müdahale etmesi imkânı bulunmayan istisnai hallerde kabildir³².

Burada bir mesele daha ortaya çıkar ki o da şudur: Federal Mahkeme'nin yukarıda zikrettiğimiz içtihadı umumileştirilebilir mi, yani BK. md. 97 f. I in mevcudiyeti³³, bir yapma borcunun ademi ifası takdirinde, hâkimin iznini almaksızın borçlu hesabına bizzat ifaya girişen alacaklının vekâletsiz iş görme hükümlerinden istifadesine mani olur mu?

Federal Mahkeme, umumî olarak, alacaklı tarafından borcun bizzat ifasında hâkimin izni alınmamışsa BK. md. 413 ün tatbik edilemeyeceği, sadece BK. md. 414 e müracaatın caiz olduğu fikrine mütemayil görünmektedir. Fikrimizce, hâkimin izni alınmadan borcun alacaklı tarafından yerine getirilmesi borçlunun menfaati iktizası ise, esas itibarıyla alacaklının BK. md. 413 ü dermeyeran etmesine bir mani yoktur; şu kadar ki alacaklının ifası ekseri hallerde borçlunun iradesine muhalif ve binnetice iş görme tecviz edilmeyen neviden olacağından mezkûr hükümün tatbiki mümkün olmaz³⁴.

(32) Aynı fikirde Becker, Art. 254 - 255, Nr. 19; Erol Cansel, Türk hukukunda hasılat kirası, doktora tezi, Ankara 1953, sh. 66 - 67. Vaud Kanton Mahkemesi, vekâletsiz iş görme hükümlerinin tatbik edilebileceği istisnai haller hususunda Federal Mahkeme'ninkine benzer bir görüş ileri sürmekle beraber, diğer bütün hallerde müstecirin masraflarını mucirden onun zenginleşmesi nisbetinde dahi isteyemeyeceği fikrindedir (SJZ, 22 (1925/26), sh. 169, Nr. 147). Temyiz Mahkememizin Ticaret Dairesi ise bir kararında (13/9/1934, E. 1238/K. 2404, Tepeci, sh. 422), "maahaza kiralananın tamiri kanunen kiralayana terettüp eden borç cümlesinden bulunmuş olmasına göre kiralayana keyfiyet ihbar edilmediği surette dahi BK. nun 413 üncü maddesi mucibince kiracının ihtiyar eylediği zarurî ve faideli masraflarını talep etmeğe hakkı olduğu" mütalâasında bulunmuştur. Buna mukabil 4. Hukuk Dairesi (21/3/1942, E. 1018/K. 880, Tepeci, sh. 423) ihbar şartına ehemmiyet atfetmektedir. Gene aynı Daire, mucirin imtinayı halinde, müstecirin, masrafı mucire ait olmak üzere, mecurun kendisi tarafından akitten maksut olan istimalle salih bir hale getirilmesine izin verilmesini mahkemeden isteyebileceğine hükmetmiştir. (4/12/1947, E. 5775/K. 5082, Türk İçt. Kül. 5, (1952), sh. 186, no. 291). Diğer taraftan Ticaret Dairesi, mucirin imtinasına rağmen, müstecirin, mahkemenin iznini almaksızın mecurda yaptırdığı esaslı tamirat ve tadilatın masrafları için, BK. md. 413 e müsteniden mucire rücu edemeyeceğine karar vermiş ve müstecire sadece bir ref'i hakkı tanımıştır (23/2/1951, E. 950/4632, K. 1075, Türk İçt. Kül. 3, (1951), sh. 268, no. 501).

(33) Bk. md. 97 f. I mucibince hareket eden alacaklı vekâletsiz iş gören değildir, ifaya hâkim tarafından mezun kılınmıştır. Von Tuhr, sh. 491, not 50 ye de bk.

(34) Bk. Becker, Art. 254 - 255, Nr. 19.

III a — MK. md. 624 ve 626.

MK. md. 626 şu hükmü muhtevdir:

“Müşterek mülkiyete terettüp eden veya müşterek mülkiyeti takyid eyleyen idari masraflar, vergiler ve sair mükellefiyetler; hilâfına hüküm yoksa hisseleri nisbetinde bütün hissedarlara ait olur.

{Hissedarlardan biri hissesinden fazla tediyatta bulunursa bu fazla ile hisseleri nisbetinde diğer hissedarlara rücu eder”.

Müşahede olunduğu üzere bu maddenin ikinci fıkrası, birinci fıkrada sayılan hususlar için hissesinden fazla tediyatta bulunan hissedara diğer hissedarlara karşı bir rücu hakkı tanımak suretiyle, onun vekâletsiz iş görmeye müstenid bir talepte bulunmasına hacet bırakmamaktadır; böylelikle hissedar fazla tediyatını vekâletsiz iş görmenin şartlarının tahakkuk ettiğini isbata mecbur olmaksızın istirdat edebilir^{34a}. Ancak hissedarın rücu hakkı, yapmağa salâhiyetli olduğu masraflar içindir. MK. md. 624 f. II ye tevfikân “ekseriyet hilâfına karar vermedikçe hissedarlardan her biri, ufak tefek tamirat ile ziraat işleri gibi alelâde idarî tasarrufları icraya ehildir”. Daha mühim idarî tasarrufların yapılması, MK. md. 624 f. III mucibince, müşterek mülkün yarısından fazlasına malik olan ve adet itibariyle de ekseriyeti teşkil eden hissedarların lehte rey vermelerine mütevakıftır. Şu halde bu sonuncu neviden tasarrufları ekseriyetin kararı olmaksızın yapan hissedar, masraflarının hissesini aşan kısmı için MK. md. 626 f. II ye binaen diğer hissedarlara rücu edemez; o, acaba vekâletsiz iş görme hükümlerinden de faydalanamaz mı?

Temyiz Mahkemesi 4. Hukuk Dairesi bir kararında^{34b} bu suale müsbet cevap vermişti: “Müşterek şeyde mühim tamirat icrası gibi idarî tasarrufların yapılması adet ve hisse itibarile ekseriyetin rey ve kararına mütevakıf olup mühim olduğu ehli-vukuf tarafından ihbar olunan tamirat ekseriyetin rey ve kararile yapılmamış olduğundan dâvacının yaptığı masraftan ortağının hissesine düşen miktarı istemeğe hak ve salâhiyeti bulunmamış ise de haklı bir sebep olmaksızın mal iktisabına da ahkâmı kanuniye müsait bulunmayıp BK. md. 413 mucibince faideli ve zarurî olan sarfiyattan hissesiyle müddeialehy mes’uldür”. Buna mukabil Hukuk Umumi Heyeti yeni bir kararında^{34c} 3. Hukuk Dairesinin aksi me-

(34a) Bk. Haab, Art. 649, Nr. 1.

(34b) 30/4/1937, E. 1082, K. 1024, Temyiz Kararları. 1937. sh. 225 - 226.

(34c) 10/2/1954, E. 3/158, K. 14, Ad. Der. 46 (1955), sh. 162 - 164.

aldeki içtihadımı tasvib eylemiştir. Bu kararında Yüksek Mahkeme şu mucip sebepleri göstermiştir: “Şayan tasarruf edilen müşterek gayrimenkule masraf yapan hissedarların alacak haklarının ne şekilde olacağı MK. md. 624 ile tanzim edilmiş olup bu maddenin ikinci fıkrasında tatdat edilmiş olanların fevkindeki masrafların talep edilebilmesi için iddia edilen masarîf hakkında tarafların kanunun derpiş eylediği şekilde ittifaklarının mevcut olması ve ittifak dışında yapılan ve faideli olduğu anlaşılan masraflar için de diğer hissedarların icazetlerinin lâhik bulunması. (sonradan bedeli icardan hisse tahsil etmek gibi) iktiza eylemiş ve bunların haricinde kalan masraf iddialarının ise ancak gayrimenkulün satılması ve diğer hissedarın mamelekinde bir tezayüt husule gelmesi halinde haksız iktisap kaidelerine tevfikân açılacak istirdat dâvasına mevzu teşkil eylemesi gerekmiş ve hâdisenin BK. md. 413 ile bir ilgisi bulunmamış olmasına göre...^{34d}”.

Fikrimizce, 4. Hukuk Dairesi vekâletsiz iş görme ile haksız iktisabı birbirine karıştırır şekilde bir ifade kullanmıştır. Buna mukabil Hukuk Umumî Heyeti'nin, faideli masrafların istenebilmesi için tarafların icazetini şart koşması da yersizdir. Filhakika, tarafların icazeti olmasa dahi masrafların yapılması BK. md. 413 deki şartlara uygunsu bu masrafları yapan hissedar hissesinden fazla olan miktar için mezkûr hükme istinad edebilmelidir. Fakat bu hal çaresi ancak ortada bir karar yoksa bahis mevzuu olabilir; eğer masraflar ekseriyetin kararı hilâfına yapılmışsa tecviz edilmeyen bir iş görme karşısında bulunulur ve yalnız BK. md. 414 tatbik edilebilir. Bu sonuncu hüküm ise, masrafları sadece diğer hissedarların zenginleşmesi nisbetinde istemek imkânını bahşeder.

IV — MK. md. 906 f. I ve md. 908 cümle 1.

MK. md. 906 f. I e tevfikân, “hüsünüyetle zilyed olduğu şeyden mevcudiyetine kani olduğu hakkına muvafık surette istifade eden kimse, o şeyi iade ile mükellef tutulduğu kimseye karşı bu yüzden hiçbir tazminat itasına mecbur olmaz”.

Bir şeyi iade ile mükellef olan hüsünüyetli zilyed, zilyedliği esnasında o şeyden istifade etmişse, aynı zamanda kendi menfaatine vekâletsiz iş görmenin bütün unsurları mevcuttur: Zilyed, üzerinde hak sahibi

(34d) Temyiz Mahkeme'sinin şu kararlarına da bk.: 4. H. D., 12/10/1950, E. 3292/K. 4824, İçt. Kül. 1 (1950), sh. 167, no. 151; 28/1/1950, E. 46 - 351, K. 616/446, İçt. Kül. 1 (1950), sh. 168, no. 152; 11/6/1951, E. 5812, K. 4586; İçt. Kül. 2 (1951), sh. 1111, no. 1905.

olmadığı şeyden istifade etmekle başkasına ait bir hakkı kullanmış, yani başkasına ait bir işi yapmıştır. Zilyedin bu hususta mezuniyeti bulunmadığına nazaran iş görme vekâletsizdir. Onun şeyden istifade etmesi de kendi menfaatine hareket ettiğinin delilidir. Bu vaziyet karşısında şu meseleyi halletmek lâzım gelir: MK. md. 906 f. I in şartları tahakkuk ettiği takdirde, hak sahibi, ayrıca BK. md. 414 ü dermeyan ederek, hüsnüniyetli zilyedin elde ettiği faydaları kendisine devretmesini isteyebilir mi? Bu suale cevaben, esas itibarıyla, MK. md. 906 f. I deki hususi kaide nin, câri olduğu sahada, BK. md. 414 deki umumî kaidenin tatbikini bertaraf ettiği söylenebilir³⁵. Ancak, MK. md. 906 f. I in tatbik sahasının tesbiti ve bilhassa mezkûr hükümdeki “istifade” tabirinden ne anlaşılması gerektiği münakaşalıdır.

Zilyedin şeyi kullanmasının ve ondan semereler elde etmesinin istifade tabirinin şümulüne girdiğinde şüphe yoktur. Mevaz Kanun’un almanca metnindeki “gebraucht und nutzt” ibaresi, bu hususu sarîh olarak ifade etmektedir. Binaenaleyh, sahip olduğunu zannettiği hakka uygun surette şeyi bizzat kullanan veya onun kullanılmasını başkasına devrederek medenî semereler temin eden yahut şeyin tabii semerelerinden faydalanan hüsnüniyetli zilyede karşı, hakiki hak sahibi, BK. md. 414 ü ileri sürerek, faydaları temellük, yahut herhangi bir tazminat talebinde bulunamaz.

Buna mukabil, şeyin mülkiyetini başkasına devreden hüsnüniyetli zilyedin bu temlikten elde ettiği kâr hak sahibine devirle mükellef olup olmadığı hususunda muhtelif görüşler mevcuttur:

a) Ostertag’a nazaran³⁶, şeyi temlik suretiyle kâr teminini de MK. md. 906 f. I deki “istifade” mefhumuna dahil etmek doğru olur. Federal Mahkeme’nin de aynı telâkkiyi benimsediği şu mülâhazalarından anlaşılmaktadır³⁷: “Nihayet, İMK. md. 934 f. II (MK. md. 902 cümle 2),

(35) Moser, sh. 221 - 222; E. Wolf, ZSR, N. F. 46 (1927), sh. 323 - 324.

(36) Art. 938, Nr. 15 - 16.

(37) (38) RO 71 II 90 yahut JdT, 1945, sh. 521 ve müt., hususiyle sh. 528, “Eisenhut c. Hoogstral”. Federal Mahkeme’nin bu kararına mevzu teşkil eden hâdise şu idi: Çalınmış bir şeyi hüsnüniyetle satın alan bir tüccar, onu gene hüsnüniyetli olan başka birisine satmıştı; bu sonuncu şahsa karşı takip hakkını kullanan malik, şeyi geri almakla beraber o şahsın tüccara verdiği semeni ödemek zorunda kalmış ve bunun üzerine tüccara karşı bir tazminat dâvası açmıştı. Federal Mahkeme tüccarın satış bedelinin tamamını veya alış ve satış fiyatları arasındaki farkı, aynı ikame veya haksız iktisap yahut da vekâletsiz iş görme müesseselerinin herhangi birine müsteniden malike vermekle mükellef olmadığına hükmetmiştir.

halihazırdaki zilyede takaddüm eden zilyedlerin, dâvacının işini vekâletsiz surette görmüş addolunmaları ve bu bakımdan, zenginleştikleri miktarı, dâvacının ona tekabül eden bir fakirleşmesinden müstakil olarak, iade etmeleri gerektiğine dair hiçbir mesnet bahşetmemektedir. Bilâkis, İMK. md. 934 ve 938 den (MK. md. 902 ve 906 dan) dâvacının, dâvalıya karşı, yegâne derpiş edilmiş hak olan takip hakkını ileri süremediği andan itibaren başka hiçbir hakka sahip olamayacağı neticesini çıkarmak lâzımdır". Federal Mahkeme aynı kararında, mevzuumuzla alâkalı olarak şunları da ilâve etmiştir³⁸: "Mutavassıt zilyedin dâvacının mamelekine hakkı olmaksızın tecavüz etmekle, bu müdahalesi kusura müstenid bulunmayan bir hata neticesinde olsa ve binaenaleyh bir haksız fiil teşkil etmese bile, dâvacıyla onun lehine bir haksız iktisap yahut vekâletsiz iş görme dâvasına vücut verecek hususî bir hukukî münasebete girip girmediğini incelemekten sarfınazar olunabilir. Böyle bir hukukî münasebet bu ihtilâfın tarafları arasında hiç bir suretle mevcut değildir. Dâvalının, emtiayı üçüncü şahıstan satın alarak iktisab ettiğine şüphe yoktur; fakat bu, onunla dâvacı arasında, takip hakkı bir tarafa bırakılacak olursa, hiç bir hukukî münasebet tesis etmemiştir".

b) Bazı müellifler³⁹, malikin, şeyi temlik eden hüsnüniyetli zilyeden temin ettiği kârın devrini haksız iktisap hükümlerine tevfiқан isteyebileceği fikrindedirler⁴⁰. Şu kadar ki, şeyi satın alıp başkasına satan hüsnüniyetli zilyedin mamelekinde haksız bir zenginleşme bulunmadığı fikri müdafaa edilebilir. Nitekim Wieland'a nazaran⁴¹, zilyed şeyi ancak ivazsız olarak iktisab etmiş olduğu takdirde satış bedelini malike vermekle mükellef tutulmalıdır. Bu fikir kabul edilmese dahi, zilyedin şeyi hakiki değerinden fazlaya satması halinde, bu fazlalığa malikin mamelekinde bir eksilmenin tekabül etmediği söylenebilir.

c) Bu itibarla, hüsnüniyetli zilyedin şeyi satın aldığı fiatla sattığı fiat arasındaki farkı temellük edebilmek için malikin baş vurabileceği en elverişli yol, BK. md. 414 hükmüne istinad eylemektir.

(39) Homberger, Art. 938, Nr. 12 *in fine*; Feyzioğlu, sh. 112.

(40) Alman MK. § 816 f. I e göre "hak sahibi olmayan bir kimse, bir şey üzerinde hak sahibine karşı hüküm ifade eden bir tasarrufta bulunursa, tasarrufu dolayısıyla elde ettiğini hak sahibine iade ile mükelleftir. Tasarruf ivazsız olarak yapılmışsa, aynı mükellefiyet, tasarrufa müsteniden bilâ vasıta bir hukukî menfaat sağlayan kimseye terettüp eder."

(41) Art. 938, no. 6.

(42) Sh. 63.

Simonius'un haklı olarak belirttiği veçhile⁴³, MK. md. 906 f. I, BK. md. 414 ün bu mevzuda tatbikine mani teşkil etmez; zira şeyin temlikli suretiyle kâr temini, MK. md. 906 f. I deki "istifade" mefhumunun şümulüne girmez⁴³; bu hüküm, istisnâî mahiyette olduğu cihetle, tahdidî surette tefsir edilmelidir. Diğer taraftan, şeyi temlik eden hüsnüniyetli zilyedin, vekâletsiz iş gören olarak tavsifinin mümkün bulunup bulunmadığı, Federal Mahkeme'nin beyan ettiği gibi İMK. md. 934 f. II (MK. md. 902 cümle 2) ye değil, İBK. md. 423 (BK. md. 414) e tevfi kan tesbit olunmalıdır⁴⁴; bu sonuncu hükmün şartlarının meşgul olduğumuz meselede tahakkuk ettiğine ise şüphe yoktur.

Federal Mahkeme'nin, mutavassıt zilyedin malikle doğrudan doğruya bir münasebete girmediği hususundaki iddiası da tatminkâr değildir; mutavassıt zilyed ancak mülkiyet hakkının bahşedebileceği temlik salâhiyetini kullanmakla doğrudan doğruya malikin hukukî sahasına müdahale eder ve onunla arasında bir vekâletsiz iş görme münasebeti doğar.

Bundan başka, hüsnüniyetli zilyedin mevcudiyetine kani olduğu hakkınā muvafık surette şeyden istifadesi dolayısıyla bir tazminat vermeğe mecbur tutulmamasına âmil olan mülâhazalar, şeyin temlikinden elde ettiği kârı devir bakımından rol oynamazlar⁴⁵. Filhakika, bu mülâhazaların başhcaları şunlardır: Hüsnüniyetli zilyedin şeyden istifade nisbetini hesaplamak güçtür; diğer taraftan, zilyedin şeyin semerelerini elden çıkarmış olması muhtemeldir; onu elinde bir şey kalmamasına rağmen mes'ul tutmak hakkaniyete aykırı olur. Halbuki, zilyed şeyi ivazlı olarak temlik ettiği takdirde bu ivaz'ın miktarını ve zilyedin şeyi iktisab etmek için bir karşılık verip vermediğini, vermişse bunun miktarını tesbit etmek büyük müşkülâtı mucip olmaz; malikin BK. md. 414 cümle 1 e tevfi kan kârı temellük talebinde bulunması, hüsnüniyetli zilyed kârdan ancak elinde kalan kısmı iade ile mükellef olacağı cihetle⁴⁶, zilyedin meşru menfaatlerini tehlikeye düşürmez.

Kaldı ki, BK. md. 414 ün tatbiki kabul edilmezse şu mahzurlu netice de doğabilir⁴⁷: Zilyedin hüsnüniyeti hususunda karine mevcut olur-

(43) Burada "şeyden istifade" bahis mevzuudur; bu ise, işin başkasına aidiyeti kıstaslarından biri olan "başkasına ait hakkın kullanılması" mefhumundan (bk. yukarıda § 17, not 65 - 66 ya ait metin) çok daha dardır.

(44) Simonius, sh. 65.

(45) Simonius, sh. 63 ile karşılaştırmız.

(46) Bk. yukarıda § 28, III, 2 d.

(47) Bk. Simonius, sh. 65.

ğundan, malik için bu karinenin aksini isbat edememek riski mevcuttur; böylece gerçekte suiniyetli olup da suiniyeti isbat edilemeyen zilyed, şeyi çabucak başkasına satarak her türlü tazmin mükellefiyetinden kurtulabilir; fakat BK. md. 414 hüsnüniyetli zilyedin elde ettiği kâr hakkında da tatbik olunursa bu mahzurlu netice önlenir.

Hulâsa, MK. md. 906 f. I hüsnüniyetli zilyedin şeyi başkasına temlik etmesi haline şâmil olmayıp, bu halde BK. md. 414 ü dermeyan etmek imkânı mahfuzdur.

MK. md. 908 cümle 1 mucibince, şeyi iade ile mükellef suiniyetli zilyed, şeyden elde ettiği ve hattâ elde etmeği ihmal eylediği semereleri tazminle mükelleftir⁴⁸. Buradaki, şeyden elde edilen semereleri tazmin mükellefiyeti BK. md. 414 deki esasın bir tatbik şeklidir⁴⁹; bu itibarla ayrıca mezkûr hükme müracaat etmeğe hacet kalmaz; maamafih MK. md. 908 de derpiş edilmemiş olan hususlar için vekâletsiz iş görmeye ait esaslardan faydalanılabilir; ezcümle suiniyetli zilyedi, hesap vermeğe mecbur kılmak kabildir.

Yakın bir zamanda Temyiz Mahkeme'sinin meşgul olduğu bir meselede⁵⁰, metruken Vakfa intikali lâzım gelen bir gayrimenkulün suiniyetli zilyedi, o gayrimenkulü kiraya vermişti; Vakıflar İdaresi zilyedin tahsil ettiği kira bedellerinin kendisine devrini talep ediyordu. Dâvalı zilyed, meseleye MK. md. 908 in tatbiki gerektiğini ve bu maddeden doğan tazmin mükellefiyetlerinin BK. md. 60 daki bir senelik müruruzamana tabi olduğunu iddia ile müruruzaman def'inde bulunmuştu. Hâdiseyi vekâletsiz iş görme olarak tavsif ve bu müesseseden doğan mutalebeler hakkında on senelik müruruzamanın câri olduğunu beyan eden Mahalli Mahkeme, dâvalının def'ini reddetmişti. Temyiz Mahkemesi 4. Hukuk Dairesi ve Mahalli Mahkeme'nin israrı üzerine Hukuk Umumi Heyeti, hâdisenin vekâletsiz iş görme suretinde tavsifinin caiz olmadığı binaenaleyh MK. md. 908 e ve BK. md. 60 a müracaat olunması icap ettiği içtihadında bulunmuşlardır. Yüksek Mahkeme'nin vardığı netice doğru olmakla beraber, esbabı mucibesi münakaşa edilebilir. Filhakika

(48) Feyzioğlu, sh. 196 - 207 ye de bk.

(49) Aynı fikirde Homberger, Art. 940, Nr. 10. Buna mukabil Feyzioğlu'na göre (sh. 198 ve müt.) zilyedin elde ettiği semereleri malikin temellük edebilmesi mülkiyet ve mütemmim cüzü esaslarının bir neticesidir. Kanaatimizce, medeni semereleri mütemmim cüzü saymak kabil değildir.

(50) H.U.H., 26/6/1954, E. 4/89, K. 98, Tatbikatta Yargıtay kararları 6 (1955), sayı 69, sh. 1738 - 1739.

hâdisede MK. md. 908 le birlikte tecviz olunmayan bir vekâletsiz iş görmenin (yani BK. md. 414 ün) şartları da tahakkuk etmiştir; ancak gerek Mahallî Mahkeme, gerek Temyiz Mahkemesi böyle bir iş görmenin hukuka aykırı bir fiil olduğunu ve binnetice ondan mütevellid mutalebelerin BK. md. 60 daki bir senelik müruruzamana tabi tutulması icap ettiğini⁵¹ hesaba katmamışlardır.

V — MK. md. 316 f. III, 317, 648 ve müt., 699; Fikir ve San'at Eserleri Kanunu, md. 70 f. III.

a) MK. md. 316 f. III de, nafaka istemek hakkına sahip olan kimse resmî bir müessesede infak olunuyor ise, nafaka dâvasının o müessese yahut müessesenin tabi olduğu idare tarafından ikame olunacağı beyan edilmiştir. MK. md. 317 ye tevfikan, ana ve babası belli olmayan çocuk, belediyelerce infak olunur; ailesi zuhur ederse belediye, nafaka ile mükellef hısımlardan nafaka için edilen masrafı istiyebilir. Eğer bu hükümler vazedilmemiş olsaydı, bir kimseyi infak eden resmî müesseselerin ve belediyelerin masraflarını herhangi bir üçüncü şahıs gibi vekâletsiz iş görme hükümlerine müsteniden istemeleri icap ederdi⁵². Halbuki MK. md. 316 f. III de, resmî müessesenin nafaka istemek hakkına sahip olan şahsa kanunî halefiyeti derpiş edilmiştir⁵³. MK. md. 317 de de belediyelere bir infak mükellefiyeti tahmil edilmekte olduğundan bu mükellefiyeti yerine getirmekle belediye kendi işini görür; ancak, o, nafaka ile mükellef hısımlara rücu hakkını haizdir⁵⁴. Binaenaleyh, bu hükümlerin tanzim ettiği hallerde vekâletsiz iş görme hükümlerinin tamamlayıcı olarak tatbiki bahis mevzuu olamaz⁵⁵.

b) Kendi malzemesiyle başkasının arsası üzerinde inşaat yapan veya kendi ağaçlarını başkasının arsasına diken kimsenin bu faaliyetinde vekâletsiz iş görme unsurlarının mevcudiyetini müşahade etmek mümkündür; ancak bu haller MK. md. 648 - 650 ve 655 tarafından teferruatlı surette tanzim olunmuştur. Yalnız kanun, bir üçüncü şahsa ait mal-

(51) Bk. yukarıda § 28 not 72 ye ait metin.

(52) A. Egger : Das Familienrecht, 2. Abt. Die Verwandtschaft, 2. Aufl. Zürich 1943, Art. 329, Nr. 22 ve oradaki kararlar; Silbernagel - Waeber : Familienrecht, 2. Abt. : Die Verwandtschaft, 2. Aufl. Bern 1927, Art. 328, Nr. 17 - 18.

(53) Egger, Art. 329, Nr. 9.

(54) Egger, Art. 330, Nr. 7.

(55) Alman hukukunda da vaziyet buna benzer. Bk. RGR Komm., Vorbem. Vor § 677, Nr. 6.

zeme ile başkasının arsasına inşaat yapma ihtimalini derpiş etmemiştir; böyle bir ihtimalin tahakkuku halinde, müellifler⁵⁶, inşaatı yapanın masraflarını arsa sahibinden BK. md. 414 e tevfikân isteyebileceği fikrindedirler.

c) Maliki olmadığı bir şeyi işlemiş veya tağyir etmiş olan kimse, temyiz kudretini haiz bulunduğu takdirde, aynı zamanda vekâletsiz iş gören olarak da tavsif edilebilir; zira o, malike ait olan salâhiyetleri mezuniyeti bulunmaksızın kullanmıştır. Hukukî tağyirin hükümleri MK. md. 699 da tesbit olunmuştur; bu maddenin ikinci fıkrası, haksız fiil ve haksız iktisapdan mütevellid dâva haklarını mahfuz tutmaktadır; bunlara vekâletsiz iş görmeden neş'et eden dâva haklarını da ilâve etmek yerinde olur. Amelin kıymeti şeyinkinden az olduğu ve şey malike bırakıldığı takdirde, âmîl malikden, vekâletsiz iş görme hükümlerine tevfi-kan, masraflarını ödemesini isteyebilmelidir; bu mutalebe, bilhassa malikin menfaati iktizası şeyin işlenmesi halinde ehemmiyet arzeder. Diğer taraftan, malike de âmîli vekâletsiz iş görme kaidelerine müsteniden mes'ul tutmak salâhiyeti tanınmalıdır.

d) FSEK. md. 70 f. III mucibince, bu kanunun himaye ettiği hakları haleldar edilen kimsenin, mütecevizin kusuru varsa, tazminattan başka temin edilen kârın kendisine verilmesini de isteyebileceğine daha yukarıda işaret etmiştik⁵⁷. Bu hüküm, tecviz edilmeyen vekâletsiz iş görmenin bir nev'i olan kendi menfaatine başkasının haklarını istismar ile alâkalıdır⁵⁸; binaenaleyh, bu çeşit iş görmeye ait esaslar tamamlayıcı olarak fikrî hakların istismarı halinde de tatbik olunur; ezcümle, başkasının fikrî haklarından faydalanan kimse hesap verme mükellefiyetine tabi tutulabilir. Diğer taraftan, BK. md. 414 e tamamlayıcı olarak müracaat suretiyle, kusuru olmaksızın, yani hüsnüniyetle başkasının fikrî hakkını kullanan şahıs da elde ettiği kâr hak sahibine devretmeğe mecbur edilebilir⁵⁹.

§ 42 — VEKÂLETSİZ İŞ GÖRMEYE MÜTEALLİK HÜKÜMLERE
ATIF YAPILAN HALLER.

Kanun vazı bazı haller hakkında hususî bir tanzim tarzı ihtiyar etmeyip sarahaten vekâletsiz iş görme hükümlerine atıf yapmaktadır. Bu

(56) Leemann, Art. 672 - 673, Nr. 23; R. Haab, Das Sachenrecht, Zürich 1933, Art. 671 - 673, Nr. 28; E. Wolf, FJS, no. 1077, VII; A; 1; Saymen - Elbir, Türk Eşya Hukuku, İstanbul 1954, sh. 353 - 354.

(57) Bk. yukarıda § 28, III, 2, b.

(58) Bk. Arslanlı, sh. 221.

(59) Bk. yukarıda § 28, not 49.

gibi vaziyetlerde, artık BK. nun 14. bâbı hükümlerini tatbik etmek için hâdisede vekâletsiz iş görmenin unsurlarının bulunup bulunmadığını araştırmaya hacet yoktur¹; hatta bazan bu unsurlardan birinin mevcut olmamasına rağmen, kanun, vekâletsiz iş görme hükümlerinin tatbikini emretmiş olabilir. Binaenaleyh, bahis mevzuu hallerde, yalnız 14. bâba bir atfı muhtevi olan maddedeki şartların tahakkuku, bu bâptaki kaidelere müracaat için kâfidir.

Kanunun ve doktrinin bir atfıla vekâletsiz iş görme hükümlerine tabi tuttuğu haller şunlardır:

I — Muayyen mal vasiyetini yerine getirmekle mükellef olan kimsenin bazı hakları ve borçları.

MK. md. 465 mucibince, muayyen mal vasiyetini yerine getirmekle mükellef olan kimse, mirasın açıldığı günden itibaren vukubulan sarfiyat ve hasarat için vekâletsiz iş görene ait hakları ve borçları haizdir. Escher'e nazaran², bu şahıs, kanunda beyan edildiği veçhile yalnız masrafları talep ve hasardan mes'uliyet bakımından değil, umumî surette vekâletsiz iş gören vaziyetine girer.

Muayyen mal vasiyeti yerine getirilene kadar vasiyet borçlusu malın maliki olduğu için, o malı muhafaza etmekle, kendine ait bir işi gördüğü iddia edilebilir³; bununla beraber, vasiyet borçlusu, musalehin alacak hakkının mevzuunu muhafaza ettiğinden, görülen işin musalehe ait olduğunu da müdafaa etmek kabildir⁴; MK. md. 465 teki atf vekâletsiz iş görme hükümlerinin tatbiki için, hâkimi, işin başkasına aidiyeti şartını araştırmaktan vareste kıldığı için, bu iki fikirden birinin veya ötekini kabulü pratik ehemmiyet arzetmez.

Eğer vasiyet borçlusunun kendisi de musaleh ise, - yani alt vasiyet (Untervermaechtnis) halinde-, onun vekâletsiz iş gören sıfatına müstenid hak ve borçları, malı teslim aldığı tarihte başlar⁵.

(1) Isele, sh. 22; Lauscher, Die Bedeutung der Verweisung auf die Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag im BGB hinsichtlich der Begriffsvoraussetzungen, Diss. Köln 1929, sh. 3 ve müt.; Staudinger - Nipperdey, Vorbem. vor § 677, Nr. 59.

(2) Art. 485, Nr. 3.

(3) Tour, Art. 485, Nr. 14 e bk.

(4) Yukarıda § 17, not 18 e bk.

(5) Escher, Art. 485, Nr. 3. Bununla beraber, musalehin malı olmak için açtığı istihkak dâvasının masraflarını alt (ikinci derecede) musalehten vekâletsiz iş görme hükümlerine binaen istiyebilmesi düşünülebilir.

Vasiyet borçlusunun şeyin semerelerini hangi andan itibaren musalehe devretmesi lâzım geldiği hususu doktrinde münakaşalıdır. Rossel-Mentha⁶, MK. md. 523 e müsteniden, musalehin mirasın açıldığı tarihten itibaren semerelere hak kazanacağını beyan etmektedirler. Escher⁷ ve Tuor'un⁸ fikrinde ise, kanunda bir sarahat bulunmadığından, musaleh İBK. md. 102 (BK. md. 101) e tevfikan vasiyet borçlusunu temerrüd haline sokmadıkça semereler üzerinde hak iddia edemez. Şu kadar ki, Tuor, semerelerin mirasın açılmasından itibaren musalehe intikalinin de lege ferenda tercih edilmesinin yerinde olacağını da ilâve eylemektedir. Eğer vasiyet borçlusunun, Escher'in beyanı veçhile⁹, umumî surette vekâletsiz iş görenin hak ve borçlarına sahip olduğu kabul edilirse, onun işden, mirasın açıldığı andan itibaren, elde ettiği faydaları ve bu arada şeyin semerelerini musalehe devir mükellefiyeti de kendiliğinden çıkar; filhakika işden elde edilen faydaların iş sahibirte devri vekâletsiz iş görenin başlıca hükümlerinden biridir; fayda mefhumu ise hem tabii hem de medeni semereleri içine alır¹⁰.

II — İntifa hakkı sahibinin masrafları.

MK. md. 725 şu hükmü muhtevirdir: "İntifa hakkı sahibi mecburiyet olmaksızın masraf yapmış yahut yeni imalât vücuda getirmiş ise intifam hitamında, başkasının işlerini idareye mahsus hükümlere tevfikan tazminat istiyebilir ve malikin tazminden imtina ettiği tesisatı, malı eski haline iade etmek şartile söküp alabilir."

Bu hüküm mevcut olmasaydı, intifa hakkı sahibinin kendine mi yoksa malike mi ait bir işi gördüğü hususunda ihtilâflar doğabilirdi; halbuki şimdi intifa hakkı sahibinin, işin malike aidiyetini isbat etmesine dahi hacet yoktur. İntifa hakkı sahibi masrafların malikin menfaatı iktizası olup olmasına göre BK. md. 413 veya 414 e müsteniden tazminat talebinde bulunabilir. Ancak bazı hususlarda vekâletsiz iş görmeye ait hükümler tatbik edilemez. Ezcümle tecviz edilen vekâletsiz iş görmeden mütevellid mutalebelerin müruruzamanı on sene olduğu halde, MK. md. 726 mucibince, intifa hakkı sahibinin masraflarının tazmini talebi, bu masraflar malikin menfaatı iktizası yapılmış olsa dahi, malın iadesinden itibaren bir

(6) Manuel de droit civil suisse, t. II, Lausanne et Genève, 1922, sh 71.

(7) Art. 485, Nr. 6.

(8) Art. 485, Nr. 17.

(9) Bk. yukarıda not 2.

(10) Bk. yukarıda § 28 not 4 ve 5 arasındaki metin.

senelik müruruzamana tabidir. Diğer taraftan, umumiyetle vekâletsiz iş görmede masraflar için yapıldıkları andan itibaren faiz işlemesine mukabil, intifa hakkı sahibinin masrafları intifanın devamı müddetince faiz getirmezler¹¹. Nihayet, intifa hakkı sahibinin malike verdiği avanslar (MK. md. 734, f. IV) hakkında da BK. md. 413 değil, karza ait hükümler tatbik olunur¹².

III — İdare hakkını haiz olmadığı halde veya bu hakkı tecavüz ederek şirket hesabına hareket eden şerikin hak ve borçları.

BK. md. 530 cümle 2 ye tevfikân, “şeriklerden biri idare hakkını haiz olmadığı halde şirket hesabına hareket eder, yahut şirketi idare eden şerik salâhiyetini tecavüz eylerse vekâleti olmadan başkası namına tasarruf edenler hakkındaki hükümler tatbik olunur.”

Bununla beraber, eğer şerik giriştiği işlerin nev’i bakımından değil de sadece icra tarzı bakımından talimata riayetsizlik suretinde bir salâhiyet tecavüzünde bulunursa, vekâletsiz iş görme hükümlerine müracaat caiz olmayıp BK. md. 389 u gözönünde tutmak gerekir; binaenaleyh bu gibi hallerde, şerik kazadan ancak mütemerrid hale girdikten sonra mes’ul olur, yoksa BK. md. 411 f. III mucibince daha önce de onun kazadan mes’uliyeti cihetine gidilemez¹³.

Salâhiyetsiz olarak hareket eden veya salâhiyetini tecavüz eden şerikin yaptığı işe icazet verildiği takdirde, BK. md. 415 in emrettiği gibi vekâlet hükümleri değil, şirket hukuku câri olur¹⁴.

Diğer taraftan, işin görülmesi şirketin menfaati iktizası ise BK. md. 413 f. I yerine BK. md. 527 tatbik edilmek lâzımdır¹⁵; ancak bu, BK. md. 413 f. II ve III ün nazara alınmasına engel teşkil etmez¹⁶.

İşin yapılması şeriklerden bazılarının iradesine uygun bazılarının kine değilse, vekâletsiz iş gören şerikin mes’uliyeti herbiri bakımından ayrı ayrı takdir edilir ve muhtelif şeriklere karşı mes’ul olunan miktar değişik

(11) Bk. yukarıda § 36, not 31.

(12) Leemann, Art. 753, Nr. 7.

(13) (14) Alfred Siegwart : Die Personengesellschaften, Zürich 1938, Art. 540, Nr. 4.

(15) Siegwart, Art. 540, Nr. 5; Art. 537, Nr. 12.

(16) BK. md. 413 f. II nin nazara alınması hakkında bk. Federal Mahkeme'nin (JdT, 1915, sh. 263-264) “Caprez Cie. c. Wohlwend” dâvasındaki kararı

olabilir¹⁷. Vekâletsiz iş gören şerik, BK. md. 411 f. I yerine, daha hafif olan BK. md. 528 deki mes'uliyet ölçüsüne tabi tutulmağı istiyemez.

İşe girişilmesi şirketin menfaati iktizası olmadığı takdirde, diğer şerikler BK. md. 414 te kendilerine tanınan hıyar hakkını ancak dış münasebetin müsaadesi nisbetinde kullanabilirler; yani dış münasebette BK. md. 525 mucibince bağı iseler iç münasebette sadece faydaları temellük şikkını ihtiyar edebilirler; işin neticesini red yoluna başvuramazlar¹⁸.

IV — İBK. md. 418, n ve doktrin tarafından vekâletsiz iş görme hükümlerine atf yapılan bazı haller.

4 şubat 1949 tarihli kanunla İBK na eklenen acentelik mukavelesi hakkındaki hükümlerden birine (md. 418, n) göre, acente vekâletsiz iş gören sıfatıyla üzerine almış bulunduğu nakliye ücretleri ve gümrük vergi ve resimleri gibi masraf ve harcamaların tazminini isteyebilir¹⁹. TK nun bu hükme tekabül eden 127 nci md. sinde "acente, işlerini ifa için yaptığı masraflardan ancak fevkalâde masrafların tazminini isteyebilir" ibaresi mevcuttur; acentenin vekâletsiz iş gören sıfatıyla isteyebileceği masraflar bahsi geçen fevkalâde masrafların bir kısmını teşkil eder.

Doktrin tarafından vekâletsiz iş görme hükümlerine atf yapılan bazı haller vardır. Bu hallerin bir kısmında vekâletsiz iş görme unsurlarından birinin mevcudiyeti ihtilâflı olabilir; ancak bu unsurun mevcudiyeti kabul edilmese dahi vaziyet vekâletsiz iş görmeye çok benzediği için vekâletsiz iş görmeye ait hükümlerin kıyasen tatbikinde mahzur yoktur.

Bahis mevzuu hallerin birkaçı şunlardır : Menkul rehninde mürtehinin merhun şeye yaptığı masraflar için vekâletsiz iş görme hükümlerine istinad etmesi mümkündür²⁰. Bazı müelliflere nazaran²¹, fevkalâde ikamede, nakil ile mükellef mirasçı namzede karşı vekâletsiz iş gören gibi mes'ul tutulmalıdır. Müşterinin mebü teslim almak hususundaki temerrüdünden sonra bayiin şeye yaptığı masrafları vekâletsiz iş görme hükümlerine

(17) Siegwart, Art. 540, Nr. 5.

(18) Siegwart, Art. 540, Nr. 5.

(19) Elias Wolf'un fikrinde (FJS, no. 1077, VII, A, 2.) burada sadece tecviz edilen iş görmeye ait hükümler tatbik edilebilir.

(20) Karl Oftinger: Das Fahrnispfand, Zürich 1952, Art. 890, Nr. 15; Saymen-Elbir, sh. 721.

(21) Ezcümle Escher, Art. 491, Nr. 6. BGB § 2125 f. I.

rine tevfikana talep edebilmesi de doktrinde umumiyetle kabul edilmektedir²². Son iki halde iş gören malik vaziyetinde olduğu cihetle, başkasının işini görüp görmediği münakaşa mevzuu olabilir; bununla beraber, fikrimizce, bir alacak hakkının mevzuunun muhafazasını da başkasının, yani o hakkın sahibinin işini görme suretinde saymak kabildir²³.

FASIL II

KENDİ MENFAATİNE BAŞKASININ İŞİNİ GÖRMENİN TATBİK SAHASI

Kendi menfaatine başkasının işini görmenin, başkasına ait sübjektif hakları istismar etmek suretinde tezahür ettiğini daha yukarıda arzetmiştik. Bu fasılda hangi sübjektif hakların böylece istismar edilebileceğini ve haksız rekabetin bazı nevilerinin kendi menfaatine başkasının işini görme sayılıp sayılmayacağını inceleyeceğiz.

§ 43 — ALACAK HAKLARININ, AYNİ HAKLARIN VE ŞAHSİYET HAKLARININ İSTİSMARI

I — Alacak haklarının istismarı.

Borç münasebeti, kaideten, yalnız borçluyu ve alacaklıyı alâkalandıran hükümler husule getirdiğinden, bir alacak hakkının alacaklıdan gayri bir şahıs tarafından, bu hususta mezuniyeti bulunmaksızın, kullanılmasını tasavvur etmek, ilk bakışta müşkül görünür. Fakat tatbikatta, bir kimseye ait alacak hakkının başkası tarafından istismar edilmesi hallerine, mutlak haklardaki kadar sık olmasa dahi, rastlanmaktadır. Bu gibi hallerin tahakkuku ve onlara, kendi menfaatine vekâletsiz iş görme hükümlerinin tatbiki imkânını ilk defa Elias Wolf¹ ve Moser² umumî surette ifade etmişdiler.

Moser'e nazaran³, borçlunun borç mevzuu olan şey üzerinde bir aynî hakkı bulunduğu takdirde, alacaklısının hakkını istismar etmesi bazan kabil olabilir. Ezcümle, imal ettiği şeyler için bir şahsa muayyen bir muntakada inhisari satış hakkı (Alleinverkaufsrecht) tanıyan fabrikatör, o muntaka dahilinde bizzat satış yaparsa vaziyet böyledir; inhisari satış hakkı sahibi, fabrikatörden bu satış dolayısıyla elde ettiği kârı kendisine devretmesini, BK. md. 414 e tevfikana talep edebilir. Buna mukabil Reichsge-

(22) Bk. yukarıda § 17, not 18. BGB § 450 f. II.

(23) Bk. yukarıda § 17, not 18.

(1) ZSR, N. F. 46 (1927), sh. 314-315.

(2) Sh. 252-255.

(3) Sh. 253.

richt⁴ ve bazı Alman müellifleri⁵, inhisarî satış hakkı sahibinin fabrikatörden aralarındaki mukaveleyi ileri sürerek hesap ve tazminat isteyebileceği ve vekâletsiz iş görme hükümlerini dermeyeran etmesine mahal bulunmadığı kanaatindedirler⁶.

Moser⁷, borç mevzuu üzerinde aynı hak sahibi olan borçlunun, alacaklısının hakkını istismar etmesine diğer bir misal olarak, hasılat icarı mukavelesiyle müstecire bahşedilen şeyden istifade hakkının malik tarafından kullanılmasını, göstermektedir. Federal Mahkeme'nin böyle bir meselede verdiği bir kararın haklı tenkidlere maruz kaldığını evvelki paragraflardan birinde kaydetmiştik⁸. Filhakika, hasılat icarına verilmiş olan bir çayıra, Komün tarafından el konulması ve eskisinden daha yüksek bir icar bedeli ödenmeğe başlanması halinde, Federal Mahkeme, eski müstecirin kendi ödemekte olduğu bedelle yeni bedel arasındaki farkı BK. md. 414 e müsteniden temellük edebileceği içtihadında bulunmuştur⁹; halbuki Komün'ün çayıra el koymasıyla eski icar mukavelesi ortadan kalkmış olduğu cihetle bunda bir tesiri bulunmayan malikin, eski müstecire ait bir işi gördüğünden bahsedilememesi gerekirdi. Malikin müstecire ait hakkı istismar etmesi belki şu şartlar altında düşünülebilir : mukavelede müstecire şeyi kısmen tekrar kiraya vermek salâhiyeti tanınmıştır; buna rağmen malik, müstecirin rızasını almaksızın mecurun müştemilâtından bir kısmını yeniden başka bir kimseye kiralamıştır.

Elias Wolf'un zikrettiği¹⁰ bir misal de şöyledir : Bir antikacı bir şeyi B ye satmış, fakat teslimden önce daha fazla para veren bir meraklı (C) bularak aynı şeyi ikinci defa ona satmış ve teslim etmiştir. Bu takdirde, Wolf'a nazaran, B kendi alacak hakkını ihlâl eden antikacıdan ikinci satış dolayısıyla elde ettiği kân, BK. md. 414 e müsteniden, isteyebilmelidir. Daha evvel de bir vesile ile beyan ettiğimiz üzere¹¹, teslimden önce bizzat

(4) RGE, 92, 203.

(5) RGR Komm., § 687, Nr. 3; Enneccerus - Lehmann, sh. 684.

(7) Oberlandesgericht Hamm ve Staudinger - Nipperdey (§ 687, Nr. 6) hadisede BGB § 687 f. II nin şartlarının tahakkuk ettiği fikrindedirler. Oberlandesgericht Celle ise, benzer bir meseledé fabrikatörün mülkiyeti kändisine ait olan malları sattığı mülâhâzasıyla, başkasına ait bir iş görmenin mevcudiyetini reddetmiştir (OLG, 18, sh. 30).

(7) Sh. 253.

(8) Bk. yukarıda § 17, not 102-103 ve onlara ait metin.

(9) RO 47 II 198 yahut JdT, 1921, sh. 506, "Kistler und Konsorten c. Allgemeine Genossame Reichenburg".

(10) ZSR, N. F. 46 (1927), sh. 314-315.

(11) Bk. yukarıda § 17, not 62.

B, şeyi temlike salâhiyetli olmadığı için, antikacının ona ait bir hakkı istismar ettiği ve binaenaleyh onun işini gördüğü söylenemez; B sadece alacak hakkının ihlâli dolayısıyla tazminat talebine salâhiyetlidir, yoksa antikacının kârını temellük edemez¹². Wolf, işin başkasına aidiyetinin kustası olarak başkasının hakkını kullanmayı değil sadece bu hakka müdahaleyi esas ittihaz ettiğinden aksi neticeye varmıştır.

Borçludan gayri bir şahsın da alacaklının hakkını istismar etmesi mümkündür. Yukanda, müelliflerin ekseriyetinin, başkasına ait bir alacağın tediyesini kabul eden kimseye karşı, asıl alacaklının vekâletsiz iş görme hükümlerini dermeyeran edebileceği fikrinde olduğunu kaydetmiş-tik¹³. Buna mukabil, Moser¹⁴, sadece, üçüncü şahsa yapılan tediye-nin alacağı sukut ettirmesi halinde, bu şahsın vekâletsiz iş gören olarak tavsi-fine cevaz vermektedir; böyle bir tediye ile alacağın sukutu, bilhassa BK. md. 165 ve TK. md. 568 cümle 1, 570 f. I de derpiş edilen ihtimallerde bahis mevzuu olur. Moser'in bu tahdidinin isabetli olmadığını evvelce ifade eylemiş-tik¹⁵; filhakika kendisine yapılan tediye-den faydalanan üçün-cü şahıs, asıl alacaklının hakkı sukut etmese dahi, mezkûr hakkı istismar etmiş sayılmalıdır.

Gene Moser'in fikrinde¹⁶, akdî veya kanunî bir rekabet memnuiyetine riayetsizlik ederek iş gören şahsa karşı, lehine memnuiyet mevcut olan kimse, işden hasıl olan kâr BK. md. 414 mucibince temellük talebinde bulunabilir. Gerçi, burada borçlu sadece bir içtinap mükellefiyeti altındadır; fakat, bu mükellefiyet alacaklıya muayyen işleri kendisine hasretmek hakkını, yani piyasanın bir kısmı üzerinde bir nevi hâkimiyet bahşeder; rekabet memnuiyetine riayetsizlik etmekle borçlu, alacaklının bu inhisar hakkını istismar etmiş olur.

Bazı kanunî hükümlerle, lehine rekabet memnuiyeti konulmuş olan şahsa, bu mezuniyete rağmen yapılan işden husule gelen kâr temellük salâhiyeti, sarahaten bahşolunmaktadır. Ezcümle BK. md. 455 e tevfikân, bir müessesenin bütün işlerini idare eden yahut müessese sahibinin hizme-

(12) Moser, sh. 153-154; von Tuhr, sh. 529 not 11. İkinci satış dolayısıyla alınan semenin, satılan şey yerine kaim olduğu iddia edilerek, başka bir deyimle aynı ikame prensibi (Surrogationsprinzip) ileri sürülerek, istenip istenemeye-ceği hususunda tafsilât için bk. Moser, sh. 64-72.

(13) Bk. yukarıda § 17, not 109.

(14) Sh. 253-254; aynı müellif, Gewinnherausgabe im Wettbewerbsrecht, sh. 10 ve not 15.

(15) Bk. yukarıda § 17, VI nın son kısmı.

(16) Sh. 255 ve 276.

tinde bulunan ticarî mümessiller veya ticarî vekiller müessesese sahibinin izni olmaksızın gerek kendi namlarına gerek üçüncü şahıs namına müessesenin yaptığı neviden bir iş yaparlarsa, müessesese sahibi zarar ve ziyan istemek ve bu suretle yapılan işleri kendi hesabına almak hakkını haizdir. Bundan başka TK. md. 173 f. I mucibince, bir ortak âzasından bulunduğu kolektif şirketin yaptığı ticarî işler nev'inden bir işi diğer ortakların muvafakati olmaksızın kendi veya başkası hesabına yaparsa, “şirket kendisinden tazminat istemekte veya tazminat yerine o ortağın kendi namına yaptığı işleri şirket namına yapılmış saymakta, üçüncü şahısların hesabına yapmış olduğu işlerden doğan menfaatlerin şirkete bırakılmasını istemekte serbesttir”¹⁷.

Adi şirkette şeriklerin rekabet memnuiyeti BK. md. 526 da tanzim olunmuştur; mezkûr hükme göre, “şeriklerden hiçbiri kendi hesabına şirketin gayesine muhalif veya muzır işleri yapamaz.” Bu memnuiyete riayetsizliğin müeyyidesi ne olacaktır ? Moser¹⁸, diğer şeriklerin, BK. md. 414 e binaen kân temellük talebinde bulunabileceği kanaatindedir. Siegwart¹⁹ ise, BK. md. 526 ya riayetsizliğin müeyyidesinin bir tazminat talebi olduğunu kabul etmekle beraber, bu tazminatın, şerikin elde ettiği kârın devri tarzında olabileceğini ifade etmektedir²⁰; müellif, bu hususta, hâkime tazminatın suretini takdir serbestisi tanıyan BK. md. 43 f. I i mesned olarak göstermiştir Reichsgericht de şöyle bir hadisede mevzuumuzla alâkalı bir karar vermiştir²¹: Adi bir şirket askerî makamlara erzak satmak için onlarla müzakere halinde iken şeriklerden biri, istenilen erzakı kendi hesabına tedarik edip mezkûr makamlara satmıştı; diğer şerikler, BGB § 687 f. II yi ileri sürerek onun elde ettiği kârı şirkete devretmesini istiyorlardı. İstinaf Mahkemesine (Kammergericht Berlin) nazaran, bu hükmün tatbiki için gerekli, işin objektif bakımdan başkasına aidiyeti şartı, hâdisede tahakkuk etmemiştir; çünkü şerik, mülkiyeti kendisine ait olan malları satmıştı; bu malların satışı için şirketin bir inhisar hakkı olduğu da şöyle-

(17) Bu hüküm Alman TK. § 113 den iktibas olunmuştur. İsviçre’de şirketlere müteallik ahkâmın son tadilinde böyle bir hükmün konulması için yapılan teklif kanuniyet kesbetmemiştir; bununla beraber, Siegwart’a nazaran (Art. 561, Nr. 16), kolektif şirketlerde rekabet memnuiyetine aykırı hareket eden şerikin vereceği tazminatın, yapılan muamelenin şirkete devri suretinde olmasına hâkim karar verebilir.

(18) Sh. 276.

(19) Art. 536, Nr. 4.

(20) Aksi fikirde Johann Darms: Das Konkurrenzverbot in den Gesellschaftsverhältnissen, Diss. Freiburg 1923, sh. 94.

(21) RGE, 89, sh. 99 ve müt., hususiyle sh. 101 ve 103.

nemezdi. Reichsgericht, BGB § 687 II nin şartlarının dâvada mevcut olup olmadığını araştırmaktan sarfınazar ve başka hükümlere müracaat suretiyle meseleyi halletmiştir. İstinaf Mahkemesi'nin mülâhazalarının isabeti münakaşa ve şirketin hiç olmazsa şerik muvacehesinde bir inhisar hakkına sahip olduğu müdafaa edilebilir. Gene aynı meselede, Kammergericht ve Reichsgericht, TK. muzun 173 üncü maddesine tekabül eden Alman TK. § 113 ün kıyasen âdi şirketler hakkında tatbikine imkân olmadığı içtihadında bulunmuştur.

II — Aynı hakların istismarı.

Başkasına ait aynı hakların, mezuniyeti bulunmayan bir şahıs tarafından istismar edilmesinin ve bu şahsın kendi menfaatine vekâletsiz iş görme hükümlerine tabi tutulmasının mümkün olduğu İsviçre ve Alman hukukunda umumiyetle kabul edilmektedir²². Başkasına ait aynı hakkın istismarı, bilhassa o aynı hakkın taallük ettiği şey üzerinde temlik, istifade, kullanma gibi tasarruflar şeklinde olur.

Kendisine satmak için verilmiş olan hisse senetlerini kendi satın alarak daha yüksek fiatla bir üçüncü şahsa satan komisyoncuya karşı, Federal Mahkeme, İBK. md. 423 (BK. md. 414) hükmünün ileri sürülebileceğini beyan eylemiştir²³; zira, komisyoncu, kendi hesabına mukaveleye girmesi (Selbsteintritt) Mahkeme'ce muteber sayılmadığından senetlerin maliki olamamış ve onları kendi hesabına satmakla senet sahibine ait mülkiyet hakkını istismar etmiştir. Federal Mahkeme'nin önüne gelen diğer bir meselede²⁴, bir banka kendisine rehin olarak tevdi edilmiş bulunan hisse senetlerini satmış ve sonradan yerlerine aynı mahiyette başka senetler koymuş idi; Mahkeme, bankanın, satıştan elde ettiği kân, gene İBK. md. 423 (BK. md. 414) mucibince, senet sahibine devretmesine hükmetmiştir. Federal Mahkeme'nin tetkik ettiği hâdiselerden biri de şudur²⁵: Bir bira deposunun idaresine memur edilen şahıs, hizmetinde bulunduğu şirketin bu iş için kendisine tahsis ettiği yeri ve arabayı kendi menfaatine başka işlerde kullanarak kâr temin eylemişti; Mahkeme, bu kârın şirkete devrine,

(22) Moser, sh. 254; Elias Wolf, ZSR, N. F. 46 (1927), sh. 314; Enneccerus-Lehmann, sh. 684; von Tuhr. sh. 384 not 132; RGR Komm. § 687, Nr. 3; Staudinger-Nipperdey, § 687, Nr. 6.

(23) RO 26 II 32 (hususiyile sh. 39-40) "Probst Cie. c. Simeon-Parpan".

(24) RO 51 II 575 (hususiyile sh. 583) "Union de Banques Suisses c. Mariotti".

(25) RO 34 II 694 (hususiyile sh. 699-700), "Aktienbrauerei Wald c. Eisele".

tarafklar arasındaki hizmet akdini hüsnüniyet kaidelerine göre tamamlayıcı surette tefsir ederek karar vermişti; bu kararında Mahkeme'nin hâdiseye kendi menfaatine vekâletsiz iş görme hükümlerini doğrudan doğruya değil fakat kıyasen tatbik ettiği müşahede olunur; Mahkeme'ye nazaran hadisenin hal suretini şu umumî esasdan çıkarmak mümkündür: "başkasının mamelekinden malikin rızası olmaksızın veya rızası hilâfına kâr elde eden kimse, bunu, hukukan kendi menfaatine değil, fakat yalnız, hesap vermekle mükellef olduğu malik için yapmağa mezundur".

Başkasının aynı hakkını istismar eden şahıs, iade ile mükellef hüsnüniyetli zilyed vaziyetinde olduğu takdirde, MK. md. 906 f. I, BK. md. 414 ün tatbikini kısmen bertaraf eder. Bu hususta daha yukanda teferruatlı izahat verdiğimizden o izahatımıza atıfta bulunmakla iktifa edeceğiz²⁶.

III — Şahsiyet haklarının istismarı.

Şahsiyet hakları sıkı surette şahsa bağlı bulduklarından, kaideten, temlik olunmaları kabil değildir. Diğer taraftan, mameleke dahil olmayan bu hakların kullanılması neticesinde iktisadî bir fayda temin edilebilmesi ilk bakışta mantığa aykırı görünür. Bununla beraber, şahsiyet haklarının da bir üçüncü şahıs tarafından istismarı, şu mülâhazalarla, mümkün sayılmaktadır²⁷. Bir kere, istismar, temlik icap ettirmedigi ve caiz olmayan bir kullanma vasfını taşıdığı için, bahis mevzuu hakların şahsa bağlılığı onların istismar edilmesine engel teşkil etmez; saniyen, şahsiyet haklarının kendileri mameleke dahil olmamakla beraber onların kullanılmasından mameleki bir fayda elde etmek kabildir. Nitekim Polonya MK. Projesi md. 47 de²⁸, başkasının şahsiyet hakkının ihlâli suretile kâr temin eden kim-seden, hak sahibinin, masraflar çıktıktan sonra, kârın tecavüze izafe edilebilen kısmını istiyebileceği sarahaten kabul edilmiştir.

Şahsiyet haklarının istismarına misal olarak, başkasının ismini kullanmak veya şöhretinden istifade etmek ve muhtelif haksız rekabet fiilleri gösterilmektedir.

Görülen işde başkasının ismini kullanmanın, yalnız başına işi o kimşeye ait kılamayacağını söyleyen hukukçular²⁹ mevcuttur; bunlara nazaran

(26) Bk. yukarıda § 41, IV.

(27) Moser, sh. 252-253; Elias Wolf, ZSR, N. F. 46 (1927), sh. 321-322; A. Egger: Kommentar zum schweiz. ZGB, I. Bd: Einleitung. Das Personenrecht, 2. Aufl. Zürich 1930, Art. 28, Nr. 69; Schulz, sh. 189. Aşağıda not 30 daki atıflara da bk.

(28) Bk. Moser, sh. 28 ve o sahifede not 86.

meselâ, malik olduğu bir şeyi başkasının ismi altında satan şahıs, objektif bakımdan kendisine ait bir işi görmüş olur; çünkü şeyin mülkiyeti kendisindedir. Diğer müellifler ise³⁰, başkasının işini görme vasfının bizatihi şeyin satışında değil, bu satışta başkasının ismini kullanarak kâr elde etmede bulunduğunu ileri sürmektedirler³¹; başkasının ismini kullanma ile başkası namına kendi hesabına iş görme³² arasındaki yakınlığa da işaret eden bu müellifler, mezkûr hallerden ikincisinde vekâletsiz iş görmenin mevcudiyeti tanınca birincisinin de aynı şekilde tavsifi gerektiği fikrindedirler.

Moser³³, gayra ait unvanı ticaretin kullanılmasını da başkasının şahsiyet haklarını istismarın misalleri arasında zikretmektedir. İsviçre hukukunun aksine, Alman hukukunda hâkim olan telâkki mucibince³⁴, unvanı ticarete müteallik hak gayri maddi bir mal üzerindeki mutlak bir mamelek hakkı vasfını haizdir; biz de bu sonuncu telâkkiye iltihak edilmesi gerektiği fikrindeyiz; bittabi unvanı ticaret üzerindeki hakkın mameleki mahiyette addolunması onun istismarına engel teşkil etmez; bilâkis istismar imkânını daha kolaylıkla izah etmeğe yol açar³⁵.

Bazı haksız rekabet fiillerinin, rakibin şahsiyet haklarının istismarı suretinde tavsifi de son zamanlarda terkedilmeğe yüz tutan bir görüştür. Bu husustan aşağıda ayrıca bahsolunacaktır³⁶.

FSEK. md. 70 f. III de, aynı maddenin birinci fıkrasına da atıfta bulunulduğundan, eser sahibinin manevî mahiyetteki haklarının ihlâli halinde de ona kârı temellük mutalebesi tanınmıştır; bu manevî haklar daha ziyade şahsiyet haklarına yaklaşırlar³⁷; ancak manevî hakların ihlâli suretile kâr temini ihtimali bize zayıf görünmektedir.

(29) Leonhard, Bd. II, sh. 430-431; Chrestin, sh. 48; RGR Komm. § 687, Nr. 3.

(30) Moser, sh. 255-256; Elias Wolf, ZSR, N. F. 46 (1927), sh. 322; Schulz, sh. 209; Mueser, sh. 16; Siber, sh. 193 ve 372 not 10; Enneccerus-Lehmann, sh. 685; P. Hinke: Wirkung des Handelns unter falschem Namen, Diss, Halle-Wittenberg, 1928, sh. 113.

(31) Meselâ, bir eser sürümünü arttırmak için meşhur bir edibin ismi altında piyasaya arzedilmiştir.

(32) Bk. yukarıda § 18.

(33) Sh. 256.

(34) Reimer, sh. 438-439, 461.

(35) Lihtenştayn MK. md. 1043 f. II, başkasının unvanı ticaretinin istismarı halinde, unvan sahibine, sarahaten, kârı temellük mutalebesi bahsetmektedir.

(36) Bk. aşağıda § 45, II.

(37) Hırş, Fikrî ve Sınai Haklar, sh. 70 - 75 ve Arslanlı, sh. 80 ile karşılaştırınız.

Fikir mahsulleri üzerindeki mutlak haklar, dar mânada fikrî haklar ve sınaî haklar diye iki kategoriye ayrılmaktadır. Bu ayırma, mezkûr hakların mahiyetleri arasındaki farktan ziyade, onların tarihi tekâmül seyri ile izah olunabilir¹. Bundan başka, sınaî fikir mahsulleriyle sınaî mahiyette olmayanların himayesinde aranan şartlara, bu himayenin muhtevasına ve şümulüne ait bazı farklar, onlara müteallik hakların ayrı ayrı tedvinini zarurî kılmıştır². Eskiden telif hakları denilen kategoriye son zamanlarda fikrî haklar isminin verilmesine mucip sebep olarak, bir taraftan telif hakları tabirinin kifayetsizliği, diğer taraftan bu haklarla sınaî haklar arasında bir mahiyet farkı bulunmaması gösterilmektedir³. Bununla beraber, sınaî haklar da geniş mânada fikrî haklara dahil olduğundan, telif hakları mukabilinde fikrî haklar tabirinin kullanılmasında isabet olup olmadığı münakaşa edilebilir. Ancak FSEK. nun kabulüyle, fikrî haklar tabiri pozitif hukuka intikal etmiştir. “İlim ve san’at eserlerine müteallik haklar” ibaresinin mezkûr hakları sınaî haklardan daha iyi bir şekilde tefriğe imkân bahşedeceği de söylenebilir; şu kadar ki bu ibare, uzunluğu yüzünden, kullanışlı değildir. Bu paragrafta, pozitif hukuktaki ayırmaya ittibaen, evvelâ, FSEK. ile tanzim olunmuş bulunan dar mânada fikrî hakların, sonra da, sınaî hakların istismarını tetkik edeceğiz.

I — Dar mânada fikrî hakların istismarı.

İlim, edebiyat, musiki, sinema veya güzel san’at eserlerine müteallik fikrî haklar 5846 sayılı FSEK ile himaye edilmiştir. Bu çeşit hakların istismar edilen kimse, daha yukarıda belirttiğimiz veçhile⁴, hakkına tecavüz eden kusurlu ise, ondan, elde ettiği kâr kendisine devretmesini isteyebilir. Hak sahibinin bu mutalebesi FSEK. md. 70 f. III de derpiş olunmuştur. Mezkûr maddenin matlabındaki “tazminat dâvası” tabiri, Kanunun tanziminde Reichsgericht’in ve Federal Mahkeme’nin bazı kararlarında hâkim olan bir telâkkiden⁵ ilham alındığını göstermektedir. Bahsi geçen telâkkiye nazaran, fikrî hakları tecavüze uğrayan kimseye verilecek tazminatın miktarı muhtelif suretlerde hesaplanabilir; bunlar-

(1) Hırş, Fikrî ve Sınaî Haklar, sh. 65; Arslanlı, sh. 1.

(2) Arslanlı, sh. 1 - 2.

(3) Hırş, Fikrî ve Sınaî Haklar, no. 9 - 10.

(4) Bk. yukarıda § 28 not 48 e ait metin ve § 41 not 57 ye ait metin.

(5) Bu kararlar ve onların tenkidi için bk. Moser, sh. 29 - 42.

dan biri de, mütecavizin elde ettiği kâra tekabül eden meblâğı tazminat olarak vermeğe mecbur kılınmasıdır. Bu telâkkinin taraftarları, hakiki mânasında tazminatın, hakkı tecavüze uğrayanın zararı ile mahdut olduğunu ve zararın miktarının isbatı lüzumunu hatırdan çıkarmaktadırlar; halbuki mütecavizin elde ettiği kâr mağdurun uğradığı zarardan fazla olabileceği gibi, mağdur bu kâr nisbetinde zarara uğradığını isbat edemese dahi kârın devri talebinde bulunabilir. Binaenaleyh, kârın devrini bir nevi zararın tazmini mahiyetinde saymak doğru değildir. FSEK. md. 70 f. III de bahsi geçen ihtimal, kendi menfaatine vekâletsiz iş görenin tatbik hallerinden birini teşkil eder. Bu itibarla, kârın devri talebinin, hukukî mahiyeti gözönünde tutularak ayrı bir maddede hükme bağlanması daha isabetli olurdu.

Gene yukarıda temas ettiğimiz veçhile⁶, FSEK. md. 70 f. III, hüsnüniyetle başkasının fikrî haklarının istismar edilmesi halini derpiş etmemektedir. Kanunun bu hususta da, Alman hukukundan mülhem bulunduğu müşahede olunuyor. Filhakika BGB § 687 f. I e tevfikân, kendisinin zannıyla başkasının işine müdahale eden kimse vekâletsiz iş gören sıfatını taşıyamaz ve Alman müelliflerinin ekseriyeti, hüsnüniyetle başkasının fikrî haklarını istismar edene karşı haksız iktisap dâvası açılabilmesinin dahi aleyhindedir. Halbuki, BK. muzun 414 üncü maddesi, iş görenin hüsnüniyetli veya suiniyetli olması bakımından bir tefrik yapmaksızın, onu kâr devir ile mükellef tutmaktadır; diğer taraftan, Alman müelliflerinin, hüsnüniyetle başkasının fikrî haklarını istismar edene karşı haksız iktisap dâvası açılmasının mahzurları hakkındaki iddialarının bertaraf edilmesi kabil olduğuna daha yukarıda işaret etmişik⁷. Evvelce de arzettiğimiz üzere, başkasının fikrî haklarını istismar eden hüsnüniyetli olsa bile, BK. md. 414 ün tamamlayıcı olarak tatbiki suretiyle, kâr iadeye mecbur edilebilir; bittabi o, sadece, kârdan elinde kalan miktarı vermekle mükelleftir. Zaten Troller'in de belirttiği gibi⁸, meselenin pratik ehemmiyeti büyük değildir; zira başkasının fikrî haklarını istismar edenin hüsnüniyetli olması pek nadirdir; binaenaleyh, BK. md. 414 e müracaat yalnız hüsnüniyet karanesinin çürütülemediği ender hallerde bahis mevzuu olur. Diğer taraftan, eğer iki kişi birbirlerinden tamamen habersiz olarak benzer eserler vücuda getirmişlerse her biri kendine ait bir iş görmüştür; binaenaleyh, birbirlerine karşı BK. md. 414 ü ileri sürmezler.

(6) Bk. yukarıda § 28, III, 2, B.

(7) Bk. yukarıda § 28, not 44 - 46 ya ait metin.

(8) Sh. 229 not 67 ye ait metin.

İsviçre'de 7 Aralık 1922 tarihli Telif Hakkı Kanununda kân devir mükellefiyetini vaz'eden sarîh bir hüküm yoktur; fakat bu Kanun'un 44 üncü maddesi, telif hakkının ihlâliyle alâkalı medenî hukuk müeyyidele-
rinin tayini hususunda İBK. nun umumî hükümlerine atıfta bulunmak-
tadır. Doktrinde, mezkûr atfın İBK. md. 423 e de raci olduğu ve telif
hakkından hukuka aykırı surette faydalanılan kimsenin, bu hüküm mu-
cibince kân temellük talebinde bulunabileceği kabul edilmiştir⁹. Feder-
ral Mahkeme¹⁰, bir mimarın, yaptığı plânlann müsaadesi olmadan ikin-
ci defa kullanılması halinde, tazminat olarak münasip bir ücret isteyebi-
leceğine hükmetmişti; bazı müelliflere göre¹¹, burada İBK. md. 423 ün
tatbikine müteallik bir mesele mevcuttur; zira, hâdisede mimarın bir za-
ran bahis mevzuu değildir.

Alman hukukçuları da telif hakkı suiniyetle istismar edilenin BGB
§ 687 f. II ye binaen kân temellük talebinde bulunabileceği fikrindedir-
ler¹². Fransız hukukunda ise, telif hakkı ihlâl edilen kimsenin istediği
tazminatın hesaplanmasında, mütecavizin kânının esas tutulması kanaa-
tini müdafaa edenler vardır¹³. 1936 tarihli Avusturya Telif Hakkı Ka-
nunu § 87 f. IV, bizim FSEK. muzun 70 inci maddesinin üçüncü fıkrası-
na benzeyen bir hükmü muhtevirdir.

II — Sınai hakların istismarı.

Memleketimizde sınai hakların mühim bir kısmı, bugünkü ihtiyaç-
lara göre eskimiş olan, 10 mart 1226 tarihli İhtira Beratı Kanunu Mu-
vakkatî'ne tabidir. Bu Kanun'un 50 nci maddesi, muhteriatı taklid eden-
lere karşı, berat sahibinin "zarar ve ziyan dâvasını" mahfuz tutmaktadır.
Fikrimizce ihtirai istismar edilen şahsın, mütecavize karşı zarar ve ziyan
dâvası yerine, BK. md. 414 e tevfikân kân temellük dâvası açmasına
hiçbir engel yoktur. Filhakika, başkasına ait bir ihtiram izinsiz olarak
kullanılmasında, kendi menfaatine vekâletsiz iş görmenin bütün şartları
mevcuttur. Gerçi Kanunu Muvakkat'ın 50 nci maddesinde, sadece za-
rar ve ziyan dâvası mahfuz tutulmaktadır; fakat, bu maddenin kaleme

(9) Elias Wolf, FJS, no. 1079, I, B, 3; Moser; sh. 256 - 257; Troller; sh. 227. E. Röthlisberger - B. Mentha: Schweizerisches Urheber - und Verlagsrecht an Werken der Literatur und Kunst, 2. Aufl. Zürich 1932, sh. 28 e de bk.

(10) RO 56 II 413 (hususiyile 417), "Berli c. Schneider's Erben".

(11) Elias Wolf, ZSR, N. F. 51 (1932), sh. 70.

(12) Enneccerus - Lehmann, sh. 684; Staudinger - Nipperdey, § 687, Nr. 10; RGR Komm. § 687, Nr. 3.

(13) Bu hususta bk. Moser, sh. 23 not 64 teki atıflar.

alındığı zamanda kân temellük dâvasının derpiş edilmesine imkân yoktu. Bundan başka, mezkûr hükmün *lex specialis* vasfını taşıdığı için *lex generalis* mahiyetindeki BK. md. 414 ün tatbikini bertaraf ettiği de söylenemez; zira Kanunu Muvakkat'ın 50 nci maddesi, ihtira hakkı ihlâl edilenin hususî hukuk bakımından himayesini teferruatlı ve daha elverişli bir surette tanzim etmiş değildir. Kaldı ki, İsviçre'de de İhtira Beratlarına müteallik 21 haziran 1907 tarihli Kanun'un kân temellük dâvasını sarahaten mahfuz tutmamasına rağmen, Federal Mahkeme¹⁴ ve müellifler¹⁵, ihtirai istismar edilenin İBK. md. 423 ten istifade edebileceğini beyan eylemektedirler. Gerçi Federal Mahkeme ve adı geçen müelliflerden bir kısmı¹⁶, İBK. md. 423 e müracaat etmekle beraber¹⁷, mütecevizin kârını sadece hakkı ihlâl edilenin zararını hesaplamak için esas ittihaz ederler; fakat bu yolun hatalı olduğuna müteaddit defalar işaret etmiş bulunuyoruz.

Türk hukukunda Hırş de¹⁸ kân temellük talebini zararın tazmini kisvesi altında mütalâa edenlerdendir. Sinaî Haklara ait yeni Kanun Projesinde, FSEK. da olduğu gibi, kân temellük talebi, sarahaten bir nevi zararın tazmini talebi suretinde tavsif edilmemiş ise de mütecevizin kusurlu olması haline hasredilmiştir. Proje'nin 79 uncu maddesinin ikinci cümlesi bu hususu şöyle ifade eder¹⁹: "Hukuku bozulan kimseler tecavüzün bilerek yapıldığı anlaşıldığı zaman yaptığı zararın ve tecavüzün sonunda tecavüz edenler tarafından temin edilip, tahakkuku mümkün olan kârın kendilerine ödenmesini isteyebilir". Bu hüküm kanuniyet kesbetmezden önce, kân temellük talebinin hakiki mahiyetini belirten de-

(14) RO 34 II 700, "Aktienbrauerei Wald c. Eisele"; RO 35 II 659, "J. Mégevet Cie. c. Société des moteurs Daimler"; RO 39 II 707, "A. G. Merkur c. Schwob"; RO 45 II 208, "Mertz c. Mellwig"; 49 II 518/519, "Basler Glühlampenfabrik A. G. c. AEG".

(15) Troller, sh. 227; Elias Wolf, FJS, no. 1079, I, B; 1; Moser; sh. 256 - 257; Suter; sh. 127 - 128; Oser - Schönenberger, Art. 423, Nr. 2; Becker, Art. 423, Nr. 1; Friedrich, sh. 27; Weidlich - Blum: Das schweizerische Patentrecht, Bern 1934/35, sh. 442 ve müt.

(16) Ezcümle Weidlich - Blum.

(17) Federal Mahkeme bazı kararlarında, vekâletsiz iş görmeden hiç bahsetmeden, mütecevizin elde ettiği kân tazminat olarak hak sahibine vermesi gerektiğini beyan eylemiştir; yani bu kararlarda, kâr, tazminat miktarının hesaplanması için nazara alınır: RO 29 II 179, "Schneider et Cie. c. Schneider"; RO 74 II 127 yahut JdT, 1949, sh. 116 - 117 "Les fils de J. Bréguet c. SA Taubert Frères".

(18) Fikrî ve sinaî haklar, sh. 118.

(19) Bk. Hırş, Fikrî Sây, cilt 1, sh. 175 ve 253.

ğişikliklerin yapılması, talebin kusur haline inhisar ettirilmemesi ve hükümün daha düzgün bir türkçe ile kaleme alınması temenniye şayandır.

Almanya'da 5 mayıs 1936 tarihli İhtira Beratı Kanunu kabul edilinceye kadar Reichsgericht²⁰, ihtirai istismar olunan kimsenin tazminat talebinin hesabında BGB § 687 f. II ye kıyasen, mütecavizin elde ettiği kâr esas tutuyordu. 1936 tarihli Kanun'un 47 nci paragrafının ikinci fıkrası, hakkı tecavüze uğrayanın mutalebelerini sarahaten tanzim ettiğinden artık BGB § 687 f. II ye müracaat olunmasına hacet kalmamıştır²¹. § 47 f. II mucibince, tazminat talebinin asgarî haddi olarak, mütecavizin elde ettiği kâr miktarı kabul edilmiştir. Böylece, Reichsgericht'in tecavüze uğrayanın zararı ile mütecavizin kârını birbiriyle karıştıran içtihadları kanuniyet kazanmış olmaktadır.

Memleketimizde sınaî resim ve modeller, halen hususî bir kanunun himayesine mazhar değildir²². Bunlar üzerinde inhisarî bir hak mevcut olmadığına göre, başkasının sınaî resim ve modellerinden faydalanan kimseye bir sübjektif hakkın istismarını şart kılan kendi menfaatine ve kâletsiz iş görme hükümlerinin esas itibarıyla tatbik edilememesi gerekir. Ancak, sınaî resim ve modellerin haksız rekabete müteallik hükümler vasıtasıyla korunması düşünülebilir²³. Hatta biraz zoraki bir tefsirle, bu fikrî mahsuller üzerinde iktisadî mahiyette bir şahsiyet hakkının, iktisadî şahsiyetin gerçekleştirilmesine yarayan haklardan birinin varlığını kabul etmek mümkündür. Nitekim bugün hususî kanunlarla tanzim edilen diğer fikrî haklar da önceleri şahsiyet hakkı olarak himaye görmüşlerdi. Tabiatıyla, sınaî resim ve modeller üzerinde bir şahsiyet hakkının kabulü ancak geçici bir hal çaresidir. Bu mahiyette diğer bir çare de Federal Mahkeme tarafından bulunmuştu. Federal Mahkeme'nin meşgul olduğu bir meselede²⁴, bir kimse imal ettirmek istediği bir makineye ait modelleri, bir fabrikatöre, o makineyi başka kimse için yapmamak şar-

(20) RGE, 43, sh. 59; 130, sh. 108.

(21) Enneccerus - Lehmann, sh. 684; Staudinger - Nipperdey, § 687, Nr. 11.

(22) Arslanlı'ya göre (sh. 20), FSEK, md. 2 bent 3 de zikri geçen "ilmî ve teknik mahiyetteki proje, kroki ve resimler" tabirinin teşmili olarak tefsiri ve öğretime muhassas olmayan sınaî model ve resimlerin de bu tabire ithali kabili müdafaadır. Kanaatimizce böyle bir tefsir, kanun vazununun maksadını aşar. Kaldı ki, Sınaî haklara ait Kanun Projesinde sınaî resim ve modeller sarahaten himaye olunmaktadır. (md. 76 ve 79). Bk. Hırş, Fikrî Sây, cilt 1, sh. 202, 252 - 253.

(23) Aynı fikirde Hırş, Fikrî Sây, cilt II, sh. 46.

(24) RO 45 II 202 (hususiyile sh. 207 - 209), "Mertz c. Mellwig".

ıyla, vermişti; halbuki fabrikatör bu modellerden faydalanarak kendisi için de imalâta bulunmuş ve kâr temin eylemişti. Modellerin sahibi onları tescil ettirmemiş olduğu için Sinaî Modellere Ait Kanun'un himayesinden istifade edemiyordu. Bununla beraber, Federal Mahkeme, modelleri veren şahsın onlar üzerindeki mülkiyet hakkının fabrikatör tarafından istismar edildiği mucip sebebiyle hâdiseye İBK. md. 423 (BK. md. 414) ü tatbik etti. Sinaî Haklara müteallik Kanun çıkıncaya kadar, nazari temelleri zayıf olmasına rağmen²⁵, aynı hal suretine memleketimizde de başvurulabilir. Fakat bu muvakkat hal çarelerinden en doğrusu, haksız rekabet hükümleri vasıtasıyla sinai modeller üzerinde bir sübjektif hak tanınması ve bu hakkın istismarı dolayısıyla BK. md. 414 ün tatbik olunmasıdır.

§ 45 — ALÂMETİ FARİKAYA MÜTEALLİK HAKKIN İSTİSMARI
VE HAKSIZ REKABET

Alâmeti farıkaya müteallik hak, yakın zamanlara kadar Reichsgericht¹, İsviçre Federal Mahkemesi² ve bazı müellifler³ tarafından, şahsiyet haklarından biri olarak vasıflandırılıyordu. Hukukçulardan bir kısmı da⁴, bu hakkı geniş mânada fikri haklar kategorisine ithal etmekte idiler. Fakat son yıllarda Almanya'da, alâmeti farıkaya müteallik hakkın, muhakkak orijinal bir fikir mahsulü olmasına hacet bulunmayan gayri maddi bir mal üzerindeki mutlak bir mamelek hakkı vasfını taşıdığı telâkkisi hâkim olmağa başlamıştır⁵. Memleketimizde ve İsviçre'de alâmeti farika mevzuu ile yakından meşgul olan müelliflerin çoğu da bu sonuncu telâkkiye iltihak etmişlerdir⁶. Diğer taraftan, alâmeti farika hukukunun haksız rekabet hukukuna sıkı surette bağlı olduğu, hatta onun bir cüz'ünü teşkil ettiği fikri umumiyetle kabul olunmaktadır⁷, TK. muzun haksız rekabete mütedair hükümleri arasında alâmeti fari-

(25) Federal Mahkeme kararının tenkidi için bk. Elias Wolf, ZSR, N. F. 46 (1927), sh. 318.

(1) RGE, 18, sh. 28 ve müt.; 69, sh. 403; 118, sh. 80 - 81.

(2) Bk. Graffenried, sh. 47 not 1 deki kararlar.

(3) Bk. Arseven, sh. 25 - 26 da zikredilen müellifler.

(4) Bk. Arseven, sh. 33 - 34 de zikredilen müellifler.

(5) Reimer, sh. 13 ve onun zikrettiği müellifler.

(6) Türk hukukunda: Arseven, sh. 35 - 41; Hırş, Fikri Sây, cilt I, sh 7 - 8; İsviçre hukukunda: Karl Martin Sandreuter: Rechtliche Natur, Entstehung und Endigung des Markenrechts, Diss. Basel 1932, sh. 34 ve müt.; Matter, sh. 42; David, sh. 52; Graffenried, sh. 47 ve onun bahsettiği diğer hukukçular.

(7) Arseven, sh. 2, 6, 53; Graffenried, sh. 12 - 15; Troller, sh. 6; Reimer; sh. 3; Hırş, Fikri Sây, sh. 8.

kanun himayesine tahsis edilmiş olanlar da vardır (ezcümle TK. md. 57 b. 5). Bu itibarla, alâmeti farika üzerindeki hakkın istismarna şahsiyet haklarının ve geniş mânada fikri hakların istismarı bahislerinde temas etmekten kaçınarak, onu haksız rekabetle aynı paragrafta incelemeyi münasip bulduk.

I — Alâmeti farikaya müteallik hakkın istismarı.

Alâmeti farikaya müteallik hakkın istismarı halinde, kendi menfaatine vekâletsiz iş görme hükümlerinin tatbik edilip edilemeyeceği çok ihtilâflı bir meseledir. Alman mahkemeleri⁸ ve onların içtihadlarına istinad eden bir takım müelliflerle⁹ İsviçre Federal Mahkemesi¹⁰, bu hükümlerin tatbiki aleyhindedirler. Buna mukabil, son zamanlarda, gerek Alman gerek İsviçre doktrininde vekâletsiz iş görme kaidelerine müracaat edilmesi lehinde, taraftarları gittikçe çoğalan, bir cereyan uyanmıştır¹¹.

Aleyhdeki telâkkiyi müdafaa edenlerin delillerini şöylece hulâsa ve tenkid etmek mümkündür:

1. Federal Mahkeme'ye nazaran¹², ihtirarı istismar edilene kârın devri talebinin tanınması, İhtira Beratlarına müteallik Kanun'un gayesinden istihraç olunan sebeplerle meşru gösterilebilir; halbuki Markalar hakkındaki Kanun böyle bir tefsire müsait değildir; zira bu sonuncu Kanun'un 24 üncü maddesinde derpiş edilen medenî hukuk dâvası¹³ haksız fiile müstenid bir dâvadır ve ancak hakikaten sebebiyet verilen zararın taz-

(8) Reichsgericht: RGE, 47, sh. 100; 58, sh. 32 ve müt.; 108, sh. 5 ve müt.; Kammergericht, OLG, 1 (1900), sh. 151 ve müt.

(9) Lobe, sh. 363 - 367; Chrestin, sh. 59; RGR Komm. § 687, Nr. 3; Oertmann, § 687, 3 d; Palandt, § 687, 2 c in fine; İsviçre'de Matter, sh. 238 - 239.

(10) RO 36 II 601/602, "Kaiser c. Union libre des fabricants suisses du chocolat"; RO 73 II 199 yahut JdT, 1948, sh. 75, "Gillette Safety Razor Company c. Belras A.G."

(11) Almanya'da: J. Kohler: Warenzeichenrecht, Mannheim und Leipzig 1910, sh. 190 ve müt.; Mueser, sh. 12; Enneccerus - Lehmann, sh. 684; Staudinger - Nipperdey, § 687, Nr. 13; Reimer, sh. 859 ve bu sonuncunun zikrettiği diğer müellifler. İsviçre'de: Moser, sh. 262 - 267; Troller, sh. 227 - 228; Elias Wolf, FJS, no. 1079, I, B, 4.

(12) RO 36 II 601/602.

(13) 26 eylül 1890 tarihli Fabrika ve ticaret markalarının, menşe işaretlelerinin ve mükâfat beyanlarının himayesine müteallik Federal Kanun'un 24 üncü maddesi, 22 haziran 1939 tarihli Kanunla değiştirilmiş bulunmakla beraber, muaddel madde "voie civile" ve tadil edilmemiş olarak kalan md. 25 "indemnité civile" tabirlerini ihtiva etmektedir.

minini istilzam eder. Federal Mahkeme'nin bu mülâhazasından onun, Markalar hakkındaki Kanun'un 24 üncü maddesiyle, İBK. md. 423 ün bertaraf edildiği düşüncesini taşıdığı çıkarılabilir. Fakat böyle bir muhakeme tarzı doğru sayılamaz. Zira İhtira Beratlarına müteallik Kanun'un 40 ıncı maddesi de sadece sebebiyet verilen zarardan mütevellid medeni mes'uliyeti mahfuz tuttuğu halde, bizzat Federal Mahkeme, ihtirai istismar edilenin, vekâletsiz iş görme hükümlerine müsteniden, kârn devri talebinde bulunabileceğini kabul etmiştir¹⁴; aynı esasın markalar bahsinde tatbikini reddetmekle yüksek Mahkeme kendi kendisiyle tenakuza düşmektedir.

İsviçre'li müellif Matter'in kanaatince¹⁶, İBK. md. 423 (BK. md. 414) müdahalenin kusurlu olmasını şart koşmadığı, halbuki Markalar hakkındaki Kanun'un 25 inci maddesinin ikinci fıkrası tazminatı kusur şartına bağladığı için, bu hükümlerden hususî mahiyette olan ikincisi umumî mahiyette olan birincisinin tatbikine set çeker; ancak müteceviz kusurlu olduğu ve markanın haksız olarak kullanılmasından doğrudan doğruya bir kâr husule geldiği takdirde, bu kâr, İBK. md. 423 kıyasen gözönünde tutulmak suretiyle, hak sahibinin zararını hesaplamakta bir kıstas olarak alınabilir¹⁷. Kârn devrini zararın tazmini kisvesi altında kabul eden bu görüşün tenkidi hususunda daha önce fikri hakların istismarı bahsinde söylediklerimize atıfla iktifa ediyoruz¹⁸. Diğer taraftan, Troller'in belirttiği gibi¹⁹, İhtira Beratlarına müteallik Kanun'un 40 ıncı maddesi de kusur esasına müsteniddir; fakat mezkûr hüküm, İBK. md. 423 ün ihtirai istismar olunan tarafından dermeyan edilmesine mâni sayılmamaktadır. Kusur şartı tazminat için zarurî görülebilir; fakat kârn devri talebinin mahiyeti, onun böyle bir şarta bağlı tutulmasını icap ettirmez.

Federal Mahkeme, başkasına ait markaların istismarı halinde kârn devri talebini reddeden prensip kararında²⁰, daha evvelki iki karara²¹ atıfta bulunmuştu. Şu kadar ki, bu kararlar kârn devri talebiyle değil haksız iktisaba müstenid iade talebiyle alâkalı idiler; bunların ilkin-

(14) Bk. yukarıda § 44, not 14.

(16) Sh. 238 - 239.

(17) Aynı fikirde David, sh. 282 ve Arseven, sh. 175.

(18) Bk. yukarıda § 44, not 5 ve 6 arasındaki metin.

(19) Sh. 227.

(20) RO 36 II 601 - 602.

(21) RO 17, sh. 126 ve müt., hususiyle sh. 140, "Patek Philippe et Cie c. Schwob"; RO 25 II 292, hususiyle sh. 298, "Lever Brothers c. Schuler".

de, Federal Mahkeme, hakkı ihlâl edilenin sadece haksız fiilden mütevellid tazminat dâvası açabileceğini ve haksız iktisap hükümlerine istinad edemeyeceğini beyan eyliyordu; ikinci kararda ise, Mahkeme, çok umumî olan eski içtihadını muhafaza edip etmemek hususunu hükme bağlamaktan kaçınmıştı.

Federal Mahkeme ihtira hukuku sahasından farklı olarak markalar sahasında kârın devri talebini reddederken bu iki gayri maddî mal kategorisi arasında mahiyet farkı bulunduğu iddiasını derinleştirmemiş ve bu hususta Alman doktrinine atıf yapmağı kâfi görmüş idi. Şimdi Federal Mahkeme'nin atıf yaptığı müelliflerin ve Alman Mahkemelerinin delillerini münakaşa edeceğiz.

2. Başkasına ait alâmeti farikanın hukuka aykırı surette kullanılması ve taklidi halinde kendi menfaatine vekâletsiz iş görme hükümlerinin tatbiki aleyhinde olan Alman müelliflerine ve mahkemelerine nazaran²², bahis mevzuu halde kârın devri talebinin iki mühim şartı tahakkuk etmez. Bu şartlardan birincisi başkasına ait bir işin görülmesi, ikincisi ise kâr ile iş görme arasındaki illiyet rabitasıdır.

a) Kendi menfaatine vekâletsiz iş görmede, işin başkasına aidiyeti kıstasının başkasına ait bir sübjektif hakkın kullanılmasından ibaret olduğuna evvelce işaret etmiştik²³. Başkasının alâmeti farikasını istismar edenin ona ait bir işi görmediği iddiası, alâmeti farikanın bir sübjektif hakka mevzu teşkil etmediği mülâhazasına müstenid değildir; bilâkis böyle bir hakkın mevcudiyeti umumiyetle teyid edilir²⁴. Şu kadar ki, bu hakkın şümulünün çok mahdut olduğu ve hak sahibine alâmeti farikanın üzerine konulduğu neviden emtiayı imal etmek ve satmak için inhisarî bir salâhiyet bahşetmediği söylenir. Bu fikri şöylece de ifade etmek kabildir: İhtira beratı sahibinin ihtirandan istifade suretile imalâtta bulunulması ve imal edilen şeylerin satılması hususunda inhisarî bir salâhiyeti mevcuttur; halbuki muayyen bir alâmeti farika taşıyan malların aynını herkes imal ve piyasaya arz edebilir; binaenaleyh bir kimse emtiasını başkasına ait bir alâmet altında satmakla ona ait bir iş görmüş olmaz; o, kendi mülkiyetinde olan şeyleri satmış ve kendi işini yapmıştır; mezkûr şeyler alâmeti farikasını taşıyor diye o alâmetin sahibi bizzat, onlar üzerinde tasarruf edemez.

(22) Yukarıda not 8 ve 9 daki atıflara bk.

(23) Yukarıda § 17, not 75 e bk.

(24) Moser, sh. 262; Sandreuter, sh. 11 - 12; Arseven, sh. 14; Reimer, sh. 13.

Bu muhakeme tarzının ne kadar hatalı olduğu aşîkârdır: Fihakika, muayyen bir alâmeti farikayı taşıyan mallar nev'inden emtianın imali ve satışı hususunda alâmeti farika sahibinin inhisarî bir salâhiyeti yoktur; ancak, o malların o alâmeti farika altında imali ve satılması münhasıran alâmeti farika sahibine ait bir salâhiyettir; başkasının alâmeti farikasını kullanarak imalâtta bulunmak ve satış yapmak memnudur. Diğer taraftan, mülkiyet hakkı ancak kanunun çizdiği hudutlar dairesinde kullanılabilir; bu hudutları aşarak, ezcümle başkasının alâmeti farikasını haleldar ederek, kendisine ait şey üzerinde tasarrufta bulunanın kendi mülkiyet hakkını kullandığı ve binaenaleyh, kendisine ait bir işi gördüğü müdafaa edilemez²⁵. Kaldı ki, ihtira sahibi de, ihtirama tecavüz suretile yapılan ve satışa arzedilen şeyler üzerinde mülkiyet hakkına sahip değildir; fakat bu keyfiyet, böylece girilen imalâtın ona ait bir işin görülmesi suretinde tavsif edilmesine engel olmaz. Gerçi bir alâmeti farikanın kıymetlendirilmesi, onu taşıyacak emtianın imaline ve satışına bağlıdır; ancak aynı şey ihtira için de varittir. İhtira berati bahsinde nasıl ihtira mefhumu imal olunan şeyden tecrid edilerek himaye olunuyorsa alâmeti farika mevzuunda da buna benzer bir tecrid (Abstrahierung) yapmak için hiçbir sebep yoktur²⁶. Nihayet şunu da ilâve etmek mümkündür: Vekâletsiz iş görme hükümlerini tatbik edebilmek için, görülen işin münhasıran başkasına ait olmasına hacet bulunmaz; kısmen iş görenin kendisine kısmen iş sahibine ait bir işin görülmesi halinde de mezkûr hükümlere müracaat caizdir²⁷; işte, başkasının alâmeti farikası altında kendi mallarını satmak bu çeşit iş görme kategorisine ithal edilebilir²⁸.

b) Alâmeti farika hukuku sahasında BGB § 687 f. II nin (İBK. md. 423/BK. md. 414 ün.) tatbikine aleyhtar olanlar, alâmeti farikanın ihlâli suretile satılan şeylerden elde edilen kârın bu ihlâle bir illiyet rabtısıyla bağlı olmadığı fikrindedirler. Onlara nazaran, kâr, alâmeti farikanın kullanılmasından veya taklidinden değil, malları satan şahsın faaliyetinden husule gelir; zira alâmeti farika sadece bir işaretleme, tanıtmaya vasıtasıdır (Bezeichnungsmittel); müstakil olarak kıymetlendirilebilen bir mal (ein selbständig verwertbares Gut) değildir.

Bu mütalâalar da isabetli olmaktan uzaktır. Alâmeti farikanın kâr teminine salih olmadığını iddia eylemek onun iktisadî fonksiyonunu in-

(25) (26) Bk. Moser, sh. 264.

(27) Federal Mahkeme RO 45 II 208, "Mertz c. Mellwig". Yukarıda § 23 not 13 - 23 e ait metne de bk.

(28) Staudinger - Nipperdey, § 687, Nr. 13; Enneccerus - Lehmann, sh. 684; Moser, sh. 264.

kâr etmeğe müsavidir. Gerçi alâmeti farika bir işaretleme, tanıtma vasıtasıdır; fakat o, aynı zamanda, emtianın vasıfları hakkında müşteriye bir teminat bahşeder²⁹; zamanla emtianın kıymeti veya onu istihsal edenin iktisadî itiban alâmeti farikaya intikal eder³⁰; bu kıymetin emtiaya veya teşebbüse bağlı olması onun başkaları tarafından istismar edilmesine mani olmaz. Muayyen bir alâmeti farikayı haksız surette kullanarak mal satan kimseler, o alâmete itimad eden müşterileri kendilerine çekerler; bir taraftan, reklâm masraflarından tasaruf ederler; diğer taraftan, daha kötü evsafa malları o alâmet altında sürerek kâr elde edebilirler; hatta aynı vasıfta malları satsalar bile, alâmeti farikasını kullandıkları teşebbüsün uzun gayretler neticesinde kendisine temin ettiği iktisadî vaziyeti istismar etmiş olurlar. Bazı hukuk sistemlerinde alâmeti farikanın teşebbüsten ayrı olarak devrinin mümkün olmaması da, aynı sebeplerden dolayı onun haksız olarak istismar edilemeyeceğine delil teşkil etmez³¹. Kaldı ki Türk hukukunda, alâmeti farikanın teşebbüsten müstakil olarak devri kabildir³². Hulâsa, bugün alâmeti farikanın basit bir tefrik vasıtası olmakla kalmayıp, kâr teminindeki rolünün büyük olduğu ve müstakil bir kıymet taşıdığı inkâr edilemez.

Eğer alâmeti farikanın müstakillen kıymetlendirilebilen bir mal olmadığı söylenirken onun ancak emtiayla birlikte kâr teminine yarayacağı ifade edilmek isteniyorsa aynı mülâhaza ihtiralar için de bahis mevzuudur; bu sonuncular da ancak maddî şeylerin imalinde tatbik olunmak suretiyle kıymetlendirilebilirler; binaenaleyh, ihtiradan faydalanmak suretiyle yapılan mallardan elde edilen kârla ihtira arasındaki bir illiyet rabitasının mevcudiyeti kabul edilince böyle bir rabita kârla alâmeti farika arasında da tanınmalıdır³³.

Netice olarak, alâmeti farika hakkı istismar edilenin, kendi menfaatine vekâletsiz iş görme hükümlerine müsteniden, kârın temellük talebinde bulunmasına cevaz vermek gerektiğini tesbit edebiliriz. Gerçi Türk hukukunda, 28 nisan 1304 tarihli Alâmeti Farika Nizamnamesi md. 13 de, başkasına ait alâmeti farikanın kullanılmasının hukukî müeyyidesi olarak sadece zarar ziyan dâvasından bahs olunmaktadır. Eski TK. md. 56 ve 62 de de bu mevzuda sadece tecavüzün men'i ve zarar ziyan dâvalanna

(29) Alâmeti farikanın iktisadî rolü hakkında bk. Arseven, sh. 5 - 11; hususiyle teminat fonksiyonu hakkında bk., aynı müellif, sh. 9 - 10.

(30) Moser, sh. 265.

(31) İsviçre hukukunda vaziyet böyledir, bk. Moser, sh. 265.

(32) Arseven, sh. 121 - 122.

(33) Moser, sh. 266.

yer verilmişti. Binaenaleyh BK. md. 414 ün tamamlayıcı olarak tatbikine bir engel yoktu. Yeni TK. md. 58 f. I son cümlede haksız rekabetin müeyyideleri sayılırken, hâkim tarafından, dâvalının kusuru varsa, dâvacı lehine tazminat olarak, haksız rekabet neticesinde dâvalının elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığına dahi hükmedilebileceği beyan olunmuştur. Bu hüküm, başkasına ait alâmeti farikanın istismarı halî TK. md. 57 b. 5 de de haksız rekabet fiilleri meyanında zikredildiği cihetle, mezkûr halde de kabili tatbiktir. Adliye Encümeni Mazbatasından, daha ileride etraflı bir şekilde arz olunacağı veçhile, TK. md. 58 f. I son cümlelerin, BK. md. 414 ün bir tatbik şekli olarak telâkki edildiği anlaşılmaktadır.^{33a}.

Moser³⁴, İBK. md. 423 hükmünün yanlış menşe ve mahreç işaretlerinin kullanılmasında da tatbikine taraftardır; bu takdirde, müellife nazaran, kâr, o işaretleri, kullanmağa salâhiyetli müstahsiller arasında paylaştırılmalıdır. Türk hukukunda da TK. md. 57 b. 3 ve b. 5 delâletiyle, yanlış menşe, ve mahreç işareti kullananlara karşı TK. md. 58 f. I son cümledeki müeyyideye başvurulması düşünülebilir. Ancak fikrimizce, menşe ve mahreç işaretleri kollektif tanıtma vasıtaları olduğu cihetle, bunların kullanılması hususunda münferit şahısların sübjektif haklara sahip olmaları çok şüphelidir; diğer taraftan, muayyen bir mıntakanın müstahsillerine böyle sübjektif haklar tanınsa dahi kânn onlar arasında paylaştırılması büyük müşkülât arzeder.

II — Haksız rekabet sahasında kendi menfaatine vekâletsiz iş görme hükümlerinin tatbiki lehindeki telâkki.

Haksız rekabet sahasında kendi menfaatine vekâletsiz iş görme hükümlerinin tatbiki imkânı, yakın zamanlara kadar araştırılmamış veya sathî bazı araştırmalarda böyle bir imkânın mevcut olmadığı beyan edilmiş idi³⁵. Bunun sebeplerini şu suretle izah eylemek kabildir: Bir kerre, her iki mefhum da henüz gelişme halinde bulunuyorlardı; diğer taraftan, haksız rekabeti meneden kaidelerin, onların himayesinden faydalanan fertlere inhisari mahiyette salâhiyetler, yani sübjektif haklar bahşedip etmediği halen bile münakaşalıdır; halbuki, kendi menfaatine vekâletsiz iş görmenin başlıca unsuru başkasına ait bir sübjektif hakkın istismar edilmesidir. Son yıllarda, bir takım Alman ve İsviçre hukukçuları, ya başkasının menfaatleri sahasına müdahaleyi işin başkasına aidiyetinin

(33a) Bk. aşağıda not 96.

(34) Sh. 266, not 32.

(35) Bk. aşağıda not 71 ve ona ait metin.

kıtası olarak kabul etmek, yahut da haksız rekabet sahasında bazı sübjektif hakların mevcudiyetini tanımak suretiyle, bahsi geçen sahada ve-kâletsiz iş görme hükümlerinin dermeyan olunabileceği fikrini müdafaa-ya başlamışlardır.

Almanya'da ilk defa Rosenthal³⁶ ve Baumbach³⁷, haksız rekabetin müeyyidesi olarak kârın devri talebine geniş ölçüde yer vermişlerdir. Bu müelliflerin ilkinde nazaran, başkasının kâr elde etme ihtimallerinin haleldar edilmesi (Beeinträchtigung fremder Gewinnaussichten) BGB § 687 f. II nin tatbikine ait bir haldir; Rosenthal'in bu beyanından, onun, başkasının menfaatleri sahasına müdahaleyi başkasına ait bir iş görme addettiği anlaşılmaktadır. Baumbach ise, haksız rekabet fiilinde, rakibin teşebbüsü üzerindeki sübjektif hakkının (Recht am Unternehmen) ihlâli mahiyetini görüyor ve bu hakkın ihlâlini BGB § 687 f. II nin tatbiki için kâfi buluyordu.

Haksız rekabet sahasında kârın devri talebine yer ayıran Alman hukukçularından bir diğeri de Reimer'dir³⁸; şu kadar ki, Reimer'in kanaatince³⁹, teşebbüs bir bütün olarak inhisari bir salâhiyetin, bir sübjektif hakkın mevzuunu teşkil etmez; binaenaleyh, haksız rekabet fiillerinin teşebbüs üzerindeki hakkın ihlâli mahiyetini taşıdıkları söylenemez; maa-fafih teşebbüsün münferit bazı unsurları üzerinde inhisari salâhiyetler mevcut olabilir; ezcümle teşebbüsü tefrike hizmet eden işaretler - alâmeti farika, emtianın arz şekli (Ausstattung), isim, unvanı ticaret vesair tefrik vasıtaları - ve teşebbüsün işletme sırları üzerinde böyle inhisari hak-lar (Ausschlussrechte) vardır; sadece bu gibi hakların istisman halinde BGB § 687 f. II hükmüne müsteniden kârın iadesi talebinde bulunmak mümkündür; buna mukabil 7 haziran 1909 tarihli Haksız Rekabete kar-şı Kanun'un⁴⁰ 3 - 12 nci paragraflarında sayılan fiiller⁴¹ herhangi bir

(36) Sh. 121 - 122.

(37) Sh. 53.

(38) Sh. 591 ve 859.

(39) Sh. 8 - 10.

(40) Bu Kanunun 9 mart 1932, 26 şubat 1935 ve 8 mart 1940 tarihli ka-nunlarla tadil edilmiş şeklinde.

(41) Bu fiiller meyanında, iş münasebetleri, hususiyle emtianın ve sınaî edaların mahiyeti, menşei, imal şekli, fiyatının tesbiti, malların tedariki tarzı ve tedarik edildiği kaynaklar, haiz olunan şahadetname ve mükâfatlar hak-kında hakikate aykırı ilânlarda bulunmak (§ 3) ve rakip teşebbüsün memur ve müstahdemlerini itma (§ 12) eylemek sayılabilir.

in hisari hakkı ihlâl etmezler ve binaenaleyh başkasının işini görme suretinde tavsif olunamazlar⁴².

İsviçre'de haksız rekabet sahasında İBK. md. 423 ün tatbikini en önce tavsiye eden Elias Wolf olmuştur. Sübjektif hakların himayesine dair yazılarının birincisinde bu müellif⁴³, mezkûr hükme yalnız aynı ve fikrî hakların değil şahsiyet haklarının istismarı dolayısıyla da müracaat olunabileceğini beyan ediyor ve bu hususta muhtelif misaller veriyordu; bahis mevzuu misallerden bilhassa şu ikisi haksız rekabet fiilleri mahiyetini arzeder: başkasının gizli uzullerinin istismar olunması; rakibin müşterileri hukuka aykırı surette öğrenilerek, başka türlü bulunmasına imkân olmayan bu müşterilerle muamelâta girişilmesi. Wolf daha sonraki bir makalesinde⁴⁴, İBK. md. 423 ün haksız rekabet sahasında tatbik olunabileceğinden sarahaten bahseylemiştir; gayri muayyen sayıda firmaların haklarının haksız rekabet suretiyle ihlâli takdirinde, bunlardan biri kârın devri dâvasını açarsa, Wolf'a nazaran, diğerleri de ilân yoluyla dâvaya iştirake dâvet olunmalıdır; müellif, kanunda bu hususta mevcut boşluğu, hâkimin MK. md. 1 deki kanun vazı gibi hareket etme salâhiyetine müsteniden doldurması gerektiği kanaatindedir. Aynı müellif, vekâletsiz iş görmeye müteallik en son yazısında⁴⁵, haksız rekabet fiili rakibin şahsiyetine bağlı bir hakka ciddi bir müdahale şeklinde tezahür ediyorsa, Federal Mahkeme'nin aksi içtihadına⁴⁶ rağmen, İBK. md. 423 ün tatbik olunabileceğini beyan eylemiştir.

İsviçre'de Germann da⁴⁷, haksız rekabetin müeyyidelerinden biri olarak, bu suretle elde edilen kârın iadesini teklif etmişti; ancak o, İBK. md. 423 e istinad etmediği gibi, kârın iadesini talep hakkını haksız rekabetten zarar gören şahıslara değil, meslekî teşekküllere tanıyordu. Sonradan Germann'ın hazırlanmasında büyük rol oynadığı Haksız Rekabe-

(42) Reimer sh. 859 - 860.

(43) ZSR, N. F. 46 (1927), sh. 321 - 322.

(44) ZSR, N. F. 51 (1932), sh. 79 - 80.

(45) FJS, no. 1079, I, B, 5.

(46) Bk. aşağıda not 73.

(47) Vorarbeiten zur eidgenössischen Gewerbegesetzgebung, Gutachten über die "Postulate zur Förderung der Gewerbe" mit Vorentwurf und Motiven zu Bundesgesetzen gegen den unlautern Wettbewerb, Basel 1927, sh. 146 ve müt.; aynı müellif, daha sonra haksız rekabet suretiyle elde edilen kârın müsadere edilmesi fikrine taraftar olmuştur, bk. Zum Entwurf eines schweiz. Bundesgesetzes über den unzulässigen Wettbewerb, Festgabe der Basler jurist. Fakultät für C. Wieland, 1934, sh. 92, Anm. 54, Abs. 3.

te Müteallik 1942 tarihli Kanun Projesine de bu mealde bir hüküm konulduysa da, müzakereler esnasında Proje'den çıkarıldı⁴⁸.

Haksız rekabet sahasında kendi menfaatine vekâletsiz iş görme hükümlerinin tatbiki imkânını en etraflı surette araştıran ve böyle bir imkânın mevcudiyetini teyid eden Moser'dir⁴⁹. Moser'e nazaran⁵⁰, haksız rekabet fiilleri dolayısıyla İBK. md. 423 e istinad edebilmek için, teşebbüs veya müşteriler üzerindeki hakkın, yahut iktisadî şahsiyetin himayesine müteallik hakkın, veyahut haksız rekabete karşı korunma hakkının istismar edildiği ileri sürülemez; böyle umumî mahiyette subjektif hakların mevcudiyeti ve onların süjelerine inhisarî bir salâhiyet bahşettiği şüphelidir; haksız rekabeti meneden kaideler, yalnız muayyen fertlerin değil umumun menfaatini de gözettikleri için, çoğu zaman yalnız objektif hukuka vücut verirler, ayrıca subjektif salâhiyetler yaratmazlar; fertler bu kaidelerden sadece dolayısıyla (effet reflexe suretiyle) faydalanırlar; bununla beraber mezkûr kaidelerin muayyen istikametlerde fertlere inhisarî bazı salâhiyetler bahşettiği de vakidir; işte ancak bu sonuncu neviden salâhiyetlerin istismarı halinde İBK. md. 423 e müracaat etmek kabildir.

Moser⁵¹ rakibin hakkını istismar vasfını taşımayan haksız rekabet fiillerine misâl olarak şunları saymaktadır: rakibin şahsını ve mallarını kötüleme, kendi emtiasının menşesine, haiz olduğu evsafa veya ticaretinin derecesi ehemmiyetine dair hakikate mugayir ifşaatta bulunma, haiz olmadığı bir paye, şahadetname veya mükâfatı haiz bulunduğunu neşir ve ilân, rakibin memur ve müstahdemlerini itma⁵², hüsnüniyet kaidelerine aykırı surette boykot veya damping, rakibin işçilerini greve teşvik ilh...

Buna mukabil, Moser'in fikrinde⁵³, aşağıdaki hallerde haksız rekabet fiili rakibin hakkını istismar şeklinde tezahür eder ve İBK. md. 423 ün tatbikine yol açar:

a) Her teşebbüs sahibinin iktisadî şahsiyetini tanıtmaya vasıtaları

(48) Bk. aşağıda not 89 a ait metin.

(49) Sh. 267 ve müt.; Gewinnherausgabe im Wettbewerbsrecht, sh. 15 ve müt. Troller (sh. 228) ve Siegwart (von Tuhr'un Borçlar Hukuku kitabına eklediği notlardan birinde - sh. 435, not 46). Moser'in fikirlerine iştirak etmektedirler.

(50) Sh. 268 - 270; Gewinnherausgabe im Wettbewerbsrecht, sh. 32 - 33.

(51) Sh. 271; Gewinnherausgabe im Wettbewerbsrecht, sh. 34 - 35.

(52) Egger (Art. 28, Nr. 69) rakiple mukavelesi olan kimseyi mukaveleyi bozmağa iğfal halinde İBK. md. 423 ün tatbik edilebileceği kanaatindedir.

(53) Sh. 271 - 276; Gewinnherausgabe im Wettbewerbsrecht, sh. 33 - 36.

üzerinde inhisari bir hakkı (Kennzeichenrechts der wirtschaftlichen Persönlichkeit) mevcuttur; binaenaleyh rakibinin emtiası, imalâtı, edaları veya işletmesiyle karışıklığa sebebiyet verecek şekilde onun tanıtma vasıtalarını kullanan kimse bu işaretlere müteallik hakkı istismar eder; gerçi, isim, unvanı ticaret ve alâmeti farikayı himaye eden hususî hükümler mevcuttur; ancak hususî hükümlerin şartlarından bazılarının tahakkuk etmediği veya muhtelif işaretlerin birbiriyle çarpıştığı hallerde, keza müessesesi ismi (enseigne), malların piyasaya arz şekli (Ausstattung) gibi hususî himayeye mazhar olmayan tefrik vasıtaları hakkında haksız rekabet kaidelerinden faydalanmak kabil olur⁵⁴. İşte bu gibi hallerde tanıtma vasıtaları istismar edilen kimse İBK. md. 423 (BK. md. 414) e müsteniden kâr temellük talebinde bulunabilir. Moser'in kanaatinde⁵⁵, bir kimse kendi mamulâtını başkasının mamulâtının yerini tuttuğunu söyleyerek satarsa gene aynı hüküm dermeyeran edilebilmelidir.

b) Başkasının hususî kanunlarla himaye edilmemiş olan fikrî mahsullerinden hüsnüniyet kaidelerine aykırı surette faydalanılırsa⁵⁶, fikrî varlıkları istismar edilen kimse, İBK. md. 423 (BK. md. 414) e tevfi kan, haksız rekabet failinden bu yüzden elde ettiği kârı kendisine devretmesini isteyebilir. Filhakika haksız rekabete müteallik kaideler, bu varlıkların hüsnüniyet kaidelerine mugayir olarak istismarna engel olma hususunda inhisari bir salâhiyet bahşederler. Moser⁵⁷ başkasının imal ve işletme sırlarını caiz olmayan bir şekilde öğrenerek⁵⁸ onlardan istifade etmeği⁵⁹, başkasının mamullerini hüsnüniyet kaidelerine aykırı surette taklid eylemeği bu hususta misal olarak zikretmektedir⁶⁰. Hususî kanunlarla himaye olunmayan fikrî mahsullerin haksız rekabet hükümlerine müsteniden korunması⁶¹ Türk hukukunda büyük ehemmiyet arzeder; zira memleketimizde snai fikir mahsullerinin mühim bir kısmı, ezcümle

(54) Bu hususta tafsilât için bk. Graffenried, sh. 58 - 60, 80 - 122; Arseven, sh. 42 - 63.

(55) Gewinnherausgabe im Wettbewerbsrecht, sh. 34 not 57 ve ona ait metin.

(56) Moser (sh. 272) "Ausbeutung fremden geistigen Eigentums" (başkasının fikrî mülkiyetinin istismarı) ibaresini kullanmaktadır; halbuki burada fikrî mahsuller üzerinde bir mülkiyet hakkı bahis mevzuu değildir.

(57) Gewinnherausgabe im Wettbewerbsrecht, sh. 35.

(58) Meselâ casuslar kullanarak.

(59) Haksız Rekabete müteallik Kanun, md. 1 g.

(60) Haksız Rekabete müteallik Kanun, md. 1 a.

(61) Bu hususta tafsilât için bk. Graffenried, sh. 64 - 78; Oser - Schöninger, Art. 48, Nr. 10, 13 - 15.

sınâî model ve resimler hususî bir himayeye mazhar değildir; BK. md. 48 vasıtasıyla bunlar üzerinde de inhisarî salâhiyetler tanınması ve onların istismarının BK. md. 414 e tabi tutulması mümkün olur.

c) Dar mânada inhisar haklarının (Monopolrechte) istismarını da Moser⁶² haksız rekabet fiilleri olarak tavsif etmektedir. Bu haklar a ve b şıklarında zikredilenler gibi iktisadî şahsiyeti tanıtmaya vasıtalarını yahut teşebbüse ait fikir mahsullerini değil, doğrudan doğruya müteşebbisin piyasanın bir kısmı üzerindeki hâkimiyetini himayeye hizmet ederler. Gerçi ilk iki şıktaki haklar da dolayısıyla teşebbüsün piyasaya hâkim olmak ve müşteri temin etmek yolundaki gayretlerini destekler; fakat onlarda, doğrudan doğruya himayeye mevzu teşkil eden gayri maddi bir maldır, yoksa piyasanın bir kısmı üzerindeki hâkimiyet değildir. Dar mânada inhisar haklarının istismarı halinde, hak sahibinin kâr temellük talebinde bulunabileceği, umumiyetle haksız rekabet sahasında böyle bir talebe yer vermeyen müellifler tarafından dahi kabul olunur⁶³. Bit-tabî ancak bir hakka müstenid inhisar ihlâl edilen kimse BK. md. 414 ü dermeyeran edebilir; yoksa fiilî inhisar sahipleri mezkûr hükümden istifade edemezler.

Dar mânada inhisar haklarının başında idare hukukuna müteallik imtiyazlar gelir. Elektrik, su, havagazı, nakliye, ithal veya ihrac, balık tutma veya avlanma imtiyazları bu meyanda sayılmaktadır⁶⁴. Federal Mahkeme'nin meşgul olduğu bir meselede⁶⁵, bir otobüs şirketi, başka bir şirketin imtiyaz sahibi olduğu bir hatta otobüs işleterek kâr temin etmiş ve Mahkeme de imtiyaz sahibinin haksız fiil hükümlerine müstenid tazminat talebini kabul eylemişti. Wolf'a göre⁶⁶, bu meselede imtiyaz sahibine ait sübjektif bir hak istismar edildiği cihetle, BK. md. 41 ve müt. değil, fakat BK. md. 414 hükmü tatbik olunmalıydı. Reichsgericht de ithal imtiyazı istismar edilen bir şirketin BGB § 687 f. II ye istinad edebileceği içtihadında bulunmuştur⁶⁷.

(62) Sh. 273 ve müt.; Gewinnherausgabe im Wettbewerbsrecht, sh. 36 not 63.

(63) Bk. aşağıda not 67 ve III, 1, c.

(64) Moser, sh. 274.

(65) RO 75 II 204 ve müt. hususiyle sh. 213 ve 217, "Autobus Lausannois S. A. c. Société des Tramways Lausannois S. A."

(66) FJS, no. 1077, V, A.

(67) RGE, 100, sh. 145. Bu içtihad müellifler tarafından da umumiyetle tasvip olunmuştur: Staudinger - Nipperdey, § 687, Nr. 6; RGR Komm. § 687, Nr. 3; Enneccerus - Lehmann, sh. 685.

Moser⁶⁸, fiat kartellerinin kartel lehine nisbî hattâ bazan mutlak bir inhisar hakkı bahsettiği fikrindedir. Bu hak bizzat kartel mensuplarına karşı nisbî mahiyettedir; bunlardan biri tesbit edilen fiattan aşağıya satar ve böylelikle satış hacmini arttırarak kâr temin ederse, kartel kendisinden bu kârın iadesini isteyebilir; çünkü satış fiyatını ucuzlatmak münhasıran kartele ait bir salâhiyettir; kartel mensubu tesbit olunan fiattan ucuz satmakla bu salâhiyeti istismar etmiş olur. Kaideten, kartel mensubu olmayan kimse (Aussenseiter) daha ucuz satış yapabilir; fakat bazı hallerde onun fiat düşürmesi de bir haksız rekabet fiili mahiyetinde sayılır; bu gibi hallerde kartel, âzası olmayan şahıstan da tesbit olunmuş fiata riayet etmesini isteyebileceğinden Moser'e nazaran kartelin inhisar hakkı mutlak bir mahiyet arzeder.

Nihayet Moser⁶⁹, bir kimseye bir müstahsil tarafından tanınan, maddelerini münhasıran satın alma veya muayyen bir muntakada münhasıran satma haklarını ve lehine kanunî veya akdî rekabet memnuiyeti bulunan şahsın hakkını nisbî inhisar hakları arasında zikretmektedir. Bunlar üzerinde daha önce, alacak haklarının istismarı bahsinde, durduğumuzdan oraya atıf yapmanın kâfi geleceğini zannediyoruz⁷⁰.

III — Haksız rekabet sahasında kendi menfaatine vekâletsiz iş görme hükümlerinin tatbiki aleyhindeki telâkki ve bunun münakaşası.

Haksız rekabete müteallik nisbeten eski Alman eserlerinde BGB § 687 f. II nin bu sahada tatbiki "sun'î bir hal çaresi" yahut "lisan ve binaenaleyh düşünce bakımından güçlükler arzeden bir yol" olarak tavsit edilmekte idi⁷¹; İsviçre'de Zürich Ticaret Mahkemesi⁷² ve onu takiben Federal Mahkeme⁷³ yakın bir tarihte verdikleri kararlarda, İBK, md. 423 ün haksız rekabet bahsinde tatbikine imkân olmadığı içtihadında

(68) Sh. 274 - 275.

(69) Sh. 275 - 276.

(70) Bk. yukarıda § 43 not 3 - 6 ve 16 - 21 e ait metin.

(71) Bk. J. Kohler: Der unlautere Wettbewerb, Berlin 1914, sh. 288 289; R. Callmann: Der unlautere Wettbewerb, 2. Aufl. 1932, sh. 125; Lobe, sh. 363 - 367; Schulz, sh. 223 ve Moser, sh. 268 not 38 de zikri geçen diğer eserler.

(72) BIZR, 46 (1947), Nr. 157, sh. 306 ve müt., hususiyle sh. 311 ve müt., "Gillette Safety Razor Company c. Belras A. G."

(73) RO 73 II 194 yahut JdT, 1948, sh. 271 ve müt., Federal Mahkeme, Zürich Ticaret Mahkemesinin kararını tasdik etmiştir. Federal Mahkeme'nin son kararlarından birinde bu içtihadını teyid eylediği görülmektedir: RO 79 II 327, "Hauri c. Levy Fils A. - G."

bulunmuşlardır. Fischer de⁷⁴ bu içtihadından mülhem olarak yazdığı tezinde Moser'in fikirlerini çürütmeğe çalışmıştır. Şimdi İsviçre Mahkemelerinin ve Fischer'in delillerini arz ve münakaşa edeceğiz:

1. Fischer'e nazaran⁷⁵, haksız rekabet fiillerinin hiç birinde, vekâletsiz iş görmenin başlıca unsuru olan başkasının işini görme vasfı bulunmaz; filhakika, kendi menfaatine vekâletsiz iş görme başkasına ait bir sübjektif hakkın hukuka aykırı surette istismanı şeklinde tezahür eder; halbuki haksız rekabete müteallik kaideler, himaye ettikleri fertlere hiçbir sübjektif hak bahşetmezler⁷⁶; haksız rekabet fiillerinin, rakibin iktisadî şahsiyetinin himayesine müteallik hakkını ihlâl ettiği fikri de bugün artık terkedilmiştir⁷⁷; halen hâkim olan telâkki mucibince, rekabette başvuru vasıtaları, bizatihi veya kullanılış tarzları itibarıyla, hüsnüniyet kaidelerine aykırı oldukları takdirde, haksız rekabet karşısında bulunulur; ayrıca rakibin şahsiyet haklarından birinin ihlâl edilmiş olup olmadığını araştırmaya hacet yoktur. Gerçi Moser de, haksız rekabet sahasında kendi menfaatine vekâletsiz iş görme hükümlerinin tatbikini, umumî mahiyette bir sübjektif hakkın, iktisadî şahsiyetin himayesine yahut teşebbüse veya müşterilere müteallik bir hakkın istismarına istinad ettirmemektedir; ancak o, haksız rekabeti meneden kaidelerin fertlere muayyen istikametlerde inhisarî mahiyette bazı salâhiyetler bahşettiği fikrindedir⁷⁸. Fischer⁷⁹, bu gibi salâhiyetlerin mevcudiyetini dahi inkâr etmektedir:

a) Artık haksız rekabete mütedair kaidelerin, "iktisadî şahsiyeti tanıma vasıtaları" üzerinde hususî kanunlardakinden gayri bir inhisarî salâhiyet bahşettiği söylenemez. Diğer bir ifade ile isim, unvanı ticaret ve alâmeti farikadan maada tanıma vasıtaları üzerinde sübjektif haklar yoktur; yalnız, hususî himayeye mazhar olmayan tanıma vasıtalarının hüsnüniyet kaidelerine aykırı surette başkası tarafından kullanılmaları haksız rekabet teşkil ettiği cihetle menedilmiştir; yani bu vasıtalar üye-

(74) Sh. 11 - 29.

(75) Sh. 14.

(76) Aynı fikirde tafsilâtli olarak: Graffenried, sh. 54 - 61.

(77) Bu hususta tafsilât için bk. Georges Wagen: La théorie des droits de la personnalité et la notion de concurrence déloyale, thèse de Lausanne 1952, hususiyile sh. 109 - 113. Federal Mahkemenin şu kararına da bk. RO 72 II 394 - 395, "Elco Papier A. G. c. H. Goessler et Cie. A.G."

(78) Aynı fikre Reimer'de de rastlandığına yukarıda işaret etmiştik (yukarıda not 39 a ait metne bk.).

(79) Sh. 14 - 16.

rinde inhisari bir kullanma salâhiyeti yoktur; ancak onların hüsnüniyet kaidelerine aykırı surette istimalinin men'i istenebilir; böyle bir istimalde bulunandan, kusuru varsa, haksız fiil hükümlerine müsteniden tazminat, kusuru yoksa, haksız iktisap kaidelerine binaen zenginleştiği miktarı iade etmesi de talep edilebilir; fakat tanıtmaya vasıtasından hukuka aykırı surette istifade edilen kimse, kârı temellük talebinde bulunamaz; çünkü bir sübjektif hakkı istismar edilmemiştir.

b) Başkasının hususî kanunlarla himaye edilmemiş olan fikrî mahsullerinden hüsnüniyet kaidelerine aykırı surette faydalanma hali için de aynı şey söylenebilir. Burada da objektif hukuka aykırı bir fiil mevcut olmakla beraber bir sübjektif hakkın ihlâlinden bahsedilemez; meselâ başkasının imalât sırları bizatihi himaye edilmemiştir; sadece onları hüsnüniyet kaidelerine aykırı surette öğrenip kendi imalâtında tatbik etmek memnudur.

c) Moser'in zikrettiği dar mânada inhisar haklarının istisması halinde İBK. md. 423 (BK. md. 414) ün tatbiki kabil olabilir. Şu kadar ki, bu haklar haksız rekabeti meneden kaideler tarafından bahşolunmamıştır; binaenaleyh, onların istisması, haksız rekabet sahasında vekâletsiz iş görme hükümlerinin tatbikine bir misal olarak gösterilmemelidir. Kartel mensubu olmayan kimsenin tesbit olunan fiattan ucuza satış yapması ancak maliyet fiatının altına indiği takdirde haksız rekabet teşkil eder; böyle bir halde de kâr temini ve binnetice kârın iadesi bahis mevzuu olamaz.

Fischer'in dar mânada inhisar hakları için söyledikleri isabetlidir; zaten bu sebeptendir ki biz de bunların mühim bir kısmını alacak haklarının istisması bahsinde incelemiş bulunuyoruz.

Buna mukabil Fischer'in teşebbüsün tanıtmaya vasıtaları ve fikrî mahsulleri hakkındaki tenkidlerine iştirâk etmemiz mümkün değildir; filhalka bahis mevzuu gayri maddî malları velev ki hüsnüniyet kaidelerine aykırı surette istismar etmenin menedilmiş olması, onlar üzerinde teşebbüs sahibine inhisari bir salâhiyet bahşeder. Nitekim Reimer dahi bu hususta inhisari salâhiyetlerin mevcudiyetini kabul etmişti⁸⁰. Diğer taraftan, memleketimizde sınaî resim ve modellerin himayesi, ancak bunlar üzerinde BK. md. 48 delâletiyle sübjektif haklar tanımak suretiyle mümkün olabilir⁸¹.

(80) Bk. yukarıda not 39 a ait metin.

(81) Bk. yukarıda § 44, not 23 ve ona ait metin. § 45 not 61 ile de karşılaştırmız.

Zaten Fischer de⁸², haksız rekabet sahasında zararın ve haksız iktisabın tesbitinde geniş davranılmasını müdafaa ederek, tazminat ve haksız iktisaptan mütevellid iade talepleri kisvesi altında haksız rekabetten elde edilen kârın devrine imkân vermeği istemektedir; zira Fischer'e nazaran, haksız rekabet failinin mamelekindeki zenginleşme bu fiilden ileri geldiği nisbette, sosyal istihlaldeki artmanın bir cüz'ünü teşkil etmeyip, rakiplerin mamelekindeki bir eksilmeye tekabül eder; diğer bir ifade ile, rakibin tanıma vasıtalarından veya fikrî mahsullerinden istifade neticesinde elde edilen kâr, onun mamelekinde aynı nisbette bir fakirleşmeyi mucip olur; bu takdirdе, haksız fiil veya haksız iktisaba müstenid tazminat veya iade taleplerinin şümulü kârın devri mutalebesinin kinin aynidir; haksız rekabet fiilinde bulunanın kendi faaliyetine izafesi mümkün olan kâr, zaten illiyet rabıtası bulunmadığı için BK. md. 414 mucibince iadeye tabi değildir.

Federal Mahkeme⁸³ haksız rekabet yaparak mal satanın başkasına değil kendisine ait bir işi gördüğü kanaatindedir; çünkü o şahsın sattığı şeylerin mülkiyeti kendisine aittir; aynı şeyleri haksız rekabete girişmeseydi de satabilirdi, binaenaleyh burada ihtirâm istismarına değil, fakat alâmeti farikanın taklidine benzeyen bir hal mevcuttur; halbuki alâmeti farika bahsinde İBK. md. 423 tatbik edilemez. Federal Mahkemenin bu muhakeme tarzı daha yukarıda da işaret ettiğimiz üzere⁸⁴ tatminkâr olmaktan uzaktır; filhakika haksız rekabet fiili başkasına ait mülkiyet hakkının değil bu çeşit rekabeti meneden kaidelerin bahşettiği inhisarî salâhiyetin istismarı dolayısıyla İBK. md. 423 e tabi olur; alâmeti farika sahasında olduğu gibi burada da Federal Mahkeme satılan malların mülkiyetinden, haksız rekabet dolayısıyla istismar edilen gayrimaddi malların tecrid etmeyi ihmal eylemiştir; diğer taraftan başkasına ait alâmeti farika hakkının hukuka aykırı surette kullanılması halinde İBK. md. 423 e müracaatın kabil olmadığı fikrinin yanlışlığını daha önce belirtmiş bulunuyoruz⁸⁵.

2. Zürich Ticaret Mahkemesi⁸⁶, Federal Mahkeme⁸⁷ ve Fischer⁸⁸ İsviçre'de 1 mart 1945 de mer'iyete giren 30 eylül 1943 tarihli

(82) Sh. 15, 25 - 26.

(83) RO 73 II 198 - 199, "Gillette Safety Razor Company c. Belras A.G.".

(84) Bk. yukarıda not 25 - 26 ya ait metin.

(85) Bk. yukarıda I.

(86) BIZR, 46 (1947), sh. 312 - 316.

(87) RO 73 II 197 - 198.

(88) Sh. 17 - 28.

Haksız Rekabete Müteallik Kanun'un, câri olduğu sahada, İBK. md. 423 ün tatbikini bertaraf ettiği kanaatindedirler. Onların bu hususta istinad ettikleri mülâhazalar şunlardır:

Haksız Rekabete Müteallik 3 kısım 1942 tarihli Kanun Projesi'nin "kârın iadesi" matlabını taşıyan 3 üncü maddesi şöyle bir hükmü muhtevi idi:

"Haksız rekabet yoluyla, başka türlü elde edemeyeceği bir kâr temin eden kimse, bu kârın iade ile mükelleftir. İade edilecek meblağ, hâkim tarafından halin icapları nazara alınarak tesbit olunur.

İade edilecek meblağ, hâkimin kararıyla, evvelâ, isbat olunan veya mevcudiyeti hakkında kanaat bahşedilen zararın tazminine tahsis olunur. Tazminatın umumî yekûnu henüz belli olmadığı takdirde, hâkim iade edilecek meblağın tevdiine hükmedebilir.

Hâkim, zararın tazmininden arta kalan miktarın ciheti tahsisi hususunda takdir hakkını kullanarak karar verir; tarafların talepleriyle bağılı olmaksızın, bu miktarın alâkalı mesleğin inkişafına hizmet eden bir teşekküle veya Devlete verilmesine de hükmedebilir.

Kârın iadesi yahut iadeye tabi meblağ veya onun zararın tazminine tahsisi hususunda bir sulh akdi, hâkim tarafından tasdik olunmadıkça üçüncü şahıslara karşı hüküm ifade etmez."

Bu hüküm Conseil d'Etats'nın seçtiği Komisyonunda önce bazı taddillere uğradı; ezcümle kârın iadesi talebi, haksız rekabette bulunanın kusurlu olması haline hasredildi; bundan başka, bu şahsın teşebbüsüne ait sırların lüzumsuz yere ortaya konulmaması için, ancak fiilin haksız ve kusura müstenid olduğu isbat edildikten sonra hâkimin faile hesaplarını ibraz etmesini emredebileceği kaydı eklendi. Daha sonra da, iade edilecek kârın, dâvayı açmağa salâhiyetli olanların ve zararın tazmininden arta kalan miktarın kime verileceğinin tesbitindeki pratik güçlükler dolayısıyla, kârın iadesi talebine ait esasların henüz İsviçre hukuku bakımından kâfi derecede olgunlaşmadığı müşahede edildi; neticede, Komisyon, ekseriyetle md. 3 ün Proje'den çıkarılmasına karar verdi. Conseil National Komisyonu mezkûr hükmü tekrar Proje'ye aldı ise de Conseil National'deki müzakereler sonunda bu hüküm yeniden ekseriyetle reddolundu⁸⁹.

İşte Zürich Ticaret Mahkemesi, Federal Mahkeme ve Fischer, Haksız Rekabete Müteallik Kanun'un hazırlanmasına ait bu müzakerelerden, kanun vazının, haksız rekabet sahasında k rn iadesi müeyyidesine yer vermemek niyetinde olduğunu istihraç etmektedirler⁹⁰. Buna mukabil Moser⁹¹, k rn iadesi talebinin sosyal ahlâk bakımından haklı olduğunun müzakerelerde herkes tarafından kabul edildiğine, bu talebi ihtiva eden hükmün sadece tatbikata ait güçlükler dolayısıyla Proje'den çıkarıldığına işaretle, kanun vazının haksız rekabet sahasında İBK. md. 423  n tatbikine aleyhtar olmadığını belirtmeğe çalışmıştır. Adı geçen Mahkeme-ler ve Fischer ise, k rn iadesi talebinin ancak haksız rekabete uğrayanın zararını karşıladığı nisbette meşru sayıldığını beyan ve bu nisbeti aşan miktarın da o şahsa verilmesinin doğru olmayacağı hakkında muhtelif hatiplerin sözlerini nakletmektedirler. Bundan başka Zürich Ticaret Mahkemesi'ne nazaran⁹², eğer İBK. md. 423 e müracaat imkânı mahfuz tutulmak istenilseydi, bu keyfiyetin müzakereler esnasında sarahaten ifade olunması iktiza ederdi.

Fikrimizce, k rn zarar aşan kısmının haksız rekabete maruz kalma verilmesi aleyhindeki görüşler, Kanun Projesinde k rn iadesi talebinin kayıtsız surette tanınmış olmasıyla izah edilebilir. Filhakika Proje'nin 3 üncü maddesi, bu talebi rakibin sübjektif bir hakkının istismar edilmiş olması şartına tabi kılmıyordu; nitekim Conseil d'Etats'da Evequoz, *hak-larına müdahale edilmemiş olan bir şahsa*, zararından fazla olan k n temellük salâhiyetini bahşederek onu zenginleştirmenin tehlikeli ve ahlâka mugayir olduğunu beyan etmiřti⁹³. Halbuki İBK. md. 423  n tatbik edilebilmesi için, haksız rekabete uğrayanın, yukarıda bahsolunan⁹⁴ nevinden bir sübjektif hakkının istismar edilmiş olması şarttır. Bir hakkın kıymetlendirilmesi imk nlarından yalnız onun sahibinin istifade etmesi ise, ahlâka aykırı değildir; bilâkis hakkı istismar edilene k n temellük mutalebesini tanımak, sübjektif hakların himavesinde bir tekâmülün ifadesidir. Binaenaleyh, İsviçre kanun vazının, Haksız Rekabete Müteallik Kanun Projesi'nin 3 üncü maddesini reddetmesinden, onun haksız rekabet sahasında İBK. md. 423  n tatbikine muhalif olduğu neticesi ıkarılma-

(89) Her iki Meclisteki ve Komisyonlardaki müzakerelerin teferruatı için bk. BIZR, 46 (1947), sh. 312 - 315.

(90) Friedrich (sh. 25) de aynı fikirde görünmektedir.

(91) Gewinnherausgabe im Wettbewerbsrecht, sh. 24 - 30.

(92) BIZR, 46 (1947), sh. 316.

(93) Bk. BIZR, 46 (1947), sh. 313.

(94) Bk. yukarıda II a, b, c.

malıdır. Haksız Rekabete Müteallik Kanun'un 8 inci maddesinde, bu kanun hilâfını emretmedikçe İMK. ve İBK. hükümlerine müracaat edilebileceği sarahaten ifade olunduğu cihetle, şartları tahakkuk ettiği takdirde İBK. md. 423 ün haksız rekabet sahasında da tatbiki gerekir⁹⁵.

IV — Yeni TK. daki hal tarzı.

Bizim hukukumuzda yeni TK. na konulan bir hükümlerle İsviçre hukukundan çok daha ileri gidilmiş ve haksız rekabetin müeyyideleri arasında, kân temellük talebine de yer verilmiştir. Filhakika TK. md. 58 f. I e göre:

“Haksız rekabet yüzünden müşterileri, kredisi, meslekî itibarı; ticarî işletmesi veya diğer iktisadî menfaatleri bakımından zarar gören veya böyle bir tehlikeye maruz bulunan kimse:

- a) Fikrin haksız olup olmadığının tesbitini;
- b) Haksız rekabetin men'ini;
- c) Haksız rekabetin neticesi olan maddî durumun ortadan kaldırılmasını, haksız rekabet yanlış veya yanıltıcı beyanlarla yapılmışsa bu beyanların düzeltilmesini;
- d) Kusur varsa zarar ve ziyanın tazminini;
- e) Borçlar Kanununun 49 uncu maddesinde gösterilen şartlar mevcutsa mânevi tazminat verilmesini;

istiyebilir. Dâvacı lehine ve (d) bendi hükmünce tazminat olarak hâkim, haksız rekabet neticesinde dâvalının elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığında dahi hükmedebilir.”

Bu hükmün gerekçesi Adliye Encümeni mazbatasında şöylece izah edilmiştir⁹⁶: “Haksız rekabetin hukukî müeyyidelerinden olan tazminata hükmedilebilmesi için dâvacının haksız rekabet yüzünden uğradığı zararın ispat etmiş olması şarttır. Fakat tatbikatta görüldüğü üzere pek çok hallerde bu zararın isbatı imkânsız bulunmakta, isbatı mümkün olan hallerde dahi miktarının isbatı ya pek zor ya imkânsız bulunmaktadır. Hâdisede Borçlar Kanununun 42 nci maddesinin 2 nci fıkrasındaki takdir

(95) Elias Wolf de (FJS, no. 1079, I, B, 5), Federal Mahkeme'nin meşgul olduğu “Gillette Safety Razor Company c. Belras A. G.” dâvasında, rakibin haklarına ehemmiyetli bir müdahale bahis mevzuu olmadığı cihetle, Mahkemece verilen kararın bir prensip kararı sayılamayacağı fikrindedir.

(96) 4. VI. 1956 tarih ve E. 1-150, K. 50 sayılı karar, sh. 365.

hakkının kullanılması da tatmin edici neticeler vermemekte ve haksız rekabet fiilini işlemiş olduğu sübut bulan kimseler aleyhine ancak haksız rekabetin önlenmesi kararı verilebilmekte ve bunların haksız rekabetin devam ettiği müddet içinde bu yüzden sağladıkları büyük kârlar neticesi itibarıyla kendilerinde kalmaktadır. Bu durum hakkaniyete aykır düşmekte olduğundan tasarrufların 173 üncü maddesi hükmünden mülhem olarak hâkimin haksız rekabet neticesinde dâvaların elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığını dahi hükmedebileceği yolunda bir hüküm. 58 inci maddenin birinci fıkrası sonuna eklenmiştir. Böylece hâkim haksız rekabette bulunanın bu haksız rekabet neticesinde elde etmiş olduğunu bilirkişinin katî olarak mümkün gördüğü menfaatin karşılığına dahi hükmedebilecektir. Bunun tesbiti birçok hallerde dâvacının uğradığı zararın tesbitinden daha kolay olduğundan haksız rekabet hareketleri malî bakımdan müeyyidesiz kalmıyacak veyahut dâvacı zararından başka dâvaların haksız olarak elde ettiği menfaatleri dahi ondan almak ve böylece dâvalıyı kanuna aykırı hareketinin neticesinden hiçbir surette istifade etmemiş duruma sokmak imkânını bulacaktır. Bu hal şekli bir lisansın haksız yere kullanılması halinde lisans sahibinin o lisansı kullananın elde ettiği menfaatleri Borçlar Kanununun 414 ncü maddesi hükümlerine dayanarak temellük edebileceği yollu Federal Mahkeme içtihadının dayandığı esasa da uygun düşmektedir⁹⁷. Meselenin arz ettiği hukukî incelik dolayısıyla bu durumun memleketimizde hemen hemen hiç tatbik görülmeyen Borçlar Kanununun 414 üncü maddesi hükmüne bırakılması yerine açık bir hükme bağlanması kanunların kolay tatbiki bakımından yerinde görülmüştür.”

Fıkrimizce, TK. md. 58 f. I son cümlede kâr temellük talebini zararın tazmini kisvesi altında mütalâa eden telâkkinin izleri mevcuttur. Mezkûr hükümdeki “tazminat olarak..” ibaresi, tazminatın kusur şartına bağlanması bu hususta misal olarak gösterilebilir. Buna mukabil Adliye Encümeni Mazbatasındaki “... yahut dâvacı zararından başka dâvaların haksız olarak elde ettiği menfaatleri dahi ondan almak ve böylece dâvalıyı kanuna aykırı hareketinin neticesinden hiçbir surette istifade etmemiş duruma sokmak imkânını bulacaktır” şeklindeki ifade ve BK. md. 414 e yapılan atıf burada hakîki mânasında bir kâr temellük talebine yer verildiğinin delilidir.

(97) Adliye Encümeni'nin Federal Mahkeme içtihadını ileri sürmesi pek yerinde olmamıştır. Zira, Federal Mahkeme'nin, başkasının ihtiramının istismarı bahsinde kabul ettiğinin aksine, haksız rekabet sahasında İBK. md. 423 (BK. md. 414) ün tatbikine taraftar olmadığına daha yukarıda işaret etmiştik. Bk. yukarıda not 73.

Ancak haksız rekabet dolayısıyla elde edilen kân temellük talebinin BK. md. 414 e istinad ettirilmemesi ve bu mevzuda TK. md. 58 f. I e hususî bir hüküm konulması neticesinde sübjektif bir hakkın mevcut olmadığı hallerde dahi bahis mevzuu talebin ileri sürülmesi tehlikesi ortaya çıkmıştır. Bu itibarla TK. md. 58 f. I son cümle tatbik olunurken mahkemelerin çok ihtiyatlı davranması ve bir sübjektif hakkın istismarı bahis mevzuu olmayan haksız rekabet fiillerinde tazminat olarak dâvacının zararından müstakil surette dâvalının elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığına hükmetmemesi temenniye şayandır.

NETİCE

Tetkiklerimizin başında, vekâletsiz iş görmenin her hukuk nizamını iki mühim mesele karşısında bıraktığını kaydetmiştik.

Bunlardan birincisi, iş sahibinin menfaatine hizmet niyetiyle girilen vekâletsiz iş görme dolayısıyla ortaya çıkar: Başkasının hukuki sahasına vaki müdahaleler içtimâi tesanüdü takviye mülâhazasıyla ne nisbette tecviz edilmelidir?

İkinci mesele, kendi menfaatine başkasının haklarını istismar etme ile alâkahdır: Bu gibi istismar hallerine karşı, vekâletsiz iş görme hükümlerinden faydalanılarak, haksız fiile müstenid tazminat ve haksız iktisap dolayısıyla iade taleplerini tamamlayıcı bir müeyyide bulunamaz mı?

Bu meseleleri halledebilmek için her hukuk nizamı tecviz edilen ve tecviz edilmeyen vekâletsiz iş görmenin unsurlarını ve hükümlerini tanımlamak zorundadır. Filhakika, bir taraftan, başkasının hukukî sahasına vaki müdahaleler, onun menfaatine hizmet niyetiyle olsa dahi, bunların hepsini tecviz etmek doğru olmaz; zira yardım ve iyilik niyeti yersiz surette başkasının işine karışmayı haklı göstermemelidir. Diğer taraftan, kendi menfaatine başkasının haklarını istismar, tecviz edilmeyen bir vekâletsiz iş görme şeklinde tavsif edilebilirse, hak sahibi kâr temellük talebinde bulunabilir; böylece sübjektif hakların himayesi için tamamlayıcı bir müeyyide temin edilmiş olur; çünkü kâr temellük talebi, tazminat ve iade mutalebelerinde olduğu gibi, hakkı istismar edilenin mamelekindeki eksilme ile sınırlandırılmış değildir.

Tetkiklerimizde, vekâletsiz iş görmenin hangi hallerde tecviz edilmesi ve tecviz edilmeyen vekâletsiz iş görme kategorisine hangi hallerin ithal olunması gerektiği hususunda şu neticelere varmış bulunuyoruz:

a) İş sahibinin menfaatine uygun olarak girilen ve onun muteber bir men'ine aykırı olmayan vekâletsiz iş görme caiz sayılmalıdır.

b) Aşağıdaki fiiller tecviz edilmeyen vekâletsiz iş görme kategorisine ithal edilmelidir:

aa) İş görenin kendi sübjektif takdirine nazaran, iş sahibinin menfaatine hizmet maksadıyla giriştiği, fakat gerçekte bu menfaatin yapılmasını iktiza ettirmediği veya iş sahibinin muteber men'ine aykırı olan iş görme;

bb) İş görenin başkasına ait olduğunu bildiği veya bilmediği bir işi kendi menfaatine yapması;

cc) İş görenin başkasına ait bir işle, iş sahibine karşı o işi yapmağa mezun olmayan bir üçüncü şahsın menfaatine, bu sonuncunun vekâletine müsteniden meşgul olması.

Burada şunu da ilâve edelim ki, iş sahibi tecviz edilmeyen bir iş görmeye icazet vermekle onu caiz hale tahvil eder.

Tecviz edilen vekâletsiz iş görme hukukî muamele benzeri bir fiil mahiyetini taşır; buna mukabil tecviz edilmeyen iş görme hukuka aykırı bir fiil vasfını haizdir.

Vekâletsiz iş görmenin her iki nev'i için de müşterek olan unsurlar şunlardır:

a) İş görme: Kaideten her mâkul beşerî fiil iş görmenin mevzuunu teşkil edebilir. İş görme müsbet bir faaliyeti tazammun eder; bir ihmal veya hareketsizlik iş görme sayılamaz. İş görme mefhumu hukukî muamelelerin veya hukuka uygun sair fiillerin yapılmasına hasredilemez; hukuka aykırı fiillerden bir kısmının da iş görme olarak tavsifi kabildir; ancak bizzat iş sahibi tarafından da yapılmalı caiz olmayan veya sırf gayrı ızzar neticesine müteveccih olan haksız fiiller iş görme mefhumunun dışında kalırlar. Bundan başka, muteber surette yapılması bir salâhiyetin mevcudiyetine mütevakkıf olan fiiller de esas itibarile vekâletsiz iş görmeye mevzu olamazlar. İş görmenin muhakkak mamelekî mahiyette olmasına hacet yoktur; başkasının menfaatine yapılan veya hukukî varlıkların muhafazasını tazammun eden bir fiil yahut bir idarî tasarruf olması da şart değildir; iş görenin müstakil olarak hareket etmesi zaruretinden bahsedilemez.

b) İşin başkasına aidiyeti: Görülen iş başkasına ait olmalıdır. İşin başkasına aidiyetinin objektif ve sübjektif kıstasları vardır. Başkasına ait hakların kullanılması veya muhafazası, keza başkasının borç ve mükellefiyetlerinin yerine getirilmesi objektif kıstaslardır. Sübjektif kıstası ise, iş görenin yaptığı hukukî muamelelerin başkasının hukukî sahasında doğrudan doğruya veya dolayısıyla tesir husule getirmesine yönelen iradesi

- yani iş sahibini temsil iradesi - şeklinde ifade etmek mümkündür. Bunlara inzimamen, iş görenin başkası namına kendi hesabına yaptığı işleri de, namına hareket edilen şahsa ait saymak gerekir. Kendi menfaatine vekâletsiz iş görmeye sadece bu sonuncu kıstasla objektif kıstaslardan başkasının hakkını kullanma bahis mevzuu olur.

c) Vekâleti olmama: İş görenin, iş sahibine karşı işi yapmak hususunda mezuniyet bahşeden bir hukukî vaziyette bulunmaması icap eder. Bu mezuniyet, iç münasebette mevcut olmamalıdır; binaenaleyh, vekâletsiz iş görme ile salâhiyetsiz temsil birbirinden farklıdır. İş gören, gerçekte mevcut olmayan veya hükümsüz olan bir hukukî muameleye binaen hareket eder veya mezuniyetinin müstenid olduğu hukukî münasebetin hudutlarını aşar ise gene vekâletsiz sayılır. İş görenin bir üçüncü şahısla olan münasebetinde veya umumî surette yahut tâlî derecede işi yapmakla mükellef olması, onun vekâletsiz addolunmasına engel teşkil etmez.

d) İş görme iradesi: İş görenin başkası menfaatine hareket iradesini taşıması veya işin başkasına aidiyetini bilerek faaliyette bulunması şart değildir. Onun umumî bir iş görme iradesine sahip olması, yani iradesinin işin fiili neticesine yönelmiş olması kâfidir. Temyiz kudretinden mahrum bulunan bir kimse vekâletsiz iş gören sıfatını haiz olamaz.

Vekâletsiz iş görmenin tecviz edilen neviden olup olmaması, ona izafe edilen hükümler bakımından ehemmiyetlidir:

Gerçi iş görenin borçları zaviyesinden her iki nevi vekâletsiz iş görmenin hükümleri pek farklı değildir. İkisinde de iş gören iş sahibinin menfaatine ve halîki veya tahmin olunan maksadına uygun hareket etmekle mükelleftir. Bu menfaat ile maksadın birbiriyle kabili telif olmaması halinde maksada uygunluk işin icrasında esas ittihaz edilmelidir. İş sahibinin menfaati ve maksadı icap ettirdiği takdirde iş gören başladığı işi yarıda bırakmamağa, onun bütün teferruatıyla meşgul olmağa ve işe giriştiğini iş sahibine ihbara mecburdur. Yalnız hüsnüniyetle başkasının işini kendisinin zannıyla gören kimse, iş sahibinin menfaatine ve maksadına uygun hareket etme mükellefiyetine ve ondan iştikak eden diğer mükellefiyetlere tabi tutulamaz.

İş görenin işin yürüyüşü ve neticesi hakkında iş sahibine hesap verme ve işden hasıl olan faydaları ona devretme borçları da vardır. Bu borçlar bilhassa kendi menfaatine vekâletsiz iş görmeye ehemmiyet ar-

zederler. Hüsnüniyetle başkasının haklarını istismar edenlerin kâr devir borcu ellerinde kalan miktar ile tahdit olunmalıdır; mümeyyiz kasırlardan da kârın hüsnüniyetle elden çıkarttıkları kısmı istenememelidir.

İş görenin mes'uliyetine gelince, onun göstermesi gerekli ihtimamın ölçüsü iş görme akitlerindeki aynı değildir. İş gören kaideten her türlü ihmal ve kayıtsızlıktan mes'uldür; işin kendisi için bir faydayı mucip olmadığını ileri sürerek mes'uliyetinin tahfifini talep edemez. Mes'uliyetin hafifletilmesi ancak iş sahibinin veya yakınlarının şahsi veya mameleki varlıklarını tehdit eden bir tehlikeyi bertaraf etmek için âcilen hareket edilmesi gereken hallerde bahis mevzuu olur; bir de, mümeyyiz kasırlar sadece haksız fiil hükümlerine müsteniden mes'ul kılınabilirler. Bilererek veya kusuru neticesinde bilmeyerek iş sahibinin muteber bir men'ine aykırı surette işe girişen kimse kazadan da mes'ul olur; meğer ki müdahalesi olmasa bile kazanın vukua geleceğini veya illiyet rabitasının kesildiğini isbat etsin. Burada, başlangıçta kusurlu olan bir fiile uygun illiyet rabitasıyla bağlı bütün neticelerden mes'ul olma esasının tatbikine ait bir hal karşısında bulunulur.

Tecviz edilen iş görmede, iş gören halin icaplarının yapılmasını haklı gösterdiği zarurî ve faydalı masraflarının ödenmesini isteyebilir. Bundan başka, bir akit mucibince yapıldığı takdirde ücret verilmesi mutad olan işlerde münasip bir ücret talep etmeğe salâhiyetlidir. İş gören, iş görme yüzünden uğradığı zararın iş sahibi ile paylaşılması hususunda da bir mutalebeye sahiptir; iş sahibinin zararın tamamını veya bir kısmını karşılama mükellefiyeti, illiyete müstenid mes'uliyet hallerinden olup hakkaniyet mülâhazası ile izah edilebilir. Bahsi geçen mutalebeler, umulan netice, gerekli ihtimamın sarfına rağmen husule gelmese veya husule gelip de ortadan kalksa bile dermeyan edilebilir. İş gören teberru niyetiyle hareket ettiği veya masraflara onun katlanması ahlâkî bir vazife icabı olduğu takdirde hiçbir talepte bulunamaz. Halin icaplarının yapılmasını haklı göstermediği masrafları için iş görenin haksız iktisap hükümlerine istinad etmesi ve ref'i salâhiyetini kullanması mümkündür. İş gören, iş görme dolayısıyla eline geçen ve iş sahibine iade ile mükellef olduğu şeyler üzerinde, iş görmeden mütevellid alacakları için bir hapis hakkı icra edebilir.

Tecviz edilmeyen iş görmede, iş görenin masraf ve ücret talepleri, iş sahibinin temellük etmek istediği faydalarla veya iş görme yüzünden mamelekinde husule gelen zenginleşme ile mahduttur. Böyle bir iş görmede, iş gören zararının kârla mahsubunu isteyebilirse de, hiçbir kâr ha-

sıl olmadığı takdirde tazminat talebinde bulunamaz. İş görenin MK. md. 864 ün derpiş ettiği mânada bir hapis hakkı icra etmesi de kabil değildir.

Tecviz edilen vekâletsiz iş görmeden doğan alacaklar akidden mütevellid olanlar gibi, kaideten, on senelik müruruzamana tabidir; yalnız bunlardan bazıları hakkında BK. md. 126 daki beş senelik müruruzaman câri olur. Tecviz edilmeyen iş görmeden neş'et eden alacaklar ise, BK. md. 60 ve 66 ya kıyasen bir senelik kısa müruruzamana tabi kılınmalıdır.

*

**

Türk - İsviçre hukuk sisteminin vekâletsiz iş görme bahsinde kabul ettiği hal tarzları hakkında bir kıymet hükmü vermek icap ederse, bunların heyeti umumiyesi itibarıyla başka sistemlerdekinden daha müttekâmil ve maksada elverişli olduğu söylenebilir. Gerçi modern hukuk sistemlerinin hepsinin vekâletsiz iş görmeye müteallik kaideleri müşterek bir kaynaktan, Roma hukukundan gelmektedir; fakat gene de muhtelif memleketler mevzuatı arasında bazı farkların mevcudiyetini müşahade etmiş bulunuyoruz; her memlekette doktrin ve mahkeme içtihadları kısmen bu farkları izaleye ve maksada en elverişli hal suretlerini kabule temayül etmekte iseler de mevzuata az çok bağlı kalmamalarına imkân yoktur. Türk - İsviçre hukuk sisteminin üstünlüğünü temin eden hususlar bilhassa şunlardır:

a) Hukukumuz, vekâletsiz iş görenin bütün nevelerini, hususiyle kendi menfaatine başkasının haklarını istisman tanzim eden kaideleri muhtevirdir; BK. md. 414 (İBK. md. 423) hükmünün şümulü lâyük olduğu veçhile anlaşılırsa sübjektif hakların himayesinde ileri bir adım atılmış olur; bunun ehemmiyeti bilhassa fikri hakların istisman ve haksız rekabet sahasında kendisini gösterir.

b) Hukukumuzda, tecviz edilen vekâletsiz iş görme yalnız zaruri işler kategorisine inhisar ettirilmemek ve iş sahibinin hukuka aykırı men'i nazara alınmamak suretiyle içtımâi tesanüdü takviye gayesi geniş ölçüde gerçekleştirilmeğe gayret olunmuştur; fakat aynı zamanda iş sahibinin muteber men'ine aykırı iş görme tecviz edilmediği ve işin icrasında onun iradesine uygun hareket mecburiyeti komulduğu cihetle, fertlerin şahsî hürriyetinin arzu etmedikleri müdahalelerden masun tutulmasına da dikkat edilmiştir.

c) Vekâletsiz iş görenin tecviz edilen neviden olup olmadığının ve masrafların istenmesine cevaz bulunup bulunmadığının tayininde başvuru kısıtları objektif mahiyettedir; bunlar aynı zamanda müşahhas

vakianın icaplarını da nazara almağa imkân verir. Bu kıstaslar sayesinde, bir taraftan, iş sahibinin, iyi niyete müstenid fakat yersiz müdahalelere karşı himaye edilmesi mümkün olur; diğer taraftan, iş gören iş sahibinin iradesini kusuru olmaksızın bilememesi yüzünden haklarını kaybetmez.

d) Borçlar Kanunumuzda, faaliyeti tecviz edilen iş görenin iş görme yüzünden uğradığı zararın tazmini talebine yer verilmiş olması da, vekâletsiz iş görmenin risklerini hakkaniyete uygun bir şekilde paylaş-tırmak hususunda bir terakkinin ifadesidir. Diğer taraftan, iş görenin mutad olarak bir ücret karşılığında yapılan hizmetleri için münasip bir ücret isteyebilmesi bazan masraf kisvesi altında bazan da BK. md. 386 f. III e kıyasen kabil olmaktadır; maamafih bu hususun kanunda sarahaten ifade edilmesi daha isabetli olurdu.

Borçlar Kanunumuzda vekâletsiz iş görme müessesesi tanzim olunurken, biraz evvel de kaydettiğimiz veçhile, en mütekâmil esaslardan hareket edilmiştir. Şu kadar ki, bu mevzudaki hükümlerin, naçiz tetkiklerimizde vardığımız neticeler gözönünde tutulmak ve ufak bazı değişiklikler yapılmak suretiyle maksada daha elverişli bir hale ifrağı kabil ve temenniye şayandır; İBK. dilimize çevrilirken yapılan hatalar da hesaba katılırsa bahsi geçen hükümlerin yeniden gözden geçirilmesindeki fayda inkâr edilemez. Kaldı ki, teklif ettiğimiz tadilât, Kanun'un tertip tarzında ve madde numaralarında bir değişikliği mucip olmayacaktır. Böylece bazı tadiller yapılırken, vekâletsiz iş görmeye müteallik hükümlerin Kanun'un sistemi içindeki mevkiinin muhafaza edilmesinde isabet olup olmayacağı da hatıra gelebilir; tecviz edilen vekâletsiz iş görmenin hukuki muamele benzeri bir fiil ve tecviz edilmeyen iş görmenin de hukuka aykırı bir fiil vasfı taşıdığı ileri sürülerek, bunlara dair kaidelere, BK. nun "borçların teşekkülü" hakkındaki birinci bâbında haksız iktisaptan sonra dördüncü bir faslın tahsis edilmesi fikri müdafaa olunabilir. Bununla beraber, iş görme vekâletsiz de olsa onun iş görme akitleriyle yanyana tanzim olunması daha muvafıktır; çünkü mezkûr akitlere ait kaidelerin bir kısmı kıyasen vekâletsiz iş görmeye de tatbik olunur; bundan maada, başkasının işini görme hepsi için müşterek olan bir unsurdur. Şu halde vekâletsiz iş görmenin BK. da halen işgal ettiği mevki değiştirilmemelidir.

**

BK. nun 14. bâbı için teklif ettiğimiz metin şudur:

Vekâletsiz İş Görme

A. İş görenin hakları ve borçları. Madde 410 — Mezuniyeti olmaksızın başkasına ait bir işi gören kimse, o işi sahibinin menfaatine

- I. İşin icrası. ve hakiki veya tahmin olunan maksadına uygun surette yapmağa mecburdur.
- II. Mes'uliyet. Madde 411 — İş gören her türlü ihmâl ve kayıtsızlıktan mes'uldür.
- Şu kadar ki, iş gören iş sahibinin maruz bulunduğu bir tehlikeyi bertaraf etmek için müdahalede bulunmuş ise, mes'uliyeti tahfif olunur.
- İş sahibinin, kendisince bilinen veya bilinmesi lâzım gelen men'ine rağmen işe girişmiş olan kimse, bu men kanuna veya âdaba muhalif değil ise kazadan dahi mes'ul olur. Meğer ki, müdahalesi olmasa bile kazanın vukua geleceğini isbat etsin.
- III. İş görenin ehliyeti olması. Madde 412 — İş gören akit ile iltizama ehil değilse iş görme dolayısıyla ancak iktisab ettiği ve suiniyetle elinden çıkardığı miktarda mes'ul olur.
- Haksız fiillerden mütevellid daha şümüllü mes'uliyet mahfuzdur.
- B. İş sahibinin hakları ve borçları.
- I. Tecviz edilen iş görmede. Madde 413 — İşe girişilmesi iş sahibinin menfaati iktizası bulunduğu ve onun muteber bir men'ine aykırı olmadığı takdirde, iş sahibi, iş görenin halin icaplarının yapılmasını haklı gösterdiği zaruri veya faydalı bilûmum masraflarını faizi ile edaya, iş göreni deruhde ettiği borçlardan aynı ölçü dahilinde kurtarmağa ve onun hâkim tarafından takdir edilecek zararını tazmine mecburdur. Bir akit mucibince yapıldığı takdirde ücret verilmesi mutad olan işlerde, iş sahibi iş görene münasip bir ücret tediye etmekle de mükelleftir.
- İş gören, işin icrasında icap eden ihtimamı sarfettiği takdirde, umulan netice hasıl olmasa veya zail olsa bile birinci fıkradaki mutalebeleri dermeyan edebilir.
- Talebe mezun olmadığı masrafları için, iş gören haksız iktisap hükümlerini, hususiyle ref'i hakkını ileri sürebilir.
- II. Tecviz edilmeyen iş görmede. Madde 414 — Menfaati iktizası bulunmasa yahut men'ine rağmen yapılmış olsa bile, iş sahibi,

işden hasıl olan faydaları temellük hakkını haizdir.

Şu kadar ki, hüsnüniyetle başkasına ait işi kendi menfaatine gören kimse bu faydalardan ancak elinde kalan miktarı devir ile mükelleftir.

İş sahibi, zenginleşmesi nisbetinde, iş görenin masraflarını ödemeğe mecburdur.

III. İcazet

Madde 415 — İş sahibi, yapılan işe icazet verdiği takdirde, iş gören tecviz edilen iş görmeden mütevellid hakları dermeyan edebilir.

ANKARA HUKUK FAKÜLTESİ YAYINLARI

| Sıra No. | Müellifin adı ve soyadı | Kitabın Adı | Senesi | Lira Kr. |
|-----------------|--------------------------------|--|---------------|-----------------|
| 1 | Nusret Metya | Hukuku Hususiyeyi Düvel | 1927 T. | — — |
| 2 | Tevfik Kâmil | Hukuku Düveli Hususiyeye | 1927 T. | — — |
| 3 | Prof. M. Cemil Bilsel | Lozan Cilt I | 1933 M. | 3 — |
| 4 | Prof. M. Cemil Bilsel | Lozan Cilt II | 1933 M. | 4 — |
| 5 | Prof. M. Şeref Özkan | İdare Hukuku (Ders Notları) | 1935 T. | — — |
| 6 | Ord. Prof. Vasfi Raşit Seviğ | Ticaret Hukuku Şerhi Cilt 2 | 1936 T. | 2 50 |
| 7 | Ord. Prof. Vasfi Raşit Seviğ | Ticaret Hukuku Şerhi Cilt 3 | 1936 T. | 2 50 |
| 8 | Nusret Metya | Devletler Hususi Hukuku (Ders notları) | 1939 T. | — — |
| 9 | Prof. Süheyye Derbil | İdare Hukuku Cilt 1 | 1940 T. | 3 — |
| 10 | Ord. Prof. Esat Arsebük | Medeni Hukuk (Aile Hukuku) | 1940 T. | — — |
| 11 | Ord. Prof. S. Şakir Ansay | Hukuk Muhakeme Usulleri Cüz 4 | 1941 M. | 1 50 |
| 12 | Hukuk Fakültesi Dergisi | Cilt 1, Sayı 1 | 1943 M. | 1 — |
| 13 | Hukuk Fakültesi Dergisi | Cilt 1, Sayı 2 | 1944 M. | 1 — |
| 14 | Hukuk Fakültesi Dergisi | Cilt 1, Sayı 3 | 1944 M. | 1 — |
| 15 | Prof. Nihat Erim | Devletlerarası Amme Hukuku Cilt 2 | 1945 M. | 8 50 |
| 16 | Prof. Hasan Saka | Dış Ticaret ve Gümrük Politikası | 1945 M. | 2 — |
| 17 | Hukuk Fakültesi Dergisi | Cilt 2, Sayı 1-4 | 1945 T. | 2 — |
| 18 | Hukuk Fakültesi Dergisi | Cilt 3, Sayı 1 | 1946 T. | 2 — |
| 19 | Hukuk Fakültesi Dergisi | Cilt 3, Sayı 2-3-4 | 1946 T. | 2 50 |
| 20 | Hukuk Fakültesi Dergisi | Cilt 4, Sayı 1-4 | 1947 T. | 2 50 |
| 21 | Prof. Zeki M. Alsan | Devletler Hukukunda Yeni Gelişmeler | 1948 M. | 4 — |

| | | | | | |
|----|------------------------------|---|---------|----|----|
| 22 | Prof. Faruk Erem | İnsanlığa Karşı Cürümler | 1948 M. | 1 | 50 |
| 23 | Ord. Prof. Ernest Hırş | Fikrî ve Sinaî Haklar | 1948 M. | 5 | — |
| 24 | Ord. Prof. Ernest Hırş | Pratik Hukukta Metod | 1948 M. | 2 | 75 |
| 25 | Doçent Hamide Topçuoğlu | Eski İsrail Hukuku | 1948 M. | 1 | — |
| 26 | Doçent Hamide Topçuoğlu | Hukuk Felsefesi Konferansları | 1948 M. | 1 | — |
| 27 | Hukuk Fakültesi Dergisi | Cilt 5, Sayı 1-4 | 1948 M. | 8 | — |
| 28 | Prof. Zeki M. Alsan | Milletlerarası Hayatın Düzeni ve Panamerikanizm | 1949 M. | 4 | 50 |
| 29 | Doçent Şakir Berki | Roma Hukuku | 1949 M. | 6 | — |
| 30 | Prof. Süheyp Derbil | İdare Hukuku Cilt 2 | 1949 M. | 6 | 75 |
| 31 | Prof. Coşkun Üçok | İlim olmak bakımından Hukukun Değersizliği | 1949 M. | 1 | — |
| 32 | Hukuk Fakültesi Dergisi | Cilt 6, Sayı 1 | 1949 M. | 3 | — |
| 33 | Hukuk Fakültesi Dergisi | Cilt 6, Sayı 2-3-4 | 1949 M. | 4 | 50 |
| 34 | Ord. Prof. Sabri Şakir Ansay | Hukuk Yargılama Usulleri | 1950 M. | 8 | 50 |
| 35 | Prof. Süheyp Derbil | İdare Hukuku Cilt 1 | 1950 M. | 7 | — |
| 36 | Prof. Faruk Erem | Adalet Psikolojisi | 1950 M. | 6 | — |
| 37 | Doçent Jale Güral | Hususî Hukukta Tüzel Kişilerin Milletlerarası Mevcudiyeti | 1950 T. | 5 | 50 |
| 38 | Doçent Kemal Gürsoy | Hususî Hukukta Emprevizyon Nazariyeleri | 1950 M. | 3 | — |
| 39 | Doç. Yaşar Karayalçın | İsviçre Federal Mahkemesi | 1950 M. | 2 | — |
| 40 | Ord. Prof. Paul Koschaker | Roma Hususî Hukuku Ana hatları | 1950 M. | 6 | 50 |
| 41 | Doç. Hamide Topçuoğlu | Kanuna Karşı Hile | 1950 T. | — | — |
| 42 | Doçent İlhan Lütem | Federal Bir Dünya Nizamı Tasarıları | 1950 T. | — | — |
| 43 | Hukuk Fakültesi Dergisi | Cilt 7, Sayı 1-2 | 1950 M. | 4 | 50 |
| 44 | Hukuk Fakültesi Dergisi | Cilt 7, Sayı 3-4 | 1950 M. | 6 | — |
| 45 | Ord. Prof. Esat Arsebük | Borçlar Hukuku Cilt I, II | 1950 M. | 17 | 50 |
| 46 | Prof. Muvaffak Akbay | Umumî Âmme Hukuku Cilt I | 1951 M. | 10 | — |

| | | | | | |
|----|----------------------------------|---|---------|----|----|
| 47 | Prof. Zeki M. Alsan | Yeni Devletler Hukuku Cilt 2 | 1951 M. | 10 | — |
| 48 | Doçent İlhan Lütem | Harp Suçluları ve Devletler-arası Hukuk | 1951 M. | 3 | — |
| 49 | Doçent İlhan Lütem | Avrupa İnsan Hakları ve Sözleşmesi | 1951 M. | 1 | 50 |
| 50 | Prof. Kemal Arar | Kara Ticareti Hukuku Cilt 2 | 1951 M. | 4 | 25 |
| 51 | Hukuk Fakültesi Dergisi | Cilt 8, Sayı 1-2 | 1951 M. | 6 | — |
| 52 | Hukuk Fakültesi Dergisi | Cilt 8, Sayı 3-4 | 1951 M. | 5 | — |
| 53 | Ord. Prof. Sabri Şakir Ansay | Eski Aile Hukukuna Bir Nazar | 1952 M. | 3 | — |
| 54 | Prof. Kemal Arar | Kara Ticareti Şirketler Hukuku | 1952 M. | 7 | — |
| 55 | Prof. Süheyy Derbil | İdare Hukuku Cilt 2 | 1952 M. | 5 | — |
| 56 | Prof. Faruk Erem | Hürriyet ve Suç | 1952 M. | 6 | — |
| 57 | Doç. Yaşar Karayalçın | Kütüphanelerimize Umumi Bir Bakış | 1952 M. | — | 50 |
| 58 | Doçent Dr. H. Cahit Özen | Adli Tıp | 1952 M. | 6 | — |
| 59 | Asistan İlhan Akipek | Boşanma Sebepleri | 1952 M. | 1 | — |
| 60 | Hukuk Fakültesi Dergisi | Cilt 9, Sayı 1-2 | 1952 M. | 5 | — |
| 61 | Hukuk Fakültesi Dergisi | Cilt 9, Sayı 3-4 | 1952 M. | 5 | — |
| 62 | Ord. Prof. V. Raşit Seviğ | Toprak Hukuku | 1953 M. | 9 | — |
| 63 | Doçent Akif Erginay | Vergi Hukuku Prensipleri | 1953 M. | 4 | 15 |
| 64 | Doçent Şakir Berki | Türk Hukukunda Evlenmenin Asli Şartlarından Doğan Kanun İhtilâfları | 1954 M. | 3 | — |
| 65 | Doç. Hamide Topçuoğlu | Tabii Hukuk Rönesansı | 1953 M. | 7 | 73 |
| 66 | Doçent Jale Güral | Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medeni Kanununun Sistemi | 1953 M. | 7 | 75 |
| 67 | Profesör Nihat Erim | Devletlerarası Hukuku ve Siyasî Tarih Metinleri | 1953 M. | 10 | — |
| 68 | Profesör Süheyy Derbil (Tercüme) | Kamu Hukuku Dersleri | 1953 M. | 3 | — |
| 69 | Prof. H. Avni Göktürk | Medeni Hukuk (Şahsın Hukuku) | 1954 M. | 4 | — |
| 70 | Ord. Prof. Sabri Şakir Ansay | Hukukta İcra ve İflâs Usulle-ri | 1954 M. | 7 | — |

| | | | | |
|----|---------------------------|---|---------|-------|
| 71 | Prof. Faruk Erem | Türk Ceza Hukuku | 1954 | 12 00 |
| 72 | Doçent Hicri Fişek | Gayrı sahih nesepten doğan kanun ihtilâfları | 1954 | 3 50 |
| 73 | | Mükerrir Suçlular | 1954 | 2 50 |
| 74 | Prof. Faruk Erem | Mahpusların tâbi tutulacağı Asgâri insani muamele hakkında Birleşmiş Milletler Teşkilâtınca tesbit olunan esaslar | 1954 | 50 |
| 75 | Doçent Yaşar Karayalçın | Bibliyoğrafya Meselelerimize Umumî Bir Bakış | 1954 | 75 |
| 76 | Doçent İlhan Lütem | Birleşmiş Milletler Antlaşması Şerhi | 1954 | 15 00 |
| 77 | Doçent Avni Zarakolu | Para ve Kredi Muamelelerinde Polîçe | 1954 | 5 00 |
| 78 | Profesör Yavuz Abadan | Hukuk Felsefesi Dersleri | 1954 | 4 00 |
| 79 | Ord. Prof. S. Şakir Ansay | Hukuk Yargılama Usulleri | 1954 | 8 50 |
| 80 | Prof. Kemal Arar | Kara Ticareti Cilt 2 | 1955 | 3 50 |
| 81 | Doçent Kemal Gürsoy | Mal vasiyeti | 1955 | 8 00 |
| 82 | Asistan İlhan Akipek | Devletlerarası Hukuk Bakımından Meşru müdafaanın mahiyeti ve benzeri müesseselerle mukayesesi | 1955 | 4 50 |
| 83 | Ratip Yüceuluğ | İstatistik dersleri | 1955 | 10 00 |
| 84 | Prof. Faruk Erem | Adalet Psikolojisi (2 nci bası) | 1955 | 5 00 |
| 85 | Prof. Süheyy Derbil | İdare Hukuku C. 1 (4 ncü bası) | 1955 | 6 50 |
| 86 | Prof. Faruk Erem | Adliye aleyhinde cürümler | 1955 | 3 30 |
| 87 | Prof. H. Avni Göktürk | Medenî Hukuk (Aile) | 1955 | 4 00 |
| 88 | Prof. Z. Mesut Alsan | Yeni Devletler Hukuku C. 1 | 1955 | 12 50 |
| 89 | Doçent Jale Güral Akipek | Gayrimenkul malikinın mesuliyetinin hukukî neticeleri | 1955 | 3 75 |
| 90 | Prof. Dr. Cahit Özen | Adli Tıp | 1955 | 10 00 |
| 91 | Ord. Prof. V. Raşit Sevig | Askerî Adalet | 1955 | 11 00 |
| 92 | Prof. Şakir Berki | Borçların Umumî Hükümleri | 1956 M. | 5 00 |
| 93 | Doçent Müncc Kaşani | İcra organı karşısında hâkimlerin istiklâl | 1956 M. | 6 00 |

| | | | | | |
|-----|----------------------|-------------------------------|------|----|-------|
| 94 | Doçent İlhan Lü- | Amerika Birleşik Devletlerin- | | | |
| | tem: | de fikir hürriyeti bakımın- | | | |
| | | dan kanunların Anayasaya | | | |
| | | uygunluğunun murakabesi | 1956 | M. | 2 00 |
| 95 | Hukuk Fakültesi | | | | |
| | Dergisi | Cilt 10 Sayı 1-4 | 1953 | M. | 6 00 |
| 96 | Hukuk Fakültesi | | | | |
| | Dergisi | Cilt 11 Sayı 1-2 | 1954 | M. | 5 00 |
| 97 | Hukuk Fakültesi | | | | |
| | Dergisi | Cilt 11 Sayı 3-4 | 1954 | M. | 6 00 |
| 98 | Prof. Dr. Osman | | | | |
| | F. Berki | Devletler Hususi Hukuku | 1956 | M. | 14 00 |
| 99 | Prof. Şakir Berki | | | | |
| | ve Hayrullah Ha- | İslâm Hususi Hukukunun ana | | | |
| | midî | prensipleri | 1956 | | 5 50 |
| 100 | Doçent Mukbil Devlet | Memurlarının Hürri- | | | |
| | Özyörük | yetleri, | 1956 | | 6 00 |
| 101 | Prof. Faruk Erem | Dolandırıcılık | 1956 | | 2 60 |
| 102 | Ord Prof. V. Raşit | | | | |
| | Sevig | Askerî Adalet | 1956 | | |
| 103 | Ord. Prof. S. Şakir | Hukukta İcra ve İflâs | | | |
| | Ansay | usulleri | 1956 | | 9 50 |
| 104 | Hukuk Fakültesi | | | | |
| | Dergisi | Cilt 12 Sayı 1-2 | 1955 | | 6 00 |
| 105 | Doçent Dr. Turhan | Türk Hususi Hukukunda | | | |
| | Esener | Muvazaalı Muameleler | 1956 | | 12 75 |
| 106 | Ratip Yüceuluğ | İstatistik Dersleri | 1957 | | 4 00 |
| 107 | Doçent Dr. Hâmi- | | | | |
| | de Topçuoğlu | İnsanlığın engin geleceği | 1957 | | 2 00 |
| 108 | Prof. Dr. Şakir | | | | |
| | Berki | Toprak Hukuku Dersleri | 1957 | | 3 50 |

M = Mevcut kitapları gösterir.

T = Tükenmiş kitapları gösterir.

FAKÜLTELER MATBAASI

tarafından tabedilen

bu eserin baskısı

31 MAYIS 1957

tarihinde bitmiştir.